

Ref: 26

**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 III

Mestre Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque

Sob a orientação do

Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias

tese D-23
UCP-ALBU/1

**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**



Título 2 °
A Jurisdição Penal Militar

Capítulo 1^o

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)

No final do século XIV, foram instituídos dois novos postos na hierarquia militar, o condestável e o marechal da hoste, que substituíram o alferes-mór nas suas funções como imediato do rei.¹⁵⁹⁰ Os novos dignatários desempenhavam, tal como o seu antecessor, funções jurisdicionais.

O marechal ou o seu ouvidor conheciam dos feitos crimes ocorridos na hoste ou com gente dela, com recurso para o condestável. Se o marechal aplicasse pena de sangue cabia recurso officioso para o condestável, cabendo idêntico recurso da decisão

¹⁵⁹⁰ Com base em uma menção na Crónica de D. Fernando, de Fernão Lopes, é tradicionalmente apontada a vinda de um exército inglês a Portugal em 1382 como a data da criação destes novos postos na hierarquia militar (Gouvêa Pinto, 1832: 172 e 176, Gama Barros, 1946: 213, Tancredo Morais, 1940: 53, 54 e 149, Marcello Caetano, 1981: 305, e Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, 1998: 660).

deste de condenação à morte ou a talhamento de membro para o rei. Além dos referidos recursos, o condestável conhecia, em primeira instância, de quaisquer feitos de que primeiro tomasse conhecimento e, em especial, dos “feitos pesados de grandes pessoas” (Ordenações Afonsinas, Livro I, Títulos 51, 52 e 53).

Estas disposições foram mantidas nas Ordenações Afonsinas, mas só na medida em que tivessem entretanto sido confirmadas por diploma especial ou pelo costume (Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 70, *in fine*).¹⁵⁹¹ Os regimes do almirante e do capitão-mór do mar, que constituíam as mais altas patentes da marinha, foram também inseridos nas Ordenações Afonsinas (Livro I, Títulos 54 e 55).¹⁵⁹²

O direito das Ordenações veio a ser substancialmente alterado pelo “Regimento dos capitães môres e mais capitães das companhias da gente de cavallo e de pé e da ordem que terão em se exercitar”, datado de 10.12.1570, que organizou o exército das ordenanças, composto pelos homens das terras, “com tanto que não sejam pessoas Ecclesiasticas, nem fidalgos, nem outras pessoas que continuamente tenham cavallo, nem outras de dezoito annos pera baxo, nem de sessenta para cima” (§ 9), e dividido em esquadras, companhias e capitánias.¹⁵⁹³

¹⁵⁹¹ As Ordenações Afonsinas compilaram toda a legislação militar anterior e, designadamente, o regimento da guerra de D. Diniz, o regimento dos coudéis e as instruções ao anadel-mor, tendo os regimentos do condestável e do marechal resultado da uma tradução das Partidas de Afonso, o Sábio (Carlos Selvagem, 1931: 209, Ferreira Martins, 1945: 91 e 92, e Marcello Caetano, 1981: 305).

¹⁵⁹² Há notícia da existência de uma jurisdição própria para os homens do mar desde o reinado de D. Sancho I, tendo D. Diniz criado o cargo de almirante-mór e nomeado a 1.2.1322 o primeiro almirante. D. Fernando instituiu por sua vez, o cargo de capitão-mór do mar, que devia ter, sobretudo, competência de comando militar (Tancredo Moraes, 1940: 60, 75 a 78, e Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, 1998: 666 a 669, 674 e 675), tendo a criação destes cargos representado uma parte nuclear da política marítima muito progressiva destes dois monarcas (Tancredo Moraes, 1940: 79 a 84). Também o título das Ordenações Afonsinas sobre o almirantado se inspirou de muito perto na já referida Lei de Afonso X (Tancredo Moraes, 1940: 88 e 89).

¹⁵⁹³ O objectivo do monarca era o da criação de um corpo miliciano, não profissional e não pago, que tinha por base a conscrição obrigatória de todos os homens capazes, para cujo efeito determinava a realização semanal ou quinzenal, consoante a dimensão das companhias, de exercícios militares (“para a ditta gente se exercitar na ordenança, e uso das Armas, e bom tratamento, e limpeza dellas”, § 18). No ano anterior, D. Sebastião tinha fixado, pela Lei de 9.12.1569, as obrigações de cada homem de ter armas e cavalo, consoante a sua condição social e a sua fazenda, ficando deste modo “constituído n’ um primeiro e rude esboço o exercito nacional” e estabelecendo-se “a pautada transição entre os exercitos irregulares da idade media e a nova constituição exigida pelos methodos modernos de organizar e dirigir a força publica, e de apercebel’ a para a guerra” (Latino Coelho, 1891: 8, e Mello de Mattos, 1981: 506). A Lei de 1569 “deixou armada toda a Nação”, pelo que se tornou “necessario dar alguma forma a esta gente assim armada, e dar-lhes Commandantes, e Officiaes”, tendo-se para o efeito publicado o regimento do ano seguinte (Gouvêa Pinto, 1832: 189, e Fortunato de Almeida, 1925: 414 e 415). A ideia de um exército permanente do rei, que se substituisse às milícias municipais e às mesnadas levantadas pelos senhores nas suas terras, teve a sua origem no regimento das companhias de ordenanças, publicado em 1445 por Carlos VII de França, e o seu primeiro ensaio em Portugal foi o regimento de 7.8.1549, de D. João III, que determinou os vassallos que deviam fazer a guerra com o rei e fixou as suas obrigações de ter

Neste regimento, procedeu-se a uma regulamentação do foro militar das ordenanças, prevendo-se a competência dos capitães de companhia e dos capitães móres para julgar em matéria de natureza disciplinar (“os que são reveis em irem aos exercícios e fazerem o mais que por bem d’ este regimento são obrigados”, § 22), aplicando aqueles as penas de multa e de prisão e estes a pena de degredo. Não eram admitidos recursos das decisões do capitão-mór nem das dos capitães das companhias, salvo mandado do rei para o efeito. Contudo, aos réus condenados que se julgassem agravados pelas decisões dos capitães das companhias era admitido ir ao capitão-mór expor o seu agravo, determinando este sumariamente o que lhe parecesse justo.

Os restantes delitos, que se cometessem em tempo de exercícios militares, eram conhecidos pelas justiças ordinárias, com a exceção dos que fossem “de qualidade que haja n’ elles offensa feita aos capitães ou a qualquer oficial da ordenança” (§ 23), que eram julgados por aquelas justiças juntamente com o capitão-mór.

A reforma de D. Sebastião começou a ser levada à prática,¹⁵⁹⁴ mas oito anos depois o desastre de Alcácer Kibir desfez o exército português. Só com a restauração e a guerra com Espanha se formou um verdadeiro exército nacional, com base no regimento das ordenanças e em uma divisão militar do território em províncias chefiadas por governadores, e do mesmo passo se procedeu à reorganização da administração da justiça nos exércitos portugueses.¹⁵⁹⁵

A nova organização da justiça militar assentou em três diplomas fundamentais, o Decreto de 11.12.1640, que criou um conselho de guerra, o Alvará de 14.6.1642, que organizou a administração da justiça militar de primeira instância, e o Alvará de 22.12.1643, que aprovou o regimento do conselho de guerra.

Embora se tenha inicialmente estabelecido o privilégio do foro pessoal dos soldados pagos restrito às causas crimes, determinando o Alvará de 14.6.1642 que “os soldados pagos somente gosarão de privilegio de foro nos crimes commettidos depois

armas e cavalos, constituindo este diploma “o germe da ulterior organização das Ordenanças do reino” (Carlos Selvagem, 1931: 256 e 257 e 312, e Ferreira Martins, 1945: 109 e 114).

¹⁵⁹⁴ Gouvêa Pinto, 1832 : 191 e 193, Carlos Selvagem, 1931: 324 a 326, e Ferreira Martins, 1945: 125 e 126. A aplicação do regimento de 1570 deu, aliás, lugar a dificuldades, que levaram à publicação de uma Provisão régia, de 15.5.1574, sobre “as ordenanças agora novamente feitas com algumas declarações que não estão nos primeiros Regimentos”. Nesta provisão o monarca reconheceu que “he muita opressão do povo, no Lugar em que há só uma companhia, haver Capitão-mór além do Capitão della”, pelo que determinou que não houvesse capitão-mór nesse caso, subindo os agravos do capitão da companhia para o corregedor da comarca ou o juiz de fora.

de alistados e terem assentado praça... e não nos casos civeis”,¹⁵⁹⁶ logo no ano seguinte o privilégio foi estendido a certas causas civeis, incluindo o privilégio do foro “os crimes que cometerem depois de alistados ... e assim mesmo nos casos civeis, que tiverem nascimento de contratos celebrados com elles depois de estarem alistados por soldados, o que não terá lugar nas acções civeis de partilhas, heranças e outras semelhantes” (§ 23 do Alvará de 22.12.1643).¹⁵⁹⁷

Os juizes de fora e os corregedores na cabeça de comarca, onde não houvesse juiz de fora, serviam de ouvidores da gente da guerra alistada e paga, conhecendo os juizes de fora nos casos da sua ouvidoria com a alçada dos corregedores.¹⁵⁹⁸ A justificação dada pelo monarca em 1642 para a atribuição de jurisdição militar aos juizes de fora foi a de “evitar a multiplicação e competencia dos ministros, com tanto prejuizo da justiça, e a criação de novos officiaes e formar novo juizo, podendo servir os ditos julgadores com os officiaes do seu juizo sem dilação nem molestia”. Contudo, no ano seguinte, a alçada do juiz de fora foi diminuída para a própria do regimento deste magistrado.

As decisões proferidas na primeira instância eram recorríveis para o conselho de guerra, fazendo nele o promotor a sua alegação e o juiz assessor uma relação do feito ao conselho.¹⁵⁹⁹ Os crimes puníveis com pena superior a cinco anos de degredo eram julgados no tribunal de recurso pelo assessor e por mais dois conselheiros e dois outros letrados e os restantes crimes eram julgados apenas pelo assessor com dois conselheiros, mas cabendo sempre consulta ao monarca em caso de crime punível com pena de morte.

¹⁵⁹⁵ Gouvêa Pinto, 1832 : 194 e 195, Latino Coelho, 1891: 12 e 17, Carlos Selvagem, 1931: 383 a 387, Ferreira Martins, 1945: 143 a 145, e Mello de Mattos, 1981: 507.

¹⁵⁹⁶ O Decreto previa ainda que “o dito privilégio do foro e jurisdição dos ouvidores não se estenderá nem compreenderá os soldados das companhias das ordenanças e seus officiaes, que não têm por seu regimento tal privilégio”. Deste modo, o monarca distinguia claramente o estatuto jurídico pessoal da tropa de primeira linha, os “soldados pagos e alistados para servirem nas fronteiras ou na armada e presidios do reino”, e o da tropa miliciana composta pelos terços de auxiliares e pelas companhias de ordenanças, sujeitos ao regimento das ordenanças de 1570. Só em 1678 se verificaria uma aproximação substancial dos estatutos das duas componentes do exército nacional.

¹⁵⁹⁷ Tal como o Decreto do ano anterior, o diploma de 1643 previa que o privilégio do foro “não se entenderá, nem terá lugar nos soldados das companhias da ordenança, porque sobre estes se cumprirá o regimento das ordenanças, como n' elle se contém” (§ 26).

¹⁵⁹⁸ Na cidade de Lisboa e termo e nos presidios dos castelos de Cascais e Setúbal, a competência era atribuída a um ouvidor geral da gente de guerra alistada, mais tarde designado por auditor geral, que dava apelação e agravo para o conselho de guerra.

¹⁵⁹⁹ A interposição facultativa de recurso foi pouco tempo depois revista. Ponderando que “a experiencia tem mostrado que os delictos e crimes que se comettem pela gente de guerra que está alistada nas fronteiras das provincias d' este reino, não são castigados com a demonstração que é necessario para se

As faltas disciplinares e os crimes mais graves de carácter insurreccional eram julgados de modo distinto. A matéria de natureza disciplinar (“desobediências e culpas militares”, § 25 do Alvará de 22.12.1643) competia ao capitão-mór e ao governador das armas, que julgavam sumariamente com o respectivo juiz auditor. A competência para julgar os crimes de motim, rebelião, traição e semelhantes, que não pudessem aguardar maior dilação, era atribuída a um colectivo composto pelo governador das armas, pelo juiz de fora e por um outro julgador ou provedor que estivesse próximo, tendo este colectivo alçada até à pena de morte, salvo no caso de réus fidalgos e capitães, cujos feitos iam ao conhecimento do monarca.

O novo regimé não foi suficiente para conter os “abusos que a calamidade da guerra introduziu na disciplina militar”, padecendo esta por causa de “não haver n’ este reino leis ou regimento com clareza e distinção da jurisdição que lhe pertencia”. Para obviar ao problema, o regente D. Pedro II, promulgou o Decreto de 1.6.1678, estabelecendo um novo regimento dos governadores das armas das províncias e respectivos auditores.

Os termos amplos do privilégio do foro foram mantidos na reforma, valendo para “todos os crimes cometidos pelos cabos e soldados pagos”, com a excepção de certos “crimes escandalosos” que se enunciavam,¹⁶⁰⁰ e valendo também para as causas “que tiverem nascimento em contratos e acções com elles celebrados depois de alistados, ou sobre os bens móveis do seu uso, vencimento de seus soldos, alugueis de casas, alojamentos e outras cousas semelhantes”, preterindo mesmo os privilégios das viúvas, orfãos e pessoas miseráveis (§§ 25, 29 a 31 do Decreto de 1.6.1678).¹⁶⁰¹

Ao invés, a organização judiciária da primeira instância foi substancialmente alterada. A competência para julgar os crimes puníveis com as penas de morte natural ou civil, cortamento de membro ou outra pena criminal cometidos por soldados nas praças em que o governador das armas tivesse tomado assento ou se encontrasse à data

evitarem”, o Alvará de 20.1.1649 determinou que o auditor devia apelar officiosamente para o Conselho de Guerra das sentenças de primeira instância.

¹⁶⁰⁰ Este Decreto distinguia também as tropas milicianas, que não gozavam do privilégio de foro, dos soldados alistados e pagos. No entanto, o privilégio de foro reconhecido aos soldados pagos era desta feita alargado aos mestres de campo, sargentos-móres, capitães e mais oficiais da tropa miliciana, até sargentos inclusive. Este é o fundamento legal do privilégio de foro dos oficiais milicianos, como resulta do preâmbulo do regimento de milícias de 1808 (Verissimo Costa, 1816 b: 63).

¹⁶⁰¹ A justificação para a fixação deste critério de preferência do privilégio do foro militar era a de que “de outra sorte lhes seria quasi inutil o privilegio, sendo ordinariamente as viúvas e orphãos as mais das partes nas accusações das mortes” (§ 29).

do cometimento do crime, competia ao governador, com o general mestre de campo, estando presente, e o auditor geral da província, cabendo apelação e agravo para o conselho de guerra. Não estando presente o general, o governador e o auditor provincial decidiam o feito e, ocorrendo dissensão entre ambos, chamava-se o corregedor da comarca ou, na ausência deste, o provedor ou o juiz de fora.

Nos restantes casos, os crimes eram julgados na praça do lugar do delito pelo respectivo governador da praça com o seu auditor particular, admitindo recurso de apelação e de agravo para o governador das armas da província e o seu auditor geral. Não havendo governador na praça, os juizes de fora auditores sentenciavam sozinhos, mas sempre com apelação e agravo para o governador das armas da província.¹⁶⁰²

No tocante à forma do processo na primeira instância, o legislador determinou a observância do direito comum, com certas particularidades. Os juizes auditores, gerais e particulares, preparavam todo o processo, realizando a devassa e proferindo a pronúncia e os despachos interlocutórios necessários, relatavam o processo ao colectivo de juizes “com toda a miudeza necessaria” (§ 24 do Decreto de 1.6.1678) e votavam em primeiro lugar no colectivo. O único despacho interlocutório que era decidido pelo órgão colectivo da província era o de pôr o réu a tormentos, que era, por sua vez, recorrível para o conselho de guerra nos casos de patente elevada do réu. A apelação officiosa da sentença também competia ao auditor. Quanto aos poderes do tribunal de recurso, consagrou-se expressamente a competência do conselho para reformar a sentença recorrida para maior ou menor condenação.

O julgamento dos crimes de motim, rebelião, transfugas, quebra de bandos e outros semelhantes, “que pela qualidade d’ elles não admittem privilegio, nem excepção de pessoas, e por se seguir d’ elles um prejudicialissimo exemplo e gravissima offensa da justiça”, era feito com toda a brevidade e sem apelação nem agravo pelo governador das armas com o seu auditor geral e o general mestre de campo, estando este presente, sendo alargado a mais dois julgadores letrados no caso de pena de morte natural, salvo “nos bandos lançados, havendo guerra viva ou nos exercitos, porque então se guardará o

¹⁶⁰² O Decreto de 1678 nada dizia sobre o caso de na praça não haver governador, tendo a lacuna sido sanada pela carta régia de 21.8.1683. Não obstante a letra expressa da lei, os juizes de fora auditores das praças em que existia governador procediam muito frequentemente ao julgamento dos crimes sozinhos, sem a participação do governador da praça, razão pela qual o Decreto de 22.10.1751 mandou que se observassem os preceitos do regimento dos governadores das armas “inviolavel e litteralmente no mesmo sentido em que estão escriptos”.

estilo militar de execução prompta” (§ 5 do Decreto de 1.6.1678).

A lei nova introduzia também um processo sumaríssimo para julgamento do crime de uso de armas proibidas, de que não cabia apelação nem agravo, salvo se a pena concreta fosse a de pena corporal, e um processo de cabos ou soldados em fuga para fora do reino, que eram julgados de forma sumaríssima e à revelia, podendo, no entanto, deduzir a sua defesa e ser de novo sentenciados, se se apresentassem dentro de um ano após a data da prolação da sentença. Neste caso era admissível a interposição de recurso para o conselho de guerra.

A lei previa ainda a jurisdição disciplinar (“offensas e desobediências militares”, § 61 do Decreto de 1.6.1678) do governador das armas, que sentenciava com o general mestre de campo e o auditor geral, não cabendo das decisões destes apelação nem agravo.

A organização judiciária do exército português manteve-se inalterada na primeira metade da centúria seguinte, tendo na segunda metade do século XVIII um general alemão procedido a uma reforma profunda do direito militar português.¹⁶⁰³

Sendo “manifesta a grande alteração que tem havido em quasi toda a Europa na formatura, evoluções e serviço de infantaria e governo das praças”, o conde reinante de Schaumbourg Lippe, nomeado marechal general dos exércitos portugueses, elaborou um novo regimento militar para a infantaria, aprovado pelo Alvará de 18.2.1763, e um novo regimento militar para a cavalaria, aprovado pelo Alvará de 25.8.1764. A aprovação destes novos regimentos foi completada pela publicação de três outros diplomas fundamentais, o Decreto de 20.10.1763 e o Alvará de 21.10.1763, que dispunham sobre a organização judiciária militar, e o Alvará de 4.9.1765, que criava

¹⁶⁰³ As Novas Ordenanças, aprovadas pelo Alvará de 15.11.1707 de D. João V, introduziram uma nova organização da estrutura do exército, designadamente, suprimindo os governadores das armas, cujo lugar à cabeça das províncias passou a ser ocupado pelos generais mestres de campo. As milícias de segunda linha e a reserva territorial geral mantiveram-se sob o regimento das ordenanças de D. Sebastião, que foi confirmado pelo Alvará de 18.10.1709 (Gouvêa Pinto, 1832: 214 e 215). Não obstante a reorganização dos efectivos, “que no papel era perfeita”, a situação do exército português foi-se agravando até à chegada do Conde de Lippe (Fortunato de Almeida, 1927: 285 a 288, Carlos Selvagem, 1931: 464 a 467, e Ferreira Martins, 1945: 176 e 177). O conde de Lippe chegou a Portugal à cabeça dos soldados ingleses que vieram em auxílio do exército português na campanha militar de 1762 contra Espanha. Sobre o estado do exército português antes e depois da campanha de 1762 e o contributo do general alemão para a reorganização do mesmo de acordo com os princípios que regiam o exército de Frederico, o Grande, e, nomeadamente, com a sua severa lei penal militar, Latino Coelho, 1891: 67 a 82, Carlos Selvagem, 1931: 472 a 475, 480 e 481, Pereira Sales, 1936: 49 a 70, 81 a 105, e Ferreira Martins, 1945: 184 a 187. Já anteriormente os exércitos portugueses tinham beneficiado da direcção de um outro famoso general alemão, o conde de Schönberg, que procedeu à reforma da nossa cavalaria no ano de 1664 (Christovam Sepulveda, 1898: 134 a 141, e 1902: 273 a 284).

uma forma de processo autónoma para o foro militar.

O privilégio do foro pessoal foi drasticamente restringido, cento e vinte anos depois, a termos semelhantes aos consagrados pela Lei de 1642, prevendo-se apenas para os “crimes prohibidos pelas Minhas Leys Militares e Civis... sem outra alguma excepção que não seja a dos crimes de Lesa Magestade, Divina ou Humana”,¹⁶⁰⁴ pelo que “todas as causas Civeis dos Militares por maior graduação que tenhaõ, ou n’ ellas sejaõ Authores, ou sejaõ Réos, saõ inteiramente alheias da jurisdicção dos referidos Auditores, e de todos os Conselhos de Guerra” (§§ 2 e 12, do Alvará de 21.10.1763 e § 9 do capítulo XI do Alvará de 25.8.1764).¹⁶⁰⁵

Entre os vinte e três capítulos do novo regimento da infantaria, encontravam-se os capítulos X e XI que tratavam da administração da justiça militar.¹⁶⁰⁶ No primeiro daqueles capítulos criava-se o conselho de guerra para julgamento em primeira instância dos crimes cometidos por oficiais e soldados,¹⁶⁰⁷ variando a composição deste conselho segundo a patente do réu e a gravidade do ilícito cometido, com duas particularidades muito significativas, a de que o número de membros do conselho era tanto maior quanto mais baixa fosse a patente do réu e a de que na composição do conselho que julgava um

¹⁶⁰⁴ Não é, por isso, correcta a afirmação constante do preâmbulo do Código de Justiça Militar de 1977 de que, em Portugal, “a jurisdição castrense só imperava em relação aos delitos específicos da disciplina militar” desde 1763. A incorrecção foi sendo repetida (Francisco Oliveira, 1996: 31, António Araújo, 2000: 533 e 534, e Nuno Roque, 2000: 53).

¹⁶⁰⁵ Se a situação da tropa de primeira linha era clara, a da tropa miliciana não o era. A reforma do corpo miliciano processou-se em três momentos, com a publicação da Carta régia de 22.3.1766, que previa o alistamento nos corpos auxiliares de todas as pessoas sem excepção de nobres, plebeus, brancos ou mestiços, devendo formar terços de infantaria e de cavalaria tal como nas tropas regulares de primeira linha, com um sargento-mór tirado das tropas pagas à cabeça de cada terço, e do Decreto de 7.8.1796, que ordenou que os terços de auxiliares fossem designados para o futuro como regimentos de milícias das comarcas e os mestres de campo fossem denominados coroneis, tendo o Alvará de 1.9.1800 fixado os privilégios dos que servissem no novo corpo de milícias. Não obstante, os incidentes relativos aos privilégios da tropa miliciana sucediam-se. Querendo “fazer cessar immediatamente o escandalo, com que diversas auctoridades, e na maior parte do reino tem quebrantado uns privilegios, que são a bem entendida recompensa dos uteis serviços que as milicias fizeram, e podem fazer ao estado”, o principe regente esclareceu, em um aviso circular expedido em 21.10.1807, que as regras do Alvará de 1763 deviam ser também aplicáveis aos oficiais do corpo miliciano, incluindo os oficiais inferiores até sargento, que beneficiavam desde 1678 do privilégio do foro, e determinou que os cabos de esquadra e soldados das milícias beneficiassem de privilégio de foro apenas em relação aos crimes comuns que cometessem “nas occasiões em que se acharem reunidos e empregados effectivamente em serviço”. Aquele esclarecimento e esta determinação foram no ano seguinte incluídos no novo regulamento de milícias aprovado pelo Alvará de 20.12.1808. Apesar da aproximação substancial do regime jurídico vigente para a tropa de linha do da tropa miliciana, a distinção entre estes corpos manteve-se nítida, não podendo, designadamente, os oficiais superiores da tropa miliciana, ainda que pagos, comandar os oficiais da tropa de linha, mesmo que de inferior patente (Domingos Barreto, 1812: 207 e 208).

¹⁶⁰⁶ Os capítulos X e XI do regimento da cavalaria reproduziam as disposições dos capítulos do regimento da infantaria.

militar de grau superior participavam militares de graduação inferior. Os membros do conselho decidiam da culpa e da pena aplicada ao réu.¹⁶⁰⁸ As sentenças proferidas nos crimes de pena capital eram levadas ao conhecimento do rei, salvo no caso de demora prejudicial da execução da sentença.

A par da criação deste novo órgão, o Decreto de 20.10.1763 aboliu os auditores gerais e particulares e ordenou o estabelecimento de um auditor letrado em cada regimento, distinto dos juízes de fora. O auditor exercia a função de fiscal do modo de condução dos interrogatórios do réu pelo presidente do conselho, bem como a de relator, “expondo em poucas palavras o delicto e a defesa” (§ 7 do capítulo X do Alvará de 18.2.1763), e a de redactor da sentença. Aos novos auditores foi também conferida a patente, o uniforme e o soldo de capitão.¹⁶⁰⁹ Contudo, a experiência do estabelecimento de um magistrado em cada regimento militar distinto do magistrado civil não vingou, tendo o Alvará de 26.2.1789 ordenado a extinção das auditorias regimentais e atribuído de novo aos juízes de fora o exercício das funções de auditor.

2. A regulamentação autónoma tardia do processo penal militar: o Alvará de 4.9.1765

A nova legislação aprovada na década de sessenta do século XVIII regulou pela primeira vez o processo penal militar em termos autónomos do processo penal

¹⁶⁰⁷ A matéria disciplinar era excluída da competência do conselho, nos termos do § 3 do capítulo XI do Alvará de 18.2.1763.

¹⁶⁰⁸ “A nativa brandura dos costumes portugueses deixou em grande parte immobilizado em letra morta o durissimo rigor dos castigos do código penal”, dizia Latino Coelho (1891: 77), comentando a dureza das penas previstas nos novos artigos de guerra e a aplicação que delas foi feita. A crítica sistemática e pormenorizada das lacunas de punição e das penas excessivas dos artigos foi feita nas “Reflexões” de Fraser (Palmeirim, 1873: 87 a 102).

¹⁶⁰⁹ Esta inovação introduzida pelo Alvará de 18.2.1764 visava “fazer mais firme a subordinação que (os novos auditores) devião ter aos Chefes dos Regimentos” (Domingos Barreto, 1812: 24), procurando assegurar deste modo uma integração mais fácil dos letrados na hierarquia militar.

comum.¹⁶¹⁰

O Alvará de 4.9.1765 procedeu à definição dos “termos substanciaes e impreteriveis” do processo penal militar. Embora nele se manifestasse o propósito de corrigir “os defeitos substanciaes” a que tinha dado lugar a aplicação dos novos regimentos de infantaria e de cavalaria na administração da justiça militar, este diploma procedeu efectivamente à primeira regulamentação sistemática do processo penal militar aplicável nos corpos de infantaria e de cavalaria, suprimindo a omissão de regulamentação daqueles regimentos no tocante à tramitação do processo penal.¹⁶¹¹

Acresce que a prática tinha introduzido os conselhos de investigação, compostos por três membros, e os conselhos de disciplina, compostos por cinco membros, aqueles para a instrução dos crimes e estes das faltas disciplinares e do crime de deserção, não sendo claros nem os pressupostos da sua convocação nem os efeitos jurídicos das suas decisões.¹⁶¹² No conselho de investigação procedia-se a inquirição de testemunhas e ao interrogatório do réu, que era admitido a produzir prova em sua defesa.¹⁶¹³ Toda a prova era registada por escrito.¹⁶¹⁴ Finda a instrução, o conselho de investigação ou o conselho de disciplina julgava o réu suspeito da prática do crime ou da falta e remetia o processo para julgamento em conselho de guerra.

O primeiro acto substancial do processo era a formação do auto de corpo de

¹⁶¹⁰ Sobre a natureza sumária e verbal do processo penal militar do Antigo Regime, que se restringia à defesa natural, Castello Branco (1783: 24 e 61), que equiparava o processo penal militar ao processo de polícia e caracterizava a defesa natural como devendo ser em tempo de paz mais benigna do que em tempo de guerra, consistindo em o réu “ser completamente ouvido com defeza por qualquer prova das provas de Direito, em todo o caso, em toda a verbal acuação, e em toda, e qualquer consideração criminoza”. Também sobre a natureza sumária do processo militar do Antigo Regime, que se manteve depois da revolução liberal, Cisneiros e Faria, 1847: 42.

¹⁶¹¹ Também Mello Freire (1967: n. 162, p. 132) identificou este Alvará como aquele que “fixou e definiu a ordem judiciária nas causas-crimes, que apenas pertencem aos juizes militares”.

¹⁶¹² Assim, Barros e Sá (1869: 124), que apontava a variação da prática na consideração da decisão final do conselho de investigação umas vezes como equivalendo à fase do corpo de delicto, outras vezes à fase do sumário da culpa. A doutrina, por seu turno, era uniforme na equiparação do conselho de investigação à devassa das Ordenações e à querela do novo processo comum (Cisneiros e Faria, 1847: 9, Castro Neto, 1845: 188, e Pedro Pinto, 1850 a: 279) e das respectivas decisões com o despacho de pronúncia do processo comum (Duarte Nazareth, 1853: 267, e Domingos Correia, 1887: 3).

¹⁶¹³ Castello Branco, 1783,: 58, Cisneiros e Faria, 1847: 11, Innocencio Duarte, 1863: 317, e Domingos Correia, 1887: 3. O interrogatório do réu antes da reunião do conselho de guerra resultava implicitamente do disposto no § 8 do Alvará de 18.2.1763, que previa que na audiência de julgamento fosse lido ao réu o seu interrogatório e que lhe fosse perguntado “se tem alguma cousa que acrescentar á sua defeza”. A inquirição de testemunhas de defesa era fruto da prática dos conselhos, que foi implicitamente reconhecida por uma Alvará de 5.3.1790, onde se previa a acareação de testemunhas como acto preparatório da culpa (Pedro Pinto, 1850 a: 82).

¹⁶¹⁴ Castello Branco (1783: 82) criticava veementemente a omissão do registo dos depoimentos das testemunhas, por impedir o conhecimento total da prova da acusação.

delito pelo juiz auditor, que constituía a base de todo o processo judicial e não podia ser suprido pela confissão do réu nem de algum modo dispensado.¹⁶¹⁵ A abertura imprescindível do processo militar com a formação daquele auto verificava-se mesmo quando o corpo de delito já tivesse sido verificado por um juiz civil ou pela Intendência Geral da Polícia.¹⁶¹⁶

Após o auto do corpo de delito, seguia-se a convocação do conselho de guerra, a realização dos exames necessários, a citação do queixoso para acusar, quando tivesse querelado, e a intimação do réu.

No conselho procedia-se ao segundo acto substancial do processo, a produção das provas “que necessarias forem para prova dos delictos ou defeza dos réus (§ 4 do Alvará de 4.9.1765)¹⁶¹⁷ e, só posteriormente, tinham lugar a chamada do réu à audiência e o seu interrogatório, que constituíam o terceiro acto substancial do processo. Os depoimentos das testemunhas e o do réu eram registados por escrito pelo auditor.¹⁶¹⁸ Atenta a natureza sumária do processo penal militar, os membros do conselho aproveitavam todos os depoimentos das testemunhas ouvidas na instrução do processo, sem proceder à leitura dos mesmos ou à repergunta das testemunhas.¹⁶¹⁹

¹⁶¹⁵ Sobre a natureza do auto de corpo de delito no processo penal militar é fundamental a reflexão de Castello Branco (1783: 62 e 63). O autor equiparava o auto de corpo de delito ao libelo acusatório, censurando a prática de os fazer diminutos ou confusos ou de neles se remeter para os sumários dos magistrados civis, o que não permitia ao réu o exercício cabal do direito de resposta. Duarte Nazareth (1853: 270) e Domingos Correia (1887: 6) defenderam a mesma doutrina.

¹⁶¹⁶ O Alvará de 21.10.1763 fixou os termos da competência da recém criada Intendência Geral da Polícia em relação aos réus militares, admitindo a prisão de réus militares e a formação dos respectivos processos informatórios sem limite de tempo, dando-lhes “inteira fé, e credito nos Concelhos de Guerra, onde forem apresentadas” (§ 8). Ainda assim, em face do disposto no Alvará de 4.9.1765, Castello Branco (1783: 38) era peremptório quanto à obrigatoriedade da formação de novo corpo de delito no foro militar. A equiparação do sumário da culpa formado pelas autoridades judiciárias comuns ao processo preparatório formado em conselho de investigação ou em conselho de disciplina, que se tornou um dado adquirido na prática, não obstava à necessidade da abertura do processo militar com a elaboração do auto de corpo de delito (Innocencio Duarte, 1863: 317).

¹⁶¹⁷ Segundo Castello Branco (1783: 154), quando o processo preparatório tivesse sido organizado pelos magistrados civis, as partes podiam apresentar novas testemunhas, mas estas só seriam ouvidas se a parte apresentante jurasse que “que de novo lhe vieraõ á noticia”.

¹⁶¹⁸ Seguindo a doutrina de Ferreira, expandida na Pratica Criminal, Castello Branco (1783: 105) sugeria que se procedesse ao registo do modo como o réu depusesse (“se responde com medo, temor, ou tremor, se muda de côr, ou se profere mal as palavras, mostrando sobresalto ou receio em proferillas”) para se lhe poder conhecer a “intenção de animo”.

¹⁶¹⁹ As queixas contra esta praxe dos tribunais foram atendidas pelo monarca. O Alvará de 17.2.1811 dava conta das “irregulares e indecorosas representações” que se faziam ao rei contra o modo de produção da prova testemunhal, especialmente frequentes no corpo da marinha. Em face desta situação, o monarca determinou que o réu pudesse contraditar as testemunhas perante o conselho “ou verbalmente á face das testemunhas ou por escripto, e requerer a acareação ou que se reperguntem”. No entanto, os conselhos mantiveram até à entrada em vigor do novo código uma praxe restritiva dos direitos da defesa, inibindo os suspeitos de presenciarem o andamento do processo preparatório e de “poderem conhecer a

Na conferência do tribunal, o auditor lia um relatório sobre a prova e o direito aplicável e os vogais, começando pelo auditor, sentenciavam quer sobre a culpa quer sobre a pena, por tenções escritas no caso de delito capital e oralmente nos restantes.¹⁶²⁰ O auditor realizava o quinto e último acto substancial do processo, a prolação da sentença de acordo com as tenções ou os votos, que era assinada por si e pelos vogais com a menção do vencimento com uniformidade de votos ou por maioria.¹⁶²¹ A sentença devia ser proferida dentro de vinte e quatro horas após a autuação do delito ou, havendo circunstâncias que pedissem maior dilação, dentro de oito dias.¹⁶²²

A reforma da organização judiciária na primeira instância gerou uma acumulação de serviço no tribunal superior, pois os novos conselhos da primeira instância cedo adoptaram a praxe de fazer subir officiosamente todos os feitos ao conselho da guerra régio.¹⁶²³ O Decreto de 20.8.1777, que pretendeu acorrer à situação

sua regularidade, da imparcialidade dos juizes, contraditar os falsos depoimentos, e preparar suas defezas como lhes convier” (João Alcantara, 1861: 163 e 177). Em face desta praxe, o autor entendia que se devia proceder em conselho de guerra à repergunta das testemunhas que anteriormente tivessem sido inquiridas em segredo pelo conselho de investigação. Já anteriormente, Cisneiros e Faria (1847) tinha sugerido que fossem lidos no conselho de guerra os depoimentos das testemunhas inquiridas no processo preparatório quando elas não pudessem estar presentes para se proceder à sua repergunta.

¹⁶²⁰ As regras fundamentais do direito probatório eram ainda as das Ordenações e as que a doutrina tinha sedimentado com bases naquelas. São disto exemplo os enunciados feitos por Castello Branco, 1783: 115 a 152, Cisneiros e Faria, 1847: 57, 58 e 66, e Pedro Pinto, 1850 b: 318, 369 e 370.

¹⁶²¹ Os parágrafos 7 e 8 do capítulo X do regimento de 1763 não previam a participação do auditor na votação do conselho, apenas estabelecendo a votação dos membros militares, que começava pelos de patente inferior, e do presidente do tribunal, que votava em último lugar. Contudo, logo no ano seguinte, o Alvará de 18.2.1764 esclareceu o modo de votação nos conselhos de guerra, no sentido de que o auditor também votava e em primeiro lugar. Tendo-se verificado várias irregularidades e abusos na aplicação do artigo 8 do capítulo X do regimento, o conde de Lippe decretou ainda, a 13.7.1764, que o auditor deveria “encaminhar” os membros do conselho que não tivessem observado as formalidades prescritas no regimento e, em caso de recusa por parte de algum desses membros em conformar-se com as representações do auditor, suspender o conselho e dar parte ao comandante do regimento. Mantendo-se a recusa, o comandante deveria mandar prender o membro do conselho por desobediência e substituí-lo. Palmeirim criticou violentamente esta disposição, considerando-a “irregularíssima e dispotica, além de inquisitorial”. Na prática, os auditores “prevalecem em quasi todos os conselhos de guerra, e do seu capricho depende a fortuna ou a desgraça do preso militar. Alem d’ isto dirigem elles os presidentes e os vogaes a seu sabor, coisas estas que teem produzido funestissimas consequencias” (Palmeirim, 1873: 65 e 103).

¹⁶²² Só com o Decreto de 5.10.1778 o legislador permitiu a participação de advogado do réu nos conselhos de guerra em tempo de paz, bem como a dedução de embargos à sentença proferida pelo conselho de guerra, a apresentar em quatro dias. As restrições durante o tempo de guerra e, designadamente, as relativas aos embargos às sentenças que condenassem em penas capitais, foram relembradas pela resolução régia de 13.12.1809 e pelo aviso da secretaria de estado dos negócios estrangeiros, da guerra e da marinha de 21.2.1810 (Collecção das Ordens do Exército, 1810: 57).

¹⁶²³ Castello Branco (1783: 114 e 115) descreveu precisamente esta praxe de os conselhos de guerra mandarem subir todos os processos “sem differença alguma: e ainda que se não acha no Regulamento, e LL. Militares determinada esta generica remessa”. Na sequência desta prática dos tribunais de primeira instância o legislador procedeu à reforma do tribunal de segunda instância em 1777. Castello Branco pronunciou-se favoravelmente a esta praxe e à reforma legislativa subsequente, pois “a experiencia tem

de acumulação de serviço no conselho de guerra régio, autonomizou um Conselho de Justiça naquele conselho, também designado como Conselho de Guerra e Justiça, para julgar em segunda e última instância todos os processos militares,¹⁶²⁴ reservando um dia em cada semana para despacho destes processos, alargou a composição do conselho a mais três juristas e alterou as regras de votação, sendo, em regra, três os votos dos ministros togados que, com os conselheiros que se achassem no tribunal, confirmavam ou reformavam a pena, salvo no caso de condenação em pena de morte, em que seriam oito os vogais, com quatro togados entre estes.¹⁶²⁵

Na marinha, só muito tardiamente foi realizada a reforma da administração da justiça, introduzindo o Alvará de 15.11.1783 os conselhos de guerra na marinha e remetendo a sua regulamentação para os termos fixados nos regimentos das tropas do serviço de terra.¹⁶²⁶ Só posteriormente foi criado, pelo Decreto de 25.4.1795, um tribunal de recurso autónomo, o Conselho do Almirantado.¹⁶²⁷

mostrado, que são muito raras as sentenças dos Concelhos de Guerra, que merecem ser confirmadas sem alguma moderação, ou alteração”.

¹⁶²⁴ Os autos eram ainda remetidos oficiosamente à presença do rei no caso de condenação na última pena e no de concorrerem algumas circunstâncias atendíveis para se minorarem as penas dos réus impostas pela lei (“quando as circunstancias dos crimes parecer prudentemente que são dignos da minha real benignidade”, Alvará de 15.7.1763).

¹⁶²⁵ Os Decretos de 13.8.1790 e 13.11.1790 esclareceram as regras de votação no Conselho de Justiça, no sentido de que todos os processos fossem aí sentenciados por dois juizes togados e dois conselheiros de guerra, bastando o voto de três e, havendo empate, juntando mais um juiz ou conselheiro para decidir, salvo nos casos de morte natural, em que o processo seria sentenciado por três juizes e por três conselheiros ou por quatro juizes e dois conselheiros e, no caso de empate, juntando mais dois juizes. Este último diploma esclareceu também que o Conselho de Justiça tinha “todo o arbitrio, e faculdade para confirmar, revogar, alterar, e modificar as Sentenças dos Conselhos de Guerra”. Na prática, o Conselho deu a esta disposição legal uma interpretação muito extensiva, pois, nas palavras do par do reino Conde de Lumiares, o Conselho “chega muitas vezes a entremetter-se na marcha dos processos, mandando-os formar de novo, sem comtudo declarar os motivos da sua nullidade, sendo para notar que é o único tribunal de justiça onde isto se pratica” (Clemente José dos Santos, 1885 b: 122).

¹⁶²⁶ Anteriormente a esta data, já existia um auditor da armada (Dantas Pereira, 1824: 48). Sendo presente ao monarca “que na repartição da Marinha, não há regimento, Regulamento, ou outra alguma Ordem Militar, que estabeleça a fôrma com que se deve proceder contra as Pessoas do Corpo Militar desta repartição, que commetterem delicto”, foi por ele determinado, no referido diploma de Novembro de 1783, que, na parte aplicável, fossem os militares da marinha processados e julgados de acordo com o regulamento da tropa do serviço de terra. A prática era a de que os conselhos da marinha procediam exactamente nos mesmos termos que os da infantaria e da cavalaria (Caetano Pereira, 1820: 229 e 230, e Costa Almeida, 1856: 548).

¹⁶²⁷ Este tribunal era composto por um presidente, que era o ministro dos negócios da marinha, e quatro conselheiros, todos oficiais generais da marinha. O monarca nomeava o juiz relator e dois adjuntos, que eram ministros da Casa da Suplicação. O Conselho do Almirantado regulava-se por toda a legislação em vigor para o Conselho de Guerra e foi, dois meses depois da sua criação, elevado à categoria de tribunal régio pelo Alvará de 20.6.1795. O Decreto de 5.11.1799 esclareceu ainda que não cabia revista ordinária das sentenças do Conselho do Almirantado, pois esta não era admitida dos tribunais supremos do país. Ficava, contudo, ressalvada a concessão de graça especialíssima pelo monarca, tal como se admitia em relação às decisões dos outros tribunais supremos do país.

O número e a qualidade do presidente e dos vogais dos conselhos de guerra na marinha dependia da indicação do Conselho do Almirantado e a decisão daqueles conselhos subia sempre à instância superior para confirmação.¹⁶²⁸ Os casos de “muita gravidade” eram decididos pelo plenário do tribunal de recurso, formado por cinco conselheiros e três juizes togados (§ 8 do Título III do Alvará de 26.10.1796), sendo os restantes casos decididos pelo juiz relator e dois conselheiros. A condenação em pena de morte subia ainda à presença do monarca.

A guerra com o invasor francês nos anos de 1810 e 1811 suscitou a tomada de medidas de natureza extraordinária, que não só alteraram significativamente o regime do privilégio do foro e os termos do processo, como repuseram em vigor o estatuto do auditor consagrado pelo conde de Lippe em 1763 e abandonado em 1789.¹⁶²⁹

Assim, com o objectivo de que as tropas das ordenanças cooperassem mais eficazmente no esforço de resistência ao invasor, os governadores do reino determinaram, em Portaria de 30.6.1810, que, “durante a guerra actual todos os officiaes e soldados das ordenanças fiquem, como os da tropa de linha, sujeitos ás mesmas leis e regulamentos para serem julgados em conselhos de guerra pelas faltas e crimes militares que commetterem”.

Por outro lado, ponderando que “os Conselhos de guerra soffrem delongas consideraveis, de que resulta notavel prejuizo ao Serviço de Sua Alteza Real o Principe Regente Nosso senhor, e que tornão mais penosa a condição dos Réos, pois quando chegão a soffrer o castigo da Lei, já tem passado por aquelle huma dilatada prizão, e até mesmo fazem com que não possam ser todos os Réos julgados na conformidade das Leis”, o marechal general das tropas portuguesas mandou o desembargador José António Oliveira Leite de Barros fazer uma “explicação do que é verdadeiramente conforme ás leis para se encurtar a formação dos processos nos Conselhos de Guerra”.

De acordo com as “direcções” formuladas pelo referido desembargador, os

¹⁶²⁸ Também na marinha o número e a qualidade dos vogais no conselho crescia à medida que a condição do réu era mais baixa, sendo “esta especie de jurados” composta por “homens iguaes e proximamente superiores aos reos em consideração politica” (Dantas Pereira, 1824: 50).

¹⁶²⁹ Durante a primeira invasão francesa, foi criado, pelo Decreto de 8.4.1808, assinado pelo Duque de Abrantes, um tribunal especial “destinado para julgar todos os Delictos, que attentarem contra a segurança publica e se cometerem em toda a extensão do Reino de Portugal”. O tribunal era composto por cinco officiaes francezes, presidindo um deles, um official português e um juiz português “escolhido entre os mais recommendaveis”. O capitão relator instruía o processo, promovia os termos da acusação e integrava o tribunal, sem voto deliberativo. Instruído o processo, os autos eram presentes ao Conselho do

termos em que eram processados os crimes capitais cometidos por soldados foram profundamente alterados, de modo que o corpo de delito era formado na própria audiência de julgamento na ausência do réu, sendo o réu confrontado com os depoimentos escritos das testemunhas posteriormente e podendo produzir prova em sua defesa. Quer os depoimentos do réu quer a prova da culpa e da defesa do réu eram registados. Os crimes militares eram julgados em vinte e quatro horas ininterruptas e os civis não podiam exceder oito dias seguidos e improrrogáveis. Só havendo “ponderosas razões para minorar o rigor das leis” o processo era levado ao monarca.¹⁶³⁰

A forma de processo para julgamento dos restantes crimes cometidos por militares também foi modificada, sendo estes crimes julgados sem qualquer instrução prévia e em audiência sumária, em que as testemunhas da acusação e da defesa eram ouvidas e logo se decidia. Só a acusação e a sentença eram escritas, não se registando a prova produzida.¹⁶³¹

Por força da necessidade crescente de tornar mais breve a expedição dos assuntos dos conselhos de guerra durante a campanha militar, foi também reintroduzido, “enquanto durar a presente guerra”, o lugar de um auditor letrado em cada brigada de infantaria, cavalaria e milícias, devendo ele acompanhar nas suas marchas os diferentes corpos do exército.¹⁶³²

Esta legislação de emergência deixou, contudo, a sua marca na reforma legislativa a que se procedeu depois de alcançada a paz. “Tendo havido considerável alteração na organização e disciplina de todos os exercitos da Europa, depois dos regulamentos de 18 de fevereiro de 1763 e de 25 de agosto de 1794; e mostrando a experiencia que não tem sido bastantes as ulteriores providencias dadas sobre este

Governo que decidia se eles eram da competência do tribunal especial. A sentença era irrecorrível e devia ser executada dentro de vinte e quatro horas.

¹⁶³⁰ Estas “direcções”, que modificavam o Alvará de 4.9.1765, foram publicadas em apenso à ordem do dia de 27.8.1811 (Collecção das Ordens do Exército, 1811: 157 a 160). A ordem do dia de 9.8.1812 (Collecção das Ordens do Exército, 1812: 132) lembrou a anterior, que não estava a ser devidamente observada, em especial no que se referia à notificação do arguido para indicar testemunhas e ao registo do interrogatório do arguido. Na ordem do dia de 18.1.1814 (Collecção das Ordens do Exército, 1814: 13), o marechal general das tropas portuguesas determinou que, mantendo-se a ordem de 1811, só a defesa do réu relativa à matéria da acusação se devia escrever e aceitar e não recriminações contra terceiros, que se não deveriam aceitar.

¹⁶³¹ A modificação foi ordenada através da ordem do dia de 14.11.1811 (Collecção das Ordens do Exército, 1811: 206 a 208), que publicou e mandou observar umas “instrucções” que já datavam de 6.11.1809.

¹⁶³² A reintrodução do auditor letrado foi determinada pela Portaria de 30.8.1811, que, não obstante a sua natureza temporária e condicionada pela guerra, se manteve em vigor depois do fim das campanhas militares (Verissimo Costa, 1816 a: 127 a 130).

objecto e outros pontos concernentes ao governo do meu exercito de Portugal”, o príncipe regente deu, no palácio do Rio de Janeiro, a 21.2.1816, um Alvará com um novo regulamento para os exércitos.

A lei regulava em termos amplos o privilégio do foro militar, nele incluindo todos os crimes puníveis por leis civis ou militares cometidos por militares depois do seu assentamento de praça, com excepção dos crimes de lesa-majestade (“o foro militar pertencerá a todos os individuos que presentemente o gosam pelas leis estabelecidas, e sómente serão exceptuados os crimes de lesa-magestade de primeira cabeça, ficando assim entendido o Alvará de 21 de outubro de 1763, e sem vigor as excepções posteriormente feitas”, § 1 do artigo 30 do Alvará de 21.2.1816).¹⁶³³

O novo regimento procedia a uma revisão muito importante da composição dos conselhos de guerra, determinando a composição do conselho por um oficial superior, que presidia, um auditor letrado e sem patente militar, nomeado por um período de três anos, renovável, pelo monarca, sob proposta do auditor geral junto do general em chefe, e cinco oficiais vogais, nomeados pelo chefe de brigada ou pelo general em chefe, consoante a patente do réu.

Os termos do processo e, designadamente, a fase transitória de remessa dos autos do conselho de investigação ou de disciplina para o conselho de guerra e a fase de recurso, eram profundamente alterados. Assim, o conselho de investigação relativo a oficiais era remetido pelo comandante ao general em chefe para que este decidisse se se devia proceder a conselho de guerra e os crimes cometidos por oficiais, que tivessem sido punidos com pena que não fosse a de degredo, a de baixa de patente ou outra maior, bem como os cometidos por oficiais inferiores e por soldados, que tivessem sido punidos com pena que não excedesse a de seis anos de degredo, subiam ao conhecimento do general em chefe, que os apreciava com o auditor geral, mantendo ou

¹⁶³³ Tal como já tinha sucedido com o Alvará de 21.10.1763, que aboliu todas as excepções a este princípio, também o Alvará de 1816 aboliu todas as excepções que a lei introduziu depois de 1763 e, designadamente, as relativas aos crimes de contrabando e descaminho de direitos reais, furtos fora dos quartéis, mas dentro de repartições da real fazenda e tráfico de carne com prejuízo da fazenda real (Alvará de 14.2.1772, Alvará de 18.9.1784, Decreto de 2.10.1792). No tocante às milícias, o novo regulamento das ordenanças, dado também na data de 21.2.1816, nunca chegou a ser executado (Gouvêa Pinto, 1832: 254). Só mais tarde o monarca decidiu alargar aos cabos de esquadra e soldados milicianos os benefícios da tropa alinhada, de que os oficiais, incluindo oficiais inferiores até sargento, já beneficiavam. O privilégio do foro militar tornou-se aplicável a todos os militares milicianos nos mesmo termos em que o era à tropa de linha, de acordo com uma resolução régia de 26.8.1817 e uma ordem do dia de 10.1.1817 (Pedro Pinto, 1850 a: 390). Assim, o conselho de guerra tinha lugar para os oficiais, oficiais inferiores e soldados milicianos nos mesmos casos que para os da tropa de linha e respeitandose para ambos as



modificando a decisão ou ainda mandando baixar o processo sempre que tivesse ocorrido “irregularidade tal que possa entrar em duvida, se a sentença assenta em bases solidas” (§§ 10 e 11 do artigo 31 do Alvará de 21.2.1816). Só os processos relativos a crimes que tivessem sido punidos pelo conselho de guerra com penas superiores a estas eram remetidos pelo general em chefe ao Conselho de Justiça para decisão. Os processos em que oficiais fossem condenados nas penas de baixa de patente, degredo, morte civil ou natural ou de infâmia subiam ainda ao conhecimento do monarca.

O direito da organização judiciária e do processo penal militares já não sofreu alterações relevantes até 1821. Desde 1642 e com apenas dois pequenos interregnos, o privilégio do foro da tropa de primeira linha foi definido em termos amplos em consonância com a concentração na pessoa do juiz de fora do exercício das funções de auditor, o que, se por um lado, era fruto de limitações de ordem financeira do Estado para dotar a estrutura judiciária militar de magistrados judiciais exclusivos, por outro, constituía também um modo de contrabalançar aquele amplo privilégio com a intervenção na jurisdição militar de um magistrado proveniente da jurisdição comum, aproximando estas jurisdições e evitando assim o isolamento e a formação de uma casta profissional na sociedade.

Os períodos de interregno referidos, o primeiro, de 1763 a 1789, e o segundo, de 1811 a 1821, em que se instituiu uma estrutura judiciária militar totalmente autónoma da civil, ocupada por bachareis que não exerciam as funções de juiz de fora, mas apenas as de auditor, foram precisamente os períodos de diminuição mais significativa do âmbito do privilégio do foro militar, o que revela, afinal, uma correlação implícita estabelecida pelo legislador na resolução destas duas questões fundamentais.

1634

Assim, nos curtos períodos de organização da estrutura judiciária militar com magistrados judiciais exclusivos, o âmbito do privilégio diminuiu e, no restante período, que se prolongou durante toda a modernidade, a ocupação da estrutura judiciária militar com magistrados judiciais civis foi acompanhada por uma delimitação mais ampla do

mesmas excepções (Pedro Pinto, 1850 a: 255).

¹⁶³⁴ É, por isso, inexacta a conclusão da resenha histórica da evolução do foro militar feita no parecer da Câmara Corporativa n. 16/VI, que segue de muito perto o estudo de Carvalho Viegas de 1953, no sentido de que o âmbito da competência, tanto quanto a pessoas como a infracções, não variou substancialmente desde 1640 até ao liberalismo (parecer da Câmara Corporativa n. 16/VI, p. 191).

privilégio do foro militar.¹⁶³⁵

O processo penal militar caracterizava-se no final do Antigo Regime pela inexistência de uma regulamentação da fase de instrução, tendo sido introduzido pela praxe um conselho de investigação, que correspondia à devassa do processo penal comum, mas que tinha três particularidades muito relevantes em face do direito comum, sendo a primeira a própria direcção da fase instrutória por um órgão colectivo, a segunda a admissibilidade da produção de prova pelo réu logo na fase instrutória e a terceira a interposição do juízo de discricionariedade da hierarquia militar sobre a necessidade da continuação do procedimento criminal contra os oficiais. Assim, o efeito nefasto do aproveitamento irrestrito na audiência de julgamento da prova produzida na instrução, se não era evitado pela ratificação desta prova através do termo das judiciais ou da leitura dos depoimentos diante do réu, era, contudo, consideravelmente diminuído pela posição reforçada do réu na fase preparatória do processo, a que acrescia ainda o direito conferido ao réu no processo militar de produzir prova testemunhal nova na audiência diante do conselho, diferentemente do que se praticava no processo sumário no foro comum.

Por outro lado, a prolação pelo auditor do despacho de confirmação da existência do corpo de delito, que exercia uma função semelhante à do libelo acusatório no processo comum, prejudicava o princípio da acusação, mas este prejuízo era de algum modo diminuído pela atribuição a um tribunal colectivo da competência para julgar o feito, cabendo ao juiz auditor apenas o papel de relator no julgamento da causa. Esta garantia relacionada com a natureza colectiva do tribunal de julgamento foi até reforçada pela reforma do conde de Lippe, que converteu o conselho de guerra em um verdadeiro tribunal de júri composto pelos pares do réu. No entanto, as regras sobre o voto do auditor fixadas logo em 1784 e a prática judiciária muito autoritária dos auditores sobre os restantes membros do conselho não permitiram que o conselho se libertasse da influência do auditor, sobretudo depois da modificação da sua composição e da sua natureza em 1816. A possibilidade de os membros do conselho de investigação

¹⁶³⁵ A doutrina pugnava, no entanto, pela restrição deste privilégio. Mello Freire advogou, quer no projecto de Código do Direito Público, quer no Ensaio de Código Criminal, a restrição do foro militar aos crimes militares e aos comuns cometidos pelas tropas pagas dentro dos quartéis e contra outros militares, ficando os auxiliares e as ordenanças em tudo sujeitas à justiça ordinária (Mello Freire, 1844: 148 e 376, e 1823: 217) Mello Freire propunha aquele que era o sistema tradicional do direito francês, consagrado, designadamente, na *Ordonnance* de 25.7.1665 (Faustin Hélie, 1867 a: 606 e 607).

ou de disciplina pertencerem ao conselho de guerra enfraquecia ainda mais a posição do réu no julgamento da primeira instância.

Ao réu condenado só restava a garantia muito ampla do recurso, cujo objecto abrangia a decisão sobre a matéria de facto, sindicada com base na prova escrita nos autos, tendo o tribunal de recurso amplos poderes de reforma da decisão recorrida. A possibilidade da eternização da prisão do réu condenado era diminuta, atenta a natureza sumária do processo e o regime de homenagem que favorecia os réus oficiais,¹⁶³⁶ mas a *reformatio in pejus* constituía uma limitação prática da garantia de recurso. Ainda assim, o duplo grau de jurisdição e a admissão de embargos na primeira instância em prazo mais dilatado do que no regime comum,¹⁶³⁷ conjugados com a estrutura do processo preparatório, conferiam ao réu julgado no foro militar uma defesa mais ampla do que a do réu julgado em processo sumário no foro comum.

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

O rei D. João VI criou, pelo Decreto de 21.3.1802, uma comissão para a elaboração de uma nova lei substantiva e processual para a justiça militar.¹⁶³⁸

¹⁶³⁶ Por culpas civis os oficiais só eram presos em corpo de guarda por crimes puníveis com pena de morte natural, por culpas militares graves a prisão dos oficiais era de homenagem em alojamento e, nos casos de maior gravidade, com uma sentinela e por culpas militares leves era de homenagem por toda a praça ou povoação onde o militar devesse ficar preso (Ordem do Exército de 10.8.1809, in Collecção das Ordens do Exército, 1809: 91 e 92). Mais tarde, Pedro Pinto (1850 a: 23 e 300, e 1850 b: 213) admitirá também a aplicação da fiança nos crimes comuns cometidos por militares, mas não nos crimes militares.

¹⁶³⁷ Estas garantias foram ainda alargadas pela resolução do Conselho de Justiça de 23.1.1821, que admitiu os embargos por uma só vez e dentro de quatro dias às sentenças proferidas em segunda instância (Costa Almeida, 1856: 598).

¹⁶³⁸ O diploma de nomeação da comissão era acompanhado de uma relação com os nomes dos membros desta, que se perdeu, conhecendo-se apenas os membros que foram apontados por Garção Stockler na anotação ao seu “Esboço” e os que o Decreto de 23.2.1804 nomeou para aquela comissão. Entre os membros encontravam-se o Vice-Almirante Pedro de Mendonça e Moura, o capitão de mar e guerra Ignácio da Costa Quintella e os desembargadores José Leite de Barros, Francisco Xavier Coutinho, Francisco de Carvalho e Albuquerque e António Ribeiro dos Santos. Nuno Espinosa Gomes da Silva

O primeiro projecto de reforma foi preparado por Francisco de Borja Garção Stockler, então coronel e mais tarde marechal de campo do exército, e apresentado em Junho de 1805 à comissão, de que ele também fazia parte.

O “Esboço do Plano de um Código” fundava-se em vinte princípios, que o autor formulou separadamente. O autor do Esboço restringia claramente o privilégio do foro militar aos crimes de natureza militar (“a natureza dos crimes, e não a qualidade das pessoas indiciadas de os haverem cometido, determina o Foro em que os delictos devem ser julgados”, princípio 8º).¹⁶³⁹

A propósito da forma do processo, o autor considerava a audiência do réu e o exame das provas como os pressupostos da legitimidade de qualquer processo e distinguia três formas de processo, a forma sumaríssima para julgamento das faltas, a sumária e a ordinária para julgamento dos crimes graves e gravíssimos, “segundo as circunstancias exigirem maior ou menor brevidade no seu castigo” (princípio 18º). A forma sumaríssima consistia apenas no julgamento “puramente verbal, no qual nada se escreva”. Na forma sumária todo o processo era verbal, com excepção da sentença, que era escrita “com miuda especificação de todos os seus fundamentos, a fim de que estes possam ser avaliados competentemente na Segunda Instancia” (princípio 19º).

O processo ordinário dividia-se em três fases na primeira instância. A primeira

(1991: 375) e Mário Júlio Almeida Costa (1996: 382) atribuem a feitura do código aos trabalhos desta comissão criada em 1802, com base em uma menção na edição brasileira do código de que ele tinha sido “organizado pela comissão creada pelo Decreto de 21 de Março de 1802”. Contudo, o monarca nomeou pelo Decreto de 27.5.1816 uma outra comissão, composta pelo Lord Beresford, que presidia, o Marquês de Campo Maior, o Conde de Sampaio, Martinho Dias Azedo e José Leite de Barros. A 11.2.1820, já sem o seu presidente, esta comissão concluiu e apresentou ao monarca o projecto de código. Acresce que o Alvará que aprovou o novo código o atribui expressamente ao labor da comissão nomeada pelo Decreto de 1816. Esta hipótese é confirmada por três provas inafastáveis: o original do projecto enviado ao monarca com a assinatura daqueles membros da comissão de 1816, que se encontra no Arquivo Histórico da Assembleia da República, a menção de Borges Carneiro à autoria do projecto na sessão de 6.11.1821 das Cortes (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 2955 e 2956) e o registo da oferta do texto original do código às Cortes (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3132). Pode, pois, concluir-se que o novo código penal militar de 1820 foi elaborado pelo Marquês de Campo Maior, o Conde de Sampaio, Martinho Dias Azedo e José Leite de Barros. A tese que se defenderá no texto é a de que o código se ficou a dever muito especialmente ao desembargador José Leite de Barros.

¹⁶³⁹ Os argumentos de Garção Stockler (1826: 242 e 243), a que aderiram outros quatro membros da comissão, foram coligidos numa anotação que o autor fez juntar ao Esboço e tinham uma dupla natureza: por um lado, os crimes comuns eram de prova mais difícil do que os militares e, por isso, exigiam uma investigação menos abreviada, o que era incompatível com a natureza dos tribunais militares, e por outro lado, os membros militares do tribunal não estavam preparados para julgar crimes comuns. Estes membros da comissão afastavam também a solução da introdução da forma civil do processo no foro militar, com o alargamento do número de juizes no conselho de guerra e a transformação deste em um tribunal permanente. Como se verá melhor adiante, a opinião destes membros da comissão ficou vencida na versão final do código.

fase processual era a da formação do corpo de delito e terminava com a pronúncia do réu. Abria-se então a fase da informação posterior à pronúncia, em que se procedia ao interrogatório do réu e à ratificação das testemunhas da acusação produzidas na instrução do processo. A terceira fase processual era a da audiência de julgamento, em que o réu produzia os elementos de prova da sua defesa. O “Esboço” previa apenas um recurso de apelação para o Conselho de Justiça, sem que fossem especificados o objecto do recurso e os poderes do tribunal de recurso.

O “Esboço” previa, pois, três importantes reformas do direito vigente: a restrição do privilégio do foro militar, a regulamentação da fase instrutória e das formas sumária e sumaríssima do processo e a ratificação dos depoimentos prestados pelas testemunhas da instrução. A comissão a que foram apresentadas estas propostas não chegou, contudo, a concluir os seus trabalhos.

Ao invés, a comissão nomeada em 1816 desempenhou-se da sua tarefa e o projecto do código recebeu a confirmação real, por Alvará com data de 7.8.1820, com a determinação de que fosse publicado e tido “em exacta observância tanto nos meus Reinos de Portugal e dos Algarves, como no do Brazil”. Contudo, o código não chegou a vigorar, não tendo sido publicado o referido Alvará nem no Brasil nem em Portugal.

Embora contivesse algumas disposições liberais em matéria substantiva, o código foi, tal como o estudo preparatório de Garção Stockler, elaborado à luz do paradigma judiciário do anterior regime.¹⁶⁴⁰

O código consagrava, contra o parecer de alguns dos seus membros mais ilustres, como Garção Stockler nos deu a conhecer, um amplo privilégio de foro militar, incluindo nele todos os delitos militares ou civis cometidos, depois do assentamento de praça, por militares que pertencessem à tropa de primeira linha e só exceptuando os crimes de lesa majestade divina e os de humana de primeira cabeça e os que fossem cometidos em algum ofício civil que o militar exercitasse, que não se confundiam com o ilícito de natureza disciplinar, isto é, os “actos cometidos, ou omitidos contra o disposto nas ordens relativas ao serviço, polícia, e regimen interior dos Corpos do Exército”

¹⁶⁴⁰ Quer na Relatório da comissão que procedeu à elaboração do Projecto de Código Penal Militar Portuguez de 1862 (1862: V e VI), quer no Parecer n. 104, de 17.6.1862, da comissão de deputados, sobre aquele Projecto (Barros e Sá, 1869: 106), foram sublinhados os princípios que tinham estado na origem do Código de 1820 e se lamentou mesmo que este código não tivesse vigorado, pois, não obstante os seus defeitos, “era incomparavelmente menos severo” do que a lei antiga é, “marcando um termo medio entre os defeitos da legislação antiga e as necessidades do tempo actual, tornaria menos sensível a transição de um a outro extremo”.

(artigo 1, da parte 1^a, do código de 1820).

No que concerne aos milicianos, o código previa que “em tempo de guerra ou quando estiverem reunidos por qualquer motivo, vencendo soldo e pret, serão processados em Conselhos de Guerra por todos os delictos, que perpetrarem, quer sejam militares, quer civis ou communs, como se fossem da primeira linha” (artigo 2, n. 1, da parte 1^a, do código de 1820), consagrando deste modo a doutrina do Aviso Circular de 21.10.1807 relativa aos crimes comuns cometidos pelos cabos e soldados quando estivessem reunidos e a doutrina da Portaria de 30.6.1810 respeitante aos crimes militares cometidos por qualquer oficial ou soldado das ordenanças em tempo de guerra.

A estrutura judiciária na primeira instância era organizada em conformidade com a natureza do ilícito cometido. As faltas disciplinares eram julgadas por um conselho de disciplina, composto por três ou por cinco oficiais, consoante a patente do réu, e os delitos eram julgados pelo conselho de guerra, composto por seis oficiais e um auditor letrado. O conselho de guerra tinha também competência para conhecer das faltas que o conselho de disciplina entendesse que deviam ser punidas com penas mais severas do que as que cabiam na sua competência e das faltas cometidas por incorrigíveis. As instâncias de recurso eram, tal como no direito vigente, o Conselho de Justiça e o marechal general.

O processo criminal iniciava-se com a formação da culpa pelo conselho de investigação, que no final se pronunciava sobre os indícios recolhidos.¹⁶⁴¹ A apreciação definitiva sobre estes indícios competia, no entanto, à autoridade militar que tinha convocado o conselho de investigação. Concluindo pela verificação de indícios suficientes da prática de crime, a autoridade militar proferia a ordem para formação do conselho de guerra e nomeação dos seus membros e remetia os autos ao auditor, que, por sua vez, formulava a declaração de culpa em conformidade com aquela ordem.

Se a atribuição da instrução do processo a um corpo colectivo de três ou de cinco oficiais, em função da gravidade do crime, e a consagração de uma verdadeira sindicância dos indícios de culpa recolhidos na instrução pela autoridade militar descomprometiam o auditor em relação à sorte da instrução, esse efeito positivo era

¹⁶⁴¹ Devido ao império do princípio da celeridade, consagrado no artigo 47 da segunda parte, o código não estabelecia outras formas de processo menos complexas para julgamento de delitos, prevendo apenas uma outra forma de processo, para julgamento das faltas. Este processo correccional ou disciplinar constava apenas da apresentação da acusação e de defesa, seguido da decisão, que era confirmada pelo comandante do corpo.

completamente anulado pelo modo de estruturação da audiência de julgamento e pela concessão de poderes muito amplos ao tribunal sobre o objecto do processo e os meios de prova, que prejudicavam seriamente o exercício do direito de defesa e muito contribuíam para inquinar a imparcialidade do tribunal, tanto mais que ao réu estava até vedado o levantamento do incidente da suspeição.

Com efeito, após a abertura da audiência de julgamento, o auditor redigia o acto de corpo de delito com base no processo instrutório, seguindo-se-lhe a inquirição das testemunhas de acusação, na ausência do réu, e o interrogatório deste, a quem eram lidos os depoimentos de todas as testemunhas e, por fim, a inquirição das testemunhas de defesa, também na ausência do réu. Toda esta prova era reduzida a escrito. O réu podia requerer a repergunta das testemunhas ou mesmo a inquirição de testemunhas novas e contraditar as testemunhas de acusação, ficando a realização de qualquer destas diligências dependente do entendimento do tribunal.

O conselho tinha plenos poderes quer sobre os meios de prova, podendo inquirir testemunhas novas quando o julgasse indispensável, quer sobre o objecto do processo, podendo o réu ser condenado por delito diverso do da acusação, “suprindo-se primeiramente o que faltar no processo” (artigo 130 da parte 2ª do código de 1820).

A comissão, que se inspirou no regime sumaríssimo das “formalidades de que se deve usar nos processos verbaes feitos em campanha, sem faltar ás partes substanciaes, defeza dos réus e exame dos delictos”, elaborado pelo desembargador José Leite de Barros e incluído na ordem de dia de 27.8.1811, procurou salvaguardar a imparcialidade do tribunal de julgamento por uma dupla via. Por um lado, foi consagrada a regra de fundamentação obrigatória da decisão da matéria de facto, especialmente exigente no caso de pena de morte. A sentença era elaborada pelo auditor que devia expor e desenvolver “os fundamentos das provas” (artigo 96 da parte 2ª do código de 1820) da condenação ou absolvição, cabendo no caso de pena de morte também aos membros do conselho a obrigação de motivar o seu voto por escrito, que se juntava aos autos. Por outro lado, facultou-se ao tribunal de recurso a sindicância officiosa quer da decisão sobre a matéria de facto quer da suficiência dos meios de prova.

A precaridade da avaliação sumária da prova produzida na audiência e o risco da sobrevalorização da prova da instrução, toda ela feita judicial e valorada pelo

conselho, justificavam aquela sindicância ampla da decisão recorrida pelo tribunal de recurso e ainda o reconhecimento, não menos amplo, da faculdade de apresentação de embargos à decisão deste tribunal, o que em certos casos redundava em um complicado regime de três sucessivas impugnações da decisão da primeira instância. Assim, o recurso das decisões dos conselhos de guerra proferidas sobre crimes meramente civis era oficioso para o Conselho de Justiça e o das decisões proferidas sobre crimes militares ou mistos para o marechal general, nos termos previstos pelo regulamento de 21.2.1816.

O marechal general podia também mandar subir os autos para aquele tribunal quando julgasse que a pena devia ser corrigida por outra que excedia a sua alçada ou quando encontrasse “qualquer outra dificuldade” (artigo 103 da parte 2ª do código de 1820). Contudo, os processos por crimes cometidos por oficiais de patente de major para cima punidos com pena de baixa de patente, degredo ou outra mais grave subiam ainda ao rei, tal como os cometidos por quaisquer réus punidos com a pena última, quando o rei estivesse no lugar da execução.

O objecto do recurso era constituído por toda a decisão do tribunal *a quo* sobre a matéria de facto e a questão de direito, tendo o Conselho de Justiça o poder de reformar a sentença com base na prova registada nos autos. O Conselho de Justiça e o marechal general controlavam também a omissão de formalidades essenciais e, designadamente, a falta do corpo de delicto, a inquirição das testemunhas e dos interrogatórios do réu ou a ocorrência de irregularidades tais “que se julgue não assentar a sentença em bases solidas” (artigo 138 da 2ª parte do código de 1820), anulando a sentença e ordenando a baixa do processo para a sua reforma pelo mesmo conselho, que devia ouvir de novo o réu quando do suprimento da irregularidade pudesse resultar a condenação de um réu anteriormente absolvido ou o aumento da pena.

O Conselho de Justiça e o marechal general controlavam também a suficiência da prova produzida, ordenando a baixa do processo ao mesmo conselho de guerra para proceder às diligências omitidas sem que este pudesse proferir nova decisão, que competia apenas ao tribunal de recurso. O Conselho de Justiça podia determinar que o segundo conselho fosse formado por nove vogais.

A sentença de condenação em pena de morte proferida no Conselho de Justiça

admitia embargos do réu, que seriam formados por advogado nomeado quando o réu não os quisesse formar. Os embargos eram amplos, incluindo a prova de matéria nova, mas só eram admitidos em tempo de paz.

Nos casos em que a sentença condenatória em pena de morte devia subir ainda à presença do rei, os embargos só seriam deduzidos no Conselho de Justiça depois da confirmação real, sucedendo-se deste modo ao recurso ordinário inicial para o Conselho de Justiça a apreciação régia graciosa da sentença deste tribunal e a apresentação de embargos à decisão do Conselho após a confirmação régia.

As deficiências graves da justiça administrada na primeira instância, causadas pela sujeição do processo a um princípio de maximização da celeridade, de acordo com o qual se guardavam “somente aqueles termos, que o direito natural prescreve como impreteríveis para que a verdade seja inteiramente conhecida” (artigo 47 da parte 2ª do código de 1820), eram compensadas através da consagração da sindicância pelo tribunal de segunda instância da decisão da matéria de facto e da suficiência dos meios de prova produzidos na instância, bem como através da imposição de apresentação oficiosa de embargos à decisão do tribunal de recurso que fosse condenatória em pena capital. A proibição absoluta das cartas de seguro e dos alvarás de fiança, mesmo no tocante aos delitos civis, e a imposição da reclusão em cadeia fechada dos oficiais a quem fosse imputada a prática de crimes puníveis baixa com prisão em fortaleza ou outra pena maior, por um lado, e a manutenção da *reformatio in pejus*, por outro, agravavam, no entanto, a condição do recorrente.

Capítulo 2º

A Emergência do

Paradigma Judiciário liberal

1. As Cortes Constituintes de 1820 e o problema do foro militar

Os deputados às Cortes constituintes debateram vivamente o problema da subsistência e da delimitação do foro militar.

Na sessão de 1.3.1821, as posições radicais inicialmente defendidas pelos deputados Gyrão e Castello Branco, que advogavam a abolição de todo e qualquer privilégio de foro como uma consequência inelutável do princípio da igualdade de todos os cidadãos diante da lei, mereceram a oposição dos deputados Macedo e Borges Carneiro, que admitiam o privilégio de foro nas causas crimes militares.¹⁶⁴² Fez vencimento esta tese, votando os constituintes por unanimidade a extinção do foro militar “em quanto aos crimes puramente civis”.¹⁶⁴³

A aprovação da base décima primeira da nova Constituição suscitou um movimento de reacção junto dos efectivos militares liberais, onde circulou a notícia de que os deputados tinham decidido a abolição total do privilégio de foro. A reacção assumiu uma tal dimensão que a regência do reino teve de esclarecer em uma ordem do exército do dia 8.4.1821 que não se tinha extinto totalmente o foro militar nas bases da Constituição, mas apenas o privilégio do foro nos crimes comuns cometidos por militares, fosse em tempo de paz ou em tempo de guerra, salientando a regência “que a medida da extinção do Foro, já adoptada em todas as nações cultas da Europa foi agora empregada em todas as classes da Nação Portuguesa, ainda nas que gozavam mais subidos privilegios, e sem as excepções indicadas para os Militares, que, apesar da

¹⁶⁴² Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, pp. 189 a 192.

¹⁶⁴³ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 194. Esta posição aproximava-se da consagrada pelos constituintes franceses no artigo 4 do Decreto de 22.9-29.10.1790, nos termos do qual os novos tribunais militares só tinham competência para conhecer de crimes cometidos “em contravenção à lei militar”, e no artigo 3 do título I do Decreto de 30.9-19.10.1791, nos termos do qual “todo o delicto que não ataca imediatamente o dever, a disciplina ou a subordinação militar é um delicto comum, cujo conhecimento pertence aos juizes ordinários”. Por sua vez, o princípio do direito francês de que “nenhum delicto é militar se ele não foi cometido por um individuo que pertença ao exército”, estabelecido pelo artigo 4 do título I deste Decreto, não foi acolhido pelos deputados portugueses, tendo-se pronunciado o deputado Gouvea Durão no sentido de que todos os civis que cometessem crimes militares deviam ser julgados no foro militar (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 193).

distinta classe a que pertencem, não devem prezar menos a qualidade de cidadão, que nasce com o homem e o faz considerar membro da grande família do estado.”

Mais tarde, na sequência da aprovação do Decreto de 9.7.1822, que declarou a extinção de todos os privilégios pessoais de foro civil e criminal e de todos os juízos privativos concedidos a pessoas, corporações, classes ou terras, com jurisdição civil e criminal, os constituintes desfizeram mais uma vez as dúvidas colocadas sobre o âmbito da nova regulamentação,¹⁶⁴⁴ determinando que a abolição do privilégio do foro relativo aos crimes comuns cometidos por militares compreendia os réus presos nos regimentos antes da publicação da lei, que não tivessem sido ainda sentenciados, devendo todos os réus militares presos por crimes comuns ser remetidos com as respectivas culpas aos juízos comuns competentes.

A outro problema fundamental da justiça militar que ocupou os deputados foi o da estrutura do exército e dos tribunais militares. A Portaria de 16.5.1821 procedeu ao licenciamento das milícias auxiliares e o Decreto das Cortes de 18.8.1821 aboliu as ordenanças,¹⁶⁴⁵ que mais tarde foram substituídas por uma guarda nacional, criada pelo Decreto das Cortes de 18.3.1823 com o objectivo de “defender a Constituição decretada pelas Cortes constituintes de 1821, e manter a segurança e tranquilidade publica” (artigo 19 do Decreto de 18.3.1823). Esta guarda era constituída pelos cidadãos entre os 25 e os 50 anos, com a excepção dos militares de primeira e de segunda linha em serviço, os eclesiásticos regulares, os vadios e os que exerciam determinadas profissões, sendo organizada em batalhões, esquadrões, companhias e esquadras, independentes entre si e submetidos “directa e exclusivamente à autoridade civil” (artigo 1 do Decreto de 18.3.1823). Todos os postos eram electivos em escrutínio secreto e por pluralidade absoluta dos eleitores.¹⁶⁴⁶

¹⁶⁴⁴ Para o efeito os deputados aprovaram o Decreto das Cortes de 17.9.1822 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 365 a 367 e 470), que foi mandado observar por Carta de Lei régia de 19.9.1822.

¹⁶⁴⁵ A proposta de abolição das ordenanças foi de Fernandes Thomaz e recolheu o apoio unânime dos deputados, tendo, no entanto, ficado em aberto o modo de recrutamento do exército (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume III, pp. 1831 a 1835). O Decreto das Cortes foi mandado observar pela Carta de Lei régia de 22.8.1821. Este licenciamento correspondia, aliás, a uma tendência, que se verificou desde a intervenção militar inglesa e se prolongou durante todo o século XIX, para a supressão dos efectivos milicianos que completavam o exército profissional de primeira linha e a correspondente organização de um exército permanente e de massas, assente em uma conscrição geral (Carlos Selvagem, 1931: 577 a 581, e Maria Carrilho, 1985: 98 a 100, 104 a 107).

¹⁶⁴⁶ Sob a ameaça da contra-revolução, o projecto foi apresentado na sessão das cortes ordinárias de 10.3.1823 e discutido e aprovado nessa sessão e nas de 12 e 18 de Março (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo II, 1823, pp. 328 a 330). O fundamento do projecto era o disposto no artigo 174 da

No que toca à reforma da organização judiciária militar, foram tomadas duas decisões muito significativas que, não só afastavam privilégios há muito adquiridos, como também procediam a uma reaproximação da justiça militar à justiça civil.

Assim, o Decreto das Cortes de 10.12.1821 determinou a extinção do lugar de auditor geral do exército e dos de auditores, ficando as competências daquele a caber ao Supremo Conselho de Justiça e as destes aos juizes do crime ou aos juizes de fora das terras onde estivessem aquartelados os regimentos.¹⁶⁴⁷ A atribuição de competência aos juizes civis para conhecerem dos processos do foro militar na primeira instância significava um regresso ao modelo joanino de convergência na mesma pessoa dos cargos de juiz de fora e de auditor, abandonando-se a solução do conde de Lippe que tinha sido reintroduzida em 1811. Este regresso à solução tradicional foi, paradoxalmente, uma consequência do propósito revolucionário de diminuição dos privilégios do foro militar e de uma progressiva assimilação das duas jurisdições penais, a comum e a militar.

A outra medida tomada pelos constituintes foi a da promulgação do Decreto das Cortes de 23.10.1822, que extinguiu o tribunal do Conselho do Almirantado e criou o Conselho da Marinha, como tribunal de segunda e última instância, de composição mista de quatro oficiais da marinha, presidindo o de maior graduação, e de três desembargadores do Tribunal da Relação, sendo os primeiros sorteados e os segundos designados por turno e admitindo-se a possibilidade de recusa de qualquer membro do

Constituição e, no silêncio do texto constitucional, os deputados deliberaram, por sugestão do deputado Pato Moniz, que as autoridades civis a que a guarda ficava sujeita eram exclusivamente as câmaras municipais. A estas autoridades competia também o alistamento dos homens abrangidos pelas disposições legais (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo II, 1823, pp. 101 a 103). O Decreto das Cortes foi mandado observar por Carta de Lei régia de 22.3.1823. A guarda nacional, cuja natureza correspondia ao conceito liberal de legitimidade popular do poder (José Subtil, 1986: 171 a 174), foi dissolvida depois da contra-revolução, pela Carta de Lei de 13.6.1823, que também restabeleceu o corpo das ordenanças. Depois da derrota das forças absolutistas, o Decreto de 29.3.1834 determinou de novo a organização de uma guarda nacional, que se manteve durante todo o regime monárquico, tendo oficiais e graduados electivos e sendo dirigida pela autoridade administrativa e por esta mandada reunir extraordinariamente “para manutenção ou restabelecimento da paz e da ordem publica”.

¹⁶⁴⁷ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3370 e 3371. O projecto de Decreto foi apresentado pela comissão encarregada da reforma do exército na sessão de 12.11.1821 e já previa a extinção dos auditores privados, com dois fundamentos, sendo o primeiro o de que o sistema vigente era “improprio para o pronto expediente do serviço em tempo de paz, pois sendo concedido um só auditor a cada brigada, pertencem-lhes dois, ou tres corpos, aquartelados alguns em taes distancias que se torna impraticavel a pronta e regular expedição dos conselhos de guerra”, e o segundo fundamento o de que os vinte e dois auditores particulares do exército constituíam um grande encargo para a fazenda pública (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3052 e 3053). O projecto foi discutido e aprovado na sessão de 29 de Novembro (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3267 a 3270). O Decreto foi mandado observar por Carta de Lei régia de 12.12.1821.

Conselho pelo réu.¹⁶⁴⁸ Na primeira instância, os conselhos de guerra continuariam a julgar de acordo com o direito vigente, mas o juízo seria público até à sentença.

Deste modo, o processo de assimilação da justiça militar à justiça civil, que se verificava na primeira instância através do regresso dos juizes civis aos conselhos de guerra, alargou-se ao tribunal de segunda instância, possuindo o novo Conselho da Marinha a natureza de um verdadeiro tribunal de “júri especial”.¹⁶⁴⁹ Não obstante o propósito verdadeiramente radical da reforma encetada, os constituintes anteviram a necessidade de proceder com cautela, quer restringindo a inovação legislativa à jurisdição da marinha, quer optando por uma solução de compromisso entre a composição civil exclusiva do tribunal superior e a anterior composição do Conselho do Almirantado.¹⁶⁵⁰

¹⁶⁴⁸ Na sessão de 5.9.1822 foram propostos dois projectos para reforma urgente da marinha, um da comissão da marinha e outro do deputado Vasconcellos (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 356 a 358), mas o projecto da comissão foi alterado na sessão de 24.9.1822 e na sessão de 10.10.1822 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 543 e 544, 738 e 739). A comissão visava, nas palavras do seu membro, o deputado Marino Franzini, a formação de um “um jurado de appellação”, cujos membros militares e togados fossem sorteados para cada causa, podendo os juizes militares ser recusados pelo réu (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 545). Ao invés, o deputado Vasconcellos organizava “uma comissão de officiaes que podem ser amoviveis á vontade do Governo” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 359). Fizeram vencimento as teses liberais da comissão da marinha, sendo em 23.10.1822 decretada a instituição do novo tribunal de segunda instância (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 887 e 888). O Decreto foi mandado observar por Carta de Lei régia de 30.10.1822.

¹⁶⁴⁹ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 358. A dificuldade com que deparou a proposta da comissão no plenário está bem patente nas críticas dogmáticas e políticas dirigidas ao novo tribunal supremo pelos deputados Trigo, Barão de Molellos e Serpa Machado, concluindo o Barão de Molellos que este tribunal era “verdadeiramente monstruoso” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 544 e 545). A inversão do sentido da discussão e a aprovação final da doutrina da proposta da comissão ficou a dever-se à intervenção de Ferreira Borges, que invocou a natureza híbrida do julgamento de facto e de direito por todos os membros do conselho de guerra, com vista a justificar a apelação para um tribunal colectivo que julgasse do mesmo modo (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 546).

¹⁶⁵⁰ A cautela com que procederam os constituintes portugueses é ainda mais evidente quando se compara a lei portuguesa com as que os constituintes franceses votaram para introdução do júri e do direito de recusa dos membros do tribunal na jurisdição da marinha e do exército. Com efeito, o Decreto de 21.8.1790 criou os *Conseils de Justice* para a marinha e o de 22.9.1790 as *Cours Martiales* para o exército, com duas diferenças fundamentais em relação ao novo direito português, que residiam no número dos membros que compunham o júri, sete nos conselhos da marinha e nove nos tribunais do exército, e na existência de um júri de acusação no exército. Nos conselhos da marinha deviam ser do grau do acusado três membros no caso dos soldados e dos operários e cinco no caso dos oficiais e nos tribunais do exército até um número de oito dos nove membros podiam ser do grau do acusado, consoante ele fizesse uso ou não do seu direito de recusa (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: XI e XII, e Louis Tripier, 1879: 17 e 18).

Estas duas inovações não subsistiriam por muito tempo. A reacção absolutista consubstanciou-se na publicação de três diplomas fundamentais, a Lei de 14.9.1823, o Decreto de 3.10.1823 e o Decreto de 23.6.1825.

Constatando as dificuldades que se encontravam para serem julgados os militares “quando réus de crimes civis e militares, pela complicação dos juízos em que simultaneamente são obrigados a responder por deprecadas e officios, o que occasiona consideravel demora na decisão das suas sentenças”, aquela lei revogou os Decretos de 9.7.1822 e de 17.9.1822, e repôs em vigor o direito anterior à extinção do foro militar para os crimes comuns.¹⁶⁵¹ O Decreto de 1823 revogou o disposto no artigo 4 da Lei de 30.10.1822, que “encerrando principios desorganizadores, e de mui funestas consequencias, foi huma tentativa, com que se procurou pôr em prática vãs teorias, que a experiencia de outros Paizes já tinha reprovado como inexequiveis”, razão pela qual o monarca atribuiu ao Conselho da Marinha a composição e a competência previstas no regimento do Conselho do Almirantado de 26.10.1796.¹⁶⁵² Por fim, mostrando a

¹⁶⁵¹ O destino dos Decretos de 9.7.1822 e de 17.9.1822 foi afinal o mesmo do da lei dos constituintes franceses de 19.10.1791, que foi logo revogada pela Lei de 12-16.5.1792. Esta última lei consagrou de novo o princípio geral da competência dos conselhos de guerra para conhecer de todos os crimes cometidos por militares, que foi posteriormente mantido pelas leis de 3 *pluviose* do ano II, de 22 *messidor* do ano IV, de 13 *brumaire* do ano V, pela Constituição de 22 *frimaire* do ano VIII e pelo Decreto de 21.2.1808 (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 72). No entanto, a inversão do sentido da legislação foi muito criticada pela doutrina francesa, que defendia convictamente a tese, segundo a qual só os delitos cometidos por militares e referentes à disciplina militar deviam ser julgados por tribunais militares, considerando mesmo qualquer extensão desta competência como “deplorável” (Benjamin Constant, 1836: 263 a 265, e Chaveau e Hélie, 1845: 23 e 24).

¹⁶⁵² Também no direito francês o júri foi suprimido na maioria dos casos previstos na jurisdição da marinha pela Lei de 16 *nivose* do ano II, aprovada pela Convenção, e definitivamente abolido pelos Decretos imperiais de 22.7.1806 e 12.11.1806, que instituíram o *Conseil de Justice*, composto por cinco oficiais e com competência para conhecer os delitos menos graves cometidos a bordo, o *Conseil de Guerre*, composto por oito oficiais superiores e com competência para conhecer todos os crimes e os restantes delitos cometidos a bordo, e o *Tribunal Maritime*, composto por cinco oficiais, um engenheiro e dois juizes de direito e com competência para conhecer todos os crimes e delitos cometidos nos portos e arsenais. Os membros de todos estes órgãos jurisdicionais eram nomeados caso a caso. Na jurisdição do exército, só depois do golpe de 9 *termidor* e da tomada do poder pelas forças conservadoras foram definitivamente abolidas as instituições da jurisdição militar criadas pelos constituintes. A Lei do segundo dia complementar do ano III (18.9.1795) aboliu o júri na jurisdição militar e criou o *Conseil Militaire*, composto por nove militares, nomeados caso a caso. Os tribunais militares correcionais, introduzidos pela Lei da assembleia constituinte de 30.9-19.10.1791, suprimidos pela Lei da Convenção de 12-16.5.1793 e reintroduzidos pela Lei de 3 *pluviose* do ano II (22.1.1794), constituíram um instrumento político para diminuir a participação popular na administração da justiça militar e foram também definitivamente afastados por aquela Lei do segundo dia complementar do ano III. A Lei de 13 *brumaire* do ano V (3.11.1796), que se lhe seguiu, organizou pela primeira vez um *Conseil de Guerre Permanent*, composto por sete militares, nomeados pelo general comandante de divisão e substituídos quando este o entendesse necessário. Não obstante a natureza de verdadeiros tribunais comissionados de todos estes órgãos jurisdicionais, encontrando-se em clara oposição às proibições constitucionais das Cartas de 1814 e de 1830, esta organização da jurisdição militar subsistiu, tal como a da marinha de 1806, até à publicação dos códigos do Segundo Império (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: XII a XVII,

experiência que os juízos criminais das cidades de Lisboa, Porto e Elvas não podiam “acudir com a actividade precisa aos muitos conselhos de guerra”, o Decreto de 23.6.1825 dispensou nestas cidades os juizes da jurisdição comum da participação nos conselhos de guerra e instituiu de novo o lugar de auditor, ocupado por bachareis, com um estatuto idêntico ao criado pelo conde de Lippe, excepto na parte em que se lhes conferia patente de capitães agregados aos corpos em que servissem.¹⁶⁵³

A afronta aos princípios da nova organização judiciária não foi, no entanto, apenas o resultado da contra-revolução miguelista. Nas vésperas desta, os deputados não se pouparam a esforços para defender a Constituição, mesmo por meios que a contrariavam, fazendo aprovar o Decreto das Cortes de 27.2.1823, que determinou a suspensão por três meses das garantias constitucionais de proibição da prisão sem culpa formada e da inviolabilidade da casa e também permitiu a remoção dos titulares de cargos públicos e a deportação de cidadãos estrangeiros e nacionais “suspeitos de favorecerem directa ou indirectamente os planos dos inimigos da liberdade publica”.¹⁶⁵⁴ Não se mostrando estas determinações suficientes, uma outra medida, ainda mais violenta, foi adoptada pelo Decreto das Cortes de 20.3.1823, que previa a realização na província de Trás-os-Montes de julgamento em conselho de guerra, em primeira e única instância, com castigo até à pena de morte, de qualquer indivíduo que pegasse em armas contra o sistema constitucional, autorização que pelo Decreto de 9.4.1823 se estendeu a todo o país. Nem mesmo o princípio da proscricção dos tribunais extraordinários sobreviveu, tendo também os constituintes recorrido aos métodos draconianos que tinham merecido

Louis Tripier, 1879: 18 a 27, Augier e Le Pottevin, 1905: 2 a 5, Pierre Huguency, 1933: 9 a 14, e Paul-Julien Doll, 1966: 21 a 23).

¹⁶⁵³ A contra-revolução implicou também o regresso à antiga estrutura do exército. O recrutamento das milícias foi reintroduzido pela Carta de Lei de 27.2.1823 e o corpo de ordenanças restabelecido pela Carta de Lei de 13.6.1823. Os regimentos de milícias e o sistema de ordenanças só viriam a ser extintos em todo o reino, respectivamente, pelos Decretos de 14.7.1832 e de 20.7.1832, depois de terem sido extintos nos Açores pelo Decreto de 25.4.1832. Ao invés, as disposições de 1825 relativas ao auditor do conselho de guerra mantiveram-se em vigor mesmo depois da retomada do poder pela facção liberal e da regeneração (João Alcantara, 1861: 60). A Carta de Lei de 4.6.1859 viria a fixar as condições para nomeação como auditor e o respectivo estatuto, sendo condição para aquela nomeação que o bacharel fosse juiz de direito ou, no caso de vacatura, candidato legal à magistratura judicial e sendo considerado o auditor para todos os efeitos legais juiz de direito de primeira instância do quadro da magistratura.

¹⁶⁵⁴ Este projecto da comissão especial foi apresentado e aprovado nesse mesmo dia de 27.2.1823, tendo com sido fixado ao rei o prazo de 24 horas para o sancionar. A urgência do projecto era salientada pelo deputado Pereira do Carmo com estas palavras: “a guerra civil rebenta em nossa patria, e havemos de nos ir deitar mui descansados em nossas camas, sem applicarmos de prompto aquelle remedio, que a natureza do mal está indicando?”, tendo as reservas do deputado Trigoso sido rapidamente afastadas pela maioria (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo II, 1823, pp. 1029 a 1036).

¹⁶⁵⁵ Também o projecto de Decreto da comissão especial de 20.3.1823 foi aprovado no mesmo dia da sua apresentação e tinha o prazo de 24 horas para o rei sancionar o Decreto. Os deputados discutiram se o julgamento devia observar a forma de conselho de guerra, como era intenção da comissão, mas não resultava do projecto, ou se devia ficar inteiramente ao arbítrio do comandante da tropa, como decorria literalmente do projecto e advogava o deputado Pato Moniz (“nada de formulas morosas, Sr. Presidente, a grandes males, grandes remédios, e quanto mais prontos melhor”). Fez vencimento a posição moderada do deputado Derramado (“nada de formulas morosas, mas nada de iniquidades; he necessario que digamos bem isto, e que se diga claramente que há de sempre preceder um conselho de averiguação, dando-se defeza ao accusado; porque tudo o mais reputo iniquidade”), o que conduziu à alteração do texto do projecto (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo II, 1823, pp. 240 a 243). O Decreto foi sancionado por Carta de Lei régia de 21.3.1823. Este tribunal extraordinário era, contudo, muito distinto dos primeiros tribunais criminais de excepção instituídos pelos revolucionários franceses, “o Tribunal de 17 de Agosto” e o tribunal da Convenção, o primeiro criado a 17.8.1792 e extinto a 29.11 desse ano e o segundo criado a 10.3.1793 e extinto a 31.5.1795. O “Tribunal de 17 de Agosto” era composto por oito juizes letrados escolhidos pelos deputados e quinze jurados eleitos entre os membros das secções da cidade de Paris e tinha competência para julgar, em primeira e última instância, os crimes cometidos pelas forças realistas aquando do assalto às Tulherias. O ritmo lento e a clemência do tribunal justificaram aos olhos dos deputados a sua substituição por um outro (Jean-Pierre Royer, 1996: 335). Assim, o novo “Tribunal Criminal Extraordinário” foi criado pela Convenção sob a inspiração da máxima de Danton de que “sejamos terríveis para dispensar o povo de o ser” (*soyons terrible pour dispenser le peuple de l'être*). Este tribunal era composto por cinco juizes e dezasseis jurados, todos nomeados pela assembleia, e tinha competência para julgar, em primeira e última instância, os suspeitos de qualquer actividade contrarevolucionária, independentemente da sua natureza ou gravidade. O processo aplicável neste tribunal, sobretudo na versão da Lei de 22 *prairial* do ano II (10.6.1794), aboliu praticamente todas as garantias processuais do acusado, suprimindo o interrogatório do acusado em audiência pública, vedando a assistência do mesmo por um defensor, só permitindo a produção de prova testemunhal ao acusador público e impondo a votação pública da decisão pelos juizes. Esta forma de processo, que constituiu uma “verdadeira paródia da justiça” (Robert Chabanne, 1990: 178), foi “a base judiciária do Terror que fez cerca de 40.000 vitimas em nove meses” (Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 160). Além da punição com a pena de morte, o legislador da Convenção consagrou, na famosa “lei dos suspeitos” (*loi des suspects*), de 17.9.1793, uma outra sanção, com características semelhantes às das antigas *lettres de cachet*: a medida de segurança da prisão por período indefinido até que a guerra civil cessasse, aplicável mesmo no caso de arguidos absolvidos da prática dos crimes imputados. Esta mesma sanção já tinha sido ensaiada, aliás, em relação a um grupo mais restrito de opositores do novo poder, os religiosos “refractários”, que, por força do Decreto de 22.4.1793, foram internados sem julgamento, tendo os “suspeitos” e os “refractários” internados chegado a totalizar 500.000 pessoas (Frantz Funck-Brentano, 1926: 245, Alain Noyer, 1966: 69 e 72, Philip John Stead, 1983: 36 e 37, e Jean Pierre Royer, 1996: 394 a 396). Só com o “terror branco” termidoriano foi pela primeira vez instituída, pelo Decreto de 4.5.1795, uma comissão militar, composta por cinco oficiais, que tinha inicialmente competência para julgar apenas os insurrectos do primeiro *prairial*, mas viu a sua competência alargada ao julgamento de todos os “terroristas vermelhos” robespierristas, sendo extinta pouco tempo depois. Os revolucionários franceses tinham, como terão mais tarde os portugueses, perfeita consciência de que estas jurisdições políticas de excepção constituíam um “entorse profundo” aos princípios constitutivos do paradigma judiciário liberal, tendo progressivamente suprimido as medidas extraordinárias adoptadas (Marcel Rousset, 1948: 66 a 69, Robert Charvin, 1968: 39 a 41, 47 a 53, Jean Imbert, 1990: 29 a 31, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 138 a 144). Os primeiros tribunais criminais excepcionais de composição mista militar e civil e funcionamento permanente só surgiram depois da queda do Directório e da ascensão de Bonaparte ao poder, tendo a Lei de 18 *pluviôse* do ano IX (7.2.1801) criado os “tribunais criminais especiais”, com competência para julgar definitivamente certos crimes políticos. Estes tribunais eram compostos por três juizes togados, três militares com patente igual ou superior a capitão e dois cidadãos, que reunissem os requisitos legais para serem juizes, sendo estes cinco membros escolhidos pelo primeiro consul. Com a justificação de pretender salvar o júri, libertando-o do julgamento de processos para os quais ele se mostrava demasiado fraco, Napoleão fazia afinal regressar os odiados *tribunaux prévôtaux des maréchaux* do Antigo Regime. Estas comissões mistas viriam a ser consagradas no *Code d'Instruction* (artigos 538 a 599), tendo a sua competência sido alargada ao conhecimento dos crimes cometidos por

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

A guerra civil levou os liberais aos Açores, onde teve lugar a primeira tentativa de criação de um novo tribunal superior e de um novo processo para o foro militar.

Na impossibilidade do funcionamento da Junta de Justiça criada pelo Alvará de 15.11.1810, a Junta Provisória organizou, pelo Decreto de 14.11.1828, um Supremo Conselho Militar, composto por um presidente, um juiz relator, cinco vogais ordinários

vagabundos, condenados em penas infamantes ou afeitivas, e ainda dos crimes de rebelião, contrabando armado, moeda falsa e assassinio perpetrado por grupos armados. Simultaneamente, o chefe de Estado organizou e concentrou na sua pessoa o controlo de toda a actividade policial de natureza política e conferiu ao seu Conselho Privado, através do Decreto de 3.3.1810, o poder de determinar a prisão pelo período de um ano indefinidamente prorrogável e insindicável pelos tribunais dos “homens perigosos que não pudessem ser postos em julgamento ou em liberdade sem comprometer os interesses do Estado” (*hommes dangereux que ne pouvaient être mis en jugement ou mis en liberté sans compromettre les intérêts de l’Etat*), incluindo os absolvidos pelos tribunais e os condenados cujas penas fossem consideradas demasiado leves, fazendo assim renascer mais uma vez as temidas *lettres de cachet* do Antigo Regime (Frantz Funck-Brentano, 1926: 246 e 247, Henry Buisson, 1950: 182 e 183, Leon Radzinowicz, 1956: 566 a 568, Robert Charvin, 1968: 69 a 72, 94 a 96, Alain Noyer, 1966: 71, 72 e 79, Jacques Ellul, 1969 b: 162 a 164 e 175, Philip John Stead, 1983: 52, Robert Chabanne, 1990: 195, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 282 a 284). Depois da abdicação de Napoleão, o rei da França Luís XVIII outorgou a primeira Carta Constitucional, que previa a abolição das comissões e dos tribunais extraordinários no seu artigo 63. Contudo, esta mesma disposição constitucional ressalvava as jurisdições prebostais, “quando o seu restabelecimento seja considerado necessário” (*si leur rétablissement est jugé nécessaire*), o que veio a acontecer através da Lei de 20.12.1815. Os novos tribunais extraordinários eram compostos por quatro magistrados judiciais civis e um preboste militar, que exercia as funções de juiz de instrução e intervinha no julgamento com direito de voto. A sentença era definitiva e devia ser executada dentro de vinte e quatro horas. Os tribunais extraordinários eram, afinal, uma reformulação das anteriores comissões mistas, modificando o legislador da Restauração a composição dos tribunais especiais previstos pelos artigos 538 e seguintes do *Code d’Instruction*, mas mantendo a sua competência. Em 1818 estas comissões foram suprimidas, cessando o “terror branco encoberto” de que elas foram instrumento (Esmein, 1882: 470 a 480, René Garraud, 1907: 54, Robert Charvin, 1968: 119 e 120, Alain Noyer, 1966: 82, Robert Chabanne, 1990: 193, 210 e 211, Jean Pierre Royer, 1996: 490 a 494, Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 425 e 426). Só com a aprovação do texto constitucional da Monarquia da Julho foi proibida a criação de comissões e tribunais extraordinários (artigo 54 da Carta Constitucional de 1830). Este não foi, contudo, nem o fim das *lettres de cachet*, nem dos tribunais extraordinários.

e dois extraordinários para os casos de empate e com a competência para confirmar, alterar e revogar as sentenças absolutórias e condenatórias dos conselhos de guerra, mas com remessa oficiosa e secreta da sentença final à Junta Provisória da Regência para confirmação nos crimes de deserção para o inimigo, sublevação, traição e motim. A competência da Junta de Justiça relativamente aos crimes cometidos por civis foi atribuída a uma comissão militar, cujos membros eram, em parte, os do Supremo Conselho.¹⁶⁵⁶

Após a nomeação do Conde de Vila Flor como governador e capitão general para os Açores, este determinou a organização de um Conselho de Justiça, em substituição do anterior e com uma composição distinta. O novo Conselho era composto por um presidente e três vogais militares, os dois desembargadores da Relação dos Açores e o corregedor da cidade de Angra, tendo a Regência confirmado a Portaria do governador.¹⁶⁵⁷ O governo liberal recuperava deste modo a solução aprovada pelos constituintes para a composição do Conselho da Marinha.

Por outro lado, na sequência das profundas reformas empreendidas pelo Decreto da Regência de 30.6.1830 no âmbito do processo penal comum, designadamente, no que se refere à competência, aos recursos e ao processo de ausentes, a Regência dos Açores decretou para os conselhos de guerra “uma ordem de juízo analoga, enquanto for compatível com a rapidez dos processos militares, á ordem estabelecida para os juízos criminaes nos tribunaes civis”.¹⁶⁵⁸

O diploma de 14 de Novembro de 1830 introduziu duas inovações importantes no processo penal militar: a criação de uma promotoria de justiça para seguir os termos da acusação quer na primeira quer na segunda instância, sendo o promotor na primeira instância nomeado pela mesma autoridade militar que designava os vogais do conselho

¹⁶⁵⁶ O Conselho instituído pelo Decreto de 14.11.1828 tinha cinco militares e dois civis como membros efectivos e mais dois vogais militares como membros extraordinários, enquanto a Comissão criada pelo Decreto de 15.7.1829 tinha quatro militares e três juizes como membros efectivos e mais dois militares como membros extraordinários.

¹⁶⁵⁷ A Portaria do governador é de 15.7.1829 e o Decreto de confirmação da regência é de 27.3.1830.

¹⁶⁵⁸ A reforma foi aprovada pelo Decreto de 14.11.1830 e a sua importância foi posta em relevo por Cisneiros e Faria, que se referia a este diploma como tendo criado uma nova ordem “analoga á Carta constitucional da Monarchia Portugueza, e ao que, em conformidade della, se acha estabelecido nos tribunaes Criminaes Civis” (Cisneiros e Faria, 1847: 32). Os princípios da Carta já tinham tido, aliás, repercussão ao nível do direito ordinário através da publicação do Decreto de 25.8.1827, que mandou observar o disposto no artigo 126 da Carta nos conselhos de guerra, de modo a que os actos do processo depois da pronúncia também no processo penal militar fossem públicos. O diploma de 1830 reiterou este princípio, determinando a publicidade obrigatória das audiências.

e na segunda pelo governo,¹⁶⁵⁹ e a ratificação na audiência de julgamento dos depoimentos das testemunhas produzidos no processo preparatório.¹⁶⁶⁰

Com a invasão do território continental pelas tropas liberais e a conquista da cidade do Porto por D. Pedro, instalou-se nesta cidade a sede provisória do governo liberal, tendo o Decreto de 20.5.1832 dissolvido o Conselho de Justiça da cidade de Angra para logo em seguida o Decreto de 29.7.1832 criar na cidade do Porto um Tribunal de Guerra e Justiça, composto por cinco magistrados e cinco oficiais e presidido pelo auditor geral do exército. Este tribunal tinha competência para o julgamento, em primeira e única instância, dos “delinquentes que perturbassem por qualquer modo a ordem publica”, devendo nele observar-se os termos do processo estabelecido para os conselhos de guerra. O diploma ressaltava, contudo, que a constituição deste tribunal só se mantinha enquanto durasse a usurpação e não prejudicava as leis anteriores relativas ao julgamento dos crimes militares em conselho de guerra. No tocante a estes crimes militares, o governo liberal procurou, no entanto, garantir o duplo grau de jurisdição. Não obstante a situação de guerra civil, que impedia o regular funcionamento das instituições judiciárias e a manutenção de um sistema de recursos, o Decreto de 5.8.1832 tornou obrigatória a interposição de recurso das sentenças nos processos por crimes militares para o general comandante em chefe do exército, que, achando alguma ilegalidade ou injustiça notória, determinava a reforma dos autos no competente conselho de guerra, salvo nos casos de pena de morte, cuja execução continuava dependente de confirmação régia.

Ao Tribunal de Guerra e Justiça foi ainda no ano da sua criação atribuída pelo Decreto de 3.12.1832 competência para julgar os crimes políticos e os crimes militares, ficando o conhecimento dos restantes crimes repartido entre um novo tribunal de

¹⁶⁵⁹ O comandante depois de ter dado parte do crime não voltava a ser ouvido, salvo se o conselho o considerasse absolutamente necessário (artigo 3 da ordem de dia de 27.6.1823). Contudo, o promotor de justiça obedecia às ordens do comandante e podia mesmo ampliar a acusação durante o conselho de guerra (Ordem do Exército n. 16, de 4.10.1841, Ordem do Exército n. 6, de 27.6.1845, e Pedro Pinto, 1850 a: 258, e 1850 b: 231).

¹⁶⁶⁰ Embora a leitura dos depoimentos das testemunhas só fosse prevista expressamente pela lei para a audiência diante do Conselho de Justiça (artigo 7), a doutrina e, ao que parece, a praxe interpretaram este preceito, por vezes conjugando-o com outros da Reforma Judiciária, como tendo reintroduzido o antigo termo das judiciais nos conselhos de guerra (Cisneiros e Faria, 1847: 20 e 23, João Alcantara, 1861: 163, Palmeirim, 1873: 68 e 69, Pedro Pinto, 1850 a: 263 e 276, e 1850 b: 40). Esta interpretação era, aliás, mais conforme com o princípio da imediação consagrado no artigo 28 do Decreto de 30.6.1830 para o processo comum. Por outro lado, sendo o sumário do processo realizado no foro civil não se procedia a nova inquirição das testemunhas de acusação, mas apenas das de defesa e ao interrogatório do réu (Ordem do Exército n. 20, de 4.12.1840).

segunda instância, instalado temporariamente na cidade do Porto, e os juizes do crime da cidade do Porto. Contudo, a manutenção de um tribunal extraordinário com tão ampla competência bulia com os princípios dos liberais e, logo no ano seguinte, o Decreto de 25.1.1833 dissolveu o Tribunal de Guerra e Justiça, atribuindo de novo o conhecimento dos crimes cometidos por militares aos conselhos de guerra e o dos crimes políticos cometidos por civis ao tribunal de segunda instância criado pelo Decreto de 4.12.1832.¹⁶⁶¹

Com vista a assegurar o duplo grau de jurisdição, o Decreto de 5.2.1833 ordenou, na sequência do que já dispunha o Decreto de 5.8.1832, a remessa oficiosa das sentenças proferidas em processos por crimes militares ao marechal general do exército para confirmação da sentença. Havendo alguma ilegalidade essencial ou injustiça notória no processo, o marechal general podia determinar a baixa do processo para reforma pelo mesmo conselho de guerra.¹⁶⁶²

Dissolvido o Tribunal de Guerra e Justiça em Janeiro de 1833, as necessidades da guerra civil em curso determinaram, alguns meses depois, a instituição de dois outros tribunais extraordinários, o Conselho de Guerra Permanente anexo ao Estado-Maior General, e um conselho militar extraordinário, criados, respectivamente, pelo Decreto de 6.5.1833 e pelo Decreto de 22.8.1833.

O Conselho de Guerra Permanente anexo ao Estado-Maior General tinha competência privativa para julgar em primeira e única instância os crimes de deserção e, em ocasião de marcha, quaisquer outros crimes capitais contra a disciplina militar, a segurança dos habitantes e a ordem pública, cabendo ao marechal general a confirmação da acusação e a ordem de remessa dos autos a julgamento pelo conselho de guerra e também, depois da publicação do Decreto de 14.8.1833, a confirmação da sentença condenatória em pena de morte “quando circunstancias extraordinarias assim o exigirem a bem da disciplina”.

¹⁶⁶¹ Este tribunal tinha sido transitariamente estabelecido pelo Decreto de 25.8.1832, com competência para julgar as apelações e os agravos nas causas cíveis.

¹⁶⁶² A vigência do duplo grau de jurisdição era tida como uma garantia fundamental do réu mesmo em tempo de guerra. Com efeito, em uma consulta ratificada pelo regente em 25.2.1834, o auditor geral esclareceu que o “princípio dos dois graus de jurisdição” tinha plena aplicação no processo penal militar, encontrando-se em vigor a forma do processo estabelecida pelo Decreto de 4.11.1830 para o tribunal de recurso. Em face da declaração de “nulidade radical do processo” pelo tribunal de recurso, o processo devia ser remetido ao conselho de guerra, como já decorria do disposto no artigo 31, § 11, do regulamento de 21.2.1816 e do Decreto de 5.2.1833, determinando, contudo, o aviso do regente de ratificação da consulta que este conselho fosse composto por membros diferentes para que se assegurasse

O conselho militar extraordinário tinha competência para em processo sumário e verbal condenar à morte os civis e os eclesiásticos detidos com armas e os militares que comandassem corpos irregulares de tropas ou que se achassem a eles reunidos, dependendo a imediata execução da sentença somente da aprovação do comandante da tropa que convocou o conselho “se este assim o julgar conveniente”.

Também estes tribunais não tiveram uma vida longa, tendo sido ordenada a dissolução do conselho de guerra permanente pelo Decreto de 2.1.1834 e a do conselho militar pelo Decreto de 1.7.1834.

3. A criação do Supremo Conselho de Justiça Militar do Exército e da Marinha e a unificação dos tribunais superiores

Depois da entrada do Rei Soldado em Lisboa, o governo liberal procedeu à reorganização e à reposição em funcionamento dos tribunais ordinários, fazendo cessar a autoridade jurisdicional das chefias militares.

Assim, o Decreto de 2.9.1833 determinou a extinção do Real Conselho de Marinha ¹⁶⁶³ e a criação do Supremo Tribunal da Marinha, tendo este, tal como o Conselho da Marinha em 1822, uma composição mista de três oficiais da marinha, presidindo um deles, e dois magistrados e competência para conhecer em última instância de todos os processos crimes intentados contra os militares da marinha.

Ao invés, o Decreto de 1.7.1834 criou um Supremo Conselho de Justiça Militar, com competência para julgar em segunda e última instância os crimes militares cometidos pelos militares de terra, composto por nove oficiais generais, presidindo o de maior patente e, na igualdade, o de maior antiguidade, e apenas um juiz relator e um ajudante deste, reunindo o tribunal com cinco membros, salvo nos casos de pena de

inteiramente o referido princípio processual.

¹⁶⁶³ O Real Conselho da Marinha tinha adquirido esta designação após a elevação, pelo Alvará de 1.2.1825, do Conselho da Marinha à categoria de tribunal régio.

morte, em que assistiam pelo menos seis vogais, além do presidente.¹⁶⁶⁴ Deste modo, o governo liberal fazia cessar na jurisdição do exército o processo de assimilação do foro militar ao foro civil na segunda instância “a fim de que sem demóra comecem os militares a gosar de todas as garantias, que tão heroicamente souberam restaurar para si e para a sua patria”.

O tribunal de recurso sindicava a existência de nulidades insanáveis e a suficiência da prova, determinando, no primeiro caso, o reenvio para novo julgamento por um conselho de guerra formado de membros diversos dos do primeiro conselho e, no segundo caso, a baixa ao competente conselho de guerra para juntar os esclarecimentos ordenados.

A audiência no tribunal de segunda instância era pública e estava vedada a produção de nova prova testemunhal, prevendo-se ainda a remessa obrigatória dos autos à clemência do poder moderador quando o acórdão condenasse em pena que excedesse dez anos de degredo ou galés e a remessa facultativa quando ocorressem circunstâncias que justificassem a modificação do rigor da lei.¹⁶⁶⁵

A diferença da composição entre os dois tribunais superiores do exército e da marinha não podia manter-se por muito tempo, tendo a resolução desta questão constituído um factor ponderoso para a unificação dos dois órgãos máximos da jurisdição militar. Assim, o Decreto de 9.12.1836 extinguiu o Supremo Tribunal da Marinha e o Supremo Conselho de Justiça Militar e criou o Supremo Conselho de Justiça Militar do Exército e da Marinha, com competência para julgamento em segunda e última instância dos crimes militares do exército e da marinha. Cada uma das secções em que estava dividido o tribunal, a do exército e a da marinha, tinha seis vogais militares, havendo apenas um juiz togado para ambas as secções. Por conveniência política e dificuldades com a despesa pública, o governo revolucionário setembrista repunha em vigor a composição do Conselho do Almirantado do Antigo Regime, “conservando por esta maneira a todos os militares de mar e terra o privilégio de foro e

¹⁶⁶⁴ A redacção confusa da lei suscitou dificuldades quanto ao número mínimo de vogais militares nos casos de pena capital, que foram esclarecidas pela Portaria n. 1925, de 29.12.1845, no sentido de que nos crimes puníveis com pena de morte decidiam sempre cinco vogais, além do presidente e do relator. A doutrina salientava que os membros do tribunal eram independentes e não estavam sujeitos ao presidente nem ao relator, podendo “per si só directa ou indirectamente, verbal ou escrituralmente” procurar os esclarecimentos que entendiam necessários para deliberar (Pedro Pinto, 1850 a: 287).

¹⁶⁶⁵ Não eram, contudo, admitidos embargos às sentenças do Supremo Conselho de Justiça Militar (Pedro Pinto, 1850 a: 346).

garantias, que tão heroicamente souberam restaurar para a sua patria e para si”.¹⁶⁶⁶

O regime de subida obrigatória, o objecto amplo do recurso, os poderes do tribunal de recurso e os termos do processo neste tribunal eram os mesmos do Decreto de 1.7.1834,¹⁶⁶⁷ tendo sido apenas acrescentada a obrigatoriedade de o réu preso estar presente na audiência, podendo nela alegar o que julgasse conveniente para a sua defesa, e a possibilidade de controlo da nulidade por falta de formalidades substanciais dos sumários feitos por juízes civis que tivessem servido de base ao processo militar, o que implicava a baixa do processo ao juiz civil para sanção e posterior julgamento por novo conselho de guerra.

Ao invés da reforma legislativa da segunda instância, a transformação da primeira instância no processo criminal militar por via da importação gradual dos princípios e das regras dos grandes diplomas reformadores do processo penal comum, a Reforma de 1832, a Nova Reforma de 1836/37 e a Novíssima Reforma de 1841, gerou alguns problemas graves.

A omissão pelo legislador de uma delimitação clara do privilégio do foro militar teve como consequência o conflito negativo de competência entre os tribunais civis e os tribunais militares em relação aos crimes comuns cometidos por militares.¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶⁶ Mais tarde, também por razões financeiras, o Decreto de 26.11.1868 suprimiu as duas secções do tribunal, ficando a secção única composta por sete vogais militares, quatro do exército e três da armada, e dois juízes togados, um relator e outro ajudante.

¹⁶⁶⁷ Não procede, pois a tese de Afonso Costa (1899: 229), segundo a qual o tribunal recebeu deste modo “competência de tribunal de recurso de revista”. Com efeito, o Supremo Conselho tinha uma competência mais ampla do que esta, sindicando não só a legalidade mas também a suficiência dos meios de prova, e o tribunal exercia efectivamente esta competência como se constata pelo caso paradigmático relatado na Ordem do Exército n. 29, de 29.8.1836. Nela se relatou o processo verbal e sumário por insubordinação em que o conselho de guerra absolveu os réus em face da divergência no depoimento das testemunhas da culpa no conselho de investigação e no julgamento e o tribunal de recurso considerou provado o ilícito “não só pelas testemunhas do conselho de investigação, mas pelas do de guerra, que não obstante o divergirem algumas dellas em seus segundos depoimentos, se devem comtudo dar maior importancia, e valor aos primeiros depoimentos”. Em consequência, o Supremo Conselho de Justiça Militar condenou os réus na pena de seis anos de trabalhos, reduzidos a quatro por força de um indulto anterior.

¹⁶⁶⁸ O problema da delimitação prática do privilégio do foro militar foi resolvido pela doutrina e pelos tribunais com o recurso às leis antigas, cuja vigência já tinha sido ressalvada pelo regimento de 21.2.1816, em face das disposições omissas da Nova Reforma (artigos 171 e 172 da 3ª Parte) e da Novíssima Reforma (artigo 1026). No entanto, os conflitos repetiam-se e acontecia mesmo, como se relata no aviso do comandante em chefe do exército de 2.9.1857 (Ordem do Exército n. 10, de 11.9.1857), que as duas instâncias da jurisdição militar recusassem a sua competência, considerando o ilícito civil, e posteriormente as três instâncias da jurisdição civil entendessem o inverso, criando a situação de o réu se encontrar em “uma especie de interdicção, porque os tribunaes se recusam a julgá-lo”, que, em regra, era solucionada com a intervenção régia, julgando apto o militar para o desempenho do seu serviço. Um dos motivos por que Corrêa Telles censurou veementemente a redacção do preceito da Novíssima foi precisamente o de nele não se ter referido os concretos casos em os militares beneficiavam de foro especial (Corrêa Telles, 1849: 279).

Os tribunais comuns passaram a tramitar os processos relativos a crimes comuns cometidos por militares até à fase da ratificação da pronúncia, remetendo os autos ao foro militar apenas quando a pronúncia dada pelo juiz comum fosse confirmada pelo júri da pronúncia, e mais tarde, pelo Tribunal da Relação, com base no entendimento de que a Reforma Judiciária só tinha por completa a pronúncia depois da sua ratificação.¹⁶⁶⁹

No que respeitava aos novos crimes comuns ou mistos de polícia correcional cometidos por militares também se pôs a questão de quem era competente para o corpo de delito e para o julgamento. O corpo de delito era feito pelas autoridades civis e um conselho de exame distinto do conselho de guerra procedia a julgamento, com base na velha distinção entre a culpa grave punida em conselho de guerra e a culpa leve punida sem conselho de guerra, prevista nos §§ 1 a 3 do capítulo 11 do regulamento de 1763.¹⁶⁷⁰

Por outro lado, os termos essenciais do processo penal militar passaram a ser os mesmos dos de quaisquer outros, compreendendo uma fase preparatória com o corpo de delito, o sumário e a pronúncia e uma fase de julgamento com a acusação, a defesa e a sentença,¹⁶⁷¹ considerando-se indesejável a participação no conselho de guerra dos membros do conselho de investigação.¹⁶⁷² A assimilação do processo de investigação ao sumário da querela teve uma outra consequência fundamental, a da restrição do seu âmbito, considerando-se que aquele era secreto e não admitia a produção de testemunhas pelo réu.¹⁶⁷³

Por contraposição, a defesa do arguido na fase de julgamento foi substancialmente melhorada, não se admitindo o julgamento de réus ausentes,¹⁶⁷⁴ nem

¹⁶⁶⁹ Esta praxe foi criticada pela doutrina (Machado Ferraz, 1840: 57 e 58, e Castro Neto, 1845: 188), mas manteve-se mesmo depois da Novíssima, sendo sustentada pelo Supremo Conselho de Justiça Militar (João Alcantara, 1861: 62) e confirmada como sendo a “prática do reino” na Portaria de 29.1.1866, esclarecida pela Portaria de 15.5 desse ano, ambas dirigidas ao governador geral da província de Cabo Verde.

¹⁶⁷⁰ Pedro Pinto, 1850 a: 13 e 14, invocando a Ordem do Exército n. 19, de 25.8.1842.

¹⁶⁷¹ Pedro Pinto, 1850 b: 217, invocando a Portaria n. 2173, de 15.12.1848, e Ordem do Exército n. 2, de 3.2.1849.

¹⁶⁷² Pedro Pinto, 1850 a: 256, invocando o artigo 261 da terceira parte da Reforma Judiciária. Posteriormente, o ofício circular do Estado-Maior General de 28.12.1850 veio determinar que os oficiais que tivessem sido membros do conselho de investigação ou do conselho disciplinar não deviam pertencer aos conselhos de guerra (João Alcantara, 1861: 161).

¹⁶⁷³ Pedro Pinto, 1850 a: 279, invocando os títulos 6, 7 e 8 da parte terceira da Reforma Judiciária, a Ordem do Exército n. 34, de 2.12.1842 e a praxe.

¹⁶⁷⁴ Pedro Pinto, 1850 a: 149, invocando a Portaria de 24.1.1838 e a Ordem do Exército n. 16, de 21.12.1844, e n. 7, de 25.6.1846.

o de réu sem defensor.¹⁶⁷⁵ A contestação do réu em conselho de guerra devia ser feita por escrito, dando-se vista ao réu de todos os documentos.¹⁶⁷⁶

A transposição das novas regras do processo penal comum relativas à produção da prova na audiência de julgamento produziu também uma limitação dos poderes de direcção do auditor. O auditor continuava a ler o auto de corpo de delito e as demais peças no início da audiência, confrontando o réu com elas, mas não devia ler os depoimentos das testemunhas ao réu¹⁶⁷⁷ nem às próprias testemunhas, salvo para lhes notar contradições a alterações essenciais.¹⁶⁷⁸ Os depoimentos das testemunhas mortas, ausentes para fora da comarca ou em lugar incomunicável ou desconhecido podiam ser lidos.¹⁶⁷⁹ No interrogatório do réu, não lhe deviam ser lidos os seus depoimentos prestados no conselho de investigação, “senão para o fim de lhe mostrar alguma contradicção, em que tenha cahido, ou alteração, que tenha feito”. As declarações dos co-réus faltosos ou ausentes eram-lhe lidas.¹⁶⁸⁰

O processo de reforma do direito militar não foi, contudo, isento de retrocessos, que resultavam, em regra, da evolução conturbada da vida política da nação. Após onze anos de guerra civil, a convenção de Évora-Monte afastou definitivamente D. Miguel do reino, sem conseguir, no entanto, a paz para o país. A revolução de Setembro de 1836 iria lançar de novo o país em uma série de pronunciamentos militares e revoltas populares.¹⁶⁸¹ A turbulência política e militar da década seguinte deu lugar à criação de sucessivos regimes de excepção, umas vezes restritos à suspensão das garantias constitucionais e outras cumulando esta suspensão com a criação de um processo especial para julgamento sumário.

Logo no ano de 1837, a Lei de 4.3.1837 autorizou o governo a mandar prender sem culpa formada e a “exercer o poder discricionário que as circunstâncias exigirem na serra do algarve e nas suas vizinhanças”, ficando o governo responsável pelos abusos

¹⁶⁷⁵ Pedro Pinto, 1850 a: 307, invocando o artigo 242 da terceira parte da Reforma Judiciária.

¹⁶⁷⁶ Ordem do dia n. 11, de 19.9.1849.

¹⁶⁷⁷ Pedro Pinto, 1850 b: 330, invocando a Ordem do Exército n. 11, de 1.8.1850, e os artigos 264 e 273 da terceira parte da Reforma Judiciária.

¹⁶⁷⁸ Pedro Pinto, 1850 b: 377, invocando o artigo 199 da terceira parte da Reforma Judiciária. Esta melhoria substancial da posição do réu justificou a consagração de uma disposição semelhante à do artigo 1189 da Novíssima Reforma Judiciária no direito militar através da Lei de 11.1.1859. As maiores garantias na primeira instância tornavam desnecessário sujeitar o réu ao sacrifício do transporte para a prisão da sede do tribunal de recurso.

¹⁶⁷⁹ Pedro Pinto, 1850 b: 378, invocando o artigo 202 da terceira parte da Reforma Judiciária.

¹⁶⁸⁰ Pedro Pinto, 1850 b: 36, com base no artigo 207 da parte terceira da Reforma Judiciária.

cometidos e devendo dar conta mensalmente do uso da autorização ao congresso. Esta autorização foi pela Lei de 14.7.1837 alargada a todo o reino, ficando suspensas as garantias individuais, introduzindo-se de novo a licença prévia para a publicação de periódicos ou escritos e a prisão sem culpa formada por ordem do governo.¹⁶⁸²

Três anos depois, a Lei de 14.8.1840 determinou a criação de um tribunal especial misto, composto de quatro militares e três juízes desembargadores, para o julgamento dos rebeldes envolvidos nos factos revoltosos de 12.8.1840 e dos que para o futuro cometessem crimes de idêntica natureza, seguindo-se nele o processo dos conselhos de guerra e cabendo recurso para o Supremo Conselho de Justiça Militar. Contudo, nove dias depois, a Lei de 25.8.1840 extinguiu aquele tribunal especial, atribuindo a competência fixada na lei anterior aos conselhos de guerra.¹⁶⁸³

De novo, em 1844, em face da revolta de Torres Vedras, a Lei de 6 de Fevereiro autorizou o governo a usar pelo período de vinte dias poderes discricionários em todo o reino, ficando suspensas as garantias individuais e podendo o governo mandar prender sem culpa formada, mas devendo prestar contas do uso que tivesse feito desses poderes findo o prazo concedido,¹⁶⁸⁴ tendo o Decreto de 17.4.1844 ordenado o julgamento dos militares e paisanos revoltosos em conselho de guerra, segundo as formalidades em vigor, mas devendo ser concluído em oito dias na primeira instância e em mais oito na segunda.

Dois anos depois, a Lei de 20.4.1846 autorizou de novo o governo a usar, pelo período de sessenta dias, poderes discricionários em todo o reino, em face da revolta do Minho, também conhecida pela revolta da Maria da Fonte, repondo em vigor as disposições dos artigos 2, 3 e 7 da Lei de Fevereiro de 1844. Uma outra lei, datada do dia seguinte, criou um processo especial para julgamento dos crimes de rebelião e sedição em conselho de guerra. O processo era “verbal e summarissimo, praticando-se sómente os actos substanciaes, e impreteriveis, a saber: o corpo de delicto para verificar

¹⁶⁸¹ Sobre esta sucessão de pronunciamentos e revoltas, Carlos Selvagem, 1931: 570 a 577, e Ferreira Martins, 1945: 376 a 383.

¹⁶⁸² Esta suspensão das garantias constitucionais repetiu-se pelos Decretos de 12.12.1840, de 24.9.1842 e de 7.10.1846.

¹⁶⁸³ Como se viu já, são incorrectas as afirmações de Carvalho Viegas (1953: 560), segundo as quais a Lei de 14.8.1840 teria sido a primeira que criou tribunais militares especiais e a Lei de 25.8.1840 teria sido a primeira que submeteu civis aos tribunais militares comuns. As afirmações foram repetidas no parecer da Câmara Corporativa n. 16/VI, p. 200.

¹⁶⁸⁴ A Lei de 22.2.1844, o Decreto de 28.3.1844 e o Decreto de 20.4.1844 prorrogaram a vigência da referida Lei de 6 de Fevereiro.

a existencia delle, e as suas circunstancias, o interrogatorio do réo, e depoimentos das testemunhas de accusação, e defeza”. A punição podia ser até pena de morte, sendo a decisão condenatória do conselho revista apenas pelo poder moderador.¹⁶⁸⁵

Capítulo 3º

A Consagração do Paradigma Judiciário Liberal

¹⁶⁸⁵ Com a substituição do Duque da Terceira pelo Duque de Palmela na chefia do executivo, a Lei de Abril foi revogada pelo Decreto de 17.6.1846. A doutrina considerava, no entanto, que, sempre que as liberdades se encontrassem suspensas, os conselhos de guerra eram os tribunais competentes para julgar os crimes de rebelião e sedição e que eles deviam ser organizados de acordo com aquela lei (João Alcantara, 1861: 163). O legislador português não voltou a criar tribunais militares extraordinários da década de quarenta até à de noventa, ao contrário do legislador francês. Logo após o golpe de Estado de Luís Napoleão em 2.12.1851 e a aprovação por plebiscito da nova Constituição de 14.1.1852, uma circular ministerial de 3.2.1852, validada posteriormente por um Decreto de 5 de março seguinte, criou em cada departamento as “comissões mistas” (*comissions mixtes*), compostas por um general, pelo prefeito e por um procurador da República e com competência para julgar “todos os indivíduos (que) pudessem perturbar a ordem pública” (*individus pouvant troubler l'ordre public*), podendo condenar sem forma de processo e definitivamente às penas de deportação e proscricção, entre outras. Estas comissões, que constituíam a “adaptação napoleónica das *cours prévôtales* bourbonianas” (Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 426), foram abolidas depois do restabelecimento do Império pelo Decreto de 27.3.1852, mas voltaram a ser instituídas pela Lei de 27.2.1858 e só foram definitivamente abolidas a 31.5.1865. Acresce que as leis de Estado de sítio e, designadamente, a Lei de 4.8.1849, permitiam o alargamento da competência dos tribunais militares por decisão do poder executivo a todos os cidadãos e a todos os crimes, tendo Luís Bonaparte, quer durante a Segunda República, quer durante o Segundo Império, feito uso abundante dessa faculdade, constituindo deste modo os tribunais militares uma jurisdição de excepção “camuflada”. O direito militar português também não conheceu, mesmo nos momentos mais graves de guerra civil, legislação “terrorista”, como a do “Decreto de reféns”, de 5.4.1871, aprovado pelos revolucionários da comuna de Paris, nos termos do qual os suspeitos de cumplicidade com o inimigo eram presos como reféns e executados à medida que o inimigo procedesse a uma nova execução (Robert Charvin, 1968: 157, 158, 162 e 163, e Jean Pierre Royer, 1996: 556 e 557). Por seu lado, as *lettres de cachet*, depois de autorizadas pelas leis de segurança interna publicadas durante a Restauração, as Leis de 29.10.1815, de 12.2.1817 e de 26.3.1820, foram de novo recuperadas durante o segundo império por Napoleão III. Com efeito, a Lei de segurança geral de 27.2.1858 autorizou a autoridade administrativa a internar ou expulsar de França todos os indivíduos considerados perigosos para a segurança pública e os condenados por crimes políticos desde 1848. Assim, ao invés da Monarquia de Julho e da Segunda República, que, em regra, respeitaram os direitos individuais de liberdade, a

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)

Com o propósito de proceder à reforma da legislação processual militar, que constituía “a derivação natural de uma constituição erigida de gradações hierarchicas, cortada de privilegios e de immunidades” e, por isso, “um frisante archaismo no meio de uma sociedade remoçada em todas as suas relações pela acção de um princípio vivificante e civilizador”, uma comissão presidida pelo Visconde da Granja elaborou um Projecto de Código do Processo Criminal da Armada, no ano de 1857.¹⁶⁸⁶

Restauração e o Segundo Império desrespeitaram-nos de forma repetida e sistemática (Frantz Funck-Brentano, 1926: 247, e Alain Noyer, 1966: 82, 83 e 91).

¹⁶⁸⁶ A comissão foi nomeada pela Portaria de 7.10.1856, com a finalidade de elaborar um projecto de código penal e um projecto de código de processo penal da armada, e era constituída por João da Costa Carvalho, Francisco Soares Franco, Domingos Fortunato do Valle, Joaquim José Matos Correia e Augusto Carlos Sousa Azevedo, além do Visconde da Granja. A Comissão desempenhou-se de ambas as tarefas. O projecto de lei penal encontra-se publicado em Silva Antunes (1895: 256 a 266) e o projecto de lei processual penal também na mesma obra (Silva Antunes, 1895: 242 a 255). Ao invés da justiça do exército, que não conheceu qualquer outro projecto desde o código de 1820 até ao projecto de 1857, a justiça penal da marinha foi objecto neste período de dois importantes projectos, que visaram exclusivamente a reforma da lei penal substantiva. Assim, em 1836 uma comissão, de que se desconhece a Portaria de nomeação e a respectiva composição, elaborou um projecto de uns “Artigos de Guerra para uso do serviço e Disciplina dos Navios d' Armada”. Este projecto foi por uma Portaria de 14.3.1848 remetido ao Supremo Conselho de Justiça Militar para revisão e parecer, tendo os conselheiros da secção da marinha do Supremo Conselho aprovado em 11.1.1850 e apresentado à rainha a 17 de Maio desse ano um projecto alternativo, o “Projecto do Código Penal para o Serviço da Armada”. Este último projecto não foi assinado pelo conselheiro presidente da secção da marinha, António Manuel de Noronha, que, embora tivesse dirigido os trabalhos de revisão durante dois anos, discordou, em parecer que fez juntar a final ao projecto, de inúmeras soluções deste. Quer o projecto de 1836, quer o projecto alternativo de 1850, assentam na distinção entre crimes e culpas, prevendo ambos que os crimes fossem julgados pelos conselhos de guerra e as faltas fossem castigadas correcionalmente pelo comandante de navio (artigo 8º do título III, do projecto de 1836, e § 4 do artigo 26 do projecto de 1850). Nas anotações do conselheiro presidente aos artigos 32, 36 e 39 do projecto alternativo, foi o projecto vivamente criticado por não impor que os crimes julgados em conselho de guerra fossem precedidos pela realização de um sumário por um juiz civil ou um conselho de investigação. Também nas anotações aos artigos 19, 26 e 78, aquele conselheiro criticou o projecto por nele se não fazer menção expressa à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição para condenação em certos crimes militares. Estes dois projectos de reforma da lei penal da armada de 1836 e de 1850 encontram-se no Arquivo Histórico da Marinha.

A comissão considerou que se lhe colocavam quatro questões de princípio que cabia resolver desde logo e de cuja resolução fazia depender a conformação ulterior de todo o projecto. A primeira era a da definição do âmbito do privilégio do foro militar, a segunda a da instrução pela jurisdição comum dos crimes comuns cometidos por militares, a terceira a da competência do foro militar para o conhecimento dos crimes cometidos por militares e civis em comparticipação e a quarta a da vigência do princípio da prova tarifada.

A comissão resolveu as três primeiras questões de princípio, mantendo o âmbito do privilégio do foro militar em relação a todos os crimes cometidos por indivíduos pertencentes à armada depois do assentamento de praça, mas salvaguardando simultaneamente a competência da justiça civil para proceder à instrução dos processos relativos a crimes comuns cometidos por militares e a crimes cometidos por civis e militares. Em face dos §§ 15 e 16 do artigo 145 da Carta, conjugados com o § 1 do artigo 41 e o § 2 do artigo 131, também da Carta, a comissão não só não encontrava qualquer “infracção constitucional” nos termos amplos em que se encontrava consagrado na lei vigente o referido privilégio e cuja manutenção se propunha, como entendia mesmo que o privilégio do foro militar, por ter atravessado os séculos, tinha a seu favor “a presunção da verdade que só a evidencia contraria póde debellar”.¹⁶⁸⁷

A propósito da quarta questão de princípio a comissão ponderou, por um lado, a necessidade de abandonar “os acanhados limites das provas” decorrentes dos antigos preceitos do direito pátrio por força do “desenvolvimento da sociedade e as indicações hodiernas da sciencia”, e, por outro, a possibilidade de introdução do tribunal de júri na jurisdição militar, decidindo separadamente os vogais militares das questões de facto e o auditor das questões de direito. A comissão optou por uma solução de compromisso entre a tradição e os ensinamentos da ciência moderna, não abolindo inteiramente a teoria das provas judiciais, nem consagrando a instituição do júri, mas antes mantendo a competência do conselho de guerra para decidir do direito e da pena e consagrando em um “capítulo puramente doutrinal” um corpo de regras, que se recomendava à consideração dos vogais de modo a não lhes negar “a faculdade da apreciação conscienciosa d' essas provas”.¹⁶⁸⁸ Deste modo, a comissão procurava, metendo vinho novo em odres velhos, renovar a administração da justiça militar a partir do mesmo

¹⁶⁸⁷ Silva Antunes, 1895: 243.

orgão judicial que a tradição lhe legara, por meio da libertação dos vogais do conselho das regras da prova tarifada.

A Comissão procedeu também à crítica sistemática do direito judiciário e processual em vigor, apontando os seguintes cinco “defeitos mais salientes da legislação actual”: a dependência da magistratura militar, quer dos vogais livremente nomeados pela autoridade militar, quer dos conselheiros do tribunal supremo, sujeitos à demissão arbitrária pelo governo, a falta de conselhos de guerra a bordo dos navios em viagem ou ancorados em portos coloniais ou estrangeiros, a inexistência de recurso das decisões de pronúncia ou despronúncia proferidas pelo conselho de investigação, a necessária confirmação de todas as sentenças em segunda instância e a inexistência de um processo para o julgamento da matéria de natureza disciplinar.

A todos estes defeitos a comissão procurou prover com soluções inovadoras. Assim, a composição e a competência do Supremo Conselho de Justiça Militar permaneciam as previstas no Decreto de 9.12.1836, com a novidade da garantia da demissão dos conselheiros somente por sentença do próprio tribunal supremo, nos mesmos termos em que se encontrava legislado para os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça. Também era introduzida a possibilidade de convocação de um Conselho de Revisão, em caso de guerra e em corpo de esquadra que se encontrasse fora do porto de Lisboa, que funcionaria como tribunal de segunda e última instância, com a mesma organização e a mesma forma de processo do Supremo Conselho, sendo os membros nomeados pelo comandante da esquadra, que não fazia parte do referido Conselho de Revisão.

A organização judiciária militar na primeira instância era profundamente renovada, regulamentando-se pela primeira vez a formação do conselho de investigação na marinha. Este conselho era composto por um presidente e três vogais, nomeados pelo comandante do navio a que pertencesse o réu, e tinha competência para preparar os processos relativos a crimes militares e a crimes comuns cometidos a bordo.

O projecto previa também um conselho de guerra permanente na cidade de Lisboa, composto por um oficial, que presidia, cinco vogais e um auditor, sendo o auditor nomeado pelo rei e os membros militares do conselho nomeados pelo período de três meses pela autoridade militar, já não segundo o seu livre arbítrio, mas de acordo

¹⁶⁸⁸ Silva Antunes, 1895: 244.

com uma tabela organizada para o efeito. Para julgamento dos crimes e delitos cometidos a bordo de navios em viagem ou ancorados em portos coloniais ou estrangeiros, o projecto consagrava a possibilidade de reunião de um conselho de guerra a bordo, nos termos válidos para o conselho de guerra de Lisboa, sendo os membros nomeados pelo comandante do navio ou estação naval e exercendo as funções de auditor um oficial que o comandante nomeasse.

O projecto previa ainda a formação de um conselho disciplinar, também composto por um presidente e três vogais, nomeados pelo comandante do navio a que o réu pertencesse e com competência para julgar os crimes e as contravenções puníveis com pena até três meses de prisão ou com as penas correcionais previstas no Código Penal Militar, com a excepção das contravenções puníveis com pena até três dias de prisão, que eram julgadas apenas pelo comandante do navio.

No tocante à forma do processo criminal, a comissão procedeu a uma divisão clara entre a fase instrutória do processo e a fase de julgamento, regulamentando-se aquela primeira fase processual com maior pormenor do que o tinha sido no projecto de 1820.¹⁶⁸⁹

O processo preparatório, que tinha natureza secreta e durante o qual o suspeito nunca podia ser preso, era constituído pelo exame do corpo de delito e pela inquirição de pelo menos oito testemunhas e o interrogatório do arguido preso e terminava com a prolação do despacho de pronúncia ou de não pronúncia, do qual competia agravo. O agravo para o conselho de guerra, que era obrigatório no caso de não pronúncia por certos crimes de maior gravidade, era julgado “em conferência particular sem precedência de formalidades”, com base na apreciação das provas que instruísem o agravo (artigo 59 do projecto de 1857).

O processo judicial, que era público, começava com a elaboração do auto de corpo de delito pelo auditor. Ao proceder ao exame dos autos o auditor devia averiguar os indícios da culpa e a regularidade do processo preparatório. No caso de ocorrência de nulidade insanável do processo preparatório, o auditor propunha o conhecimento da nulidade ao conselho de guerra, que a declarava em decisão recorrível.

Não ocorrendo nulidade nem irregularidade, o auditor elaborava o auto do

¹⁶⁸⁹ O processo disciplinar ou correcional consubstanciava-se apenas na produção da prova da acusação e da defesa em audiência contraditória diante do conselho disciplinar, cabendo, contudo, à autoridade militar a faculdade de atenuar a pena imposta.

corpo de delito, em que descrevia com precisão o crime e os seus autores e o processo seguia para julgamento. A audiência de julgamento tinha uma estrutura distinta consoante se tratasse de julgar crimes militares ou comuns. Se se tratasse de crime militar, toda a prova da acusação e da defesa era produzida contraditoriamente e registada por escrito, mas se se tratasse de julgar crime comum, os depoimentos das testemunhas da acusação produzidos na fase preparatória eram lidos ao réu no início da audiência de julgamento, que as podia tornar judiciais e, só no caso de o réu as não fazer judiciais ou de o promotor exigir a sua comparência, eram essas testemunhas intimadas para serem de novo inquiridas em subsequente audiência do conselho. Declarando o réu que fazia judiciais as testemunhas da instrução e não requerendo o promotor o seu depoimento, seguia-se a produção da prova da defesa.

A conferência do conselho começava pelo relatório do auditor sobre as provas produzidas e o direito aplicável, a que se seguia o seu voto e os dos restantes membros do conselho.

As decisões do conselho eram irrecorríveis no caso dos crimes comuns e militares puníveis com pena até um ano de prisão, admitiam recurso facultativo no caso dos crimes puníveis com pena até cinco anos de degredo ou três anos de trabalhos públicos e eram obrigatoriamente remetidas pelo auditor à instância superior nos restantes casos.

O défice de realização do princípio da acusação era mais grave do que o do projecto de 1820, pois neste o juízo da autoridade militar era vinculativo para o auditor que abria a fase de julgamento com base na ordem daquela autoridade, ao invés do projecto de 1857, que previa, tal como no direito vigente, uma ampla sindicância do auditor no recebimento do processo preparatório.

Já quanto ao princípio da imediação, o projecto de 1857, distinguindo entre o julgamento dos crimes comuns e dos crimes militares, observava integralmente aquele princípio no julgamento destes crimes, mas não no daqueles, embora concedesse ao réu e ao promotor o direito de requerer a produção directa da prova. A realização do princípio da imediação no julgamento dos crimes militares e a liberdade do tribunal das regras da prova tarifada constituía uma melhoria muito significativa em relação ao direito processual militar vigente e colocava até, no que toca àquele princípio, o processo militar em melhor posição do que o direito processual penal comum.

O objecto muito amplo do recurso e os amplos poderes de reforma da decisão recorrida pelo tribunal de recurso, que correspondiam aos termos do direito vigente, permitiam uma sindicância muito satisfatória dos gravames cometidos pela instância ao réu, reforçada ainda pela proibição da prisão preventiva antes da formação da culpa, pelo reconhecimento da subsistência da fiança concedida no foro civil até ao trânsito da decisão e pela ponderação obrigatória de toda a prisão preventiva posterior à pronúncia como circunstância atenuante da pena. Não obstante, a possibilidade da *reformatio in pejus* e a limitação da concessão de homenagem aos réus que não incorressem em pena de perda de patente ou pena maior de dois anos de prisão prejudicavam o exercício do direito ao recurso.

Embora o texto final da comissão presidida pelo Visconde da Granja tenha sido aprovado pelos membros da comissão no dia 31.8.1857, quase três meses depois de Luís Napoleão ter promulgado o novíssimo *Code de Justice Militaire pour les Armées de Terre*, a comissão não chegou a conhecer a nova lei francesa, como resulta do relatório que antecede o seu projecto.

Ao invés, o Projecto de Código de Processo Criminal de Barros e Sá, concluído em 1869, inspirou-se no Código de Justiça Militar francês de 1857, afastando-se, no entanto, deste na regulamentação de duas questões fundamentais, o domínio da instrução do processo e a competência do tribunal de recurso.¹⁶⁹⁰

O projecto adoptava um conceito amplo de crime militar, incluindo as infracções directas à disciplina do exército e aos deveres exclusivamente militares e “as

¹⁶⁹⁰ Por Decreto de 23.7.1855 o Duque de Saldanha encarregou o então auditor da primeira divisão militar e deputado às cortes António José de Barros e Sá de redigir o projecto de um código penal militar e ordenou a formação de uma comissão que procederia à revisão dos trabalhos apresentados. A comissão era inicialmente composta pelo ministro dos negócios da guerra, que presidia, pelo conselheiro de estado Manuel Duarte Leitão, pelo marechal José Jorge Loureiro, pelo brigadeiro Visconde de Ourém, pelos deputados Augusto Xavier Palmeirim, João Baptista de Carvalho Mártens Ferrão Castello Branco e o mencionado António José de Barros e Sá, tendo posteriormente falecido os membros Manuel Duarte Leitão, José Jorge Loureiro e o Visconde de Ourém e tendo tomado os seus lugares o conselheiro José Marcelino de Sá Vargas, o marechal José de Pina Freire da Fonseca e o capitão João Pinto Carneiro. O Projecto de Código Penal Militar foi concluído a 28.5.1862, publicado pela Imprensa Nacional no mesmo ano e apresentado à câmara dos deputados em 6.6.1862, tendo obtido parecer favorável (in Barros e Sá, 1869: 106 a 109) da comissão especial nomeada para a sua apreciação em 17 do mesmo mês e ano. Foi apresentado ainda em 1865, 1868, 1871 e 1874, tendo obtido parecer favorável (in Barros e Sá, 1869: 105) em 17.8.1868 e em 17.3.1874. A promulgação da Lei de 1.7.1867, que aboliu a pena de morte e a de trabalhos públicos e estabeleceu o sistema de prisão celular, implicou a revisão do projecto, a que procedeu o autor do projecto inicial. Barros e Sá elaborou então, além de um novo projecto da lei substantiva, um projecto de código de processo criminal militar, ambos constituindo o Projecto de Código de Justiça Militar. Este Projecto estava concluído em Janeiro de 1869 e foi publicado nesse mesmo pela Imprensa Nacional. A 15.2.1875 foi apresentado o Projecto de Código de Justiça Militar, tendo sido

infracções que em rasão da qualidade militar dos delinquentes, do logar e circumnstances em que são commetidas tomam a natureza de crimes militares” (artigo 2 do projecto de 1869). Além destes crimes militares, os tribunais militares conheciam, em regra, todos os crimes comuns cometidos por militares ou pessoas com vínculo ao exército, tal como previa o *Code de Justice Militaire*.¹⁶⁹¹

O conceito de crime militar consagrado no projecto de Barros e Sá, que já tinha sido enunciado no Projecto de Código Penal Militar Portuguez de 1862, seguia “um meio termo, justo e rasoavel, entre a nossa antiga legislação e o codigo de 1820”.¹⁶⁹²

Ao invés, a comissão que elaborou o referido Projecto de Código Penal Portuguez pronunciou-se no sentido de que só fossem excluídas do âmbito de aplicação da lei penal comum as infracções “que, offendendo directamente a disciplina do exercito ou da marinha, são punidas pela lei militar como violação de dever exclusivamente militar, sendo commetidas por militares ou pessoas pertencentes ao exercito ou á marinha” (artigo 10 do projecto de 1869). Esta opção radicalmente diferente da tradição legislativa nacional não vingou por força da crítica cerrada de que foi objecto por António Barros e Sá.¹⁶⁹³

Também a questão mais ampla da delimitação do foro privilegiado não era pacífica na doutrina portuguesa. Se a generalidade da doutrina e, designadamente, Corrêa Telles,¹⁶⁹⁴ Alípio Freire de Figueiredo e Albino Freire de Figueiredo,¹⁶⁹⁵ Teixeira Guedes,¹⁶⁹⁶ Innocencio de Sousa Duarte,¹⁶⁹⁷ e Navarro de Paiva,¹⁶⁹⁸ advogavam

aprovado pela Lei de 9.4.1875.

¹⁶⁹¹ A lei militar francesa não previa qualquer conceito de crime militar, mas estatua em termos muito precisos sobre o âmbito da jurisdição militar, termos estes que foram retomados pelo projecto e pela lei portuguesa. Sobre a evolução conturbada e a discussão em torno da regulamentação desta questão magna no direito militar francês, Louis Trippier, 1857: XLV a LX, CLI a CLX, e Pradier-Fodéré, 1873: 72 a 111.

¹⁶⁹² Na expressão do relatório da comissão que apresentou o projecto de 1862 (Barros e Sá, 1862: VII).

¹⁶⁹³ O crítico censurava os autores do projecto por quererem “excluir absolutamente do dominio da legislação e direito militar todos os factos criminosos, aindaque d’ elles resulte offensa da disciplina militar, mas só indirecta; bem como todos aquelles que não importem violação de deveres única e exclusivamente militares” (Barros e Sá, 1869: 137).

¹⁶⁹⁴ Corrêa Telles entendia que o beneficio do foro privilegiado não se mantinha nos crimes de lesa majestade, de resistência, de furto de fazenda nacional, de contrabando e descaminho e nos crimes cometidos antes de o militar ter assentado praça (Corrêa Telles, 1840: 3).

¹⁶⁹⁵ Estes autores consideravam afastado o foro especial nos casos de crimes de resistência, de extravio ou venda de carnes, dos crimes de lesa majestade, de furtos tocantes à fazenda nacional, de contrabando ou descaminho e em todos os crimes cometidos antes de assentar praça (Alípio Freire de Figueiredo e Albino Freire de Figueiredo, 1841: 94, 285 e 286).

¹⁶⁹⁶ Teixeira Guedes reiterava a opinião de Corrêa Telles (Teixeira Guedes, 1845: 11).

um entendimento muito amplo do privilégio do foro militar, Castro Neto colocava reservas de ordem constitucional a este entendimento.

Castro Neto punha em causa a manutenção do foro militar no tocante à perseguição de crimes comuns por força de dois argumentos, o de que o privilégio era de natureza pessoal e, por isso, contrariava o disposto no artigo 145, § 16 da Carta, e o de que os conselhos de guerra e o próprio Supremo Conselho de Justiça Militar eram compostos por membros amovíveis, constituindo verdadeiros juízos de comissão, também proibidos pela Carta. A censura do autor ia mais longe, considerando mesmo que a cumulação de funções de julgador e promotor pelo auditor não parecia estar “em perfeita harmonia com a divisão dos Poderes Políticos do Estado, de que é consequência a separação das funções d’ Accusador Publico, e de Julgador”.¹⁶⁹⁹ Contudo, o legislador permaneceu insensível à crítica, de que, aliás, o próprio Castro Neto não estava seguro, da inconstitucionalidade das normas que previam o referido privilégio.

Assim, o conceito amplo de crime militar e a atribuição aos conselhos de guerra do conhecimento dos crimes comuns praticados por militares e por pessoas com vínculo ao exército vieram a ser consagrados no código de 1875.

A primeira das duas principais diferenças do projecto relativamente à lei militar francesa consistia na atribuição da direcção da instrução do processo a um juiz auditor, ao invés do que ocorria em França em que esta direcção cabia a um “relator” (*rappporteur*), que era retirado de entre os oficiais superiores, os capitães, os sub-intendentes militares ou adjuntos, em actividade ou já retirados.

O legislador do *Code de Justice Militaire* tinha tido o propósito expresso de seguir, “por assim dizer, passo a passo” o Código de Instrução Criminal,¹⁷⁰⁰ reproduzindo as diferentes fases processuais do processo comum. Assim, o processo compreendia uma fase de investigação preliminar de policia judiciária, que findava com a “ordem para instruir” (*ordre d’ instruction*), uma fase de instrução ordinária, que terminava com a “ordem de sujeição a julgamento” (*ordre de mise en jugement*), e a

¹⁶⁹⁷ Innocencio Duarte apontava como excepções ao privilégio as que Alípio Freire de Figueiredo e Albino Freire de Figueiredo já tinham mencionado (Innocencio Duarte, 1863: 318).

¹⁶⁹⁸ No Projecto de Código do Processo Criminal, de 1874, o autor defendia a manutenção do foro especial pelos crimes comuns cometidos pelos oficiais e praças do exército e da armada, depois de assentarem praça (artigos 217, § 3, 9º, e 432). Esta competência era mantida no projecto de 1882 (artigo 38, § 2, 9º) e no de 1886 (artigo 43, § 2, 10º).

¹⁶⁹⁹ Castro Neto, 1845: 188.

¹⁷⁰⁰ Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 150.

fase final do julgamento. Contudo, depois de um intenso debate parlamentar, o legislador francês introduziu na lei militar uma especialidade muito importante em relação à lei comum, que foi a da concentração na pessoa do general comandante de divisão dos poderes que na lei processual comum eram conferidos ao juiz de instrução e à *chambre des mises en accusation* (artigos 99 e 108 do Código Militar francês).

A justificação dada na exposição de motivos do código e repetida no *Corps Législatif* para esta concentração de poderes foi a de que só este oficial possuía, atenta a sua posição na hierarquia militar, as características de independência, de autoridade e de conhecimento da instituição militar necessárias para decidir sobre a conveniência da instauração do processo acusatório, a que podia estar associado um conjunto de consequências danosas para a instituição militar.¹⁷⁰¹ Depois da “ordem para instruir” dada pelo general comandante de divisão,¹⁷⁰² cabia ao “relator” proceder às diligências de prova necessárias com vista a informar o general comandante sobre a existência de indícios da prática de um crime. O militar instrutor encontrava-se, pois, colocado em uma posição de absoluta subordinação ao general comandante de divisão.

O projecto de Barros e Sá consagrava a estrutura do processo francês, na sua divisão fundamental entre a instrução preliminar e a instrução ordinária, a que se seguia a fase de acusação e julgamento, mas conformava diferentemente a fase da instrução do processo. Rejeitando expressamente a praxe da formação dos conselhos de investigação, o autor modelava todo o processo preparatório em torno da figura do juiz auditor, que no final da instrução daria parecer não só sobre os factos apurados como sobre a qualificação jurídica destes.¹⁷⁰³ Barros e Sá procurava deste modo temperar o poder da autoridade militar, pois o despacho do juiz relator teria “a força moral do despacho de

¹⁷⁰¹ Sobre esta caracterização da posição processual do general comandante de divisão, Louis Trippier, 1857: LXIV, LXV, CLXXVIII a CLXXXI, e Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 167 e 197. Esta concentração de poderes no general representava “um atentado flagrante antes de mais ao princípio da separação da perseguição e do julgamento e mesmo, o que era ainda mais grave, ao princípio da separação do poder executivo e do poder judiciário” (Pierre Huguency, 1933: 139).

¹⁷⁰² O direito de dar ou não dar a ordem de informar pertencia exclusivamente ao general comandante de divisão ou ao ministro da guerra, consoante a patente do militar visado pela investigação de polícia judiciária, não se encontrando as suas decisões sujeitas a qualquer recurso. No entanto, o ministro podia fixar instruções para o exercício desta competência pelos generais (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 169).

¹⁷⁰³ Barros e Sá, 1869: 134. O inconveniente habitualmente apontado ao sistema francês da lentidão do processo preparatório, com a repetição de decisões pelo comandante de divisão no final da instrução preliminar e no final da instrução ordinária, foi pelo autor desvalorizado exactamente com o mesmo argumento que os autores franceses usavam para afastar a crítica. O argumento era o de que o sistema fora criado pela Lei de 13 *brumaire* do ano V e tinha provado bem ao longo dos anos, tendo, pois, por si “a experiencia dos tempos” (Barros e Sá, 1869: 127).

pronuncia civil, ainda que não tenha a força legal que vae procurar á auctoridade do chefe militar, do qual deve sempre depender o soldado”.¹⁷⁰⁴

A outra diferença substancial do projecto relativamente à lei francesa residia na configuração do tribunal de recurso como um tribunal investido em poderes de reforma da decisão recorrida.

Na lei francesa estava vedado ao *conseil de révision* conhecer do fundo da causa, podendo apenas anular os julgamentos pela ocorrência de vícios resultantes da violação de normas cujo respeito era prescrito sob pena de nulidade ou atinentes à composição e competência do tribunal de instância, à omissão de aplicação de uma pena ou à aplicação de uma pena fora dos casos previstos na lei ou ainda à omissão de pronúncia sobre requerimentos das partes, com vista a usar de um direito processual (artigos 73 e 74 do *Code de Justice Militaire*). A limitação nestes termos muito restritivos do objecto do recurso foi justificada, na exposição de motivos do código e na discussão no *Corps Législatif*, com duas razões essenciais. A primeira razão invocada foi a de que a repressão rápida do crime constituía “o nervo da disciplina militar” (*le nerf de la discipline militaire*) e a segunda foi a de que, atenta a natureza da sua composição, o conselho de guerra tinha o carácter de um tribunal de júri, pelo que a apreciação dos factos se devia reputar soberana.¹⁷⁰⁵

Este segundo argumento esgrimido na assembleia legislativa francesa foi também decisivo para a delimitação dos poderes do tribunal de recurso, tendo a solução do artigo 181 da lei militar francesa sido motivada pelo propósito expresso do legislador de atribuir ao tribunal de recurso na jurisdição militar uma função análoga à da *Cour de Cassation*, mantendo dessa forma absolutamente intacta a separação da aplicação do direito e da do facto. Assim, o conselho de guerra, tal como o júri, decidia soberanamente sobre a culpa, competindo ao tribunal superior apenas a defesa do império da lei.¹⁷⁰⁶

Ao invés, Barros e Sá considerava particularmente premente o outro argumento invocado na discussão sobre o objecto do recurso, o da necessidade de uma repressão rápida do crime no corpo militar. Por essa razão, enquanto a lei militar francesa impunha o reenvio do processo para um terceiro julgamento após a segunda

¹⁷⁰⁴ Barros e Sá, 1869: 134.

¹⁷⁰⁵ Louis Trippier, 1857: CLXVI, Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 113, e Augier e Le Pottevin, 1915: 17 e 18.

anulação pelo tribunal de recurso, sendo nesse terceiro julgamento o direito fixado pelo tribunal de recurso obrigatório para a instância, o projecto português afastava-se radicalmente desta solução, conferindo ao tribunal de recurso a faculdade de aplicar sempre o direito ao facto julgado na primeira instância se o processo não contivesse nulidades insanáveis e de absolver da instância o arguido no caso de o processo ser anulado.

As propostas de Barros e Sá vingaram em parte. A primeira das duas propostas inovadoras do projecto, relativa à manutenção do juiz auditor na instrução, viria a ser adoptada pelo legislador, a segunda, relativa aos poderes do tribunal de recurso, já não teria a mesma sorte. De qualquer modo, a Barros e Sá se deve a introdução de um novo paradigma judiciário no direito militar, fundado no trinómio juiz auditor/comandante de divisão/conselho de guerra.

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

Nas vésperas da aprovação do primeiro código de justiça militar português a situação legislativa era caótica. O direito aplicável na primeira instância no exército era ainda o previsto no regulamento de 21.2.1816, no Decreto de 4.11.1830 e em diversos Alvarás e, designadamente, nos de 18.2.1763, 21.10.1763 e 4.9.1765, e na segunda instância era, na sua substância, o fixado pelo Decreto de 1.7.1834. Na marinha, applicava-se analogicamente toda a legislação prevista para a primeira instância no exército.¹⁷⁰⁷ A reforma legislativa era urgente e concretizou-se no ano de 1875.

O novo Código foi publicado pela Lei de 9.4.1875 e era aplicável ao continente, às ilhas adjacentes e a Cabo Verde,¹⁷⁰⁸ tendo o Decreto de 14.8.1892, que

¹⁷⁰⁶ Louis Trippier, 1857: LIV e CLXVII, e Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 48 e 114.

¹⁷⁰⁷ Cisneiros e Faria, 1847: 11.

¹⁷⁰⁸ Contudo, só a partir da publicação da Carta de Lei de 16.5.1878 se tornou aplicável a todos os indivíduos do regimento de infantaria do ultramar, que se achassem no continente do reino, nas ilhas

reorganizou os serviços da armada, determinado a aplicação das regras de competência e do processo do Código no julgamento dos crimes praticados por oficiais e praças da armada.¹⁷⁰⁹

A lei distinguia entre os crimes essencialmente militares, que ofendiam directamente a disciplina do exército e violavam algum dever exclusivamente militar, e os crimes militares, em razão da qualidade militar dos delinquentes, do lugar e das circunstâncias em que fossem cometidos, mantendo-se, apesar da oposição que se fez sentir, a pena de morte nos crimes militares.¹⁷¹⁰

O âmbito da jurisdição militar incluía, em tempo de paz, os crimes de qualquer natureza cometidos por militares e pessoas com vínculo ao exército em efectividade de funções, bem como os crimes militares cometidos por militares colocados em inactividade temporária ou na reserva e por civis com vínculo ao exército, alargando-se o âmbito da jurisdição militar para julgamento do réu acusado da prática de um crime comum e de um crime militar.¹⁷¹¹ Os crimes de contrabando ou descaminho e os perpetrados com violação das leis de caça e de pesca, de polícia das matas nacionais e de viação pública encontravam-se excluídos do conhecimento dos tribunais militares.

adjacentes e no arquipélago de Cabo Verde.

¹⁷⁰⁹ No período que mediou entre 1875 e 1892 manteve-se, como se dizia no preâmbulo do Decreto de 28.3.1895, “o velho processo, moroso, cahotico, cheio de absurdos e acima de tudo arbitrario, não sendo facil a ninguem saber a lei que o regia”. No tocante à lei substantiva, o diploma de 1892 “tornou legal a applicação, embora subsidiariamente, da parte penal d’ este codigo (do de 1875), que a pratica de julgar, por absoluta necessidade, comquanto sem base n’ um texto de lei, ia introduzindo nos arestos, corrigindo assim as deficiencias manifestas dos obsoletos artigos de guerra de 18 de setembro de 1799”.

¹⁷¹⁰ No ano anterior ao da aprovação do novo código discutiu-se acesamente a questão da manutenção da pena de morte nos crimes militares. Com base na crítica radical do efeito útil da prisão celular (António de Castro, 1974: 9, 13, 37, 39 e 49), foi repetidamente defendida a manutenção da pena de morte como meio indispensável para a manutenção da disciplina militar (António de Castro, 1974: 8, 15, 22, 33 a 35, 66 a 68), sendo mesmo proposta como alternativa, no caso de aquela pena ser abolida, a consagração simultânea de uma disposição semelhante à do 17.º artigo de guerra prussiano, que autorizava o oficial a matar no acto todo aquele que se revoltasse contra a sua autoridade por vias de facto e, em tempo de guerra, por palavras ou gestos (António de Castro, 1974: 54 a 56, 86 e 94).

¹⁷¹¹ Estas regras correspondiam às propostas no projecto Barros e Sá, com a excepção, sugerida no projecto mas rejeitada no código, da limitação do julgamento do arguido acusado de um crime comum e de um crime militar ao caso de estes crimes serem conexos, devendo o arguido, no caso inverso, ser julgado em ambas as jurisdições e em primeiro lugar pela jurisdição a que competisse o crime mais grave. Esta solução do projecto inspirava-se na lei militar francesa, que, no entanto, não previa a limitação de os crimes serem conexos, devendo sempre o réu ser julgado em ambas as jurisdições, começando por aquela a que correspondia o crime punível com a pena mais grave. A manutenção da competência *ratione personae* dos tribunais militares pelo legislador imperial francês constituiu um “recuo” em relação aos princípios liberais da assembleia constituinte, consagrados pelos Decretos de 22.9.1790 e de 30.9-19.10.1791 e logo abandonados em 1792 (Augier, 1913: 13 a 25 e 47, Pierre Hugueney, 1933: 15, Paul-Julien Doll, 1966: 23, e Robert Charvin, 1968: 162). Não são, pois, correctas as afirmações constantes do preâmbulo do CJM de 1977 e repetidas por Francisco Oliveira (1996: 17 e 18), de que o código português de 1875 contrariava o direito napoleónico e de que este consagrava a regra do foro material.

Em tempo de guerra, o âmbito da jurisdição militar era alargado, incluindo todo e qualquer crime cometido nos exércitos em operações em território português por pessoas que desempenhassem qualquer função nos serviços do exército ou fizessem parte da sua comitiva e determinados crimes previstos na lei militar cometidos por quaisquer pessoas em território nacional quando o exército estivesse diante do inimigo ou cometidos quando o exército estivesse em território estrangeiro.

No tocante à organização judiciária militar a lei previa a criação de um conselho de guerra permanente em cada divisão territorial do continente,¹⁷¹² composto no julgamento de réu com patente igual ou inferior à de alferes, com um presidente, com patente de tenente coronel ou coronel, e seis vogais, sendo eles um auditor, um major, dois capitães, um tenente e um alferes, todos nomeados, de quatro em quatro meses, pelo comandante da divisão, por escala, sobre uma lista formada pela ordem de patentes e antiguidades de todos os oficiais residentes na divisão, com excepção do auditor, que era juiz togado sem graduação militar, de nomeação régia por três anos.¹⁷¹³ A composição do conselho alterava-se consoante a patente do acusado, mantendo-se, contudo, o número de vogais.

As normas sobre a composição e a competência do conselho de guerra correspondiam às propostas pelo projecto e afastavam-se em dois aspectos muito significativos das que em França vigoravam para o *conseil de guerre permanent*. No tribunal francês só tinham assento militares e dele não fazia parte o “relator”. Ao invés, no conselho de guerra portugueses, não só tinha assento um juiz togado, como esse juiz tinha procedido à investigação do processo.

O Tribunal Superior de Guerra e Marinha era composto por sete vogais militares, um juiz relator e um juiz adjunto deste, todos nomeados por decreto régio referendado pelos ministros da guerra e da marinha, julgando o tribunal com cinco

¹⁷¹² Esta era uma inovação que rompia com a tradição portuguesa de formação de tribunais em cada regimento ou praça. Dezanove anos depois da introdução desta nova organização territorial dos tribunais militares, o legislador considerava, na exposição de motivos do novo código, que “esse systema presta serviços utilísimos á administração da justiça” (Diário da Câmara dos Deputados, 1896, n. 112, p. 41).

¹⁷¹³ A organização de uma escala para nomeação dos vogais militares inspirava-se na lei francesa e visava evitar o arbítrio da autoridade militar e, com ele, o carácter de tribunal comissionado do conselho de guerra. Esta constituía, aliás, uma das mais importantes melhorias do código do Segundo Império em relação ao arbítrio que caracterizava o direito anterior fixado na Lei de 13 *brumaire* ano III (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 41, Pierre Hugueney, 1933: 14, e Paul-Julien Doll, 1966: 23). No direito português, esta substituição só podia ocorrer quando o militar incorresse em alguma inabilidade legal, deixasse de pertencer às tropas da divisão ou ocorresse algum “impedimento temporário ou

juizes, incluindo o presidente e o juiz relator, e por maioria de votos, com voto do presidente somente em caso de empate.¹⁷¹⁴ Ao tribunal de recurso competia julgar definitivamente as nulidades do processo e provisoriamente as nulidades da sentença, decidindo definitivamente a causa somente quando nela houvesse segunda anulação da sentença, bem como conhecer de conflitos de jurisdição e competência e decidir da suspensão da execução de sentenças contraditórias ou quando o réu querelasse por perjúrio contra alguma testemunha ou suborno ou peita de algum juiz.

O Supremo Tribunal de Justiça tinha competência para conhecer, quando o Tribunal Superior de Guerra e Marinha assim o entendesse, das revistas interpostas das sentenças dos tribunais militares por incompetência do foro militar e ainda para conhecer dos conflitos de jurisdição e competência entre tribunais militares e tribunais comuns e da suspensão das sentenças contraditórias proferidas por tribunais militares e comuns.¹⁷¹⁵

Em tempo de guerra, mantinha-se, em princípio, a organização judiciária do tempo de paz, admitindo-se, contudo, a criação de conselhos de guerra nas divisões mandadas entrar em operações, nas divisões isoladas e nas praças sitiadas, com regras especiais relativas à composição e ao modo de nomeação do presidente e dos vogais. Previa-se ainda a criação em tempo de guerra e quando o exército se achasse em território estrangeiro de uma magistratura extraordinária, o comissário de polícia, com

acidental”, devendo a substituição observar sempre a escala. No direito francês, mais restritivo, apenas se previa expressamente os dois últimos casos.

¹⁷¹⁴ Também em relação ao tribunal de recurso a lei militar francesa previa, ao invés do direito nacional, a composição apenas com cinco militares. Esta situação só veio a ser alterada em França com a aprovação da Lei de 17.4.1906, que suprimiu os conselhos de revisão em tempo de paz e transferiu a sua competência para a *Cour de Cassation*. Mais tarde, a Lei de 27.4.1916 introduziu uma diferente composição dos conselhos de revisão nas forças chamadas às armas, sendo estes tribunais compostos por dois magistrados da *cour d' appel* mais próxima, nomeados por despacho do ministro da justiça, e três militares, designados pelo general comandante nas mesmas condições dos da primeira instância. Esta última lei consagrou também uma nova competência muito importante do tribunal de recurso nas forças chamadas às armas, a de suspender a execução da decisão impugnada até à instauração de um processo de revisão quando, apesar de terem sido observadas todas as formalidades legais na primeira instância, o tribunal de recurso se tivesse convencido que foi condenado um inocente.

¹⁷¹⁵ O projecto definia a competência do Supremo Tribunal de Justiça nestes termos, com a excepção muito relevante da não concessão ao foro militar da última palavra sobre a própria admissibilidade do recurso de revista para aquele Alto Tribunal. A lei militar francesa, além deste recurso fundado em incompetência do foro militar, sujeitava a decisão do tribunal de recurso ao *pourvoir en cassation* com base em uma ordem do ministro da justiça ou do procurador geral junto da *Cour de Cassation*, distinguindo-se os efeitos deste recurso dos daquele pela circunstância de a anulação no recurso interposto por ordem do procurador geral ser apenas no interesse da lei, não podendo as partes opor-se à execução da decisão com base na decisão da *Cour*, e no caso do recurso interposto com base em uma ordem ministerial aproveitar também ao condenado. A doutrina francesa criticou a incoerência deste sistema de recursos (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 145 e 146).

competência correcional e de simples polícia.¹⁷¹⁶

A lei dividia o processo na primeira instância em duas partes distintas, o processo preparatório e o processo acusatório e de julgamento. Na primeira parte do processo qualquer militar para o efeito competente formava o corpo de delicto, que terminava com a remessa dos autos ao comandante da divisão ou ao ministro da guerra, consoante a patente do acusado. Indiciando-se a prática de um crime militar, o comandante de divisão ou o ministro da guerra ordenavam a feitura do sumário da culpa quando o julgassem conveniente, dando conta o comandante da divisão, sendo ele o competente, da sua deliberação ao ministro da guerra.¹⁷¹⁷ No caso de se indiciar a prática de um crime comum, de infracções disciplinares ou de contravenções de polícia, o comandante da divisão mandava necessariamente proceder à formação da culpa quanto aos crimes e decidia logo das infracções disciplinares e das contravenções de polícia.

O sumário da culpa era limitado aos factos constantes na ordem para a formação da culpa, procedendo o auditor a todas as diligências de prova que entendesse convenientes para o esclarecimento dos factos e, obrigatoriamente, ao interrogatório do acusado, que era assistido por defensor se fosse menor de dezoito anos, reduzindo-se tudo a escrito.¹⁷¹⁸ Se o arguido negasse a prática do crime e pretendesse provar algum facto que demonstrasse a sua inocência só podia produzir prova documental. No final do sumário, o auditor elaborava uma “exposição abreviada” (artigo 279 do código de 1875) sobre os factos, que apresentava ao comandante de divisão ou ao ministro da guerra, consoante a patente do acusado. O comandante de divisão ou o ministro da guerra decidiam da conveniência da dedução da acusação perante o conselho de guerra quando se verificassem indícios suficientes da prática de um crime militar e determinavam a

¹⁷¹⁶ Quer a consagração do principio geral da manutenção em tempo de guerra da organização judiciária do tempo de paz quer a criação desta magistratura extraordinária tinham também sido previstas pelo projecto e provinham da lei militar francesa.

¹⁷¹⁷ A previsão do artigo 110 do projecto (“ordenará, se o julgar conveniente”) era mais explícita do que a do artigo que lhe correspondia na lei, o artigo 247 (“deliberar se há de ou não formar-se culpa”). A intenção do legislador não foi a de se afastar da doutrina do projecto, pois previa precisamente o mesmo meio técnico de controlo do exercício da discricionariedade do general comandante de divisão, isto é, o controlo officioso pela hierarquia do despacho proferido pelo comandante de divisão.

¹⁷¹⁸ Ponderando “a conveniencia de na formação dos corpos de delicto serem ouvidos os accusados, não só para dar maior latitude á sua defeza, como tambem para obter maior numero de esclarecimentos, que habilitem os generaes commandantes das divisões militares a poderem deliberar com maior conhecimento de causa sobre o facto imputado”, a circular do ministro da guerra de 14.12.1886 (in Ordem do Exército n. 33, de 18.12.1886) estabeleceu que de então em diante se procedesse logo nos autos dos corpos de delicto a interrogatórios dos arguidos sobre os factos que lhe eram imputados.

dedução da acusação quando se verificassem indícios suficientes da prática de um crime comum.¹⁷¹⁹ Com a decisão que ordenava que se procedesse a acusação devia o arguido que ainda se encontrasse em liberdade ser recluso em “prisão fechada” (artigo 288, § único, do código de 1875), com a única excepção dos oficiais a quem fosse imputada a prática de crime militar ou comum punível com pena não superior à de demissão simples, que deviam aguardar os ulteriores termos sob homenagem. Os militares detidos em prisão fechada podiam ser mantidos incomunicáveis por um período indeterminado (“emquanto assim convier para a indagação da verdade”, artigo 254, 1º, do código de 1875).¹⁷²⁰

O processo preparatório era, pois, um processo assente na divisão entre poderes investigatórios do juiz auditor e poderes decisórios da autoridade militar ou política, sendo certo que a autoridade militar se encontrava sob a fiscalização hierárquica ministerial quando a acção pública dissesse respeito a crimes militares e

¹⁷¹⁹ Em alguns conselhos só se dava conhecimento ao defensor officioso da pendência do processo quando ele estava pronto para julgamento, o que levou o ministro da guerra a determinar, por circular de 21.6.1888 (in Ordem do Exército n. 16 de 4.7.1888), que o defensor officioso fosse notificado do processo na mesma ocasião em que fosse entregue nota da culpa ao réu, para que o defensor pudesse aproveitar da disposição do artigo 304 do CJM e auxiliar a defesa.

¹⁷²⁰ Este regime muito duro de prisão preventiva, previsto nos artigos 288 a 290 da CJM e esclarecido no artigo 52 do Regulamento para a Execução do Código de justiça Militar, que ainda previa a reclusão obrigatória em prisão fechada do réu depois da condenação, independentemente da patente, não tinha paralelo nem no projecto nem na lei militar francesa. O projecto previa que só os réus militares a quem fosse imputada a prática de crime comum punível com uma das penas previstas no artigo 3 do Decreto de 10.12.1852 ou de um crime militar punível com pena correspondente à de demissão ou que importasse perda de posto deviam ser obrigatoriamente presos e que fora destes casos todos os réus militares se podiam livrar soltos sob homenagem. No código francês não havia qualquer caso de prisão preventiva obrigatória, tudo dependendo da ponderação que o “relator” fazia da natureza e da gravidade do crime indiciado (Pradier-Fodéré e Amédée Le faure, 1873: 181 e 182). Contrariando estes dois precedentes históricos, o legislador português rejeitou a aplicação no foro militar do princípio comum da excepcionalidade da prisão preventiva fora de flagrante delito, “por ser inteiramente incompatível com a disciplina militar”, como se dizia na circular do ministro da guerra de 5.6.1888 (in Ordem do Exército n. 15, de 12.6.1888). Por esta razão, a referida circular do ministro da guerra esclareceu que os praças de pré que não fossem detidos em flagrante delito deviam sê-lo logo que se apresentassem ou fossem encontrados, independentemente da natureza e da gravidade do crime, levando-se-lhes em conta no cumprimento da pena o tempo decorrido desde a entrada na casa de reclusão da respectiva divisão militar. No final de década de oitenta do século XIX, a acumulação dos presos preventivos nas casas de reclusão militar criou um problema grave de sobrelotação das mesmas, a que procurou responder a Portaria de 27.4.1889. Assim, considerando que era “grande a percentagem dos meramente suspeitos para os verdadeiros criminosos, o que em um grande numero de casos importará a privação da liberdade por bastante tempo para os innocentes”, ponderando “a inevitavel morosidade do processo cimnal preparatorio” e atendendo a “quanto convirá á disciplina, moralidade e economia reduzir o mais possivel a população das casas de reclusão”, foi determinado que as praças de pré que cometessem crime ou delicto não punível com pena superior a prisão militar só deviam ser reclusas depois de formada a culpa e expedida a ordem para responderem em conselho, salvo se também tivessem cometido uma falta disciplinar punível com pena de detenção.

livre de qualquer fiscalização quando dissesse respeito a crimes comuns.¹⁷²¹ Embora subordinando o juiz auditor no processo preparatório ao império da hierarquia militar, o sistema apresentava a vantagem aparente em relação ao processo comum de o juiz auditor se encontrar numa posição de maior imparcialidade em relação ao arguido, pois não lhe pertencia a responsabilidade pela ordem de remessa dos autos a julgamento.

Na audiência de julgamento, em que era obrigatória a presença do réu, salvo recusando ele comparecer ou causando tumulto na audiência,¹⁷²² toda a prova era produzida oralmente, não sendo registada, mas impunha-se a leitura obrigatória dos depoimentos das testemunhas notificadas e faltosas escritos nos autos.¹⁷²³ O conselho podia determinar o adiamento da audiência quando entendesse necessário o comparecimento de uma testemunha nova da defesa moradora na comarca ou o comparecimento, a bem da acusação ou da defesa, de uma testemunha não notificada moradora fora da comarca, mas já não podia determiná-lo se considerasse insuficiente o depoimento da testemunha faltosa.¹⁷²⁴ O juiz presidente, por seu turno, podia determinar oficiosamente a inquirição de quaisquer pessoas, mesmo das que não

¹⁷²¹ A doutrina salientava o carácter único da posição do comandante general de divisão, sem paralelo no foro comum, dele dependendo todo o impulso processual e, designadamente, o controlo da formação do corpo de delito, a admissão da formação da culpa, a prolação da pronúncia e a execução da pena, não tendo nem o Ministério Público nem o juiz instrutor qualquer iniciativa própria (Domingos Correia, 1887: 27 e 28, e Navarro Paiva, 1901: 239). Contudo, a pronúncia por crimes comuns cometidos por pessoas sujeitas à jurisdição militar podia ser feita pelos juizes dos tribunais comuns, aproveitando-se deste modo o sumário civil para a dedução da acusação no foro militar. Neste caso, o comandante não tinha qualquer discricionariedade, considerando a doutrina que o comandante não podia impedir a execução do despacho de pronúncia proferido no tribunal comum (Delgado de Carvalho, 1898: 239).

¹⁷²² O projecto também só previa estas duas excepções, ao invés da lei militar francesa, que, além destas duas previsões, admitia também duas formas de processo para réus não presentes: o julgamento por contumácia (*par contumace*) do réu acusado da prática de um crime (artigos 175 a 178) e o julgamento por falta (*par défaut*) do réu acusado da prática de um delito ou de uma contravenção (artigo 179).

¹⁷²³ As graves deficiências da produção da prova nos tribunais militares, quase sempre feita por deprecada, foram descritas por Domingos Correia (1887: 141 e 142), que com grande veemência apontava o prejuízo para a realização do princípio da imediação resultante desta prática e a consequência de os juizes militares “com raríssimas excepções” seguirem “cegamente” a opinião do juiz auditor. Daí que a doutrina pusesse o maior empenho na limitação do juízo de valoração das provas do conselho às provas submetidas à discussão do acusado (Pires Soromenho, 1904: 79).

¹⁷²⁴ O direito positivo português distinguia-se assim consideravelmente quer do projecto quer do direito francês. No projecto, tal como no direito militar francês, também se previa a leitura obrigatória do depoimento da testemunha faltosa, mas no projecto português o conselho decidia se o depoimento lido era suficiente quando o Ministério Público ou o defensor solicitassem o adiamento da audiência para inquirição da testemunha e no direito francês o presidente do tribunal perguntava aos membros deste se se consideravam esclarecidos com a leitura do depoimento da testemunha faltosa. Contrariamente ao juiz presidente na *cour d' assises*, no foro militar francês eram os membros do conselho de guerra que decidiam com pleno arbítrio sobre a suficiência do depoimento escrito. Aliás, quando reunia o conselho de guerra para deliberação, os seus membros tinham “sob os olhos as peças do processo” (*Ils ont sous les yeux les pièces de la procédure*, artigo 131 da *Code de Justice Militaire*), podendo, ao contrário do que ocorria no direito comum, confirmar os seus pontos de vista com a leitura das referidas peças.

pudessem depor como testemunhas, não lhes sendo deferido juramento, mas sendo ouvidas a título de “informação” (artigo 330, 1.º, do código de 1875).¹⁷²⁵

A lei separava claramente o exercício dos poderes de recolha de meios de prova, que atribuía com grande amplitude ao presidente do tribunal e aos membros do conselho, dos poderes de ampliação do objecto do processo, que conferia com muita parcimónia ao auditor, proibindo a quesitação de factos que não estivessem expressamente compreendidos na acusação e admitindo apenas a elaboração de quesitos subsidiários quando o facto pudesse ser qualificado diferentemente da acusação ou quando pela discussão se mostrasse que lhe correspondia diversa qualificação, mas com a restrição de ao crime, sob a nova qualificação, não caber pena superior à que tivesse sido pedida na acusação.¹⁷²⁶

A decisão sobre a matéria de facto competia a todos os membros do conselho, com a excepção do presidente, que só votaria no caso de empate, sujeitando-se as respostas aos quesitos, quando não fossem unânimes, ao controlo officioso do presidente.¹⁷²⁷

Destarte, se o princípio da imediação ficava prejudicado pela leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas produzidos no processo preparatório, tal como acontecia na jurisdição penal comum portuguesa e na jurisdição militar francesa, o

¹⁷²⁵ Este poder do presidente do tribunal, que também era previsto no projecto português e no código militar francês, era um poder discricionário, não sendo sindicável o seu exercício nem a omissão do mesmo, mas a doutrina procurava estabelecer-lhe limites (Domingos Correia, 1887: 134, e Soromenho, 1904: 58 e 66). Sobre a posição de especial importância do presidente do conselho, que era simultaneamente um “moderador das partes” e intervinha activamente na busca da verdade, suprimindo a inércia das partes, se necessário, Domingos Correia, 1887: 139.

¹⁷²⁶ Neste ponto registavam-se diferenças muito importantes entre o projecto e o código, não prevendo o n. 7 do artigo 178 do projecto a limitação do final do n. 5 do artigo 342 do código. Acresce que o projecto admitia a possibilidade de formulação de quesitos para circunstâncias atenuantes e agravantes que resultassem da discussão e não tivessem sido alegadas, ao invés do código, que só previa a elaboração de quesitos relativos a circunstâncias alegadas pelos acusados. Distinta quer do código quer do projecto era a lei processual militar francesa, que concedia ao conselho de guerra a faculdade de admissão de circunstâncias agravantes e atenuantes. A doutrina francesa restringiu o âmbito destas disposições, considerando, por um lado, que era necessário que o facto novo fosse uma “degenerescência do facto principal submetido ao conselho de guerra” e que as partes processuais tivessem a oportunidade de se pronunciar sobre o quesito subsidiário e, por outro, que as circunstâncias atenuantes não respeitassem a crimes previstos em leis penais militares que constituíssem uma infracção grave da disciplina ou dos deveres militares (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 265, 274 e 307, e Augier e Le Pottevin, 1905: 240, 241, 245 a 248).

¹⁷²⁷ No projecto português, tal como na lei militar francesa, o presidente votava com os outros membros, com a diferença fulcral de que na lei militar francesa o presidente não tinha o dever de resumir a causa, nem o poder de controlar as respostas dos restantes membros do conselho e no projecto de Barros e Sá previa-se o controlo officioso da equidade das respostas dos membros do conselho pelo presidente, mesmo quando fossem unânimes.

princípio da acusação era na jurisdição militar ainda menos respeitado do que na jurisdição penal comum, pois, apesar de o auditor não ter proferido a decisão de remessa dos autos para julgamento e não ter quaisquer poderes de controlo da equidade das respostas aos quesitos, a circunstância de o auditor proferir o relatório sobre a procedência dos factos com que se iniciava a discussão na conferência do conselho, de participar directamente nesta discussão e de votar em primeiro lugar dava lugar a que ele influísse directamente na decisão dos outros membros.¹⁷²⁸

Entre a participação directa do auditor na conferência, ainda que desprovido daqueles poderes na audiência, e a presidência da audiência no processo comum pelo juiz que pronunciava, mas não fazia parte do júri, o maior dano causado ao princípio da acusação resultava daquela participação directa do auditor. Ao invés, no direito militar francês respeitava-se rigorosamente esta separação da competência instrutória e de julgamento, uma vez que ao “relator” (*rapporteur*) que conduzia as diligências da instrução estava vedado o exercício de qualquer actividade na fase de julgamento.¹⁷²⁹

A consagração de um regime amplo de nulidades insanáveis, que incluía os erros cometidos na decisão quanto à qualificação dos factos e à aplicação e graduação da pena, os vícios da quesitação e a insuficiência da prova produzida,¹⁷³⁰ conjugado com a fixação do princípio do recurso obrigatório e a todo o tempo pelo Ministério

¹⁷²⁸ A doutrina reconhecia, aliás, o poder de influência do auditor sobre os restantes membros do conselho de guerra (António Macieira, 1914: 71).

¹⁷²⁹ Deve, no entanto, acrescentar-se, em abono de uma imagem rigorosa da realidade, que os militares que compunham o tribunal francês encontravam-se muitas vezes em graves dificuldades para decidir questões jurídicas para as quais não estavam habilitados, tendo-se desenvolvido a prática ilegal de nestes casos os membros do tribunal consultarem o comissário do governo (Iga-Iga Eric, 1991: 140). Esta prática justificaria a modificação da composição do tribunal militar francês em 1928.

¹⁷³⁰ O projecto não previa as nulidades relativas ao controlo da legalidade da instrução, ao princípio do contraditório, à legalidade dos meios de prova e, sobretudo, as nulidades relativas à decisão de direito, que o código enunciava. O *Code de Justice Militaire* continha um catálogo de nulidades mais amplo do que o do projecto, mas mais pequeno do que do Código de 1875. A doutrina e a jurisprudência francesas admitiam a sindicância da qualificação inexacta ou incompleta de factos pelos conselhos de revisão e de nulidades substanciais não escritas (Augier e Le Pottevin, 1915: 51 a 58, 62 a 64), colmatando o carácter restritivo do texto da lei. A lei militar portuguesa permitia, pois, uma sindicância mais alargada do que a sua congénere francesa, por força da cláusula aberta da falta de alguma formalidade substancial para a defesa ou para a descoberta da verdade. O projecto de Barros e Sá só aparentemente garantia uma sindicância menos ampla da decisão recorrida, pois, por um lado, a qualificação errada do delito, a falta de aplicação de uma pena ou a graduação errada da pena constituíam também objecto do recurso, podendo o tribunal de recurso modificar a sentença recorrida em que estes vícios se verificassem, e, por outro lado, a nulidade da falta de alguma formalidade substancial para a defesa ou para a descoberta da verdade, que o projecto também previa, podia incluir efectivamente qualquer uma das restantes nulidades que o código previa e o projecto tinha omitido.

Público destas nulidades ¹⁷³¹ e do princípio da liberdade de interposição de recurso de decisões com força de definitivas e de agravo nos autos do processo de quaisquer decisões que não tivessem essa força permitiam ao tribunal de recurso uma sindicância muito alargada sobre os gravames cometidos ao réu pela instância. ¹⁷³²

No tocante aos poderes do tribunal de recurso, a lei militar, se não consagrava a solução radical do projecto, previa, contudo, um sistema de recursos mais célere do que o do direito comum nacional e o do direito militar francês.

No julgamento das nulidades da sentença relativas aos vícios da decisão de direito o tribunal superior mandava proferir nova sentença pelo mesmo conselho, mas composto por diferentes membros, cabendo recurso obrigatório da segunda decisão do conselho interposto pelo Ministério Público no caso de o conselho não se conformar com a decisão superior sobre a questão de direito e julgamento definitivo pelo tribunal superior em sessão plena. ¹⁷³³ No julgamento de recurso interposto da sentença absolutória do conselho o tribunal superior podia, contudo, julgar logo em definitivo se entendesse que os factos dados como provados constituíam crime. No julgamento das restantes nulidades e, designadamente, da nulidade de preterição de formalidades substanciais, o tribunal superior podia mandar reformar o processo pelo mesmo conselho, que seria composto por novos membros, ou por outro conselho. ¹⁷³⁴

¹⁷³¹ O projecto previa, ao invés, que o recurso fosse obrigatório e admissível em qualquer momento somente em relação às sentenças proferidas em processos relativos a crimes puníveis com pena maior do Código Penal ou com pena de perda de posto ou equivalente e às sentenças em que se decidisse que os factos não eram incriminados pela lei. O direito francês não previa qualquer forma de recurso obrigatório.

¹⁷³² É de mencionar que o projecto não foi influenciado pela jurisprudência uniforme da *Cour de Cassation* da “pena justificada” (*peine justifiée*), que a doutrina considerava aplicável nos recursos das decisões de mérito interpostos para os conselhos de revisão (Augier e Le Pottevin, 1915: 66 a 69).

¹⁷³³ A execução da sentença condenatória em pena de morte continuava, no entanto, a depender da confirmação do poder moderador, quer a decisão fosse proferida em tempo de paz quer o fosse em tempo de guerra.

¹⁷³⁴ Para o tempo de guerra estavam previstas algumas especialidades, oferecendo o código menos garantias do que a lei francesa e do que o projecto de Barros e Sá. O julgamento sumário e verbal dos crimes graves previstos no elenco do artigo 428 só tinha lugar quando o delinvente fosse detido em flagrante pela prática de certos crimes muito graves, prescindindo-se então da fase preparatória do processo, valendo a ordem da autoridade militar para reunir o conselho como acusação e não se admitindo deprecadas nem a inquirição de testemunhas residentes fora do local do crime. Findo o processo, ele era remetido ao general em chefe do exército e, nas praças investidas, sitiadas ou bloqueadas, ao respectivo governador ou comandante superior para decisão. O projecto mencionava apenas que este processo tinha lugar em “casos graves, em que a necessidade do serviço e a da manutenção da disciplina exigir prompto e exemplar castigo” (artigo 209 do projecto), mas não proibia as deprecadas nem a inquirição das testemunhas moradoras fora do local do crime. O código francês de 1857 previa também a possibilidade de citação directa e sem instrução prévia do acusado diante do conselho de guerra, quando nas divisões territoriais em estado de guerra ou nos departamentos em estado de sítio o general comandante o entendesse necessário, transformando-se deste modo a ordem de informar dada pelo general na primeira peça do processo judiciário (Pradier-Fodéré e Amédée le Faure, 1873: 327). A diferença em relação à lei

O défice na realização do princípio da imediação, importado do direito comum nacional e do direito militar francês, não tinha qualquer compensação directa no tribunal de recurso, não podendo ser aí apresentada qualquer prova, podendo, contudo, ser indirectamente controlado por via da nulidade genérica, só prevista no direito português, da omissão de acto substancial para a defesa ou para a descoberta da verdade que pudesse influir no exame e na decisão da causa.

O efeito danoso do défice na realização do princípio da acusação era acautelado pelo regime muito restrito de alteração do objecto do processo na audiência de julgamento, sancionado até com a cominação da nulidade insanável do quesito que contivesse matéria estranha à da acusação e da ordem de proceder da autoridade militar. A admissão da *reformatio in melius* e, sobretudo, a introdução da novidade no direito nacional da proibição da *reformatio in pejus* reforçavam de algum modo a posição do réu agravado pela instância, ainda que o regime muito duro da prisão preventiva e a não imputação da prisão preventiva sofrida na pena aplicada diminuíssem a eficácia prática da nova garantia.¹⁷³⁵

Assim, em virtude do relevo dado no processo preparatório e no julgamento em primeira instância ao juiz auditor, o código português realizava menos perfeitamente do que o modelo francês o novo paradigma judiciário liberal, o que justificou uma conformação do objecto do recurso e dos poderes do tribunal de recurso consideravelmente mais favorável ao réu agravado.

portuguesa era a de que, com excepção da instrução prévia, todas as restantes garantias subseqüentes à ordem de acusação se mantinham intocadas na lei francesa.

¹⁷³⁵ A não imputação da prisão preventiva constituiu o direito aplicável no foro militar até 1884. A partir da entrada em vigor do artigo 4, § único da Lei de 14.6.1884, que dispunha para o foro civil, a jurisprudência dos tribunais militares, com o acordo da doutrina, passou a levar em conta a prisão preventiva sofrida pelo réu militar condenado em pena de prisão correcional pela prática de um crime comum e a considerar a prisão preventiva como atenuante para o efeito da imposição de pena maior pela prática de crime desta natureza (Revista de Legislação e Jurisprudência, 1902: 429). No entanto, as penas de incorporação em depósito disciplinar e de deportação militar aplicadas pela prática de crimes puníveis pela lei penal comum não admitiam o desconto da prisão preventiva entretanto sofrida (acórdão do SCJM, de 26.6.1897, in RT, 19 ° ano, 1900-1901, p. 222, e acórdão do SCJM, de 8.1.1898, in RT, 20 ° ano, 1901-1902, p. 288). A prisão preventiva dos réus militares condenados pela prática de crimes militares não era considerada para qualquer efeito (Domingos Correia, 1887: 123, Francisco Fernandes, 1896: 128, Pires Soromenho, 1904: 243, e Luís Osório, 1923: 312). Tendo surgido dúvidas sobre a contagem do tempo de prisão preventiva aos réus condenados em prisão militar, a circular do ministro da guerra de 30.3.1889 (in Ordem do Exército n. 6, de 13.4.1889) determinou que ela devia ser contada desde o dia da entrada do réu na casa de reclusão até ao da sua apresentação nas companhias de correcção para cumprir a parte restante da pena, salvo se tivesse sido decidido diferentemente na sentença. Em França, só em 1895 o legislador consagrou no direito militar o princípio da imputação integral, mas facultativa, da detenção preventiva na pena, que já vigorava no direito penal comum desde 1892. Fê-lo para a marinha através da Lei de 9.4.1895 e para o exército através da Lei de 2.4.1901, leis que a doutrina e a jurisprudência

Capítulo 4 °

A Extremação das Tendências Antagónicas Inerentes ao Modelo Consagrado

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

Em 1886, o governo nomeou uma comissão com vista a proceder à revisão do Código de Justiça Militar e do regulamento disciplinar, em face da publicação da reforma penal de 1884.¹⁷³⁶

O Projecto de Código de Justiça Militar da comissão, datado de 21.12.1889, mantinha as grandes opções do anterior código, quer no toca ao conceito de crime militar e ao âmbito da jurisdição militar, quer no que respeita à organização judiciária militar e à estrutura do processo.

interpretaram o mais amplamente possível (Augier e Le Pottevin, 1905: 220 a 222).

¹⁷³⁶ A Portaria de 30.6.1886 nomeou uma comissão composta pelo então já juiz relator do Tribunal Superior de Guerra e Marinha António José de Barros e Sá, que presidia, pelo auditor especial junto do ministro da guerra José Maria Borges, pelo coronel Joaquim da Cunha Pinto, pelo tenente coronel Francisco Hygino Craveiro Lopes e pelo major promotor José Estevão de Moraes Sarmiento. A Comissão perdeu posteriormente o membro José Maria Borges e os capitães José Lobo Lamare e Jeronymo Lopes Banhos, que entretanto também se lhe tinham junto, tendo sido completada com o conselheiro José Navarro de Paiva, o tenente coronel Luiz Pimentel Pinto e o capitão Domingos José Correia. A Comissão concluiu os trabalhos apresentando um Projecto de Código de Justiça Militar datado de 21.12.1889, que foi publicado pela Imprensa Nacional com data de impressão desse ano.

Contudo, o projecto continha algumas modificações muito significativas do direito vigente, sendo as mais importantes as que tocavam à estrutura do processo.

Os conceitos de crime militar e de crime essencialmente militar eram ampliados, no sentido de este incluir também as ofensas directas à segurança do exército, além das ofensas directas à disciplina do exército e das violações de deveres exclusivamente militares, definindo-se rigorosamente os ilícitos desta natureza, e ainda no sentido de o conceito de crime militar incluir todas as infracções que tomassem o carácter de crimes militares em virtude da verificação alternativa e já não cumulativa da “qualidade militar dos delinquentes, ou do logar ou circunstancias em que são commettidas” as infracções.

Por seu turno, o âmbito da jurisdição militar era substancialmente aumentado, sobretudo em tempo de guerra, e sujeito a uma cláusula de aplicação discricionária em tempo de paz. Esta cláusula, prevista no artigo 299 do projecto e inspirada no artigo 4 da Lei de 17.1867 de reorganização do júri, introduzia a possibilidade do afastamento pelo Supremo Conselho de Justiça Militar das regras de competência dos tribunais de primeira instância em tempo de paz, quando houvesse nisso “interesse da ordem pública, da disciplina ou da boa administração da justiça”, distinguindo-se, no entanto, da disposição do foro comum em virtude da natureza política da iniciativa reservada ao ministro da guerra.

O âmbito da jurisdição militar era estendido aos crimes resultantes da violação das leis de caça e de pesca, de polícia das matas nacionais e de viação pública e, em tempo de guerra, aos indivíduos acusados por quaisquer crimes essencialmente militares quando o exército estivesse diante do inimigo, a todos os indivíduos acusados da prática dos crimes previstos em leis militares quando o exército estivesse em operações em território estrangeiro e ainda a todos os indivíduos acusados da prática de crimes contra a ordem pública em praças sitiadas e nas divisões operando isoladamente.

Em relação à organização judiciária militar, o projecto previa apenas quatro alterações ao direito anterior, mas todas elas de relevo: a atribuição de competência ao Supremo Conselho para julgar em primeira e única instância os oficiais generais, a diminuição do número de membros do conselho de guerra criado nos exércitos em operações, nas praças sitiadas ou nos exércitos isolados para cinco membros, a restrição da faculdade de substituição extraordinária dos juizes militares de primeira instância,

consagrando-se em vez da previsão ampla da saída das tropas da divisão uma outra, mais restrita, da promoção a posto superior, e a reserva ao Supremo Tribunal de Justiça do conhecimento do recurso de revista interposto por incompetência da jurisdição militar.

Por sua vez, a estrutura do processo era muito alterada por força do aumento muito significativo dos poderes do general comandante de divisão no processo preparatório.¹⁷³⁷ Este aumento dos poderes verificava-se quer no que toca à faculdade de o comandante de divisão julgar como ilícito disciplinar todos os crimes comuns que não estivessem também previstos em leis militares e fossem puníveis apenas com pena de multa, quer no que respeita à possibilidade de prescindir da formação da culpa e remeter os autos sem mais para a fase de acusação e julgamento quando o facto constituísse crime previsto em lei militar punível com pena de prisão militar ou de incorporação em depósito disciplinar, quer ainda no que concerne à insindicabilidade da ordem de mandar formar a culpa e da ordem para dedução de acusação do comandante de divisão.

A mais importante inovação introduzida era, no entanto, a de que o comandante de divisão podia modificar e ampliar “todas as decisões ou qualificações pronunciadas pelo juiz instructor” (artigo 352, § 2, do projecto de 1889), pelo que os despachos proferidos por este magistrado judicial não transitavam em momento algum.

O aumento de poderes da autoridade militar era concomitante com uma forte diminuição dos poderes do juiz auditor, que ficava deste modo em uma situação de facto idêntica à do “relator” (*rappporteur*) na lei militar francesa, não se opondo a esta conclusão a novidade da obrigatoria sindicância ministerial de qualquer despacho de arquivamento do comandante de divisão, no final do sumário da culpa, quando o juiz auditor tivesse proposto o prosseguimento dos autos. Esta sindicância só constituía novidade no tocante aos crimes comuns e era até mais restritiva do que a lei anterior no que respeita aos crimes militares, pois na lei anterior o ministro podia sindicatar todos os despachos, os de arquivamento e os de prosseguimento dos autos, no caso de crimes

¹⁷³⁷ Embora se tivesse mantido a regra da observação das disposições estabelecidas para o processo em tempo de paz pelos tribunais militares em tempo de guerra, foi introduzida uma modificação importante ao processo sumário de julgamento de crimes graves que perturbassem a disciplina e a segurança do exército previstos no elenco enunciativo do artigo 517 do projecto. O processo, em que a autoridade militar deduzia a acusação e não havia fase preparatória, deixava de estar dependente da detenção em flagrante delito do delincente.

militares.

Dada a ordem para se instaurar a acusação o arguido, a quem já se admitia oferecer prova testemunhal no sumário da culpa, era sujeito a um regime de prisão preventiva e homenagem totalmente distinto do previsto pelo direito positivo que se caracterizava por ser bastante mais liberal e igualitário. Com efeito, quer nos crimes comuns puníveis com alguma das penas do artigo 55 do Código Penal quer nos crimes militares puníveis com pena superior a três anos de presídio militar, os réus militares eram sempre reclusos em prisão fechada. Fora destes casos, a concessão de homenagem podia ser feita a todos os réus militares, independentemente da patente, embora o regime da sua execução fosse distinto consoante o réu fosse oficial ou praça de pret. No entanto, mantinha-se a discricionariedade do auditor em relação à necessidade e ao período máximo da incomunicabilidade do arguido detido.

No processo acusatório e de julgamento verificavam-se apenas três alterações, alargando-se a faculdade de o conselho de guerra adiar o julgamento para fazer comparecer uma testemunha cujo depoimento oral fosse indispensável, quer a testemunha fosse de fora da comarca ou não, admitindo-se a ampliação do objecto do processo a todos os factos que, embora não se encontrassem expressamente descritos na ordem da autoridade militar para instauração de sumário da culpa, fossem conexos com os nela descritos, e permitindo-se o controlo das respostas aos quesitos pelo presidente mesmo no caso de as respostas aos quesitos serem unânimes.

Na fase de recurso foram introduzidas modificações na delimitação do âmbito do objecto do recurso e do recurso obrigatório e na definição dos poderes do tribunal de recurso. Assim, o regime das nulidades insanáveis era fortemente restringido, tendo o projecto omitido do catálogo das nulidades as relativas à legalidade da instrução, ao respeito pelo princípio do contraditório, à legalidade de certos meios de prova e à omissão de pronúncia sobre requerimento das partes processuais e acrescentado ao elenco legal apenas a nulidade das respostas contraditórias ou inconciliáveis aos quesitos.

O âmbito do recurso obrigatório era também muito diminuído, quer por o restringir às decisões que julgassem os factos imputados não incriminados pela lei, quer por já não se reconhecer ao Ministério Público a faculdade da interposição de recurso fora de prazo.

Quanto aos poderes do tribunal de recurso, o projecto reforçava-os em parte, atribuindo ao tribunal de recurso a faculdade de interrogar o réu, mas restringia-os também, afastando a possibilidade da realização do julgamento definitivo de recurso interposto da sentença absolutória do conselho. A execução da sentença condenatória em pena de morte continuava dependente da resolução do poder moderador, mas o projecto conferia um poder discricionário amplo às autoridades militares que funcionassem como tribunal de recurso em tempo de guerra, podendo estas autoridades mandar executar de imediato qualquer sentença condenatória ou determinar a suspensão da sua execução “até que finde a campanha, conforme lhes parecer mais conveniente para os interesses militares que lhes estiverem confiados” (artigo 523 do projecto de 1889).

Deste modo, aumentando os poderes da autoridade militar no processo preparatório e remetendo o juiz auditor para o papel de um “relator” (*rappporteur*) subordinado à fiscalização permanente daquela autoridade, o projecto punha a descoberto novas áreas de conflito entre estes sujeitos processuais na fase instrutória, que eram decididas pelo legislador em favor da autoridade militar.

Esta opção da comissão não só não libertava o auditor da mácula da intervenção na instrução, como o envolvia ainda mais no conflito pela direcção da instrução, sendo esta tendência ainda agravada pela circunstância de o auditor ser um juiz togado sem graduação militar e não se encontrar subordinado hierarquicamente ao comandante de divisão.¹⁷³⁸ Se a maior intervenção da autoridade militar era compensada por uma fiscalização ministerial mais intensa no tocante aos arquivamentos de processos relativos a crimes comuns, mantendo-se a fiscalização ministerial dos arquivamentos nos crimes militares sempre que houvesse desacordo entre o auditor e a autoridade militar, o risco do maior comprometimento do juiz auditor no destino da causa e dos gravames causados ao arguido pela parcialidade do auditor só era contrariado pelo reforço dos poderes de controlo do juiz presidente das respostas dadas aos quesitos pelos restantes membros do conselho, pela fixação da obrigação de o tribunal de recurso sindicar a logicidade e a plausabilidade da matéria de facto fixada pela instância e pela possibilidade da produção de prova por declarações na audiência de julgamento no tribunal de recurso.

O projecto extremava, pois, as contradições intrínsecas do modelo próprio consagrado no direito português em 1875, empolando os factores de conflito entre o magistrado judicial instrutor e a autoridade militar pelo domínio da instrução e, simultaneamente, mantendo a participação daquele magistrado na composição do tribunal de julgamento. Toda a contradição do modelo era patente num preceito central, o do artigo 346 do código de 1875, repetido no artigo 439 do projecto de 1889, em que se impunha ao auditor os deveres de arrolar “com rigorosa imparcialidade” as provas tanto a favor como contra o réu e o de “emitir a sua opinião sobre a procedencia ou improcedencia da acusação”, pedindo-lhe, no fundo, que esquecesse o instrutor que fora para que se colocasse na pele do juiz que também era.

O governo transformou em lei o novo projecto, aderindo às propostas da comissão, não sem que introduzisse outras alterações que agravaram ainda mais as contradições atrás referidas.¹⁷³⁹

2. O Código de Justiça Militar de 1895

O Código de Justiça Militar foi publicado pelo Decreto n. 6, de 10.1.1895 e confirmado pela Lei de 13.5.1896.

O Decreto, tal como a lei, previa a aplicação do código aos crimes cometidos no continente e nas ilhas adjacentes por militares e pessoas com vínculo ao exército, bem como aos crimes cometidos por militares e outras pessoas pertencentes à armada, “enquanto não for publicado um código de justiça militar para a armada”.¹⁷⁴⁰

¹⁷³⁸ Alberto dos Reis (1909: 136) virá a classificar esta relação entre o comandante de divisão ou o ministro da guerra e o auditor como de uma relação de “superintendencia”.

¹⁷³⁹ Estas alterações resultaram da uma revisão do projecto pela comissão, que, por determinação do governo, voltou a reunir quase cinco anos depois de ter apresentado o seu projecto inicial. O propósito que norteou a revisão do projecto foi o de “introduzir as alterações mais adequadas, no sentido de aligeirar as despesas do thesouro sem desorganizar os serviços da justiça, e bem assim as modificações que a experiência, nossa e estranha, aconselhára”, como se dizia no relatório que antecede o Decreto de 1895 (Diário da Câmara dos Deputados, 1896, n. 112, p. 41).

¹⁷⁴⁰ Para este efeito, o Decreto de 28.3.1895 procedeu à organização de um conselho de guerra da marinha em Lisboa em conformidade com o novo Código. No novo conselho o auditor privativo era um

O legislador alargou os conceitos de crime essencialmente militar e de crime militar e o âmbito da jurisdição militar nos termos propostos pela comissão e até além destes termos, ao conferir competência ao conselho de guerra no exército em operações sobre os indivíduos acusados da prática de quaisquer crimes essencialmente militares mesmo quando o exército não estivesse diante do inimigo.¹⁷⁴¹

Além desta inovação, o legislador atribuiu também competência aos conselhos de guerra para proceder a julgamentos por crimes cometidos nas circunstâncias especiais previstas no artigo 145, § 34, da Carta. O conselho de guerra seria nessa ocasião formado de acordo com as regras vigentes para a constituição do conselho de guerra em tempo de paz e teria competência sobre todas as pessoas que estivessem sujeitas à jurisdição militar em tempo de paz e ainda sobre todas as pessoas que praticassem crimes contra a segurança do Estado ou que estivessem conexos com aqueles crimes ou que praticassem os crimes de roubo, fogo posto, dano e emprego de materiais explosivos com o fim de destruir bens públicos, mesmo quando estes factos fossem anteriores à declaração da suspensão das garantias constitucionais. Com esta regulamentação, o governo pretendeu criar pela primeira vez um regime permanente para a administração da justiça penal em momentos de excepção constitucional, confiando-a à jurisdição militar, de modo a evitar o regresso à constituição de tribunais

juiz togado sem graduação militar, nomeado pelo ministro da marinha de entre os juizes de primeira e de segunda classes, servindo apenas por três anos, como os auditores do exército. Antes desse período o auditor podia ser transferido nos casos previstos na lei geral. Os comandantes das estações navais exerciam as funções do comandante da divisão militar. Se os oficiais da marinha eram julgados em Lisboa, nos termos deste Decreto, o julgamento das praças no ultramar encontrou muitas dificuldades por falta de pessoal com as patentes necessárias, o que implicava não só a retirada dos arguidos para Lisboa e o prolongamento da prisão preventiva, mas o julgamento com base apenas no depoimento escrito das testemunhas, que se encontravam no ultramar. A estas dificuldades fez face o Decreto de 30.6.1898, que permitiu a composição dos conselhos de guerra da marinha com oficiais de qualquer patente, incluindo os guardas marinhas, e mesmo, faltando estes, a requisição ao governador da província de oficiais do exército ou das guarnições ultramarinas.

¹⁷⁴¹ A constitucionalidade do privilégio do foro especial para os militares continuou a ser uma questão polémica na doutrina portuguesa. Se a maioria dos autores não punha em causa a constitucionalidade do regime legal (Dias da Silva, 1903: 797, Marnoco e Souza, 1907: 134 e Alberto dos Reis, 1909: 135), Barbosa de Magalhães criticava-o explicitamente, considerando inconstitucional a disposição do artigo 291 do código de 1896 por violação do § 16 do artigo 145 da Carta (“confundi-se assim a natureza dos crimes com a qualidade das pessoas que os commetem, para conferir a estas um privilegio, que nenhuma consideração de ordem publica explica, e que repugna ao espirito das modernas instituições”, “o odioso perigo d’ este e d’ outros defeitos da organização da nossa justiça militar, como são o incoherente constituição e funcionamento dos conselhos de guerra, a confusa e incompleta classificação dos delictos, e a desproporcionalidade das penas, já na prática se tem revelado com tão grande alarme, que chega a ser verdadeiro escandalo”, Barbosa de Magalhães, 1907: 377).

e processos *ad hoc* nestas alturas, como ocorrera sobretudo na década de quarenta.¹⁷⁴²

No que respeita à organização judiciária, o legislador introduziu uma inovação muito significativa, além das propostas pela comissão. O novo código reduziu a composição do conselho de guerra a cinco membros, consagrando como regra, quer para o tempo de paz, quer para o tempo de guerra, a proposta que a comissão tinha inicialmente feito só para os conselhos de guerra convocados em tempo de guerra.¹⁷⁴³

Esta alteração tinha uma enorme repercussão prática no peso relativo do juiz auditor no seio do conselho, que deste modo cresceu significativamente, agravando com isso o défice de realização do princípio da acusação no processo penal militar.

No que concerne à estrutura do processo, o legislador consagrou as alterações sugeridas pela comissão e, designadamente, a nova competência do comandante de divisão relativa à conversão dos crimes comuns puníveis com pena de multa em ilícito disciplinar e à livre modificação e ampliação dos despachos do juiz auditor, tal como o modo de resolução do desacordo entre o comandante da divisão e o auditor pelo ministro da guerra, no caso de o primeiro entender que o processo devia ser arquivado. A única excepção foi a de não se ter admitido qualquer margem de discricionariedade ao comandante de divisão nos processos relativos a crimes previstos em leis militares

¹⁷⁴² Este propósito do legislador transparecia, aliás, do relatório que antecedia o Decreto de 1895, em que se mencionava precisamente a legislação extraordinária dos anos de 1840 e 1844 como antecessora da que então se propunha o governo aprovar (Diário da Câmara dos Deputados, 1896, n. 112, pp. 45 e 46). A regulamentação das situações de suspensão de garantias teve, no entanto, um antecedente histórico directo mais próximo. A nova regulamentação foi uma consequência da revolta militar republicana de Janeiro de 1891, no Porto, e da subsequente legislação penal militar, isto é, o Decreto de 31.1.1891, que suspendeu no distrito do Porto pelo espaço de trinta dias todas as garantias constitucionais, o Decreto de 2.2.1891, que conferiu aos conselhos de guerra a competência para conhecer dos crimes de rebelião, incluindo os dos processos já pendentes, e o Decreto de 6.2.1891, que mandou adoptar, com alterações, a ordem de processo dos feitos crimes em tempo de paz no julgamento dos processos instaurados pelo crime de rebelião, prevendo-se prazos mais curtos e proibindo-se a expedição de deprecadas em qualquer fase do processo. Findo o prazo de quarenta e oito horas, de que o auditor dispunha para dar cumprimento ao disposto no artigo 307 do código, o processo devia ser remetido ao presidente do conselho de guerra para marcação de julgamento. A admissão de novas testemunhas no julgamento só era permitida se elas estivessem presentes, não podendo ser adiada a audiência por motivo algum. Das decisões do tribunal superior não competia recurso, qualquer que fosse o fundamento. O âmbito de aplicação destas disposições foi ainda alargado pelo Decreto de 25.2.1891, que mandou julgar de acordo com elas os crimes previstos no CJM quando concorressem com o de rebelião. As implicações dos julgamentos dos crimes políticos então perpetrados por civis e militares conduziram a uma resolução política do problema através da concessão, pelo Decreto de 25.2.1893, de uma ampla amnistia aos autores destes crimes, com a excepção dos oficiais que dirigiram ou tomaram parte na revolta de 31.1.1891 na cidade do Porto.

¹⁷⁴³ A fundamentação dada para esta medida era de teor estritamente económico. O governo ponderou a possibilidade da diminuição do número de conselhos de guerra com vista a “produzir economia em benefício do thesouro”, mas afastou esta solução, tendo optado pela redução do número dos membros do conselho, invocando o exemplo da Suécia, da Sérvia e da Roménia (Diário da Câmara dos deputados, 1896, n. 112, p. 41).

puníveis com a pena de prisão militar ou de incorporação em depósito disciplinar, impondo-se sempre a remessa dos autos para a fase acusatória sem a prévia formação da culpa.¹⁷⁴⁴ O regime da prisão preventiva e da homenagem também era o proposto pela comissão, com a única diferença de no código a homenagem não ser concedida aos reincidentes.¹⁷⁴⁵

As novas disposições reguladoras da instrução, conjugadas com o peso acrescido do auditor no seio do conselho, corroíam as bases do equilíbrio difícil consagrado em 1875 entre o juiz auditor e o comandante de divisão, por um lado, e, por outro, entre o juiz auditor e o conselho de guerra, cavando ainda mais fundo o fosso entre o modelo judiciário francês e o português.

A regulamentação da forma de processo no conselho de guerra criado nas circunstâncias previstas no artigo 145, § 34, da Carta, que não se confundia com a do processo para julgamento sumário e verbal de certos crimes graves em tempo de guerra para manutenção da disciplina e da segurança do exército, caracterizava-se pela prolação da ordem de acusação e pela dedução da acusação pública somente com base no corpo de delito, pela proibição de deprecadas em qualquer fase do processo, pela

¹⁷⁴⁴ O legislador teve em conta a supressão do sumário no processo comum, tendo propositadamente restringido a supressão do sumário no processo militar ao caso dos crimes leves “em que o corpo de delito verifica sempre a existencia do crime e a investigação do criminoso” (Diário da Câmara dos Deputados, 1896, n. 112, p. 46). Por isso, a doutrina atribuíu a esta forma de processo a natureza de um processo sumário, por contraposição com o processo ordinário, aplicável no julgamento dos crimes que não fossem puníveis com a incorporação em depósito ou a prisão militar (Delgado de Carvalho, 1898: 230).

¹⁷⁴⁵ A fundamentação da restrição da prisão preventiva dada pelo governo foi a de que, não obstante a celeridade das fórmulas do processo militar, “elas não o são ainda assim tanto que evitem ao réu o soffrer uma prisão preventiva sempre pesada, mormente quando, no julgamento final, se demonstra a sua innocencia ou não culpabilidade”, o que acontecia, segundo a estatística criminal, em cerca de 30 % a 40 % dos casos (Diário da Câmara dos Deputados, 1896, n. 112, p. 45). A nova lei militar não resolveu, contudo, o problema da admissibilidade da prestação de fiança aos arguidos sujeitos ao foro militar. Também não resolveram este problema o artigo 146 do novo Regulamento para a Execução do Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto de 25.4.1895, nem o artigo 171 do Regulamento do ano seguinte, aprovado pelo Decreto de 24.12.1896, que previam apenas a reclusão obrigatória do réu condenado “ainda mesmo com pena disciplinar” ou do réu absolvido “por negação de lei proibitiva”. A questão só foi esclarecida em 1900, com base em um parecer da Procuradoria Geral da Coroa, tendo-se firmado o entendimento, segundo o qual aos réus militares podia ser concedida fiança pelos tribunais ordinários, pois “ficam, em tal caso, sujeitos á jurisdicção do fôro civil, e, portanto, gosam de todas as garantias d’ esse fôro, como é a fiança” (Officio circular do ministro da marinha e do ultramar, de 8.6.1900). A admissibilidade da fiança levantou outro problema, que era o da relação desta medida cautelar não detentiva com a homenagem, tendo o Officio do ministro da marinha e do ultramar de 27.10.1903 esclarecido que a homenagem prevista na lei militar só podia ser concedida aos individuos acusados de um crime, mas ainda não condenados, não admitindo a lei a substituição da fiança prevista pelo artigo 3 da Lei de 14.6.1884 pela homenagem. O réu militar que já se encontrasse em homenagem tinha de aguardar nessa situação enquanto o recurso se não resolvesse, não lhe sendo levado em conta esse tempo no cumprimento da pena. O réu militar que se encontrasse em liberdade e fosse condenado pela prática de um crime comum podia aguardar em liberdade os ultiores termos do processo, prestando para tanto

fixação de prazos muito curtos para o andamento dos autos, a tomada de decisões e a interposição de recursos e ainda pela inadmissibilidade de interposição de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça fundado em incompetência do foro militar, tendo deste modo o Código novo reproduzido a regulamentação dos conselhos de guerra que julgaram os crimes de rebelião da revolta portuense de Janeiro de 1891.

3. O Código de Justiça da Armada de 1899

Dando cumprimento à norma prevista no artigo 2 da Lei que aprovou o Código de Justiça Militar, o legislador aprovou finalmente, pela Lei de 1.9.1899, um Código de Justiça da Armada, que era aplicável no continente do reino, nas ilhas adjacentes e nas províncias ultramarinas.

O legislador manteve neste diploma os conceitos de crime essencialmente militar e de crime militar da Lei de 1896, mas introduziu uma disposição relevantíssima, segundo a qual as transgressões de polícia e os crimes comuns e militares puníveis com pena de prisão correcional ou prisão militar até seis meses “quando acompanhados de circunstâncias que diminuam consideravelmente a sua gravidade ou que enfraqueçam muito a culpabilidade do agente” podiam ser equiparados a infracções disciplinares e punidos disciplinarmente (artigo 313). Esta disposição reflectia uma especialidade da jurisdição da marinha, que consistia na maior discricionariedade da autoridade militar na jurisdição penal da marinha.

Também a jurisdição da marinha conhecia de todos os crimes comuns e militares de que fossem acusados os militares e as pessoas com vínculo à marinha, excluindo-se apenas o conhecimento dos crimes de contrabando ou descaminho.¹⁷⁴⁶ Contudo, atenta a natureza específica da instituição da armada, a jurisdição era alargada em tempo de paz a quaisquer indivíduos acusados de espionagem em assunto

fiança adequada.

¹⁷⁴⁶ O *Code de Justice Militaire pour l' Armée de Mer*, de 1858, que esteve na base da nova legislação portuguesa, previa a mesma regra, mas com excepções mais amplas, que constavam do seu artigo 372.

respeitante à armada ou de tomar parte por qualquer forma em crime de sedição ou revolta em navio da armada e em tempo de guerra a estes indivíduos e a quaisquer outros que cometessem qualquer crime a bordo de navio da armada ou ao seu serviço.

Por outro lado, tal como a lei do exército português, mas ao invés da lei da armada francesa, o novo código submeteu a armada portuguesa ao princípio da unidade da jurisdição. A lei previa apenas um conselho de guerra da marinha em Lisboa, composto por quatro membros nomeados pelo major general da armada, de quatro em quatro meses, por ordem de antiguidade de entre os oficiais que menos tempo tivessem desempenhado essa função, e por um auditor, que era um juiz togado sem graduação militar, de nomeação ministerial por três anos. A composição do conselho alterava-se consoante a patente do acusado, mantendo-se, contudo, o número de membros.¹⁷⁴⁷ A faculdade conferida ao major general de substituição extraordinária, antes do fim do quadrimestre, dos membros militares do tribunal era alargada em relação à lei do exército, consagrando-se também a nomeação dos juizes para embarcarem em navio em serviço fora do Tejo ou a nomeação para comissão de serviço em terra fora de Lisboa como fundamentos daquela substituição.¹⁷⁴⁸

A lei previa também a faculdade de o major general, com autorização prévia do ministro da marinha, criar conselhos de guerra auxiliares quando o número de arguidos em um processo fosse superior a vinte, com vista ao julgamento em separado de grupos de arguidos, bem como a faculdade de o comandante da divisão naval constituir extraordinariamente um conselho de guerra da divisão naval para proceder ao

¹⁷⁴⁷ O legislador francês consagrou três jurisdições distintas de primeira instância da marinha: o conselho de guerra permanente, de composição exclusivamente militar, que julgava os oficiais e outros militares da marinha e os embarcados em navios da marinha, por quaisquer factos criminosos que cometessem no mar ou em terra, o tribunal da marinha permanente, de composição mista, que julgava todos os que, mesmo não sendo marinheiros nem militares, cometessem quaisquer factos criminosos em portos, arsenais e estabelecimentos da marinha, quando estes factos pudessem comprometer a segurança desses lugares ou o serviço marítimo, e o conselho de justiça, composto por cinco membros da marinha, que, como “um tribunal de família”, julgava sumariamente os delitos puníveis com pena inferior a dois anos de prisão cometidos a bordo por marinheiros que não fossem oficiais. A dificuldade da justificação dogmática da manutenção do tribunal da marinha e do conselho de justiça fundados em privilégios históricos foi ultrapassada pelo legislador francês pela ponderação de que “o serviço marítimo comporta necessidades absolutas e dificuldades insuperáveis que não se encontram em outros”, o que permitia a derrogação do princípio fundamental da França pós-revolucionária da unidade da jurisdição (Louis Tripier, 1879: 33 a 37).

¹⁷⁴⁸ O direito francês previa que os juizes militares dos conselhos e tribunais constituídos em terra fossem nomeados, por escala, pelo prefeito marítimo ou pelo ministro da marinha, consoante os casos, e exercendo todos os juizes as suas funções durante seis meses. A substituição extraordinária dos juizes tinha lugar quando eles deixassem de estar empregados na sede da circunscrição judicial marítima ou ocorresse um impedimento accidental.

juízo de crimes cometidos no ultramar ou a bordo de navio em viagem. Estes tribunais tinham a mesma composição e competência do conselho de guerra.

A discricionariedade da autoridade militar relativamente às regras da composição e da competência do tribunal não se limitava ao exercício destas faculdades legais, prevendo-se ainda a possibilidade de o próprio major general determinar em face de “circunstâncias especiais” (artigo 216, § 1 do código) a competência do conselho de guerra de marinha de Lisboa para o conhecimento de um crime ocorrido na área da jurisdição de um comandante de divisão naval. Acresce que, mesmo não sendo determinada a avocação do processo, a lei impunha a limitação da competência do conselho da divisão naval e do comandante da divisão naval ao processo preparatório quando o arguido fosse oficial, guarda-marinha ou aspirante, devendo os factos ser sempre julgados no conselho de guerra de Lisboa.

No topo da hierarquia judiciária a lei situava o Supremo Conselho de Justiça Militar, atribuindo-lhe a composição e a competência especificadas na lei do exército e ainda a de julgar em primeira e última instância os oficiais gerais da armada.¹⁷⁴⁹

O processo na jurisdição da marinha tinha a mesma estrutura do da jurisdição do exército, mas revelava particularidades muito significativas. Finda a instrução preliminar, os autos eram remetidos ao major general, ao comandante da divisão naval ou ao ministro da marinha, consoante a patente do acusado, que deliberava sobre a formação da culpa, provia aos factos que constituíssem apenas infracções disciplinares e aos crimes comuns e militares que entendesse equiparar a ilícito disciplinar ou determinava que se prescindisse do sumário da culpa no tocante a crimes puníveis com pena de prisão até seis meses, com a particularidade de o despacho da autoridade militar não estar sujeito a qualquer fiscalização.¹⁷⁵⁰ Ao invés, no final da instrução ordinária, o desacordo entre a autoridade militar e o auditor era resolvido pelo ministro da guerra, no caso de a primeira entender que o processo deveria ser arquivado e o segundo se opor.

O julgamento encontrava-se sujeito rigorosamente aos mesmos princípios e regras que regiam a jurisdição do exército e, designadamente, no que toca à

¹⁷⁴⁹ A faculdade de impugnação das decisões deste tribunal de recurso nas causas da marinha para o Supremo Tribunal de Justiça, que era já consagrada pela Lei de 1896, resultava da remissão feita pelo artigo 434 do novo código de 1899 para o capítulo VI, título I do livro IV do código de 1896 e, portanto, também para o disposto no artigo 506 deste código, nos termos do qual aquele recurso era admitido.

¹⁷⁵⁰ O legislador português não seguiu a lei francesa na fixação da obrigatoriedade de prolação da ordem de informar e da ordem para deduzir acusação no caso dos crimes que tivessem como resultado a perda ou tomada de um navio pelo inimigo.



obrigatoriedade da presença do arguido, à atribuição ao presidente do conselho de amplos poderes de investigação de novas provas e de controlo sobre a justiça das respostas aos quesitos, à produção da prova e leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas e aos poderes muito restritos do auditor de alteração do objecto do processo.

Também no que respeita aos recursos se impunham as mesmas regras que valiam para a jurisdição do exército, quer quanto à regra da admissibilidade dos recursos e à previsão dos casos de recurso obrigatório, quer quanto ao âmbito objectivo e subjectivo do recurso, quer ainda quanto aos poderes do tribunal de recurso.¹⁷⁵¹ As duas únicas inovações da lei da marinha com relevo neste âmbito consistiam, por um lado, na imputação da prisão preventiva na aplicação das penas de prisão militar e de prisão correcional e na ponderação daquela prisão como circunstância atenuante das restantes penas, precisamente nos termos previstos pela Lei de 14.6.1884 para o condenado pela prática de crime comum, e, por outro lado, na restrição dos casos em que as sentenças condenatórias em pena de morte eram executadas sem resolução do poder moderador às proferidas em tempo de guerra e em frente do inimigo ou de rebeldes armados, consagrando-se destarte um regime que facilitava a interposição do recurso quer em tempo de paz quer em tempo de guerra e era mais benéfico para o arguido do que o da lei do exército.

A lei processual penal da marinha tinha, pois, na sua base o modelo judiciário consagrado na lei do exército,¹⁷⁵² mas apresentava como particularidade a concessão de poderes mais amplos à autoridade militar, cuja actividade não estava sequer sujeita a fiscalização hierárquica, salvo no caso de desacordo entre o juiz e a autoridade militar sobre o arquivamento no final do sumário da culpa.

Estes poderes discricionários mais amplos diziam respeito à fixação da competência do tribunal e ao destino do processo preparatório na fase do inquérito

¹⁷⁵¹ Também a lei processual da marinha francesa limitava a competência dos *conseils de révision* à anulação do julgamento da primeira instância por violação de lei e inobservância de formalidades, com a ressalva, contudo, da irrecorribilidade das decisões dos *conseils de justice*. Foi para temperar este rigor que o legislador francês consagrou a possibilidade de comutação da pena pela autoridade militar que tivesse convocado o conselho (Louis Tripier, 1879: 70). No relatório do *Corps Législatif* fundamentou-se a opção com o argumento de que a introdução de um amplo recurso de apelação significaria colocar a lei da marinha “em oposição com os princípios gerais da nossa legislação e pôr em causa a disciplina militar, que exige uma repressão pronta e eficaz” (Louis Tripier, 1879: 129 e 163).

¹⁷⁵² O legislador português procedeu como o legislador francês, que tomou o código de justiça militar como “ponto de partida”, quer no tocante à divisão das matérias, quer no que respeita aos princípios fundamentais, tendo introduzido as alterações necessárias à instituição da marinha (Louis Tripier, 1879: 29 e 64).

preliminar, mas não implicavam com a direcção da instrução ordinária, uma vez que se não reconhecia à autoridade militar o poder de alterar livremente os despachos do juiz auditor. Com a preservação da natureza jurisdicional dos despachos do auditor, a lei da marinha colocava-o em uma posição distinta da posição deste magistrado na lei do exército e mais consentânea com as funções judiciais desempenhadas, atenuando assim as contradições intrínsecas do modelo judiciário liberal.¹⁷⁵³

Capítulo 5 °

A Renovação Fracassada do Paradigma Judiciário Liberal pela República

1. O Código de Processo Criminal Militar de 1911

Após a queda do regime monárquico, o governo provisório procedeu de imediato a uma profunda reforma da organização judiciária e do processo penal militares, não aguardando a aprovação da nova Constituição. O Decreto de 16.3.1911 mandou aplicar um novo Código de Processo Criminal Militar para o exército e para a marinha em todo o continente, nas ilhas adjacentes e nas estações e forças navais no

¹⁷⁵³ Alberto dos Reis (1909: 140) considerava que também na jurisdição da marinha a instrução ordinária realizada pelo juiz auditor se encontrava sob a “superintendencia” do major general da armada, do comandante da divisão naval ou do ministro da marinha, consoante os casos. A diferença fulcral entre a posição processual do auditor na jurisdição da marinha e na jurisdição do exército referida no texto não permite, contudo, esta equiparação.

ultramar, mantendo em vigor o Código de Justiça Militar e o Código de Justiça da Armada na parte substantiva de cada um destes diplomas, por esta “repousar em absoluto no código penal commum e este estar sujeito a uma refundição profunda”, como se dizia no relatório do Decreto de aprovação do código novo.¹⁷⁵⁴

A reforma visou a realização de três objectivos fundamentais: a diminuição do carácter privilegiado da justiça militar e a sua aproximação à justiça civil, o reforço da intervenção dos membros das forças armadas na administração da justiça e o aumento das garantias dos réus no processo.¹⁷⁵⁵

O primeiro objectivo foi realizado através da consagração de um conceito menos amplo do privilégio do foro militar, da abolição dos tribunais criados em circunstâncias extraordinárias e da limitação da competência dos tribunais criados em tempo de guerra ao julgamento dos crimes cometidos em tempo de guerra com país estrangeiro.

O segundo objectivo foi concretizado através da introdução de um verdadeiro tribunal de júri militar, à luz do modelo introduzido pelo conde de Lippe, entrando todos os oficiais, sem distinção de arma, na composição do júri, e da admissibilidade da anulação da decisão de facto pelo presidente apenas quando esta importasse condenação em pena maior.

O terceiro objectivo foi alcançado através da introdução da instrução contraditória, da fixação taxativa e excepcional dos casos de incomunicabilidade e da admissibilidade de recurso no julgamento de generais, embora para este efeito se tivessem preterido “alguns preceitos hierárquicos”, como reconhecia o Decreto de

¹⁷⁵⁴ Uma das mais significativas medidas adoptadas no decreto de aprovação foi a de abolição das penas de morte, de reclusão e de exautoração. Não obstante a declaração da assembleia constituinte da proibição do restabelecimento da pena de morte, na sequência da entrada de Portugal na primeira guerra mundial procedeu-se à revisão da Constituição e o artigo 3 da Lei n. 635, de 28.9.1916, veio repôr a pena de morte em caso de guerra com país estrangeiro “e apenas no teatro da guerra”. Esta pena foi de novo aplicada a 16.9.1917, na Flandres, a um soldado acusado e condenado pelo crime de traição (Nuno Roque, 2000: 266).

¹⁷⁵⁵ Esta reforma da justiça militar coadunava-se, por sua vez, com a reestruturação do exército nacional a que procederam a Lei de 2.3.1911 e o Decreto de 25.5.1911, com base no princípio de “organização miliciana e democrática” da conscrição militar e na redução da permanência do tempo de serviço militar obrigatório. O modelo em que se inspirou o legislador republicano foi o do “tipo miliciano puro” do direito militar suíço, como se reconheceu no preâmbulo do Decreto n. 11.856, de 5.7.1926, prosseguindo a política de reconstituição de reservas iniciada em Portugal em 1887 sob influência, então, dos sucessos do exército alemão na década de setenta (Pires Monteiro, 1929: 139, 142 e 144). Sobre esta nova organização do exército com base na ideia, então corrente nos meios militares europeus, da “nação armada” e a sua repercussão na organização dos efectivos, Ferreira Martins, 1945: 504 e 505, Maria Carrilho, 1985: 205 a 209, e Ramires de Oliveira e Nívio Herdade, 1995: 29 a 32.

aprovação do código.

O âmbito da competência dos tribunais militares e da marinha foi reduzido ao conhecimento dos crimes previstos nos Códigos de Justiça Militar ou da Armada cometidos, respectivamente, por militares do exército ou da armada, independentemente da respectiva situação. Assim, relegou-se para os tribunais comuns o conhecimento de todos os crimes comuns cometidos por militares, com a ressalva dos crimes de qualquer natureza cometidos a bordo dos navios da armada ou ao serviço dela em tempo de guerra com país estrangeiro, cujo conhecimento pertencia ao foro militar.

De igual modo, foi revogada a competência da jurisdição militar para julgamento do réu acusado ao mesmo tempo da prática de um crime comum e de um crime militar, cabendo, ao invés do disposto na lei anterior, aos tribunais comuns julgar o crime comum em primeiro lugar e ao tribunal militar julgar em seguida o crime militar e realizar o cúmulo das penas.

A jurisdição militar em tempo de guerra também foi muito restringida, incluindo apenas os crimes cometidos em tempo de guerra com país ou países estrangeiros, uma vez que foi revogada a jurisdição em tempo de guerra sobre quaisquer pessoas que cometessem crimes contra a ordem pública em praças sitiadas ou isoladas ou que praticassem crimes contra a segurança do estado, crimes de roubo, fogo posto, dano e emprego de materiais explosivos com o fim de destruir bens públicos.

O código criou um Tribunal Militar Territorial em cada divisão militar do continente e um Tribunal de Marinha, que eram compostos por um presidente, com patente de coronel ou de capitão de mar e guerra, um auditor e pelo júri.

O presidente do tribunal era nomeado por escala, mediante listas formadas por ordem de antiguidade, pelo comandante da divisão ou pelo major general da armada, e exercia funções durante quatro meses. As listas de oficiais que podiam presidir ao Tribunal Militar com sede em Lisboa ou ao Tribunal da Marinha eram formadas por ordem de antiguidade de todos os coroneis e capitães de mar e guerra, com residência em Lisboa. No caso dos tribunais militares com sede fora de Lisboa, a lista era formada pelos coroneis com residência na área de cada jurisdição. A substituição extraordinária do presidente obedecia aos mesmos requisitos do código de 1895 e do de 1899, com a excepção importante de não admitir a nomeação para comissão em terra fora de Lisboa como fundamento para a substituição antes do fim do quadrimestre.

O auditor era um juiz togado nomeado por decreto ministerial pelo período de três anos. O júri era constituído por cinco oficiais, variando a sua patente consoante a do réu, sendo extraídos por sorteio de uma lista de todos os oficiais que residissem na área da divisão. Os jurados, que também funcionavam pelo período de quatro meses, podiam ser recusados e só podiam ser substituídos antes de findo este período se ocorresse uma circunstância que impossibilitasse o exercício das funções, suprindo-se pelo sorteio a falta do jurado impossibilitado.¹⁷⁵⁶

A lei nova previu também a constituição de um tribunal não permanente a bordo do navio chefe de uma força naval constituída fora dos portos do continente e ilhas adjacentes e em cada estação naval do ultramar ou, na impossibilidade da sua constituição, o prosseguimento do processo no Tribunal da Marinha, já não se recorrendo para aquele efeito, como anteriormente, aos oficiais de qualquer patente da armada nem aos oficiais do exército do reino ou das guarnições ultramarinas. A competência discricionária do major general da armada foi alargada, podendo ele transferir de um para outro dos tribunais da armada o julgamento de qualquer processo “sempre que a conveniência do serviço e da justiça o aconselhem” (artigo 13, § único, do código de 1911), com a ressalva do julgamento obrigatório dos oficiais, guardas marinhas e aspirantes, em tempo de paz, pelo Tribunal da Marinha, ainda que os crimes tivessem sido cometidos nas áreas de competência dos tribunais das forças navais e das estações navais do ultramar.

O Supremo Tribunal Militar tinha jurisdição no continente, nas ilhas adjacentes e nas colónias, sendo os conselheiros nomeados em comissão de serviço de dois anos por despacho ministerial. A competência deste tribunal superior era definida de modo idêntico ao da lei anterior, com a excepção do julgamento dos generais, que eram julgados em primeira instância por um júri formado de cinco oficiais generais de patente igual e mais antigos, havendo-os.

O código novo previa, tal como no direito anterior, a regra da manutenção dos tribunais militares territoriais e dos da marinha em tempo de guerra, admitindo também

¹⁷⁵⁶ António Macieira (1914: 71) considerava que a legislação nova tinha introduzido o “perfeito júri”. A composição do tribunal foi alterada pelo Decreto n. 3.075, de 6.4.1917, que determinou que no quartel general de cada divisão e na maioria general da armada fosse organizada um lista, pela ordem de patentes e antiguidades, de todos os oficiais que podiam funcionar como jurados, devendo a nomeação dos jurados ser feita pelo comandante da divisão onde o tribunal tinha sede ou pelo major general da armada, por escala, sobre a referida lista.

a criação de tribunais de guerra nos exércitos e nas forças navais em operações contra países estrangeiros, nas divisões operando isoladamente contra países estrangeiros e nas praças investidas, bem como o funcionamento de prebostes militares com jurisdição correcional e de simples polícia. Os tribunais criados em tempo de guerra eram constituídos segundo os princípios gerais, competindo ao comandante em chefe do exército, ao comandante em chefe das forças navais e aos comandantes das divisões ou forças operando isoladamente exercer a jurisdição que em tempo de paz pertencia ao Supremo Tribunal Militar.¹⁷⁵⁷

A estrutura do processo e, designadamente, a do processo preparatório eram as mesmas da lei anterior.¹⁷⁵⁸ Contudo, no final do corpo de delito, a decisão da autoridade militar sobre a formação da culpa ou o arquivamento em relação aos crimes previstos nos códigos do exército e da marinha e o provimento sobre os factos que constituíssem apenas infracções disciplinares ou contravenções de polícia eram insindicáveis, transpondo o legislador para o exército a regra anteriormente válida apenas na jurisdição da marinha.¹⁷⁵⁹ A autoridade militar mantinha ainda o poder discricionário de prescindir do sumário da culpa nos processos relativos a crime previsto em leis militares punível com prisão militar ou incorporação em depósito disciplinar.

Aberto o sumário da culpa, a qualificação do facto criminoso feita pelo comandante de divisão na ordem de formação da culpa e as decisões e qualificações pronunciadas pelo juiz instrutor eram provisórias e podiam ser ampliadas e modificadas pela autoridade militar que tivesse ordenado a formação da culpa, bem como pelo tribunal em julgamento, alargando-se, desta feita, a competência já anteriormente reconhecida à autoridade militar no âmbito da lei processual do exército às causas da marinha.

¹⁷⁵⁷ Manteve-se a competência do Supremo Tribunal de Justiça para conhecer das revistas interpostas das sentenças dos tribunais militares por incompetência do foro militar e decidir dos conflitos de jurisdição e competência entre tribunais militares e tribunais comuns e da suspensão das sentenças contraditórias proferidas por tribunais militares e comuns.

¹⁷⁵⁸ A lei consagrou também a regra da manutenção da forma do processo em tempo de guerra. O julgamento sumário e verbal de certos crimes graves em tempo de guerra previsto no artigo 337 do código era regulado como no direito anterior, mas o elenco de casos em que tinha lugar era taxativo no código novo. O julgamento pelos prebostes militares era, também como no direito anterior, público, sumário, com a presença necessária do acusado, não cabendo recurso da sentença.

¹⁷⁵⁹ Embora a lei fosse omissa, o poder disciplinar da autoridade militar era, na prática, limitado nos mesmos termos que previa a Lei de 1895, admitindo-se o exercício daquele poder apenas em relação a infracções puníveis com pena de multa (Alfeu Cruz, 1915: 203, do ano de 1911). Deste modo, cessou a faculdade consagrada na Lei de 1899 de a autoridade militar castigar disciplinarmente infracções puníveis com prisão correcional ou prisão militar até seis meses.

As alterações relativas aos direitos da defesa registaram-se precisamente na fase preparatória do processo, consagrando-se o limite máximo de quarenta e oito horas para o período de incomunicabilidade do arguido detido,¹⁷⁶⁰ o direito à assistência de um defensor em todos os interrogatórios, confrontações e exames directos realizados com o réu,¹⁷⁶¹ o direito de o réu oferecer prova documental e testemunhal logo no interrogatório diante do agente da polícia judiciária militar e a obrigatoriedade de o auditor ouvir as testemunhas arroladas pelo réu no sumário da culpa, quando não excedessem as oferecidas pelo promotor,¹⁷⁶² e, culminando este regime liberalíssimo, o direito do defensor do arguido de ter vista do processo no final do sumário da culpa, mas antes da elaboração da exposição pelo auditor, podendo o defensor requerer o que tivesse por conveniente.¹⁷⁶³ A garantia da aplicação efectiva deste regime resultava do reconhecimento, também novo no direito militar, da sindicabilidade de todos despachos

¹⁷⁶⁰ O regime da prisão preventiva era o mesmo da Lei de 1896, tendo-se verificado alterações apenas no que toca à incomunicabilidade do arguido. Contudo, a publicação da nova Constituição da República suscitou o problema da aplicabilidade das suas disposições sobre prisão preventiva aos arguidos militares. Assim, a circular do ministério da guerra, n. 8, de 16.9.1911 (Ordem do Exército n. 20, de 20.9.1911) esclareceu que os militares só podiam ser presos sem culpa formada nos casos especificados no n. 16 do artigo 3 da Constituição de 1911, ordenando que fossem libertados todos os oficiais e praças de pré que se encontrassem presos fora destes casos. Os militares eram, pela primeira vez, totalmente equiparados aos civis para efeitos da definição dos casos em podiam ser sujeitos a prisão preventiva sem culpa formada, mas a medida não duraria muito. Um mês depois, o legislador recuou, publicando a circular n. 80, de 20.10.1911 (Ordem do Exército n. 22, de 30.10.1911), que deu sem efeito a anterior circular n. 8 e determinou que a doutrina do artigo 3 da Constituição só era aplicável aos militares que fossem incriminados por crimes comuns e cujo julgamento fosse da competência dos tribunais comuns, aplicando-se as regras especiais do foro militar aos militares cujo julgamento competisse aos tribunais militares. Os desertores, quer tivessem sido capturados quer se tivessem apresentado voluntariamente, deviam manter-se presos até ao final do processo. Mais tarde, o Supremo Tribunal Militar, em uma consulta do Ministério da Guerra, esclareceu o artigo 214 do CPCM no sentido de que o arguido a que fosse imputado um crime punível com pena igual ou inferior à de seis meses a três anos de presídio militar devia aguardar até ao julgamento em liberdade (Ordem do Exército n. 8, de 19.3.1914). A reintrodução da homenagem, que era intenção do ministro da justiça em Dezembro de 1911, de modo a diminuir o número de presos preventivos, não vingou (Diogo Leote, 1912: 370).

¹⁷⁶¹ Os defensores e os promotores perante os tribunais militares passaram a ser nomeados precedendo concurso público, cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto de 27.4.1911.

¹⁷⁶² Em anotação ao artigo 175 do código novo, Alfeu Cruz concluía que no processo militar não era aplicável a instrução contraditória com a amplitude que lhe atribuía o artigo 7 do Decreto de 14.10.1910 e o artigo 14 do Decreto de 18.11.1910 (Alfeu Cruz, 1915: 219, do ano de 1911), mas sem razão. O arguido militar não só podia oferecer prova testemunhal e documental e requerer a realização de exames directos e outras diligências logo no interrogatório diante do agente da polícia judiciária militar, como podia impôr a inquirição de testemunhas, mesmo que fossem residentes fora da comarca. O regime legal foi ainda assim censurado por não permitir a livre assistência do arguido e do seu defensor à inquirição de testemunhas durante o corpo de delito e o sumário (Almeida Ribeiro, 1924: 306).

¹⁷⁶³ Também em França se verificou uma tendência gradual para o legislador reconhecer aos acusados militares as novas garantias fixadas para a instrução preparatória no direito comum (René Garraud, 1912: 88, e Pierre Hugueney, 1933: 20). Assim, a Lei de 15.6.1899 conferiu aos militares em tempo de paz a maioria das garantias da Lei de 9.12.1897 e a Lei de 13.5.1918 atribuiu-as em tempo de guerra, sendo estas leis relativas ao exército alargadas por circulares à marinha.

proferidos pelo auditor que prejudicassem a defesa ou a acusação.

No final do sumário da culpa, só a decisão de arquivamento do comandante de divisão proferida em desacordo com o auditor era levada ao conhecimento do ministro da guerra, sendo insindicáveis as decisões disciplinares e as ordens de dedução de acusação criminal ou as ordens de arquivamento, quando estas tivessem o acordo do auditor.

Destarte, o processo preparatório já não se jogava apenas numa luta de forças entre o auditor e a autoridade militar, abrindo-se à intervenção conformadora do réu. A antecipação da intervenção do réu para a fase do sumário da culpa e a intenção de garantir uma efectiva tutela jurisdicional daquele direito de intervenção trouxe consigo uma precaridade notável dos despachos do auditor, que podiam ser impugnados pelas partes dentro do prazo fixado para recurso e modificados pela autoridade militar a qualquer momento, colocando o sistema de recursos e, portanto, a hierarquia judiciária em confronto directo com a hierarquia militar.

O efeito positivo desta redistribuição do equilíbrio de forças na fase inicial do processo era assim anulado pela manutenção da faculdade de livre ampliação e modificação dos despachos do auditor pela autoridade militar, dando o legislador à autoridade militar sempre a última palavra em caso de conflito entre o auditor e o réu ou entre algum destes sujeitos processuais e a autoridade militar ou mesmo entre aqueles dois sujeitos processuais e a autoridade militar. A posição da autoridade militar era assim duplamente reforçada, uniformizando-se em ambos os ramos das forças militares o seu poder, através da referida transposição para o exército do regime, que vigorava apenas na marinha, de total discricionariedade da autoridade militar na prolação dos despachos finais no corpo de delito, bem como da mencionada transposição para a marinha da sindicância pela autoridade militar da sindicância de todos os despachos do auditor, que vigorava anteriormente apenas na lei do exército.

A audiência de julgamento, por sua vez, também sofreu uma profunda remodelação. Se se mantiveram os poderes muito restritos do auditor no que respeita à delimitação do objecto do processo, admitindo-se a elaboração de quesitos quando o facto pudesse ser encarado sob diferente enquadramento jurídico, mas com a restrição de que ao acusado não se imporia pena superior à que tivesse sido requerida na acusação, os poderes discricionários do presidente do tribunal em relação aos meios de

prova foram suprimidos, conferindo-se antes ao júri o poder exclusivo de determinar a requisição de documentos oficiais e a realização de exames e observações médico-legais e abolindo-se a faculdade de o presidente ouvir pessoas não arroladas com vista a recolher “informações”.¹⁷⁶⁴

Na conferência do júri, a votação era por maioria absoluta dos votos, mas admitia-se, em uma disposição sem paralelo no direito militar português, o voto vencido nas respostas aos quesitos, sendo finalmente atribuída ao júri a faculdade, consagrada no direito comum desde 1855, de declarar circunstâncias modificativas do facto principal que diminuíssem a pena ainda que não coubessem nos quesitos formulados.

O auditor já não participava na conferência, o que constituía um reforço muito importante do princípio da acusação e uma melhoria significativa em relação ao direito anterior. A liberdade dos jurados para decidirem sobre a matéria de facto apurada só era limitada pelo poder do presidente do tribunal de controlar a equidade das respostas aos quesitos quando a decisão de facto importasse condenação em pena maior, tal como o novo direito comum previa.

No entanto, o efeito positivo da ausência do auditor da conferência era diminuído pela atribuição a este mesmo juiz da tarefa da elaboração da decisão de direito e da fixação da pena. O arguido podia ainda valer-se de um sistema de recursos muito amplo, que mantinha a proibição da *reformatio in pejus*, impunha a imputação da prisão preventiva na aplicação das penas de prisão militar, incorporação em depósito disciplinar e presídio militar até três anos e permitia a sua ponderação como atenuante nas restantes penas, o que representava uma garantia suficiente para desagravar o réu a quem tivesse sido aplicada uma pena excessiva.¹⁷⁶⁵

Ao invés, o défice na realização do princípio da imediação na audiência de julgamento prejudicava, tal como no direito anterior, a posição do réu, agora agravada

¹⁷⁶⁴ Contra o teor expresso dos artigos 231 e 232 do código novo, Alfeu Cruz (1915: 235, do ano de 1911) invocava os artigos 408 do código anterior e 155 e 157 do Regulamento de 1896 para concluir que o presidente mantinha o poder discricionário relativamente à aquisição dos meios de prova. A manutenção em vigor do Regulamento de 1896, ordenada pelo artigo 8 do Decreto de 16.3.1911, só era admissível “na parte applicavel”, contrariando frontalmente a letra e o espírito das disposições dos referidos artigos 231 e 232 a manutenção do poder discricionário do juiz presidente em relação a meios de prova cuja aquisição aqueles artigos atribuíam ao júri.

¹⁷⁶⁵ Estas regras relativas à imputação da prisão preventiva já tinham sido antecipadas pelo Decreto de 5.12.1910. A jurisprudência interpretava muito amplamente estas disposições, tendo mesmo o Supremo Tribunal Militar esclarecido, em uma consulta, que o desconto da prisão preventiva na pena de presídio militar se devia verificar em todos os tribunais militares, incluindo os de excepção, e somente depois da

pela circunstância de estar afastada qualquer intervenção sua na audiência de julgamento no tribunal de recurso. Só a sindicância do vício da insuficiência da prova, que se mantinha, permitia ocorrer ao réu que tivesse sido prejudicado pela prova produzida na fase preparatória e valorada em prejuízo do princípio da imediação.

O modelo específico consagrado na lei nova divergia, pois, do anterior, mas o paradigma judiciário do novo código era o mesmo do direito anterior, sendo as inovações introduzidas quer no processo preparatório, quer no processo de acusação e julgamento contrariadas e até anuladas pela manutenção de défices fundamentais do anterior modelo.

A renovação do paradigma liberal, ensaiada à luz das “nossas tradições jurídicas militares”, como se dizia no preâmbulo do código novo, iria fracassar precisamente por não se terem ultrapassado as contradições do modelo específico consagrado na Lei de 1875, tendo mesmo os avanços do direito novo logo sido contrariados pela legislação avulsa aprovada pelo poder político.

Assim, a concepção mais restritiva do foro militar, que representava uma verdadeira *revolutio* em relação ao direito anterior, teve uma vida curta. A Lei de 6.5.1913 alterou o artigo 123 do código novo, atribuindo aos tribunais militares competência para julgar os crimes previstos na lei comum praticados por militares quando estivessem no exercício das suas funções ou em cumprimento de deveres militares e, não sendo esta alteração bastante, dois dias depois, a Lei de 8.5.1913 alargou ainda mais a competência dos tribunais militares, abrangendo os crimes de qualquer natureza, com excepção dos de descaminho e contrabando, cometidos por militares do exército e da armada em determinadas condições e por prisioneiros de guerra, reféns e emigrados quando subordinados à autoridade militar, regressando deste modo ao regime vigente anterior ao código.¹⁷⁶⁶

operação de desconto se deveria proceder à fixação da pena em alternativa de acordo com o artigo 45 do CJM (Ordem do Exército n. 7, de 5.3.1914).

¹⁷⁶⁶ As leis de Maio não resolviam o problema da determinação do tribunal competente aquando da prática de um crime comum simultaneamente por um militar e por um civil, resolvendo-o o Supremo Tribunal Militar, na consulta de 20.5.1913, no sentido da competência dos tribunais comuns, porquanto as leis de 1913 tinham omitido este caso, mantendo-se em vigor o artigo 323 do CJM (Ordem do exército n. 8, de 16.6.1913, com anotação favorável de Faro e Noronha, 1914: 36 e37), ao invés do Supremo Tribunal de Justiça, que, no acórdão de 24.3.1914 (in GRL, volume 28, p. 43), se decidiu pela atribuição de competência aos tribunais militares, isto é, no sentido de que o artigo 323 do CJM já tinha sido revogado pela lei que aprovou o código em 1911. Em face da posição do Supremo Tribunal de Justiça, o ministro da guerra expediu a circular n. 9, de 17.11.1914, em que ordenou que fosse acatada esta doutrina (Ordem do Exército n. 27, de 19.11.1914). A doutrina estava dividida (a favor da competência dos

O recurso do poder político republicano à justiça militar extraordinária constituiu a outra face do recuo em relação ao propósito de renovação do paradigma judicial liberal vertido no novo código.

2. A tentação do recurso à justiça militar extraordinária

Os constituintes de 1911 ratificaram o direito promulgado pelo governo transitório, não tendo introduzido na Constituição da República qualquer disposição sobre a organização judiciária militar.

Contudo, o novo poder político cedo se viu confrontado com sucessivos movimentos violentos contra-revolucionários, a que fez face quer atribuindo aos tribunais militares ordinários competência para proceder ao julgamento dos implicados naqueles movimentos, quer criando tribunais militares extraordinários para o mesmo efeito.¹⁷⁶⁷

A primeira destas respostas foi tentada pela Lei de 3.2.1912, que conferiu aos tribunais militares territoriais de Lisboa competência para julgar os autores dos crimes previstos nos artigos 253, 263 e seu parágrafo, 483 e seu parágrafo, todos do Código Penal, e nos artigos 2 e 3 do Decreto de 6.12.1910, cometidos “no distrito de Lisboa, onde foram suspensas as garantias individuais por Decreto de 30 de Janeiro findo ou em qualquer outro onde venha a ser tomada a mesma providência” (artigo 1 da Lei de 3.2.1912).

Este diploma criou um processo sumário, com dispensa da fase preparatória e proibição de deprecadas e rogatórias, valendo como libelo a ordem do general comandante de sujeição a julgamento, proferida em face dos autos de investigação

tribunais militares, José Dias, 1919: 51 e Bezeza dos Santos, 1920: 131 e 132, mas contra José Mourisca, 1921: 65 e 66, que criticava severamente os diplomas de Maio de 1913: “Bem esfarrapado tem sido o salutar principio do dec. 10.10.910”).

¹⁷⁶⁷ Já no final da vigência da Constituição de 1911, Luís Osório (1932 a: 400 e 401) censurava a precaridade da garantia constitucional do júri, dada a frequente criação de tribunais especiais e, sobretudo, de tribunais militares para julgamento de crime políticos.

levantados pela polícia de investigação ou pelos juizes a ela agregados. Os arguidos suspeitos da prática dos crimes já referidos aguardavam sempre em prisão preventiva a decisão final, da qual cabia recurso para o Supremo Tribunal Militar, sendo este recurso processado e julgado pela forma estabelecida na lei processual militar.

Os termos do processo aproximavam-se do processo sumário previsto para o tempo de guerra pela lei militar desde 1875. Deste modo, o legislador contrariava duas opções fundamentais do novo Código de Processo Criminal Militar, conferindo a um tribunal militar competência para conhecer de crimes comuns cometidos por civis em tempo de paz e determinando a aplicação em tempo de paz de uma forma de processo em tudo semelhante à criada para o julgamento sumário pelos tribunais de guerra dos crimes cometidos em tempo de guerra com país estrangeiro.¹⁷⁶⁸

Cinco meses mais tarde, o legislador voltou a atribuir, pela Lei de 8.7.1912, aos tribunais militares competência para conhecer dos crimes previstos nos artigos 141 a 150 do Código Penal e na novíssima Lei de 30.4.1912, mas, abandonando qualquer prurido em relação às anteriores opções de fundo do código de 1911, determinou que para conhecer estes crimes fossem organizados tribunais nos termos dos artigos 104 e seguintes deste código e o processo neles adoptado fosse o previsto no capítulo I do título II do livro III do código de 1911, isto é, o legislador submeteu expressamente os novos tribunais criados em tempo de paz e para julgamento de civis autores de crimes comuns ao regime vigente em tempo de guerra contra país estrangeiro.¹⁷⁶⁹

Os tribunais extraordinários criados pela Lei de 8.7.1912 só foram extintos pelo Decreto n. 769, de 19.8.1914,¹⁷⁷⁰ que atribuiu a competência para conhecer destes

¹⁷⁶⁸ Um mês depois da publicação desta lei, o legislador veio alterá-la, pela Lei de 15.3.1912, atribuindo aos tribunais comuns a competência para julgamento destes crimes.

¹⁷⁶⁹ O Decreto de 16.7.1912 instalou três tribunais em Braga, Lisboa e Coimbra, sem prejuízo de outros tribunais “constituídos por força militar de comando de oficial superior, operando isoladamente”, e a Portaria de 19.7.1912 determinou que os comandantes das divisões militares destas cidades conheçam dos recursos das decisões destes tribunais como o Supremo Tribunal de Justiça em tempo de guerra. Resolvendo definitivamente as dúvidas sobre a forma de processo aplicável, o ministro da guerra determinou, pela circular n. 840, de 10.7.1912, que nestes processos se devia adoptar o disposto no artigo 337 e seus parágrafos do CPCM “visto ser necessário, para a manutenção da disciplina e segurança das forças em operações, pronto e exemplar castigo”. Por outro lado, o ministro ordenou ainda, pela circular n. 1.009, de 1.8.1912, que os corpos de delito fossem instaurados nas divisões e depois enviados aos quartéis gerais respectivos, correndo nos tribunais militares competentes os termos normais. No final, os processos regressavam ao comandante de divisão junto de quem funcionaria o tribunal de recurso previsto na Portaria de 19.7.1912. Não havendo recurso, competia ao comandante de divisão providenciar pela execução da decisão. Os arguidos ausentes deviam ser julgados nos termos do artigo 14 da Lei de 23.10.1911 e do artigo 7 da Lei de 29.11.1911 (Ordem do Exército n. 9, de 17.8.1912).

¹⁷⁷⁰ A tentativa da tropa monárquica rebelde chefiada por Paiva Couceiro de tomar Chaves, que esteve na

crimes aos tribunais militares ordinários, justificando a modificação com o propósito de alcançar “uma sensível economia, sem prejuízo para a boa administração da justiça”.

Contudo, uma rebelião ocorrida menos de dois meses depois da extinção daqueles tribunais levou o legislador a recuar no seu desígnio de abolir os tribunais de excepção. A partir de então, o novo poder político cedeu por inteiro à tentação do recurso à justiça militar, criando vários tribunais militares extraordinários para julgar os inimigos políticos e os desordeiros.

Depois de fazer um acto de contrição público, em que reconhecia que o regime republicano “não pode ainda dar plena satisfação às expectativas mais ardentes”, o legislador deixou bem claro, no Decreto n. 963, de 22.10.1914, o firme propósito de não tolerar as actividades insurreccionais e de tudo fazer para “desarmar os inimigos do novo regime”, ainda que tivesse que tomar “providências, que bem desejaría poder evitar”.

A providência adoptada desta feita foi a da criação de um Tribunal Militar extraordinário, em Lisboa, organizado como em tempo de guerra com país estrangeiro e com competência para julgar os crimes previstos nas Leis de 30.4.1912 e de 8.7.1912 cometidos em qualquer ponto do território continental, cabendo recurso das sentenças deste tribunal para o Supremo Tribunal Militar. Este diploma estabeleceu também a faculdade de a autoridade militar determinar, quando assim o entendesse, a aplicação da forma de processo sumário prevista no artigo 337 do Código de Processo Criminal Militar para o tempo de guerra com país estrangeiro.

Nove dias depois da publicação do anterior diploma, o legislador veio modificá-lo, publicando o Decreto n. 997, de 31.10.1914, que entrou imediatamente em vigor. O novo diploma alterava as regras de composição do tribunal militar extraordinário, sendo o presidente, o auditor, o promotor e o defensor do tribunal nomeados, com total discricionariedade, pelo ministro da guerra, e consagrava uma forma única e especial de processo sumário para julgamento destes crimes.

O novo processo era semelhante ao previsto no Decreto de Julho de 1912, valendo o despacho da autoridade militar proferido no final dos autos de investigação

origem do diploma de Julho de 1912, não foi a única, tendo-lhe sucedido vários pronunciamentos militares nos anos seguintes (Ferreira Martins, 1945: 499 e 500). Estes tribunais extraordinários foram reactivados no período sidonista pelo Decretos n. 4.726, de 15.8.1918, que repôs em vigor a Lei de 8.7.1912, e pelo Decreto n. 4.730, de 17.8.1918, que instalou cinco tribunais militares nos mesmos termos do já referido Decreto de 16.7.1912.

como libelo e sendo os réus julgados em seguida pelo conselho de guerra, sem qualquer outra diligência por carta precatória ou rogatória. O diploma apresentava, no entanto, três particularidades, todas elas estranhas ao processo penal militar, que eram a de que o réu podia ser julgado na sua ausência, depois de notificado editalmente da ordem para julgamento, a da livre ampliação do objecto do processo, podendo o promotor e o defensor formular os quesitos adicionais que entendessem,¹⁷⁷¹ e a da restrição do direito ao recurso à sindicância da sentença final com fundamento em preterição de uma formalidade essencial que houvesse influído no apuramento da verdade e erro na classificação do crime ou na aplicação da pena.¹⁷⁷²

A entrada de Portugal na primeira guerra mundial constituiu a causa de uma nova intervenção legislativa na jurisdição penal militar. A Lei n. 642, de 21.12.1916, estabeleceu regras draconianas para o julgamento dos réus militares acusados pela prática de crimes de traição, espionagem, insubordinação, coligação, revolta, sedição militar e cobardia cometidos durante o estado de guerra, dentro ou fora do teatro de guerra. Os réus eram demitidos com a dedução da acusação, sendo os réus absolvidos reintegrados pelo governo “conforme as circunstâncias especiais do requerente e as necessidades da disciplina”. Os autores de crimes cometidos fora do teatro de guerra podiam ser detidos até julgamento pelo tempo e no local que o governo entendesse por bem. Além destas regras, que deviam vigorar durante o estado de guerra e mesmo em relação a factos anteriores à promulgação da lei, foi também alterada a constituição, dentro e fora do teatro de guerra, dos tribunais de guerra, que devia obedecer ao disposto no CJM de 1896 e no CJA de 1899.¹⁷⁷³

¹⁷⁷¹ Tão ampla era a faculdade reconhecida pela lei que o legislador veio restringi-la aos casos em que os quesitos fossem pertinentes e visassem o bom julgamento da causa, conferindo o Decreto n. 1.050, de 17.11.1914, competência ao juiz para indeferir os quesitos que o não fossem.

¹⁷⁷² “É a velha alçada do absolutismo, porventura com algumas garantias a menos. A única diferença d’aquellas alçadas é que a alçada novíssima não poderá aplicar a pena de morte, nem penas perpétuas”, comentava Cunha e Costa, 1921: 37 e 38. Este tribunal extraordinário não subsistiu durante muito tempo, tendo sido extinto seis meses depois de ter sido criado pelo Decreto n. 1.492, de 10.4.1915, que também restabeleceu a competência dos tribunais militares ordinários.

¹⁷⁷³ A guerra com a Alemanha implicou não só o alargamento do âmbito subjectivo da jurisdição militar, como também a sujeição de todos os processos julgados pelos tribunais militares às disposições dos artigos 2 a 11 da Lei de 3.2.1912, com as especialidades dos prazos especiais ainda mais curtos para a realização de julgamento na primeira e na segunda instâncias e da proibição do adiamento da audiência na primeira instância. O âmbito deste regime especial, que foi fixado pelo Decreto n. 2.369, de 5.5.1916, sofreu uma restrição a alguns crimes enumerados pelo Decreto n. 2.533, de 29.7.1916. Após a publicação da Lei n. 642, suscitou-se a dúvida grave sobre se as disposições desta lei tinham revogado o disposto no artigo 2 da Lei de 3.2.1912, cujas disposições eram aplicáveis durante o estado de guerra a todos os processos julgados pelos tribunais militares, nos termos do artigo 9 do Decreto n. 2.369, de 5.5.1916. O

Depois de em Fevereiro de 1912 ter alargado a competência dos tribunais militares em tempo de paz, de ainda em Julho de 1912 ter criado um tribunal militar extraordinário com composição definida como em tempo de guerra, que subsistiu até Agosto de 1914, e de logo em Outubro de 1914 ter criado um novo tribunal militar extraordinário com composição discricionária, que se manteve até 1915, o legislador republicano reagiu ao evento da primeira guerra mundial conjugando as regras de competência alargada dos tribunais militares de 1912 com a regulamentação da composição dos tribunais militares em tempo de guerra anterior a 1911.

Em 1919, acossado por uma revolta monárquica, o poder político aprovou de novo regras especiais para o julgamento dos implicados na revolta. O Decreto n. 5.188, de 28.2.1919, previa a criação de tribunais militares *ad hoc* para um “rápido julgamento” dos militares e civis implicados na revolta, com a jurisdição que o ministério da guerra lhes conferisse e os magistrados e defensores que o governo entendesse por bem nomear, sendo os membros do júri escolhidos nos termos ordinários.¹⁷⁷⁴

Nesses tribunais observar-se-ia uma forma de processo em tudo semelhante à do Decreto n. 997, de 31.10.1914, permitindo-se, no entanto, o adiamento da audiência por mais de uma vez por outro motivo que não o de falta de testemunhas e limitando-se o total das testemunhas de cada uma das partes a nove.

Para execução deste diploma, o legislador publicou o Decreto n. 5.250, de 8.3.1919, que criou três tribunais militares especiais, em Lisboa, Porto e Viseu, com a jurisdição dos tribunais militares territoriais, e o Decreto n. 5.377, de 11.4.1919, em que, “considerando que o país reclama uma acção enérgica contra todos os implicados neste movimento e nisso está a conveniência do Estado” e “considerando que mesmo em benefício dos acusados importa abreviar julgamentos, para que os criminosos sejam rigorosamente punidos e os inocentes ofereçam depressa a prova da sua inocência”, se

ministro da guerra resolveu a dúvida através da circular n. 5, de 26.12.1916, que esclareceu que a forma de processo prevista no diploma de 1912 se mantinha em vigor, com a restrição do artigo 2 da Lei n. 642 (Ordem do Exército n. 25, de 30.12.1916). A Lei n. 708, de 21.6.1917, revogou o artigo 5 da Lei n. 642, que determinava a aplicação desta lei a factos anteriores à sua promulgação, sendo as restantes disposições revogadas a 9.9.1917.

¹⁷⁷⁴ Para além da reacção criminal, o governo atribuiu-se, pelo Decreto n. 5.203, de 6.3.1919, como se viu já, o poder exclusivo da punição disciplinar dos “magistrados e funcionários públicos civis ou militares que, durante a última insurreição monárquica, se envolveram em quaisquer factos anormais, faltando, no exercício dos seus cargos, ou fora dêle, à lialdade e subordinação devidas às Instituições e suas leis”.

modificou o processo aplicável nestes tribunais, reduzindo o número admissível de testemunhas de cada uma das partes a seis, condicionando o adiamento da audiência por falta de testemunhas ao acordo de ambas as partes e o adiamento por outro motivo ao arbítrio do presidente e determinando a subida do recurso da sentença, já não para o Supremo Tribunal Militar, mas para o ministro da guerra.

Este regime extraordinário de julgamento dos implicados na revolta monárquica foi no mês seguinte mandado aplicar, pelo Decreto n. 5.614, de 10.5.1919, a qualquer outro movimento revolucionário que de futuro viesse a ocorrer.¹⁷⁷⁵

Com efeito, o legislador extinguiu naquela data os tribunais militares criados pelo Decreto n. 5.250, criou dois outros tribunais militares extraordinários, um em Lisboa e outro no Porto, que substituiriam aqueles, e autorizou a criação de outros “que o Governo posteriormente julgar indispensáveis para o julgamento dos militares e civis implicados no último movimento monárquico e em qualquer movimento de carácter político realizado ou projetado posteriormente àquele, de que haja conhecimento enquanto os mesmos tribunais não forem extintos”, cabendo ao ministro da guerra fixar a jurisdição destes tribunais e alterá-la “quando disso resulta aceleração do julgamento de militares e civis abrangidos pelas disposições deste Decreto”. A composição destes tribunais era significativamente alterada, sendo todos os membros do tribunal, incluindo os do júri, nomeados livremente pela ministro da guerra, com a única restrição de que a nomeação do auditor dependia do acordo do ministro da justiça. Os termos do processo aplicável nos novos tribunais eram os mesmos do processo previsto no diploma de Abril.¹⁷⁷⁶

Em 1922, na sequência do movimento revolucionário de 19 de Outubro de 1821, o legislador criou, através da Lei n. 1.291, de 24.7.1922, o Tribunal Misto Militar Territorial e de Marinha, ao qual cabia julgar os civis e militares implicados nesse

¹⁷⁷⁵ Os diplomas de 1919 foram objecto da crítica violenta de Cunha e Costa: “O teor d’ esses tres Decretos, de maxima excepção e maxima circumstancia, summaria tudo quanto na legislação anterior sobre a materia havia de peor, comprazendo-se em ostensivamente agravar todas aquellas disposições que maiores clamores haviam suscitado” (Cunha e Costa, 1921: 42).

¹⁷⁷⁶ Em face do número reduzido dos processos pendentes e dos encargos com o funcionamento dos tribunais criados em 1919 o legislador extinguiu-os pelo Decreto n. 7.896, de 10.12.1921, mandando julgar os individuos ainda com processos pendentes pelos tribunais territoriais. O processo aplicável era o da lei militar comum, com a especialidade de só se admitirem recursos depois da sentença e com fundamento nos ns. 7 e 8 do artigo 309 do CPCM.

movimento, aplicando-se as disposições do processo militar ordinário.¹⁷⁷⁷ O novo tribunal era constituído por um oficial general do exército, que presidia, e por um júri, composto por três oficiais da marinha e dois do exército, nomeados nos termos da lei vigente. O auditor, o promotor e o defensor seriam nomeados, por acordo, pelos ministros da guerra e da marinha.¹⁷⁷⁸

A revolta militar de 18 e 19 de Abril de 1925 constituiu o causa directa da última iniciativa do governo no âmbito da justiça militar extraordinária sob a vigência plena da Constituição de 1911. Desta feita, o governo mandou, através do Decreto n. 10.761, de 14.5.1925, julgar pelos tribunais militares territoriais ou de marinha os civis e os militares que tivessem cometido os crimes previstos na Lei de 30.4.1912, de acordo com uma forma de processo especial.

Os autos de investigação eram organizados por qualquer autoridade civil ou militar e tinham força de corpo de delito, não se procedendo ao sumário da culpa e tendo a ordem da autoridade militar para realização de julgamento as características de uma acusação, que era, aliás, incluída na nota de culpa entregue ao arguido.

O julgamento, que podia ser realizado após a citação edital do réu, só podia ser adiado uma vez por falta das testemunhas. Era admitida a apresentação de testemunhas novas se se encontrassem presentes, sendo vedado o envio de deprecadas e de rogatórias.

A fixação de prazos especiais para julgamento do processo quer na primeira instância quer no Supremo Tribunal Militar e a irrecorribilidade da decisão deste Tribunal para o Supremo Tribunal de Justiça, bem como a restrição dos fundamentos do recurso a apenas duas nulidades, a da errada qualificação jurídica dos factos e a da omissão de aplicação de uma pena ou errada graduação da pena, reforçavam o carácter sumário da nova forma de processo, mas agravavam do mesmo passo a posição processual do réu, tornando-se o tribunal de primeira instância senhor absoluto da decisão sobre os factos e os meios de prova.¹⁷⁷⁹

¹⁷⁷⁷ A primeira reacção do legislador foi a de recorrer à demissão por via legislativa (Lei n. 1.244, de 23.3.1922) de todos os militares que tivessem sido condenados ou viessem a sê-lo por terem colaborado em movimentos revolucionários contrários ao regime republicano quando não lhes tivesse sido ou não lhes fosse aplicada essa pena no processo judicial.

¹⁷⁷⁸ Este tribunal misto foi extinto pela Lei n. 1.538, de 1.2.1924, encontrando-se apenas um processo nele pendente, que transitou para o tribunal de marinha.

¹⁷⁷⁹ Mais tarde, o novo poder político aprovou o Decreto n. 11.724, de 14.6.1926, que declarou nulo e de nenhum efeito o Decreto n. 10.761 e bem assim todas as condenações feitas ao abrigo deste Decreto.

Depois da experiência radical dos tribunais militares extraordinários de 1919, cuja composição dependia integralmente da confiança política do ministro da guerra, que também tinha a última palavra sobre o recurso da decisão da primeira instância, em 1922 e em 1925 o legislador republicano revelou uma maior contenção, criando naquele ano de 1922 tribunais extraordinários em que se mantinha o regime de nomeação dos membros do júri da lei geral e se aplicava a lei processual vigente e neste ano de 1925 regressando à solução de Fevereiro de 1912 da atribuição aos tribunais territoriais ou de marinha de uma competência excepcional, completada por algumas das inovações processuais introduzidas em 1914. A legislação processual penal aprovada na sequência das revoltas de 1912, 1914, 1919, 1921 e 1925 revelava, pois, a infidelidade do legislador ao paradigma liberal consagrado no novo código de processo militar. A consciência daquela infidelidade constituiu o motivo político mais relevante para a aprovação de um novo código ainda no ano de 1925.

3. O Código de Justiça Militar de 1925

Com o objectivo de actualizar o Código de Justiça Militar e o Código de Justiça da Armada e reunir em um só diploma a legislação penal e processual comum ao exército e à marinha, o legislador publicou o Decreto n. 11.292, de 26.11.1925, pelo qual aprovou um novo Código de Justiça Militar.

Dando especial relevo ao problema dos tribunais militares extraordinários, o legislador ponderou ainda que a criação em tempo de paz destes tribunais para julgamento de crimes contra a segurança do Estado era “atentatório da dignidade dum povo democrático” e que era “mais justo e prudente” a regulamentação da matéria da suspensão de garantias constitucionais e da forma de julgamento destes crimes do que “a organização quási tumultuária dos processos que devem ser submetidos a julgamento dos mesmos tribunais”.

A lei nova manteve o conceito de crime essencialmente militar, mas alargou o

de crime militar, nele incluindo os crimes contra a honestidade cometidos por militares do exército, uma vez que os cometidos por militares da armada já eram anteriormente punidos. O privilégio do foro militar permaneceu com a amplitude introduzida no direito nacional em 1913, com a única exclusão dos crimes de contrabando ou descaminho.¹⁷⁸⁰

A lei nova previa ainda que as infracções do dever militar não compreendidas neste código e as transgressões de polícia, bem como as violações da lei geral e de qualquer lei especial quando o facto não estivesse previsto no código e fosse punível apenas com pena de multa ou de repreensão fossem punidas disciplinarmente.

Ao lado da jurisdição dos tribunais militares em tempo de guerra contra país estrangeiro, fixava-se de novo, tal como em 1896, a jurisdição dos tribunais militares quando se dessem as circunstâncias de excepção constitucional, agora previstas no artigo 26, n. 16, da Constituição de 1911, incluindo no âmbito daquela jurisdição quaisquer indivíduos acusados da prática de crimes essencialmente militares e quaisquer pessoas que cometessem crimes contra a ordem pública em praças sitiadas ou isoladas e no âmbito desta todas as pessoas que praticassem crimes contra a segurança do estado ou conexos com estes ou os crimes de roubo, fogo posto, dano e emprego de materiais explosivos com o fim de destruir bens públicos, mesmo quando estes factos fossem anteriores à suspensão das garantias.¹⁷⁸¹

A lei nova reintroduziu também a solução anterior a 1911 da atribuição de competência à jurisdição militar para julgamento do réu acusado da prática de um crime comum e de um crime militar¹⁷⁸² e consagrou uma regra muito restritiva da

¹⁷⁸⁰ Não é, pois, correcta a afirmação de Manuel Pequito (1992: 31), segundo a qual com a aprovação do código de 1925 “volta-se ao conceito de «foro pessoal»”, uma vez que o foro pessoal foi reintroduzido doze anos antes.

¹⁷⁸¹ No direito francês também viria a ter lugar uma evolução semelhante. Perante a insuficiência dos conselhos de guerra no período da primeira guerra mundial, o legislador aprovou o Decreto de 6.9.1914, que criou conselhos de guerra especiais, compostos por apenas três juizes. Estes novos tribunais foram muito contestados e, dois anos depois da sua criação, foram suprimidos pela Lei de 27.4.1916. Mais tarde, prevenindo a necessidade do regresso a estes tribunais especiais, o legislador introduziu no novo Código de Justiça Militar de 15.3.1928 a faculdade de o ministro da guerra determinar a criação, mesmo em tempo de paz e para o território francês, de um ou mais tribunais militares quando fosse ordenado que as tropas participassem em “operações de ordem militar” (artigo 156).

¹⁷⁸² Beleza dos Santos (1931a: 158) entendia que o artigo 367 do CJM tinha sido revogado pelo disposto no artigo 55 do CPP, que não exceptuava do seu preceito os crimes afectos aos tribunais especiais. Este entendimento não vingou, mas a jurisprudência fazia uma interpretação restritiva da disposição do artigo 367 no sentido de que nunca se estabelecia conexão subjectiva nos casos de crimes previstos em leis comuns mas cujo julgamento tivesse sido atribuído aos tribunais militares independentemente da qualidade do agente, como, por exemplo, no caso dos crimes contra a segurança do estado, do crime de

competência dos tribunais militares para o julgamento conjunto de réus militares e civis pelo cometimento de crime previsto na lei geral, respondendo todos os réus nos tribunais comuns, ao invés do que se previa para o julgamento dos crimes previstos no CJM, em que os réus militares eram julgados nos tribunais militares e os civis nos tribunais comuns.¹⁷⁸³ As regras especiais de competência nas causas da marinha relativas à faculdade do comandante geral da armada de alterar a competência dos tribunais da armada “sempre que a conveniência do serviço e da justiça o aconselhem” (artigo 257, § único) e à reserva da competência do Tribunal Militar da Marinha para julgamento dos crimes cometidos em tempo de paz por oficiais, guardas marinhas e aspirantes mantiveram-se intocadas.

A composição e competência dos tribunais de primeira instância e do tribunal de recurso e a competência do Supremo Tribunal de Justiça em matéria militar também não sofreram qualquer alteração relativamente às consignadas no Decreto de 1911.¹⁷⁸⁴

A estrutura do processo era a mesma do direito anterior, introduzindo-se, contudo, a competência da autoridade militar para no final do corpo de delito e do sumário da culpa punir disciplinarmente não só os crimes puníveis com pena de multa, mas também os crimes puníveis com pena de repreensão.¹⁷⁸⁵

uso de armas proibidas e do crime de associação de malfeitores (João Cóias e Martins da Fonseca, 1967: 150). Estes autores defendiam também uma outra restrição ao teor literal do artigo, que era a de que a conexão só se estabelecia relativamente a arguidos militares e não a arguidos civis submetidos à jurisdição militar.

¹⁷⁸³ Contudo, esta regra foi logo alterada pelo Decreto n. 15.569, de 9.6.1928, nos termos do qual mesmo no caso dos crimes previstos em lei geral o julgamento dos autores sujeitos à jurisdição militar devia ser separado do julgamento dos sujeitos à jurisdição comum, sendo aqueles julgados sempre pelos tribunais militares. A regulamentação desta questão foi ainda objecto de um aditamento pelo Decreto n. 36.463, de 9.8.1947, que fixou a competência dos tribunais militares para o julgamento conjunto de todos os agentes de um dos crimes dos artigos 167 e 168 do Código Penal quando a organização, a direcção ou o comando da infracção fossem exercidos por indivíduos sujeitos ao foro militar ou quando fosse da classe militar o maior número de réus, isto é, de indivíduos já acusados (João Cóias e Martins da Fonseca, 1967: 157 e 158). Se o tribunal militar considerasse necessário o julgamento conjunto dos crimes conexos àqueles, também procedia ao julgamento destes crimes conexos.

¹⁷⁸⁴ O recurso das decisões judiciais sobre a competência do tribunal interpunham-se para o Supremo Tribunal Militar e subia com o recurso interposto da decisão final e não directamente para o Supremo Tribunal de Justiça. Os réus militares e as pessoas designadas no artigo 402 só estavam impedidas de interpor a revista da decisão do Supremo Tribunal Militar para o Supremo Tribunal de Justiça, mas não de impugnar a decisão judicial da primeira instância para aquele tribunal (João Cóias e Martins da Fonseca, 1967: 192).

¹⁷⁸⁵ Também na nova lei se determinava a aplicação em tempo de guerra do processo estabelecido para o tempo de paz, com especialidades relativas ao regime da busca domiciliária, à competência para a prolação da ordem da formação da culpa e ao conhecimento dos recursos das decisões do conselho de guerra. O julgamento sumário e verbal de certos crimes graves em tempo de guerra previsto no artigo 586 do CJM manteve-se nos precisos termos do direito anterior. A novidade consistia na reintrodução de uma forma de processo especial para o julgamento em circunstâncias extraordinárias, cujo regime reproduzia o

No sumário da culpa, mantinha-se a faculdade de modificação das decisões do auditor pela autoridade militar, mas alargava-se a sindicância do ministro da guerra a qualquer desacordo entre o comandante da divisão e o auditor, reforçando-se deste modo a posição processual do auditor.¹⁷⁸⁶ Os direitos de intervenção da defesa na instrução introduzidos no diploma de 1911 eram até ampliados, admitindo-se as testemunhas do arguido no sumário da culpa sem a restrição de elas não serem em número superior às da acusação. Contudo, o limite máximo da pena abstracta aplicável ao crime para que a prisão preventiva fosse obrigatória era reduzido em um ano em relação ao fixado na lei anterior, sendo também o desconto integral desta prisão restringido aos casos de aplicação das penas de prisão militar, incorporação em depósito disciplinar e presídio militar até dois anos.¹⁷⁸⁷

de 1895. Destarte, o código novo permaneceu distante do influxo das novas escolas penais. O deputado Henrique Pires Monteiro apresentou na sessão de 11.7.1922 um projecto de Lei de criação de um “Corpo Jurídico Militar”, “destinado à administração da justiça no foro militar, à direcção superior dos estabelecimentos penais militares e ao estudo dos anormais psíquicos e morais que se encontrem, acidentalmente, no serviço militar” (Pires Monteiro, 1924: 265 a 269), mas esta primeira tentativa de introdução dos princípios e dos ensinamentos da “Escola criminal positiva” no direito penal militar português, que tinha como motivo essencial a “deplorável situação” em que se encontravam os depósitos disciplinares e, designadamente, o de Elvas, não teve qualquer sucesso (Pires Monteiro, 1924: 261).

¹⁷⁸⁶ A este reforço teórico da posição do auditor não correspondeu, na prática, uma modificação da sua posição de forte dependência da autoridade militar. As posições recíprocas do auditor e da autoridade militar foram objecto de dois pareceres muito significativos do Supremo Tribunal Militar, que reconheceram à autoridade militar um espaço de discricionariedade amplo na fase preparatória do processo. Assim, no parecer de 12.6.1958 (in Ordem do Exército n. 3, de 31.7.1958), o Supremo Tribunal Militar estabeleceu a doutrina, segundo a qual o auditor podia no sumário da culpa reparar os seus despachos interlocutórios “até com mais liberdade” do que no processo civil, uma vez que todas as suas decisões tinham natureza provisória e se encontravam na dependência da autoridade militar, razão pela qual o agravo interposto dos despachos interlocutórios do auditor pelo defensor não constituía um “verdadeiro recurso”, mas antes um “protesto”, que representava a condição para que o Supremo Tribunal Militar no recurso a final conhecesse do vício alegado. Com uma posição muito crítica, João Cóias e Martins da Fonseca (1967: 171 e 206) consideravam a disposição do artigo 435 atentatória da independência da magistratura judicial, interpretando-a por isso restritivamente no sentido de que o despacho do auditor era provisório porque reclamável, mas o despacho que conhecesse da reclamação era definitivo e somente impugnável através dos recursos legais. Os autores reconheciam, contudo, que esta interpretação transformava o preceito em “letra morta”, procurando ainda um sentido útil para o mesmo na sua conjugação com o disposto no artigo 456. Assim, o promotor poderia ainda reclamar, mesmo depois de findo o prazo para o efeito, dos despachos do auditor por determinação da autoridade militar que ordenou a formação do sumário. Mais tarde, no parecer de 19.3.1960 (in Ordem do Exército, n. 2, de 30.4.1960), o Supremo Tribunal Militar concluiu que o despacho final do corpo de delito que tivesse mandado arquivar o processo era rectificável pelo seu autor ou pelo superior hierárquico, houvesse ou não novos elementos de prova, porquanto o corpo de delito constituía uma “fase pré-processual”, com “todas as características de uma actividade de natureza administrativa e nenhuma das de índole jurisdicional”. Em sintonia com este entendimento, parte da doutrina defendia que só depois da dedução da acusação findava a fase “de feição fundamentalmente administrativa” do processo e começava a fase “com carácter nitidamente jurisdicional” do processo (Lopes Moreira, 1965: 212, e Silvino Villa Nova e outros, 1977: 270).

¹⁷⁸⁷ O Supremo Tribunal Militar sustentava a inexistência de quaisquer prazos ou requisitos processuais para a prisão sem culpa formada de réus militares, vigorando no direito militar “o critério da

O processo de acusação e julgamento regia-se pelos mesmos princípios e regras do direito anterior e, designadamente no que se refere à presença do arguido na audiência de julgamento, às limitações ao princípio da imediação na produção da prova e aos amplos poderes do júri sobre os meios de prova.¹⁷⁸⁸ No entanto, os poderes do tribunal sobre o objecto do processo foram restringidos, afastando-se a solução dos Códigos de 1896 e de 1911 da admissibilidade do alargamento do objecto do processo a factos conexos com os que constassem da ordem de instauração do sumário da culpa e da acusação, embora se mantivesse a inovação, introduzida em 1911, de o júri poder declarar circunstâncias modificativas do facto que tivessem por efeito diminuir a pena, ainda que não compreendidas nos quesitos.

A conferência do júri processava-se em termos distintos dos do direito anterior, tendo a intervenção inicial do presidente do júri maior relevo, pois não se tratava já de uma mera “exposição dos factos e circunstancias ocorridos” (artigo 266 do código de 1911), mas de um verdadeiro “relatório verbal simples e claro..., apontando com rigor as provas da acusação e da defesa” (artigo 513 do código de 1925), o que impunha a obrigação de síntese da prova produzida, ainda que com a limitação de o presidente do júri não se pronunciar sobre a culpa do réu naquele relatório. Por outro lado, o controlo do presidente do tribunal sobre a justiça das respostas aos quesitos não estava sujeito a qualquer restrição, abandonando-se a solução restritiva do diploma de 1911.

No tocante à fase dos recursos, o código não inovava senão em um único ponto, o da proibição da *reformatio in pejus* em qualquer recurso interposto pelo réu,

oportunidade” por força da “natureza especialíssima do processo criminal militar” e resultando as garantias do réu da própria organização hierárquica da justiça militar e do foro especial (parecer do STM de 29.4.1960, in Ordem do Exército n. 6, de 31.8.1960). Com base na mesma argumentação e na circunstância de o código omitir qualquer norma sobre o assunto, o Supremo Tribunal Militar rejeitou também, em um acórdão de 20.12.1962, a admissibilidade da prestação da caução no processo militar, mesmo a arguidos civis (João Córias e Martins da Fonseca, 1967: 179 e 180, em que criticavam severamente esta decisão).

¹⁷⁸⁸ Também sobre a questão da aplicabilidade do processo de ausentes na jurisdição militar se pronunciou o Supremo Tribunal Militar. Em um parecer de 2.2.1961 (Ordem do Exército n. 3, de 28.2.1961), aquele Alto Tribunal consignou a doutrina, segundo a qual esta forma de processo regulada no CPP não era aplicável na jurisdição militar, por a ausência do arguido ser inconciliável com a “disciplina severa, esclarecida e intransigente” das forças armadas. Só excepcionalmente e quando o legislador o determinasse expressamente era admitido julgamento à revelia no processo penal militar (a favor desta doutrina, Lopes Moreira, 1965: 194 e 227, mas contra ela, João Córias e Martins da Fonseca, 1967: 187, que admitiam o julgamento à revelia sempre que o militar não se encontrasse em situação de deserção, uma vez que o § 1 do artigo 123 do Regulamento de Justiça Militar de 1896, então em vigor, só vedava a continuação do processo quando o arguido estivesse nessa circunstância).

independentemente do fundamento do recurso.

O código novo manteve, pois, o modelo específico consagrado no direito anterior, embora compensando o domínio da autoridade militar sobre o processo preparatório com o alargamento da sindicância hierárquica do despacho final do sumário da culpa. O ministro da guerra era constituído pelo legislador em uma verdadeira terceira instância em caso de desacordo entre o magistrado judicial e a autoridade militar.

Na fase de julgamento, os perigos decorrentes do maior relevo da intervenção pelo presidente do júri na condução dos trabalhos da conferência foram, por sua vez, anulados pelo mais lato poder de controlo das respostas aos quesitos pelo presidente do tribunal. Justifica-se, assim, com a maior fiscalização da autoridade militar pela hierarquia e do júri pelo presidente do tribunal, que a conformação do tribunal de recurso não tenha sofrido qualquer alteração.

Capítulo 6^o

A Dupla Compressão do Paradigma Judiciário Liberal depois de 1926

1. A criação dos tribunais militares especiais

Menos de um mês depois de instalada a ditadura, logo se determinou, pelo

Decreto n. 11.749, de 22.6.1926, a aplicação dos artigos 583 a 597 do novíssimo código “enquanto durarem as actuais circunstâncias anormais e até determinação em contrário”, tendo o Decreto n. 12.315, de 15.9.1926, esclarecido que os crimes a julgar sob o anterior Decreto de 22 de Junho eram os crimes de traição, espionagem, cobardia, insubordinação, sedição, rebelião, saque e devastação e que o julgamento se deveria realizar nos termos da forma de processo especial para julgamento nos tribunais militares em circunstâncias extraordinárias.

A par daquele primeiro diploma, um outro, o Decreto n. 11.759, datado do mesmo dia de 22.6.1926, atribuía aos tribunais militares territoriais competência para julgamento dos crimes de uso e porte de armas de fogo absolutamente proibidas e de todos os crimes a que se referiam as alíneas a), b) e c) do artigo 1 da Lei n. 969, de 11.5.1920 (fabrico e detenção de explosivos, atentados com explosivos e instigação à prática de certos crimes violentos), que se faziam punir com a duríssima pena de degredo de dois a quinze anos para as colónias.

O processo aplicável a estes crimes era sumário, com um corpo de delicto realizado pelas autoridades policiais competentes em cinco dias, findo o qual se remetiam os autos ao tribunal de julgamento e o juiz auditor proferia despacho de pronúncia. Este despacho admitia recurso, que subia a final. No julgamento aplicavam-se os termos do processo penal militar, com a particularidade de se proceder ao registo da prova e de o réu poder ser julgado na sua ausência. Este diploma veio a ser modificado menos de um mês depois pelo Decreto n. 11.990, de 30.7.1926, que permaneceu em vigor até 1976.

O Decreto de Julho alargou a competência dos tribunais militares territoriais prevista no diploma de Junho, incluindo também os crimes previstos no artigo 263 do Código Penal. A forma do processo foi aperfeiçoada, prevendo-se a dedução de uma acusação articulada pelo promotor antes da prolação da pronúncia. A regulamentação dos termos ulteriores do processo era a mesma do anterior diploma, com a única excepção de se ter suprimido o registo da prova produzida na audiência de julgamento.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁹ O âmbito de aplicação do Decreto n. 11.990 foi ampliado logo no ano seguinte ao da sua publicação, pelos Decretos n. 13.169, de 19.2.1927, e n. 13.740, de 8.6.1927, a toda a actividade criminosa de uso, porte, comércio e emprego de armas, munições e explosivos. O Decreto n. 18.754, de 16.8.1930, que reformulou o regime desta actividade, manteve a competência dos tribunais militares. O processo aplicável nestes tribunais foi modificado pelos Decretos n. 20.660, de 23.12.1931, e n. 39.551, de

O novo poder político não recorreu apenas aos tribunais militares territoriais para a perseguição e o julgamento de crimes comuns cometidos por civis,¹⁷⁹⁰ mas criou também tribunais militares extraordinários com vista a julgar certos crimes com motivação política e económica.

Com vista a proceder a uma “repressão enérgica” e a “uma punição excepcional” das práticas de açambarcamento, o novo governo criou, através do Decreto n. 12.359, de 22.9.1926, um tribunal composto pelo juiz de direito da comarca, que servia de auditor, e por três oficiais do exército escolhidos pela autoridade militar, que julgaria os crimes previstos na Lei n. 922, de 30.12.1919. O tribunal devia ser organizado para cada julgamento e devia proceder de acordo com os termos previstos nesta lei, sendo formulados pelo juiz auditor aos oficiais quesitos restritos ao facto de estar ou não provado o crime e a reincidência.¹⁷⁹¹

Na sequência da revolta de Fevereiro do ano seguinte, foi criado um novo tribunal militar extraordinário para julgamento dos “crimes de rebelião praticados no território da República durante o mês de Fevereiro do corrente ano e dos que com aqueles tenham correlação”, fossem eles cometidos por militares ou por civis. Para o

3.3.1954, que introduziram alterações importantes, no sentido de retirar ao auditor a competência para proferir a pronúncia e de lhe conferir a competência, que tinha em face do CJM, de emitir o parecer após a constituição do corpo de delito, cabendo à autoridade militar a prolação da ordem para acusação e ao promotor no tribunal militar a dedução da acusação. A admissão de novas testemunhas a que se referiam os artigos 486 e 495 do CJM só podia ser concedida estando elas presentes, não se adiando a audiência senão por caso de força maior. Deste modo, as alterações aproximaram esta forma de processo especial do processo comum nos tribunais militares em tempo de paz, distinguindo-se aquela forma de processo ainda pelo encurtamento da fase instrutória do processo, pela sua realização sem a intervenção do auditor e pela irrecorribilidade das decisões do Supremo Tribunal Militar.

¹⁷⁹⁰ O legislador da ditadura militar alargou muito consideravelmente a competência dos tribunais militares, concedendo logo em 1927 aos oficiais na situação de reserva e do quadro auxiliar, aos militares reformados, aos que estivessem com licença ilimitada ou em inactividade temporária e aos empregados em comissão não dependentes do ministério da guerra o benefício do foro privilegiado nas mesmas condições dos militares do activo (Decreto n. 14.419, de 13.10.1927), sujeitando ao foro militar os crimes comuns dos funcionários civis dos ministérios da guerra e da marinha cometidos no exercício de funções (Decreto n. 15.569, de 9.6.1928), determinando o julgamento pelos tribunais militares do crime de deserção dos arguidos que tivessem perdido a qualidade de militar por efeito de demissão ou baixa de serviço (Decreto n. 16.628, de 19.3.1929) e mandando julgar nos tribunais militares os crimes comuns cometidos por agentes da Polícia de Informações e da Polícia Internacional no exercício das suas funções (Decreto de 17.555, de 10.12.1929). Este processo foi coroado em 1930, com a publicação do Decreto n. 18.582, de 10.7.1930, que deu nova redacção à alínea e) do artigo 365 do CJM, nos termos da qual os comissários, comissários adjuntos, chefes, cabos, guardas e agentes da Polícia de Segurança Pública, da Polícia de Informações e da Polícia Internacional Portuguesa acusados de crimes comuns praticados no exercício de funções ou em virtude de leis e regulamentos policiais beneficiavam do foro privilegiado.

¹⁷⁹¹ Estes tribunais militares extraordinários foram regulamentados pelos Decretos n. 12.508, de 13.10.1926, e n. 12.848, de 16.12.1926, mas foram logo extintos pelo primeiro Estatuto Judiciário, que determinou a transferência da sua competência para os juízes das transgressões de Lisboa e do Porto e, no resto do país, para o juiz de direito.

efeito, o Decreto n. 13.392, de 31.3.1927, determinou a constituição de um tribunal por dois juízes militares, um do exército e outro da marinha, e um juiz de direito auditor, sendo todos os magistrados escolhidos pelo governo.¹⁷⁹²

A forma de processo aplicável era a prevista para os tribunais militares em tempo de paz, mas com especialidades. Os autos de investigação eram organizados por qualquer autoridade civil ou militar competente ou pelo juiz auditor, podendo sempre ser completados por este. Após a formação destes autos de investigação, que tinham força de corpo de delito, o auditor elaborava um parecer de teor idêntico ao do artigo 454 do Código de Justiça Militar, ficando suprimido o sumário da culpa.

O julgamento, que podia ser realizado na ausência do arguido, não podia ser adiado, salvo caso de força maior, só se admitindo a apresentação de testemunhas novas se se encontrassem presentes e não se permitindo o envio de deprecadas e de rogatórias. O conhecimento de factos novos descobertos durante a discussão da causa tinha, no entanto, como no direito vigente, a limitação de que o réu não podia ser condenado em pena superior à requerida no libelo.

A fixação da definitividade da decisão da instância sobre a matéria de facto, com a conseqüente inadmissibilidade de outro recurso além do interposto da sentença com o fundamento na irregular constituição do tribunal, na ocorrência de erros de direito ou no conhecimento de factos que não constassem na ordem da autoridade

¹⁷⁹² A reacção do governo a este movimento revolucionário foi muito dura, tendo, além da constituição destes tribunais extraordinários, decretado a separação do serviço de todos os funcionários civis e militares que “tomaram parte na preparação ou na execução dos movimentos revolucionários” e dos militares e dos membros das polícias que tivessem mantido uma posição neutral ou que se tivessem manifestado contra o governo (artigos 1 a 6 do Decreto n. 13.137, de 15.2.1927). Estes indivíduos ficavam à disposição do governo, que lhes podia fixar residência em qualquer localidade do território da República. O resultado do procedimento judicial não tinha qualquer repercussão na decisão governamental. Por outro lado, foram dissolvidas pelo Decreto n. 13.138, também de 15.2.1927, as unidades do exército e da guarda nacional republicana que tinham tomado parte nos movimentos revolucionários, bem como todos os partidos políticos e associações de qualquer natureza que tivessem directa ou indirectamente participado na preparação ou na execução daqueles movimentos. O Decreto n. 13.139, também daquela data, dissolveu mesmo as corporações policiais de investigação criminal, administrativa e de segurança pública, competindo aos governadores civis a sua reorganização. Mais tarde, o governo decidiu que aqueles dois Decretos seriam aplicáveis não só aos envolvidos nos movimentos de Fevereiro, mas a todos aqueles que viessem a intervir em futuros movimentos posteriores à publicação daqueles Decretos (artigo 1 do Decreto n. 14.105, de 14.8.1927). Contudo, o Decreto n. 15.150, de 9.3.1928, revogou a legislação anterior contrária e determinou a eliminação dos quadros de militares, membros das polícias e restantes funcionários públicos e a entrega destes ao governo, que “lhes dará o destino que julgar mais conveniente”, quando tivessem incitado à indisciplina, apoiado ou participado em movimento revolucionário, recusado o cumprimento de ordens, abandonado as funções por motivo político ou mantido “neutralidade, declarada ou não, perante actos ofensivos da integridade e segurança do regime” e ainda quando fossem “indignos de fazerem parte do exército” (artigo 1, als. c) e e) do referido Decreto). A decisão ministerial só admitia recurso para o conselho de ministros.

militar, o estabelecimento de prazos especiais no julgamento da causa no Supremo Tribunal Militar e a proibição de recurso da decisão deste tribunal para o Supremo Tribunal de Justiça revelavam, tal como a regulamentação das anteriores fases do processo, uma forma de processo em tudo idêntica à do Decreto n. 10.761. O governo da ditadura utilizava, afinal, como modelo o diploma que o governo constitucional tinha feito aprovar para fazer face à revolta militar de Abril de 1925.¹⁷⁹³

Ainda nesse mesmo ano de 1927, o governo instituiu novos tribunais militares extraordinários. O Decreto n. 14.580, de 17.11.1927, conferiu aos tribunais territoriais a competência para julgar, na forma de processo prevista no código para o tempo de paz, os autores, civis ou militares, dos crimes de homicídio voluntário, tentado ou consumado, cometidos contra membros do poder legislativo, executivo ou judicial e certos funcionários do Estado e personalidades, mas determinou que os tribunais territoriais para o julgamento destes crimes fossem constituídos por um coronel, que presidia, um tenente-coronel ou um major e um juiz auditor, sendo a nomeação dos juizes militares feita caso a caso pela autoridade militar. Este diploma, que permaneceu em vigor até 1976, consagrava uma forma de processo com as mesmíssimas especialidades do Decreto de Março último.¹⁷⁹⁴

Menos de três anos depois, a criação dos tribunais militares de composição restrita, com membros nomeados pelo governo ou pela autoridade militar para cada caso a julgar, já não se afigurava ao legislador como o meio mais eficaz para combater a criminalidade com motivação política.

Assim, para fazer face a um “largo e perigoso trabalho revolucionário”, armado e “decerto de origem estrangeira e fim manifestamente anti-nacional”, cuja actividade devia ser punida “com severidade e prontidão”, o legislador criou, pelo Decreto n. 19.143, de 9.3.1930, o Tribunal Militar Especial com competência para

¹⁷⁹³ Os tribunais militares especiais criados em Março de 1927 só foram extintos pelo Decreto n. 18.252, de 26.4.1930, que determinou a transferência dos processos pendentes nos tribunais militares especiais de Lisboa e do Porto criados pelo Decreto n. 13.392 para os tribunais territoriais de Lisboa e do Porto e para o tribunal militar da marinha, onde deviam ser arquivados, com excepção dos processos referentes a crimes de deserção e comuns.

¹⁷⁹⁴ Os crimes de homicídio voluntário cometidos durante o período revolucionário de 20 e 21 de Julho de 1928 foram, por determinação expressa do artigo 10 do Decreto n. 15.790, de 27.7.1928, julgados nos termos do Decreto n. 14.580. Este diploma veio ainda a ser alterado pelo Decreto n. 18.435, de 7.6.1930, que ampliou o tipo legal aos representantes diplomáticos ou consulares acreditados junto do governo português, e pelo Decreto n. 28.957, de 29.8.1938, que, no essencial, permitiu a intervenção de um brigadeiro como presidente do tribunal e simplificou a abertura do processo instrutório. Tal como o já

proceder ao julgamento de certas acções de carácter revolucionário, seguindo deste modo o exemplo italiano de instituição de um tribunal militar extraordinário permanente para julgar os crimes políticos.¹⁷⁹⁵

O diploma equiparava várias condutas “em razão do aspecto anti-social que revestem” ao crime de homicídio tentado e punia-as com a pena severíssima de dez a vinte anos de degredo para as colónias, com prisão no local de degredo, sujeitando ao império da lei os factos ocorridos antes da entrada em vigor da lei.¹⁷⁹⁶

Para aplicar esta nova lei penal o legislador estabeleceu uma forma especial de processo. Nesta, a instrução cabia a um tribunal especial, com sede em Lisboa, composto por um auditor, que era juiz de direito de primeira instância de qualquer classe, e dois oficiais superiores do exército ou da armada, presidindo um destes, sendo todos nomeados pelo conselho de ministros. Depois de organizados os autos de investigação, que tinham força de corpo de delito, iam ao juiz auditor, a quem competia a formulação da acusação e a determinação da prisão dos arguidos soltos. Recebida a

referido Decreto n. 11.990, o Decreto n. 14.580 só foi revogado com a entrada em vigor da Constituição da República de 1976 (Silvino Villa Nova e outros, 1977: 10).

¹⁷⁹⁵ Em Itália, o legislador fascista criou o Tribunal Especial para a Defesa do Estado, através da Lei de 25.11.1926, cuja natureza mais se aproximava de um conselho de guerra do que de um tribunal criminal (Pierre Casabianca, 1936: 240). Este tribunal era composto por oficiais superiores das três armas e da milícia fascista nomeados a título permanente pelo ministro da guerra e julgava de acordo com as regras do processo militar em tempo de guerra, com várias adaptações. A mais significativa delas era a de que o recurso da decisão final podia ser interposto para um conselho superior de que faziam parte o próprio presidente do tribunal especial recorrido e dois oficiais generais ou dois oficiais da milícia escolhidos pelo ministro da guerra. Não é, pois, correcta a menção do Decreto n. 21.942, de 5.12.1932 como o diploma que criou o primeiro tribunal permanente da ditadura militar competente para julgar os crimes políticos e sociais, o Tribunal Militar Especial (Maria da Conceição Ribeiro, 1995: 65 e 211), pois o tribunal instituído em 1932 teve o seu antecedente histórico directo no Tribunal Militar Especial criado pelo Decreto n. 19.143, tendo, aliás, sido vontade expressa do legislador que o tribunal instituído em 1932 substituísse o de 1930, como resulta do preâmbulo do Decreto n. 21.942 e, sobretudo, da norma revogatória nele inserida.

¹⁷⁹⁶ Com base na constatação de que “recentes trabalhos policíacos revelaram uma grave desorientação em certos sectores do funcionalismo público”, o governo determinou também, através do Decreto n. 19.141, de 19.12.1930, uma modificação substancial do regime disciplinar criado pelo Decreto de 22.2.1913 e aplicável ao funcionalismo público que não estivesse ao abrigo do disposto no artigo 57 da Constituição. A cooperação directa e indirecta em qualquer dos factos que constituíssem o crime previsto no Decreto n. 19.143, bem como outros comportamentos reveladores de hostilidade para com o governo foram sujeitos a sanções disciplinares de demissão e inactividade até dois anos, sendo a acção disciplinar da competência exclusiva do governo. A decisão do conselho de ministros não admitia recurso. Quatro meses depois, na sequência de uma revolta ocorrida na Madeira, o governo publicou o Decreto n. 19.567, de 7.4.1931, demitindo os funcionários civis e militares que tivessem sido ou viessem a ser investidos em funções sem nomeação do governo da República, competindo aos ministros dar execução a esta ordem genérica. Nos cinco dias posteriores à publicação desses Decretos, os visados podiam “entregar-se à legítima autoridade da República e provar que o presente Decreto não lhes é aplicável” (artigo 3). O Decreto n. 19.595, de 10.4.1931, estendeu o âmbito de aplicação destas disposições a todo o território nacional e a todos os funcionários do Estado e corpos administrativos que prestassem apoio “de qualquer espécie” à rebelião.

acusação pelo próprio presidente do tribunal, o arguido era notificado para alegar e apresentar as testemunhas de defesa, sendo a sua prova produzida diante do presidente do tribunal ou de qualquer um dos outros vogais e do advogado constituído ou do defensor officioso e registando-se os depoimentos das testemunhas.

Preparados deste modo as autos, remetiam-se para julgamento a um outro tribunal militar especial, constituído nos mesmos termos do anterior.¹⁷⁹⁷ Neste tribunal procedia-se à leitura das principais peças do processo, incluindo o corpo de delito e os depoimentos das testemunhas de defesa, ao interrogatório do arguido e a alegações orais da acusação e da defesa. Com a única ressalva da obrigatoriedade do recurso do acórdão de absolvição pelo promotor, os termos do recurso para o Supremo Tribunal Militar eram objecto de uma remissão para o disposto no Decreto n. 14.580, pelo que o objecto do recurso era limitado ao erro de direito e à composição ilegal do tribunal.¹⁷⁹⁸

Se os diplomas de 1926 e 1927 já consagravam especialidades relativas à composição do tribunal e à estrutura da forma de processo gravosas para a posição processual do réu, designadamente, suprimindo o sumário da culpa, admitindo o julgamento na ausência do arguido, limitando a produção da prova na fase de julgamento e restringindo consideravelmente o objecto do recurso, o diploma de 1930 representava uma ruptura clara com o paradigma judiciário liberal, quer atribuindo o poder de determinação da composição do tribunal ao poder político, quer deliberadamente pondo de parte os princípios da acusação, da imediação e da oralidade, sem que estas restrições fossem contrariadas pela diminuta garantia conferida pelo recurso interposto para o Supremo Tribunal Militar.

Depois da mudança na presidência do conselho de ministros e na pasta da justiça em 1932, o Tribunal Militar Especial foi no final desse ano extinto e substituído por dois tribunais militares com sede em Lisboa e no Porto.¹⁷⁹⁹ Os dois tribunais

¹⁷⁹⁷ O Decreto n. 20.022, de 6.7.1931, extinguiu o tribunal encarregue da instrução destes processos por acarretar “despesas que não são absolutamente necessárias”, uma vez que a instrução podia ser feita nos termos do CJM. Também determinou que a composição do tribunal de julgamento dependeria do livre arbítrio do governo.

¹⁷⁹⁸ A nulidade do n. 9 do artigo 560 do CJM, que o Decreto n. 14.580 mandava syndicar ao lado das nulidades dos ns. 7 e 8, não era, em face da estrutura do processo especial consagrado no diploma de 1930, passível de arguição no âmbito deste, pois nem a acusação era antecedida de qualquer despacho prévio que a ordenasse nem a prolação do despacho de indicição do presidente do tribunal estava subordinada a uma ordem prévia de qualquer outra autoridade, ficando reservada ao juiz militar que presidia ao tribunal de instrução a última palavra sobre o destino dos autos de investigação.

¹⁷⁹⁹ Na mesma circunstância foi publicado o Decreto n. 21.943, de 5.12.1932, em que, ponderando por um lado a “necessidade de defender a Ditadura e a ordem pública de novos ataques e perturbações por

instituídos pelo Decreto n. 21.942, de 5.12.1932, eram compostos, cada um deles, por dois oficiais do exército ou da armada, um dos quais era o presidente, e por um juiz auditor, sendo aqueles oficiais nomeados pelo governo em comissão de serviço de dois anos e servindo de auditor um dos juízes auditores dos tribunais militares territoriais de Lisboa e do Porto.¹⁸⁰⁰

Estes tribunais eram competentes para proceder ao julgamento dos crimes políticos, dos crimes de importação, fabrico, transporte, uso e porte de armas de guerra e de explosivos e dos crimes de atentado contra as linhas férreas. As penas previstas para os crimes políticos eram menos severas do que as do regime de 1930, sendo a mais grave a de desterro de seis a doze anos, com prisão no lugar de desterro de quatro a oito anos e multa.¹⁸⁰¹

A investigação destes crimes competia a oficiais do exército ou da armada ou a diplomados em direito nomeados pelo governo e a dedução da acusação ao juiz auditor. Estes autos de investigação tinham força de corpo de delito e em face deles o presidente do tribunal mandava passar nota de culpa, quando a houvesse, sendo os presos enviados para Lisboa, Porto ou para qualquer outro local que o governo determinasse.¹⁸⁰²

parte dos seus adversários” e, por outro, “a política generosa que é um dever do Estado e que está nas aspirações dos mais estrénuos defensores da Situação” e que conduz à benevolência para com “elementos subalternos das perturbações revolucionárias”, o governo determinou uma amnistia para os indivíduos que tivessem cometido algum dos crimes políticos previsto no Decreto n. 21.942, dela se excluindo um conjunto de cidadãos que se indicava em uma lista anexa ao diploma e em que se encontravam, Afonso Costa, Bernardino Machado, Utra Machado, entre outros. Estes seriam julgados nos termos do novo diploma ou banidos do território nacional por dois anos se já o tivessem sido e o tempo de pena fosse inferior ao decorrido entre o julgamento e a publicação deste diploma.

¹⁸⁰⁰ O regime de nomeação dos membros dos tribunais foi alterado pelos Decretos n. 22.072, de 16.12.1932, e n. 22.243, de 23.2.1933, sendo nomeados pelo ministro da guerra ou da marinha os oficiais respectivos e pelo ministro da justiça os auditores, que eram retirados de entre os juízes de direito de qualquer classe, e servindo todos os membros em comissão de serviço por dois anos.

¹⁸⁰¹ A medida de segurança da colocação à disposição do governo dos condenados pela prática de crimes de terrorismo e de crimes de imprensa clandestina prevista no artigo 41 do Decreto n. 23.203, de 6.11.1933, já atrás referida, teve o seu antecedente histórico imediato na medida idêntica prevista no artigo 43 do Decreto n. 21.942 para os autores de crimes de terrorismo, mas o seu antecedente mais remoto foi a Lei de 13.2.1896, que mandou colocar os autores de “crime de anarquismo” à disposição do governo depois do cumprimento de uma pena de prisão correccional. É, pois, incorrecta a tese de António Barreiros de que só em 1954 foram introduzidas no direito português as medidas de segurança contra delinquentes políticos, “fora portanto de toda a tradição jurídica nacional” (António Barreiros, 1982 a: 825 e 827). Também o legislador francês viria a afastar-se do princípio fundamental previsto no artigo 2 da Lei de 27.5.1885, que era o de que a *relégation* não podia ser imposta por quaisquer outros tribunais que não fossem os comuns. O Decreto de 29.7.1939, que procedeu à revisão de todo o regime de punição dos crimes políticos, conferiu competência para o respectivo julgamento aos tribunais militares e marítimos, em tempo de guerra e, em regra, também em tempo de paz, podendo estes tribunais determinar a relegação quando condenassem pela prática de um crime contra a segurança exterior do Estado.

¹⁸⁰² Além desta forma de processo, previa-se uma outra, sumariíssima, caracterizada pela supressão total do processo preparatório, para julgamento no prazo máximo de quatro dias dos suspeitos da prática de

Da decisão final só competia recurso caso fosse aplicada pena superior a dois anos de desterro e era interposto para um tribunal constituído pelos membros dos tribunais de Lisboa e do Porto, que deliberavam em sessão conjunta. O tribunal de recurso julgava da matéria de facto e de direito e podia conhecer de prova documental nova.

Logo no ano seguinte, o governo recuou de novo, instituindo apenas um Tribunal Militar Especial sediado em Lisboa, mas admitindo que o tribunal se pudesse deslocar pelo país quando fosse necessário.

O Decreto-Lei n. 23.203, de 6.11.1933, que substituiu o Decreto n. 21.942, criou vários tipos penais de rebelião e atribuiu ao Tribunal Militar Especial a competência para julgar estes crimes e os crimes de importação, fabrico, transporte e guarda de explosivos e de armas proibidas, atentados contra as linhas férreas, telegráficas e telefónicas e contra edifícios destinados a serviços públicos e ainda os crimes de imprensa clandestina.¹⁸⁰³

O tribunal militar especial era composto por dois oficiais do exército ou da armada, presidindo um deles, e um juiz auditor, aqueles nomeados pelo ministro da

crimes de rebelião ou dos outros crimes políticos enunciados na lei quando eles tivessem sido presos no decurso de um movimento revolucionário.

¹⁸⁰³ O legislador consagrou neste diploma um conceito de crime político de natureza objectiva, com restrições subjectivas, como já foi referido. Não é, por isso, correcta a tese de João Fatela, segundo a qual os crimes cometidos por motivos que revelassem indignidade ou baixaza de carácter não perdiam a natureza política e “através da insinuação de poder tratar-se de uma acto de «malvadez», esta cláusula acaba por tornar suspeita qualquer prática política contrária à ideologia salazarista, como a greve, por exemplo, abrangida pelo Decreto” (João Fatela, 1989: 243). Além de desprezar o disposto no artigo 11 do diploma em apreço, o autor supõe que a “prática política contrária à ideologia salazarista” pudesse constituir crime por força da sua classificação como prática motivada por “malvadez”, o que viola frontalmente a letra da própria lei. Por outro lado, o encerramento e a suspensão da laboração de fábricas ou indústrias “sem causa legítima” constituía uma conduta típica ilícita prevista no artigo 2 e a ponderação do motivo desta conduta apenas relevava para efeito da fixação da moldura penal e do regime prisional e não da própria ilicitude do facto. Quase todos os crimes políticos passaram a ser julgados pelos tribunais militares depois do Decreto n. 23.203, esvaziando de conteúdo a norma de atribuição de competência do artigo 39 do CPP (Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho, 1937: 46). Na sequência do motim ocorrido na ilha da Madeira no dia 31.7.1936, a competência deste tribunal foi ainda alargada aos “indivíduos implicados em motins ou tumultos populares, de carácter sedicioso, que afectem a ordem e a disciplina social” (artigo 1 do Decreto n. 26.981, de 5.9.1936), bem como aos autores, cúmplices e encobridores de qualquer dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública, previstos pelos artigos 177 e seguintes do Código Penal, “quando exista uma estreita relação entre êsses delitos e os motins ou tumultos” referidos, e ainda aos crimes de injúrias e violências contra a autoridade, resistência e desobediência cometidos no arquipélago, quando o ministro da justiça assim o entendesse. Os autores destes crimes eram postos à disposição do governo quando o tribunal assim o entendesse em face da “gravidade da infracção” (artigo 3 do referido Decreto). Acresce que os crimes de peculato, invasão, fogo posto ou dano em edifício público cometidos no arquipélago deviam ser julgados nos juízos criminais da comarca de Lisboa, tendo para o efeito sido ordenada a remessa imediata dos processos pendentes nos tribunais comuns do arquipélago aos juízos criminais.

guerra ou da marinha e este pelo ministro da justiça, servindo todos eles em comissão de serviço de dois anos. Este tribunal tinha competência para todo o território nacional e reunia para julgamento onde o governo o determinasse.

O processo aplicável era muito distinto do estabelecido pelo Decreto n. 19.143 e aproximava-se do do Decreto n. 21.942. A instrução do processo era feita por quaisquer autoridades civis e militares competentes e ainda por oficiais do exército ou da armada ou por diplomados em direito nomeados pelo ministro da guerra ou da marinha, contendo os autos de investigação as declarações do arguido, se estivesse preso, os depoimentos das testemunhas e os exames e tendo força de corpo de delito. A detenção policial para averiguações era ilimitada e fundava-se na disposição da lei comum em vigor, aplicada subsidiariamente na jurisdição militar, e a detenção ordenada ou mantida pelo Tribunal Militar Especial também o era, uma vez que na jurisdição militar não existia limite para a prisão sem culpa formada.¹⁸⁰⁴

¹⁸⁰⁴ As fichas da PVDE revelam, como já se mostrou em outro lugar, a prática por esta polícia da detenção para averiguações sem conhecimento do Tribunal Militar Especial. O fundamento legal desta prática era o da aplicabilidade, no âmbito da criminalidade política, das disposições muito amplas da lei comum em vigor sobre a detenção para averiguações. Não é, pois, correcta a tese de Salgado Zenha e Duarte Vidal, segundo a qual “antes de 1945 a polícia política não podia legalmente prender – por si – senão durante 8 dias” (Salgado Zenha e Duarte Vidal, 1974: 36, e, já anteriormente, Salgado Zenha, 1968: 47, e ainda seguindo este entendimento, Maria da Conceição Ribeiro, 1995: 219). As fichas policiais revelam também que mesmo nos casos em que as investigações eram comunicadas ao tribunal e os processos instrutórios lhe eram enviados o arguido podia ser mantido em prisão preventiva anos a fio, acabando por ser solto pela polícia sem uma decisão judicial sobre a sua culpa ou inocência ou por morrer na cadeia (cfr. a ficha de Fernando Alcobia, que sofreu mais de quatro anos de prisão preventiva, falecendo na colónia penal de Cabo Verde em 19.12.1939, in Comissão, 1981: 237; a ficha de José Florindo de Oliveira, que sofreu mais de nove anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, in Comissão, 1982: 51; a ficha de Adolfo Pais, cuja que sofreu mais de nove anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, in Comissão, 1982: 57; a ficha do advogado Luiz da Costa Figueiredo, que sofreu mais de dois anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, sendo posteriormente expulso do país, in Comissão, 1982: 58; a ficha de Edmundo Gonçalves, que sofreu de sete anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, falecendo na colónia penal de Cabo Verde em 13.6.1944, in Comissão, 1982: 60; a ficha de António de Jesus Branco, que sofreu mais de seis anos de prisão preventiva, falecendo em 28.12.1942 na colónia penal de Cabo Verde, in Comissão, 1982: 79; a ficha de Abílio Sousa Marques, que faleceu cerca de quatro meses depois de ter sido detido, in Comissão, 1982: 83; a ficha de Manuel Silva Junior, que sofreu mais de nove anos de prisão preventiva aquando da su primeira detenção, in Comissão, 1982: 138; a ficha de António Joaquim, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 149; a ficha de Américo Vicente, que sofreu mais de nove anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 155; a ficha de José Alves dos Reis, que sofreu mais de seis anos de prisão preventiva, tendo falecido em 11.6.1943 na colónia penal de Cabo Verde, in Comissão, 1982: 160; a ficha de Domingos dos Santos, que sofreu mais de três anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, in Comissão, 1982: 190; a ficha de Fernando Macêdo de Sousa, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, in Comissão, 1982: 191; a ficha de Joaquim Amáro, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva aquando da sua segunda detenção, in Comissão, 1982: 201; a ficha de Damazio Pereira, que sofreu mais de cinco anos de prisão preventiva, falecendo em 11.11.1942 na colónia penal de Cabo Verde, in Comissão, 1982: 215; a ficha de Manuel Gomes, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 219; a ficha de Miguel Roussell, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 220, a ficha de

Depois de o juiz auditor ter sindicado a suficiência das diligências realizadas no processo preparatório, os autos de investigação eram feitos conclusos ao presidente do tribunal, que recebia a acusação e marcava data para julgamento, se necessário, à revelia do arguido. As decisões interlocutórias do tribunal não admitiam recurso e as decisões finais só o admitiam quando a pena aplicada fosse a de desterro ou a de degredo superior a dois anos.

Este diploma, ao invés do de 1930, instituiu um tribunal militar especial de recurso composto pelos próprios membros do tribunal recorrido, alargado a três outros oficiais do exército ou da armada nomeados, respectivamente, pelo ministro da guerra e pelo ministro da marinha, competindo ao juiz auditor do Tribunal Militar Especial as funções de relator no tribunal de recurso.¹⁸⁰⁵

Embora os princípios da imediação e da oralidade não sofressem ataque semelhante ao desferido no diploma de 1930, o défice na concretização do princípio da

Tomaz Garcia, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 222; a ficha de Manuel Albino, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 223; a ficha de José Gomes, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 224; a ficha de Virgílio de Sousa, que sofreu mais de oito anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 227; a ficha de Alberto Sernadas, que faleceu em 15.10.1937 cento e cinco dias depois de ter sido detido, in Comissão, 1982: 241; a ficha de Alexandre Rodrigues Morgado, que faleceu em 7.1.1939 depois de mais de seis meses de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 306; a ficha de Sebastião Viola, que sofreu mais de seis anos de prisão preventiva, in Comissão, 1982: 376; a ficha de Ernesto Poppe, que sofreu mais de cinco anos de prisão preventiva, in Comissão, 1984: 52; a ficha de Manuel Pinto Ribeiro, que faleceu em 11.6.1943 depois de mais de um ano de prisão preventiva, in Comissão, 1984: 177). Em todos estes casos, o processo foi enviado ao Tribunal Militar Especial, convertendo-se a detenção policial em prisão preventiva judicialmente consentida. Por vezes a prisão preventiva constituía a verdadeira sanção, sendo no final do processo judicial o réu condenado a uma pena de prisão significativamente inferior à prisão preventiva sofrida (cfr. a ficha de Edmundo Pedro: condenado na pena de 22 meses de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de nove anos e 220 dias, in Comissão, 1982: 53; a ficha de Boaventura Gonçalves: condenado na pena de 24 meses de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de oito anos e 112 dias, in Comissão, 1982: 80; a ficha de Sebastião Salvador Rosinha: condenado na pena de dois anos de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de oito anos e 80 dias, in Comissão, 1982: 164; a ficha de Rui Cardoso Gomes, condenado na pena de três anos de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de sete anos e 309 dias, in Comissão, 1982: 194; a ficha de Benjamim Inacio Garcia: condenado na pena de 23 meses de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de sete anos e 238 dias, in Comissão, 1982: 196; a ficha de José Salazar: condenado na pena de quatro anos de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de oito anos e 16 dias, in Comissão, 1982: 199 e 200; a ficha de Anibal Bizarro: condenado na pena de 23 meses de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de sete anos e 205 dias, in Comissão, 1982: 217; a ficha de Luiz Duarte: condenado na pena de 24 meses de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de seis anos, sete meses e vinte e quatro dias, in Comissão, 1982: 221; a ficha de Jaime Ferreira: condenado na pena de três anos de prisão correccional, dada por expiada com a prisão preventiva de sete anos e 309 dias, in Comissão, 1982: 228).

¹⁸⁰⁵ Tal como o Decreto n. 21.942, o novo diploma previa também uma forma de processo sumaríssimo, para julgamento no prazo máximo de sete dias após a prisão e sem processo preparatório dos presos no decurso de um processo revolucionário indiciados pela prática dos crimes de rebelião e dos outros crimes políticos tipificados na lei. A diferença entre um e o outro consistia apenas nos prazos mais dilatados para formulação da acusação e apresentação da defesa fixados no segundo diploma.

acusação mantinha-se e era mesmo mais grave do que em qualquer outra forma de processo aplicada no foro militar, cabendo ao próprio presidente do tribunal de julgamento a decisão material de indicição do réu. Tão ou mais grave do que esta particularidade era a outra do esvaziamento completo da garantia do recurso.

Não obstante o alargamento da sindicância do tribunal de recurso à decisão da matéria de facto, quer por força do não registo da prova produzida em julgamento, nos termos aplicáveis do Código de Justiça Militar, quer da inadmissibilidade da produção de outra prova no tribunal de recurso que não fosse documental, os membros do tribunal de recurso que o tinham sido também do tribunal recorrido tinham um ascendente manifesto sobre os membros novos do tribunal de recurso, sendo até esse ascendente garantido pelo voto de desempate do presidente do Tribunal Militar Especial.

A competência do Tribunal Militar Especial foi muito ampliada nos anos da segunda guerra mundial, nela tendo sido incluído o conhecimento dos crimes de açambarcamento e de especulação cometidos nas comarcas de Lisboa e do Porto (Decreto-Lei n. 29.964, de 10.10.1939), de crimes contra a economia nacional sempre que o ilícito não devesse ser considerado também ilícito fiscal (Decreto n. 31.328, de 21.6.1941), de falta ou inexactidão de manifestos (Decreto-Lei n. 31.564, de 10.10.1941), de açambarcamento e de especulação cometidos fora de Lisboa e do Porto (Decreto-Lei n. 31.840, de 7.1.1942), de desenvolvimento de actividade comercial sem prévia inscrição (Decreto-Lei n. 31.867, de 24.1.1942), de furto de metais, de materiais para instalações eléctricas e de acessórios de veículos automóveis cometidos nas comarcas de Lisboa e do Porto (Decreto-Lei n. 31.962, de 7.4.1942), de compra e venda de volfrâmio e estanho fora das condições definidas pelo Ministério da Economia, bem como a circulação ilegal e a exportação clandestina destes minérios (Decreto-Lei n. 32.105, de 25.6.1942), de compra, para revenda, de bilhetes de passageiros em caminho de ferro ou em automóveis das carreiras de serviço público quando fosse cometido nas comarcas de Lisboa e do Porto (Decreto-Lei n. 32.199, de 14.8.1942), de matança clandestina e venda de carne imprópria para consumo (Decreto-Lei n. 32.334, de 20.10.1942), de infracção das regras de racionamento alimentar (Decreto-Lei n. 32.945, de 2.8.1943) e de compra e venda em mercado livre de cereais panificáveis (Decreto-Lei n. 34.816, de 4.8.1945).

O processo para julgamento dos ilícitos de natureza económica, que ficou logo

estabelecido no Decreto-Lei n. 29.964, tinha uma estrutura própria, tendo os autos de notícia das autoridades instrutórias competentes força de corpo de delito e fazendo fé em juízo até prova em contrário. Os autos eram remetidos para o tribunal e o promotor, no tribunal militar, ou o delegado, no tribunal de comarca, acusava ou propunha o arquivamento, cabendo ao presidente do tribunal militar ou ao juiz da comarca, consoante os casos, receber a acusação ou, quando não concordasse com o arquivamento proposto, ordenar o prosseguimento dos autos. O réu podia contestar em apenas três dias, proibindo-se o envio de rogatórias e de precatórias para fora do continente ou da ilha onde corresse o processo e fixando-se até a duração máxima das alegações e do julgamento.¹⁸⁰⁶

Se o défice na realização do princípio da acusação se mantinha na forma de processo para julgamento dos ilícitos de natureza económica, a grave particularidade do processo consagrado no Decreto n. 23.203 da participação dos membros do tribunal recorrido na composição do tribunal de recurso era restringida no julgamento dos crimes de açambarcamento, especulação, furto de metais, material eléctrico e acessórios de automóveis e de compra, para revenda, de bilhetes de passageiros em caminho de ferro ou em automóveis das carreiras de serviço público, tratando-se desigualmente os réus condenados pelo Tribunal Militar Especial e os condenados pelos tribunais de comarca do resto do país, pois só a estes era conferida a garantia de um tribunal de recurso composto por membros distintos dos do tribunal recorrido.¹⁸⁰⁷

Reconhecendo que as penalidades até então estabelecidas pelos Decretos ns. 29.964 e 31.328, “se bem que caracterizadas por um certo rigor, não produziram todo o efeito preventivo e repressivo que se esperava”, o governo decidiu, no Decreto-Lei n. 32.086, de 15.6.1942, “reprimir com mais severidade tais atentados contra a economia nacional”, agravando o limite máximo da pena de multa e impondo a de prisão até seis meses e, no caso de reincidência, colocando os condenados à disposição do governo. Este diploma previa igualmente o alargamento da competência do Tribunal Militar

¹⁸⁰⁶ O prazo para contestação era, “na maioria dos casos, excessivamente curto”, pois os arguidos residentes longe de Lisboa e do Porto não tinham tempo para apresentar a sua defesa (Abel dos Santos, 1944: 16), razão pela qual este prazo foi alargado pelo Decreto n. 32.300, de 2.10.1942, para cinco dias em relação aos arguidos que residissem fora da sede do tribunal, mas somente quando a “importancia provável da multa fixada” não excedesse 6.000\$00.

¹⁸⁰⁷ Com a publicação do Decreto-Lei n. 31.840, de 7.1.1942, a situação modificou-se no que toca aos crimes de açambarcamento e de especulação. Embora se tivesse sujeitado todos os réus ao mesmo regime,

Especial ao conhecimento de infracções ao regime da circulação e transporte de produtos e mercadorias.

Deste modo, a criação do Tribunal Militar Especial obedeceu, na sua conformação inicial de 1930, a um propósito de especialização horizontal integral, em que o tribunal de instrução da causa e o tribunal de julgamento não pertenciam à organização judiciária comum. Ao invés, na conformação que lhe foi dada pela legislação dos anos de 1933 e de 1939, o Tribunal Militar Especial obedeceu a um outro propósito, o de uma especialização vertical integral, em que quer o tribunal de julgamento quer o de recurso eram tribunais não pertencentes à organização judiciária comum. Se a especialização horizontal redundou em um prejuízo grave para os princípios da acusação e da imediação, a especialização vertical teve como efeito um prejuízo não menos grave para o princípio da acusação e para a garantia do recurso. Mais próximos dos termos em que se encontrava regulamentada a jurisdição militar comum se encontravam, ainda assim, os Decretos dos anos de 1926 e de 1927, atrás citados, implicando por isso um prejuízo menor para aqueles princípios e para esta garantia. Daí também que os diplomas de 1926 e 1927 se tivessem mantido em vigor durante todo o Estado Novo, ao invés dos diplomas de 1930, 1933 e 1939, que não tiveram semelhante sorte, sendo abolido o Tribunal Militar Especial na reforma do processo penal de 1945.¹⁸⁰⁸

agravou-se a sorte dos réus anteriormente julgados pelos tribunais das comarcas fora de Lisboa e do Porto.

¹⁸⁰⁸ No direito francês verificou-se o mesmo processo de ampliação da competência dos tribunais militares. Os Decretos de 30.10.1935, 17.6.1938 e de 29.7.1939 alargaram sucessivamente a competência daqueles tribunais a certos delitos cometidos com o fim de espionagem e a todos os crimes e delitos contra a segurança exterior do Estado, mesmo quando cometidos por civis e em tempo de paz. Neste último caso, o tribunal tinha uma composição especial de três magistrados civis e seis militares. Os tribunais militares tornaram-se deste modo uma verdadeira “jurisdição de direito comum” (Pierre Huguency, 1940: 12, 17 e 18). A forma de processo para julgamento destes crimes era a comum, com algumas particularidades, destacando-se entre estas a do abandono do princípio da *saisine in personam*, o que colocava em causa o monopólio da acção penal pela autoridade militar, e a possibilidade de citação directa de militares em tempo de paz nas causas correcionais, com a abolição prática da instrução preparatória nestas causas. A jurisdição militar seria ainda ampliada pelo regime de Vichy ao conhecimento de todas as infracções penais cometidas na zona não ocupada realizadas com “uma intenção de actividade comunista ou anarquista” (artigo 1 da Lei de 14.8.1941). Para o conhecimento destas infracções foi constituída uma secção especial do tribunal militar ou marítimo, composta apenas por militares escolhidos livremente pela autoridade militar e um comissário governamental que desempenhava as funções do Ministério Público. Embora fosse aplicável nas secções especiais a forma de

2. As revisões fundamentais de 1931 e 1965

O novo regime saído do movimento militar de 1926 não deixou intocado o processo penal militar comum. Se a consagração de processos especiais num momento inicial e de tribunais especiais num momento mais tardio precedeu a reforma do processo militar comum, tal facto só ficou a dever-se à novidade do Código de Justiça Militar, aprovado seis meses antes da eclosão do movimento militar.

No entanto, a publicação do Estatuto Judiciário de 1928 e do Código de Processo Penal de 1929 e o claro desfavor para com o tribunal de júri manifestado naqueles diplomas pelo novo poder político colocavam a permanência do tribunal de júri na justiça militar em contradição com a evolução do processo penal comum, pelo que se antevia a alteração da composição e da competência dos tribunais militares de primeira instância. A esta alteração procedeu o Decreto n. 19.892, de 15.6.1931,¹⁸⁰⁹ que constituiu o resultado da evolução das circunstâncias políticas nacionais, não tendo sofrido qualquer influência da aprovação do novo *Code de Justice Militaire pour l' Armée de Guerre* francês, de 15.3.1928.¹⁸¹⁰

processo comum da respectiva jurisdição, vedava-se expressamente a possibilidade de interposição de qualquer recurso, agravando ainda mais a situação do arguido (Iga-Iga Eric, 1991: 71 a 73).

¹⁸⁰⁹ A reforma já tinha sido anunciada pelo legislador no diploma em que foram aprovadas as bases da reorganização do exército nacional, o Decreto n. 11.856, de 5.7.1926, que substituiu o modelo suíço por um modelo misto do inglês e do francês, como se afirmava no preâmbulo do diploma (sobre este novo modelo, Pires Monteiro, 1929: 153, Maria Carrilho, 1985: 306 a 308, e Ramires de Oliveira e Vívio Herdade, 1995: 40 a 46). Embora se mantivesse a estrutura judiciária militar, o legislador deixava claro, na fundamentação da base XXII, que não a considerava “perfeita”, sendo necessário “simplificar e abreviar, sobretudo em tempo de guerra, a organização dos processos e seu julgamento final”. A base previa, além da alteração do número e jurisdição dos tribunais militares e da dispensa de tirocinio aos promotores e defensores, a reintrodução dos conselhos de disciplina regimentais, “tendo por fim descongestionar o serviço nos tribunais militares”. De acordo com esta opção, o governo nomeou uma comissão pela Portaria de 14.10.1926, com vista a modificar o novo código. Os trabalhos encontravam-se praticamente concluídos em Junho de 1931, mas o governo decidiu converter logo parte desses trabalhos em lei. O artigo 63 do novo diploma, que ressaltou expressamente a vigência dos Decretos n. 11.990, n. 14.580 e n. 19.143, revogou os Decretos n. 13.117 e 13.118, de 10.1.1927, que tinham criado, na sequência da Lei de bases de 1926, os conselhos de disciplina regimentais para julgamento dos crimes militares puníveis com pena de incorporação em depósito disciplinar e dos crimes comuns cometidos por praças do exército puníveis com pena de prisão correccional até seis meses. O conhecimento destes crimes voltou a ser da competência dos tribunais militares.

¹⁸¹⁰ Dez anos depois de aprovada a nova lei penal e processual do exército, o legislador francês publicou também, a 21.1.1938, um novo *Code de Justice Militaire pour l' Armée de Mer*, que representou uma

Assim, os tribunais militares territoriais e o tribunal militar da marinha passaram a ser constituídos apenas por dois juizes militares, presidindo o mais graduado, e por um auditor, juiz togado.¹⁸¹¹ Os juizes militares eram nomeados por escala pelo comandante geral da armada ou pelo governador militar de Lisboa, sobre uma lista formada por ordem de postos e antiguidades dos oficiais superiores residentes em Lisboa, no primeiro caso, e na área da respectiva região militar, no segundo caso. A faculdade de substituição extraordinária dos membros militares do tribunal era alargada, incluindo-se a nomeação para expedição militar às províncias ultramarinas ou para comando de tropas destinadas à manutenção da ordem pública em qualquer ponto do continente ou das ilhas adjacentes como um novo fundamento para a substituição antes de findo o quadrimestre. O juiz togado era escolhido pelo ministro da guerra ou da armada, de uma lista tríplice solicitada ao ministério da justiça e composta por candidatos ao lugar.

Desta forma, o legislador abandonou a solução do tribunal de júri que durante

atualização do direito penal da marinha de acordo com o modelo da lei do exército (Pierre Hugueney, 1933: 21). As disposições dos dois novos códigos franceses só serão tidas em conta na medida em que se distanciarem das da lei do exército de 1857 e da lei da marinha de 1858.

¹⁸¹¹ Em França, os novos tribunais militares, antes denominados como conselhos de guerra, passaram a ser compostos por um magistrado judicial, que presidia, e seis magistrados militares, salvo em tempo de guerra, em que a presidência continuava a ser exercida por um oficial. A mudança de designação dos órgãos jurisdicionais de primeira instância correspondia à vontade do legislador “de modelar o mais exactamente possível os tribunais militares sobre os tribunais de direito comum” (Pierre Hugueney, 1933: 28). A doutrina mostrou-se favorável a esta modificação da natureza do conselho de guerra em tempo de paz, que introduziu o escabinato na jurisdição militar, criticando “o regresso aos antigos erros” na regulamentação da composição do tribunal em tempo de guerra (Donnedieu de Vabres, 1929: 134, e Pierre Hugueney, 1933: 32 e 33, 50 e 51). Mais tarde, foi realizada uma reforma semelhante na jurisdição da marinha, com a mesmíssima excepção da lei do exército em tempo de guerra, consagrando-se deste modo o princípio da unidade de jurisdição da marinha. Por outro lado, o legislador restringiu em 1928 a competência da jurisdição militar em tempo de paz ao conhecimento de infracções de natureza militar e de todas as outras cometidas “nas casernas, quartéis, estabelecimentos militares e nos locais requisitados”, mantendo-se a competência ampla dos tribunais militares para conhecimento de todos os crimes comuns em tempo de guerra (artigos 2 e 125, 2º, do *Code* de 15.3.1928). Quer a modificação da composição, quer a restrição da competência do tribunal militar de primeira instância correspondiam a uma solução de compromisso entre a manutenção do direito em vigor desde 1875 e a supressão da jurisdição militar, como previam várias propostas desde os últimos anos do século XIX e, em especial, desde o tormentoso caso do capitão Dreyfus (Pierre Hugueney, 1933: 15 a 19, e Robert Charvin, 1968: 390 e 392, e Jean Pierre Royer, 1996: 657 a 674). A restrição da competência do tribunal militar aos crimes cometidos em um estabelecimento militar deu, contudo, lugar a uma controvérsia, que se prolongou durante dez anos, dividindo-se a doutrina entre os que interpretavam o conceito como reportando-se apenas aos lugares afectos às necessidades do exército ou da armada e os que o interpretavam como incluindo qualquer lugar onde o militar se encontrasse em serviço e sob as ordens dos seus chefes. O legislador decidiu a querela, aprovando o Decreto de 29.7.1939, que consagrou a tese mais ampla (Pierre Hugueney, 1933: 76 a 81, e 1940: 10). Esta tese prevaleceu no direito militar francês até 1981. Na marinha, a regra era a do conhecimento de todos os crimes e delitos cometidos em serviço pelos marinheiros e apenas dos crimes de natureza militar cometidos em tempo de paz pelos marinheiros embarcados com permissão.

os últimos vinte anos tinha vigorado na jurisdição militar comum, introduzindo um tribunal colectivo com uma composição muito restrita de três membros, à imagem do que já tinha sucedido com o Decreto n. 14.580, de 17.11.1927, e, dois anos depois, com o Código de Processo Penal.¹⁸¹²

Contudo, o diploma de revisão previa, como era tradicional no foro militar, mas ao contrário do disposto no artigo 470 do Código de Processo Penal, que a deliberação do colectivo dos juizes militares fosse antecedida por um relatório verbal do auditor sobre a prova, em que este exprimia a sua opinião sobre a matéria de facto e de direito, votando em primeiro lugar o auditor.¹⁸¹³

O tribunal militar podia, tal como o tribunal comum, condenar em crime diverso do imputado na acusação, ainda que mais grave, desde que os seus elementos constitutivos fossem factos que constassem do libelo, afastando o legislador deste modo a garantia firmada no direito militar desde 1875 de ao réu não ser imposta em circunstância alguma pena mais grave do que a correspondente ao crime imputado no libelo. Acresce que o tribunal militar podia também considerar as circunstâncias agravantes da reincidência e da sucessão de infracções que resultassem do registo criminal ou de certidão extraída de outros processos, mas, diferentemente do tribunal comum, não podia considerar as que resultassem das declarações do réu.¹⁸¹⁴

Estas disposições relativas à qualificação jurídica e à valoração de circunstâncias agravantes não alegadas constituíam previsões normativas verdadeiramente inovadoras, com directo reflexo quer no equilíbrio de poderes entre o auditor e a autoridade militar, reforçando a posição daquele diante desta, quer na concretização do princípio da acusação, agravando o défice já verificado anteriormente a este respeito.

Este agravamento era ainda potenciado pela circunstância, nova em face do direito dos últimos vinte anos, de o auditor voltar a fazer parte do colectivo de juizes e nele, não só votar em primeiro lugar, como poder exercer toda a sua influência através

¹⁸¹² Por esta razão deixou de se formular quesitos em processo penal militar a partir da entrada em vigor deste diploma, tal como informa Lopes Moreira, 1965: 236, 237 e 250.

¹⁸¹³ Além destas duas alterações, uma outra, menos significativa, foi introduzida: a da condenação sumária do réu que faltasse ao respeito ao tribunal na audiência de julgamento, inspirada em solução idêntica do artigo 411 do CPP de 1929.

¹⁸¹⁴ A doutrina procurava restringir o âmbito desta inovação, admitindo que se atendesse às circunstâncias agravantes apenas quando “decorram da descrição dos factos” (João Córias e Martins da Fonseca, 1967: 197).

da elaboração do relatório de apreciação da matéria de facto e de direito, tendo mesmo o impacto deste poder de influência aumentado muito consideravelmente por o conselho já não ser composto por sete membros, como de 1875 a 1894, nem por cinco membros, como de 1895 a 1910, mas apenas por três membros.¹⁸¹⁵

A extremação das tendências contraditórias do específico modelo consagrado em 1875 atingia o seu ponto máximo, depois de um período de vinte anos de relaxamento das tensões. Despojado pela autoridade militar da soberania na condução do processo preparatório, o auditor permanecia, contudo, profundamente implicado na decisão desta fase processual, a ponto de qualquer discordância com a autoridade militar sobre esta justificar a intervenção da hierarquia.¹⁸¹⁶ Por outro lado, o auditor, que integrava um colectivo de apenas três elementos, onde lhe bastava convencer um deles para fazer vencimento, podia agora intervir na tomada de decisões durante a audiência

¹⁸¹⁵ O efeito negativo deste agravamento foi ainda aumentado pela possibilidade de os cargos dos promotores e defensores serem desempenhados por militares sem qualificação jurídica, desde a aprovação do Decreto n. 25.460, de 5.6.1935. Este diploma revogou o último diploma subsistente da primitiva organização judiciária republicana, o regulamento dos concursos para os lugares de promotor e defensor de 27.4.1911.

¹⁸¹⁶ Ao invés, o legislador francês procedeu a uma reorganização profunda dos poderes do magistrado instrutor e da autoridade militar na fase de instrução ordinária no novo código de 1928. O propósito do legislador de aproximar a posição processual daquele magistrado da do juiz de instrução do processo comum manifestou-se não só na alteração da designação do relator, que passou a ser designado como juiz de instrução, mas também na constituição de um corpo de militares licenciados em direito de onde eram retirados os novos juizes de instrução militares e na atribuição a estes magistrados de competência para prolação da decisão de abertura da fase acusatória do processo, retirando essa competência ao general comandante. Esta decisão devia, em regra, ser confirmada pela *chambre des mises en accusation* quando o facto imputado fosse um crime e, nos restantes casos, podia ser impugnada pela autoridade militar e pelo magistrado do Ministério Público. Além de instância de segundo grau de instrução em matéria criminal, a *chambre des mises en accusation* era também jurisdição de recurso contra todas as *ordonnances* do juiz proferidas durante a instrução, tal como no direito comum. Em tempo de guerra, o tribunal militar de cassação só exercia a segunda daquelas competências, não lhe sendo atribuída a primeira. A reforma não foi, contudo, tão longe quanto inicialmente tinha sido sugerido. Apesar de ter sido proposta durante os trabalhos preparatórios, a supressão da competência discricionária da autoridade administrativa sobre a ordem de informar não foi aprovada (Pierre Hugueney, 1933: 117). Também no novo código da marinha foi consagrada a intervenção da *cour d' appel* no final da instrução nos termos referidos, salvo nos tribunais constituídos a bordo e no caso de perda ou tomada de barco, por ser obrigatória neste caso a sujeição do feito a julgamento. O reforço da independência do magistrado instrutor ia, pois, de par com a jurisdicionalização gradual da fase preparatória do processo e a diminuição da intervenção da autoridade hierárquica militar no processo, mantendo-se quer na lei do exército, quer na da marinha, o princípio fundamental da incompatibilidade entre o exercício das funções instrutórias e as de julgamento. Este princípio era, aliás, uma decorrência de um outro, o princípio da incompatibilidade entre o exercício das funções do juiz instrutor no processo preparatório e o das funções de comissário do governo na audiência de julgamento, consagrado no artigo 14, al. 3, do código de 15.3.1928, e do qual resultava por maioria de razão o princípio anteriormente formulado, revelando-se o direito militar ainda “mais rigoroso” do que o direito comum neste tocante (Pierre Hugueney, 1933: 123 e 124).

de julgamento relativas à aquisição e valoração de meios de prova ¹⁸¹⁷ e ao alargamento do objecto do processo pela ponderação de circunstâncias agravantes não alegadas ¹⁸¹⁸ e, aquando da deliberação final, fazer valer os seus pontos de vista sobre a matéria de facto e de direito, já firmados na sua intervenção na preparação do processo e, inclusivamente, na sua anterior apreciação da prova da defesa produzida no final do sumário da culpa.

Paradoxalmente, o legislador manteve a instituição do júri, com cinco membros, nos tribunais formados nos exércitos e nas forças navais em operações contra país estrangeiro, nos tribunais formados nas divisões ou forças militares operando isoladamente contra os países estrangeiros ou nas praças investidas, mas já não nos tribunais militares formados em circunstâncias extraordinárias, constituídos de acordo com o regime de organização dos conselhos de guerra em tempo de paz. A dificuldade de em tempo de guerra proceder à formação de um tribunal com um presidente, um auditor e cinco jurados, todos oficiais de patente superior à do réu, teria como consequência quase inevitável a de, não se encontrando oficiais para formar o júri, o processo ser remetido ao tribunal territorial da divisão em que operasse o exército ou ao Tribunal da Marinha.

Os princípios de imediação e da acusação encontraram, pois, na solução aprovada pela ditadura militar a sua pior concretização desde 1875, não se tendo registado qualquer alteração da conformação do objecto e dos poderes do tribunal de recurso que compensassem a deterioração daqueles princípios na instância. Apesar de

¹⁸¹⁷ Precisamente porque a independência do juiz presidente estava assegurada pela incompatibilidade já referida, o legislador francês aumentou também os poderes deste magistrado no tocante à recolha de meios de prova, admitindo a depor como testemunhas todas as pessoas convocadas pelo presidente do tribunal pelo menos vinte e quatro horas antes da sua audição quando essa convocação tivesse sido notificada ao acusado e ao Ministério Público no mesmo prazo. Em contrapartida, a lei nova restringia o exercício da faculdade de o tribunal determinar a leitura dos depoimentos das testemunhas ausentes, prevista no artigo 126 do código de 1875, condicionando-o ao pedido do acusado ou do Ministério Público (artigos 82 e 83 do *Code* de 15.3.1928), bem como proibia a leitura de peças do processo aquando da reunião de deliberação dos membros do tribunal que não tivessem sido comunicadas à defesa e ao Ministério Público (artigo 89 do *Code* de 15.3.1928), limitando deste modo o teor muito amplo da previsão do artigo 131 do código de 1875. Estas disposições encontram-se igualmente na nova lei da marinha (artigos 91, 92 e 98 do código de 21.1.1938).

¹⁸¹⁸ Ao contrário da tendência ampliativa da lei portuguesa, o novo código francês consagrou a doutrina restritiva, que se firmou à sombra da Lei de 1857, da admissibilidade de quesitos sobre factos novos resultantes da discussão quando estes factos pudessem ser considerados como uma “degenerescência” do facto principal constante da acusação, devendo o presidente dar a oportunidade às partes processuais de se pronunciar em tempo útil sobre os quesitos subsidiários (artigo 88 do *Code* de 15.3.1928) (Pierre Huguency, 1933: 185 a 187). A lei da marinha de 21.1.1938 era ainda mais restritiva, vedando

se ter estabelecido que os tribunais militares julgavam de facto definitivamente “segundo a sua consciência, com plena liberdade de apreciação” e de direito, com recurso para o Supremo Tribunal Militar (artigo 46 do Decreto n. 19.892),¹⁸¹⁹ não estava vedada ao tribunal de recurso a sindicância da decisão de facto na medida permitida pelo artigo 560 do Código de 1925, isto é, apreciando a obscuridade, deficiência, complexidade ou alternatividade dos quesitos formulados e a contradição das respostas aos quesitos. Os poderes de conhecimento do Supremo Tribunal Militar relativamente à matéria de facto não foram, pois, prejudicados pela revisão de 1931.¹⁸²⁰

O direito fixado nestes termos para o foro militar manteve-se até 1945, não tendo a publicação da Constituição da República, de 11.4.1933, que omitia qualquer norma sobre a organização judiciária militar, qualquer repercussão naquele direito.

O legislador de 1945 teve o propósito de manter a justiça militar afastada da reforma que se operava na jurisdição penal comum. Assim, não aplicou os princípios do Decreto-Lei n. 35.007, de 13.10.1945, ao processo penal militar e manteve a regra da inexistência de prazos de prisão preventiva para réus militares na jurisdição militar, razão pela qual excluiu expressamente a aplicação da nova providência do *habeas corpus* aos militares sujeitos ao foro especial.¹⁸²¹

expressamente a formulação de quesitos subsidiários que qualificassem como crime o facto introduzido em juízo como delito (artigo 97).

¹⁸¹⁹ Discutia-se se também no âmbito do processo penal militar valia a restrição constante do § único do artigo 468 do CPP relativa à força probatória dos documentos autênticos ou autenticados (João Cóias e Martins da Fonseca, 1967: 196).

¹⁸²⁰ Do mesmo modo, no direito francês, a substituição em tempo de paz dos conselhos de revisão pela *Cour de Cassation* (artigos 100, 105 a 107 do código de 15.3.1928 e artigos 109, 114 a 116 do código de 21.1.1938) não modificou os poderes de conhecimento do tribunal de recurso na jurisdição militar, que já se encontravam talhados na lei anterior pelo modelo da *Cour de Cassation*. Não obstante a ideia de um verdadeiro recurso de apelação diante da *cour d' appel* na jurisdição militar ter sido vivamente defendida e mesmo acolhida aquando dos trabalhos no Senado, ela não veio a ser consagrada, por se ter entendido que semelhante recurso não era ainda admitido das decisões das *cour d' assises* e que a introdução da faculdade de interposição do recurso de apelação pelo comissário do governo podia piorar a situação do acusado (Pierre Hugueney, 1933: 202 e 203). Em tempo de guerra, mantinham-se os conselhos de revisão, agora designados como *Tribunaux Militaires de Cassation*, com a mesma competência que lhes conferia o código de 1857, mas com uma composição diferente, prevalecendo os três juizes civis sobre os dois militares quando o tribunal funcionasse nas circunscrições territoriais e sendo constituído apenas por militares quando funcionasse nas forças chamadas às armas. O código da marinha de 1938 seguiu a mesmíssima orientação da lei do exército.

¹⁸²¹ A fundamentação dada pelo autor do diploma em apreço foi a de que as “garantias de legalidade da prisão no foro militar assentam na organização hierárquica autónoma e no próprio foro” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 480). Fora de flagrante delito, os militares acusados por quaisquer crimes e os civis sujeitos ao foro militar eram presos, o mais tardar quando fosse dada a ordem para ser instaurada acusação. A prisão mantinha-se mesmo no caso de decisão de absolvição se fosse interposto recurso pelo promotor de imediato, como previa o artigo 58 do já mencionado Decreto n. 19.892, que reformou o código, e já anteriormente o artigo 519 do CJM, não sendo aplicáveis subsidiariamente no processo penal

Contudo, se a reforma não buliu com a organização judiciária militar comum e o processo militar ordinário, ela teve uma repercussão importante na legislação processual militar especial. Com efeito, o artigo 41 do Decreto-Lei n. 35.044, de 20.10.1945, procedeu à extinção do Tribunal Militar Especial, e o artigo 42 do mesmo diploma revogou na íntegra o Decreto-Lei n. 23.203, de 6.11.1933.¹⁸²²

Afora esta alteração relativa à jurisdição militar especial, a organização judiciária e o processo militares mantiveram-se intocados até ao início da década de sessenta, com uma excepção importante, atinente à observância do princípio da imediação na audiência de julgamento.¹⁸²³ Dois motivos iriam suscitar a intervenção do legislador nos anos sessenta.

militar as disposições mais favoráveis do artigo 521 e 537 do CPP (parecer do STM de 15.10.1943, in Ordem do Exército, n. 7, de 30.11.1943). A situação do réu preso em processo militar era ainda agravada pela jurisprudência que sustentava que a culpa se devia considerar formada em processo militar com a ordem para se proceder a sumário e não com a ordem para dedução da acusação, com a consequência da prolação daquele despacho determinar a prisão preventiva necessária e por período de duração ilimitada do arguido (cfr. acórdão do STJ de 27.4.1960, e de 30.5.1962, in BMJ n. 96, pp. 247 a 251, e n. 117, pp. 399 a 402). Verificava-se, pois, uma antecipação do início normal da prisão preventiva no processo militar. Contra esta jurisprudência ergueram-se Adriano Moreira, Mário de Lima Alves e Salgado Zenha (“A não existência de prazos é, por conseguinte, algo que se não concebe hoje num Estado de Direito”, Adriano Moreira, 1947 b: 178 e 179, Mário de Lima Alves, 1947: 264, e Salgado Zenha, 1947: 131 e 132, e 1969: 21), devendo, na falta de lei expressa, segundo estes autores, recorrer-se à analogia. Adriano Moreira também se opunha à tese de que o despacho que ordenava a formação do sumário da culpa era equivalente à pronúncia provisória, pois o sumário da culpa servia para formar a culpa e só depois da acusação o réu tomava conhecimento dos factos que lhe eram imputados (“Não deixa de ser curioso um despacho que forma a culpa mas que a lei não manda estruturar como despacho de acusação, que não manda notificar aos réus e que não abre a estes, sequer, a possibilidade de tomar conhecimento do processo”, Adriano Moreira, 1947 b: 182 e 183), defendendo por isso a tese da formação da culpa apenas com a dedução do libelo acusatório e da entrega da nota da culpa. Por outro lado, a doutrina impugnou a restrição da garantia do *habeas corpus* aos cidadãos não militares, considerando que o conceito legal de militar se restringia ao de indivíduo sujeito à disciplina e hierarquia militares e, como tal, permanentemente adstrito em razão da sua pessoa e independentemente da natureza do crime ao foro militar (Mário de Lima Alves, 1947: 262, e Salgado Zenha, 1947: 102). Assim, o militar detido por um crime comum ou à ordem de um tribunal civil gozava do *habeas corpus* (Adriano Moreira, 1947 b: 167, e Salgado Zenha, 1947: 105). Em termos mais radicais, parte da doutrina concluiu que mesmo a subtracção dos militares que estavam sujeitos ao foro militar do âmbito da garantia constitucional do *habeas corpus* violava o princípio constitucional da igualdade e esta garantia constitucional (Mário de Lima Alves, 1947: 259, Salgado Zenha, 1947: 92 a 97, e José Magalhães Godinho, 1974: 17 e 18, e, retrospectivamente, Hans-Heinrich Jescheck, 1975 b: 11, e Manuel de Magalhães e Silva, 1977: 280 e 281). A jurisprudência rejeitou este entendimento, admitindo apenas o cidadão não militar sujeito ao foro militar a socorrer-se da providência do *habeas corpus* (cfr. acórdãos do STJ de 20.4.1960, 30.5.1962 e de 4.8.1962, in BMJ n. 96, p. 247, n. 117, p. 399, e n. 119, p. 321), de acordo com a doutrina de Cavaleiro de Ferreira (1956 a: 480).

¹⁸²² A parte substantiva do diploma objecto da norma revogatória já tinha sido revogada pelo artigo 3 do Decreto-Lei n. 35.044, de 20.10.1945, com o que os crimes de rebelião passaram a ser regulamentados pelos artigos 163 a 176 do Código Penal, isto é, sob a designação de crimes contra a segurança interior do Estado.

¹⁸²³ Tal como no processo comum, o Decreto n. 37.001, de 4.8.1948, proibiu a expedição de cartas precatórias para inquirição e tomada de declarações a pessoas já ouvidas nos autos, salvo quando o auditor o julgasse conveniente ou o promotor o requeresse. Idêntica faculdade não era prevista para o arguido.

Por um lado, a guerra no ultramar provocou a publicação de legislação avulsa de reestruturação da organização judiciária militar nas províncias ultramarinas.¹⁸²⁴ Por outro lado, a necessidade da reforma do Código de Justiça Militar ia-se tornando cada mais vez instante e o legislador decidiu intervir com vista à aproximação do processo militar ao processo criminal da jurisdição comum. A “reforma profunda” que se almejava para o direito criminal militar tinha de aguardar a estruturação dos “novos conceitos da reforma do direito penal em preparação”, mas, em face da “injustificada disparidade” existente entre o direito comum e o direito militar em alguns pontos importantes, impunha-se solucionar alguns “problemas mais agudos”. Assim, o Decreto-Lei n. 46.206, de 27.2.1965, que aprovou a segunda grande reforma do código de 1925, introduziu três novidades muito significativas, todas elas relativas ao regime de recursos.

A atribuição ao Supremo Tribunal Militar de competência para decidir definitivamente de direito quando a decisão recorrida fosse nula por algum vício de direito atinente à qualificação jurídica dos factos ou à fixação da espécie e da medida concreta da pena vinha pôr fim a uma forma de julgamento em segunda instância afastada há muito no foro comum e acelerava a decisão da causa na fase de recurso sem que daí resultasse prejuízo para o réu.

Ao invés, as duas outras modificações do direito vigente eram muito gravosas para o réu. O alargamento do recurso officioso pelo promotor às condenações em pena de prisão maior submetia o réu condenado a uma prisão preventiva, que não tinha prazo e só em parte era descontada no cumprimento da pena.

Tal como no novo regime introduzido em 1954 na lei geral, a prisão preventiva perdeu o carácter de atenuante, com a excepção do caso previsto no artigo 463, § único, do CJM. A prisão preventiva só era descontada na totalidade no cumprimento das penas de presídio militar até dois anos, de prisão militar e de incorporação em depósito disciplinar e, nas penas mais graves, era descontada em metade, tendo-se, contudo, abolido a regra da imputação da prisão sofrida por causa de infracção diferente daquela que tivesse determinado a condenação.

Por outro lado, a permissão da *reformatio in pejus* livre, que visava aproximar o direito militar da doutrina consagrada pelo Assento de 4.5.1950 para o direito comum,

¹⁸²⁴ Atenta a circunstância da quase totalidade desta legislação militar ter um âmbito de vigência

nivelava pela pior das soluções uma desigualdade efectiva entre os réus condenados no foro militar e os condenados no foro comum.¹⁸²⁵

Ao nível da primeira instância, consagrou-se a prática, já antiga, da realização do julgamento da matéria de facto pelo colectivo sem a formulação de quesitos.

Se a revisão de 1931 incidiu sobre a organização judiciária e a estrutura do processo na primeira instância, agravando muito os défices de realização dos princípios de acusação e de imediação, o diploma de 1965, que visou sobretudo a reforma da fase dos recursos, completou o processo de revisão do Código de Justiça Militar, deixando o réu agravado pela instância ainda mais desprotegido. Por outro lado, a revisão de 1965, tal como tinha acontecido em 1931, não sofreu qualquer influência dos trabalhos de reforma do legislador francês em curso nesse ano de 1965, em que foi aprovado um novo *Code de Justice Militaire*.¹⁸²⁶

Capítulo 7 °

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

territorial limitado às províncias ultramarinas, ela será analisada adiante.

¹⁸²⁵ Esta era também a jurisprudência dominante nos tribunais militares franceses desde a publicação do código de 1928 (Pierre Huguency, 1940: 27 e 28).

¹⁸²⁶ O código novo procedeu a uma simplificação da organização judiciária, substituindo três tipos de tribunais da primeira instância, os *Tribunaux permanents des forces armées*, com dois juizes letrados e três juizes militares, os *Tribunaux militaires aux armées*, com o mesmo número de membros, mas com menos profissionais do direito, e os *Tribunaux prévotaux*, aos anteriores sete tipos de tribunais e abolindo os *Tribunaux militaires de cassation* na segunda instância, com a subordinação dos recursos à *Cour de Cassation*, quer em tempo de paz quer de guerra, salvo no caso das decisões de fundo dos *Tribunaux prévotaux*. O novo código caracterizou-se por consagrar muitas das soluções que o legislador vinha adoptando em face da guerra na Argélia que importavam um acréscimo de discricionariedade do acusador público e da autoridade militar, tais como a atribuição de verdadeiros poderes de desencadeamento da acção penal ao comissário do governo na perseguição em tempo de guerra dos crimes contra a segurança exterior do Estado (Paul-Julien Doll, 1966: 253 e 255) e o reforço da discricionariedade da autoridade militar na escolha dos membros militares do tribunal de julgamento, cessando a observância do critério da selecção de acordo com uma lista organizada segundo a ordem de antiguidade dos militares (Paul-Julien Doll, 1966: 40 e 43, e Iga-Iga Eric, 1991: 145).

No período que mediou entre 25 de Abril de 1974 e a data da entrada em vigor da nova Constituição da República, o legislador interveio, em dois momentos distintos, na jurisdição militar, consagrando medidas de excepção revolucionária.

O primeiro desses momentos foi o da aprovação da Lei 8/75, de 25.7, que previa a incriminação e a definição dos termos do julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE e da DGS e de outros indivíduos,¹⁸²⁷ e o segundo foi o da aprovação da Lei n. 9/75, de 7.8, que fixava os termos do julgamento dos implicados na “tentativa contra-revolucionária” de 11.3.1975. Além destas medidas de excepção, o legislador revolucionário procedeu a uma reforma profunda do processo preparatório, do regime das medidas de coacção e da garantia do *habeas corpus* na jurisdição militar.

Com fundamento em que a PIDE e a DGS constituíram “autênticas organizações de terrorismo político e social” e as suas actividades e métodos de repressão eram “factos públicos e notórios, por tal forma que a nenhum dos seus elementos, do quadro ou colaboradores, era lícito ignorar o carácter essencialmente criminoso das suas actividades”, o Conselho da Revolução determinou, na Lei n. 8/75, a incriminação retroactiva e imprescritível e os termos do julgamento do presidente do conselho de ministros e do ministro do interior responsáveis por aquelas organizações, de todos os seus funcionários, até à categoria de chefe de brigada, dos médicos que nelas tivessem prestado serviço e em relação aos quais houvesse “provas de terem excedido as suas funções de assistência aos doentes, para colaborarem nas actividades criminosas daquelas organizações”, dos demais funcionários da DGS e “das polícias políticas predecessoras”, de pessoas que tivessem colaborado com a DGS e as “polícias políticas que a precederam, formulando denúncias ou prestando informações sobre actividades políticas”, ou que tivessem utilizado os serviços dessas polícias, “causando prejuízos morais ou materiais a qualquer pessoa física ou jurídica”, e ainda dos indivíduos que exercessem “actividades visando a perturbação por meios violentos do processo revolucionário iniciado em 25 de abril de 1974” (artigos 2, n. 2, 3, 4 e 5 da Lei n. 8/75, de 25.7).

Sobre a organização dos tribunais e o processo para punir estes indivíduos a lei era muito parca, prevendo apenas a criação de um tribunal militar para julgamento

¹⁸²⁷ A DGS foi extinta logo no dia 25.4.1974 pelo Decreto-Lei n. 171/74, da Junta de Salvação Nacional.

destes crimes, bem como “das actividades criminosas como tal definidas pela lei penal e que igualmente tenham sido praticadas pelos mesmos indivíduos” (artigos 13, n. 3, e 6, n. 2), remetendo para lei ulterior a definição das regras de funcionamento deste tribunal. Contudo, o legislador impunha desde logo duas regras essenciais, uma relativa á presença do arguido em julgamento e outra relativa ao regime de recursos. Assim, o julgamento podia decorrer à revelia, proibindo-se a repetição do julgamento na presença do arguido após a sua condenação,¹⁸²⁸ e não era admissível a interposição de recurso da sentença condenatória pelos responsáveis políticos, pelos funcionários e médicos colaboradores da PIDE e da DGS, com outro fundamento que não o de erro na identidade do réu.

A criação do tribunal militar previsto na Lei n. 8/75 foi objecto de alguma hesitação do legislador revolucionário. A Lei n. 13/75, de 12.11, instituiu um tribunal especial, o Tribunal Militar Conjunto, por os tribunais militares existentes não terem capacidade para comportar o “elevado número de processos que tal julgamento envolve” e por se considerar “conveniente” introduzir na composição do tribunal elementos dos três ramos das forças armadas. A este tribunal especial atribuiu-se competência para julgar os crimes previstos na Lei n. 8/75, bem como os crimes relativos às actividades da extinta Legião Portuguesa e até os crimes do foro militar cujo julgamento lhe fosse cometido por despacho do Chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas. O Decreto-Lei n. 673/75, de 27.11, aprovado pelo Conselho da Revolução e com entrada em vigor imediata, fixou a composição deste tribunal, que era a de três juízes militares, um por cada ramo das forças armadas, de patente igual ou superior à major, presidindo o de mais alta graduação, e um auditor, togado, sendo todos designados pelo Conselho da Revolução.

Contudo, menos de um mês depois, o mesmo órgão revolucionário recuou no seu propósito e publicou a Lei n. 16/75, de 23.12, que extinguiu o Tribunal Militar Conjunto, justificando a medida com a celeridade processual pretendida para os julgamentos dos agentes e responsáveis da PIDE e da DGS, que não se compadeceia “com a necessária morosidade que a criação de um novo tribunal envolve”. Por esta razão, o Conselho da Revolução conferiu aos tribunais militares territoriais de Lisboa

¹⁸²⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal Militar interpretou amplamente esta autorização, admitindo mesmo o julgamento conjunto dos crimes previstos na Lei 8/75 com qualquer outro crime à revelia do réu (Silvino Villa Nova e outros, 1977: 322).

competência para julgar os crimes previstos na Lei n. 8/75, bem como “outros praticados no exercício das suas funções pelos indivíduos abrangidos” por aquele diploma (artigo 2).¹⁸²⁹

Antes ainda do início dos julgamentos previstos na Lei n. 8/75 pelos tribunais militares ordinários, a Lei n. 18/75, de 26.12, também aprovada pelo Conselho da Revolução, corrigiu a disposição da Lei n. 8/75, que impunha uma “proibição excessiva do exercício do direito de impugnação”, por considerar que naquele regime predominaria “mais a natureza administrativa do que a judicial” e que a “ordem jurídica verdadeiramente democrática” exigia a garantia do exercício do direito de impugnação de todas as decisões arbitrárias, reconhecendo-se a todos os indivíduos condenados ao abrigo da Lei n. 8/75 o direito de interposição de recurso da decisão final nos termos do Código de Justiça Militar.¹⁸³⁰

¹⁸²⁹ Também em França, após a libertação do território nacional pelas forças do general De Gaulle foram organizados, respectivamente, pelas *ordonnances* de 26.6.1944, de 18.11.1944 e de 26.12.1944, as *Cours de Justice*, a *Haute Cour de Justice*, as *Chambres Civiques* e os *Comités d' épuration*, com vista a julgar todos os responsáveis e colaboradores do regime de Vichy e do invasor alemão, pelas condutas que tinham tido ou deixado de ter desde 16.6.1940 e mesmo anteriormente a esta data quando tivessem o objectivo de favorecer o inimigo. A composição destes tribunais era determinada por critérios de confiança política, sendo muitos destes tribunais compostos pelos próprios membros da resistência ou de organizações a ela ligadas (Robert Charvin, 1968: 381 a 388). Embora os tribunais que procederam ao julgamento dos factos incriminados pela Lei n. 8/75 tivessem uma natureza militar, ao invés dos tribunais criados após a libertação francesa, a composição dos tribunais territoriais portugueses era menos susceptível de ser manipulável do que a dos franceses, pelo menos até à entrada em vigor do Decreto-Lei n. 319-A/77, de 5.8. Com efeito, este diploma procedeu a uma alteração fundamental do novo código de 1977, abolindo o condicionamento da designação dos membros militares do tribunal pelo chefe do Estado-Maior à existência de uma escala, segundo listas formadas por ordem de postos e antiguidades de oficiais superiores, como previa o direito anterior. A urgência da alteração legislativa, realizada quando o novo código tinha menos de quatro meses de vigência, permitiu a nomeação para os tribunais territoriais dos membros militares da confiança das novas chefias militares. A situação de dependência do juiz militar em face da autoridade militar que o nomeou foi ainda agravada pela faculdade de esta o poder afastar do exercício do cargo antes do fim do biénio com base em motivos administrativos manipuláveis (artigo 238, als. c) e d) do CJM), o que punha em crise a garantia constitucional da inamovibilidade destes magistrados. Em relação aos vogais militares do Supremo Tribunal Militar a situação era ainda mais grave, pois o código novo não previa sequer disposição semelhante à do artigo 238 para estes magistrados. A doutrina entende, no entanto, que deve considerar-se aplicável o disposto neste artigo aos vogais do Supremo Tribunal Militar, de modo a suprir a omissão do legislador (Silvino Villa Nova e outros, 1977: 237, e Álvaro Lopes-Cardoso, 1996: 104). Acresce que, se os juizes militares podiam ser escolhidos discricionariamente pela autoridade militar, o juiz auditor, cuja designação competia ao Conselho Superior da Magistratura, exercia a função de juiz de instrução e podia intervir no julgamento, o que agravava ainda mais a dúvida sobre a independência e a imparcialidade do tribunal militar. A faculdade de intervenção do juiz de instrução no julgamento manteve-se em face do código novo até à publicação do Decreto-Lei n. 44/78, de 14.3. O estatuto actual dos magistrados dos tribunais militares suscita, pois, críticas, tendo-se já concluído, embora com base em outras considerações, que os tribunais militares não são hoje verdadeiramente independentes (Mário Paulo Tenreiro, 1986: 132).

¹⁸³⁰ Os constituintes receberam na qualidade de normas constitucionais as disposições da Lei n. 8/75, com as alterações introduzidas pelas Leis ns. 16/75 e 18/75, tendo sido rejeitada a proposta de revogação da Lei n. 18/75 (Diário da Assembleia Constituinte n. 129, de 31.3.1976, p. 4314). Castanheira Neves

Na sequência dos acontecimentos de 11 de Março de 1975, a Lei n. 9/75, de 7.8 criou um Tribunal Militar Revolucionário para julgamento dos “implicados na tentativa contra-revolucionária de 11 de Março de 1975”. Este tribunal era constituído por um oficial general, que presidia, dois vogais oficiais superiores, um juiz assessor e um júri de onze elementos efectivos e seis suplentes. Estes jurados eram escolhidos pela assembleia das forças armadas de entre os seus membros e aqueles oficiais e o juiz eram designados pelo Conselho da Revolução.

O Tribunal Revolucionário julgava de acordo com uma forma de processo especial. A instrução secreta cabia a uma promotoria de instrução, constituída por três oficiais assistidos por um juiz auditor, todos escolhidos pelo Conselho da Revolução, e terminava com a abertura de vista do processo ao arguido ordenada pelo presidente do tribunal, podendo o arguido requerer ainda a produção de prova complementar.

A fase de julgamento iniciava-se com a dedução da acusação pela promotoria de justiça, constituída por três oficiais licenciados e um juiz auditor, também escolhidos pelo Conselho da Revolução. Esta promotoria podia, contudo, devolver os autos à promotoria de instrução com a solicitação de realização das diligências que reputasse “essenciais a uma correcta instrução dos processos” ou das diligências requeridas pelo arguido desde que as considerasse “necessárias para a descoberta da verdade” (artigo 15

considerava que o artigo 309 da Constituição dava cobertura a leis que “indiscutivelmente estão em contradição com princípios fundamentais que a mesma Constituição aceita e tão solenemente proclama (artigos 29 e 13), ao mesmo tempo que violam valores capitais que igualmente informam o seu substractum axiológico-político e que na própria letra se assumem (artigos 1.º, 2.º, etc.)” (Castanheira Neves, 1976: 7). Embora perfilhando a ideia de que as normas que constavam da Lei n. 8/75 tinham sido recebidas materialmente pela nova Constituição, também Jorge Miranda considerava que as mesmas contrariavam os princípios da Constituição, pelo que deviam ser interpretadas como normas excepcionais (Jorge Miranda, 1978: 206 a 211). Ao invés, Gomes Canotilho e Vital Moreira defendiam a plena compatibilidade destas leis com a Constituição (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 538). Por sua vez, a Comissão Constitucional pronunciou-se em vários acórdãos e, designadamente, no acórdão n. 94, de 6.4.1978 (in BMJ n. 276, pp. 107 a 126), no acórdão n. 99, de 26.4.1978 (in BMJ n. 276, pp. 127 a 154), e no parecer n. 9/79 (Pareceres da Comissão Constitucional, 8.º volume, pp. 3 a 43) sobre a constitucionalidade das disposições dos artigos 3, 4, 6 e 7 do Decreto-Lei n. 349/76, de 13.5, publicado ao abrigo do artigo 309, ns. 2 e 3, da nova Constituição, mas admitindo sempre a Lei n. 8/75 como parâmetro do juízo sobre a constitucionalidade das disposições do Decreto em questão e, desse modo, a conformidade constitucional da própria Lei n. 8/75. No entanto, mesmo no seio da Comissão Constitucional, havia quem não deixasse de censurar o “carácter monstruoso da Lei n. 8/75 por contrária aos mais elementares princípios de direito penal” (o voto de vencido de Costa Aroso, no Acórdão n. 94, in BMJ n. 276, p. 125). A prática judicial foi, ao que parece, muito contida. Já foi notada a circunstância de que as sentenças judiciais proferidas pelos tribunais militares no julgamento dos factos abrangidos pela Lei n. 8/75 se revelaram “simbólicas em comparação com as graves penas previstas na lei” (Artur Rodrigues da Costa, 1999: 52, e, já anteriormente, Mascarenhas Barreto, 1979: 230), mas a fundamentação desta afirmação implicaria uma investigação estatística do acervo documental dos tribunais territoriais.

do Decreto-Lei n. 425/75, de 12.8). Caso concluísse que não havia indícios suficientes da prática de facto criminoso, a promotoria de justiça podia determinar o arquivamento dos autos.

Na audiência de julgamento, observava-se o disposto no Decreto n. 19.892, de 16.6.1931, mas ao juiz assessor estava expressamente vedada a formulação de qualquer resumo final dos debates e a votação da decisão, cabendo-lhe organizar os quesitos, dirigir a votação e verificar a existência de respostas contraditórias, caso em que as devia pôr de novo à votação. Ao presidente do tribunal competia, na sequência das reclamações das partes, fiscalizar as respostas dadas pelos jurados, quando fossem incompletas, contraditórias, equívocas ou obscuras, ordenando que o júri esclarecesse ou completasse as respostas ou votasse de novo sobre os quesitos com respostas contraditórias.

Se a estrutura da forma de processo observava o princípio da acusação, o mesmo já não se verificava com o princípio da imediação, como resultava da remissão para o disposto no diploma de 1931. Contudo, as previsões mais gravosas da Lei n. 9/75 eram as referentes ao regime de recursos. O legislador revolucionário não só proibia o exercício do direito ao recurso, vedando mesmo o recurso com base no erro na identidade do réu previsto pela Lei n. 8/75, na sua versão inicial, como previa uma espécie de revisão *pro societate*. Não obstante a prova produzida em audiência de julgamento ser registada em fita magnética, a sentença, tal como os despachos interlocutórios com efeitos definitivos, não admitiam qualquer impugnação ou revisão, salvo se no decurso de uma audiência de julgamento surgisse “qualquer elemento de prova referente a um réu julgado em audiência anterior”, que seria de novo chamado a defender-se e admitido a produzir contraprova (artigo 64, n. 2, da Lei n. 9/75, de 7.8).¹⁸³¹

¹⁸³¹ Logo na sessão da assembleia constituinte, de 14.8.1975, o deputado José de Lima, depois de ter censurado a criação de um tribunal extraordinário para julgar os autores dos factos ocorridos em 11.3.1975, criticou severamente a forma de processo estabelecida pelo Conselho da Revolução, por negar ao arguido “o direito fundamental da instrução contraditória, com base no maquiavelismo do argumento da celeridade processual”, por olvidar “a consagração clara do direito dos arguidos e dos réus de se fazerem assistir por advogado nos interrogatórios a que seja sujeito, mesmo na fase da instrução”, por prever a prisão imediata de testemunha ou declarante que prestasse falsas declarações, o que constituía uma “forma de coacção psicológica, moral e física”, e por vedar o recurso das decisões com efeitos definitivos (Diário da Assembleia Constituinte n. 32, de 16.8.1975, pp. 833 e 834). Também o deputado Jorge Miranda se pronunciou em termos veementes sobre a criação deste tribunal e sobre a forma de processo nele aplicável: este tribunal tinha sido criado “contra o Programa do MFA e com regras de processo que desrespeitavam elementares garantias de defesa dos arguidos”, constituindo estas normas

Quatro meses depois de criado, o legislador extinguiu, pela Lei n. 15/75, de 23.12, o Tribunal Militar Revolucionário com o fundamento de que “as vantagens que daí poderiam advir, designadamente no aspecto da celeridade processual, não se concretizaram” e atribuiu aos tribunais militares a competência daquele tribunal.¹⁸³²

Se a criação destes dois tribunais representou uma medida de excepção revolucionária, que soçobrou passado pouco tempo, o mesmo não ocorreu com a reforma do processo militar preparatório e do regime das medidas de coacção, que teve lugar no âmbito da organização do Serviço de Polícia Judiciária Militar pelo Conselho da Revolução e obedeceu ao propósito expresso de combater a morosidade dos serviços de investigação criminal militar existentes. A reforma do regime das medidas de coacção foi, no entanto, antecedida pela restrição da garantia do *habeas corpus*.

Considerando que “nas presentes condições não faz sentido que a jurisdição comum se pronuncie sobre os assuntos próprios das forças armadas, nomeadamente sobre os relativos a indivíduos sujeitos a foro militar, os quais deverão recorrer tão-só aos meios atinentes e específicos da organização e foro militares” e ponderando que o disposto no artigo 325 do CPP tinha levantado dúvidas em face da nova legislação constitucional revolucionária, o legislador aprovou o Decreto-Lei n. 398/74, de 28.8, que excluiu do âmbito da garantia do *habeas corpus* todos os que estivessem sujeitos à jurisdição militar.¹⁸³³

“graves distorções” das instituições judiciárias democráticas (Diário da Assembleia Constituinte n. 95, de 16.12.1975, p. 3097). Em outro lugar, o mesmo autor afirmou que esta lei constitucional estabelecia uma forma de processo “com diminuição das garantias de defesa” (Jorge Miranda, 1978: 45).

¹⁸³² Os actos previstos na Lei n. 9/75 foram amnistiados pela Lei n. 74/79, de 21.11. Sobre o objecto desta lei pronunciou-se Cavaleiro de Ferreira (1983: 106 a 110).

¹⁸³³ O regime legal da detenção foi ainda em 1974 alargado, tendo sido aprovado o Decreto-Lei n. 744/74, de 27.10. Nos termos deste diploma, qualquer agente da autoridade podia proceder à prisão preventiva, em flagrante delito ou fora dele e sem culpa formada, pela prática de crime doloso punível com pena superior a um ano de prisão, que deveria ser sancionada em 24 horas por uma autoridade policial superior. A prisão podia durar cinco dias, findos os quais o preso devia ser apresentado à entidade competente pela instrução preparatória ou a uma autoridade militar, ficando a prisão sujeita ao regime da prisão preventiva do CJM. Assim, a apreciação judicial das detenções pela prática de crimes comuns era substituída por uma validação estritamente policial, não lhe sendo aplicável o *habeas corpus*. Mais tarde, o Decreto-Lei n. 320/76, de 4.5, que afastou duas das disposições mais censuradas do regime do *habeas corpus* vigente, os §§ únicos dos artigos 319 e 323 do CPP, determinou também que os tribunais comuns eram incompetentes para decretar a providência do *habeas corpus* em relação a “indivíduos sujeitos ao foro militar e que se encontrem detidos à ordem das autoridades militares”, reiterando, pois, neste aspecto a doutrina do diploma de 28.8.1974. Desta doutrina disse Hans-Heinrich Jescheck: “é porém simplesmente incompreensível que, sob um programa político obrigatório, que se propôs como objectivo um alargamento das garantias jurídicas do cidadão passem de futuro os cidadãos, na medida em que estejam sujeitos à jurisdição militar, a perder as garantias jurídicas da providência do *habeas corpus*” (*schlechterdings unbegreiflich ist es jedoch, wenn unter einem verbindlichen politischen Programm, das sich eigens eine Erweiterung der rechtsgarantien des Bürgers, soweit sie der Militärgerichtsbarkeit*

O novo Serviço de Polícia Judiciária Militar, criado pelo Decreto-Lei n. 520/75, de 23.9, abria um processo secreto de investigações, tendo o director, o subdirector ou mesmo o chefe de delegação da polícia competência para determinar o seu arquivamento, mas podendo o queixoso, se fosse pessoa com legitimidade para se constituir assistente, reclamar hierarquicamente desta decisão. Decidindo o director ou o sub-director que os autos deviam prosseguir, tinha lugar a instrução conduzida por um juiz de instrução colocado junto da direcção da Polícia ou da respectiva delegação. O arguido, o seu defensor e o assistente podiam requerer a realização de quaisquer diligências durante a instrução e, em caso de indeferimento, recorrer do despacho judicial. Após a prolação do despacho de indiciação pelo juiz instrutor, o defensor e o assistente tinham vista do processo e podiam ainda requerer as diligências complementares que tivessem por convenientes. Só depois de concluídas estas diligências o juiz de instrução proferia a informação prevista no artigo 454 do CJM, decidindo em seguida o chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas ou os comandantes das regiões militares, consoante os casos, se concordavam ou não com o parecer do juiz instrutor. Não concordando, o processo era remetido ao Supremo Tribunal Militar para resolução da divergência.¹⁸³⁴

Em contraste com o direito anterior, a jurisdicionalização do sumário da culpa que correspondia à fase de “instrução” era, pois, promovida quer pela supressão da faculdade de modificação das decisões do auditor pela autoridade militar, quer pela subida imediata e em separado para o Supremo Tribunal Militar dos agravos interpostos dos despachos de indeferimento de diligências instrutórias, quer ainda pela intervenção deste Alto Tribunal na resolução do conflito entre a autoridade militar e o juiz instrutor no final da instrução. Ao invés, na fase do corpo de delito que correspondia à fase da “investigação” mantinha-se e reforçava-se até o domínio da hierarquia militar sobre o destino dos autos, podendo o queixoso com legitimidade para se constituir assistente suscitar o controlo da decisão final desta fase pela hierarquia.

untersehen, die Rechtsgarantien des habeas-Corpus-Verfahren verlieren sollen, Hans-Heinrich Jescheck, 1975 b: 11). Cavaleiro de Ferreira pronunciou-se no sentido de que “o preceito, porém, não se encontra em vigor desde a publicação da Constituição de 1976”, razão pela qual “todas as condenações pelos tribunais militares de civis são ilícitas e nulas” (Cavaleiro de Ferreira, 1986 a: 267). Esta tese não vingou nos tribunais.

¹⁸³⁴ Este modo de resolução da divergência entre o juiz instrutor e a autoridade militar veio a ser revisto logo no Decreto-Lei n. 795/76, de 6.11, que permitiu à autoridade militar a remessa dos autos ao Supremo

O regime das medidas de coacção aplicáveis no âmbito da instrução conduzida pela Polícia Judiciária Militar aproximava-se consideravelmente do da lei geral, prevendo-se a aplicação subsidiária das disposições do CPP relativas a detenção, prisão preventiva e liberdade provisória, com ou sem deveres de apresentação, o interrogatório judicial de arguido detido no prazo máximo de 48 horas, salvo “justo impedimento” (artigo 31, n. 1, do regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n. 285/76, de 21.4), a fixação de prazos máximos para a prisão preventiva até à abertura das vistas e a equiparação do tempo de detenção ao tempo da prisão preventiva para efeitos da respectiva imputação na pena aplicada.

A Polícia Judiciária Militar encontrava-se na “directa dependência do Conselho da Revolução” (artigo 1 do Decreto-Lei n. 520/75, de 23.9), o seu director era nomeado por este órgão e o seu pessoal era livremente contratado ou nomeado por despacho de um membro daquele órgão, tendo competência para dirigir a fase de instrução apenas nos processos que lhe fossem afectos pelo Conselho da Revolução. Este regime, que devia manter-se enquanto o novo serviço não dispusesse das “estruturas necessárias ao pleno exercício das suas atribuições legais”, concentrava no Conselho da Revolução todos os poderes que eram cometidos ao chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas e aos comandantes das regiões militares pelo regulamento do Serviço de Polícia Judiciária Militar (artigo 3, n. 1, do Decreto-Lei n. 285/76, de 21.4), tendo, designadamente, os processos relativos aos factos ocorridos em 11.3.1975 sido pela Lei n. 15/75, de 23.12, afectos ao director da nova polícia.¹⁸³⁵

A abolição do foro pessoal pelo legislador constituinte¹⁸³⁶ e a consagração de

Tribunal Militar ou a devolução dos mesmos ao juiz instrutor para reforma da sua opinião. No caso de esta não se verificar, os autos subiam então ao Supremo Tribunal Militar.

¹⁸³⁵ O chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas mantinha, no entanto, a competência para “a título excepcional” autorizar o funcionamento de um tribunal territorial em localidade diferente da sede do respectivo tribunal dentro da mesma área de jurisdição ou “aforar qualquer processo a tribunal militar territorial diferente daquele que seja normalmente competente” quando “especiais circunstâncias o imponham para segurança dos arguidos ou maior celeridade processual” (artigo 6 do Decreto-Lei n. 50/76, de 21.1).

¹⁸³⁶ A proposta da comissão previa o julgamento pelos tribunais militares “dos indivíduos sujeitos a jurisdição militar e dos implicados em acções armadas contra a segurança do estado”, tendo sido substituída, por unanimidade, por uma proposta dos deputados José Luís Nunes e Aquilino Machado, entre outros, que continha o texto que veio a ser aprovado (Diário da Assembleia Constituinte n. 98, de 19.12.1975, pp. 3183 a 3185). Os dois fundamentos invocados para esta proposta foram o da não justificação do privilégio do foro nos casos de crimes negligentes cometidos por militares e o da necessidade da atribuição de competência aos tribunais militares para julgamento de certos crimes de natureza violenta “que os juizes dos tribunais civis têm sempre certo receio físico e justificado em julgar” (Diário da Assembleia Constituinte n. 98, de 19.12.1975, p. 3184). A comissão de redacção introduziu um

novas garantias constitucionais do processo penal, nelas se incluindo a do *habeas corpus* na jurisdição militar,¹⁸³⁷ impunham a revisão urgente do direito militar, razão pela qual o legislador constituinte determinou a “caducidade” do Código e do Regimento vigentes dentro de um ano, caso não fossem “harmonizados com a Constituição” (artigo 293, n. 2 da Constituição).¹⁸³⁸

“critério material (a equiparabilidade de crimes)” para orientar o legislador na delimitação dos crimes dolosos que não fossem crimes essencialmente militares, que também foi aprovado (Diário da Assembleia Constituinte n. 131, 2.4.1976, p. 4373). Na véspera da entrada em vigor do novo CJM, o Decreto-Lei n. 145-B/77, de 9.4, equiparou um conjunto de crimes aos crimes essencialmente militares, neles incluindo, designadamente, todos os crimes dolosos cometidos no interior de instalações militares. A doutrina defendeu uma interpretação restritiva da autorização constitucional de competência. Cunha Rodrigues (1977: 218 e 219) e Jorge Miranda (1978: 486 e 487) entendiam que os crimes essencialmente militares eram aqueles cujos elementos constitutivos implicavam a violação de algum dever militar ou a ofensa da segurança e disciplina das forças armadas e que a expressão “por motivo relevante” apontava para um critério material de equiparabilidade dos crimes. Também Figueiredo Dias (1995: 27e 28) defendeu uma “posição estreitíssima”, de acordo com a qual apenas os bens jurídicos militares, isto é, “os interesses militares da defesa nacional e aqueles outros que destes decorram como corolários indispensavelmente carecidos de tutela penal”, podiam constituir objecto de incriminação, mas não as “condutas consideradas contrárias à moral militar e aos seus valores corporativos ou individuais específicos”. A equiparação estabelecida na Constituição devia dizer respeito “à actuação da jurisdição militar em tempo de guerra”. Ao invés, Gomes Canotilho e Vital Moreira (1993: 809, 816 e 817) entendiam que, não obstante a lei constitucional ter optado por um conceito material do foro criminal, ela não impunha qualquer conceito de crime essencialmente militar, embora o critério devesse residir na protecção da “organização militar”. Por outro lado, a competência para conhecimento de outros crimes exigia “uma justificação («motivo relevante») para a exclusão dos tribunais judiciais”. Esta previsão diminuía, no entanto, segundo os mesmos autores, o alcance da garantia constitucional da proibição de tribunais criminais especiais. Nas vésperas da primeira revisão constitucional foi abertamente defendida a supressão da faculdade de alargamento da competência dos tribunais militares aos crimes equiparáveis por Francisco Sá Carneiro (1979: 140, “por se entender que a faculdade nele prevista é discricionária”), Jorge Miranda (1980: 157, “por poder ser perigoso à luz dos princípios do Estado de Direito”), Monteiro Dinis (1981: 98) e Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade (1981: 246 e 247).

¹⁸³⁷ O deputado Lopes de Almeida ainda propôs a proibição da “garantia do *habeas corpus* para os agentes, dirigentes e responsáveis políticos pelas organizações repulsivas do fascismo, nomeadamente a extinta PIDE/DGS, bem como para os acusados de crimes cujo julgamento seja competência do Tribunal Militar Revolucionário”, mas a proposta foi rejeitada, com 22 votos a favor (Diário da Assembleia Constituinte n. 38, de 28.8.1975, pp. 1043 a 1048).

¹⁸³⁸ A regra fixada no n. 1 do artigo 293 era a de que todo o direito ordinário anterior contrário às novas normas constitucionais cessava a sua vigência por caducidade, constituindo o n. 2 uma excepção à regra, que deferia por um ano o efeito jurídico genérico previsto pela regra (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 524 e 525).

Título 3 °
A Jurisdição Penal Ultramarina

Capítulo 1 °

A Difícil Implantação do Paradigma Judiciário Liberal

1. A pluralidade de métodos de administração ultramarina no final do Antigo Regime

O recurso a uma pluralidade de métodos de administração caracterizou a política ultramarina portuguesa desde a época inicial da expansão marítima, distinguindo-se, entre outros, a criação de feitorias, que funcionavam simultaneamente como entrepostos comerciais e instalações de domínio militar estratégico, e a doação a título hereditário do domínio das novas terras, com poderes de administração e, designadamente, jurisdicionais, também conhecido pelo sistema de capitánias.

Se nas feitorias era frequente encontrar um ouvidor que administrava a justiça, nas capitánias os poderes de administração da justiça estavam, em regra, determinados na respectiva carta de doação.¹⁸³⁹

O regimento dado ao capitão-mór da praça de Ceuta, contido no Título 84 do Livro V das Ordenações Afonsinas, previa que os crimes cometidos naquela praça que

não fossem puníveis com pena de morte ou cortamento de membros deviam ser julgados pelo capitão “segundo vos bem parecer que o devem seer os malfeitores per direito e razom, sem dando hy appelaçom nem aggravo pera nós”. Os crimes puníveis com aquelas penas admitiam, com algumas excepções determinadas pelo monarca, apelação e agravo. Este regime manteve-se no Título 27 do Livro II das Ordenações Manuelinas e no Título 47 do Livro II das Ordenações Filipinas, que estabeleciam a jurisdição dos capitães-móres nas terras de África entretanto conquistadas, com a expressa ressalva da existência de poderes especiais conferidos por carta que fosse outorgada ao capitão-mór.¹⁸⁴⁰

O monarca fixou também os limites da jurisdição das donatarias hereditárias nas terras do Brasil. Nas cartas das doações feitas aos capitães foi atribuída uma jurisdição criminal ampla. O capitão donatário podia nomear ouvidor, que conhecia de acções novas até dez léguas de onde se encontrasse e das apelações e agravos interpostos das decisões dos juizes das terras. O ouvidor tinha alçada até pena de morte natural nos crimes cometidos por peões, escravos e gentios e até dez anos de degredo e cem cruzados de multa para as pessoas de maior qualidade. A organização municipal era idêntica à metropolitana, tendo cada município um ou dois juizes ordinários.¹⁸⁴¹

Depois da criação do governo geral em 1548 o sistema de administração da justiça penal não se modificou substancialmente, tendo sido instituído o lugar de ouvidor geral, que exercia, com algumas modificações, as funções de administração superior da justiça anteriormente desempenhadas pelo ouvidor da donataria. Assim, o ouvidor geral conhecia por acção nova nos lugares onde se encontrasse e nas cinco léguas em redor das causas criminais, dando apelação para a Relação, e das apelações das sentenças dos ouvidores e dos juizes ordinários, tendo alçada nas causas de morte ou cortamento de membro, bem como nos crimes de traição, sodomia, furto, roubo de

¹⁸³⁹ Rui Ulrich, 1908: 325 a 327, Chaves e Castro, 1910: 241, Manuel Rodrigues, 1919: 64, 66 e 67, Fortunato de Almeida, 1925: 451 a 456, e 1927: 310 a 323, Marcello Caetano, 1934: 21 a 23, Silva Rêgo, 1951: 111, e Silva Cunha, 1958: 7 a 23, André Gonçalves Pereira, 1971: 128 e 129.

¹⁸⁴⁰ É o caso da carta de doação da ilha de São Tomé feita pelo rei D. Manuel a Fernão de Mello em 1499, que ampliava a alçada deste capitão até à pena de morte natural, embora lhe impusesse também a obrigação de julgar com dois ouvidores (José Lopes de Lima, 1844 b: 39). O regimento dado ao capitão de Cacheu em 15.1.1650 e o dado em 20.5.1676, o regimento dado ao ouvidor do reino de Angola em 23.6.1651, o dado ao governador de Angola em 10.4.1666 e o dado em 12.2.1676, o dado ao governador de Cabo Verde em 10.5.1676, o dado ao capitão-mór de Bissau em 17.3.1696 e o dado ao ouvidor da ilha de São Tomé em 24.10.1698 também previam regras especiais.

¹⁸⁴¹ Sobre o regime jurídico das doações no Brasil, João Mendes de Almeida, 1920: 151 e 152, e Paulo Merêa, 1924: 175 a 177, 183 e 184.

navio e quebramento de segurança. Nos restantes devia dar apelação para a Casa da Suplicação em Lisboa.¹⁸⁴²

Nas terras da Índia, o primeiro regimento de organização das justiças locais, de Afonso de Albuquerque, elaborado em 1511 e confirmado pelo monarca em 1518, criou os cargos de ouvidor da cidade de Goa, juiz ordinário, vereador e almotacé, definindo as respectivas competências e um sistema de recursos para o capitão-mór ou governador, que era assistido por um ouvidor geral.¹⁸⁴³

A primeira Relação ultramarina foi a de Goa, que foi criada em 1544, com jurisdição sobre os territórios da África Oriental e da Índia, Macau e Timor.¹⁸⁴⁴ Só em 7.3.1609 foi criada a Relação de São Salvador da Baía, depois de uma primeira tentativa, sem sucesso, em 25.9.1587, tendo sido seguida pela criação em 13.10.1751 da Relação de São Sebastião do Rio de Janeiro, em 13.5.1812 da Relação de São Luiz do

¹⁸⁴² Contudo, o Alvará de 5.3.1557 determinou que, independentemente das cláusulas das doações feitas aos capitães, cabia sempre recurso das condenações de “peões Christãos” em pena de morte natural e de quaisquer réus condenados na mesma pena pela prática dos crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa (Rocha Pombo, 1905: 409 e 433, e João Mendes de Almeida, 1920: 153). Em 1619, a província brasileira ficou dividida em três ouvidorias gerais, a da Baía, que até então constituía a única do Brasil, e as do Rio de Janeiro e do Maranhão, criadas pelos Alvarás de 5.6 e de 7.11.1619. Mais tarde, cada capitania teve o seu ouvidor geral. Só com a Carta régia de 4.3.1802 se declarou que as ouvidorias brasileiras não pertenciam aos donatários, mas ao domínio real, não sendo elas compreendidas pelas disposições da Carta de Lei de 19.7.1790 aprovada para as donatarias metropolitanas (João Mendes de Almeida, 1920: 158 e 159).

¹⁸⁴³ Carlos Gonçalves Pereira, 1964: 25. O primeiro vice-rei da Índia, D. Francisco de Almeida trouxe consigo um regimento, datado de 1511, que já continha algumas normas reguladoras do exercício da função judicial pelo vice-rei (Carlos Gonçalves Pereira, 1964: 13 a 15).

¹⁸⁴⁴ Não é pacífica na doutrina a data de criação da Relação de Goa, mas predomina a tese referida no texto (Carlos Pinto Coelho, 1900: 4 a 6, e Carlos Gonçalves Pereira, 1964: 79). A Relação da Índia teve o seu ouvidor do crime em 1550 e a competência exclusiva para conhecer dos crimes puníveis com pena de morte em 1551 (Carlos Gonçalves Pereira, 1964: 105 e 106). Um novo regimento, de 1586, compilou as disposições relativas à administração da justiça pelos ouvidores de várias fortalezas da Índia e da África oriental, tendo no ano seguinte um outro regimento procedido a uma reforma da organização judiciária na Índia, Moçambique e Macau. O regimento de 16.2.1587 manteve-se em vigor até 1774 (Carlos Gonçalves Pereira, 1964: 153, 154, 157 a 165). Os ouvidores conheciam os recursos interpostos dos juizes de fora e ordinários e tinham uma alçada tanto mais elevada quanto mais afastados se encontrassem da Relação, tendo os ouvidores letrados das fortalezas do norte da Índia, de África e de Macau a alçada dos capitães dos lugares de África definida pelas Ordenações. Em face dos abusos que se verificavam no exercício dos altos cargos de governo do Estado da Índia, o monarca aboliu todos estes cargos por Lei de 15.1.1774, tendo somente conservado o senado da câmara da cidade de Goa. O ouvidor geral cumulou neste período as funções de chanceler, intendente geral da polícia e juiz dos feitos da coroa, sendo todas as causas crimes julgadas nos termos sumários previstos no Alvará de 25.6.1760, umas em primeira e única instância pelos juizes de fora, outras relativas a penas superiores a dez mil réis por estes juizes com recurso para o ouvidor e outras causas ainda, as relativas a penas superiores a um mês de prisão, em primeira e única instância por uma junta, composta pelo ouvidor geral, pelos juizes de fora de Goa, Bardez e Salsete e pelo governador. A certos réus era admitido recurso das decisões de condenação em pena de morte natural ou civil para a Casa da Suplicação. Este regime extraordinário cessou com a reposição em funcionamento da Relação pelo Decreto de 2.4.1778.

Maranhão e em 6.2.1821 da Relação de Pernambuco.¹⁸⁴⁵

As Relações do Brasil e da Índia foram fundadas segundo o sistema dos tribunais superiores do reino e exerciam uma competência idêntica nos respectivos distritos.¹⁸⁴⁶ Destarte, no final do Antigo Regime, os territórios ultramarinos estavam divididos, ao nível da primeira instância, em ouvidorias, com um ouvidor em cada uma, e algumas destas em termos, com um juiz de fora ou um juiz ordinário à cabeça, encontrando-se, ao nível da segunda instância, os territórios da África oriental, do Estado da Índia, de Macau e de Timor sujeitos ao Tribunal da Relação de Goa, os da África ocidental, São Tomé e Príncipe e Cabo Verde à Casa da Suplicação e os do Brasil às várias Relações entretanto criadas na Terra de Vera Cruz. Os lugares para juízes letrados, quer de primeira, quer de segunda instância, eram providos pelo rei, após consulta do Conselho Ultramarino, sem prejuízo das disposições especiais contidas nas cartas e nos regimentos dados aos capitães-móres e governadores.¹⁸⁴⁷

Depois do estabelecimento da casa real no Brasil, o Alvará de 10.5.1808 deu à Relação do Rio de Janeiro a categoria de Casa da Suplicação, com competência para conhecer os agravos ordinários e as apelações que viessem do Pará, Maranhão, das ilhas dos Açores e da Madeira e da Relação da Baía. Logo no ano seguinte esta competência muito ampla foi restringida, passando aquele tribunal a conhecer, por força do Alvará de 6.5.1809, apenas dos agravos e das apelações do distrito do Rio e os agravos ordinários que saíssem da Relação da Baía e voltando a Relação de Lisboa a conhecer, como

¹⁸⁴⁵ José Anastácio de Figueiredo, 1790: 240. Já depois de instituída em 1609, a Relação da Baía veio a ser suprimida em 5.4.1626, “pois as dificuldades de comunicações internas, mesmo pela costa, não eram menores nem menos penosas do que com a côrte, nem mesmo na Bahia os processos eram mais expeditos do que em Lisboa” (Rocha Pombo, 1905: 410). A Relação da Baía voltou a funcionar a partir de 12.9.1652.

¹⁸⁴⁶ José Anastasio de Figueiredo, 1790: 237, Ricardo Nogueira, 1858: 152, e Gouvêa Pinto, 1820: 233 e 237, e Carlos Pinto Coelho, 1900: 20 a 23. Sobre a competência e o modo de funcionamento das Relações brasileiras, Rocha Pombo, 1905: 411 a 413, e Waldemar Ferreira, 1960: 84, 91 e 92. O regimento da Relação do Brasil de 1609 remetia expressamente para o da Casa da Suplicação no que toca às competências do governador, do chanceler, do ouvidor geral e do juiz dos feitos da coroa da Relação brasileira, que eram equiparadas, respectivamente, à do regedor, do chanceler, dos corregedores do crime e do cível e do juiz da coroa da Casa de Lisboa. Ao invés, os três desembargadores dos agravos brasileiros tinham competência para julgar, além das causas que os seus congêneres em Lisboa decidiam, as dos ouvidores do crime da Casa da Suplicação. O regimento da mesma Relação de 1652 também procedeu a esta equiparação.

¹⁸⁴⁷ Ao Conselho Ultramarino competiam desde a sua criação em 1642 “todas as materias e negocios, de qualquer qualidade que forem, tocantes aos ditos Estados da Índia, Brasil e Guiné, Ilhas de São Thomé e Cabo Verde, e de todas as mais partes Ultramarinas, tirando as Ilhas dos Açores e da Madeira, e Lugares de Africa” e, mais especificamente, “o provimento de todos os officios de justiça, guerra e fazenda”. A doutrina filia o Conselho Ultramarino, criado por D. João IV, no Conselho da Índia, instituído em 1604 por Filipe II (Marcello Caetano, 1967 a: 41 e 42).

anteriormente, dos restantes recursos. A Casa da Suplicação brasileira julgava as apelações e os agravos como tribunal supremo, não competindo outro recurso que não fosse o de revista das decisões nela proferidas.¹⁸⁴⁸

No entanto, ainda na segunda metade do século XVIII a organização judiciária ultramarina foi profundamente modificada em face do surgimento das Juntas de Justiça. Assim, os Alvarás de 28.8 e de 20.10.1758 criaram uma Junta de Justiça em Pernambuco e outra no Pará e, mais tarde, o Alvará de 18.1.1765 determinou a criação de Juntas idênticas em todos os lugares da província brasileira onde houvesse ouvidor, com competência para conhecer em primeira e última instância dos crimes do foro militar e de certos crimes graves especificados na lei, tais como a rebelião, o homicídio, o roubo e a resistência à justiça.¹⁸⁴⁹ Também as cartas régias de 9.5.1761, de 14.11.1761 e de 26.3.1803 instituíram Juntas de Justiça, respectivamente, em Moçambique, em Angola e em Macau, compostas pelo governador, pelo ouvidor, pelo juiz de fora e por três militares, que tinham competência para julgar sumariamente certos crimes graves. As sentenças eram decididas à pluralidade de votos e podiam impor pena de morte natural, sendo executadas no próprio dia em que fossem proferidas.

Ao invés, a criação da Junta de Macau não obedeceu ao mesmo propósito, tendo antes ocorrido no âmbito de uma reforma mais ampla da organização judiciária local. Esta Junta apresentava também uma composição e uma competência distintas. A Junta era composta pelo governador da cidade, pelo ouvidor, que servia de relator, pelo comandante das tropas, o juiz ordinário do mês, os dois vereadores mais velhos e o procurador do senado e tinha competência para julgar em primeira e última instância todas as causas crimes, quer os réus fossem militares quer fossem paisanos, com ressalva do direito de recurso para a Relação de Goa no caso de crime punível com pena capital cometido por réu não chinês. O ouvidor procedia ao processo preparatório em concorrência com os demais juizes, de acordo com o disposto no Alvará de 5.3.1790, tendo competência exclusiva para tal nos casos de crimes de ferimentos graves, furtos com forçamento de casa e estupro violento. O ouvidor realizava também a visita às cadeias e nelas julgava, nos termos do assento de 17.10.1781, com os juizes ordinários e o vereador mais velho ou o procurador da cidade, os que tivessem cometido

¹⁸⁴⁸ Gouvêa Pinto, 1820: 231 e 232.

perturbações e excessos na cidade ou se tivessem travado de razões com os habitantes chineses.

Ponderando “os serios, e mui attendiveis prejuizos, que soffrem os Meus Fieis Vassallos, residentes nos Meus Dominios Ultramarinos, ocasionados pelas demoras e delongas, com que se embaraça e protrahe a final decisão dos Negocios, especialmente os Forenses, em todos aquelles casos, e incidentes, em que se faz necessario recorrer a Superiores Instancias”, o Alvará de 10.9.1811 estabeleceu finalmente em todas as capitánias dos domínios ultramarinos Juntas compostas pelo capitão general ou governador, pelo ouvidor e juiz de fora e com competência, designadamente, para conceder a reforma das cartas de seguro, passar alvarás de fiança, expedir perdões e comutar as penas em outras pecuniárias, salvo a pena de galés.

A revolução liberal não alterou esta organização dos tribunais ultramarinos, que se manteve até meados da década de trinta do século XVIII. Com a divulgação dos ideais da revolução francesa, as doutrinas assimiladoras dos territórios ultramarinos à metrópole foram importadas pelo novo regime liberal português, contrariando a política de sujeição do Antigo Regime.¹⁸⁵⁰

A política de assimilação caracterizava-se pela vigência da mesma legislação em todas as partes do território nacional, pela participação dos representantes das colónias no processo legislativo e pela uniformização das administrações metropolitana e ultramarina.¹⁸⁵¹ No tocante aos indígenas, a política de assimilação visava o reconhecimento da igualdade política e jurídica entre indígenas e não indígenas.¹⁸⁵²

¹⁸⁴⁹ “A inconveniência de apelações demoradas e a necessidade de pronta justiça aconselharam a nomeação de «juntas» que, em diversas capitánias, funcionaram como tribunal irrecorrível – na hipótese de crimes contra a «paz pública»” (Pedro Calmon, 1959: 1284).

¹⁸⁵⁰ O sistema de sujeição era um dos três sistemas coloniais que a doutrina identificava. Sobre as três formas de colonização, de sujeição, de assimilação e de autonomia, Lourenço Cayolla, 1912: 283 a 304, e Silva Cunha, 1953: 11 a 15, e sobre o sistema colonial do Antigo Regime, Rui Ennes Ulrich, 1909: 101 (“regimen da sujeição excessiva”), Lourenço Cayolla, 1912: 279, 285, 371 (“sujeição, temperando-os porém na Índia, pelo respeito aos costumes, hábitos, religião e até organização política dos naturaes”), Rocha Saraiva, 1914: 227, e Marcello Caetano, 1934: 89 e 90, 94 a 98 (“sujeição mitigada”, atenta a transplantação das instituições municipais para o ultramar). As designações então utilizadas de domínios, conquistas e senhorios traduziam uma íntima dependência da política ultramarina em relação à pessoa do rei (Gonçalo Santa-Rita, 1950: 23).

¹⁸⁵¹ Sobre o sistema colonial assimilador introduzido pelos liberais de vinte, Marnoco e Souza, 1905: 297, 308, 319, 334 e 364, Rui Ennes Ulrich, 1909: 103, Rocha Saraiva, 1914: 228, Almeida Garrett, 1919: 283, Marcello Caetano, 1934: 60, 91, 98 a 103 (“assimilação centralizadora”), e Silva Cunha, 1951: 112.

¹⁸⁵² A política indígena do Antigo Regime já era uma política de assimilação (Silva Rêgo, 1951: 223, e 1963: 261 e 272) ou de “assimilação tendencial”, não política, mas “espiritual” (Silva Cunha, 1952: 23, 37).

Os propósitos assimiladores dos revolucionários, que já se reflectiam claramente no Manifesto publicado pela Junta Provisional do Governo Supremo do Reino de 31.10.1820, vieram a ser acolhidos na Base n. 21 do Projecto da Constituição liberal, que declarava que a Constituição obrigaria os portugueses residentes no Reino de Portugal e dos Algarves e os residentes nas outras três partes do mundo, logo que os seus legítimos representantes tivessem manifestado ser esta a sua vontade.¹⁸⁵³

O projecto estabeleceu o número de Relações nos territórios ultramarinos, uma em cada província do Brasil, uma na Guiné e outra na Índia. O recurso de revista seria na província do Brasil conhecido pelas Relações, que teriam até competência para logo fazer executar as suas sentenças quando declarassem a nulidade ou a injustiça da sentença recorrida. Em África e na Índia, o recurso de revista seria conhecido pela Relação da província “pelo methodo que a Lei determinar” (artigo 158 do projecto).

Os constituintes foram além do projecto. A Constituição veio a prever não apenas a existência de Relações em todo o “Reino Unido”, mas também um Supremo Tribunal de Justiça no Brasil, com as mesmas atribuições do tribunal com sede em Lisboa. No tocante às províncias ultramarinas de África e da Índia, a determinação do juízo e do modo de resolução dos conflitos de jurisdição entre as Relações, a concessão de revistas, a responsabilidade dos juízes nestes casos e as funções de tribunal protector da liberdade de imprensa deviam ser objecto de lei ordinária. O legislador constituinte fixou, no entanto, um critério fundamental para a lei ordinária, que era o de que as causas seriam “tratadas no mesmo território” onde se levantavam (artigo 193 da

¹⁸⁵³ Depois de ter incitado os habitantes dos territórios ultramarinos a vir participar na assembleia constituinte, o manifesto da Junta Provisional afirmava peremptoriamente o princípio da igualdade de todos os portugueses sem distinção de raças ou lugares de nascimento: “Extinto para sempre o injurioso apelido de Colónias não queremos todos outro nome que o título generoso de concidadãos da mesma pátria. Quanto nos deprimiu a uns e a outros a mesma escravidão tanto nos exaltará a comum liberdade e entre o europeu, americano, asiático, africano, não restará outra distinção que a profiada competência de nos excedermos e avantajarmos por mais entranhável fraternidade, por mais heroico patriotismo, pelos mais denodados esforços” (Gonçalo Santa-Rita, 1949: 10 e 11). Diferentemente, a assembleia nacional francesa autorizou, por Decreto de 8.3.1790, os habitantes das colónias a elaborar um projecto de constituição própria para cada colónia, que devia conformar-se com umas bases gerais feitas pela assembleia nacional e ser submetido posteriormente ao exame da mesma assembleia e à sanção do rei. Para o efeito, deviam ser formadas assembleias legislativas nas colónias onde ainda não o tivessem sido. Esta foi a solução encontrada para fazer os colonos gozar das novas liberdades, respeitando, contudo, a especificidade das conveniências locais. O fracasso desta solução conduziu à adopção clara de um sistema de assimilação desde a Constituição do ano III, com a excepção do sistema de sujeição da Constituição do ano VIII. O sistema de assimilação constituiu, pois, um “legado da revolução francesa” e um princípio constante na história constitucional francesa do século XIX (Pierre Aubry, 1909: 8, 99, 107 e 108).

Constituição).¹⁸⁵⁴ Deste modo, os constituintes definiram claramente o princípio da uniformidade da administração da justiça em todo o território nacional e o critério para a concretização legal das especialidades da administração judiciária ultramarina.¹⁸⁵⁵

A declaração de independência do Brasil e a guerra civil impediram, contudo, a regulamentação das novas directrizes constitucionais para a administração da justiça ultramarina.

2. As graves limitações do modelo específico consagrado na reforma de 1836/1837

A tarefa da reorganização judiciária no ultramar português só foi realizada após a outorga da Carta Constitucional, reiterando com ela o monarca outorgante a anterior opção política pela uniformização da administração judiciária em todo o

¹⁸⁵⁴ Este facto é ignorado por alguma doutrina quando afirma que os constituintes teriam omitido “qualquer disposição especial para as colónias, porque se pressupunha a aplicabilidade das disposições constitucionais a todo o território nacional, sem distinguir o da metrópole do ultramarino” (Silva Cunha, 1951: 113, e 1953: 115, e Alfredo Wilensky, 1971: 22 e 23).

¹⁸⁵⁵ A ameaça do movimento separatista brasileiro marcou profundamente a discussão das disposições do projecto da constituição sobre a organização judiciária ultramarina, em especial, nas sessões de 31.1 e de 1.2.1822, em que se aprovou a existência de Relações naquela província e se fixou a sua competência para decidir das revisões, e nas sessões seguintes de 9, 11 e 13.2, em que se discutiu acerbamente a competência das Relações brasileiras para suspender juizes. Os termos violentos com que a questão foi logo de início exposta pelos deputados Borges Carneiro e Freire mantiveram-se ao longo de toda a discussão e foram mesmo acirrados com as várias intervenções dos deputados brasileiros, tendo o congresso rejeitado esta competência das Relações (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 183). Gonçalo Santa-Rita sintetizou muito justamente a discussão do problema das colónias na assembleia constituinte como uma discussão centrada em torno do dilema brasileiro (“na realidade a união e igualdade de direitos visava os portugueses do Brasil; só por inevitável coerência e para disfarçar, com aspecto de generalidade, o que se queria dar a esses, se alargava aos das outras possessões”, Santa-Rita, 1949: 8, 15 e 16). Também sobre esta discussão, Thomaz Ribeiro, 1891: 244 a 247, e Zília Osório de Castro, 1990: 301 a 304, salientando aquele autor “a preocupação fatal, antipathica, inconvenientíssima do congresso” em não dar “vislumbre sequer de um poder soberano, delegado só que fosse, ao Brazil”. Ao invés, a administração da justiça nas províncias africanas e asiáticas não constituiu um motivo de discordância entre os constituintes. Na sessão de 19.3.1822, foram apresentados dois relatórios da comissão do ultramar sobre as províncias de Angola e de Moçambique, em que se retratava o desenvolvimento de cada uma das províncias, merecendo a organização judiciária apenas uma menção no relatório de Moçambique no sentido de que se devia abolir o novo lugar de juiz de fora, pois o antigo ouvidor era “mais do que suficiente para as poucas demandas que havia, e que hoje ainda são menos” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 883 a 889). Na sessão de 2 de Abril desse ano foi apresentado um outro relatório sobre a província de Cabo Verde, que nenhuma menção fazia à administração da justiça (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VI, pp. 620 a 625).

território nacional e pela assimilação dos portugueses indígenas aos portugueses não indígenas.¹⁸⁵⁶

A reforma da organização judiciária ultramarina começou a ser publicada no mês seguinte ao da aprovação da Nova Reforma Judiciária, que iria vigorar apenas no território da metrópole.¹⁸⁵⁷ Os dois diplomas fundamentais que realizaram aquela reforma foram o Decreto de 7.12.1836, que procedeu à organização judiciária civil e militar do território ultramarino na Ásia e na costa oriental de África, e o Decreto de 16.1.1837, que procedeu à organização judiciária em Moçambique, Angola e nas ilhas de S. Tomé e Príncipe e Cabo Verde.¹⁸⁵⁸

A reforma tinha dois objectivos muito distintos: por um lado, a conformação da organização judiciária do distrito judicial de Goa de acordo com a da metrópole e, por outro, a modificação profunda do processo penal aplicável em todo o território ultramarino, com excepção das províncias das novas conquistas, de Solor e de Timor.

O primeiro daqueles Decretos restabeleceu a Relação de Goa, abandonada em 1822 pelos seus titulares. O distrito da Relação compreendia as ilhas de Goa e as possessões portuguesas na Ásia e na costa oriental de África, tendo aquele Tribunal superior competência para julgar em segunda e última instância todas as causas cíveis e crimes e em primeira e única instância os crimes puníveis com a pena de morte, mas exigindo a condenação nesta pena um colectivo reforçado por mais dois juizes de direito das comarcas de Goa, além dos três juizes da Relação. O legislador instituiu também um

¹⁸⁵⁶ José Lopes de Lima, 1844 a: 52, e Marnoco e Souza, 1905: 440, e, retrospectivamente, Adriano Moreira, 1951: 5 e 6, e 1960: 298, Silva Cunha, 1951: 113, e Alfredo Wilensky, 1971: 33.

¹⁸⁵⁷ Em face das imensas dificuldades resultantes da organização judiciária do final do Antigo Regime, em que apenas se tinha criado um distrito judicial no Estado da Índia, que incluía Macau e Timor e a África oriental, e se sujeitava todas as províncias de África ocidental ao distrito da Casa da Suplicação, o deputado às cortes António Lima Leitão apresentou em 21.2.1828 um projecto de reorganização judiciária, que não foi sequer discutido. Este projecto previa a criação de três províncias, cada qual com uma Relação: a de Cabo Verde, com sede em São Tiago, a da África ocidental, com sede em Luanda, e a da Índia, Timor e Moçambique, com sede em Nova Goa. Os termos das ouvidorias seriam substituídos por julgados, com juizes de direito. A Reforma Judiciária de 1832 não dispunha para o ultramar e o primeiro diploma reformador aprovado pelo governo liberal é do ano seguinte. Atendendo “às necessidades de simplificar a pública administração, e de a colocar em harmonia coma Carta Constitucional, a qual não reconhece a multiplicidade dos tribunais, que sem proveito das partes eram de evidente perda para o Tesouro público”, o legislador aboliu o Conselho Ultramarino por Decreto de 30.8.1833.

¹⁸⁵⁸ A doutrina criticou veementemente este diploma, concluindo que “em todo aquelle Decreto se enxerga uma perigosa precipitação, e carencia de conhecimento local dos paizes, para os quaes se legislava á pressa” (José Lopes de Lima, 1846: 85). O diploma reformador aplicável na Ásia e na costa oriental de África foi também mandado aplicar, pelo Decreto de 21.4.1842, nas províncias de África ocidental e nas ilhas adjacentes “especialmente no que respeita ao tempo de serviço dos Magistrados e consideração em que devem ser tidos no seu regresso a este Reino”.

Conselho Supremo de Justiça Militar que funcionaria como tribunal de segunda e última instância na jurisdição militar no distrito de Goa.

Os órgãos judiciais de primeira instância eram constituídos em cada uma das três comarcas das Ilhas de Goa, de Bardez e de Salsete, em que se encontrava dividido o distrito de Goa, pelo juiz de direito, que também exercia funções como auditor nos conselhos de guerra, e por um tribunal de polícia correccional, composto pelo juiz de direito e por dois advogados ou dois homens bons, escolhidos pelo presidente da Relação, e em cada freguesia do distrito de Goa pelo juiz eleito e pelo juiz de paz, designados nos termos da lei geral.

Ao invés, nos territórios de Macau e de Moçambique e nas três comarcas da África ocidental portuguesa subsistiam as Juntas de Justiça de Macau, Moçambique e de Angola, criadas no final do Antigo Regime, sendo na comarca de Cabo Verde estabelecida uma nova Junta de Justiça. Estes órgãos julgavam os crimes cometidos por civis e militares sem recurso, por contraposição com as causas cíveis, que nas comarcas da África ocidental portuguesa admitiam recurso para a Relação de Lisboa e na comarca de Moçambique para a Relação de Goa.¹⁸⁵⁹

Na primeira instância foi criado um lugar de juiz de direito em cada uma das novas comarcas africanas de Luanda, São Tomé e Príncipe e Cabo Verde e nos territórios de Moçambique e Macau, que substituíram os antigos ouvidores destas possessões, mantendo a competência instrutória dos processos julgados nas Juntas.

O estatuto destes magistrados, tal como o dos juizes de direito do distrito de Goa, era o mesmo do da metrópole, beneficiando das mesmas garantias até 1848.¹⁸⁶⁰ O

¹⁸⁵⁹ A única Junta de Justiça criada pelo legislador liberal foi a primeira a ser extinta. A Junta de Justiça de Cabo Verde foi logo extinta em 1.10.1856, tendo sido atribuída a sua competência criminal aos juizes de direito, com a excepção dos crimes praticados por militares que tivessem foro privilegiado, que eram decididos pelo conselho de guerra, com recurso para o Supremo Conselho de Justiça Militar do reino. No entanto, a prova produzida nas audiências diante do juiz de direito era reduzida a escrito e tinha lugar apelação officiosa pelo Ministério Público das sentenças proferidas sobre crimes de penas maiores. As outras duas Juntas de Justiça mantiveram a respectiva competência, tal como era definida nos diplomas que as tinham instituído. Esta questão colocou-se expressamente a propósito da Junta de Justiça de Macau, tendo o legislador aproveitado o ensejo para esclarecer, através da Portaria de 18.1.1849, que a Relação de Goa nenhuma jurisdição tinha nas causas sujeitas à Junta de Justiça de Macau, salvo no caso de pena última, nos termos do § 5 do Alvará de 26.3.1803, que criou a dita Junta. A questão não ficou definitivamente resolvida, tendo-o sido meses mais tarde através da publicação da Lei de 4.5.1849. Nos termos desta lei, das sentenças condenatórias em pena capital proferidas pela Junta de Justiça de Macau competia ainda recurso obrigatório para a Relação de Goa, devendo a decisão final desta ser submetida à resolução do poder moderador, mesmo no caso de réu chinês.

¹⁸⁶⁰ Quer o regime administrativo instituído pela Lei de 5.4.1835, que organizou provisoriamente os domínios ultramarinos em capitánias, quer o regime administrativo fixado pelo Decreto de 28.9.1936, que

Decreto de 1.8.1844 determinou que os juizes de direito de primeira instância das províncias ultramarinas podiam ser mudados pelo governo nos mesmos termos dos da metrópole, logo que completassem três anos de serviço ou, quando o exigisse o serviço público, mesmo antes deste prazo. Neste caso a transferência dependia apenas de prévia audição do Conselho de Estado. Contudo, a Lei de 18.8.1848 modificou este regime de equiparação dos estatutos das magistraturas da metrópole e do ultramar, prevendo que os juizes de direito de primeira instância nas províncias ultramarinas podiam ser transferidos pelo governo dentro da mesma província, com voto afirmativo do Conselho de Estado, mas sem audiência prévia do juiz visado, ao invés do que acontecia no continente e nas ilhas adjacentes.

A estrutura do processo penal ultramarino foi profundamente modificada pela introdução do princípio da publicidade com uma amplitude maior do que a daquele princípio na legislação metropolitana. Quer a repergunta obrigatória no Tribunal da Relação e nas Juntas de Justiça das testemunhas que já tinham sido ouvidas na fase preparatória do processo, quer as audiências de julgamento diante do juiz de direito e do Tribunal de Polícia eram públicas depois da prolação da pronúncia. A consagração muito ampla da garantia da publicidade do processo constituía simultaneamente um meio de concretização do princípio da imediação e do princípio do contraditório, permitindo ao réu conhecer e discutir toda a prova da acusação em público e impondo ao tribunal que fundamentasse a sua decisão apenas na prova produzida em audiência.

1861

A instituição da magistratura do Ministério Público, que libertava o juiz da função de promotor dos termos da acusação, e a criação de um tribunal colectivo para julgamento em primeira instância dos crimes de polícia melhoravam significativamente

dividiu os domínios africanos em três governos gerais e um particular e formou um governo geral nos domínios asiáticos, previam expressamente que os capitães gerais e os governadores não tinham quaisquer competências jurisdicionais e não podiam interferir directa ou indirectamente nos negócios judiciais. A Portaria de 9.7.1840 fixou os termos em que seriam resolvidas as disputas entre as autoridades administrativas e judiciais das províncias. O governador tinha o dever de controlar a omissão do presidente da Relação na inspecção das faltas dos juizes, representando ao governo para se proceder contra aquele quando fosse caso disso. A Portaria de 25.2.1842 reiterou os princípios fixados em 1836 e 1840 e esclareceu que o governador não podia reter presos na cadeia à sua ordem, mesmo que se tratasse de presos em flagrante delicto.

¹⁸⁶¹ Não obstante a opção clara do legislador, suscitou-se na prática a dúvida sobre a manutenção do auto de ratificação da pronúncia nas Juntas de Justiça e a consequente possibilidade de aproveitamento da prova do processo preparatório na audiência de julgamento, tendo o legislador esclarecido a dúvida, através da Portaria de 4.5.1848, no sentido de que a obrigação de elaboração daquele auto já tinha ficado suspensa em virtude da modificação da lei geral.

a posição processual do réu no julgamento dos crimes menos graves, quer em relação ao direito anterior, quer mesmo em relação ao direito da metrópole. Apesar das limitações decorrentes da composição do tribunal e da estrutura sumária e inquisitória do processo de polícia correccional, a atribuição ao Tribunal de Polícia Correccional de competência para julgar em primeira instância os crimes de polícia realizava no direito ultramarino uma das características mais salientes do modelo judiciário francês, que a Nova Reforma Judiciária não tinha conseguido consagrar na metrópole.¹⁸⁶²

No julgamento dos crimes mais graves, a situação era mais complexa, distinguindo-se no distrito de Goa os feitos que não tivessem a natureza de crimes de polícia e fossem puníveis com pena distinta da pena de morte, que eram julgados apenas pelo juiz de direito, com registo da prova, dos feitos puníveis com a pena de morte, que eram julgados pela Relação. Naqueles feitos, como nestes, o princípio da acusação não era observado, pois nos primeiros o juiz de direito que pronunciava o réu julgava a causa e nos segundos o juiz que dava a pronúncia podia fazer parte do colectivo reforçado que julgava o feito na Relação. A extinção dos lugares dos juizes ordinários na Índia, que foram mantidos na metrópole e nas províncias da África ocidental, agravava ainda mais a situação do réu, uma vez que o juiz de direito passou a exercer a competência instrutória dos juizes ordinários. Nas comarcas de Macau e de Moçambique e nas três comarcas da África ocidental portuguesa a situação não era distinta, pois o juiz da pronúncia intervinha na composição da Junta que julgava o feito.

A exclusão dos embargos deixava o réu condenado em primeira instância nas Juntas de Justiça e no Tribunal da Relação na impossibilidade de impugnar ordinariamente a decisão do tribunal, sobrando-lhe apenas o apelo ao monarca.¹⁸⁶³ Ao

¹⁸⁶² O legislador português seguiu o mesmo caminho do legislador francês da Restauração, que regulou a organização judiciária das quatro principais colónias da coroa, a Reunião, as Antilhas e a Guiana, respectivamente, com as *ordonnances* de 30.9.1827, de 24.9.1828 e de 24.12.1828, em termos semelhantes aos da metrópole, mas com três particularidades, que iriam caracterizar o direito ultramarino francês: a unicidade do juiz de primeira instância, a atribuição da competência correccional ao tribunal de apelação da colónia e a substituição do tribunal de júri por um tribunal composto por magistrados togados e assessores. Estas características só foram suprimidas na Reunião e nas Antilhas pelas Leis de 16.8.1854 e de 27.7.1880.

¹⁸⁶³ Os termos da legislação nova suscitaram a questão de saber se a pena de morte devia ser executada de imediato nas províncias ultramarinas, tendo o legislador, através da Portaria de 20.9.1843, esclarecido que também os condenados em pena de morte no ultramar podiam utilizar o benefício real de perdoar e minorar as penas e que se deveriam considerar revogadas as disposições em contrário, “que se não se considerassem revogadas collocariam os subditos portugueses, residentes n’ aquellas províncias, em condição menos vantajosa que a dos residentes na Europa”. Mais tarde, após a aprovação da Novíssima Reforma Judiciária, a questão da irrecorribilidade das decisões das Juntas de Justiça voltou a colocar-se em face da disposição do artigo 1197 daquele diploma, tendo o legislador esclarecido, pela Portaria de

invés, o registo da prova nas causas conhecidas apenas pelo juiz de direito no distrito de Goa permitia ao Tribunal da Relação uma sindicância ampla da decisão sobre a matéria de facto e sobre a suficiência dos meios de prova. Entre a indefesa do réu condenado pelo Tribunal da Relação ou pela Junta de Justiça em primeira instância e a defesa ampla do condenado pelo juiz de direito em primeira instância, encontrava-se o réu julgado e condenado pelo colectivo do Tribunal de Polícia Correccional, que podia apenas impugnar a decisão de direito no Tribunal da Relação.

3. Os aperfeiçoamentos das reformas legislativas da Regeneração

A pacificação da vida política nacional permitiu aos governantes atentar nos negócios ultramarinos. Com a entrada de António Maria Fontes Pereira de Melo para o ministério da marinha e do ultramar iniciou-se o movimento de reforma da legislação ultramarina, que também foi incentivado pela consagração ao nível constitucional do princípio da especialização da ordem jurídica ultramarina. A Constituição de 1838 tinha incluído este princípio pela primeira vez, prevendo a existência de leis especiais para cada província ultramarina e a possibilidade de o governo da metrópole ou os governadores gerais decretarem medidas urgentes para as províncias ultramarinas, não estando reunidas as Cortes.¹⁸⁶⁴ Após a reposição em vigor da Carta a doutrina do título X da Constituição de 1838 foi de novo elevada ao nível constitucional pelo Acto adicional à Carta de 5.7.1852.¹⁸⁶⁵

11.4.1864, que aqueles meios de impugnação não eram aplicáveis nos processos julgados pelas Juntas de Justiça.

¹⁸⁶⁴ Já depois da aprovação da nova Constituição, tendo o governador da província de Moçambique ordenado a expulsão dos baneanes, mouros, persas e gentios residentes na província, o governo reagiu de modo claro, através da Portaria de 7.11.1838, considerando nulo o “monstruoso” Decreto do governador, pois os baneanes, mouros, persas e gentios domiciliados nas províncias ultramarinas da Ásia e de África gozavam de todos os direitos civis e políticos e estavam sujeitos a todas as obrigações consagradas pela Constituição.

¹⁸⁶⁵ O Acto limitou a doutrina da Lei de 2.5.1843, que atribuía ao governo a competência legislativa, não só em momentos de urgência, mas sempre que fosse indispensável para o bem das colónias, e retomou a

Dezoito anos depois da sua extinção, o Decreto de 23.9.1851 instituiu de novo o Conselho Ultramarino, tendo o respectivo regimento sido aprovado pelo Decreto de 29.12.1852. O novo órgão da administração ultramarina era composto por sete vogais efectivos e seis extraordinários, nomeados por decreto real, e tinha competência para proceder à abertura dos concursos e classificação para lugares no ultramar e para propor o sancionamento do “mau serviço” dos funcionários ultramarinos de qualquer ordem e categoria (artigo 14, 3º, do Decreto de 23.9.1851). Simultaneamente, o Decreto de 27.12.1852 restabeleceu as sindicâncias a todos os juizes de direito de primeira e de segunda instância do ultramar, autorizando também o governo a determinar, sob consulta do Conselho Ultramarino, a realização de sindicâncias extraordinárias.¹⁸⁶⁶

As regras para a realização dos concursos para os lugares da magistratura judicial do ultramar e para a nomeação, a transferência e a promoção dos juizes de direito no ultramar só foram, no entanto, fixadas quatro anos depois, respectivamente, pelo Decreto de 5.11.1856 e pelo Decreto de 11.12.1856.

Na sequência da Lei de 21.7.1855, que dividiu em três classes os lugares dos juizes de direito de primeira instância do reino e das ilhas adjacentes e regulou a nomeação, a promoção e a antiguidade dos juizes do reino, o governo dividiu os juizes de direito de primeira instância das províncias ultramarinas em duas classes, compreendendo a primeira os das comarcas de Goa, Bardez, Salsete, Macau e Luanda e a segunda os das comarcas do Sotavento e do Barlavento de Cabo Verde, de São Tomé, de Benguela e de Moçambique. Os juizes podiam ser transferidos para comarca da sua classe ao fim de seis anos ou antes ainda por conveniência de serviço, mas neste caso com audiência escrita prévia do juiz visado e voto afirmativo do Conselho Ultramarino. Os juizes de primeira instância eram nomeados para comarcas de segunda classe e

doutrina restritiva da Constituição de 1838. A crítica da opção constitucional e da prática governativa que desde então se instalou de os executivos governarem os territórios ultramarinos em “permanente regime ditatorial” foi feita por Marnoco e Souza (1905: 212, 297, 308, 334 e 338), Almeida Garrett (1919: 289, 290 e 294) e Marcello Caetano (1934: 80). Em 1905, Marnoco e Souza ainda se queixava de que “as nossas colónias continuam a ser governadas do Terreiro do Paço”. Três anos depois, também Rui Ulrich (1908: 361 e 362) atribuiu à prática governativa da metrópole a “nossa decadência colonial”, considerando mesmo que “o imenso imperio colonial dos portugueses estava condenado a um desmembramento fatal”.

¹⁸⁶⁶ Não obstante as repetidas interferências do governo da metrópole nos conflitos entre autoridades locais (Portarias de 11.5.1855, 21.9, 14.10, e 9.11.1857, 7.1.1861, 18.2.1863, 8.4.1863, 4.8.1880, e 9.5.1891, Decreto de 13.11.1880, e ofício do ministro da marinha de 16.4.1894), o exercício arbitrário de funções jurisdicionais e as intromissões na independência da magistratura judicial por parte das autoridades administrativas eram frequentes, tendo sido objecto da crítica por um juiz famoso do quadro do ultramar, Augusto Pinto Osório (1876).

sucessivamente promovidos por antiguidade a comarca de primeira classe e à Relação de Goa ou de Luanda, sem distinção do distrito judicial de onde provinham.

Mais tarde, em face das dificuldades que a experiência tinha revelado e, sobretudo, da falta de profissionais devidamente habilitados nos lugares da magistratura judicial ultramarina, o Decreto de 7.5.1858 reviu aquelas regras. As províncias foram divididas em dois distritos judiciais, com sede em Goa e Angola, compreendendo o primeiro as comarcas de Goa, Bardez, Salsete, Macau e Moçambique e o segundo as comarcas de Luanda, Benguela, São Tomé, Sotavento e Barlavento de Cabo Verde, mas no que toca a estas duas últimas apenas no que respeita à nomeação, promoção e transferência de juizes, mantendo-se sujeitas ao distrito judicial de Lisboa para os demais efeitos. Os juizes podiam ser transferidos para qualquer outra comarca de três em três anos ou antes por conveniência de serviço, mas neste caso com voto afirmativo do Conselho Ultramarino, encurtando-se deste modo o período de permanência obrigatória na comarca e omitindo-se a audiência prévia do visado.¹⁸⁶⁷ Os juizes das Relações eram nomeados pelo governo de entre os juizes de primeira instância do respectivo distrito que tivessem seis anos completos de exercício e, na falta destes, de entre os juizes de primeira instância do reino ou do ultramar com qualquer tempo de serviço, abandonando-se o critério da antiguidade.

Além da regulamentação dos concursos para os lugares da magistratura judicial do ultramar e do regime de nomeação, transferência e promoção dos juizes de direito no ultramar, a reforma regeneracionista teve um outro objectivo fundamental, o da uniformização da organização judicial em todo o território ultramarino e, muito particularmente, nos territórios da África ocidental portuguesa.¹⁸⁶⁸ Assim, o Decreto de 30.12.1852 procedeu à divisão do distrito judicial de Angola e São Tomé e Príncipe em três comarcas, com um juiz de direito em cada uma, criando a nova comarca de

¹⁸⁶⁷ A Carta de Lei de 20.6.1866 aboliu as sindicâncias ordinárias no ultramar e manteve as extraordinárias, mas as comarcas ficavam abandonadas a substitutos leigos.

¹⁸⁶⁸ A situação da justiça era caótica na província de Angola: “um único juiz de 1ª instância para todo o imenso continente; juizes leigos e com improprio regimento nas partes mais civilizadas da Colonia; juizes militares sem regimento algum, nos presidios do sertão; nenhum juizo commercial nas duas cidades em que o commercio é tudo; as Lei da Metropole, ora regendo absolutamente, ora excepcionalmente, segundo o arbitrio dos que mandam e dos que julgam; uma completa incerteza e vacillação de Direito e de suas fórmãs; recursos illusorios para os Tribunais da metropole, que só podem intentar os ricos e poderosos; tal é aquelle estado que as reformas legislativas de Portugal, desde a Restauração, com verdade, se póde dizer, que têm aggravado ainda mais”. Nestes termos descrevia o Conselho Ultramarino a situação da justiça no parecer que antecedeu o projecto que foi posteriormente convertido no Decreto de 30.12.1852. O Decreto de 11.12.1872 mandou aplicar as disposições deste diploma na

Benguela ao lado das comarcas de Luanda e de São Tomé. Por sua vez, as comarcas foram divididas em julgados, com um juiz ordinário e um juiz de paz em cada um, sendo extinto o lugar de juiz eleito das freguesias. Nas terras em que não se encontrassem reunidas as condições legais para a constituição como município, a autoridade militar, que chefiava a subdivisão judiciária do presídio, exercia provisoriamente as competências do juiz ordinário e do juiz de paz.

O distrito tinha um Tribunal da Relação em Luanda, com as mesmas competências no foro cível e no foro crime de que dispunha a Relação de Goa, com alçada no crime de dois anos de prisão, trabalhos forçados e degredo para fora do distrito judicial, sendo admitida a interposição do recurso de revista apenas para o Supremo Tribunal de Justiça.¹⁸⁶⁹

Os juizes de direito julgavam, de facto e de direito, as causas cíveis e crimes, tendo nestas últimas alçada até um mês de prisão e 10.000 réis fortes de multa, mas cabendo recurso obrigatório do Ministério Público das sentenças condenatórias dos juizes de direito em pena que excedesse a alçada da Relação.¹⁸⁷⁰ Além desta competência, os juizes de direito eram auditores nos conselhos de guerra convocados nas cabeças das suas comarcas.¹⁸⁷¹ Os juizes ordinários julgavam, com recurso para o juiz de direito, as causas crimes que não excedessem a alçada deste e preparavam as causas que a excedessem, tendo alçada até três dias de prisão ou 3.000 réis fortes de multa nas causas de polícia correcional.

Os juizes letrados de primeira e segunda instância eram providos nos seus

Guiné.

¹⁸⁶⁹ A nova Relação de Luanda só foi efectivamente instalada no ano de 1856, tendo-se o tribunal constituído pela primeira vez no dia 9.12.1856, segundo a Portaria de 30.3.1857.

¹⁸⁷⁰ Mais tarde, atendendo a que a doutrina do artigo 1163 da Novíssima não podia ser aplicada no ultramar, por não haver aí júri, o Decreto de 12.8.1880 determinou que as sentenças absolutórias proferidas pelo juiz de direito na província de Angola e na comarca de São Tomé em processos relativos a crimes puníveis com penas maiores fossem obrigatoriamente revistas na Relação de Luanda, impondo a obrigação de interposição de recurso officioso ao Ministério Público. Por outro lado, a doutrina do artigo 1195 da Novíssima impunha uma prisão do réu absolvido “prolongada e vexatória”, sobretudo tendo em conta a demora do Supremo Tribunal de Justiça na decisão e a distância da província à metrópole, pelo que se mandou aplicar a providência prevista no artigo 133 do regimento de 1.12.1866, salvo se o réu fosse acusado de crime punível com pena perpétua.

¹⁸⁷¹ Seguindo o exemplo do Decreto de 3.11.1852 para as cidades de Lisboa e do Porto, a Portaria provincial de 25.7.1853, de São Tomé e Príncipe, conferiu ainda ao juiz de direito da comarca de São Tomé e Príncipe competência para julgar as causas de coimas, polícia municipal e transgressões de posturas, pois os juizes eleitos não cumpriam os seus deveres e a câmara não arrecadava as multas que ficavam por cobrar. A Portaria provincial foi confirmada por Decreto do governo de 3.5.1854. O Decreto de 4.8.1859 previu semelhante disposição para o concelho de Moçambique, sendo as causas julgadas pela forma de processo prevista no Decreto de 3.11.1852.

lugares por concurso organizado pelo governo. Os juizes ordinários e os de paz eram nomeados por dois anos pelo governador, ouvido o conselho do governador, de uma lista triplíce de cidadãos que reunissem as condições para ser vereadores municipais, proposta pelo presidente da Relação no caso dos primeiros e pelas câmaras municipais no caso dos segundos, mas os juizes ordinários só podiam ser demitidos pelo mesmo governador, com voto afirmativo daquele conselho e ouvido o presidente do Tribunal da Relação.

No que toca às formas de processo aplicáveis, o diploma de 1852 determinou a aplicação do direito previsto na Novíssima, com as especialidades do alargamento do regime de sanação das nulidades que não influíssem na decisão final e da diminuição das testemunhas ouvidas no sumário da culpa.¹⁸⁷² No entanto, cedendo às limitações físicas e financeiras decorrentes da colonização de um território tão vasto como o de Angola, o legislador ressalvou a “antiga prática” nos presídios (artigo 48 de Decreto de 30.12.1852), reduzindo-se nestes os termos do processo preparatório ao corpo de delito, à inquirição de testemunhas e à pronúncia.

Também no foro militar se estabeleceu um novo tribunal, o Conselho Superior de Justiça Militar, em Luanda, com competência para julgar em segunda e última instância os recursos interpostos das decisões dos conselhos de guerra proferidas em processos de crimes cometidos por militares, observando-se o processo aplicável no Supremo Conselho de Justiça Militar do reino.¹⁸⁷³

Não obstante a criação dos dois novos tribunais superiores, manteve-se a Junta de Justiça com competência para o julgamento, em primeira e única instância, de determinados crimes graves e dos crimes de insubordinação militar com violência.¹⁸⁷⁴

¹⁸⁷² Seis anos depois, o Decreto de 2.6.1858 mandou pôr em vigor no ultramar as disposições da Lei de 18.7.1855, com restrições. Encontrando-se em vigor nas outras províncias a Novíssima e o diploma reformador de 1855 e mantendo-se em vigor no Estado da Índia a Nova Reforma, a Portaria de 15.10.1863 mandou aplicar nesta província a Novíssima. Mas a falta de pessoas que reunissem os requisitos legais do artigo 79 da Novíssima para serem vogais do tribunal correccional levou à publicação do Decreto de 11.10.1865, que modificou a composição daqueles tribunais em Damão e Diu. O tribunal era composto, além do juiz, por apenas dois vogais retirados de entre as pessoas elegíveis para a câmara municipal.

¹⁸⁷³ No foro militar era ainda aplicável o direito do antigo regime e, designadamente, os artigos de guerra de 1763, os Alvarás de 15.7.1763, de 21.10.1763, de 4.9.1765 e de 5.10.1778 e o regulamento do exército de 21.2.1816, tendo este direito vigorado nas províncias ultramarinas até 1894, data em que entrou em vigor o CJM de 1875 (Caetano Gonçalves, 1906: 14).

¹⁸⁷⁴ Só em 1878 foi extinta a Junta de Justiça das províncias de Angola e São Tomé e Príncipe. Com a publicação do Decreto de 14.11.1878, a competência da extinta Junta para julgamento dos crimes comuns foi atribuída às justiças ordinárias e a competência para julgamento dos crimes militares ao conselho de guerra, com recurso para o Conselho Superior de Justiça Militar daquela província. Contudo, a nova

A uniformização da organização judiciária ultramarina e da metropolitana, que se iniciou em 1836 no distrito de Goa e em 1852 se alargou ao distrito de Angola e de São Tomé e Príncipe, não ficou ainda concluída em 1866, aquando da aprovação da reforma da organização judiciária de Moçambique, Macau e Timor.¹⁸⁷⁵

Apesar da restrição substancial da competência das Juntas de Justiça de Moçambique e de Macau, o Decreto de 1.12.1866 manteve estes órgãos, sendo cada um deles composto pelo governador da respectiva província, que presidia, e por sete vogais, que eram o juiz de direito, como relator, o seu primeiro substituto legal, três oficiais superiores de primeira linha e dois membros bienais do conselho do governo, tendo assento em vez do membro mais novo do conselho do governo de Macau o procurador da cidade. As Juntas tinham competência para julgar, em primeira e única instância, apenas os processos comuns ordinários. Estes processos eram preparados pelo juiz de direito, que procedia à recolha da prova em “plenário” (artigo 46 do Decreto de 1.12.1866) e no final desta remetia os autos à Junta para julgamento do feito em audiência com a acusação, a defesa e os réus. Além destes feitos, as Juntas conheciam os agravos e as apelações crimes interpostos dos juizes da primeira instância, nos casos em que fossem permitidos para a Relação, bem como os recursos das decisões proferidas pelos conselhos de guerra, com o mesmo poder jurisdicional do Supremo Conselho de Justiça Militar em Goa. Quer os julgamentos de militares quer os de paisanos nas Juntas eram públicos, sendo os termos da acusação promovidos por um promotor militar ou por um delegado do procurador da coroa.

exigência de a Relação julgar sempre com quatro juizes não deu bons resultados, tendo os juizes de direito da comarca de Luanda de intervir frequentemente e por longos periodos, o que implicava a sua substituição por juizes ordinários, que, sendo embora seus substitutos legais, evitavam o encargo. Por esta razão, o Decreto de 12.8.1880 mandou a Relação de Luanda julgar com três juizes apenas e fixou uma remuneração aos juizes ordinários. O mesmo problema se verificou, aliás, na Relação de Goa, tendo-lhe sido dada a mesma solução pelo Decreto de 9.12.1885.

¹⁸⁷⁵ A província de Macau e de Timor e Solor foi criada pelo Decreto de 20.9.1844, tornando-se independente do governo do Estado da Índia. O juiz de direito de Macau exercia as antigas funções do ouvidor e tinha jurisdição em toda a nova comarca, havendo em Timor e em Solor juizes ordinários. A nova comarca continuou a pertencer ao distrito da Relação de Goa, mantendo-se a competência da Junta de Justiça de Macau, na forma do Decreto de 7.12.1836. O Decreto de 25.9.1856 separou Timor e Solor do governo de Macau, constituindo aqueles territórios um julgado do Estado da Índia. O Decreto de 17.9.1863, confirmado por Carta de Lei de 28.6.1864, organizou o território de Timor como província, com um juiz de direito, mas a experiência mostrou que os negócios administrativos e judiciais eram muito reduzidos, não justificando a estrutura administrativa própria de um governo provincial nem a existência de um juiz de direito. Por esta razão, o Decreto de 26.11.1866 determinou a integração do território de Timor de novo na província de Macau, com um governo subalterno em Timor. Contudo, para efeitos judiciais, o território permaneceu integrado no distrito judicial de Goa, constituindo um julgado. O juiz do julgado tinha a mesma alçada do juiz de Damão e de Diu.

Aos juizes de direito das comarcas de Moçambique e Macau e da nova comarca de Quelimane e ao juiz ordinário do julgado de Timor cabia preparar o processo cujo julgamento pertencia às Juntas de Justiça, instruindo os autos com os depoimentos escritos das testemunhas de acusação e de defesa, e julgar sozinhos os restantes feitos comuns. Na comarca de Quelimane e no julgado de Timor foram criados novos tribunais de polícia correccional, à semelhança do que já sucedia nas comarcas de Goa, com competência para julgar as apelações das sentenças proferidas em processos de polícia correccional pelos juizes ordinários e as apelações das sentenças proferidas em processos de transgressões pelo juiz de direito ou pelo juiz ordinário, que excedessem a alçada de 10.000 réis de multa ou trinta dias de prisão do juiz de direito e do juiz ordinário.

Deste modo, as Juntas de Justiça de Moçambique e Macau perderam a sua natureza de órgão com competência jurisdicional exclusiva no foro criminal comum e militar, consagrando-se do mesmo passo o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que no processo ordinário eram admissíveis embargos fundados em matéria de direito ou de facto à decisão da Junta e recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão proferida pela Junta sobre os embargos. As sentenças de condenação em pena de morte eram ainda, em qualquer caso, remetidas ao poder moderador.

Não obstante a faculdade da Junta de reperguntar as testemunhas e de interrogar os réus nos feitos que julgava em primeira instância, o princípio da imediação era muito prejudicado por força da divisão de competências entre o juiz instrutor e a Junta. O princípio da acusação no julgamento dos crimes em processo ordinário só estava assegurado na comarca de Quelimane e no julgado de Timor, pois os respectivos juizes não faziam parte, respectivamente, da Junta de Moçambique e da de Macau como relatores. Ao invés, nas comarcas de Moçambique e de Macau a pertença do juiz de direito instrutor do processo à Junta prejudicava consideravelmente este princípio. O recurso de revista dos embargos era insuficiente para colmatar estes défices, atenta a limitação dos embargos à prova documental ou às peças já existentes no processo. No entanto, no recurso de revista o Supremo Tribunal de Justiça podia ainda controlar a legalidade e a suficiência dos meios de prova.

Nas causas do foro militar, a integração dos conselhos de guerra pelos delegados das comarcas de Moçambique e Macau, pelo juiz de direito na comarca de

Quelimane e pelo juiz ordinário na comarca de Timor salvaguardava integralmente a imparcialidade da Junta, deixando intacto o princípio do duplo grau de jurisdição, o mesmo não acontecendo nas causas de polícia e de transgressões julgadas em segunda instância pelos novos Tribunais de Polícia Correccional de Quelimane e de Timor, em que os juízes recorridos intervinham no tribunal de recurso.

Já no final da década de sessenta do século XIX o legislador procedeu a um balanço muito negativo da primeira reforma fundamental introduzida pelo governo da Regeneração, tendo primeiro o ministro dos negócios da marinha e do ultramar José Maria Latino Coelho e, posteriormente, o ministro da mesma pasta Luiz Augusto Rebello da Silva revisto consideravelmente a obra antes feita. Ponderando a circunstância de que a competência multifacetada do Conselho Ultramarino, que reunia funções judiciais, administrativas e consultivas, tinha dado ocasião a “delongas inevitáveis no exame e solução dos negócios públicos ou na satisfação devida aos interesses particulares”, tornando-se desnecessária a existência de “um tribunal demasiado numeroso e de uma dispendiosa secretaria”, o governo extinguiu, através do Decreto de 23.9.1868, aquele órgão da administração e criou em seu lugar um outro, a Junta Consultiva do Ultramar. A nova Junta apenas manteve uma competência consultiva genérica, perdendo, designadamente, a competência para a organização dos concursos para lugares da justiça e para a pronúncia sobre a transferência por conveniência de serviço de magistrados judiciais.¹⁸⁷⁶

Assim, o Decreto de 17.11.1869, que deixou intocada a divisão das províncias ultramarinas em dois distritos judiciais, com sede em Luanda e Goa, e as subdivisões em comarcas dentro de cada um destes distritos, determinou que as transferências de magistrados só podiam ter lugar dentro do respectivo distrito, por conveniência de serviço ou a requerimento do interessado e que aquela transferência devia ser precedida por voto afirmativo do Conselho de Estado. Só anos mais tarde o Decreto de 14.11.1878 criou seis novas comarcas no distrito judicial oriental e duas novas comarcas no distrito ocidental, tendo quatro anos depois o Decreto de 5.10.1882 permitido de novo a transferência de magistrados judiciais de ambas as instâncias de um para outro distrito

¹⁸⁷⁶ A transformação em um órgão puramente consultivo correspondeu a um maior burocratização da administração colonial, tendo-se imposto, no conflito de poderes então latente, a secretaria de Estado dos negócios da marinha e do ultramar ao antigo Conselho Ultramarino (Marcello Caetano, 1967 a: 75).

judicial “como exige muitas vezes o bem do serviço”.¹⁸⁷⁷

Em substituição do anterior regime de provimento, o Decreto de 18.11.1869 criou um júri, composto por magistrados e nomeado pelo ministro da marinha e ultramar, que procedia à organização dos concursos e à classificação dos candidatos para os lugares do ultramar de acordo com um critério misto de antiguidade e mérito. O ministro nomeava, contudo, o candidato que considerasse mais idóneo. A extinção do Conselho Ultramarino deixou também uma lacuna no que dizia respeito à competência disciplinar sobre os magistrados das províncias ultramarinas. O Decreto de 21.12.1882 mandou que os juízes de direito de primeira instância a quem fosse instaurado processo de sindicância ou que fossem pronunciados criminalmente ficassem no quadro da magistratura sem exercício, podendo ser substituídos por outros juízes. Só com a publicação do Decreto de 12.2.1891 se estabeleceu de novo que o governo ouvisse previamente a Junta Consultiva do Ultramar antes de ordenar a formação de processo de sindicância extraordinária ou criminal a magistrados judiciais do ultramar, tendo-se simultaneamente ampliado a doutrina do Decreto de 21.12.1882 aos juízes de segunda instância.

4. O cume do processo de evolução legislativa: o Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas, de 20.2.1894

O processo legislativo iniciado em 1836 atingiu o seu cume com a promulgação do Decreto de 20.2.1894, que previa o Regimento da administração da justiça nas províncias ultramarinas.¹⁸⁷⁸ Este diploma, subscrito pelo ministro dos

¹⁸⁷⁷ O gigantesco esforço de reorganização das comarcas ultramarinas feito em 1878 saldou-se na província de Goa na criação das comarcas de Sanquelim e Quepem e na elevação do julgado de Damão a comarca, na província de Moçambique na criação das comarcas de Inhambane e de Lourenço Marques e na província de Macau e Timor na criação da comarca de Timor. No distrito ocidental foram criadas as comarcas de Ambaca e Mossamedes na província de Angola, tendo sido mantida a comarca da Guiné recentemente criada pelo Decreto de 28.11.1876.

¹⁸⁷⁸ Idêntico movimento uniformizador ocorreu no âmbito da legislação penal substantiva. Os marcos fundamentais foram o Decreto de 18.12.1854, confirmado pela Lei de 10.5.1856, que determinou a

negócios da marinha e do ultramar João António Brissac das Neves Ferreira, mas da lavra do seu antecessor Francisco Joaquim Ferreira do Amaral, realizou a uniformização integral da administração judiciária de todos os territórios ultramarinos e procedeu a uma profunda reforma da organização judiciária, sem paralelo no direito colonial estrangeiro.¹⁸⁷⁹ A reforma foi completada no ano seguinte com a criação do Conselho Superior da Magistratura Judicial Ultramarina, instituído junto do ministério dos negócios da marinha e do ultramar pelo Decreto de 10.1.1895.

As províncias ultramarinas foram divididas em três distritos judiciais, o de Luanda, compreendendo as províncias de Angola e de São Tomé e Príncipe, incluindo-se naquela a nova comarca do Congo, o distrito de Moçambique, que incluía as novas comarcas de Cabo Delgado e da Beira, e o distrito de Nova Goa, compreendendo o Estado da Índia e a província de Macau¹⁸⁸⁰ e Timor.¹⁸⁸¹ A província da Cabo Verde e o

aplicação ao ultramar do Código Penal de 1852, e o Decreto de 11.12.1884, que determinou a aplicação ao ultramar da nova reforma penal de 14.6.1884, excepto no que respeitava às alterações feitas à Lei de 1.7.1867, por esta não estar em vigor no ultramar. O Decreto de 18.11.1869 mandou aplicar o Código Civil nas colónias, ressaltando os usos e costumes dos indígenas nas causas entre eles, designadamente os costumes das Novas Conquistas coligidos no respectivo código de 14.10.1853. O Decreto de 16.12.1880 mandou manter e ressaltar aos hindus gentios de Goa, sem distinção de Velhas e Novas Conquistas, os seus usos e costumes nos termos revistos daquele diploma. Mais tarde, o Decreto de 2.3.1887 mandou aplicar no ultramar a importante Lei de 15.4.1886 sobre fianças, excepto na parte relativa à substituição do sistema penitenciário.

¹⁸⁷⁹ O legislador português realizou deste modo um feito sem igual no direito colonial das outras potências europeias. No direito ultramarino francês, a situação não era unitária, dividindo-se as colónias entre aquelas em que vigorava integralmente o *Code d' Instruction*, que eram a Reunião, desde 1827, as Antilhas, desde 1828, a Guiana, desde 1829, e o Senegal, desde 1838, aquelas em que aquele código só vigorava parcialmente, sendo aplicáveis as regras do processo correccional em todas as causas, que eram as colónias da Nova-Caledónia, desde 1886, da Oceânia, desde 1868, de Madagascar, desde 1896, da Costa da Somália, desde 1904, e dos Camarões, desde 1922, e ainda as colónias regidas por diplomas especiais, que incluíam a Indochina e a África equatorial. No entanto, as anomalias em relação ao direito da metrópole multiplicaram-se, reforçando todas os poderes do Ministério Público e, designadamente, os poderes deste sobre a liberdade provisória (Dareste, 1931: 461 a 467 e 468). Só pelo Decreto de 10.11.1903 o legislador francês iria reunir em um diploma a regulamentação sobre a administração da justiça nos territórios da África ocidental e apenas destes.

¹⁸⁸⁰ A especificidade dos hábitos e costumes da comunidade chinesa em Macau exigiram desde sempre a adopção de uma solução especial para a resolução dos diferendos entre cristãos e chineses e entre estes, tendo-se aproveitado para o efeito a procuradoria dos síncos de Macau, criada em 1585 para representação do monarca junto das autoridades chinesas (Almada Negreiros, 1910: 299). A procuradoria foi reorganizada pelo Decreto de 20.12.1877, tendo sido atribuída ao procurador competência para julgar todas as causas crimes entre chineses que residissem em Macau e entre estes e cidadãos de outras nacionalidades, quando os réus fossem chineses residentes, com a excepção daquelas em que portugueses fossem autores ou réus, que pertenciam à jurisdição comum. Os processos por crimes puníveis com penas maiores temporárias subiam obrigatoriamente ao juiz de direito para confirmação da sentença, sem outro recurso. Os crimes puníveis com penas maiores perpétuas de trabalhos públicos, prisão ou degredo subiam à Junta de Justiça, que funcionava como tribunal de segunda e última instância, ressaltados os casos previstos na já referida Lei de 4.5.1849. O Decreto de 22.12.1881 aprovou o último regimento da procuratura dos negócios síncos de Macau, fixando a competência desta para conhecer de todos os pleitos entre réus chineses e entre estes e indivíduos de outra nacionalidade ou o Ministério Público,

distrito militar da Guiné continuavam a pertencer ao distrito judicial de Lisboa, vigorando naquela província a legislação judiciária e processual da metrópole e no distrito militar da Guiné o disposto no importante Decreto de 21.5.1892, de que adiante se tratará com pormenor.

O legislador extinguiu as Juntas de Justiça de Moçambique e de Macau, passando a sua competência na província de Moçambique para as justiças civis quanto aos crimes sujeitos ao foro comum e para os conselhos de guerra quanto aos crimes do foro militar, com recurso, respectivamente, para dois novos tribunais superiores instituídos na província, o Tribunal da Relação e o Conselho Superior de Justiça Militar. Na província de Macau e Timor, os recursos das decisões das justiças civis e dos conselhos de guerra eram interpostos, respectivamente, para o Tribunal da Relação e para o Supremo Conselho de Justiça Militar de Goa.¹⁸⁸²

sempre que os réus fossem chineses. O procurador era nomeado e demitido pelo governo da metrópole, tendo “a mesma independência que têm os juizes de direito” (artigo 5, § 2), encontrando-se sujeito a sindicância extraordinária nos termos da legislação vigente e podendo ser suspenso pelo governador da província com voto afirmativo do conselho da província. A principal inovação consistiu na admissibilidade de interposição de recurso para a Junta de Justiça nas causas criminais excedentes à alçada do procurador, em que a pena aplicável não fosse superior a pena maior temporária, decidindo a Junta em segunda e última instância. O regimento de 20.2.1894 extinguiu a procuradoria dos negócios sínicos, passando as funções judiciais do procurador, de que era admissível recurso, para o juiz de direito. As funções judiciais anteriormente desempenhadas pelo procurador em primeira e única instância foram transferidas para um novo órgão, o procurador administrativo dos negócios sínicos. A competência jurisdicional do procurador administrativo manteve-se até à entrada em vigor da Carta de Lei de 17.8.1899, que conferiu definitivamente toda a competência jurisdicional ao juiz de primeira instância de Macau, mantendo embora o processo especial prescrito no diploma de 22.12.1881.

¹⁸⁸¹ Como se viu já, o Decreto de 14.11.1878 criou a comarca de Timor. Dez anos depois, Timor tornou-se um distrito autónomo para todos os efeitos políticos e administrativos, sendo, no entanto, concedidas pelo Decreto de 15.10.1896 ao respectivo governador as competências de um governador de província e encontrando-se este directamente subordinado ao governo da metrópole. Na sequência deste diploma, o Decreto de 30.12.1897 aprovou uma nova organização judicial, determinando que os comandantes militares exercessem as funções de juiz municipal e de juiz popular previstas no regimento de 1894 enquanto estes não fossem criados, julgando os processos de polícia correcional, com recurso para o juiz de direito, excepto quando a pena aplicada não excedesse a quinze dias de prisão ou a vinte patacas de multa. Nestes casos, contudo, registava-se a queixa e a prova. O comandante militar procedia também ao corpo de delito dos restantes crimes, podendo o Ministério Público dar “como judiciais os depoimentos das testemunhas e o juiz de direito deferir, se assim o julgar conveniente” (artigo 34, 4^o). O juiz de direito julgava os processos de polícia sumariamente. Só com a publicação do Decreto de 9.12.1909 o distrito autónomo de Timor foi de novo convertido em uma província, conferindo-se ao governador as mesmas honras e prerrogativas dos governadores das províncias de Cabo Verde, Guiné, São Tomé e Príncipe e Macau. Para efeito da administração da justiça Timor permaneceu, no entanto, uma comarca integrada no distrito judicial de Nova Goa.

¹⁸⁸² A fundamentação político-criminal desta opção era clara: “Sucessivas reclamações contra as juntas de justiça e tribunais superiores militares do ultramar aconselharam a sua extinção, o que por igual succedeu ao cargo de procurador da cidade e á repartição da procuratura dos negocios sinicos de Macau, organisando-se tudo de fôrma que houvesse o menos possivel a accumulção de funções judiciais com as administrativas e politicas, de maneira que a independencia dos poderes, que umas e outras representam, se mantenha” (Diário da Câmara dos Deputados, 1893, p. 45). Tal como na metrópole, a

Na sede de cada distrito havia um Tribunal da Relação e um lugar de juiz de direito, tendo a Relação competência para conhecer os recursos interpostos do juiz de direito e alçada em causas crimes de penas correcionais ou especiais ¹⁸⁸³ e o juiz de direito competência para conhecer os recursos interpostos das decisões dos juizes municipais e para julgar as causas crimes e as causas de coimas e transgressões de posturas municipais cometidas no julgado cabeça de comarca, com alçada até 60.000

organização de tribunais superiores de contencioso aduaneiro no final da década de noventa representou, contudo, um retrocesso em relação a este desígnio político. O Decreto de 4.8.1898 aprovou o regulamento do contencioso fiscal aduaneiro na província de Angola, prevendo a criação de quatro tribunais especiais junto de cada uma das alfândegas de Luanda, Benguela, Moçamedes e Ambriz, compostos pelo administrador da respectiva alfândega, um negociante escolhido anualmente pelo governador da província e por um auditor, que era juiz de direito ou juiz municipal. Estes tribunais julgavam os delitos de contrabando e descaminho na parte fiscal e transgressões de regulamentos fiscais e funcionavam com, pelo menos, dois membros, desde que um fosse o auditor. Em Luanda foi ainda instituído um tribunal de segunda instância, o Tribunal Superior de Contencioso Fiscal, composto pelo inspector de fazenda da província, por um membro da direcção da associação comercial de Luanda e por um auditor, que era juiz da Relação de Luanda. A exequibilidade das decisões do Tribunal Superior dependia da aprovação das mesmas pelo governador da província. Findo o processo fiscal, se a infracção fosse punível com pena de prisão, o processo devia ser remetido ao tribunal comum competente, valendo como corpo de delito em relação ao crime aduaneiro cometido e como participação em relação a qualquer crime comum. Três anos depois, o Decreto de 29.7.1902 procedeu à reorganização dos serviços do círculo aduaneiro de Moçambique. O director de círculo e os chefes de alfândega tinham competência para julgar os crimes de contrabando e de descaminho e as transgressões fiscais em processo sumário, com audição por escrito do acusador e do réu e inquirição das respectivas testemunhas. Os chefes de posto também podiam julgá-los sumariamente, quando o valor da multa e do objecto perdido não excedesse 20.000 réis. Os julgamentos nas alfândegas e nos postos eram sempre revistos pelo director de círculo, que, constatando uma injustiça notória apresentava os processos ao Tribunal Superior de Contencioso Fisca. Este tribunal, criado na sede do círculo, era composto pelo inspector da fazenda provincial, que presidia, pelo delegado do procurador, que relatava, e pelo presidente da associação comercial, tendo competência, designadamente, para alterar a decisão impugnada. Junto do tribunal funcionava o director do círculo com voto consultivo. Com vista a evitar a fixação de uma “jurisprudencia menos conforme ás disposições das leis e regulamentos aduaneiros e fiscaes e em prejuizo de interesses especiaes ligados ao regimen geral administrativo e economico” e a repetição de “reclamações, que os factos consumados não permittiram attender apesar do seu manifesto e evidente fundamento”, o Decreto de 6.9.1906 determinou a competência do governador da província de Moçambique para confirmar as decisões do Tribunal Superior, sem o que estas decisões não seriam exequíveis. Discordando o governador da decisão proferida, ele podia ordenar a realização de novo julgamento, “indicando a lei applicavel e os termos do processo a seguir”, não sendo o novo acórdão sindicável. Também em Cabo Verde foi criado um Tribunal Superior de Contencioso Aduaneiro pelo Decreto de 28.6.1909, que aprovou a reorganização do círculo aduaneiro da província de Cabo Verde. Os processos de contrabando e descaminho eram julgados em primeira instância pelos funcionários aduaneiros, competindo recurso para o Tribunal Superior, que funcionava na sede do círculo aduaneiro. Este tribunal era composto pelo administrador do círculo, isto é, o director de alfândega da cidade do Mindelo, que era nomeado pelo governo e presidia ao tribunal, pelo conservador do registo predial de São Vicente, que servia de auditor, e por um comerciante estabelecido na cidade do Mindelo, nomeado pelo governador da província de uma lista de seis nomes propostos pelo administrador do círculo. Nos processos seguiam-se as fórmulas sumárias e não havia recurso da decisão do tribunal superior.

¹⁸⁸³ A doutrina reagia a esta especialidade de um de dois modos: ou admitindo ainda neste caso o recurso fundado em incompetência ou excesso de jurisdição para o Supremo Tribunal de Justiça (Delgado de Carvalho, 1898: 50) ou propondo a redução da alçada de todos os tribunais criminais para metade, por ela poder constituir, quando excessiva, um “perigo gravissimo para a liberdade dos cidadãos e, por vezes, até para a sua honra” (Afonso Costa, 1899: 313).

réis fortes de multa e trinta dias de prisão correccional.¹⁸⁸⁴

O estatuto destes magistrados letrados era muito distinto do dos seus pares da metrópole. Se os juizes de direito que faltassem aos seus deveres de officio podiam, tal como na metrópole, ser suspensos ou punidos com outras sanções disciplinares pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial Ultramarina, em tudo o mais se diferenciavam as disposições applicáveis na metrópole e no ultramar.

Os juizes de primeira e de segunda instância estavam sujeitos a regras de transferência mais flexíveis do que os magistrados judiciaes da metrópole. Os juizes de segunda instância podiam ser transferidos por conveniência de serviço, precedendo audição do visado, do presidente da Relação respectiva e do Conselho Superior da Magistratura Judicial Ultramarina, e os juizes de direito de primeira instância não estavam sujeitos à transferência ordinária e quando tivessem mais de quatro anos de serviço na mesma comarca podiam mesmo ser transferidos por conveniência de serviço e sem quaisquer formalismos. As regras sobre promoção, colocação no quadro e demissão de juizes agravavam a situação periclitante dos magistrados do ultramar. A promoção dos juizes de direito de primeira instância era determinada por um critério misto de antiguidade e mérito. A colocação no quadro dos juizes de primeira e de segunda instância por conveniência de serviço dependia da audiência prévia do visado, do presidente da Relação respectiva e do referido Conselho Superior da Magistratura Ultramarina, mas não do voto afirmativo deste Conselho, e o governo podia ordenar uma sindicância extraordinária a qualquer magistrado judicial do ultramar, embora com consulta afirmativa do Conselho Superior da Magistratura Ultramarina, o que implicava a imediata colocação no quadro. Por fim, os casos de demissão eram mais amplos do

¹⁸⁸⁴ A doutrina considerava a correccionalização legislativa imposta no ultramar como um “facto inevitável nas sociedades nascentes”, em face da impossibilidade da realização do recenseamento dos jurados “em classes dotadas de superior illustração” (Caetano Gonçalves, 1906: 12 e 13). No entanto, a mesma lei proibitiva da existência de jurados nas causas criminaes admitia-os nas causas commerciaes, com excepção dos processos em que as partes os dispensassem (censurando a lei, Lopo Sampaio e Mello, 1910: 174 a 176). Os jurados julgavam as questões de facto conjuntamente com o juiz de direito, com a relevantíssima particularidade, fixada pela Portaria de 24.3.1902, de que os depoimentos das testemunhas prestados perante os jurados eram escritos se as partes não tivessem prescindido de recurso. O sentido da Portaria de 1902 foi muito discutido, concluindo Caetano Gonçalves (1906: 24) que o legislador tinha pretendido que a decisão do júri sobre a matéria de facto não fosse neste caso definitiva. Estas particularidades mostram que não foram apenas “dificuldades materiaes para pôr em vigor exactamente o regime da metrópole” que estiveram na origem da supressão do júri no processo penal e civil ultramarino, como pretende Adriano Moreira (1955 a: 88 e 89), mas sobretudo considerações de natureza política do legislador, até porque no foro commercial eram julgados os crimes de falência, constituindo estes crimes o único caso de intervenção do júri em um julgamento criminal no ultramar.

que os dos magistrados da metrópole.¹⁸⁸⁵

Os juizes desembargadores e os juizes de direito de primeira instância do ultramar tinham, pois, uma posição mais precária do que a dos juizes da metrópole, sobretudo se se atentar em que, ao invés do Conselho da magistratura da metrópole, a composição do Conselho da magistratura ultramarina estava directamente subordinada aos interesses do governo.

O Conselho Superior da Magistratura Judicial Ultramarina era composto pelo ministro da marinha e do ultramar, que presidia, pelo director geral do ultramar e por quatro vogais nomeados bienalmente pelo ministro de entre os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça, os juizes do Tribunal da Relação de Lisboa e os magistrados superiores do Ministério Público do reino. Além das competências já mencionadas, ao Conselho cabia proceder à classificação dos candidatos à magistratura judicial do ultramar, fazer a proposta de promoção dos magistrados judiciais do ultramar de acordo com um critério misto de antiguidade e mérito e dar parecer sobre a aposentação, a sindicância e a passagem ao quadro da metrópole dos magistrados judiciais do ultramar.¹⁸⁸⁶

A governamentalização da magistratura judicial tinha o seu complemento lógico na supressão das magistraturas inferiores eleitas pelas populações.

Em cada concelho ou circunscrição administrativa, que não fosse sede de comarca, havia um juiz municipal, nomeado pelo governo da metrópole sob proposta em lista tríplice do presidente do Tribunal da Relação e informação do governador provincial, pelo período de dois anos, preferindo quem tivesse curso superior ou secundário, mas podendo o governador da província, com autorização do governo da metrópole, nomear o chefe da administração militar da localidade no caso de não haver pessoas com habilitações. O magistrado municipal podia ser livremente transferido dentro da mesma comarca pelo governador provincial, mas só podia ser demitido pelo

¹⁸⁸⁵ Discutia-se na doutrina se nos casos dos artigos 123, § 2, 124, § 2, e 155, § único, do regimento novo os magistrados do ultramar podiam ser demitidos pelo governo sem sentença judicial, pronunciando-se nesse sentido Chaves e Castro (1910: 470) e contra Afonso Costa (1899: 379) e Alberto dos Reis (1905: 366).

¹⁸⁸⁶ O carácter complementar e acessório da intervenção destes magistrados no processo decisório ministerial em relação à gestão da magistratura judicial ultramarina ficou patente na afirmação do próprio ministro proponente da reforma de que os magistrados membros do Conselho “serão para o ministro um regulador do seu procedimento, que completará a auctoridade moral das suas decisões, o que não pouco contribuirá para ellas serem sem esforço acatadas e executadas” (Diário da Câmara dos Deputados, 1893, p. 46).

governador precedendo audiência do visado, parecer do presidente da Relação e voto afirmativo do conselho do governo.

Em cada freguesia havia um juiz popular, nomeado pelo governador da província em conselho, sobre lista tríplice proposta pela corporação administrativa municipal e informação do juiz de direito respectivo, pelo período de um ano. Os governadores podiam demitir estes juizes, precedendo audiência dos mesmos e da corporação administrativa local e voto afirmativo do conselho do governo.¹⁸⁸⁷

Em consequência da supressão dos juizes ordinários e de paz, a competência dos primeiros foi, em regra, transferida para os juizes municipais, como esclareceu o próprio ministro da marinha nos motivos da proposta de lei ¹⁸⁸⁸ e o afirmou posteriormente a Portaria do ministro da marinha e do ultramar, de 5.6.1894, e a competência dos juizes de paz foi transferida para os juizes populares. Assim, o juiz municipal instruía e julgava as causas crimes com penas aplicáveis de prisão ou desterro até um mês, repreensão, censura ou multa até um mês ou até 60.000 réis fortes ¹⁸⁸⁹ e preparava as restantes causas criminais que remetia posteriormente ao juiz de direito para julgamento, ¹⁸⁹⁰ julgava as causas de coimas e transgressões de posturas municipais cometidas no julgado e conhecia os recursos interpostos do juiz popular.¹⁸⁹¹

¹⁸⁸⁷ A doutrina apontava os magistrados municipais e populares do ultramar como os dois únicos casos na legislação portuguesa de excepção ao princípio da inamovibilidade dos juizes (Afonso Costa, 1899: 350 e 351, e Alberto dos Reis, 1905: 317. Este autor exigia que todas as magistraturas inferiores fossem inamovíveis de modo a evitar que fossem, como eram então, “agentes puros e simples do poder executivo”).

¹⁸⁸⁸ “Não representa isto na sua essencia uma novidade; é mais ou menos o que hoje existe com o nome de juizes dos julgados ordinarios; o que se fez foi dar-lhe nome em accordo com a divisão concelhia, onde a alçada se exerce, e definir attribuições e funcções, o que até hoje não estava regulado” (Diário da Câmara dos Deputados, 1893, p. 46).

¹⁸⁸⁹ O artigo 181 do regimento conferia competência aos juizes municipais do ultramar para julgar os crimes e contravenções puníveis com prisão até seis meses, mas este artigo estava em manifesta contradição com o disposto no artigo 92, n. 2, devendo aquele artigo ser interpretado restritivamente (J. J. da Silva, 1895: 9, Delgado de Carvalho, 1898: 26 e 27, Chaves e Castro, 1910: 605, Caeiro da Matta, 1912: 48, e Marnoco e Souza, 1907: 121).

¹⁸⁹⁰ A remessa para a sede da comarca devia ser feita depois do recebimento da contestação. Na audiência de julgamento eram ouvidas as testemunhas moradoras no julgado cabeça de comarca e lidos os depoimentos deprecados das testemunhas moradoras fora desse julgado, como esclareceu a Portaria do ministro da marinha e do ultramar de 16.8.1894. A doutrina criticou este regime, porquanto “residindo geralmente as testemunhas no lugar onde o processo é instruido, ficarão muitas vezes por esclarecer alguns pontos da accusação e da defeza que dependam de acareação do reu com as testemunhas, ou d’ estas entre si” (J. J. da Silva, 1895: 53).

¹⁸⁹¹ Em face desta competência do juiz municipal como instância de recurso normal das decisões do juiz popular, Alberto dos Reis chamava a atenção para as “diferenças sensíveis” entre o juiz municipal do ultramar e o da metrópole, considerando mesmo que o primeiro constituía “um grau normal de jurisdicção interposto entre o juizo popular e o juizo de direito”, ao invés do juizo municipal da metrópole, que representava “uma magistratura irregular e accidental” (Alberto dos Reis, 1909: 159). Embora a lei não

Por sua vez, o juiz popular conciliava as partes, levantava autos de notícia na freguesia, prendia os delinquentes e julgava por equidade e sumariamente as causas cíveis sobre bens mobiliários e danos até 3.000 réis fortes, só cabendo recurso das suas decisões por incompetência, excesso de jurisdição ou ofensa de lei.¹⁸⁹²

No tocante à regulamentação processual, o regimento procedeu a uma uniformização total do direito vigente nas províncias ultramarinas e do direito da metrópole, mandando observar o direito processual vigente na metrópole para as causas cíveis, comerciais e criminais,¹⁸⁹³ com a excepção da forma de processo correcional e da intervenção do júri nos processos de querela, mas admitindo-se o registo facultativo da prova e o recurso da decisão sobre a matéria de facto para a Relação nestes processos.¹⁸⁹⁴ Assim, no novo direito ultramarino, tal como no da metrópole, vigorava quase plenamente o princípio do duplo grau de jurisdição, com excepção das causas da alçada do juiz de direito, sendo a mais notável diferença entre aqueles direitos a existência de uma alçada significativa dos Tribunais da Relação ultramarinos.

Destarte, o modelo judiciário consagrado na legislação ultramarina do final do século era distinto do vigente na metrópole, comungando com este dos princípios

fosse expressa, o autor defendia que a decisão do juiz municipal ultramarino, em que conhecesse do recurso interposto do juiz popular, não admitia outro recurso.

¹⁸⁹² O legislador de 1894 introduziu ainda, no próprio regimento, uma previsão especial para a província de Moçambique, segundo a qual o governador geral podia criar, com a aprovação do governo, tribunais com organização especial para o julgamento das questões entre os gentios indígenas, devendo ser observados os usos e costumes do território na organização deste tribunais e no processo. Mas a mais relevante especialidade relativa ao julgamento das causas gentílicas foi introduzida em um diploma autónomo, o Decreto de 20.9.1894, que regulamentou a pena de trabalhos públicos aplicável aos indígenas de Timor, São Tomé e Príncipe e dos territórios das costas oriental e ocidental de África criada pelo regimento de Fevereiro. Neste diploma estabeleciam-se regras especiais para o julgamento em processo sumário, verbal e sem recurso, dos indígenas de Angola, Moçambique, Timor e São Tomé, pela prática de certos crimes e de transgressões de posturas, definindo-se o conceito de indígena como o nascido no ultramar de pai e mãe indígenas e que “se não distingam pela sua instrução e costumes do *commum da sua raça*” (artigo 10). A doutrina criticou este diploma por a forma de processo nele regulada dar frequentemente azo a abuso por parte da polícia (Lopo Sampaio e Mello, 1910: 197).

¹⁸⁹³ Em face da expressão “legislação vigente na metropole” do artigo 183 do regimento de 1894, levantou-se a dúvida sobre a aplicabilidade directa no ultramar da futura legislação aprovada na metrópole. A Portaria de 2.10.1903 esclareceu a expressão da lei no sentido de que o legislador se tinha referido somente às leis vigentes na data da publicação do regimento e não também às publicadas posteriormente, cuja vigência nas províncias ultramarinas dependia de diploma do ministro da marinha e do ultramar.

¹⁸⁹⁴ Em face do teor do artigo 183 do regimento de 1894, discutiu-se se o Ministério Público podia renunciar livremente ao registo da prova e ao recurso no processo ordinário ultramarino, mas a doutrina e a jurisprudência iam no sentido de que aquele artigo do regimento de 1894 não tinha revogado o disposto nos artigos 1185 e 1197 da Novíssima (Silva, 1895: 54, e Delgado de Carvalho, 1898: 38). Colocada expressamente a questão ao ministro da marinha e do ultramar pelo presidente da Relação de Lourenço Marques, o ministro respondeu, pela Portaria de 31.1.1896, no sentido propugnado pela doutrina e pela jurisprudência.

enformadores do paradigma judiciário liberal, mas dele se afastando no que toca à forte governamentalização da magistratura judicial, à total irrelevância da participação popular na administração da justiça penal, ao estatuto e à competência das magistraturas inferiores, por um lado, e, por outro, à observância do princípio da acusação e às possibilidades de controlo dos vícios da valoração da prova.

Com efeito, no direito ultramarino conseguia-se uma melhor observância do princípio da acusação nas causas puníveis com penas superiores a prisão ou desterro até um mês, repreensão, censura ou multa até um mês ou até 60.000 réis fortes, em face da divisão de competências entre o juiz municipal e o juiz de direito, cabendo a este apenas o julgamento da causa e àquele a instrução e a pronúncia. Acresce que a decisão do juiz de direito ultramarino, ao invés da do juiz de direito da metrópole, se encontrava, toda ela, sob o controlo do Tribunal da Relação, pelo que os vícios cometidos pelo juiz na fixação dos factos provados, designadamente, com aproveitamento da prova da instrução e em prejuízo do princípio da imediação, poderiam ser sindicados pelo tribunal de recurso. A correccionalização do processo de querela, com a concomitante abolição da forma de processo correccional, redundava, pois, em um regime mais benéfico para o réu do que o vigente na metrópole no julgamento, quer na primeira instância quer na segunda instância, dos crimes puníveis com penas superiores a prisão ou desterro até um mês, repreensão, censura ou multa até um mês ou até 60.000 réis fortes.

O processo de uniformização da organização judiciária só ficou concluído com a publicação da Lei de 26.5.1896, que mandou observar as disposições dos livros segundo, terceiro e quarto do Código de Justiça Militar de 1895 no ultramar.¹⁸⁹⁵

Contudo, o diploma de 1896 atribuiu aos governadores das províncias a competência fixada no Código de Justiça Militar para os comandantes das divisões militares, com a distinção de que lhes cabia decidir em definitivo da formação da culpa, sem dependência de ulterior decisão ministerial, salvo se o delinvente tivesse a patente

¹⁸⁹⁵ O regimento de 1894 já previa a aplicação do Código de Justiça Militar de 1875 à ordem do processo nos feitos crimes julgados nas províncias ultramarinas até à acusação, tendo um Decreto publicado quatro meses depois, a 19.7.1894, abolido os conselhos de investigação e mandado dar seguimento aos processos após a formação do corpo de delicto nos termos previstos no Código de Justiça Militar para o reino, ficando, pois, quase integralmente uniformizado o processo criminal militar do reino e o do ultramar, tanto para a primeira linha como para a segunda linha e irregulares. Mais tarde, a Lei de 21.7.1899 determinou que fossem aplicáveis nas províncias e nos distritos autónomos do ultramar as disposições do Código de Justiça Militar de 1896, com as modificações da referida Lei de 26.5.1896.

de coronel ou general.

Por outro lado, a lei nova instituiu um conselho de guerra em cada província ultramarina composto por dois vogais militares, oficiais de primeira linha, presidindo o mais graduado ou o mais velho de entre estes, e um auditor, que era o conservador do registo predial ou o seu substituto legal.¹⁸⁹⁶

Em face da concentração de poderes jurisdicionais na fase preparatória do processo no governador da província, que também escolhia os vogais militares do conselho de guerra, o promotor e o defensor, o legislador conferiu ao Supremo Conselho de Justiça Militar do reino a jurisdição em todas as províncias ultramarinas, determinando em consequência a extinção dos Conselhos Superiores de Justiça Militar de Luanda e de Moçambique e do Supremo Conselho de Justiça Militar de Goa e evitando desta forma que o réu fosse julgado na segunda instância por magistrados nomeados pelo mesmo governador que tinha ordenado o julgamento e designado os julgadores na primeira instância.

¹⁸⁹⁶ Em face do atraso no julgamento em muitos conselhos de guerra do ultramar e da consequente acumulação de presos nas casas de reclusão militares, o Decreto de 22.12.1900 previu regras especiais para julgamento dos crimes militares puníveis com a pena de incorporação em depósito disciplinar e dos crimes comuns cometidos por praças de pré puníveis com pena de prisão correccional até seis meses. Estes crimes deveriam passar a ser julgados pelos novos conselhos de disciplina criados pelo regulamento disciplinar das forças militares ultramarinas de 20.9.1899. O governador de distrito ou, no distrito sede da província, o chefe de estado maior ou o chefe da repartição militar ou ainda o secretário do governo nomeavam os membros do conselho. O processo era o previsto no regulamento disciplinar e as decisões do conselho eram recorríveis nos termos do artigo 457 e seguintes do código de 1896 para o governador da província. Em 1901 procedeu-se à reorganização do exército do ultramar, pois “a fórmula de conseguir uma ocupação eficaz dos vastos territórios do ultramar consiste em escalonar do litoral para o interior unidades militares independentes, constituindo centros de que irradiem as forças destacadas para os postos militares. Nada d’ isto temos. Os officiaes são empregados em commissões de serviços que não são propriamente militares, e as praças têm uma educação tão incompleta, estão em tal abandono no que respeita a condições militares, que, com raras excepções, pôde dizer-se que não há forças militares no ultramar, além das enviadas do reino em expedições extraordinárias”. O Decreto de 14.11.1901, que concretizou esta reforma, modificou a composição do conselho de guerra, sendo o lugar de auditor ocupado em Angola, Moçambique e na Índia por um juiz de primeira instância, na Guiné pelo respectivo auditor e nas restantes províncias e no distrito de Timor pelo conservador da comarca onde funcionasse o conselho, mas manteve expressamente em vigor os conselhos de disciplina com a competência prevista no Decreto de 22.12.1900. O diploma de 1901 foi posteriormente mandado pôr parcialmente em execução em Angola, Moçambique e Índia, pela Portaria de 16.6.1902, em São Tomé e Príncipe pela Portaria de 14.10.1902, na Guiné pela Portaria de 21.11.1902, e em Cabo Verde pela Portaria de 13.12.1902.

Capítulo 2º

A Crise do

Paradigma Judiciário Liberal

1. A premência da legislação colonial de adaptação (1892-1908)

Ainda antes da publicação do regimento de 1894, o legislador da metrópole extinguiu a comarca da Guiné e regulamentou em termos muito inovadores a organização judiciária e o processo penal para o novo distrito militar da Guiné. Ao publicar o Decreto de 21.5.1892, que procedeu a esta reforma, o legislador dava já um sinal da crise do paradigma judiciário liberal e da necessidade premente de uma legislação colonial de adaptação.¹⁸⁹⁷

À luz das experiências coloniais inglesa, holandesa e francesa, o legislador português pretendeu introduzir uma distinção fundamental entre as colónias “menos adeantadas em civilização”, “em que a administração é quasi rudimentar”, e as restantes, simplificando e reduzindo a organização administrativa e judicial naquelas colónias a

¹⁸⁹⁷ O princípio da ocupação efectiva decorrente da conferência de Berlim tornou-se no primeiro imperativo da política ultramarina depois de a Lei de 20.7.1885 ter aprovado o acto geral da conferência de Berlim, assinado em 26 de Fevereiro desse ano pelos plenipotenciários. Desde a conferência de Berlim à eclosão da primeira guerra mundial, o império alemão agiu de acordo com um programa colonial, que assentava na pretensão de suceder aos pequenos Estados, a *Kleinstaaterei*, com domínios coloniais amplos, isto é, a Bélgica e Portugal, invocando o desbaratamento por estes Estados das potencialidades de desenvolvimento daqueles territórios (*le Portugal vole au monde les bénéfices virtuels qu' une exploitation rationelle pourrait tirer du Moçambique et de Angola*, Henri Hauser, 1915: 42, 44, 45 e 57, e, entre nós, Miguel de Abreu, 1927: 83 a 86). A administração pública portuguesa dos grandes territórios era diminuta, verificando-se uma “ausência de acção directa das autoridades portuguesas sobre as populações indígenas fora do raio de acção, muito limitado, dos estabelecimentos portugueses do litoral ou do interior (mais raros estes). Vivia-se num regime de facto de administração indirecta não consentido



“formulas quasi embrionarias”, adequadas ao estado civilizacional das populações nativas, e nelas implantando uma justiça sumária, no pressuposto expressamente assumido de que a acção rápida e despida de incidentes e fases complexas da justiça criminal era melhor compreendida pelas populações e tinha por isso maior eficácia. Por outro lado, nas colónias “onde há todos os dias que lutar com tribus aguerridas”, o exercício da função administrativa e da função judicial podia e devia ser confiado a autoridades militares, com vista a evitar a duplicação de encargos financeiros.¹⁸⁹⁸ Os eventuais efeitos nefastos desta justiça militar sumária eram, contudo, na perspectiva do legislador, evitados com a introdução do júri nos processos relativos aos crimes mais graves.¹⁸⁹⁹

Assim, os processos de polícia correcional eram julgados verbal e sumariamente pelos comandantes militares, salvo na sede do distrito, onde eram julgados pelo juiz auditor. Os processos de querela eram preparados pelos comandantes militares e os réus civis eram julgados, sob a presidência do juiz auditor, por um júri composto por três dos dez maiores contribuintes tirados à sorte, cabendo recurso das decisões deste tribunal para a Relação de Lisboa.¹⁹⁰⁰ Se houvesse co-réus civis e militares, o tribunal incluiria também dois militares nomeados pelo governador. Ao invés, havendo apenas réus militares, eles eram julgados em conselho de guerra, com recurso para o Tribunal Superior de Guerra e Marinha em Lisboa.

Nas questões entre indígenas ou entre estes e europeus, os comandantes militares decidiam verbal e sumariamente, segundo os costumes do país e sempre com audiência do respectivo juiz do povo.¹⁹⁰¹

pelas leis e desprestigiante” (Silva Cunha, 1953: 118, e André Gonçalves Pereira, 1971: 140).

¹⁸⁹⁸ A militarização da função jurisdicional na província da Guiné era considerada uma inevitabilidade em face dos conflitos frequentes com as populações locais e da fraca densidade da ocupação da província por europeus (Almada Negreiros, 1910: 162, e Ernesto Vasconcelos, 1921: 172).

¹⁸⁹⁹ “A administração da justiça summaria, que se propõe, corrigiu-se nos seus efeitos absolutos, pela introdução de um jury nas causas crimes e pelo systema de arbitragem nas causas civeis”, dizia-se no relatório do diploma. A doutrina fazia, no entanto, uma apreciação muito negativa da actividade deste júri criminal (Lopo Sampaio e Mello, 1910: 203, referindo-se a um relatório de Gonçalves Guimarães apresentado no congresso de 1900).

¹⁹⁰⁰ Na província de São Tomé, criou-se também, por um Decreto datado igualmente de 21.5.1892, um tribunal especial para julgamento de vadios, composto pelo juiz de direito e por três agricultores de entre os quarenta maiores contribuintes, escolhidos pelo governador da província. O recurso das decisões deste tribunal era interposto para o próprio governador da província. O júri do distrito militar da Guiné foi suprimido pelo Decreto n. 135, de 16.9.1913, por “deficiência dos precisos elementos da população civil”, mas o júri de vadios são-tomense manteve-se.

¹⁹⁰¹ Prevía-se neste diploma a publicação de um Código Penal e de um Código de Processo Penal para a província da Guiné, “estabelecendo a pena de trabalhos publicos desde oito dias até oito anos, e

respeitando quanto possível os costumes do paiz” (artigo 24 do Decreto de 21.5.1892). A codificação dos usos e costumes indígenas já tinha sido por diversas vezes tentada nas províncias da Índia e de Moçambique desde meados do século XIX, tendo algumas destas tentativas sido bem sucedidas. “Para evitar a confusão e dificuldades com que laboram os magistrados judiciais, nos julgamentos das causas respectivas, os quais dependiam até aqui de informações de pessoas (porque não havia escripto e tudo era tradicional sobre a materia), que umas vezes por ignorancia, e outras por má fé ou interesse, illudiam os ditos magistrados com declarações falsas e rarissimas vezes uniformes”, o governador daquela provincia asiática aprovou um código de usos e costumes das Novas Conquistas pela Portaria provincial de 14.10.1853. Além das disposições de direito substantivo, o código e o seu regulamento fixavam regras processuais especiais. Com excepção dos crimes contra o Estado e as autoridades e dos crimes cometidos pelos habitantes das Velhas Conquistas, mesmo quando tivessem sido perpetrados no território das Novas Conquistas, todos os processos de querela eram julgados pela câmara local, com quatro quintos dos seus membros, e posteriormente submetidos a confirmação pelo juiz de direito e a apelação officiosa para o Tribunal da Relação. Os usos e costumes dos habitantes não cristãos de Damão e dos de Diu também foram codificados, sendo os respectivos códigos aprovados pela Portaria provincial, n. 77, de 31.8.1854. Estes códigos, que só continham disposições de direito privado e sobre o juramento em juízo, foram confirmados por Portaria régia de 4.12.1865. Mais tarde, o Decreto de 16.12.1880 mandou manter aos hindus gentios de Goa, sem distinção de Velhas e Novas Conquistas, os seus usos e costumes nos termos revistos daquele diploma. A Portaria provincial n. 24, de 10.1.1894, e a Portaria provincial n. 390, de 30.6.1894, aprovaram os novos códigos de usos e costumes, respectivamente, dos habitantes não cristãos de Diu e de Damão, prevendo apenas disposições de direito privado e sobre o juramento. Contudo, as novas regras foram mal recebidas no distrito de Damão, tendo sido já depois da implantação da República revogadas pela Portaria provincial n. 146, de 19.4.1912, que repôs em vigor o código de 1854, com algumas alterações. A primeira tentativa de codificação dos usos e costumes indígenas na provincia de Moçambique foi a do “Regulamento para o Capitão-Mor da villa de Quelimane e seu termo”, aprovado por Portaria do governador da provincia de 5.6.1853, em face de “várias queixas dos moradores do distrito de Quelimane contra a illegal e insolita maneira, com que o capitão-mór das terras da coroa no referido districto tem decidido as questões cafreas” (Joaquim Cunha, 1885: XIII). Além de um conjunto de regras relativas ao trato com escravos e indígenas livres, o Regulamento criou um “Juízo Cafreal”, composto pelo capitão-mór, nomeado pelo governador da provincia, e por dois bazos e dois chamadores, todos livres e nomeados pelo governador do distrito, sob proposta do capitão-mór. O juízo “particular e especialissimo” só decidia de causas civeis, sendo as causas crimes da competência das autoridades ordinárias do distrito. Já anteriormente a esta data tinha sido apresentado um projecto de Código Cafreal do distrito de Inhambane, elaborado por uma comissão, presidida por Carlos António Fornazini. Este projecto de 29.9.1852 regulava não só vários aspectos da vida civil e administrativa, mas também os crimes mais frequentes, as penas applicáveis e o meio de prova tradicional, designado pela prova do *muavi*. O “Regulamento das Attribuições do capitão-mór e dos seus subalternos”, de 29.9.1859, que em apenso continha aquele código, previa a competência do capitão-mór para julgar os referidos crimes em primeira instância, sendo admissível recurso para o governador do distrito, mas nem o código nem o regulamento chegaram a ser aprovados superiormente (Joaquim Cunha, 1885: XXXVI, e Albano Magalhães, 1907 a: 265). Considerando que este código não podia “continuar a existir pelo muito que há n’ elle de extravagante, de anachronico e immoral”, o governador geral da provincia de Moçambique aprovou um novo “Código de Milandos para o distrito de Inhambane”, por Portaria provincial de 11.5.1889. Em cada uma das quatro circunscrições em que se dividia o distrito de Inhambane, havia um comandante militar, nomeado pelo governador geral, exercendo simultaneamente funções administrativas, militares e judiciais. Nos milandos de policia correccional puniveis com prisão até quinze dias e multa até seis mil réis, o comandante decidia sem recurso e nos restantes decidia com recurso para o governador de distrito, se a pena imposta fosse inferior à alçada das autoridades administrativas, e com recurso para o juiz de direito, se a pena imposta fosse superior a essa alçada. A alçada era de desterro até três anos ou prisão até seis meses ou ainda de multa até sessenta mil réis. O exemplo da codificação inhambense não teve seguimento nos outros distritos da provincia de Moçambique. Não obstante a Portaria do governador geral da provincia de 30.11.1904 ter ordenado que os governadores das provincias informassem sobre as propostas de alteração à organização judiciária e ao processo civil e penal, pois “as instituições judiciárias carecem de variar, não só nas diversas provincias e districtos do ultramar, mas ainda na mesma provincia ou districto, conforme as condições especiaes dos seus habitantes”, nem foi elaborado qualquer trabalho pelos governadores das provincias nem os estudos anteriores foram promovidos. Em 17.11.1896 surgiu um “Projecto de Regulamento para o Julgamento de Milandos”, apresentado pela Presidência da Relação

Este regime do distrito da Guiné foi o primeiro ensaio de uma legislação especial completa para as províncias ultramarinas, com vista à adaptação do modelo judiciário vigente às condições concretas de cada província. Se a fidelidade ao paradigma judiciário liberal era visível na introdução, verdadeiramente inovadora, do tribunal de júri, surgia, contudo, uma nova concepção da administração da justiça penal assente no pressuposto teórico de que uma justiça penal simplificada e rápida teria uma maior adesão da comunidade local e uma maior eficácia.

Fortemente condicionado pelo esforço militar constante que exigia a presença na Guiné, o diploma de 1892 resistiu à grande reforma uniformizadora de 1894, tendo a concepção que lhe estava subjacente lançado raízes na legislação ultramarina emanada quer da metrópole, quer dos comissários régios nas províncias ultramarinas. Assim, em face dos “graves inconvenientes que para a boa administração da justiça trouxe a última organização judicial” e, sobretudo, dos “prejuízos irremediáveis e de incalculável alcance” causados pelas vastas competências do juiz municipal, cargo que era exercido por indivíduos sem habilitações, “por não os haver em condições melhores”, o comissário régio na província de Angola, Brito Capelo, fez publicar a Portaria de 12.12.1896, que procedeu à reforma dos serviços judiciais naquela província.

de Lourenço Marques e da lavra de Albano Magalhães. O projecto previa a competência dos juizes territoriais para conhecer das transgressões dos códigos dos usos e costumes e de certos crimes, com recurso para o juiz de direito ou, quando versasse questões políticas, para o governador de distrito. Quando o milando dissesse respeito a régulos ou populações de diferentes juizes territoriais, a decisão do milando competia do mesmo modo ao governador do distrito. No julgamento deviam ser ouvidos, sempre que possível, os chefes indígenas e dois dos seus grandes. Este projecto foi antecedido da elaboração por Albano Magalhães de umas bases para o julgamento de milandos pelos juizes territoriais da Beira, em que se previa uma forma de processo verbal e simples, com o resumo das provas produzidas e, nos casos de muita gravidade, o registo dos depoimentos das principais testemunhas e do voto dos chefes (Albano Magalhães, 1907 a: 269 a 276). A par destes estudos, que não tiveram seguimento, surgiram também vários ensaios de recolha de usos e costumes das populações indígenas com vista à elaboração de códigos criminais locais, sendo os mais famosos o de Joaquim d' Almeida da Cunha, o “Estudo acerca dos Usos e Costumes dos Baniães, Bathiás, Parses, Mouros, Gentios e Indígenas”, elaborado para a província de Moçambique, em 1885, e os “Estudos Sociológicos, Indígenas de Moçambique”, de Manuel Moreira Feio, de 1900, que, embora reconhecendo a impossibilidade de elaboração de um código criminal único, procurava generalizar os usos e costumes relativos às condutas criminosas, às penas aplicáveis e aos modos de julgar da população *mumbrae* às restantes populações indígenas na província de Moçambique. Ainda em 1910, foi apresentado publicamente um “Projecto d' um Tribunal Privativo dos Chinas de Macau”, baseado no antigo regimento da procuratura dos negócios sínicos de 22.12.1881, mas, ao invés desta, o tribunal privativo não tinha competência para as causas crimes, “porque embora seja muito de desejar que houvesse maior rapidez no julgamento d' essas causas, contudo é certo que da morosidade no julgamento de processos crimes não resultam inconvenientes e transtornos ao commercio” (P. N. S., 1911: 9). Em suma, a situação da administração da justiça indígena era caótica, como relata Albano Magalhães (1907 a: 266 e 267): “A anarchia neste ramo importante de serviço é a lei soberana com todo o pernicioso cortejo de invenções que cada cabeça que administra quer introduzir na decisão dos milandos”. O autor reclamava, por isso, para cada região um código de milandos próprio, “com a compilação tão

A Portaria extinguiu os julgados municipais na província, com a exceção de dois, e atribuiu aos chefes dos concelhos, aos capitães-móres e aos comandantes militares, que a lei designava por juizes instrutores, a competência para a formação do corpo de delicto, a prolação da pronúncia nos processos de querela e o julgamento das causas de coimas e transgressões de posturas.¹⁹⁰² Além de funcionarem como tribunal de primeira instância, os juizes instrutores tinham também competência para conhecer dos recursos interpostos dos juizes populares. Por sua vez, as decisões dos juizes municipais e dos juizes instrutores eram recorríveis para o juiz de direito, salvo as proferidas nas causas de transgressões em que a multa aplicada fosse a de 5.000 réis. No tocante aos processos de querela, o diploma previa ainda a confirmação pelo juiz de direito da pronúncia do juiz instrutor e a interposição de recurso obrigatório pelo Ministério Público de todas as sentenças finais proferidas sobre crimes puníveis com penas do artigo 57 do Código Penal.¹⁹⁰³

No ano seguinte, usando da autorização concedida ao governo pelo § 1 do artigo 15 do primeiro Acto Adicional à Carta, o legislador da metrópole procedeu, pelo Decreto de 23.12.1897, à organização judicial da comarca da Beira, na província de Moçambique, embora mantendo em vigor a reforma de 1894 em tudo o que não fosse contrariado pelo disposto no novo Decreto.

O legislador justificou a inovação legislativa com “a conveniência em fazer coincidir quanto possível as circumscripções judiciaes com as administrativas, e de incumbir em cada uma as funcções de justiça a quem d’ ellas possa desempenhar-se com promptidão e relativa competência, simplificando as formulas quanto o permitam as garantias do direito e applicando com prudente reserva os usos e costumes dos povos”.

O decreto criou o lugar de juiz territorial no território de Manica e Sofala administrado pela Companhia de Moçambique, que podia ser ocupado pelo chefe da circunscrição administrativa, pelo representante do governo ou por qualquer cidadão português, nomeado pelo governador geral da província, sob proposta do juiz de

completa quanto possível fôr, dos usos e costumes do país”.

¹⁹⁰² A reforma do comissário régio de 12 de Dezembro de 1896 só dois anos mais tarde mereceu a aprovação do governo da metrópole, pelo Decreto de 29.12.1898, que ainda previa a substituição gradual dos juizes instrutores pelos juizes municipais nas localidades onde houvesse condições financeiras e humanas para tal.

¹⁹⁰³ A doutrina e a jurisprudência entendiam que este recurso não obedecia a qualquer prazo (Caetano Gonçalves, 1906: 54).

direito.¹⁹⁰⁴ O juiz territorial tinha competência para julgar, em processo de polícia correcional, os crimes cometidos por não indígenas contra não indígenas, puníveis com a pena de prisão ou de desterro até um ano ou com multa até 100.000 réis, bem como para julgar verbal e sumariamente os crimes, cometidos por ou contra indígenas, puníveis com as penas previstas no artigo 58 do Código Penal.¹⁹⁰⁵ Nestes processos com réus ou ofendidos indígenas o chefe indígena local era avisado de que podia comparecer na audiência, podendo ser nela ouvido, não cabia recurso da decisão final e, se o réu não indígena não pagasse a multa fixada, os autos eram remetidos ao juiz de direito, que homologava a sentença do juiz territorial, convertendo a pena de multa em pena de prisão.

Ao invés, os crimes cometidos por ou contra indígenas puníveis com pena superior às correcionais e os crimes cometidos por não indígenas contra não indígenas puníveis com pena superior a um ano de prisão, de desterro ou 100.000 réis de multa, eram julgados pelo juiz de direito, cabendo ao juiz territorial apenas a realização do corpo de delito. O juiz de direito julgava, em processo de polícia correcional, os crimes puníveis com as penas de prisão correcional, multa até 1.000.000 réis ou suspensão de direitos políticos até dois anos, sendo os restantes julgados em processo de querela, em que tinha lugar apelação oficiosa pelo Ministério Público. O juiz de direito tinha alçada nas penas de prisão até um ano, com ou sem multa, com ou sem trabalho, quando os réus fossem indígenas, de multa até 100.000 réis, de suspensão de direitos políticos ou de emprego até um ano de desterro até um ano, de repreensão e de censura, ao invés do juiz territorial, de cujos despachos e sentenças era sempre admissível recurso de agravo para o juiz de direito, decidindo o juiz de direito em última instância.

¹⁹⁰⁴ O governo concedeu, através do Decreto de 11.2.1891, modificado pelo Decreto de 30.7.1891, à companhia de Moçambique a administração e exploração dos territórios da província de Moçambique delimitados naquele primeiro diploma e no Decreto de 22.12.1893. Ao governo cabia organizar o serviço judiciário no território da companhia, sendo os funcionários da justiça nomeados pelo governo e as respectivas despesas suportadas pelo governo. O Decreto de 5.7.1894 aprovou o regulamento para os conselhos de guerra nos territórios da companhia de Moçambique, com competência para conhecer os crimes cometidos pelos militares ou indivíduos com graduação militar que constituíssem as forças policiais ao serviço da companhia. A partir do Decreto de 17.5.1897 as despesas com o pessoal dos serviços judiciários passaram a ser divididas entre o governo e a companhia. O mesmo regime valia nos territórios cuja administração e exploração foram concedidas à companhia do Niassa, definidos pelos Decretos de 26.9.1891, 13.11.1891 e 9.3.1893, estes por sua vez revistos pelo Decreto de 3.11.1897.

¹⁹⁰⁵ O Decreto de 26.7.1907, que aprovou o regulamento do trabalho dos indígenas no território da Companhia de Moçambique, alargou o âmbito da competência dos juizes territoriais, que passaram a julgar, mediante processo sumário e verbal as violações dos contratos pelos patrões e pelos serviçais, incluindo os maus tratos infligidos aos serviçais quando não tivessem causado impossibilidade para o trabalho.

Os “milandos cafreais” (artigo 9, § 6, do Decreto de 23.12.1897) que não envolvessem “questões políticas” e em que o réu e o ofendido fossem indígenas eram julgados conforme os usos locais pelo juiz territorial, assistido pelo chefe indígena da terra e por dois dos seus grandes ou *indunas*. Sendo também partes europeus ou pessoas de outras raças, o tribunal seria constituído da mesma forma, mas o juiz territorial, ouvido o tribunal, decidia como entendesse justo. O juiz tinha, pois, uma total liberdade de dissensão dos membros indígenas do tribunal nos crimes em que também fossem partes europeus ou outros não indígenas, por contraposição à vinculação ao voto dos membros indígenas do tribunal nos crimes em que fossem partes apenas indígenas.¹⁹⁰⁶

Na sequência desta legislação promulgada pelo legislador da metrópole para a comarca da Beira, o governador geral interino Balthazar Freire Cabral publicou, ao abrigo do § 2, do artigo 15 do primeiro acto adicional à Carta, a Portaria n. 137, de 12.4.1898, que incluía o “Regimento da administração de justiça nos territórios continentais da comarca de Moçambique”. Em face do insucesso do regimento de justiça de 1894, a Portaria provincial procedeu a uma regulamentação sistemática da organização judiciária da província e do processo penal nela aplicável, inspirada por uma nova concepção da administração da justiça no ultramar e por uma verdadeira especialização da justiça indígena. Contudo, enquanto o novo regimento não fosse superiormente aprovado, os tribunais da sede das anteriores circunscrições exerceriam as competências dos respectivos juizes municipais e populares se o autor ou o réu optassem pelo anterior regime.

A inovação fundamental do regimento, posta em relevo desde logo pelo legislador da província, consistia na abolição dos julgados municipais e populares, por razões atinentes à inexistência de municípios que suportassem as despesas com os juizes municipais e de freguesias que providenciassem pela nomeação dos juizes populares. A área do julgado municipal seria definida em função da circunscrição administrativa da capitania-mór e a do julgado popular em função da circunscrição administrativa do comando militar, ambas fixadas pela Portaria n. 123, de 9.4.1898, atribuindo-se ao

¹⁹⁰⁶ No entanto, o juiz territorial estava sempre vinculado ao princípio fundamental da culpa, reservando-se para as autoridades policiais as punições desprovidas de culpa. O Decreto de 30.11.1905 aprovou o regulamento da guarda civil da Beira, em que se previa a aplicação de uma multa, “como medida preventiva, civilisadora e educativa”, se o comissário tivesse “conhecimento de alguma subtracção praticada por indígenas, havendo elementos de credito que o convençam da existencia do facto, embora não possa recolher provas bastantes para invocar a acção repressiva do Poder judicial” (artigo 48).

capitão-mór o exercício das funções de juiz territorial em toda aquela área da capitania e ao comandante militar subalterno o das funções de juiz de paz na área da sua jurisdição.¹⁹⁰⁷

O juiz territorial tinha competência para julgar os crimes e as transgressões puníveis com as penas até trinta dias de prisão, noventa dias de trabalho correcional ou sessenta réis de multa, sendo a sua decisão definitiva quando estas penas fossem aplicadas a indígenas até metade da sua duração ou importância,¹⁹⁰⁸ e o juiz de paz tinha competência para proceder aos autos de corpo de delito e julgar as transgressões até à alçada do juiz territorial.

Os crimes e as transgressões eram julgados segundo duas formas de processo distintas, que se diferenciavam de acordo com a pena concreta previsivelmente aplicável e não de acordo com a natureza do ilícito ou a pena abstracta aplicável. Assim, competia ao juiz territorial, quando a pena aplicável ao crime ou contravenção fosse superior ao valor da sua alçada, realizar “um primeiro exame informatorio e verbal” (artigo 28, § 1, da Portaria n. 137, de 12.4.1898), com base no qual formulava um juízo sobre a pena concreta a aplicar no caso em apreço e, em consequência, determinava a sua própria competência e a forma de processo aplicável.

Nas causas em que a pena abstracta aplicável fosse inferior à alçada do juiz territorial ou naqueles em que essa pena fosse superior ao valor da alçada, mas a pena concreta a aplicar fosse previsivelmente inferior ao valor da alçada, o processo não obedecia a quaisquer formalidades, sendo apenas registada a sentença. Nas outras causas, a forma de processo era mais complexa, incluindo, sob pena de nulidade insanável, a realização de um exame directo com peritos, quando exigido pela lei geral,

¹⁹⁰⁷ A Portaria n. 123, de 9.4.1898, aprovou as “Instrucções para a organização e administração dos territorios continentaes do districto de Moçambique” e previa a divisão do território continental da província de Moçambique para efeitos político-administrativos, financeiros, militares e judiciais em capitánias-móres e, dentro destas, em comandos militares. O exercício de toda a autoridade política, civil, judicial e militar concentrava-se nos capitães-móres e nos comandantes militares. Aos capitães-móres cabia muito em particular a condução da política indígena, que implicava “um estudo attento e permanente das raças, religiões e costumes dos povos” com vista à futura elaboração dos “códigos especiais do indigenato” (artigo 31). A ideia subjacente à reforma provincial de 1898 foi a de transformar a autoridade militar em uma autoridade semelhante ao *collector* inglês, que concentrava todos os poderes na área da sua jurisdição (Mouzinho de Albuquerque, 1899: 184, que considerava, aliás, o diploma provincial de 8.4.1898 como o “maior passo dado para a applicação aos povos indígenas de um systema de governo adequado ao seu estado de civilização”).

¹⁹⁰⁸ Esta regra de competência já tinha um antecedente. O Código de Milandos de Inhambane, aprovado pela Portaria provincial de 11.5.1889, já previa a atribuição de uma competência semelhante ao juiz instrutor no julgamento dos crimes de polícia cometidos por indígenas que não fossem católicos, nem adeptos de seitas indianas.

e o registo de, pelo menos, dois depoimentos de testemunhas que fizessem prova do corpo de delito e de três depoimentos de testemunhas da defesa. A confissão do réu tornava dispensável qualquer um destes actos processuais.

Quando não coubessem na sua alçada, as decisões do juiz territorial eram recorríveis para o juiz de direito e, ainda naqueles processos que coubessem na sua alçada, se o recurso tivesse fundamento em incompetência. Os despachos que pusessem termo ao processo e as sentenças finais eram remetidos officiosamente ao juiz de direito, quando, nos termos da lei geral, o procedimento criminal tivesse natureza pública, cabendo ao magistrado do Ministério Público junto do juiz de direito decidir se efectivamente recorria de alguma decisão ou se mandava baixar de imediato os autos. Caso o magistrado do Ministério Público recorresse da decisão, o juiz de direito podia proceder à reforma da decisão recorrida.

Ao invés, a forma de processo para julgamento das transgressões pelos comandantes militares exigia o registo escrito do depoimento das testemunhas e as decisões dos comandantes militares subiam sempre ao conhecimento do capitão-mór para confirmação ou alteração.

Os “milandos cafreais” eram objecto de um regime especial, quer no que toca à organização dos tribunais que conheciam destes ilícitos, quer no que respeita à estrutura do processo penal. O reconhecimento de uma questão como “milando cafreal” dependia de três condições cumulativas relativas à natureza política da contenda (“não se ventilarem questões que de algum modo envolvam os direitos de soberania, ou os interesses do Estado, nem que possam perturbar a ordem pública”, artigo 42, 1^a, da Portaria n. 137, de 12.4.1898), à crueldade das sanções previstas pelos usos locais (“não se aplicar nenhuma pena cruel, nem se impor alguma obrigação ou algum encargo, que seja repugnante aos sentimentos humanitários”, artigo 42, 2^a, da Portaria n. 137, de 12.4.1898) e à natureza do crime, pois só se encontravam sujeitos ao regime das questões cafreais os crimes de dano ou de furto simples.

A Portaria atribuía ao capitão-mór e ao comandante militar competência para julgar estas questões, assistido cada um deles pelo chefe indígena da terra dos litigantes e por dois dos seus grandes, “transigindo quanto possível com os usos e costumes cafreaes, quando só houver indígenas como partes, e procurando conciliar os direitos e interesses oppostos, quando o litígio se der entre indígenas e algum europeu ou

indivíduo d' outras raças, caso em que, na falta de conciliação, julgará como entender justo” (artigo 44 da Portaria n. 137, de 12.4.1898). O superior administrativo podia avocar, alterar ou revogar as decisões dos inferiores, sem prejuízo da possibilidade de interposição de recurso para o governador, que decidia definitivamente.

A transformação radical da administração da justiça bulia com princípios fundamentais da Carta, pelo que o regulamento provincial foi rejeitado liminarmente pelo governo da metrópole, por ofício do ministro da marinha e do ultramar, de 30.5.1899. Como fundamento o ministro invocava as “alterações gravíssimas sob o ponto de vista da independencia do poder judicial e das garantias de defesa” resultantes do novo diploma.¹⁹⁰⁹

O legislador da metrópole preferiu alargar o modelo já ensaiado na comarca da Beira. Em face do número exíguo de comarcas na província de Angola e da impossibilidade de o tesouro aumentar o respectivo número, o governo da metrópole procedeu a uma reforma da organização judiciária e do processo penal desta província moldada na legislação de adaptação promulgada para a comarca da Beira em 1896, pois “as exigencias de um complicado processo, que a maior parte das vezes não podem ser satisfeitas, deixam impunes a maior parte dos crimes”.¹⁹¹⁰

O Decreto de 16.7.1902 conferiu ao juiz municipal e ao juiz instrutor competência para julgar em processo sumário, verbal e sem recurso, quaisquer crimes puníveis com pena até seis meses de prisão ou trabalho correccional, desterro e multa até 200.000 réis e suspensão de direitos políticos até três anos. Estes magistrados podiam, em regra, aplicar pena de trabalho correccional ao réu indígena, mas só podiam aplicar pena de multa ao réu não indígena, cabendo ao juiz de direito a homologação da sentença e a conversão da pena de multa fixada pelo juiz municipal no número de dias de prisão correspondente se o réu não indígena não pagasse a multa.¹⁹¹¹

¹⁹⁰⁹ Do mesmo passo, a Portaria do ministro da marinha de 6.10.1900 revogou a Portaria provincial, n. 123, de 8.4.1898, que tinha aprovado as “instrucções para a organização e administração dos territorios continentais do districto de Moçambique”, por ter criado quadros de serviço sem competência para o efeito.

¹⁹¹⁰ Esta legislação da comarca da Beira foi, posteriormente, mandada aplicar pelo governo da metrópole à comarca de Cabo Delgado, no território sob administração da Companhia do Niassa (Decreto de 24.12.1902), e a cada uma das circunscrições do território de Manica e de Sofala, a cargo da companhia de Moçambique (Decreto de 30.10.1909), ficando na Beira, em Cabo Delgado, Manica e Sofala os chefes de circunscrição e subcircunscrição a desempenhar as funções judiciais.

¹⁹¹¹ O decreto ampliava o processo sumário a quase todos os crimes de policia, pelo que o carácter de generalidade desta forma de processo levou a doutrina a considerá-la entre as formas de processo comum (Dias da Silva, 1903: 772). Por outro lado, se a acumulação de funções administrativas e judiciais nas

O diploma estabeleceu também um novo regime de prisão preventiva para a província de Angola, admitindo os juizes de direito e os juizes instrutores a aplicá-la, além dos casos previstos na legislação geral, em qualquer outro caso em que as circunstâncias o exigissem, com vista a evitar o perigo de fuga, sendo o prazo de duração máxima da prisão até à pronúncia o de vinte dias, prorrogável por despacho fundamentado do juiz.¹⁹¹²

Tal como na comarca da Beira, criou-se também um tribunal colectivo, constituído pelo juiz instrutor ou municipal, pelo chefe indígena local e por dois dos seus sobas e competente para julgar os crimes de dano que não envolvessem questões políticas, coubessem na alçada do juiz e em que os réus e os ofendidos fossem indígenas, sendo aplicáveis nestes processos os usos e costumes dos indígenas “desde que não vão de encontro aos sentimentos humanitários” (artigo 5 do Decreto de 16.7.1902). Considerando que era “da máxima conveniência ampliar o princípio consignado no artigo 5 ° do Decreto de 16 de julho de 1902”, o governador da província determinou, cinco anos depois, que fossem consideradas questões gentílicas “todas aquellas que, respeitantes á familia e á propriedade, segundo os usos e costumes tradicionaes dos indigenas, se resolvem e liquidam entre elles mediante restituições, pagamentos e indemnisações de character inteiramente civil”, com a excepção dos “crimes contra a liberdade e vida das pessoas; e os que forem contra a propriedade, quando envolvam questões de character ou significação política” e ainda dos casos em que uma das partes não seja indígena. As “questões gentílicas” podiam ser julgadas pelos chefes de concelho, capitães-móres e comandantes militares de graduação de oficial, com parecer obrigatório, mas não vinculativo, de dois ou mais assessores

províncias ultramarinas e a “maior latitude de acção” dos chefes da administração de territórios vastíssimos, como os do interior de Angola, mereceu o apoio da doutrina, que considerava mesmo que a competência dos juizes municipais e instrutores não podia ser exercida pelo juiz de direito, a irrecorribilidade das decisões daqueles magistrados foi objecto de censura, defendendo-se por isso a recorribilidade da decisão do juiz de direito que ordenasse a prisão em substituição da multa decretada pelo juiz municipal, em caso de excesso de jurisdição ou incompetência, com fundamento no artigo 42 do CPC (Caetano Gonçalves, 1906: 11, 12, 66 e 67).

¹⁹¹² Este regime foi também imposto em outras províncias ultramarinas, quer por iniciativa do governo da metrópole quer dos governos das províncias. Considerando os inconvenientes de se pôr em liberdade os presos a quem não fosse formada a culpa em oito dias, o governo da metrópole declarou extensivas ao distrito de Timor as disposições do artigo 7 e § único do Decreto de 16.7.1902 relativas à admissibilidade da prisão preventiva fora de flagrante delicto e ao prazo máximo desta prisão até à pronúncia dos presos em Angola (Decreto de 30.11.1908). Já anteriormente, a importantíssima Portaria n. 671/A, de 12.9.1908, do governador geral de Moçambique, de que será fará menção em seguida, tinha incluído semelhante disposição, vindo mais tarde as disposições desta Portaria a ser reproduzidas ou mandadas aplicar em outras províncias ultramarinas.

indígenas, ou podiam também ser julgadas pelos chefes indígenas, segundo os seus usos e costumes, com a salvaguarda da faculdade de as referidas autoridades portuguesas intervirem, “fazendo respeitar a justiça e os sentimentos da humanidade” (artigos 1 e 3 da Portaria n. 57, de 26.1.1907).¹⁹¹³

Já no final da monarquia o governador geral da província de Moçambique aprovou, pela Portaria n. 671/A, de 12.9.1908, um “Regulamento das circunscrições civis dos districtos de Lourenço Marques e Inhambane”, cujo conteúdo conjugava as inovações da legislação da Beira, do Decreto de 16.7.1902 e da Portaria provincial de Angola n. 57, de 26.1.1907, sendo ainda completado com uma regulamentação pormenorizada do estatuto do administrador da circunscrição civil. Esta Portaria provincial constituiu um diploma fundamental de síntese das inovações de toda a actividade legislativa ultramarina desde 1892 e foi um modelo repetidamente usado pelos governadores de outras províncias ultramarinas depois da implantação da República, tendo sido aprovada pelo governo da metrópole através do Decreto de 19.10.1912.

A tendência da legislação ultramarina da viragem do século para o afastamento do paradigma judiciário liberal revelava assim uma dupla vertente, relativa à organização judiciária e à forma do processo. Por um lado, o legislador atribuía às autoridades administrativas e militares competência para a instrução dos processos por crimes mais graves e o julgamento dos crimes menos graves e das transgressões, mandando processar estes últimos sumariamente, com termos e actos muito simples, como o fez em 1892 na província da Guiné, em 1897 na província de Moçambique e em 1902 na província de Angola. Este processo sumário era, em regra, estritamente oral quando a causa cabia na alçada da autoridade administrativa ou militar. No caso inverso, o registo da prova e o recurso da decisão final eram, em princípio, obrigatórios. Em ambos os casos, o juiz tinha uma grande liberdade de acção na descoberta da verdade, cumulando mesmo a condição de julgador e a de promotor dos termos da acusação. O problema gravíssimo da duração máxima da prisão preventiva sem culpa formada encontrava também uma solução de compromisso, que alargava o âmbito de aplicação desta medida de coacção, mas responsabilizava exclusivamente o juiz de direito e o juiz instrutor pela manutenção do suspeito sob detenção.

¹⁹¹³ Esta Portaria provincial foi aprovada pelo governo da metrópole por Decreto de 29.5.1907.

A outra tendência da legislação ultramarina era a da organização de um tribunal colectivo com uma composição e uma competência especiais, com vista à administração da justiça em certas causas em que fossem réus ou autores indígenas com a intervenção dos altos representantes das populações locais, como se verificou em 1897 na comarca da Beira, no ano seguinte em toda a província de Moçambique e em 1902 na província de Angola. Embora a competência criminal do tribunal indígena tivesse variado, sendo mais ampla no diploma de 1897 do que nos diplomas de 1898 e de 1902, a formação de um tribunal com competência criminal especial, em função da pertença dos réus e dos ofendidos às populações indígenas, em qualquer um daqueles diplomas, revelava um nítido afastamento do ideal assimilador.

2. A ruptura teórica com o anterior paradigma e o prenúncio de um novo paradigma

Os diplomas de adaptação publicados na década de 1892 a 1908 constituíram o fruto de uma aproximação gradual do legislador às propostas doutrinárias de administrativização e especialização da justiça penal ultramarina, abrindo-se deste modo as portas a um novo paradigma judiciário.

Na sequência da constatação da inoperacionalidade do modelo judiciário que assentava na ideia fundamental da assimilação do direito ultramarino ao direito da metrópole,¹⁹¹⁴ surgiram no final do século XIX vários estudos de altos dignatários da administração ultramarina e de universitários, advogando a opção por um novo paradigma dualista, que mantivesse o modelo judiciário vigente nas causas entre não indígenas e entre estes e os indígenas e consagrasse um modelo diferente para o

¹⁹¹⁴ O relatório mais incisivo do fracasso da aplicação do regimento de 1894 nas colónias foi dado por Albano de Magalhães, referindo-se à situação em Timor. O regimento supunha a existência de circunscrições administrativas regulares, a divisão em municípios e freguesias, com os respectivos órgãos de administração ocupados por pessoas habilitadas, mas tudo isto em Timor eram “puras phantasias, apenas desideratums” (Albano de Magalhães, 1907 a: 200 a 202). Adriano Moreira (1955 a: 95) considera que este quadro podia ser generalizado a todo o território ultramarino.

juízo das causas entre os indígenas.¹⁹¹⁵

Tendo constatado a necessidade prática premente de adaptação da lei penal, civil e processual à condição social e cultural dos indígenas, António Enes, comissário régio em Moçambique, propugnou a substituição do concelho por circunscrições administrativas ou comandos militares e a atribuição de funções judiciais aos responsáveis administrativos ou aos comandantes militares locais, que seriam competentes para julgar, dentro de quarenta e oito horas depois de feita a acusação ou detido o acusado, os crimes de vadiagem, embriaguez, desobediência, ofensas corporais sem impossibilidade para o trabalho, actos obscenos e as transgressões cometidos pelos indígenas.¹⁹¹⁶ Estes crimes seriam puníveis com a pena de trabalho correcional até noventa dias, sempre remível em pena de multa.¹⁹¹⁷

Também comissário régio na província de Moçambique, Mouzinho de Albuquerque censurou a aplicação do Código Penal e das leis processuais da metrópole por darem “os mais ridículos e espantosos absurdos”, argumentando que “evidentemente há factos que, constituindo crimes no meio de sociedades civilizadas, o não são entre tribus barbaras, e mesmo nos crimes fundamentaes a importância e gravidade varia conforme a natureza dos auctores e das vitimas”.¹⁹¹⁸ A única política

¹⁹¹⁵ António Enes, Mouzinho de Albuquerque e Eduardo Costa, na administração pública ultramarina, e Marnoco e Souza, na universidade, foram os vultos que mais se distinguiram na reflexão teórica sobre a necessidade de um novo modelo administrativo e judiciário para as províncias ultramarinas, influenciando as suas obras decisivamente toda a discussão política e legislação ulteriores (“O relatório de António Enes, o estudo admirável e decisivo de Mouzinho, o esforço construtivo de Eduardo Costa foram indiscutivelmente as bases sobre as quais se assentava a formação cultural de gerações de colonialistas que se sucedem a partir de 1900”, in Marcello Caetano, 1934: 105 e 106).

¹⁹¹⁶ António Enes, 1971: 482 e 483. Entre as reformas judiciárias previstas no relatório datado de 7.9.1893 encontrava-se também a supressão da Junta da Justiça de Moçambique, devendo uma comissão rever a legislação judiciária vigente e prover à sua substituição.

¹⁹¹⁷ António Enes, 1971: 484.

¹⁹¹⁸ Mouzinho de Albuquerque, 1899: 182, e, depois, Chaves de Aguiar, 1891: 9. O movimento de reflexão teórica em Portugal correspondeu a uma tendência que se verificou em outros países europeus com domínios ultramarinos e, especialmente, em França. A argumentação de Mouzinho de Albuquerque podia ser encontrada em autores deste país: “nem mesmo o nosso Código Penal, não obstante a pretensa universalidade da moral sobre a qual se baseia, não se mostra ... ele também defeituoso; a relatividade das penas não está nele sempre de acordo com o juízo da consciência local; muitas das suas disposições não são utilizáveis senão por via de analogias mais ou menos longínquas, portanto arbitrarias; ao invés, certos actos particularmente repreensíveis e perigosos, tendo em vista o estado dos costumes, escapam, por falta de textos que se lhe apliquem, a qualquer repressão” (*il n’ est pas jusqu’ à notre Code pénal, malgré la prétendue universalité de la morale sur laquelle il est basé, qui ne se montre ... lui aussi defectueux; la relativité des peines n’ y est pas toujours d’ accord avec le jugement de la conscience locale; beaucoup de ses dispositions ne sont utilisables que par voie d’ analogies plus ou moins lointaines, par conséquent arbitraires; par contre certains actes particulièrement reprehensibles et dangereux, eu égard à l’ état de moeurs, échappent, faute de textes s’ y applicant, à toute répression*, A. Billiard, 1899: 172 e 173).

judiciária plausível seria a da adaptação das leis penal e processual comuns de modo diferenciado a três grupos de pessoas, os europeus, os não europeus assimilados e os não assimilados.¹⁹¹⁹

Os textos doutrinários de maior repercussão no tocante à reforma judiciária foram, no entanto, os de Eduardo Costa e Marnoco e Souza. No “Estudo sobre a administração civil das nossas possessões africanas”, apresentado no congresso colonial nacional de 1901, o governador de Angola Eduardo Costa criticou a “nossa terrível mania assimiladora” e o resultado nocivo da aplicação da lei da metrópole a quem não se encontrava em igualdade de condições com os cidadãos europeus, propondo a elaboração de uma lei penal, civil e processual para cada região étnica das províncias ultramarinas, mas admitindo também que pudesse ser concedido o estatuto de europeu ao indígena que se encontrasse em uma situação de igualdade de facto com o europeu.¹⁹²⁰

No tocante à organização judiciária na primeira instância, o autor justificava a necessidade da concentração do poder judicial nas mãos de autoridades administrativas, que constituía a tese décima-segunda por si defendida, com a adequação de um “governo unitário e tutelar” ao espírito das sociedades indígenas e ao condicionalismo geográfico próprio das colónias, devendo, contudo, as causas entre indígenas e entre estes e europeus que excedessem a alçada dos chefes das circunscrições ser julgadas por um tribunal superior indígena em cada província, constituído por um juiz de direito e por dois funcionários administrativos.¹⁹²¹ Das decisões deste tribunal caberia ainda em certos casos recurso de cassação para um tribunal supremo indígena, constituído pelo governador e por dois juízes de direito.¹⁹²² Em qualquer grau da jurisdição indígena o

¹⁹¹⁹ Mouzinho de Albuquerque, 1899: 183.

¹⁹²⁰ Eduardo Costa, 1903: 164 e 165. “Antes de igualar a lei, torna-se necessário igualar os homens a quem ela tem de ser aplicada, dando-lhes os mesmos sentimentos, os mesmos hábitos e a mesma civilização. É isso possível? Não o sei; mas se o for, só será realidade em época muito longínqua e indeterminada. Por enquanto, é preciso, nas nossas possessões, a existência de, pelo menos, dois estatutos civis e políticos: um europeu e outro indígena” (Eduardo Costa, 1903: 58).

¹⁹²¹ Eduardo Costa, 1903: 60. Esta medida correspondia, no fundo, a “dar legalidade ao que já hoje se faz, por necessidade, ilegalmente, para corrigir a lei”, reconhecia Albano de Magalhães, que descrevia o exercício na província de Timor pelos comandantes militares, a solicitação das populações mais isoladas, da justiça cível e criminal em primeira e última instância (1907 a: 202 e 203).

¹⁹²² Ao invés, neste tribunal superior Eduardo Costa já advogava a separação de poderes (“Sem embargo da preconizada concentração de poderes, é já possível, neste grau superior de hierarquia, fazer a separação dos dois, judiciário e administrativo, visto que ela se faz longe dos olhos dos indígenas que a eles recorrem, o que atenua os inconvenientes apontados”). Para a fundamentação das suas teses o autor invocava também as experiências coloniais inglesa e francesa. Também na doutrina francesa se propunha

tribunal devia ser assessorado por indígenas, com função meramente consultiva.

Os tribunais judiciais europeus julgariam as causas entre europeus, devendo ser constituídos por colectivos de juizes em todas as causas que excedessem as alçadas correcionais dos juizes de primeira instância.¹⁹²³

Tal como Eduardo Costa, também Marnoco e Souza era peremptório, afirmando que “as nossas leis são inteiramente improprias para o meio indigena das colonias. Umas ficarão sendo letra morta e outras produzirão resultados contraproducentes.”¹⁹²⁴ A restrição do modelo judiciário assente na ideia fundamental da assimilação impunha-se como uma exigência impreterível do princípio da igualdade, pois “de nada vale conferir aos indígenas os mesmos direitos que aos europeus, desde o momento em que elles se não encontram em condição de os fazer valer”.¹⁹²⁵

Assim, a lei penal e, em particular, o sistema das penas, deviam ser especiais, atendendo à organização e aos hábitos dos indígenas.¹⁹²⁶ A jurisdição repressiva devia pertencer exclusivamente às autoridade europeias e, de preferência, às autoridades administrativas, uma vez que os indígenas não compreendiam a divisão de poderes de jurisdição e de administração.¹⁹²⁷ Em qualquer caso, a divisão de poderes legislativo e

a constituição de um tribunal indigena de segunda instância, presidido pelo vice-governador da colónia e composto por altos funcionários administrativos e por magistrados europeus (A. Billiard, 1899: 169).

¹⁹²³ Eduardo Costa, 1903: 168.

¹⁹²⁴ Marnoco e Souza, 1905: 403 e 433. A concordância de pontos de vista com Eduardo Costa não era total: a importantíssima proposta de Eduardo Costa de substituição do regime de assimilação por um regime de autonomia, com um verdadeiro governo local, era criticada por Marnoco e Souza (1905: 310), que defendia por sua vez que “para remediar os inconvenientes da nossa exagerada centralização, não se torna necessário substituir a assimilação pela autonomia. O proprio regime de assimilação comporta a descentralização necessaria para attender á diversidade de condições e á variedade das necessidades”. De acordo com a proposta da introdução de um regime de autonomia nos territórios ultramarinos estava Rui Ennes Ulrich (1909: 95 a 100 e 106), que afirmava peremptoriamente que “cedo ou tarde as colonias hão de emancipar-se da supremacia da metropole, porque o homem, seja qual fôr a sua raça, tem repugnancia pela subordinação”.

¹⁹²⁵ O autor concluía por isso que “em lugar de egualdade generosa entre europeus e indigenas, haverá uma desigualdade revoltante, proveniente da diversidade real entre a condição social do indigenas e do europeu” (Marnoco e Souza, 1905: 438).

¹⁹²⁶ Marnoco e Souza, 1905: 420. O autor insistia para tanto na necessidade imperiosa do estudo e compilação dos usos e costumes dos indígenas (1905: 443). A especialização legislativa não se restringia aos indígenas, antes incluindo os colonos, argumentando o autor com a conveniência da adaptação das leis civis, penais e processuais aplicáveis aos colonos (1905: 451). A necessidade da elaboração de códigos para os indígenas, com regras especiais relativas à incriminação e à punição, foi também salientada, entre nós, por Lopo Sampaio e Mello, 1910: 180, e Rocha Saraiva, 1914: 263 e 264, e já tinha sido afirmada com particular ênfase por Arthur Girault (1907: 74 a 77).

¹⁹²⁷ Ao invés, o autor era de opinião de que deviam ser conservadas as jurisdições civis indígenas, admitindo a necessidade de fiscalização destes tribunais, mas não esperando muito dos resultados de um recurso de apelação para um tribunal europeu de apelação. As causas cíveis entre indígenas e europeus deviam ser decididas por um tribunal colectivo, reunindo um juiz europeu e um juiz indígena, sob a presidência de um funcionário administrativo (Marnoco e Souza, 1905: 417 e 418, e, mais tarde, também

judicial devia ser salvaguardada, não podendo nem devendo, no entendimento de Marnoco e Souza, o funcionário administrativo punir além dos casos e das penas previstos na lei.

A organização dos tribunais com competência para decidir as causas entre indígenas exigia também uma solução legislativa distinta da prevista na lei que vigorava na metrópole, sendo liminarmente afastado o tribunal de júri, “porquanto se ele fôr composto de indígenas, será uma abdicação, e, se fôr composto de colonos, rivaes naturaes dos indígenas, será uma monstruosidade”. O autor dava a sua preferência à formação de um tribunal colectivo, composto por três funcionários europeus e dois indígenas da mesma raça do acusado.¹⁹²⁸

No tocante à forma do processo, Marnoco e Souza entendia que este devia estar sujeito a “uma grande liberdade de acção” do juiz, deixando ao juiz a livre escolha dos meios mais eficazes para a descoberta da verdade, pois com a impotência da justiça “soffrerá um maior numero de innocentes do que o dos individuos que poderiam ser injustamente condemnados”.¹⁹²⁹ No entanto, os recursos de apelação e de revista

Lopo Sampaio e Mello, 1910: 163 a 166, 176 e 177, e Rocha Saraiva, 1914: 331). A doutrina portuguesa seguia o ensinamento de Arthur Girault, que defendia que toda a condenação pronunciada por europeus contra um indígena tinha consequências políticas de que não era possível fazer abstracção, pelo que devia ser uma autoridade administrativa, mais preocupada com as “consequências indirectas” (*consequences indirectes*) do seu julgamento, a competente para reprimir os crimes cometidos por indígenas, sendo certo que aos olhos dos indígenas a divisão de poderes não era senão uma “chinesice pura” (*chinoiserie pure*), não compreendendo eles que quem comandava não pudesse reprimir (Arthur Girault, 1907: 80 e 81).

¹⁹²⁸ Marnoco e Souza, 1905: 422. Também nestes precisos termos, Lopo Sampaio e Mello, 1910: 185, e Rocha Saraiva, 1914: 332. Eram a mesma solução e os mesmíssimos argumentos de Arthur Girault, que já tinha defendido que o júri de indígenas era “uma abdicação, uma loucura cujos inconvenientes saltam aos olhos. Por outro lado, um júri de colonos não responde ao objectivo e constitui para o indígena o contrário de uma garantia. Sendo o colono rival natural do indígena, é simplesmente monstruoso remeter ao primeiro o cuidado de decidir sobre a sorte do segundo. Mas podia-se compor um tribunal criminal com três funcionários europeus aos quais se juntaria dois notáveis pertencendo à raça do acusado” (*Or on ne peut pas composer un jury d' indigènes: ce serait une abdication, une folie dont les inconvenients sautent aux yeux. D' un autre côté, un jury de colons ne répond pas au but et constitue pour l' indigène tout le contraire d' une garantie. Le colon étant le rival naturel de l' indigène, il est tout simplement monstrueux de remettre au premir le soin de statuer sur le sort du second. Mais on pourrait composer un tribunal criminel avec trois fonctionnaires européens auxquels on adjonndrait deux notables appartenant à la même race que l' accusé*, Arthur Girault, 1907: 82 e 83). Contrariando esta doutrina, Billiard propunha a formação de dois tribunais de júri para julgar os crimes e os delitos cometidos por europeus contra indígenas ou por estes contra aqueles, um júri correccional, composto por quatro membros, e um outro criminal, composto por oito membros, devendo a metade dos jurados ser de nacionalidade francesa e a outra metade indígena, mas sendo a presidência dos tribunais definida de modo a assegurar a supremacia do elemento administrativo europeu (A. Billiard, 1899: 166 a 168).

¹⁹²⁹ Marnoco e Souza, 1905: 423, e, do mesmo modo, Lopo Sampaio e Mello, 1910: 178 (“Entre povos selvagens ou barbaros, os inconvenientes de condemnar um innocente são bem inferiores, em prejuizo momentaneo e em desastrosas consequências futuras, aos que resultariam da absolvição d’ um culpado”), e Rocha Saraiva, 1914: 332. Os autores portugueses reiteravam a doutrina francesa, que concluía que “em um tal meio, a impunidade frequente dos culpados ...é infinitamente mais perniciosa do que poderia

deviam ser preservados em qualquer forma de processo “como garantias verdadeiramente necessarias duma boa administração da justiça”.¹⁹³⁰

Na transição do século XIX para o século XX e, em particular, depois do congresso colonial nacional de 1901, os altos responsáveis da administração ultramarina e a doutrina eram, pois, praticamente unânimes no sentido da inadequação da lei penal substantiva e das fórmulas processuais comuns para os povos locais, impondo o estado civilizacional destes povos, a peculiaridade das condições geográficas próprias dos territórios ultramarinos e as limitações logísticas e financeiras do Estado a modificação do modelo judiciário unitário assente na ideia de uma assimilação do direito ultramarino e do direito da metrópole.¹⁹³¹

As soluções sugeridas pela reflexão teórica apontavam, no que toca à organização dos tribunais, para uma divisão judicial sobreposta à quadrícula administrativa e militar, com a atribuição de funções judiciais às autoridades administrativas e militares, e para uma maior participação dos indígenas na administração da justiça, ainda que desempenhando uma função de natureza meramente consultiva e limitada à primeira instância, e, no que respeita ao processo aplicável nos novos tribunais, para a fixação de um critério étnico-cultural de determinação da competência e da composição do tribunal e a introdução de formas de processo sumário, verbal e sem recurso.

Estavam traçadas as bases teóricas de um paradigma judiciário dualista, que se pretendia mais respeitador do princípio da igualdade, mantendo as características do modelo judiciário vigente na administração da justiça para as populações europeia e

ser mesmo a condenação accidental de um culpado”, reconhecendo como limite “absoluto” a proibição da tortura (*Dans un tel milieu, l'impunité fréquente des coupables .. et infiniment plus pernicieuse que ne pourrait l'être même la condamnation accidentelle d'un innocent*, A. Billiard, 1899: 162, e Arthur Girault, 1907: 84 e 85).

¹⁹³⁰ Marnoco e Souza, 1905: 422, e, também neste sentido, Rocha Saraiva, 1914: 332, e Vaz de Sampaio, 1920 b: 307.

¹⁹³¹ O congresso colonial nacional de 1901 teve lugar depois de em Paris ter sido realizado um congresso internacional de sociologia colonial, no qual participou Christovam Pinto, com a sua memória sobre “Les Indigènes de l'Inde Portugaise”. No congresso parisiense de 1900 foram votadas as duas seguintes conclusões, essenciais para a discussão doutrinária já referida: “A administração da justiça aos indígenas em matéria repressiva deve ser confiada às autoridades da potência civilizadora ou colonizadora, mesmo quando a vítima das infracções for indígena, tendo-se sempre em conta as restricções que podem trazer a este princípio as necessidades locais ou condições em que se estabelece o governo da Colónia” e “é desejável que se organize um código de processo criminal para indígenas. O processo dando aos acusados as necessárias garantias, deverá estabelecer-se em condições de rapidez suficientes para que a repressão se suceda o mais rapidamente possível á falta cometida. O emprego de meios violentos para obter a confissão deve ser expressamente interdito” (Agostinho de Carvalho, 1947: 15 e 17).

assimilada e introduzindo um modelo diferente para a administração da justiça às populações indígenas.

A maior dificuldade que este novo paradigma colocava era a da atribuição de poderes judiciais a funcionários administrativos e autoridades militares sujeitos à obediência hierárquica, em violação directa do princípio fundamental da separação de poderes e da independência dos tribunais.¹⁹³²

Capítulo 3º

A Consagração do

Paradigma Judiciário Dualista

1. A Constituição de 1911 e a ineficácia relativa da Lei n. 277, de 15.8.1914

A Constituição de 1911 previa, no seu título V, designado “Da Administração das Províncias Ultramarinas”, a predominância de um regime de descentralização na

¹⁹³² Este problema foi logo antevisto no congresso de sociologia colonial de 1900, que votou no sentido de separar o exercício de funções judiciais e administrativas, pois “a intromissão da política na justiça era a própria negação da justiça”. Contudo, a concepção segundo a qual a divisão de poderes era incompreensível para os indígenas tornou-se a pedra angular da reflexão doutrinária sobre o problema da organização judiciária e condicionou durante décadas a reforma legislativa (Lopo Sampaio e Mello, 1910: 541 e 542, Ferreira Diniz, 1918: 11, Marcello Caetano, 1934: 210, e 1951: 39 a 47, Fernando Emygdio da Silva, 1941: 45, Adriano Moreira, 1955 a: 82, Silva Cunha, 1958: 31, mas contra Armando Gonçalves Pereira, 1931: 275 e 276, Agostinho de Carvalho, 1947: 23, e António Valadás Preto, 1955: 182 e 183).

administração das províncias ultramarinas, com leis especiais adequadas ao estado de civilização de cada uma das províncias, cabendo ao primeiro congresso elaborar as leis orgânicas das províncias ultramarinas, mas consagrando-se também a possibilidade de o governo tomar medidas urgentes para as províncias ultramarinas quando o Congresso estivesse fechado. Consagraram-se precisamente as duas maiores aspirações dos críticos da política ultramarina liberal no período final da monarquia: a especialização jurídica e a descentralização do sistema da administração ultramarina.

Além de ter procedido à extensão ao ultramar das principais reformas do processo penal ¹⁹³³ e das medidas extraordinárias de defesa do novo poder político, ¹⁹³⁴ o legislador republicano procurou assegurar uma maior influência política sobre a magistratura ultramarina, quer através da gestão administrativa do quadro de magistrados do ultramar, quer através da criação de circunscrições civis, cujos administradores tinham competência jurisdicional, quer ainda por meio da modificação do estatuto dos magistrados municipais.

Assim, o Decreto de 27.5.1911, que foi regulamentado pelo Decreto de 30.6.1911, substituiu o Conselho Superior de Magistratura e a Junta Consultiva por um Conselho Colonial, composto por sete vogais nomeados pelo governo, quatro designados por inerência e oito eleitos por modo indirecto pelos vinte maiores contribuintes de cada distrito. Os dois jurisconsultos nomeados pelo governo, o consultor da secretaria das colónias e os outros membros bachareis em direito do Conselho constituíam uma secção, com a competência do Conselho Superior da Magistratura, isto é, graduar os candidatos à magistratura judicial das colónias, fazer a proposta para a promoção à segunda instância, fixar a antiguidade dos magistrados,

¹⁹³³ O Decreto de 26.5.1911 mandou aplicar, entre outros, os Decretos de 10.10.1910 e de 22.10.1910. A questão da aplicabilidade da previsão constitucional sobre a instrução contraditória no processo penal ultramarino foi discutida por Marnoco e Souza (1913: 143), considerando este autor que, embora não houvesse diploma que tornasse extensivas às colónias as disposições dos Decretos de 14.10. e 18.11.1910, estas eram aí aplicáveis por força do artigo 183 do regulamento de 20.2.1894 e não directamente por força da Constituição. A questão ficou resolvida em sentido afirmativo com a publicação do Decreto de 16.9.1913, que mandou aplicar no ultramar os artigos 11 e 13 a 17 do Decreto de 18.11.1910, os artigos 1 a 4 e 8 a 10 do Decreto de 12.1.1911, os artigos 4 a 8 do Decreto de 15.2.1911.

¹⁹³⁴ O Decreto de 6.5.1911 tornou extensivos, com modificações, ao ultramar os Decretos de 28.12.1910 e de 15.2.1911. Os processos do ultramar eram julgados pelos tribunais criminais de Lisboa, com enormes custos e sacrifício dos presos. Esta situação só foi alterada em 1916. O Decreto n. 2.631 de 18.9.1916, tornou extensivas ao ultramar as disposições da Lei de 30.4.1912, que tinha modificado o Decreto de 28.12.1910, e a Lei de 8.7.1912, que tinha atribuído aos tribunais militares a competência para conhecer dos crimes da Lei de 30 de Abril.

consultar sobre a aposentação e sobre sindicâncias e impor penas disciplinares.¹⁹³⁵

O outro meio utilizado pelo legislador republicano para alcançar uma maior influência política na administração da justiça foi o da criação de circunscrições civis com a atribuição de funções jurisdicionais aos respectivos administradores, nos termos já adoptados nos distritos de Lourenço Marques e de Inhambane, pela Portaria n. 671-A, de 12.9.1908, do governo geral da província de Moçambique. Os administradores eram funcionários nomeados pelo governador geral da província, que os podia transferir sem quaisquer restrições.¹⁹³⁶

¹⁹³⁵ A doutrina considerou que o regime do novo Decreto de 27.5.1911 constituía um retrocesso, em virtude de a jurisdição disciplinar sobre a magistratura ultramarina ter sido entregue a simples bachareis e não a magistrados, como acontecia anteriormente (Caetano Gonçalves, 1919: 17). Mais tarde, o Decreto n. 6.189, de 30.10.1919, aprovou um novo regimento para este órgão, prevendo que ele fosse composto por sete vogais natos, que eram funcionários do ministério das colónias, seis vogais de nomeação pelo ministro e oito eleitos por cada colónia, por modo indirecto pelos vinte maiores contribuintes portugueses de cada distrito. A secção do Conselho que funcionava como Conselho Superior da Magistratura Judicial manteve, no entanto, a composição e a competência anteriores. Por sua vez, o Conselho Colonial passou a constituir-se como tribunal aduaneiro de recurso, conhecendo também dos recursos das decisões dos tribunais de contencioso provinciais em processos por delitos de contrabando e descaminho e por transgressões fiscais. Contudo, as decisões finais do Conselho nos processos do contencioso aduaneiro só eram exequíveis com a confirmação do ministro das colónias, podendo este discordar da mesma, caso em que o conselho de ministros mandava submeter a novo julgamento “indicando a lei aplicável e os termos do processo a seguir” (artigo 54, § único, do Decreto n. 6.189), devendo o novo acórdão ser proferido em conformidade com esta indicação e não se admitindo outro recurso.

¹⁹³⁶ “Tendo a experiencia demonstrado a vantagem da adopção das circunscrições civis na administração dos territorios do interior das nossas colonias de Africa, onde a occupação é já completa e perfeita”, o Decreto de 27.5.1911 mandou aplicar na província de Angola o sistema de administração adoptado nos distritos de Lourenço Marques e de Inhambane. As circunscrições deviam ser criadas nas áreas em que não fosse necessário um regime de occupação militar. Na sequência daquele Decreto, a Portaria provincial n. 832, de 1.8.1911, aprovou o regulamento das circunscrições civis da província de Angola. Contudo, os chefes das circunscrições civis não se confundiam com os magistrados criados pela Portaria de 12.12.1896. Dada a diferença entre os chefes de concelho e outros funcionários, de cujas decisões não competia recurso nos termos do Decreto de 16.7.1902, e os chefes das circunscrições civis, de quem competia recurso para o juiz de direito nos termos da Portaria provincial de 1.8.1911, o governo da metrópole mandou, pelo Decreto de 17.8.1912, que aos administradores ou chefes de concelho e outras autoridades que desempenhassem funções de juizes instrutores na província de Angola em virtude do Decreto de 16.7.1902 fossem applicadas as disposições previstas na Portaria provincial de 1.8.1911. Também na província da Guiné o legislador republicano deu logo um primeiro sinal de querer modificar o direito ultramarino em 1912, determinando pelos Decretos de 12.4.1912 e de 7.9.1912 o regresso à organização das circunscrições civis. O primeiro daqueles diplomas previa, no entanto, a conversão transitória da circunscrição civil em comando militar, naquelas circunscrições em que tivessem lugar revoltas dos indígenas. Esta opção pela desmilitarização da administração da justiça foi censurada pela doutrina, não só em face das dificuldades resultantes da occupação incompleta da província da Guiné e dos repetidos conflitos com as populações locais, mas também em virtude da instabilidade da legislação colonial (Ernesto Vasconcelos, 1921: 172 e 174). O Decreto de 7.9.1912 aprovou um regulamento das circunscrições civis da província da Guiné, considerando que, “para a mais completa occupação dos territorios da mesma província é urgente a applicação daquele sistema de administração, mais em harmonia com as modernas concepções do direito público colonial”. Ferreira Diniz (1919: 4) considerou este regulamento “incompleto e deficientissimo”, criticando a divisão territorial da província e a inexistência de requisitos mínimos para nomeação como administrador de circunscrição e sugerindo a realização de um concurso precedendo a nomeação e o alargamento da competência criminal destes funcionários ao julgamento de crimes puníveis com prisão correccional até seis meses e transgressões de posturas

Simultaneamente, o Decreto de 7.8.1912 reconheceu que os juizes municipais criados pelo regimento de 1894 em termos análogos aos do Decreto de 29.7.1886 na metrópole não deviam gozar da prerrogativa da inamovibilidade, “visto não pertencerem a nenhum quadro judicial e nem mesmo à magistratura do Ministério Público”.

Dando concretização à previsão constitucional já mencionada, o legislador determinou ainda, três anos depois da votação da Constituição, a entrada em vigor nas províncias ultramarinas do novo Código de Processo Criminal Militar, com “as convenientes modificações”, e procedeu à regulamentação das Bases Orgânicas da Administração Colonial.

O Decreto n. 731, de 4.8.1914, mandou aplicar o referido Código de Processo, com as modificações das Leis de 6 e de 8.5.1913, ao ultramar e aos territórios das companhias de Moçambique e do Niassa com vista a pôr fim a uma “manifesta desigualdade, sob o ponto de vista da acção penal, entre o exército, a armada e as forças militares coloniais”, mas ressalvando a continuação em vigor do livro primeiro do código de 1896 com as modificações do Decreto de 16.3.1911 e da Lei de 8.7.1913.

Os governadores das províncias exerciam as atribuições conferidas pelo código aos comandantes das divisões do exército da metrópole, mesmo em relação aos tribunais das companhias privilegiadas, e, quando o governo o julgasse conveniente, as conferidas ao comandante em chefe do exército em operações.

O júri era constituído apenas por três oficiais, mas era formado nos mesmos termos dos previstos para a metrópole. O auditor era o juiz do crime na Índia, o conservador do registo predial em Cabo Verde, São Tomé, Macau e Timor e um juiz de

municipais, bem como à prolação da pronúncia nas querelas. A crítica, dirigida ao regulamento da província da Guiné, podia atingir os regulamentos semelhantes das outras províncias. Não obstante, o Decreto de 19.10.1912 aprovou o regulamento das circunscrições civis de Lourenço Marques e de Inhambane, constante da Portaria provincial n. 671-A, de 12.9.1908, com modificações para o distrito de Inhambane que podiam ser estendidas ao distrito de Lourenço Marques. Logo em seguida, o Decreto de 9.11.1912 alargou ao distrito de Tete este regime, criando nele seis circunscrições civis, e o Decreto de 2.11.1912 autorizou o governador de Angola a modificar a legislação sobre as circunscrições civis, o que a Portaria provincial n. 375, de 17.4.1913, fez, aprovando o respectivo regulamento das circunscrições civis e administrativas com a regulamentação habitual do exercício das “funções de justiça” pelo administradores das circunscrições civis e, designadamente, com a fixação da sua competência para julgar as causas criminais com pena de prisão correcional até seis meses ou equiparada e as transgressões de posturas municipais, pronunciar nos processos ordinários, mandar prender sempre que houvesse perigo de fuga e manter preso qualquer suspeito sem culpa formada pelo prazo de vinte dias a contar da data da prisão, prorrogável “quando haja necessidade de se fazerem averiguações” (§ único do artigo 94 da Portaria provincial de Angola n. 375, de 17.4.1913).

primeira instância a designar pelo governo ou mesmo um delegado promovido a juiz para o efeito em Angola e Moçambique.

A Lei n. 277, de 15.8.1914, consagrou pela primeira vez em um diploma comum para todas as províncias ultramarinas os princípios do novo paradigma judiciário ultramarino.¹⁹³⁷ A ideia essencial consistia, nos termos expressos pelo governo, na diferenciação do estatuto do indígena “que, pelo seu grau de instrução, situação económica ou pessoal, hábitos europeus e integração nas instituições gerais da colónia, pode e deve gozar utilmente de todos os direitos garantidos aos cidadãos da república na Constituição e códigos fundamentais do país” e do estatuto do “indígena ignorante, desconhecedor dos nossos usos e costumes, que vive todavia a vida rudimentar dos agrupamentos étnicos a que pertence”.

O legislador retirou desta ideia básica três consequências fundamentais para a regulamentação do sistema da administração da justiça penal no ultramar, uma relativa à especialização da lei aplicável aos indígenas não assimilados, outra atinente à introdução de tribunais especiais e outra ainda referente à conformação do processo utilizado nestes tribunais.

A lei previa a promulgação pelo governo de leis orgânicas para cada província

¹⁹³⁷ O diploma de 1914 não consagrou ainda um verdadeiro sistema colonial de autonomia, mas apenas uma “descentralização extrema”, pois o governo da metrópole conservava “funções gerais de superintendência e de fiscalização” (Armando Monteiro, 1942: 14). Marcello Caetano (1934: 105, 106 e 110) considerava que esta lei tinha consagrado um regime de “autonomia rudimentar” e representava a sequência lógica do movimento doutrinário iniciado por António Enes, Mouzinho de Albuquerque e Eduardo Costa. O governo não observou rigorosamente o que determinava a Constituição, como salienta Silva Cunha (1958: 34), pois os territórios ultramarinos eram “encarados como sendo diferentes da Metrópole e entre si e conseqüentemente exigindo regimes de administração diferentes apropriados às condições locais”. Como resulta claramente do relatório que antecedia o diploma de 1914, imperava então a interpretação do texto constitucional, segundo a qual este exigia a aprovação de “uma espécie de Carta orgânica individual” para cada província ultramarina. Contudo, o ministro das colónias decidiu “simplificar e tornar mais rápido” o cumprimento do disposto na Constituição, aprovando as disposições comuns a todas as colónias e procedendo deste modo a “um começo de especialização, sem descer, todavia, a minúcias”. Os diplomas de 1914 começaram a vigorar efectivamente muito depois da sua publicação e nunca foram integralmente aplicados. A doutrina considerou que as novas leis de 1914 só começaram efectivamente a ser aplicadas a partir de 1920 (“Sucessivas demoras e suspensões das cartas orgânicas promulgadas, o agitado período da guerra e sobretudo a consciência de que os preceitos constitucionais se opunham à divisão do poder legislativo pelas entidades a quem as leis de 1914 confiavam de facto a faculdade de fazer ou revogar leis, causaram hesitações e embaraços de execução, que, nessa matéria, só puderam terminar quando a Constituição foi revista”, Ferreira da Rocha, 1924: 1). O balanço da vigência dos diplomas de 1914 feito no congresso colonial nacional de 1930, pelo relator Lisboa de Lima, foi muito negativo, caracterizando a situação económica e administrativa das colónias como “desoladora” e propondo uma “urgente e cuidadosa revisão” daquelas leis. A superintendência e a fiscalização da metrópole sobre as províncias, quer administrativa, quer financeiramente, não existia na prática, não havendo uma verdadeira unidade económica do território nacional (Lisboa de Lima, 1934: 9, 17, 21 a 23).

ultramarina “tendo em vista o seu grau de desenvolvimento e mais circunstâncias peculiares” (artigo 2 da Lei de 15.8.1914) e a aprovação pelo governador da colónia de um estatuto civil, político e criminal do indígena, estabelecendo-se desde logo que a definição e a punição do ilícito criminal e transgressional deveria ser feita “tendo em especial consideração os seus usos e costumes privativos e o conceito em que forem tidos os factos correspondentes” (Base 18, § 4) e admitindo-se que fossem aplicadas penas distintas, tal como a prisão com trabalho público, aos indígenas não assimilados.¹⁹³⁸

A lei previa também a criação de tribunais especiais com competência sobre questões entre indígenas, compostos por chefes administrativos locais assistidos por indígenas conhecedores da lei local ou outros indivíduos com boa reputação no seu meio. As futuras leis processuais deveriam assegurar “uma rápida e honesta administração da justiça” e ser “simples, de fácil compreensão e adequadas às condições especiais da vida do indígena” (Base 18, § 6).

Na sequência deste diploma fundamental foram aprovadas, com base em sucessivas prorrogações do prazo fixado no § 4 do seu artigo 3, as Cartas Orgânicas das províncias de Cabo Verde, da Guiné, da Índia, de São Tomé e Príncipe, de Timor, de Macau e de Angola, publicadas nos meses de Abril a Novembro de 1917.¹⁹³⁹

¹⁹³⁸ O legislador previa mesmo que em cada colónia se procedesse “no mais breve espaço de tempo” à codificação dos usos e costumes dos indígenas (Base 18, § 7). Esta premência da legislação indígena era reveladora do carácter da política ultramarina do governo republicano. Silva Cunha (1952: 55 e 56) e Héctor Wilensky (1968: 14, 72, 223 e 225) apontam o “proteccionismo com carácter marcadamente paternalista” como sendo “a linha mais definida e indubitável” da política indígena portuguesa desde a implantação do regime republicano. Também falam em “protecção paternalista dos indígenas”, Mário Fernandes de Oliveira e outros, 1979: 140.

¹⁹³⁹ Estas Cartas Orgânicas foram aprovadas pelos Decretos ns. 3.108-B, 3.168, 3.266, 3.285, 3.309, 3.520 e 3.621, respectivamente, de 25.4, 31.5, 27.7, 11.8, 23.8, 5.11 e 28.11.1917. No governo de Sidónio Pais as cartas foram revogadas pelo Decreto n. 4.627, de 30.6.1918, com o fundamento de que as bases da Lei de 1914 eram “suficientemente numerosas e minuciosas para orientar a administração colonial” e as cartas orgânicas constituíam “o decalque das bases acrescentado de uma série de disposições regulamentares fragmentárias e incompletas dos serviços de cada colónia”. As Cartas Orgânicas foram, no entanto, repostas em vigor pelo Decreto n. 5.779, de 10.5.1919, logo após a morte de Sidónio Pais. No segundo congresso colonial português, Ferreira da Rocha defendeu a tese de que as leis de 1914 e as cartas orgânicas deviam ser modificadas, restringindo-se as primeiras ao desenvolvimento dos princípios fixados pela Constituição e as segundas à regulamentação da competência e do funcionamento dos conselhos legislativo e executivo e da competência do governador (Ferreira da Rocha, 1924: 5, 20 e 21). Entretanto, a revisão constitucional, aprovada pela Lei n. 1.005, de 7.8.1920, que previa a competência legislativa dos governos coloniais, com o voto de um conselho legislativo local, e a nomeação pelo governo de altos comissários, com plenos poderes executivos, consagrou um sistema colonial de autonomia (Ernesto Vasconcelos, 1921: 88, Marcello Caetano, 1934: 110, Emygdio da Silva, 1941: 40 e 41, e Armindo Monteiro, 1942: 16). O Decreto n. 7.008, de 9.10.20, promulgou as novas bases da administração das colónias, que unificaram as bases da administração civil e da administração financeira publicadas em 1914, mantendo na sua substância o direito nelas consagrado e, designadamente,

Após a sujeição das províncias de Angola e Moçambique ao regime do alto comissariado, respectivamente pelo Decreto n. 6.864, de 31.8.1920, e pelo Decreto n. 7.051, de 18.10.1920, foi aprovada uma nova Carta Orgânica da província de Angola, pelo Decreto n. 4, de 4.5.1921, do alto comissário Norton de Matos, e a Carta Orgânica da província de Moçambique, pelo Decreto n. 200, de 28.1.1922, do alto comissário Brito Camacho.

As Cartas Orgânicas não previam regras próprias sobre a administração da justiça nas províncias, mas apenas a competência dos órgãos legislativos ultramarinos para definir o estatuto dos indígenas não equiparados.¹⁹⁴⁰ O futuro estatuto criminal dos indígenas não equiparados devia ter em especial consideração os usos e costumes de cada tribo na definição e punição dos crimes, investir nas funções de julgar chefes administrativos locais, assistidos dos «grandes», de letrados conhecedores da lei especial ou de outros indivíduos que no meio indígena merecessem respeito e consideração.

No uso daquela competência, foi publicado na província da Guiné o Diploma Legislativo n. 268, de 22.1.1925, que aprovou o primeiro regulamento sobre a justiça indígena formulado à luz do novo paradigma judiciário diferenciado.¹⁹⁴¹

reproduzindo a base 97^a do diploma de 1920 a doutrina da base 18^a do diploma de 1914. Nas vésperas da ditadura militar, a Lei n. 1.836, de 4.2.1926, aprovou alterações significativas às bases orgânicas, designadamente, quanto ao regime dos altos comissários.

¹⁹⁴⁰ Considerando que “o emprêgo impreciso do termo «indígena», nas leis e regulamentos coloniais, tem dado lugar a abusos e injustiças a que importa pôr termo duma vez para sempre”, o Decreto n. 7.151, de 19.11.1920, mandou que as leis reguladoras do exercício dos direitos civis dos europeus nas colónias fossem extensivas aos indígenas que “adoptem os usos e costumes públicos dos europeus e se submetam às leis e regulamentos impostos aos indivíduos europeus do mesmo nível social” (artigo 1). Só aos indígenas que “vivem e desejam continuar a viver sob os usos e costumes privativos dos agregados sociais indígenas” podiam ser aplicadas as disposições especiais que nos regulamentos se referissem a indígenas.

¹⁹⁴¹ No período que mediou entre a publicação da Lei n. 144 e a aprovação do Diploma Legislativo n. 268, ainda foram feitas várias tentativas, todas frustradas, de concretizar a directiva daquela lei, mas o Tribunal Privativo dos Chinsas de Macau, cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto n. 3.637, de 29.11.1917, e revisto pela Portaria provincial n. 311, de 27.9.1919, não correspondia a um verdadeiro tribunal indígena, e o projecto de Ferreira Diniz, que previa uma organização judiciária complexa para os negócios indígenas na província de Angola, não vingou. O Tribunal Privativo macaense era composto por um juiz de direito, nomeado em comissão pelo governo da metrópole, e tinha competência para julgar os crimes cometidos por cidadãos chineses que fossem puníveis com penas de prisão, desterro ou multa até seis meses ou até 500\$00. Das decisões proferidas nestas causas competia recurso para um tribunal colectivo, composto pelo juiz de direito da comarca, pelo conservador do registo predial e por um homem bom, eleito anualmente pelos quarenta maiores contribuintes. Quando necessário o juiz podia recorrer a um concelho de seis cidadãos chineses, tirados à sorte anualmente de entre os quarenta maiores contribuintes residentes em Macau, para o esclarecer sobre os usos e costumes, mas as suas respostas não obrigavam o juiz. Diferentemente, o “Projecto do regimento de administração de justiça aos indígenas da província de Angola”, publicado por Ferreira Diniz, no ano de 1918, previa a constituição de tribunais

O diploma da província da Guiné foi o único que deu cumprimento ao propósito do legislador de 1914 de introduzir em cada província uma regulamentação pormenorizada da administração judiciária e do processo penal nas causas entre indígenas, o que se justifica pela guerra de 1914 a 1918, pela instabilidade política na metrópole e pela falta de fiscalização do governo central.¹⁹⁴²

indígenas de primeiro grau, junto de cada posto militar ou civil, de tribunais indígenas de segundo grau, em cada concelho ou capitania-mór, e de um tribunal indígena provincial, em Luanda, e a possibilidade de instituição de tribunais indígenas excepcionais. Os tribunais de primeiro grau eram compostos pelo chefe de posto, por um ou mais chefes indígenas, pertencentes às tribus dos litigantes, e por dois assessores, escolhidos anualmente pelo administrador de concelho. Estes tribunais tinham apenas competência cível. Os tribunais de segundo grau eram compostos pelo administrador do concelho ou da capitania-mór, pelo seu secretário, com direito a voto, pelos chefes indígenas das partes litigantes e por dois assessores e tinham toda a competência criminal, com a excepção dos crimes com motivação política ou dos de contrabando de armas e munições, que eram julgados pelos tribunais excepcionais. Os chefes gentílicos e os assessores em circunstância alguma dispunham de direito a voto. A composição dos tribunais excepcionais dependia do livre arbítrio do governador da província. O tribunal provincial era composto pelo secretário provincial dos negócios indígenas, pelo delegado do procurador da República de Luanda e por uma pessoa com conhecimentos dos assuntos indígenas, nomeada pelo governador, e julgava os recursos interpostos das decisões dos tribunais de segundo grau. Os recursos dos tribunais excepcionais eram interpostos para o governador da província. O projecto era acompanhado por um “projecto de código de justiça indígena”, que continha a lei civil e penal aplicável aos indígenas e o regime do direito probatório, onde se destacava a regra da falta de fé em juízo do depoimento de uma só testemunha (Ferreira Diniz, 1918: 613 a 644). Com base nestas ideias, o autor elaborou também um esboço dos princípios que deviam reger a feitura de um regimento de administração da justiça indígena na província da Guiné (Ferreira Diniz, 1919: 10 a 12). Ao invés, o “Projecto de regulamento de justiça penal indígena” para a província de Moçambique, apresentado por António Pereira Cabral, no ano de 1925, regressava a uma solução semelhante à do regulamento do tribunal macaense, sem a participação obrigatória de indígenas na composição do tribunal. O projecto de António Augusto Cabral previa a criação de um tribunal colectivo em cada circunscrição da província, composto pelo delegado do procurador da República e por dois administradores de circunscrição. Este tribunal julgava todos os crimes cometidos por indígenas contra indígenas, que não fossem da competência do administrador de circunscrição. Um tribunal superior de apelação, composto pelo presidente do Tribunal da Relação, pelo secretário provincial dos negócios indígenas e pelo procurador da República, julgava as apelações das decisões do tribunal colectivo, podendo alterar as sentenças recorridas. As decisões dos juizes singulares só eram impugnáveis para o secretário provincial dos negócios indígenas quando o indígena declarasse não prescindir do recurso. Os crimes de motivação política eram processados administrativamente e julgados apenas pelas autoridades administrativas (António Pereira Cabral, 1925: 87 a 93).

¹⁹⁴² A inovação do legislador da província da Guiné tinha sido precedida, três anos antes, por uma reorganização judiciária da província da Guiné. Ponderando que o já mencionado Decreto de 7.9.1912 não deu os resultados “que era de esperar ..., devido à falta de preparação jurídica que em geral revestem as pessoas que exercem êsses cargos”, o Diploma Legislativo n. 69-C, de 19.8.1922, sancionado pelo Decreto do governo de 28.12.1922, extinguiu os julgados municipais e restringiu a competência dos administradores das circunscrições civis à formação do corpo de delicto, à pronuncia provisória e ao julgamento de transgressões de posturas. O novo regulamento das circunscrições civis da província, aprovado pela Portaria provincial da Guiné n. 201, de 2.12.1925, não contrariou esta opção reducionista das competências judiciais dos administradores das circunscrições civis. Ao invés, na província de Timor, a Portaria n. 118, de 1.5.1920, que aprovou o regulamento das circunscrições civis da província, consagrou os poderes amplos daqueles funcionários. A província compreendia o concelho de Dili, os comandos militares descritos no artigo 136 da respectiva Carta e as circunscrições civis de Liquiçá, Manatuto e Baucau. Cada circunscrição era dirigida por um administrador, nomeado por dois anos pelo governador da província de entre oficiais militares ou funcionários administrativos que reunissem certos requisitos, exercendo o administrador as funções que pelo regimento de 20.2.1894 e pelo Decreto de 30.12.1897 competiam ao juiz territorial e julgando as questões indígenas, que eram definidas nos

O direito penal aplicável era o da metrópole quando se tratasse de crimes de particular relevância social e política constantes de um catálogo legal. A restante criminalidade era julgada de acordo com o sistema de penas previsto nos usos e costumes locais, com excepção dos castigos corporais ou das penas privativas da liberdade física, ou de acordo com as penas previstas em regulamentos especiais ou, na falta destes e daqueles, era punida com a pena de trabalho correcional, a de multa ou ainda a de desterro.

O diploma instituiu um Tribunal Indígena em cada circunscrição administrativa, composto pelo respectivo administrador, que presidia, e por dois assessores indígenas da tribo dos litigantes, que tinham voto consultivo. Este tribunal

mesmos termos do Decreto de 7.9.1912, assistidos pelos régulos ou por outros indígenas de consideração no seu meio. O governador da província tinha os mesmos poderes que lhe eram atribuídos no referido Decreto de 1912. Previa-se, contudo, que na “definição e punição dos crimes, delitos e contravenções dos indígenas” os administradores tivessem “em especial consideração os estilos timorenses e o conceito em que pelos indígenas fossem tidos os actos de que se tratar, respeitando-se sempre os princípios de humanidade e civilização” (artigo 80). Na província de Cabo Verde, o legislador encontrou uma solução de compromisso entre os juizes municipais e os administradores das circunscrições civis. Em face da nova divisão administrativa da província da Cabo Verde em concelhos regulares e irregulares, o legislador modificou as funções judiciais dos juizes municipais, atribuindo aos administradores dos concelhos irregulares funções judiciais, “à semelhança do que foi estabelecido para os de circunscrição nas províncias de Moçambique e de Angola, mas harmonizando-as com as funções dos juizes municipais, em conformidade com o regimento de justiça da província”. Assim, a Portaria provincial n. 146, de 29.4.1921, determinou que aos juizes municipais competia preparar e julgar as causas criminais em que a pena aplicável fosse alguma das correspondentes ao processo de polícia correcional e preparar as restantes causas, que não fossem da competência do administrador do concelho irregular, até ao lançamento da pronúncia. Os administradores dos concelhos irregulares, que não fossem da sede do julgado municipal ou da sede da comarca, competia formar o corpo de delito nos processos de polícia correcional, pronunciar em processo correcional ou de querela, julgar as transgressões de posturas municipais e as causas criminais em que fosse aplicável prisão correcional ou trabalho correcional até um mês, multa ou desterro até um mês ou censura. Das decisões dos juizes municipais e dos administradores de concelho cabia recurso para o juiz de direito, sendo obrigatória a interposição de recurso nos processos de polícia correcional, quando promovidos pelo Ministério Público. Esta Portaria n. 146 foi suspensa pela Portaria provincial n. 266, de 11.10.1921, por ordem superior, e só foi reposta em vigor pela Portaria provincial n. 48, de 5.4.1922, depois de concedida autorização superior, visto “julgarem-se necessárias nesta província as providências que ela encerra”. Mas foi nas províncias de Moçambique e de Angola que se foi mais longe, ficando a dever-se aos altos comissários daquelas províncias a expansão da competência judicial dos funcionários administrativos das referidas províncias, em detrimento da competência das autoridades militares. Assim, o Decreto n. 68, de 30.6.1921, do alto comissário da província de Moçambique, extinguiu vários comandos militares e criou circunscrições civis, uma vez que “é absolutamente efectivo o domínio da autoridade em todo o distrito, cuja população indígena está completamente pacificada”. A estas novas circunscrições eram aplicáveis as disposições previstas no regulamento das circunscrições aprovado por Portaria provincial n. 671-A, de 12.9.1908. Três anos depois, tendo passado para a administração directa do Estado os prazos do distrito de Tete, arrendados à companhia da Zambézia, a Portaria provincial n. 736, de 3.5.1924, criou várias circunscrições civis no distrito de Tete, sendo de novo considerado em vigor o regulamento aprovado pela Portaria n. 617-A. Na província de Angola, o Decreto n. 80, de 14.12.1921, do alto comissário da província, transformou em circunscrições civis todas as capitánias-móres e em postos civis os postos militares da província, com o propósito de “intensificar cada vez mais a ocupação administrativa da província nos moldes e princípios estabelecidos e preconizados no regulamento das circunscrições civis,

tinha competência exclusiva para o julgamento dos crimes e das transgressões cometidas por indígenas, não sendo esta competência do administrador delegável nos chefes indígenas locais, ao invés do que sucedia nas pequenas causas cíveis.

O processo aplicável era orientado pelo princípio, segundo o qual “na aplicação da justiça aos indígenas se deve proceder com rapidez e decisão e de harmonia com os usos e costumes das mesmas, contanto, que não ofendam os princípios da humanidade e da civilização” (artigo 41 do Diploma Legislativo n. 268, de 22.1.1925).

O processo restringia-se à ordem de citação do réu pela autoridade administrativa para a audiência de julgamento e à realização deste diante do tribunal, com produção da prova pela acusação e pela defesa, sendo as partes obrigadas a comparecer pessoalmente, com ressalva dos casos de impossibilidade. Na acta da audiência procedia-se a uma “indicação da prova produzida” (artigo 12 do Diploma Legislativo n. 268, de 22.1.1925).

Todas as decisões do Tribunal Indígena eram recorríveis para o governador, que decidia em definitivo. Em todos os recursos, interpostos pelas partes ou com subida obrigatória, o governador ouvia previamente uma Junta Consultiva da Justiça Indígena, composta por três altos funcionários administrativos e um delegado do procurador da República.¹⁹⁴³

2. O Projecto de Código do Processo Penal para a Província de Moçambique de Augusto Vasconcellos (1912)

aprovado pela Portaria provincial n. 375, de 17 de Abril de 1913”.

¹⁹⁴³ Era, contudo, absolutamente defeso repetir julgamentos nos tribunais indígenas, salvo em caso de revisão de processo determinada pelo governador com base em “provas justificativas de violência” (artigo 112, § 1, da Portaria provincial da Guiné n. 201, de 2.12.1925). O julgamento dos régulos foi objecto de disposições especiais, que foram aprovadas pelo Diploma Legislativo n. 290, de 8.10.1925. Ponderando que não era conveniente que os régulos fossem julgados diante do tribunal de primeira instância do concelho ou circunscrição a que pertencessem, o legislador provincial determinou que eles fossem julgados pelo Tribunal Superior Indígena, com sede na capital da província. O tribunal era constituído pelo secretário dos negócios indígenas e por quatro assessores indígenas, com voto consultivo, escolhidos entre os grandes, régulos ou chefes de povoação, concelho ou circunscrição onde tivesse sido cometido o crime. O processo era preparado pela administração, que o apresentava ao tribunal com um relatório “contendo as conclusões finais dos factos de que o réu é acusado” (artigo 4 do Diploma Legislativo n. 290). A decisão final era obrigatoriamente sujeita ao governador para confirmação.

Antes ainda da aprovação das Bases Orgânicas da Administração Colonial foi apresentado publicamente pelo juiz de direito Augusto de Vasconcellos o “Projecto de Código do Processo Penal para a Província de Moçambique”. O projecto de 1912 foi a primeira e única tentativa teórica de formulação de um código de processo penal para uma das províncias ultramarinas.

O projecto continha 635 artigos e compreendia quatro livros, o primeiro contendo disposições gerais, o segundo sobre o processo comum, o terceiro sobre os processos especiais e o último sobre o processo nos juízes inferiores.

O estudo assentava na organização judiciária introduzida pelo regimento de 1894 na província de Moçambique, extinguindo-se os juízes municipais, cujas competências seriam exercidas por juízes ordinários. Os novos juízes ordinários eram nomeados pelo governador geral para cada uma das circunscrições administrativas, sob proposta do juiz de direito, sendo estes lugares ocupados pelos chefes administrativos das circunscrições enquanto o governador geral não nomeasse aqueles juízes.

O juiz popular tinha apenas competência para levantar autos de notícia de factos puníveis e proceder a diligências no processo preparatório requeridas pelo titular do processo. O juiz ordinário preparava e julgava em processo sumário os crimes puníveis com penas não superiores às correcionais praticados por indígenas e os crimes puníveis com pena até seis meses de prisão correcional ou multa cometidos por europeus e assimilados, bem como organizava os processos preparatórios dos crimes restantes. Os juízes de direito preparavam e julgavam as causas que não fossem da competência dos juízes ordinários ou de tribunais especiais e decidiam os recursos interpostos das decisões dos juízes ordinários, podendo avocar qualquer processo pendente nos julgados ordinários da respectiva comarca, mesmo que findo, “para verificar o modo como o juiz seu subordinado procedeu” (artigo 633).

Contudo, a mais relevante novidade no tocante à organização judiciária era a da admissibilidade do tribunal de júri, com competência para o julgamento da matéria de facto “que não estivesse provada por exames, documentos autênticos ou autenticados ou por confissão feita em juízo e não retratada” nos processos por crimes puníveis com

pena maior ou de carácter político (artigo 31).

O projecto previa duas formas de processo comum, uma ordinária e a outra sumária, cabendo esta última no julgamento de crimes puníveis com as penas de prisão correcional ou multa até seis meses ou equivalente ou de crimes puníveis com penas correcionais superiores, quando o arguido fosse preso em flagrante delito ou confessasse o facto e a confissão estivesse “de acordo com os elementos colhidos durante a instrução do processo” (artigo 343). Entre as formas especiais previam-se a de julgamento dos crimes cometidos pelo altos funcionários da administração civil e religiosa da província e por magistrados judiciais e do Ministério Público, a forma de julgamento de réus ausentes, a forma de julgamento dos crimes de difamação querendo o réu fazer prova dos factos e o processo perante os juízes ordinários.

O processo ordinário iniciava-se com uma fase judicial preparatória, secreta, durante a qual o arguido podia consultar o processo com autorização do juiz, juntar todos os meios de prova e requerer a inquirição de testemunhas, que o juiz atenderia se assim o entendesse. Durante o seu interrogatório o arguido preso ou afiançado podia fazer-se assistir, com excepção dos casos de urgência ou perigo para a conservação da prova, por um advogado ou exigir a nomeação de um defensor officioso, sendo certo que a prisão preventiva era prevista para os factos puníveis com pena superior a seis meses de prisão correcional ou multa superior a 500.000 réis, se o arguido fosse europeu ou assimilado, ou para factos puníveis com penas inferiores, se o arguido fosse indígena ou, sendo europeu ou assimilado, se não tivesse modo de vida conhecido, residência permanente ou bens na comarca ou estivesse para viajar. A autonomia do prazo máximo da prisão preventiva sem culpa formada em relação à prolação da pronúncia e a sua dependência de um despacho judicial de indicição provisória que podia ter lugar antes do encerramento do processo preparatório, proferido dentro de oito dias desde a entrega do detido ao juiz e dentro de dez dias desde a detenção, resolvia o problema prático da duração da instrução preparatória em processo com presos e permitia a formulação da proibição expressa da “prisão para averiguações” (artigo 254).¹⁹⁴⁴

¹⁹⁴⁴ A caução podia ser prestada em qualquer fase da causa e, inclusivamente, no tribunal de recurso, mas ela não era admissível para os crimes puníveis com penas maiores fixas de prisão ou degredo, salvo se estivessem provadas as circunstâncias atenuantes da provocação por pancadas e outras violências graves, privação da inteligência e embriaguez, nem para os crimes puníveis com pena maior temporária, quando estivessem provadas as circunstâncias agravantes de premeditação, reincidência, sucessão ou acumulação de crimes praticados em ocasiões diversas. A consagração da garantia do *habeas corpus* e da indemnização dos detidos ilegalmente, como mandava a nova Constituição, constituíam o ponto

No final da fase preparatória, o juiz competente para julgamento proferia despacho de encerramento do processo preparatório, a que se seguia o libelo acusatório do Ministério Público, ou determinava o arquivamento dos autos. No caso de o juiz e o magistrado do Ministério Público discordarem sobre o destino dos autos e, designadamente, quando o primeiro discordasse da promoção de arquivamento do segundo, ou o Ministério Público cedia e deduzia acusação ou o juiz procedia à notificação do acusador particular para apresentar libelo, mesmo nos processos em que era obrigatória a acusação do Ministério Público. Não deduzindo a parte a acusação particular, o juiz ordenava a subida dos autos ao tribunal superior, que decidia em definitivo.

O libelo recebido pelo juiz era notificado ao réu, que podia requerer na contestação que fossem repetidos quaisquer actos do processo preparatório em que não tivesse estado presente ou representado ou que se procedesse a novas diligências. Findas estas diligências, o juiz podia declarar sem efeito o libelo e ordenar o arquivamento dos autos ou o seu prosseguimento. Desempenhando a resposta do réu ao libelo simultaneamente o papel de contestação aos factos imputados e o de requerimento de instrução contraditória, a fase de acusação abria-se logo com a notificação do libelo, pelo que era suprimida a acusação depois da pronúncia.

Na audiência de julgamento o réu tinha de estar presente, salvo se o facto fosse apenas punível com pena de multa, e tinham plena validade os depoimentos das testemunhas ou peritos faltosos registados no processo preparatório, ressalvando-se a possibilidade de as partes requererem a inquirição das mesmas, caso em que o juiz, se necessário fosse, deveria fazer-se transportar à residência da testemunha ou do perito.

Ocorrendo alteração dos factos imputados ao arguido ou mesmo só agravação da qualificação jurídica dos factos imputados ao arguido, o objecto do processo podia ser alargado até começarem os debates através da apresentação de uma nova acusação pelo Ministério Público ou pelo acusador particular e, no processo com intervenção do júri, através da formulação de quesitos subsidiários relativos aos factos novos ou à qualificação mais grave, quando o réu desse o seu consentimento. Se o Ministério Público não pudesse ou não quisesse apresentar acusação nos mesmos autos, mas protestasse pelo conhecimento do facto novo, este seria conhecido em um outro

culminante desta regulamentação favorável à liberdade do arguido.

processo. Este procedimento de advertência ao réu de qualquer mudança da acusação era obrigatório, sob pena de o réu não poder ser condenado por facto mais grave ou de natureza diversa daquela por que tivesse sido acusado.

Na audiência com intervenção do júri o juiz não proferia qualquer relatório final sobre a prova produzida, mas prestava esclarecimentos aos jurados, a pedido destes e na presença das partes. Dadas as respostas, o juiz mantinha a faculdade de anular algumas ou todas as respostas, afirmativas ou negativas, que fossem iníquas.

Os recursos de apelação da sentença ou despacho final e de agravo de quaisquer outras decisões eram processados e julgados como os de agravo de petição em matéria cível. Fixava-se o princípio do triplo grau de jurisdição, cabendo recurso de revista dos acórdãos da Relação que decidiam as apelações e agravo dos restantes acórdãos. Também se determinava o recurso obrigatório pelo Ministério Público das sentenças condenatórias em pena maior ou, na sua falta, a remessa oficiosa dos respectivos autos à Relação. Quer o Tribunal da Relação quer o Supremo Tribunal de Justiça conheciam da decisão de direito e de facto, apreciando toda a prova registada nos autos, salvo nos processos em que tivesse intervindo o júri, em que esse controlo se limitava à deficiência na formulação dos quesitos e à contradição, obscuridade ou deficiência nas respostas dadas aos mesmos.

No que respeita ao julgamento de ausentes, previam-se duas formas distintas: quando o crime fosse punível apenas com pena de multa, a causa podia correr à revelia do arguido, transitando a sentença dez dias depois da sua publicação, e quando se tratasse de outros crimes, os autos prosseguiam o seu curso normal após a notificação edital do libelo, sendo obrigatória a interposição de recurso pelo Ministério Público.

No processo perante nos juízos inferiores, não era obrigatória a presença da defesa e nem mesmo da acusação, “devendo o juiz indagar imparcialmente todos os factos e circunstancias, quer sejam a favor quer contra o reu” (artigo 622). O juiz ordinário cumulava mesmo, nos julgados onde não existisse magistrado do Ministério Público ou ele estivesse impedido, as funções de julgador e de magistrado promotor dos termos da acusação. No entanto, a prova produzida em julgamento era obrigatoriamente registada e o processo enviado officiosamente ao juiz de direito para confirmação da sentença quando se tratasse de julgamento de réus indígenas por factos puníveis com pena correccional superior a seis meses de prisão ou outras penas equivalentes. Sendo o

crime punível com pena de prisão correcional de seis meses ou com penas equivalentes ou inferiores a esta, o julgamento dos réus, fossem eles indígenas, assimilados ou europeus, era verbal, excepto se alguma parte não prescindisse do recurso.

O projecto revelava, pois, uma preocupação genuína em aproximar a organização judiciária penal ultramarina da continental, substituindo os juízes municipais por juízes ordinários e estabelecendo o tribunal de júri, e, sobretudo, em uniformizar o estatuto processual dos réus indígenas, assimilados e europeus. A uniformização só não era perfeita em virtude do regime mais gravoso da prisão preventiva dos indígenas indiciados pela prática de crimes puníveis com prisão inferior a seis meses e da competência acrescida do juiz ordinário para julgar os crimes cometidos por indígenas puníveis com penas não superiores às correcionais quando o arguido indígena tivesse sido detido em flagrante delito ou confessasse a prática do crime.

O projecto realizava o princípio da acusação tão deficientemente como o direito vigente na metrópole, já que no processo ordinário o juiz de julgamento tinha o pleno controlo da fase de conclusão do processo preparatório e as diligências requeridas pelo arguido na contestação constituíam uma verdadeira instrução contraditória facultativa, prévia ao julgamento, que munia o juiz do conhecimento antecipado dos meios da defesa e, desse modo, prejudicava a sua imparcialidade. Este défice era, ainda assim, menor do que o do direito ultramarino vigente, por força da intervenção do tribunal de júri. Nos processos sumários julgados nos tribunais inferiores, o projecto consagrava a solução muito gravosa de concentração de funções judiciais e persecutórias que o direito ultramarino já conhecia.

O princípio da imediação encontrava no projecto uma realização mais deficitária do que a do direito vigente na metrópole e no ultramar, não tanto em face da previsão ampla sobre o aproveitamento da prova produzida na fase preparatória, que não se distinguia do direito vigente, mas das regras reguladoras do julgamento do réu ausente, podendo o réu condenado em pena de multa na primeira instância e nas restantes penas na segunda instância ficar sem qualquer defesa.

Se o regime muito restritivo de alteração do objecto do processo e a fundamentação da sentença, que incluía a “apreciação da prova produzida” (artigo 396), constituíam as verdadeiras limitações aos abusos do juiz julgador-instrutor, actuando

aquelas limitações do poder judicial em defesa do princípio da acusação, o registo da prova e o triplo grau de jurisdição em matéria de facto no processo ordinário e no sumário, que fossem julgados em primeira instância pelo juiz de direito, eram as únicas garantias do réu agravado pela instância na valoração da prova e, designadamente, na preterição da prova de julgamento em favor da de instrução. A intervenção dos tribunais de recurso era comedidamente favorecida, pois o desconto da prisão preventiva no cumprimento da pena de prisão correccional ou de trabalho correccional era feito de acordo com a regra da equivalência de dois dias de prisão a um dia de trabalho correccional e não tinha lugar em relação ao tempo decorrido desde a publicação da sentença condenatória até que o processo baixasse ao juízo recorrido, quando o recurso tivesse sido interposto pelo réu e o tribunal superior não tivesse diminuído a pena imposta pela instância. Por outro lado, no processo sumário o réu condenado em pena corporal que recorresse podia sempre prestar caução para se livrar solto até à decisão do recurso.

Ao invés, a decisão do júri, que por si só já constituía uma garantia inovadora, não era sindicada, senão nos limites habituais, sendo a interposição do recurso consideravelmente desfavorecida pela não imputação da prisão preventiva na pena fixada a final. Acresce que em processo ordinário, ao réu condenado em pena maior não era admitida a prestação de caução, sendo-o, no entanto, se fosse condenado em pena correccional. Nem o legislador da República nem o da ditadura militar foram sensíveis às ideias liberais de Augusto de Vasconcellos.

3. A realização do novo paradigma pela Ditadura Militar

O novo regime político, prosseguindo o caminho já encetado pelos governos republicanos, não só consagrou as bases fundamentais da organização judiciária comum e reviu o direito militar ultramarino, como levou à prática o novo paradigma judiciário,

regulamentando a jurisdição especial indígena.¹⁹⁴⁵

Depois de ter determinado a cessação de funções dos tribunais fiscais,¹⁹⁴⁶ o legislador revolucionário procedeu a uma reorganização da gestão da magistratura judicial ultramarina, com vista a exercer “uma mais ampla acção sôbre os serviços de justiça das colónias” e a “dar realização às justas aspirações da magistratura colonial, entregando aos respectivos magistrados os meios legais necessários para êsse fim”. Assim, o Decreto n. 12.032, de 28.7.1926 extinguiu a secção judicial do Conselho Colonial e criou o Conselho Superior Judiciário das Colónias, composto por um juiz do Supremo Tribunal de Justiça e dois vogais juizes de segunda instância das colónias, sendo o primeiro escolhido pelo ministro e os restantes escolhidos pelos seus pares nas Relações das colónias. Ao Conselho competia conhecer da responsabilidade dos magistrados judiciais e do Ministério Público e, designadamente, determinar a realização de inspecções e sindicâncias, instaurar processos disciplinares e impor penas disciplinares, ordenar os magistrados segundo a sua antiguidade, propor e consultar sobre a promoção de acordo com o tempo de serviço e os méritos e deméritos, sobre o preenchimento de vacaturas, a aposentação ordinária e extraordinária e a passagem aos quadros da metrópole e ainda emitir voto afirmativo sobre a aposentação e a mudança de situação no quadro por conveniência de serviço. Das decisões do conselho não cabia recurso.

Logo em seguida, o Decreto n. 12.110, de 13.8.1926, extinguiu o Conselho Colonial, atenta a “feição burocrática que nêle predomina” e considerando “que na

¹⁹⁴⁵ Silva Cunha (1951: 140) aponta também esta data como a do início de um novo período na história da administração colonial, não tanto pela introdução de novos conceitos ou ideias, mas pela realização prática dos ideais que já floresciam no regime republicano. Peca, pois, por ser restritiva a perspectiva de Alfredo Wilensky (1971: 123), de que a ditadura teve apenas uma actividade legislativa unificadora dos diferentes regimes processuais e organizatórios vigentes nas províncias.

¹⁹⁴⁶ Considerando que havia “toda a vantagem de fundir os serviços a cargo dos Tribunais Administrativos, Fiscais e de Contas das Colónias e os Conselhos de Finanças, num só tribunal, para cada colónia, que pode figurar com o nome dêste último”, o legislador determinou a cessação de funções dos Tribunais Administrativos, Fiscais e de Contas, passando a respectiva competência para os Conselhos de Finanças, referidos na 84^a base orgânica da administração civil e financeira das colónias, aprovada pelo Decreto de 9.10.1920. A composição do Conselho de Finanças era modificada, incluindo nas colónias de Angola, Moçambique e Índia o presidente da Relação, um juiz da Relação, eleito anualmente pelos seus pares, um juiz de primeira instância em serviço na capital e dois vogais, sendo um escolhido pelo Conselho Legislativo e outro pelos vinte maiores contribuintes residentes na capital da província, mas nenhum deles podendo ser funcionário da administração em serviço activo. Nas restantes colónias entravam dois juizes, onde os houvesse, ou um juiz de direito e um conservador de registo predial e dois vogais escolhidos pelo Conselho Legislativo. Os directores de fazenda e os administradores ou directores de alfândega assistiam no julgamento das causas aduaneiras. Esta primeira tentativa de reforma foi logo afastada nas novas bases da administração das colónias de 1926.

instituição a criar é indispensável que as colónias se façam representar por sufrágio directo e amplo”, criou junto do ministério das colónias o Conselho Superior das Colónias, composto pelo secretário geral do ministério, o presidente e os vogais do Conselho Superior Judiciário das Colónias e ainda por seis vogais de nomeação pelo ministro e oito vogais eleitos, um por cada colónia.¹⁹⁴⁷ O Conselho Superior das Colónias manteve a competência de Tribunal Superior do Contencioso Administrativo, Fiscal e de Contas, sendo as suas decisões definitivas.

A par da reforma dos órgãos máximos da administração ultramarina, o legislador revolucionário cuidou, através do Decreto n. 12.393, de 27.9.1926, de mandar aplicar o novo Código de Justiça Militar nas províncias ultramarinas, no distrito de Timor e nos territórios das companhias privilegiadas de Moçambique e do Niassa, mantendo-se a equiparação dos governadores das províncias e do distrito de Timor aos comandantes de divisão ou, no caso de o governo o julgar conveniente, ao comandante em chefe do exército em operações.¹⁹⁴⁸

O júri tinha agora quatro oficiais, mas o quarto era um suplente, e as funções de auditor competiam, em princípio, apenas a juízes de direito, intervindo, em acumulação, o juiz da comarca ou o juiz do crime, nas comarcas em que houvesse este lugar, com a excepção da província de Macau, em que intervinha o juiz do tribunal privativo dos réus chineses. Contudo, nos territórios das companhias privilegiadas e nas províncias ou no distrito autónomo em que faltassem militares com os requisitos necessários, o tribunal era constituído apenas pelo presidente, o auditor e um único vogal, julgando os três a matéria de facto. O Supremo Tribunal Militar tinha jurisdição nas matérias da sua competência em todas as províncias ultramarinas e no distrito de

¹⁹⁴⁷ A composição deste conselho era ainda objecto da crítica, pois “a eleição directa dos representantes das colónias tenderia a transformar o Conselho num Parlamento colonial, onde disputariam os lugares para influir na escolha ou na orientação dos governadores, ou combater a política metropolitana” (Marcello Caetano, 1967 a: 87 e 88). Por essa razão foi aprovado o Decreto n. 16.108, de 5.11.1928, que suprimiu os lugares de vogais eleitos e elevou o número dos de nomeação. Criticando a orientação seguida por este decreto, que se manteve aquando da criação do Conselho do Império em 1935, Teófilo Duarte, 1935: 245.

¹⁹⁴⁸ Já anteriormente, tinham sido aprovadas, pelo Decreto n. 11.746, de 16.6.1926, as bases para a reorganização do exército colonial, subordinando-as ao ministro das colónias por intermédio dos governadores e altos comissários. O quadro privativo das forças coloniais foi extinto, com vista a estabelecer a homogeneidade das tropas metropolitana e colonial, sem prejuízo do reforço da participação de indígenas. Em consequência, o Decreto n. 12.560, de 27.10.1926, determinou que a extinção do quadro privativo das forças coloniais se faria sem prejuízo dos direitos adquiridos, tendo os oficiais passagem imediata e os sargentos passagem condicionada pela prestação de provas aos quadros da metrópole correspondentes e os que preferissem continuar no ultramar podendo fazê-lo em comissão.

Timor.

Ainda no ano de 1926 o ministro das colónias João Belo fez publicar as novas Bases Orgânicas da Administração Colonial, aprovadas pelo Decreto n. 12.421, de 2.10.1926, com o propósito de consagrar uma “mais eficaz superintendência e fiscalização da metrópole”, mantendo, contudo, a fidelidade às disposições constitucionais de 1920. Para tanto, as bases reduziram os poderes dos altos comissários, tornando o âmbito e o modo de exercício das suas funções estritamente dependentes do governo, definiram mais rigorosamente as competências do governo da metrópole e as dos governos das colónias e substituíram a administração municipal nas regiões onde ela não se tivesse conseguido implantar por comissões urbanas, constituídas por membros nomeados pelo governador da província ou em parte nomeados e em parte eleitos. Em cada colónia havia, tal como nas bases anteriores, um Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas, composto por magistrados judiciais e funcionários públicos e podendo dele fazer parte vogais não funcionários públicos, eleitos pelo Conselho do Governo, sendo a composição particular de cada tribunal dependente “das condições especiais e grau de desenvolvimento de cada colónia” (base XIII. Das decisões do tribunal cabia recurso para o Conselho Superior das Colónias.¹⁹⁴⁹

As novas Bases Orgânicas previam a existência de um estatuto civil, político e criminal dos indígenas e a investidura de funcionários ou tribunais especiais ou administrativos locais para o julgamento de questões entre indígenas e que nestes julgamentos os costumes indígenas seriam aceites “desde que não ofendam os direitos de soberania ou não repugnem aos principios da humanidade” (base XII). O Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas de Angola e Moçambique, logo aprovado pelo Decreto n. 12.533, de 23.10.1926, e depois mandado aplicar à província da Guiné e aos territórios da província de Moçambique sob administração das companhias do Niassa e de Moçambique pelo Decreto n. 13.698, de 30.5.1927, previa a aplicabilidade do Código Penal, enquanto não fossem publicados em cada colónia os respectivos códigos

¹⁹⁴⁹ Para todas as províncias foram aprovadas pelo governo novas cartas orgânicas, publicadas no dia 4.10.1926 pelo Decreto n. 12.499, com as letras A a F. As bases de 1926 foram ainda parcialmente modificadas por umas outras, aprovadas pelo Decreto n. 15.241, de 24.3.1928, que mantinham no essencial a orientação das anteriores e, designadamente, a orientação restritiva dos poderes dos altos comissários (Armindo Monteiro, 1942: 22 e 23, Rui Guimarães, 1948: 2, e André Gonçalves Pereira, 1971: 164). A crítica destas bases foi feita por Armando Gonçalves Pereira (1931: 188 a 191).

do indigenato, dando-se, contudo, ao julgador uma directiva no sentido de que a aplicação das penas previstas na lei penal comum devia ter “na devida atenção o estado e civilização dos indígenas e os seus usos e costumes primitivos” (artigo 11) e estabelecendo-se algumas especialidades no tocante ao sistema de penas.¹⁹⁵⁰

Enquanto os usos e costumes locais não fossem reduzidos a escrito, eles deviam ser estabelecidos para cada caso sujeito a julgamento, na província da Guiné, pelas declarações do chefe indígena da região e de dois indígenas dos mais conceituados, designados pelo presidente do tribunal (artigos 6, § único, e 10, do regulamento da Guiné de 1929) e, nas províncias de Moçambique e Angola, pelas declarações dos dois assessores indígenas, que faziam parte do tribunal (artigos 10, § único, e 14, do regulamento de Moçambique de 1929, e artigos 6, § único, e 11 do regulamento de Angola de 1943).¹⁹⁵¹

O novo tribunal privativo dos indígenas, com sede em cada circunscrição

¹⁹⁵⁰ O Estatuto dos Indígenas foi regulamentado pelo Diploma Legislativo n. 37, de 12.11.1927, do governo da colónia de Moçambique, depois revisto pelo Diploma Legislativo n. 162, de 1.6.1929, do mesmo governo. Na colónia da Guiné, o Estatuto foi regulamentado pelo Diploma Legislativo n. 455, de 20.4.1929, do governo da colónia, e na colónia de Angola pela Portaria n. 3.126, de 28.10.1939, depois substituída pela Portaria n. 4.304, de 17.2.1943, ambas do governo da colónia. O Estatuto dos Indígenas não previa, no entanto, disposições relativas ao processo aplicável no julgamento das causas cíveis e comerciais entre indígenas e não indígenas, tendo a matéria sido objecto do Decreto n. 16.474, de 6.2.1929. Este diploma estabeleceu um regime favorável aos indígenas, admitindo a apresentação oral da causa ou da defesa pelo indígena, proibindo o processamento da causa à revelia do réu indígena e o reconhecimento da relevância processual à confissão do réu indígena e determinando a representação do réu indígena pelo Ministério Público. Nenhuma destas regras valia para os autores e os réus não indígenas. A fundamentação teórica do regime do indigenato concretizava-se deste modo na afirmação da necessidade de uma protecção especial das populações indígenas contra “os perigos da utilização desprevenida do direito e da técnica das sociedades evoluídas” (parecer da Câmara Corporativa n. 10/V, p. 44). Os indígenas eram “súbditos portugueses, submetidos à protecção do estado português, mas sem fazerem parte da Nação, quer esta seja considerada como comunidade cultural (visto faltarem-lhe os requisitos de assimilação cultural), quer como associação política dos cidadãos (por não terem ainda conquistado a cidadania)” (Marcello Caetano, 1957: 23). Por esta razão, “logo que um indígena adquira a mentalidade e os costumes europeus, torna-se cidadão e participa da vida cívica da Nação Portuguesa” (Marcello Caetano, 1951: 30). O critério decisivo para a definição do estatuto do indígenas era, pois, um critério de natureza cultural e não rática (Adriano Moreira, 1955 a: 29, e 1955 b: 497, Silva Cunha, 1956: 89 e 90, e 1958: 55, José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 15, e André Gonçalves Pereira, 1971: 372 e 373). No que tange à intervenção judicial de adaptação da lei penal comum aos réus indígenas ela dizia somente respeito à medida concreta da pena e não à moldura abstracta das penas do Código Penal (Caramona Ribeiro, 1944 b: 10, Gonçalves Cota, 1946: 48, e Silva Cunha, 1958: 182, mas contra Manuel Figueira, 1942: 73, que propunha a substituição da pena do direito europeu pela do direito indígena: “se ao crime segundo o nosso direito corresponder uma pena leve e segundo o direito penal indígena se aplicar a pena de morte, não deve punir-se esse indígena com a pena leve, mas sim com a pena de prisão maior, convertida em trabalhos públicos, a cumprir em lugar afastado do sítio onde foi cometido o crime, porque só assim se preencherá o fim da pena Ao contrário, se ao crime corresponde segundo o nosso direito uma pena grave e segundo o direito indígena uma pena leve, pena leve deve aplicar-se”).

¹⁹⁵¹ A doutrina considerava vinculativa a indicação dos assessores relativa aos usos e costumes (Caramona Ribeiro, 1944 b: 8).

menor gravidade nos locais de maior densidade populacional.

Com efeito, os tribunais de primeira instância passaram a ser compostos pela autoridade administrativa local, que presidia, e por dois vogais indígenas, que mantinham o voto deliberativo, mas já não tinham assento permanente, sendo antes designados pelas partes em cada causa de entre os chefes indígenas da circunscrição ou de outra limítrofe ou pelo juiz na falta de acordo das partes. A composição do tribunal foi alargada a dois assessores livremente escolhidos pelo juiz de entre os chefes e outros indígenas de reconhecido prestígio e com conhecimento dos usos e costumes locais, que prestavam informação sobre estes usos e costumes.¹⁹⁵⁵ Simultaneamente, o governador foi afastado da composição do tribunal privativo de segunda instância, sendo substituído pelo desembargador presidente do Tribunal da Relação, em Angola e Moçambique, e pelo juiz de direito, na Guiné.¹⁹⁵⁶ Contudo, em face das dificuldades na constituição deste Tribunal Superior especial, que ainda em 1932 “não se encontra totalmente constituído” na província de Moçambique, o governo da metrópole extinguiu-o naquela província, atribuindo a sua competência ao Tribunal da Relação de Lourenço Marques (artigo 1 do Decreto n. 21.215, de 15.4.1932), o mesmo acontecendo na província de Angola aquando da publicação da Portaria n. 4.304, de 17.2.1943, que transferiu para a Relação de Luanda a competência do Tribunal Superior Privativo dos Indígenas da mesma cidade.

Os julgamentos nos tribunais indígenas de primeira instância obedeciam a uma de duas formas de processo distintas. A forma de processo para julgamento de crimes puníveis com penas correccionais consistia na província da Guiné apenas na intimação ao réu da participação e na audiência de julgamento, em que se produzia a

¹⁹⁵⁵ Na sua substância, a nova composição do tribunal consistia em um juiz, dois advogados das partes e um perito independente, apresentando a vantagem de a opinião do perito ser controlada pelos representantes das partes (Narana Coissoró, 1966 b: 23). Agostinho de Carvalho e Armando Soeiro propuseram, ao invés, o regresso à fórmula anterior, com apenas dois assessores nomeados caso a caso e com “voto de mera informação” nas causas criminais. O parecer devia ficar a constar da acta “de forma a conhecer-se com precisão a tradição jurídica e a solução que dariam, nas condições presentes, ao pleito”. O tribunal indígena devia ser “independente do poder executivo no desempenho das suas atribuições” (Agostinho de Carvalho: 1947: 48 e 49). Nas colónias francesas, o estatuto dos juizes indígenas também era, em regra, muito rudimentar, sendo os assessores designados pelo governador livremente ou, por vezes, sobre uma lista elaborada pelos chefes de circunscrição administrativa (Louis Rolland, 1933: 143).

¹⁹⁵⁶ Outro meio de controlo das decisões em que fossem réu ou autor os indígenas era o do envio obrigatório de cópias de todas as decisões finais, com ou sem trânsito, ao Conselho Superior Judiciário das Colónias, determinado pelo Decreto n. 12.452, de 9.10.1926, com o propósito de “patentear perante o mundo civilizado o respeito e atenção que aos magistrados portugueses sempre têm merecido os direitos dos indígenas”.

prova da acusação e da defesa, com registo do extracto dos depoimentos, da opinião dos assessores e da informação do chefe indígena, quando este tivesse sido chamado em face da “importância da causa” (artigo 46 do regulamento da Guiné de 1929). Na província de Moçambique, o julgamento dos crimes puníveis com penas correcionais e, na província de Angola, o julgamento destes crimes, com ofendidos e réus indígenas, era da exclusiva competência do presidente do tribunal, não havendo lugar á nomeação de vogais, “podendo, porém, os mesmos presidentes acompanhar-se de assessores quando os ofendidos fossem todos indígenas” (artigo 39,§ 1, no regulamento de Moçambique de 1929 e artigo 10 no regulamento de Angola de 1943).¹⁹⁵⁷ Só no caso de as partes não terem prescindido de recurso se registavam, na província de Moçambique, os extractos dos depoimentos e a informação dos assessores e, na província de Angola, apenas os depoimentos.¹⁹⁵⁸

O processo para julgamento de crimes puníveis com penas maiores era, nos três regulamentos, semelhante, mas muito distinto do processo ordinário aplicável na jurisdição comum. A fase de investigação era conduzida pela autoridade judicial, que podia delegar nos seus subordinados a formação do corpo de delito, mas no prazo máximo de quarenta dias desde a captura, que podia ser motivada pelo mero perigo de fuga, a autoridade judicial proferia sem dependência de querela um despacho de classificação do crime. Notificado do despacho provisório de classificação do crime, o réu preso podia requerer a produção de prova, com vista à anulação daquele despacho, sendo em seguida proferido um despacho definitivo de classificação de crime, que

¹⁹⁵⁷ Na província de Angola, o presidente do tribunal indígena deduzia nos processos por crimes puníveis com pena correcional uma acusação, que, notificada ao arguido, era posteriormente julgada pelo tribunal (Honório Barbosa, 1946: 141).

¹⁹⁵⁸ Nos juízos instrutores não existia sequer agente do Ministério Público e ao juiz instrutor competia ordenar oficiosamente a prática de todos os actos que o Ministério Público devia promover, não admitindo a doutrina que o juiz instrutor nomeasse um agente do Ministério Público *ad hoc*. Na prática, a nulidade da falta do Ministério Público no julgamento era frequentemente arguida, mas os tribunais superiores consideravam em vigor o § 3 do artigo 91 do regulamento das circunscrições civis, aprovado pela Portaria n. 671-A, de 12.9.1908, que dispensava o representante da acusação nos julgamentos sumários (António de Miranda, 1931: 35 e 79, e 1937: 194 e 195, e Caramona Ribeiro, 1948: 153). Outra questão muito frequente era a da legitimidade do administrador civil para se substituir ao ofendido quando este fosse indígena, promovendo o procedimento judicial, ao abrigo dos seus deveres de tutela e de curadoria dos indígenas. A questão foi colocada pelo governador da província de Moçambique ao presidente do Tribunal da Relação, que lhe deu resposta afirmativa, tendo esta sido mandada observar pelo governador por todas as autoridades administrativas com funções judiciais (Adelino Macedo, 1944: 88 a 95).

apreciava a prova produzida pela defesa.¹⁹⁵⁹

O efeito prejudicial da inquisitorialidade inerente a esta forma de processo era ainda agravado pelo aproveitamento pleno da prova produzida na fase preparatória do processo, procedendo-se mesmo nas províncias da Guiné e de Moçambique à leitura dos depoimentos prestados no corpo de delito pelas testemunhas faltosas por motivo justificado, o que não se verificava na província de Angola. O registo da prova produzida na audiência, que constituía a verdadeira garantia do arguido condenado, também não obedecia às mesmas regras em todas as províncias. Na província da Guiné, registavam-se os depoimentos do réu e das testemunhas de acusação, na parte em que se distinguissem das anteriormente prestadas, os depoimentos das testemunhas de defesa, estes escritos “com a maior concisão possível”, as declarações do chefe indígena e dos assessores (artigo 50, § 1, do respectivo regulamento), na província de Moçambique, os depoimentos das testemunhas da acusação, salvo na parte já conhecida, os depoimentos das testemunhas da defesa “com a maior concisão possível”, as informações dos assessores “por forma concisa e limitada” e os “votos fundamentados dos vogais nomeados” (artigo 43, § 1, do respectivo regulamento de 1929), e na de Angola, os depoimentos das testemunhas, o “voto deliberativo dos vogais” e as declarações dos assessores (artigo 31 do respectivo regulamento de 1943).¹⁹⁶⁰

Ao invés do regime da leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas, as disposições relativas à convolação do crime imputado ao réu na acusação não prejudicavam o réu, sendo admitida nesta forma de processo como na mais simples, mas apenas quando o crime provado fosse da mesma natureza e menos grave (“no caso do crime acusado ser mais grave que o provado, sendo ambos da mesma natureza”, artigo

¹⁹⁵⁹ Adelino Macedo (1944: 69 a 72) designava o despacho previsto no corpo do artigo 41 do regulamento de Moçambique como despacho provisório de classificação do crime e o previsto no § 3 do artigo 41 como despacho definitivo de classificação, interpondo entre a prolação de um e de outro a inquirição de testemunhas nos termos do artigo 41, § 2, do regulamento de Moçambique, e a acareação do réu com as testemunhas, nos termos do artigo 67 do mesmo regulamento.

¹⁹⁶⁰ A prática era decepcionante, como informavam Agostinho de Carvalho e Adelino Macedo, relativamente à província de Moçambique: o parecer dos assessores era, em regra, “uma chapa lacónica e formulária «segundo os costumes indígenas o réu seria condenado à morte» ou antes outra equivalente, quando não pior” (Agostinho de Carvalho, 1947: 22, e Adelino Macedo, 1944: 75 e 84). Em Angola, a prática não era diferente. A Repartição Central dos Negócios Indígenas, de Angola, através da circular n. 870, de 20.6.1941, insistiu na necessidade de se dar “maior amplitude à exposição do crime e das circunstâncias em que foi cometido”, razão pela qual “os votos dos vogais e assessores devem ser sempre devidamente explanados, porque é nêles que reside a principal base da sentença” (Raúl de Lima, 1941: 467). Mais tarde, com base em um estudo de casos ocorridos na província de Angola, Alfredo Wilensky (1971: 139 a 141) concluiu que os usos e costumes indígenas raramente eram aplicados, tendo a ponderação do direito local alguma repercussão apenas na atenuação da pena.

66 do regulamento da Guiné de 1929, e “se o crime provado fôr da mesma natureza e menos grave”, artigo 80 do regulamento de Moçambique de 1929). Contudo, no regulamento de Angola de 1943 já se remetia para o disposto nos artigos 447 e 448 do CPP.¹⁹⁶¹

Com a subida obrigatória dos processos por crimes puníveis com penas maiores e a faculdade de o Tribunal Superior Privativo das províncias da Guiné e de Moçambique e o Tribunal da Relação de Luanda procederem ao controlo da preterição de actos essenciais para a descoberta da verdade e a boa decisão da causa, o réu condenado nesta forma de processo tinha uma garantia mais eficaz, ainda que dependente da qualidade do registo da prova na primeira instância, do que o réu condenado na forma de processo mais simples.

Com efeito, o processo subia necessariamente ao tribunal de recurso para confirmação no caso de crimes puníveis com penas maiores, só sendo, no entanto, descontada na pena de degredo metade da prisão preventiva sofrida desde a detenção até à condenação na primeira instância e todo o tempo até à condenação na segunda instância na província de Angola e sendo nas províncias da Guiné e de Moçambique a prisão preventiva sofrida considerada apenas como uma circunstância atenuante.¹⁹⁶² Ao invés, no processo com penas correcionais, em que a prisão preventiva era integralmente descontada no cumprimento da pena em todas as províncias, a subida do recurso dependia de as partes terem requerido oportunamente o registo da prova, declarando expressamente não prescindir do recurso, e terem interposto tempestivamente o recurso.

Só depois de ter organizado a jurisdição especial indígena o legislador dedicou a sua atenção à reforma da jurisdição comum ultramarina. Quatro meses depois de ter sido promulgado o primeiro Estatuto Judiciário, o governo procedeu à revisão do “anacrónico regimento” de 20.2.1984, ressaltando expressamente que as disposições deste estatuto não prejudicariam as do estatuto especial dos indígenas. A obra legislativa do ministro das colónias João Belo foi, assim, coroada com a publicação do Decreto n.

¹⁹⁶¹ Já anteriormente, a Portaria n. 3.316, de 9.2.1938, do governo geral de Moçambique, tinha mandado aplicar o disposto nos artigos 447 e 448 do CPP nos tribunais privativos e proibido o julgamento de réus ausentes nestes tribunais.

¹⁹⁶² A disparidade entre as províncias resultava de não ter sido estendida a todas a doutrina do artigo 628, § único, do CPP, na redacção que lhe tinha sido dada pelo Decreto-Lei n. 30.384, de 1.6.1940 (Caramona Ribeiro, 1944 b: 23, e 1944 a: 21, e Adelino Macedo, 1944: 84).

14.453, de 20.10.1927, que aprovou a nova Organização Judicial das Colónias.

Os juizes das Relações e os juizes de direito que pertenciam ao quadro das colónias só gozavam de independência “restrita ao acto de julgar” (artigo 122, § 1, da Organização Judicial), podendo ser transferidos antes de um quinquénio de exercício efectivo de funções na mesma comarca por decisão do Conselho Superior Judiciário das Colónias, precedendo audiência deles, e depois do quinquénio sem quaisquer formalidades.¹⁹⁶³

Ao invés, os juizes municipais e populares, que não pertenciam ao quadro da magistratura, eram “meros oficiais de justiça” e só gozavam das garantias dos magistrados “quando investidos dessas funções” (artigo 124, § único, da Organização Judicial). O juiz municipal e o juiz popular eram nomeados pelo governador, aquele por dois anos e sob proposta em lista tríplice do presidente da Relação ou do juiz de direito, onde não houvesse Relação, e este por um ano e sob proposta em lista tríplice do juiz de direito, preferindo-se no caso daquele quem tivesse instrução superior, secundária ou especial, mas prevendo-se, tal como no anterior regimento de 1894, a nomeação da autoridade administrativa local, como juiz instrutor, na falta de pessoa idónea para o lugar de juiz municipal. O juiz municipal e o juiz popular podiam ser livremente

¹⁹⁶³ Havia manifesta contradição entre os termos do artigo 128, que mencionavam uma proposta do Conselho Judiciário para transferência ou colocação no quadro dos juizes de direito, e os do artigo 223, que atribuíam a este órgão competência para resolver sobre a colocação no quadro e para informar sobre a conveniência da transferência de magistrados judiciais, razão pela qual o Decreto n. 14.593, de 19.11.1927, veio sanar a contradição no sentido da atribuição do poder de decisão sobre a colocação no quadro e sobre a transferência ao Conselho. A Organização Judicial das Colónias manteve a composição e o modo de nomeação dos membros do Conselho Judiciário previstos no Decreto n. 12.032. Esta composição do conselho foi modificada pelo Decreto n. 17.574, de 8.11.1929, que previa a composição do referido órgão com um juiz do Supremo Tribunal de Justiça, como presidente, e dois vogais juizes da Relação de Lisboa ou do Supremo Tribunal de Justiça, sendo todos nomeados pelo ministro das colónias. Os membros efectivos exerciam por um biénio e podiam ser reconduzidos um vez. O domínio político do Conselho Superior Judiciário Ultramarino em 1929 antecipou, deste modo, a reforma que o Decreto n. 21.485, de 20.7.1932, viria a realizar em relação ao Conselho Superior Judiciário na metrópole. A situação dos magistrados judiciais em exercício nas províncias ultramarinas portuguesas não era pior do que a dos magistrados das colónias franceses. Estes não beneficiavam da regra da inamovibilidade, podendo ser livremente demitidos pelo ministro das colónias e encontrando-se sujeitos à vigilância do governador da colónia, que os podia suspender provisoriamente. As penas disciplinares eram proferidas pela jurisdição de apelação da colónia e as mais graves por uma comissão permanente constituída junto do ministério das colónias, não cabendo qualquer recurso desta decisão. A dependência absoluta do poder judicial em relação ao ministro das colónias era considerada pela doutrina como “chocante” (Arthur Girault, 1907: 5), como um “estado de coisas transitório, que não pode durar senão um certo número de anos” (Leroy-Beaulieu, 1908: 670). Diferentemente dos restantes, os magistrados da Argélia gozavam da garantia da inamovibilidade desde a publicação da Lei de 21.12.1921, só podendo ser deslocados ou sujeitos a uma medida disciplinar, tal como os da metrópole, com parecer conforme da *Cour de Cassation* deliberando como conselho superior da magistratura (Dareste, 1931: 397, 399 a 403, e Louis Rolland, 1933: 134 e 168).

transferidos e eram exonerados pelo governo da província sob proposta do presidente da Relação ou, nas províncias em que não existisse este Tribunal, do juiz de direito.

A competência do juiz popular manteve-se a mesma do direito anterior, mas a do juiz municipal e do seu substituto foi muito elevada, sendo mesmo reforçada pela concessão de alçada em matéria criminal. Quer o juiz municipal, quer o juiz instrutor tinham competência para organizar corpos de delito, julgar os crimes e as transgressões puníveis com prisão, trabalho correccional ou desterro até seis meses, dar a pronúncia provisória e determinar o arquivamento nos processos por crimes mais graves.¹⁹⁶⁴ Consagrava-se, no entanto, a possibilidade de criação de julgados municipais especiais com uma competência ainda mais lata “quando as circunstâncias sociais e económicas, sem justificarem a criação de comarcas, indiquem a conveniência” dessa criação (artigo 53 do Decreto n. 14.453, de 20.10.1927).¹⁹⁶⁵

As decisões dos juizes de direito e dos juizes municipais especiais, quando não coubessem na alçada do juiz de direito, eram recorríveis para o Tribunal da Relação e as dos juizes municipais especiais, quando coubessem na alçada do juiz de direito, e as dos juizes municipais, instrutores e populares eram-no para o juiz de direito, com a limitação no caso dos juizes populares da admissão dos recursos fundados apenas em incompetência, excesso de jurisdição ou ofensa de lei. A alçada da Relação foi fixada em penas correccionais ou especiais, a dos juizes de direito em prisão correccional até trinta dias e multa pelo mesmo tempo ou até 250\$00 ou 150 rupias ou patacas, separada ou cumulativamente, e a dos juizes municipais e instrutores em multa até 100\$00 ou 15 rupias ou patacas aplicada em processo de transgressão de posturas municipais ou

¹⁹⁶⁴ A doutrina defendia que os juizes instrutores e municipais tinham também competência para proceder sem delegação do juiz de direito a instrução contraditória nos processos cujo julgamento não lhes pertencia, com base no argumento de que “tendo aqueles juizes competência para mandar arquivar o processo de querela em tais condições, devemos compreender que eles podem proceder à instrução contraditória” (António de Miranda, 1931: 69). O alargamento da competência dos juizes instrutores já tinha sido defendida anteriormente (Vaz de Sampaio, 1920 b: 289 e 290).

¹⁹⁶⁵ A competência alargada destes juizes municipais especiais só foi regulamentada com carácter geral no artigo 1 do Decreto n. 35.915, de 24.10.1946, que lhes atribuiu competência para preparar e julgar, sem alçada, os crimes e as transgressões puníveis com qualquer das penas previstas no artigo 65 do CPP. Estes magistrados preparavam as restantes causas criminais até à pronúncia, que era provisória e devia ser confirmada pelo juiz de direito da comarca, com quem os autos prosseguiam os termos ulteriores. No ano anterior tinha sido proposta, sem êxito, a elevação a comarca dos três julgados municipais especiais entretanto criados, pois eles tinham “competência quasi igual à das comarcas; e como só há conveniência em aumentar o número de comarcas, pois mais se facilitará a passagem dos Magistrados e restantes funcionários pelas colónias, está indicado que se comece pela elevação a comarcas dos três Julgados Especiais actualmente existentes” (Antero Correia, 1945: 244).

quaisquer outros regulamentos.¹⁹⁶⁶

O novo direito português previa a aplicação de três formas de processo nas províncias ultramarinas. Os crimes e as transgressões puníveis com pena de prisão correcional, trabalho correcional, desterro ou multa até seis meses, suspensão do emprego até dois anos, suspensão dos direitos políticos até dois anos, repreensão e censura eram julgados em processo sumário, observando-se em parte as disposições da Lei n. 300, de 3.2.1915. Os crimes puníveis com pena superior, mas da mesma natureza das penas de prisão correcional, trabalho correcional, desterro, multa, suspensão de emprego ou de direitos políticos, eram julgados em processo de polícia correcional e os puníveis com penas de diversa natureza em processo de querela sem jurados.¹⁹⁶⁷ Em

¹⁹⁶⁶ Nas colónias francesas, era admitido, em regra, o recurso de cassação em matéria criminal, mesmo nas questões indígenas, sendo substituído nas causas correcionais e de polícia por um recurso de anulação, fundado em incompetência, excesso de poder e violação de lei, interposto para o tribunal superior da colónia. A criação deste recurso foi motivada por razões de economia e de descentralização judiciária. Nas causas com indígenas o tribunal superior era composto por juizes togados, funcionários administrativos e assessores indígenas, tendo estes em algumas colónias voto deliberativo, com a excepção dos protectorados da Tunísia e de Marrocos, em que os tribunais indígenas de segunda instância eram compostos exclusivamente por indígenas e o governo francês era representado por um comissário que desempenhava funções semelhantes às do Ministério Público (Etienne Antonelli, 1925: 210 e 212, René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 289, Dareste, 1931: 412 a 418 e 485, e Louis Rolland e outros, 1933: 130, 141 a 143, 182 e 183).

¹⁹⁶⁷ Contudo, este mesmo diploma previa a constituição de um tribunal de júri, com cinco jurados e um suplente, para julgamento de causas comerciais, que se formaria nos termos das disposições do Código de Processo Comercial e restabelecia o tribunal de júri de vadios na comarca de São Tomé e Príncipe, constituído pelo juiz de direito e por um júri de três agricultores propostos pela câmara municipal e escolhidos pelo governador. Só cinco anos depois de na metrópole ter sido substituído o tribunal de júri pelo tribunal colectivo nas causas comerciais se determinou que as causas comerciais, incluindo as de falência, fossem nas colónias julgadas pelo juiz (artigo 1 do Decreto n. 24.803, de 21.12.1934). Mais tarde ponderou-se a criação de tribunais colectivos, mas a hipótese foi afastada por a constituição do tribunal apenas com juizes de direito ser possível apenas em sete comarcas e não ser aconselhável a constituição do tribunal com o conservador nas restantes comarcas (Antero Correia, 1945: 251 e 252). No direito colonial francês, o tribunal de júri também foi uma excepção, existindo na Argélia desde a publicação do Decreto de 24.10.1870 e nas Antilhas e na Reunião desde publicação da Lei de 27.7.1880. A regra era a do assessorado, organizado de múltiplos e variados modos desde a publicação das primeiras *Ordonnances* sobre a administração da justiça nas colónias em 1827. O sistema mais comum nas colónias francesas foi até ao início do século XX o de associar os assessores aos magistrados na deliberação sobre a culpa, reservando a decisão sobre os incidentes processuais e a pena aos magistrados. Este era o caso da colónia da Guiana desde a *Ordonnance* de 24.12.1828. O modo de escolha dos assessores por uma comissão onde estavam representantes da população e a circunstância de eles constituírem a maioria do tribunal conferia às partes “uma garantia, que sem equivaler ao júri, era no entanto séria” (Arthur Girault, 1907). Com a viragem do século, tornou-se mais frequente, pelo menos no tocante aos crimes cometidos por e contra europeus e assimilados, o sistema de atribuição aos assessores e aos magistrados de competência para deliberar sobre a culpa e a pena, reservando aos juizes apenas a decisão sobre os incidentes processuais. No entanto, em algumas colónias, como a de Madagáscar, e protectorados, como os da Tunísia e de Marrocos, os assessores tinham voto deliberativo sobre todas as questões. Em regra, a separação entre a função instrutória e a função de julgamento manteve-se, atribuindo-as a magistrados distintos. Nalgumas colónias, como nas Antilhas, na Reunião e na Guiana, logo em 1827 foram mesmo instituídas *chambres de mises en accusation*, sendo muito discutida na doutrina a vigência do impedimento do artigo 257 do *Code d' Instruction* para os tribunais com assessores. Nas colónias em que

compensação, fixou-se a regra nova da inadmissibilidade da renúncia ao recurso nesta forma de processo, com as consequências do registo obrigatório da prova da audiência e do aproveitamento pleno da prova testemunhal do corpo de delito, reforçada ainda pela regra da obrigatoriedade da interposição pelo Ministério Público do recurso das sentenças condenatórias em pena superior a três anos de degredo ou trabalho públicos. Deste modo, a correcionalização do processo de querela, que teve lugar no regimento de 1894, foi envolta em maiores garantias, procedendo-se paralelamente a uma policialização do processo correcional.

4. A redefinição do paradigma judiciário pelo Acto Colonial (1930) e pela Carta Orgânica do Império Colonial Português (1933)

O sistema de governo político e da administração da justiça comum e militar no ultramar sofreu uma profunda remodelação com o advento e a instauração do Estado Novo. Os princípios da organização judiciária comum e da jurisdição indígena foram objecto de três diplomas fundamentais, o Acto Colonial, a Carta Orgânica do Império Colonial Português e a Reforma da Administração Ultramarina.¹⁹⁶⁸

se criou um sistema de justiça próprio para os indígenas e, sobretudo nas colónias africanas, era muito frequente a composição do tribunal com indígenas, sob a presidência de um magistrado europeu, mas também se encontrava o princípio do assessorado. As causas mais simples eram julgadas por juizes singulares, só tendo sido introduzido o tribunal correcional, com composição colegial, nas Antilhas e na Reunião pelo Decreto de 15.4.1890. A competência do juiz de paz era exercida em várias colónias por funcionários administrativos civis ou militares, sendo-lhes atribuída a partir do final do século XIX uma “competência alargada”, que consistia em conhecer, em audiência sem a intervenção do Ministério Público, as contravenções e os delitos que não fossem puníveis com pena superior a seis meses de prisão (Etienne Antonelli, 1925: 213 a 231, René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 478 a 485, Dareste, 1931: 419 a 433, 473 e 474, e Louis Rolland e outros, 1933: 131 e 132, 138 a 140, 178 e 179). Assim, no início do século XX o direito ultramarino português, se não se distinguia do francês no que toca ao desrespeito pelo princípio da separação de poderes, ficava, contudo, aquém deste no que respeita à intervenção popular dos europeus na jurisdição colonial e à separação das funções instrutória e de julgamento. O funcionalismo foi, no entanto, sensível a esta deficiência, tendo proposto a criação de júzios de investigação criminal em Luanda e Lourenço Marques (Antero Correia, 1945: 245).

¹⁹⁶⁸ O Decreto n. 18.750, de 8.7.1930, consagrou o Acto Colonial, a que o artigo 132 da Constituição de 1933 veio a dar dignidade constitucional. As questões da constitucionalidade e da oportunidade do Acto Colonial foram discutidas no Congresso Colonial Nacional de 1930. A discussão iniciou-se na sessão de 13.5.1930 e terminou na de 15.5.1930, tendo sido aprovado, por maioria, o projecto de deliberação da

O Acto Colonial, que estabeleceu um regime de “autonomia temperada”,¹⁹⁶⁹ alterou profundamente o sentido da política colonial portuguesa, definindo uma política de contemporização com os usos e os costumes dos indígenas (“Nas colónias, atender-se há ao estado de evolução dos povos nativos, havendo estatutos especiais de indígenas que estabeleçam para estes, sob a influência do direito público e privado português, regimes jurídicos de contemporização com os seus usos e costumes individuais, domésticos e sociais, que não sejam incompatíveis com a moral e os ditames da humanidade”, artigo 22 do Acto Colonial, e artigo 246 da Carta Orgânica).

A contemporização com o direito indígena já não prosseguia apenas, como anteriormente, o objectivo do respeito pelos usos e tradições locais, pelas instituições próprias dos indígenas, motivado pela procura do aperfeiçoamento das mesmas a bem

comissão de redacção, sem discussão prévia deste projecto. A deliberação foi a de que “no presente momento internacional, a doutrina do Acto Colonial é oportuna pelo pensamento nacionalista que a dictou e deve dominar toda a política colonial portuguesa”, “os territórios portugueses de Além-Mar deverão de preferência denominar-se de Províncias Ultramarinas, regressando-se deste modo á nossa tradição jurídica”, e “dos termos do Acto Colonial deverá resultar iniludivelmente que Metrópole e Províncias Ultramarinas, constituem um todo unitário e indivisível” (Sociedade de Geografia de Lisboa, 1934: CCLI). No congresso formaram-se duas correntes claramente distintas, tendo-se manifestado contra a constitucionalidade e a oportunidade do Acto Colonial as vozes de Cunha Leal, Carlos d’Alpoim, Caetano Gonçalves e Domingos Pepulim, e a favor as de Chaves d’Almeida, Garcia da Fonseca, Henrique Galvão, João Amaral, Correia da Silva, Hugo de Lacerda e Ferreira Vianna. Uma posição intermédia foi assumida por Augusto Casimiro. Fora do congresso pronunciou-se pela inconstitucionalidade do Acto, Armando Gonçalves Pereira (1931: 183, 209 a 217). O Conselho Superior das Colónias também proferiu um parecer, o n. 331, de 29.5.1930 (in DG, n. 156, de 8.7.1930), de que foi relator o conselheiro António de Aguiar, em sentido favorável à conveniência do Acto Colonial. A atribuição de dignidade constitucional ao Acto Colonial veio tornar ainda mais premente a sua concretização no plano legislativo ordinário, tendo o Decreto n. 23.228, de 15.11.1933, que estabeleceu a Carta Orgânica do Império Colonial Português, concretizado os princípios constitucionais ao nível da lei ordinária. Na mesma data daquele Decreto foi publicada a Reforma da Administração Ultramarina, aprovada pelo Decreto n. 23.229, que fixou o quadro legislativo regulador das competências e relações recíprocas entre os órgãos governativos e administrativos e os judiciais das províncias ultramarinas.

¹⁹⁶⁹ O autor do Acto Colonial descrevia assim as suas “três grandes linhas de orientação: maior concentração de poderes, quer dos governos em relação aos organismos locais, quer do governo central em relação aos mesmos governos ultramarinos; forte reivindicação de ordem nacional em relação a interesses que no Ultramar se incrustaram com laivos de dependências políticas inconvenientes; um pensamento de coordenação e de integração das partes em todo mais coeso” (Oliveira Salazar, 1959: 270 e 271). O regime plasmado no Acto Colonial, que se caracterizava pela concepção imperial e solidária dos territórios ultramarinos e da metrópole, pela supressão dos altos comissários e pela proibição do desempenho de prerrogativas de administração pública pelas companhias majestáticas, foi classificado como sendo o de “autonomia temperada”, que visava realizar a “unidade na complexidade” (Marcello Caetano, 1934: 112, seguido por Fernando Emygdio da Silva 1941: 42 e 43, Michel Frochot, 1942: 17 a 25, Adriano Moreira, 1951: 11, e 1960: 303 e 304), tendo-se também dele dito que representava um “equilíbrio entre o objectivo de uma assimilação diferida, o respeito pelo condicionalismo especial de cada território e a manutenção da unidade do conjunto” (Silva Cunha, 1958: 39 e 40). Diferentemente, Armindo Monteiro (1942: 24 a 27) entendia que os três princípios da unidade da nação, da solidariedade de todas as suas partes e da descentralização administrativa, que caracterizavam o Acto Colonial, não cabiam na classificação doutrinária tripartida dos sistemas coloniais. Criticando a “tendência centralizadora” do Acto, Armando Gonçalves Pereira, 1931: 183, 209 a 217, que advogava, ao invés,

de cada uma das colónias onde vivessem, mas antes visava um outro objectivo, o “de chamar as populações nativas aos usos e costumes do povo português”.¹⁹⁷⁰ O novo objectivo da política indígena era o de conseguir a integração das populações indígenas na nação portuguesa, mantendo-se a organização social e o direito nativos transitóriamente e com a protecção do Estado. Consequentemente, os administradores de circunscrição e de concelho, que representavam junto das populações indígenas a soberania portuguesa e desempenhavam as funções de juizes instrutores, deviam “fazer evolucionar, pela persuasão, os costumes e uso dos naturais, procurando adaptá-los progressivamente à nossa civilização” (artigo 51, n. 10, da Reforma Administrativa de 1933). Assim, os administradores de circunscrição e de concelho julgavam as causas gentílicas, no seio dos tribunais indígenas onde os houvesse e sozinhos onde os não houvesse, além de julgarem sozinhos os delitos e transgressões puníveis com pena de prisão correcional ou de desterro até seis meses e multa até seis meses ou até 500\$00 e organizarem o processo preparatório dos processos criminais mais graves, dando a pronúncia provisória nos processos por crimes puníveis com pena maior e propondo o arquivamento dos autos ao juiz de direito nos processos por crimes puníveis com pena superior a prisão correcional por seis meses ou a esta equiparada.¹⁹⁷¹

Destarte, o paradigma judiciário dualista foi redefinido, afastando-se a coexistência permanente dos dois sistemas de organização judiciária comum e indígena e impondo-se uma sobreposição gradual do sistema europeu ao indígena com vista à futura abolição da ordem jurídica e dos órgãos jurisdicionais indígenas. A coexistência entre os dois sistemas assumia, pois, uma natureza instrumental e transitória, com a consequência, no plano jurídico geral, da supremacia das normas jurídicas integradas na

“um regime de assimilação com ampla descentralização”.

¹⁹⁷⁰ Adriano Moreira, 1955 a : 98, e, também, Marcello Caetano, 1934: 193 e 194, e 1951: 39 a 47, Armindo Monteiro, 1942: 60, Michel Frochot, 1942: 61 e 62, e Silva Cunha, 1977: 88.

¹⁹⁷¹ A Reforma Administrativa Ultramarina de 1933 não revogou o Estatuto de 1929 na parte relativa à composição do tribunal especial e ao voto deliberativo dos indígenas, pois o administrador só julgava sozinho nos termos do artigo 44 do Regulamento da Administração Ultramarina e do artigo 77 da Organização Judiciária Ultramarina nas províncias em que não houvesse tribunais privativos (Adriano Moreira, 1955 a: 99). Ao invés, a competência muito ampla dos juizes municipais e instrutores para determinar o arquivamento dos processos por crimes puníveis com pena maior cometidos por não indígenas foi substancialmente diminuída pela Reforma Administrativa Ultramarina de 1933. Apesar do sentido da reforma, a competência de controlo do juiz de direito foi interpretada restritivamente pelos tribunais e pela doutrina, ampliando-se a competência do juiz municipal ou instrutor. Assim, este magistrado só devia mandar o processo ao juiz de direito quando houvesse prova da existência do crime, mas faltassem indícios da responsabilidade dos agentes. Os processos em que não houvesse sequer indícios da prática do crime eram decididos apenas pelo juiz municipal ou instrutor (Jaime Tomé, 1940: 351).

ordem jurídica não indígena sobre as integradas na ordem jurídica indígena, em caso de conflito de normas e na falta de disposição expressa em contrário,¹⁹⁷² e a consequência, no plano específico da lei criminal, da vinculação das sanções do direito ultramarino aos fins da “defesa da sociedade, da unidade nacional e da soberania portuguesa e, tanto quanto possível, a readaptação social do delinquentes” (artigo 207 da Carta Orgânica de 1933) e não apenas ao primeiro e ao último, como na metrópole.

A redefinição do paradigma judiciário dualista teve também uma outra vertente, que consistiu na colocação em vigor no ultramar das principais reformas da organização judiciária comum e militar introduzidas pela ditadura militar.

O novo Código de Processo Penal foi mandado aplicar ao ultramar, através do Decreto n. 19.271, de 24.1.1931, mantendo-se a competência atribuída ao juiz municipal e ao juiz instrutor na Organização Judiciária Ultramarina e o julgamento de facto e de direito pelo juiz comarcação em ambas as instâncias no processo de querela.¹⁹⁷³ No tocante às formas de processo, o legislador também manteve as opções da Organização Judiciária do Ultramar, determinando a aplicabilidade do processo de polícia correcional para julgar os crimes enumerados no artigo 64 do CPP, mas consagrando a inadmissibilidade do julgamento sumário dos detidos em flagrante delito pela prática destes crimes.

No foro militar, o legislador também inovou, ordenando pelo Decreto n. 20.905, de 18.2.1932, a aplicação no ultramar dos Decretos n. 19.892, de 15.6.1931, e n. 20.672, de 26.12.1931. Assim, os tribunais militares territoriais das colónias passaram a ser constituídos apenas por dois juizes militares, presidindo o mais graduado, e por um auditor, juiz togado. Os juizes militares eram nomeados por escala pelo quartel general ou repartição militar da respectiva colónia, sobre uma lista formada por ordem de postos e antiguidades dos oficiais superiores e capitães residentes na sede do tribunal. A faculdade de substituição extraordinária dos membros militares do tribunal era prevista, tal como na legislação que vigorava no continente, nos casos de promoção, de inabilidade legal ou exclusão e de nomeação para expedição militar ou

¹⁹⁷² A tese, defendida por Silva Cunha (1950: 93 a 99), veio a ser consagrada mais tarde no último Estatuto dos Indígenas.

¹⁹⁷³ A aplicação do CPP no ultramar teve como consequência a revogação tácita, mas apenas parcial, das disposições processuais insertas nos regulamentos das circunscrições civis de Angola e de Moçambique, aprovados respectivamente pela Portaria provincial de Angola n. 375, de 17.4.1913, com as alterações posteriores já referidas, e pela Portaria provincial de Moçambique n. 671-A, de 12.9.1908 (António de Miranda, 1931: 91 e 108).

para comando de tropas destinadas à manutenção da ordem pública em qualquer ponto da colónia ou fora dela. O juiz togado era nomeado nos termos previstos nos artigos 18 e 19 do Decreto n. 12.393, de 27.9.1926, com a excepção do juiz auditor da colónia de Macau, que era o juiz junto do tribunal criminal.¹⁹⁷⁴

A competência dos tribunais militares territoriais, no ultramar como na metrópole, não se limitou à fixada no Código de Justiça Militar, tendo sido alargada, pelo Decreto n. 29.351, de 31.12.1938, aos crimes políticos previstos no Decreto n. 23.203, que o Decreto n. 23.241, de 21.11.1933, já tinha mandado aplicar no ultramar. Em face dos problemas colocados desde 1933 pela deslocação dos detidos por crimes políticos praticados nas colónias para o Tribunal Militar Especial de Lisboa, a solução encontrada em 1938 foi a de os tribunais territoriais das colónias funcionarem como secções do Tribunal Militar Especial, embora os recursos continuassem a ser interpostos nos termos dos artigos 27 e 28 do Decreto n. 23.203. A competência dos tribunais territoriais ultramarinos ficou, contudo, sujeita ao desaforamento determinado pelo STM, a impulso do ministro do ultramar, de qualquer causa neles pendente “em caso extraordinário” e “no interesse da ordem pública, da disciplina ou da boa administração da justiça militar no Império Colonial” (Decreto n. 23.530, de 30.1.1934) ou mesmo pelo governo na impossibilidade de se constituir o tribunal militar para julgamento de quaisquer crimes nas colónias (Decreto n. 25.125, de 13.3.1932).¹⁹⁷⁵

¹⁹⁷⁴ Mais tarde, a Portaria n. 9.355, de 26.10.1939, que mandou aplicar nas colónias o Decreto-Lei n. 29.964, de 10.10.1939, criou para o efeito em cada colónia um Tribunal Repressivo da Especulação e de Açambarcamento, composto por um oficial do exército, que presidia, um oficial de marinha e um funcionário administrativo, todos nomeados livremente pelo governador da colónia. O recurso da decisão final era interposto para o governador da colónia, que decidia em última instância se a pena aplicada não excedesse a 100.000\$00 de multa ou se não fosse de prisão e com recurso para o Conselho do Império Colonial nos restantes casos. Quatro anos depois, o governo retrocedeu, determinando a Portaria n. 10.517, de 27.10.1943, que o Tribunal Repressivo tivesse jurisdição limitada à área da comarca da sede da colónia e que o juiz de direito conhecesse das infracções previstas no Decreto-Lei n. 29.964 cometidas nas restantes comarcas.

¹⁹⁷⁵ Depois da reforma introduzida pelo Decreto-Lei n. 35.044, de 20.10.1945, colocou-se o problema da competência aos tribunais militares territoriais para julgar os crimes contra a segurança do Estado cometidos no ultramar. O legislador atribuiu, pelo Decreto-Lei n. 36.090, de 3.1.1947, aos tribunais militares territoriais nas colónias a competência para a instrução e o julgamento dos crimes previstos nos artigos 163 a 176 do Código Penal, na redacção dada pelo Decreto-Lei n. 35.015, com os recursos facultados pelo CJM para o Supremo Tribunal Militar. O fundamento dado foi o da inaplicabilidade do Decreto-Lei n. 35.044 nas colónias, por ser “inviável a constituição dos tribunais colectivos nas colónias” e por “serem bastante movimentados os tribunais das comarcas das capitais das colónias”. No tocante aos crimes contra a segurança interior do Estado, previstos nos artigos 141 a 151 do Código Penal, a competência dos tribunais territoriais do ultramar para conhecer destes crimes só ficou definitivamente esclarecida com a publicação do Decreto-Lei n. 39.299, de 30.7.1953. Contudo, a partir de 1950 o plenário do tribunal criminal de Lisboa passou a julgar os crimes referidos nos ns. 1 e 3 do artigo 13 do

O ponto culminante da reforma da organização judiciária comum do ultramar consistiu na criação do Conselho do Império Colonial no âmbito da reorganização do ministério das colónias.¹⁹⁷⁶ O Conselho era presidido pelo ministro e tinha como vogais natos o secretário do ministério, dois militares graduados do estado-maior do exército e do estado-maior naval, os governadores das colónias, quando se encontrassem na metrópole, quatro vogais eleitos pelo Conselho e doze vogais nomeados pelo ministro, ouvido o conselho de ministros, incluindo entre estes os seis magistrados membros da secção de contencioso. Os magistrados eram juizes dos tribunais superiores que tivessem exercido funções na magistratura judicial das colónias.

Tal como o anterior Conselho Superior das Colónias, o novo órgão funcionava como Supremo Tribunal Administrativo, Fiscal ou Aduaneiro das colónias, conhecendo em definitivo dos recursos interpostos dos tribunais coloniais em matéria de contencioso aduaneiro. A secção contenciosa do Conselho ficou também com as competências do Conselho Superior Judiciário das Colónias, mas com uma diferença muito significativa. Ao invés do Conselho Judiciário da magistratura da metrópole e do anterior Conselho Superior Judiciário das Colónias, todos os acórdãos ou resoluções da secção do contencioso do Conselho do Império Colonial careciam de “homologação” ministerial, podendo o ministro divergir da proposta do Conselho (§ único do artigo 139 do Decreto n. 26.180, de 7.1.1936, repetido pelo artigo 11 do Decreto n. 32.539, de 18.12.1942, com uma restrição relativa aos acórdãos interlocutórios e instrutórios, já introduzida pelo § 3, do artigo 13 do Decreto n. 32.269, de 19.9.1942). Tal como em 1929 a nomeação de todos os membros do Conselho Superior Judiciário das Colónias pelo ministro antecipou a solução escolhida em 1932 para o Conselho da magistratura da metrópole, também a perda de poder decisório da secção contenciosa do Conselho do Império Colonial em 1936 antecipou a solução consagrada para o Conselho Superior Judiciário da metrópole em 1945.

Decreto-Lei n. 35.044 cometidos no ultramar quando a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça mandasse avocar o seu julgamento ao tribunal criminal (Decreto-Lei n. 37.732, de 13.1.1950).

¹⁹⁷⁶ O Conselho foi criado pela Lei n. 1.913, de 23.5.1935, cujas bases foram regulamentadas pelo Decreto n. 26.180, de 7.1.36, que procedeu a uma reorganização do ministério das colónias. O regimento do Conselho foi aprovado pelo Decreto-Lei n. 28.066, de 1.10.1937, que veio a ser revisto pelo Decreto n. 32.539, de 18.12.1942, depois de o Decreto n. 32.269, de 1.9.1942, ter introduzido modificações na Lei n. 1.193. A discricionariedade ministerial consagrada pela reforma foi criticada pela doutrina. O Conselho do Império Colonial foi “caracterizado, como os seus dois antecessores, por possuir atribuições tão vagas e tanto à mercê do critério de cada ministro, que tanto poderá vir a ser um órgão de consulta e apenas

Capítulo 4º

O Abandono do Paradigma Judiciário Diferenciado

1. O retorno à política de assimilação com a Revisão Constitucional de 1951

Face a um contexto internacional cada vez mais adverso, em que se afirmava a corrente anticolonialista, a Lei de Revisão Constitucional n. 2.048, de 11.6.1951, previa um título novo, o título VII, da parte II, designado “Do Ultramar Português”, em que não só se introduziram na Constituição as disposições do Acto Colonial, como se procedeu a uma significativa alteração da doutrina do mesmo.¹⁹⁷⁷ Embora Portugal não

disso, sobre assuntos transcendentais de administração pública, como de casos banais e corriqueiros” (Teófilo Duarte, 1935: 240 e 243).

¹⁹⁷⁷ A revisão constitucional de 1951 consagrou as tendências de assimilação que se manifestavam já desde o final da guerra, com a intensificação do movimento anti-colonialista (Silva Cunha, 1951: 145 e 146, 1953: 144, e 1958: 43, Héctor Wilensky, 1968: 153 e 162, e 1971: 164, e Mário Fernandes de Oliveira e outros, 1979: 135). A partir do final da segunda guerra mundial os países que mantinham colónias viram-se em “enormes dificuldades”, resultantes da insurreição das colónias asiáticas e da hostilidade da União Soviética, dos Estados Unidos e dos restantes Estados americanos ao colonialismo (Marcello Caetano, 1948: 208). A proibição de exportação de volfrâmio para os países do eixo e a cedência das bases nos Açores durante a guerra haviam colocado Portugal do lado vencedor, tendo esta opção estratégica sido compensada com “garantias escritas” de Franklin Roosevelt e do governo britânico relativamente à soberania portuguesa nas províncias ultramarinas (Franco Nogueira, 1970: 27). A primeira reacção do governo português ao movimento internacional foi a do “uso da doutrina da neutralidade colaborante” (Adriano Moreira, 1976: 42 e 43), que assentava no bloqueio da ONU pelas potências ocidentais. O sucesso desta doutrina permitia a Marcello Caetano formular no final da década

fizesse ainda parte da ONU, a revisão constitucional preparava a sua entrada, afirmando no plano constitucional interno a unidade da nação de molde a evitar a consideração por aquele organismo internacional dos territórios ultramarinos como colónias.¹⁹⁷⁸

Diante da proposta de lei do governo, a Câmara pronunciou-se no sentido de que “o Acto Colonial foi profundamente remodelado quanto ao sistema, à forma e à doutrina” pelo projecto de proposta de lei do governo, exprimindo “sérias apreensões” e chamando “muito particularmente a atenção para os perigos de uma assimilação prematura dos territórios ultramarinos à metrópole”.¹⁹⁷⁹

Não obstante a advertência céptica da Câmara Corporativa relativamente ao projecto de proposta de lei do governo, a Assembleia adoptou as opções políticas fundamentais que a Câmara criticava, introduzindo uma nova terminologia constitucional e alterando profundamente a organização administrativa e financeira ultramarina. A substituição da designação de colónias ultramarinas por províncias ultramarinas visou “apagar todos os vestígios, ainda que porventura só expressos na terminologia legislativa, e, portanto, meramente formais, de uma inactual concepção «imperialista», em que os territórios ultramarinos são ainda «colónias», isto é, territórios e populações sob domínio da metrópole”, concretizando deste modo “o propósito de não deixar qualquer dúvida sobre a equiparação constitucional entre a parte europeia e a parte não europeia do território português”.¹⁹⁸⁰ Por outro lado, o legislador reformulou

de quarenta a conclusão de que se estava diante da “falência completa da organização das Nações Unidas”, que “não passou de um momento histórico, ... sem ter chegado a ser uma instituição”, e que “os princípios da Carta de S. Francisco em matéria colonial representam também, unicamente, o equilíbrio das forças internacionais desse momento histórico” (Marcello Caetano, 1948: 221, 223 e 224).

¹⁹⁷⁸ André Gonçalves Pereira, 1971: 169, e Manuel Fernandes de Oliveira e outros, 1979: 182 e 183.

¹⁹⁷⁹ Parecer da Câmara Corporativa n. 10/V, pp. 26 e 27. A esta advertência estava intimamente ligada, na lógica do relator do parecer, o Professor Marcello Caetano, a questão terminológica e política da alteração da designação dos territórios ultramarinos e do “movimento internacionalmente desejado de maior autonomia dos territórios ultramarinos” que lhe correspondia (parecer citado, p. 34). A Câmara não só se opunha ao “terramoto administrativo” decorrente da imediata substituição da designação dos territórios ultramarinos, como reiterava a necessidade de uma organização destes territórios “quase totalmente diversa da metropolitana” (parecer citado, pp. 35 e 39). A restrição da autoridade dos governadores, a multiplicidade dos órgãos da metrópole com competência legislativa para o ultramar e de direcção dos serviços ultramarinos (parecer citado, p. 48) e a integração dos serviços judiciais coloniais no ministério da justiça (parecer citado, p. 74) deviam ser rejeitadas no parecer da Câmara. Toda a carga política da discussão ficou bem patente nos votos de vencido, diametralmente opostos, dos procuradores Rafael Neves Duque e Armindo Monteiro.

¹⁹⁸⁰ Pareceres da Câmara Corporativa, n. 35/V, p. 5, e n. 17/VII, p. 198. A alteração da nomenclatura constitucional foi promovida pela publicação de um importante estudo de Gonçalo Santa-Rita (1950: 25 e 26), que, com base em uma análise constitucional do problema, concluiu pela oportunidade da alteração. Apesar de a designação de província ultramarina se encontrar intimamente associada ao “nosso sistema de assimilação excessiva” e a utilização do termo colónia pelo legislador republicano ter tido o propósito de assinalar o abandono do sistema assimilador e introduzir um sistema administrativo particular para os

o sistema de superintendência da metrópole em alguns sectores da administração ultramarina de modo a repartí-lo por vários ministérios distintos do ministério do ultramar e consagrou uma concepção unitária e integradora da economia nacional e de especialização da administração de cada província no quadro de um regime geral estabelecido por uma Lei Orgânica do Ultramar Português.¹⁹⁸¹

Esta orientação geral do legislador teve reflexos no tocante à administração da justiça ultramarina, tendo-se optado também aqui pelo retorno a uma política de assimilação, com a admissibilidade, a título excepcional, de estatutos especiais para os indígenas. Consequentemente, toda a actividade preventiva e repressiva dos crimes praticados no ultramar passou a estar submetida aos princípios constitucionais, acrescentando-lhe o legislador, muito significativamente, o princípio programático da extensão do sistema penal e prisional da metrópole ao ultramar na medida em que “se adapte ao estado social e modo de ser individual de toda ou parte da população das diversas províncias” (Base LXIX, n. II, da Lei Orgânica de 1953).¹⁹⁸²

territórios ultramarinos, a pressão internacional aconselhava o regresso àquela designação (Gonçalo Santa-Rita, 1950: 23 e 24). Muito lucidamente, Héctor Wilensky (1968: 67 e 112) advertiu para a inexistência de uma constante histórica e jurídica na utilização das designações de província ou colónia na legislação ultramarina portuguesa, salientando que “muitas vezes as denominações tinham como objectivo, mais do que traduzir uma realidade sociológico-jurídica, enfrentar os vaivéns da conjuntura internacional”. Já anteriormente, esta conexão íntima entre a evolução legislativa ultramarina e a política internacional tinha sido sublinhada por Adriano Moreira (1951: 5).

¹⁹⁸¹ Na sequência da revisão constitucional foi publicada a Lei n. 2.066, de 27.6.1953, que promulgou a Lei Orgânica do Ultramar Português e revogou a Carta Orgânica de 1933. Ao invés desta Carta, a base V da Lei Orgânica previa a publicação de um estatuto para cada colónia, podendo até ser instituído um regime de administração “semelhante ao das ilhas adjacentes”. Por isso, a doutrina concluiu que nesta lei se acentuavam, “mais ainda do que na Constituição, os manifestos propósitos assimiladores” (Silva Cunha, 1958: 45). Esta importante inovação era, contudo, incompatível com os artigos 134, 148 e 155 da Constituição, como mais tarde entendeu a Câmara Corporativa, no parecer n. 18/VII, proferido sobre um projecto de alteração da Constituição. A Câmara entendeu por bem “tornar constitucionalmente possível” a aplicação da referida base da Lei Orgânica, recomendando a alteração do artigo 134 da Constituição, de modo a passar a ser objecto da Lei Orgânica do Ultramar e já não de um preceito constitucional a indicação dos territórios com o estatuto de províncias ultramarinas, permitindo a integração em qualquer momento de um desses territórios na administração metropolitana através da alteração do preceito da Lei Orgânica (Parecer n. 18/VII, pp. 206 a 208). A Lei de revisão constitucional n. 2.100, de 29.8.1959, consagrou esta proposta.

¹⁹⁸² Embora a Câmara Corporativa tivesse ponderado que a circunstância de o sistema penal da metrópole “assentar num certo nível de civilização e estado social” tinha como consequência “condicionar a sua extensão às províncias ultramarinas pelo nível respectivo das diversas populações”, a verdade é que a unidade do sistema penal e prisional era agora vista como uma decorrência natural da unidade nacional: “da unidade da Nação decorre naturalmente o princípio da unidade do sistema penal e prisional” (parecer da Câmara Corporativa n. 35/V, p. 66). A este propósito, Silva Cunha salientava que o n. II da base LXXXIV correspondia ao artigo 209 da Carta Orgânica, mas que não reproduzia a sua doutrina, pois, “embora nele se transija com a necessidade de especializar o sistema de Direito Criminal em função do estado social e modo de ser individual das populações das províncias ultramarinas, a nota dominante é a da uniformização do Direito criminal da metrópole e ultramarino pela extensão do primeiro ao Ultramar” (Silva Cunha, 1958: 184).

Concretizando este princípio programático, as províncias de São Tomé e Príncipe e de Timor foram subtraídas ao regime do indigenato e a competência para julgar as questões gentílicas atribuída em exclusivo aos juízes municipais, o que correspondia à extinção dos tribunais especiais para indígenas.¹⁹⁸³

A Câmara Corporativa opôs-se a esta modificação, por não haver entre a redacção proposta e o direito vigente “grande diferença”.¹⁹⁸⁴ Com efeito, tendo a magistratura municipal ultramarina sido basicamente ocupada por funcionários administrativos, por inerência de cargo ou em acumulação de funções, a alteração no plano estrito da realidade de facto não era significativa. O funcionário administrativo que, em regra, estava à cabeça do julgado municipal era o mesmo que administrava o município. A alteração era, contudo, muito relevante do ponto de vista da estruturação jurídica do órgão judicial e tinha consequências teóricas e práticas importantes, pois, por um lado, a competência para julgamento das causas gentílicas passava a caber a um tribunal comum, com as garantias constitucionais inerentes, e por outro lado, os indígenas perdiam no julgado municipal os lugares como vogais com voto deliberativo que tinham no Tribunal Especial Indígena nos termos do Estatuto de 1926, revisto em 1929. A imediata revisão do regime do indigenato impunha-se, pois, tendo sido realizada pelo Decreto-Lei n. 39.666, de 20.5.1954, que aprovou o último Estatuto Político, Civil e Criminal dos Indígenas da Guiné, Angola e Moçambique, e completada pelo Decreto-Lei n. 39.817, de 15.9.1954, que estabeleceu o Estatuto dos Julgados Municipais.

No tocante à lei substantiva aplicável aos indígenas, o Estatuto dos Indígenas previa ainda a aplicação dos usos e costumes dos indígenas, mas subordinando-a a uma tarefa de harmonização “com os princípios fundamentais do direito público e privado português, procurando promover a evolução cautelosa das instituições nativas no sentido indicado por esses princípios” (artigo 3, § 1).¹⁹⁸⁵ Em matéria criminal, o novo

¹⁹⁸³ A restrição do regime de indigenato já tinha sido antecedida pela subtracção das províncias de Macau e de Cabo Verde e do Estado da Índia a este regime, aquando da revisão da Carta Orgânica aprovada pela Lei n. 2.106, de 29.5.1946. Mesmo antes dessa data, os naturais do Estado da Índia não eram considerados como indígenas (Jaime Tomé, 1940: 351). Não obstante, a inovação de 1953 em relação às províncias de São Tomé e Timor foi objecto de crítica (Silva Cunha, 1953: 240).

¹⁹⁸⁴ Parecer da Câmara Corporativa n. 35/V, p. 56.

¹⁹⁸⁵ O diploma de 1954 procedeu ao refinamento teórico do conceito de indígenas, com vista a abranger certas situações intermédias, como a dos destribalizados e a dos indígenas em evolução (Adriano Moreira, 1955 a: 20 a 23, Silva Cunha, 1958: 56, 57 e 72, e José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 14 e 15, mas crítico André Gonçalves Pereira, 1971: 373).

Estatuto dos Indígenas determinava a aplicação da lei substantiva comum, na falta de leis penais destinadas aos indígenas,¹⁹⁸⁶ embora impusesse também ao juiz que, na valoração da conduta e na determinação da pena, considerasse “a influência que sobre o delinquente e os actos deste exercerem as circunstâncias da vida social dos indígenas” (artigo 25, § único, do Decreto-Lei n. 39.666, de 20.5.1954).¹⁹⁸⁷

Assim, o exercício de funções de juiz municipal cabia a funcionários administrativos, embora para o exercício de tal cargo pudessem ser nomeados pelo ministro do ultramar magistrados de carreira, judiciais ou do Ministério Público, em função da natureza e da quantidade de serviço do julgado.¹⁹⁸⁸ Os indígenas já só

¹⁹⁸⁶ A remissão do Estatuto de 1954 para as “leis comuns” era significativamente mais ampla do que a dos diplomas de 1928 e de 1929, que se referiam apenas à aplicabilidade do Código Penal. Por outro lado, em 1928 e 1929 previa-se a elaboração de código do indigenato, ao invés, da previsão bem mais modesta do diploma de 1954 de leis especialmente destinadas aos indígenas, tudo apontando, pois, para o afastamento da opção política de uma especialização integral da lei penal substantiva aplicável aos indígenas. A excepcionalidade conferida pela nova redacção do artigo 138 da Constituição ao estabelecimento de estatutos especiais para os indígenas tinha o seu reverso na configuração do uso das leis destinadas aos indígenas como uma excepção ao princípio da aplicação da lei penal comum.

¹⁹⁸⁷ Esta disposição do artigo 25 do Estatuto foi interpretada por parte da doutrina no sentido de aduzir à teoria das circunstâncias uma nova circunstância modificativa da gravidade do crime (Adriano Moreira, 1955 a: 134, e José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 42). O primeiro destes autores desenvolveu mesmo uma teoria da pena exclusivamente “repressiva” ou retributiva para os delinquentes indígenas, considerando não só que o referido preceito limitava o princípio da legalidade por um arbítrio administrativo “na medida em que deste depende a extensão da transigência com os usos e costumes tradicionais”, como apontava para “uma concepção psicológica, na sua forma mais radical, abstraindo de qualquer conhecimento da ilicitude da conduta ou da sua punibilidade, repudiando completamente a doutrina da culpa na formação da personalidade, atendendo apenas, em suma, à relação psicológica entre o agente e o facto”. O acento era posto na necessidade de penas longas para os condenados indígenas, sendo a medida da pena determinada pelo fim “dominante” da intimidação do delinquente em função do objectivo pedagógico de adesão da cultura europeia e do “alarme causado em relação, não à população indígena, mas à população colonizadora” (Adriano Moreira, 1955 a: 131, 132 e 136), com o que, afinal, o autor funcionalizava integralmente a culpa criminal às necessidades preventivas especiais e, sobretudo, gerais. O autor moderou, contudo, a sua posição, afirmando quatro anos depois que o regime do indigenato visava derogar, a favor dos indígenas, a regra de que a ignorância da lei não aproveita a ninguém (Adriano Moreira, 1960: 324). Silva Cunha ia bastante mais longe, considerando que o artigo 25 tinha alargado os poderes do juiz relativamente ao disposto no Estatuto de 1929, pois, “além de se permitir, como no art. 13 ° do estatuto de 1929, a variação da medida das penas, permite-se também a qualificação das condutas, em função da influência que sobre o agente hajam exercido as circunstâncias da vida social dos indígenas. Quer dizer: ao juiz é permitido fazer variar as incriminações, em função da situação cultural dos indígenas” (Silva Cunha, 1958: 184). A concepção deste autor era, aliás, a da necessidade de um direito preventivo especial para os indígenas, a par do direito repressivo, “sempre que se verifique que da situação cultural do indígena possa resultar a prática de actos criminosos que não seja possível punir por falta de culpabilidade e que se reconduzem a causas permanentes originadas por aquela situação cultural” (Silva Cunha, 1954: 325 e 326), sendo certo que o direito repressivo indígena devia assentar no pressuposto, em benefício do indígena, da existência de “uma causa de diminuição da imputabilidade” (Silva Cunha, 1946: ano 11, pp. 39 e 40).

¹⁹⁸⁸ O legislador manteve o administrador concelhio à cabeça do julgado municipal, porque, como se confessava no preâmbulo do Decreto n. 39.817, de 15.9.1954, “só o directo representante da administração, protector dos indígenas e agente constante da cultura portuguesa, está indicado para resolver, em regra, as questões gentílicas, aproveitando do prestígio da autoridade, que assim aparece indivisa, para obter o cumprimento pacífico das decisões”. Além da tradicional associação do prestígio da

participavam na administração da justiça, quando os funcionários administrativos os designassem com vista à prestação de esclarecimentos sobre os usos e costumes locais, fixando o legislador um critério de preferência pela prova documental do direito gentílico (“a prova do direito gentílico será feita pelas compilações oficiais ou, na sua falta, por dois assessores indígenas, escolhidos pelo administrador da respectiva circunscrição ou concelho”, artigo 14 do Decreto n. 39.817, de 15.9.1954).¹⁹⁸⁹

Os juízes municipais que não fossem magistrados de carreira tinham competência para preparar e julgar todas as transgressões e os crimes puníveis com pena de prisão ou de desterro até um ano ou de multa até um ano ou até 40.000\$00, bem como para preparar e julgar os crimes contra a propriedade puníveis com pena correccional cometidos por indígenas e todos os outros crimes, quando os réus e os ofendidos fossem indígenas. Os juízes municipais que fossem magistrados de carreira tinham uma competência genérica para preparar e julgar todos os crimes a que não coubesse processo de querela.¹⁹⁹⁰

A forma de processo aplicável dos julgados municipais pretendia-se “tão simples quanto possível”, considerando o legislador, no preâmbulo do respectivo Estatuto, que “o dever de protecção dos indígenas bem justifica que se afastem as complexas formas processuais, que para estes seriam incompreensíveis, dando-se assim

autoridade à concentração de poderes judiciais e administrativos, o legislador foi também movido por limitações de ordem financeira, que impediavam a nomeação exclusiva de juizes de carreira para esta magistratura de base (José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 98 e 99).

¹⁹⁸⁹ A crítica desta preferência pelas compilações do direito tradicional foi feita por Narana Coissoró (1966 b: 31 a 33).

¹⁹⁹⁰ A entrega a magistrados de carreira das competências do juiz municipal devia, por isso, ficar reservada para “regiões onde o indigenato esteja já em franco recuo”, constituindo a transformação dos julgados municipais em comarcas a “solução final” (Adriano Moreira, 1955 a: 108). Como o juiz municipal era um magistrado pertencente a um tribunal comum colocou-se logo a questão da constitucionalidade da previsão da reforma que permitia o exercício de funções judiciais por funcionários administrativos, por poder pôr em causa as garantias constitucionais da magistratura judicial. A crítica da inconstitucionalidade foi, no entanto, afastada com o argumento de que a inexistência de alçada dos juizes municipais garantia a sindicabilidade judicial da actividade dos magistrados inferiores e, portanto, a inteira conformidade da lei com a Constituição (Adriano Moreira, 1955 a: 105). Nos meios judiciários chegou a ser preconizada depois da reforma de 1954 a solução do tratamento processual das questões gentílicas nos mesmos termos das não gentílicas, atribuindo-se a instrução do processo aos administradores e o julgamento ao juiz da comarca. Adriano Moreira opôs-se a esta tese por três razões: “o perigo para a paz pública” decorrente da divisão dos poderes de administrar e julgar, a necessidade de intervenção do administrador, que se encontrava mais próximo do meio indígena e conhecia as respectivas regras, na definição da matéria de facto e, sobretudo, a crise da segunda instância, que tornava especialmente relevante “a visão directa da produção das provas” na audiência de julgamento e o juízo avalizado do juiz da primeira instância. A falta de alçada e a subida officiosa dos processos mais graves ao tribunal de recurso constituíam, segundo o autor, uma garantia suficiente para o réu, não se justificando a solução propugnada nos meios judiciários (Adriano Moreira, 1955 a: 138).

uma grande liberdade ao juiz para resolver problemas que exigem, pela natureza das coisas, largo recurso à equidade”. Em todas as formas de processo o juiz municipal cumulava a função de instrutor e de acusador público com a de julgador, não havendo representante do Ministério Público nos julgados municipais nem sendo admitida a constituição de assistente. Na primeira instância estava proibida a intervenção de advogados e na segunda e na terceira instâncias só era facultada a constituição de mandatário a não indígenas, sendo a representação dos indígenas assegurada obrigatoriamente pelo Ministério Público e a administração da justiça inteiramente gratuita para os indígenas.

Na forma de processo para julgamento dos crimes puníveis com pena correccional, o processo iniciava-se com a realização do corpo de delito, findo o qual o juiz instrutor proferia o “despacho de classificação” definitivo e procedia a julgamento. Na forma de processo para julgamento dos crimes puníveis com pena superior, após o despacho provisório de classificação, o réu era admitido a produzir prova contraditória da pronúncia, podendo o juiz instrutor alterar o seu despacho no final do incidente da produção da prova contraditória. O réu indígena detido fora de flagrante delito, que podia ser sujeito a prisão preventiva por mero receio de fuga ou de perturbação da instrução e por período sem duração máxima, devia ser julgado em primeira instância no prazo de três meses desde a instauração do processo, salvo justo impedimento.

O julgamento tinha impreterivelmente lugar na presença do réu indígena, procedendo-se nele ao registo de toda a prova testemunhal por resumo e das informações dos assessores e ainda a uma “breve descrição das restantes provas apresentadas” (artigo 16, n. 9 do Estatuto dos Julgados).

A máxima inquisitorialidade no processo na primeira instância não era compensada pela conformação do recurso.¹⁹⁹¹ Das decisões finais do juiz de primeira instância cabia sempre recurso para o juiz de direito, subindo ainda os autos oficiosamente para o Tribunal da Relação quando o juiz municipal ou o juiz de direito

¹⁹⁹¹ Com razão, Adriano Moreira (1955 a: 112 e 113, e, 1958 b: 7 e 8) concluía que a uniformização legislativa do processo tinha uma “feição inquisitória mais vincada ainda do que aquela que podia encontrar-se nos diplomas já referidos”. Salientando também a natureza inquisitória do processo, José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga (1957: 107), que justificavam a opção política com razões “de ordem sociológica”, atinentes à incompreensão pelo indígenas da complexidade da marcha do processo comum, e “de política indígena”, pois a maior latitude de poderes do juiz permitia-lhe realizar melhor o “dever geral de protecção dos indígenas”. Muito criticamente, António Preto (1955: 182) censurava a

condenassem em pena maior ou declarassem o delinquente perigoso, mas o tribunal de recurso, que sindicava a decisão sobre a matéria de facto e a suficiência das diligências probatórias, podia também reformar para pior a decisão recorrida, excepto quanto aos réus não recorrentes.¹⁹⁹² Em contrapartida, a prisão preventiva sofrida pelo indígena era, em todas as formas de processo, integralmente descontada na pena fixada a final.¹⁹⁹³

A par da reforma da organização judiciária municipal, o direito processual e o direito penitenciário comuns aplicáveis nas províncias ultramarinas sofreram uma modificação profunda nos anos de 1954 e 1959, concretizando-se somente neste ano o propósito uniformizador da Lei Orgânica do Ultramar Português.¹⁹⁹⁴

Os princípios e as regras do código de 1929 mantiveram-se em vigor até 1959, só tendo a reforma do processo penal de 1945 sido mandada observar no território

falta de objectividade e de independência do administrador de circunscrição, em quem se concentravam poderes administrativos, policiais e judiciais “verdadeiramente proconsulares”.

¹⁹⁹² O artigo 21 do Estatuto dos Julgados vedava a interposição de recursos ordinários dos acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação, pelo que a doutrina admitia ainda a interposição de recursos extraordinários, como a revisão, a oposição de terceiros e mesmo o *habeas corpus* (José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 106).

¹⁹⁹³ O regime só aparentemente era mais benéfico do que o consagrado para os réus não indígenas, pois o réu indígena era logo no período da detenção sujeito a trabalho em granjas correcionais, de modo a que ele sentisse a “rapidez do castigo, que as populações apreciam” (Adriano Moreira, 1955 a: 172).

¹⁹⁹⁴ Ao invés, o restabelecimento do Conselho Ultramarino em 1954 em concretização da base XIV da Lei Orgânica não trouxe quaisquer alterações ao regime de domínio ministerial da gestão da magistratura judicial ultramarina, encontrando-se desde 1945 uniformizado o regime de gestão das magistraturas judiciais da metrópole do ultramar. O Decreto-Lei n. 39.602, de 3.4.1954, aprovou a lei do Conselho Ultramarino, cujo regulamento foi posteriormente publicado pelo Decreto-Lei n. 39.908, de 17.11.1954. Em face da sobrecarga de serviço da secção de contencioso, que acumulava as funções de Supremo Tribunal Administrativo, Fiscal e de Contas e as de Conselho Superior Judiciário do ultramar, o legislador dividiu esta secção em duas sub-secções, passando a segunda sub-secção do Conselho Ultramarino, que tinha três vogais, a funcionar como Conselho Superior Judiciário do ultramar, sendo os seus membros nomeados em comissão de serviço por cinco anos, renovável, pelo ministro do ultramar de entre os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça ou desembargadores da Relação que tivessem servido ou servissem no ultramar e dessem a sua anuência à nomeação. A segunda sub-secção do Conselho manteve a competência meramente consultiva do órgão seu antecessor. Mais tarde, de modo a alcançar-se uma “acção mais lata e mais proficua do Conselho Ultramarino”, os Decretos-Leis ns. 49.146, e 49.147, de 25.7.1969, aprovaram, respectivamente, a nova lei e o novo regulamento do Conselho Ultramarino, prevendo a autonomização orgânica do Conselho Superior Judiciário do Ultramar. Este passou a ser constituído por três juizes desembargadores do ultramar, nomeados pelo ministro do ultramar em comissão de serviço, renovável, de cinco anos, e pelos presidentes das Relações do ultramar e os procuradores da República junto delas, exercendo estes as funções somente quando se encontrassem na metrópole ou fossem especialmente convocados. A nova composição do Conselho Superior Judiciário mereceu o louvor da doutrina (Pinto Furtado, 1969: 17). Dois anos depois, o governo reviu o regime disciplinar e autorizou o Conselho a propor, independentemente do apuramento de responsabilidade disciplinar, mesmo dentro do período de inamovibilidade de um magistrado judicial, a sua transferência para outro distrito, comarca ou tribunal, “quando se verificarem circunstâncias excepcionais e peculiares a determinado distrito, comarca ou tribunal ou ao magistrado que neles servir, e que conduzam à convicção

ultramarino catorze anos depois da sua consagração na metrópole.¹⁹⁹⁵ Depois de o Decreto-Lei n. 37.732, de 13.1.1950, ter mandado aplicar no ultramar as providências para a defesa do Estado contra as actividades subversivas vigentes na metrópole desde Junho de 1949, e de a reorganização da PIDE em 1954 ter envolvido a extensão da sua actividade investigativa ao ultramar, tornou-se necessário munir esta polícia de instrumentos que lhe permitissem dominar a fase instrutória do processo. Assim, a Portaria n. 15.001, de 23.8.1954, determinou a aplicação ao ultramar das disposições do Decreto-Lei n. 35.007 relativas aos fins da instrução preparatória, à competência dos órgãos de polícia na instrução preparatória e à aplicação de medidas de segurança provisória e as disposições do Decreto n. 35.042 referentes aos prazos de prisão preventiva, ao carácter secreto da instrução preparatória, à competência para decisão final na instrução preparatória e aos meios de controlo dessa decisão, alçando o governador geral ou de província a senhor absoluto da instrução destes crimes.

Com efeito, a competência para prolongar a prisão por três meses, que na metrópole cabia ao ministro do interior e ao da justiça, era no ultramar do governador geral ou de província, a ele competindo também ordenar o prosseguimento das investigações ou a remessa dos autos a tribunal após reclamação do denunciante contra o arquivamento pela polícia, bem como o controlo trimestral officioso dos processos arquivados ou a aguardar melhor prova.

O legislador justificou a reforma com a afirmação de que estes preceitos eram “pressupostos” pelo Decreto n. 39.749, de 9.8.1954, mas advertindo que “aos efeitos deste é restrita a extensão agora determinada”. Destarte, os preceitos da reforma de 1945 que se mandavam aplicar ao ultramar só vigoravam na instrução preparatória de crimes da competência da PIDE, fazendo vencimento a tese do ministro do interior e do subsecretário de Estado do ultramar e saindo derrotada a tese do ministro da justiça. Cavaleiro de Ferreira tinha-se oposto a este alargamento do âmbito de aplicação do diploma de 1945 à criminalidade contra a segurança do Estado nas províncias

de que é conveniente para o serviço ou para a defesa da própria carreira do magistrado o seu afastamento da localidade ou tribunal em que está servindo” (artigo 41 do Decreto-Lei n. 65/71, de 3.3).

¹⁹⁹⁵ A Portaria n. 12.175, de 12.11.1947, determinou apenas a aplicação no ultramar do artigo 30 da reforma de 1945, que previa as denúncias feitas com má-fé ou negligência. O Decreto n. 35.007 não foi mandado aplicar ao ultramar, porque importava “grande aumento de trabalho dos delegados, cujas funções no Ultramar são mais amplas que na Metrópole” e exigia “a organização de polícia judiciária ou equiparada e moldes mais perfeitos que os actualmente existentes no Ultramar” (Raul Ventura, citado por Cavaleiro de Ferreira, 2000: 350).

ultramarinas, pois “teríamos em vez de dois, três regimes de processo penal, no território nacional”.¹⁹⁹⁶

A uniformização dos princípios fundamentais da instrução em todo o território nacional só foi consagrada pela Portaria n. 17.076, de 20.3.1959, que atribuiu ao Ministério Público no ultramar a direcção da instrução preparatória, subordinando-lhe todas as forças policiais, com excepção expressa da PIDE. O magistrado do Ministério Público podia delegar a investigação, mas sem prejuízo da sua direcção, nos juízes municipais de julgados correspondentes a circunscrições que não fossem sede de comarca, quando se tratasse de crimes puníveis com as penas previstas nos artigos 63 e 64 do CPP, e nos juízes municipais ou de paz daquelas circunscrições e nas autoridades policiais da comarca, em relação aos crimes puníveis com as penas previstas no artigo 65 do CPP.

Os presos fora de flagrante delito e sem culpa formada, cuja detenção tivesse sido ordenada por qualquer autoridade administrativa ou policial, deviam ser apresentados ao juiz competente “no prazo de quarenta e oito horas, salvo justo impedimento” (artigo 21, 3.º do CPP na redacção da Portaria n. 17.076, de 20.3.1959), permitindo-se, tal como na lei anterior, a velha prática da detenção para averiguações.¹⁹⁹⁷

O despacho final da instrução preparatória proferido pelo Ministério Público ficava sujeito ao controlo hierárquico oficioso ou suscitado pelo juiz de direito. Ao invés do direito da metrópole, aos assistentes não era permitida a reclamação hierárquica, mas admitia-se expressamente a dedução de acusação ainda quando o

¹⁹⁹⁶ Cavaleiro de Ferreira, 2000: 340. Também a Procuradoria Geral da República, no parecer dado sobre o assunto pelo ajudante do procurador geral, Eduardo Arala Chaves, secundou a crítica do ministro da Justiça (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 361). Com efeito, a partir de 1954 passaram a vigorar no território nacional três diferentes regimes de processo penal, o da reforma de 1945, na metrópole, o da versão inicial do código de 1929, na investigação da generalidade dos crimes cometidos no ultramar, e um terceiro, que consistia no da reforma de 1945, na investigação da criminalidade contra a segurança do Estado quando realizada pela PIDE no ultramar. Acresce a esta crítica uma outra, de fundo, do Professor Eduardo Correia, no seu parecer dado sobre o projecto do ministério do interior, em que considerava que as amplas competências dos tribunais populares e municipais do ultramar não deveriam ser transferidas para os agentes do Ministério Público, que naqueles tribunais não eram magistrados de carreira e dependiam hierarquicamente dos governadores (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 381).

¹⁹⁹⁷ Já anteriormente, a Portaria n. 10.989, de 12.6.1945, que mandou aplicar o Decreto-Lei n. 34.564, de 2.5.1945, ao ultramar, determinou que no preceito do § 2 do artigo 254 do CPP se considerasse eliminada a parte respeitante à dilação de cinco dias e se substituísse a dilação de 48 horas pela expressão “no mais curto prazo possível”. A detenção policial ou administrativa de um suspeito sem culpa formada não tinha prazo.

Ministério Público se tivesse absterido de acusar nos crimes públicos.¹⁹⁹⁸ Por outro lado, não havendo acusação pública, deviam os autos ser conclusos ao juiz nos processos em que não houvesse denunciante que pudesse constituir-se como assistente, de modo a que o juiz verificasse se existiam “condições suficientes para a acusação” (artigo 28 do Decreto n. 35.007, na redacção da Portaria n. 17.076, de 20.3.1959).¹⁹⁹⁹

No ano de 1954 o legislador concretizou também a base LXIX da Lei Orgânica de 1953, na parte que previa que fosse tornado extensivo ao ultramar o regime penitenciário instituído na metrópole em 1936. Dezoito anos depois de ter sido publicado o Decreto-Lei n. 26.643, de 28.5.1936, foi este diploma mandado aplicar, com importantes modificações, ao ultramar pelo Decreto-Lei n. 39.997, de 29.12.1954, que também mandou guardar no ultramar as disposições da recente reforma penal aprovada pelo Decreto-Lei n. 39.688, de 5.6.1954.²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁸ A jurisprudência e a doutrina consideravam que a reclamação só era admissível nos casos em que o denunciante se não tivesse constituído assistente, pois quando se tivesse constituído como tal só podia deduzir acusação (Silva e Sousa, 1959: 75).

¹⁹⁹⁹ Também neste ponto a reforma ultramarina contrariava a doutrina firmada em face do direito da metrópole (Silva e Sousa, 1959: 77).

²⁰⁰⁰ Já anteriormente, tinham sido mandados aplicar no ultramar os artigos 403 a 407 da reforma prisional pela Portaria n. 8.645, de 3.3.1937, e os artigos 57 a 72, pelo Decreto n. 38.498, de 8.11.1951, que submeteu os indígenas da província de Moçambique às categorias de delinquentes perigosos. A Lei n. 2.000, de 16.5.1944, foi tornada extensiva ao ultramar pela Portaria n. 10.988, de 12.6.1945, mas não foi regulamentada. O fracasso da experiência realizada na província de Moçambique, onde os presos europeus e os presos indígenas declarados delinquentes habituais, por tendência ou indisciplinados cumpriam a pena na cadeia civil de Lourenço Marques, revelou a necessidade de separar indígenas de não indígenas e a inadequação do regime celular para os indígenas (Adriano Moreira, 1955 a: 169 e 170). Mais significativa do que esta experiência, contudo, para a publicação da reforma penitenciária ultramarina foi decisiva a dissertação de Adriano Moreira para concurso à vaga de professor ordinário do Instituto Superior de Estudos Ultramarinos. Depois dos estudos iniciais de Abel de Andrade e Francisco Machado, que propunham a reforma da pena de degredo no sentido da sua aplicação apenas a criminosos por hábito adquirido corrigíveis e a vadios por hábito válidos, que deviam ser integrados em “colônias de regimen severissimo aplicadas a realizar pesados trabalhos de primeira ocupação” (Abel de Andrade e Francisco Machado, 1923: 42 a 47), e de Beleza dos Santos, que colocou as questões dogmáticas e práticas fundamentais associadas à realização da pena de degredo, salientando que a mudança de ambiente era “um efeito que convém muitas vezes obter paralelamente ao da intimidação e correcção” (Beleza dos Santos, 1930: 198 a 201), Adriano Moreira defendeu, naquela dissertação, “o degredo de sinal contrário” para os delinquentes não indígenas condenados a penas maiores e medidas de segurança (Adriano Moreira, 1954 a: 278 a 283) e a construção de estabelecimentos prisionais em cada comarca para os delinquentes não indígenas condenados a penas correcionais e os detidos preventivamente (Adriano Moreira, 1954 a: 287 a 289). Para os indígenas o isolamento celular seria muito inconveniente e os trabalhos públicos, em que invariavelmente eram convertidas todas as penas, constituíam um fracasso, atenta a dispersão dos condenados e a falta de planificação dos trabalhos (Adriano Moreira, 1954 a: 311 e 314, e, também, António Preto, 1955: 183 e 184), devendo por isso as penas maiores e as penas correcionais superiores a seis meses ser substituídas pelo internamento em colônias penais agrícolas e as penas correcionais até seis meses pelo internamento em pequenas centrais de trabalho ou granjas correcionais. Os delinquentes indígenas perigosos deviam ser submetidos unicamente à categoria dos indisciplinados, sendo-lhes aplicável uma pena de longa duração e não indeterminada, porque as sanções indeterminadas não eram compreendidas pelos indígenas (Adriano Moreira, 1954 a: 315 a 321, e 1955 b:

Assim, o modo de execução das penas e das medidas de segurança aplicadas a indígenas foi rigorosamente separado do modo de execução das sanções aplicadas a não indígenas. As penas maiores e as medidas de segurança aplicadas a não indígenas podiam ser executadas em estabelecimentos da metrópole, enquanto não fossem construídos no ultramar os estabelecimentos previstos na lei, mas os tribunais deviam ordenar na sentença a execução das sanções no regime aplicável aos indígenas “sempre que o modo de ser individual do delinquente ou o teor de vida social dominante mostrem que se trata do regime mais adequado à sua personalidade” (artigo 7, do Decreto-Lei n. 39.997, de 29.12.1954).²⁰⁰¹

499, mas contra António Preto, 1955: 194 a 197). O legislador converteu em lei as propostas de Adriano Moreira, que, por sua vez, recuperavam a ideia fundamental de Silva Telles (1903: 78 a 91) da nocividade político-criminal do degredo dos elementos indesejados pela metrópole para as províncias ultramarinas e a proposta de Mário Ferro (1935: 177 e 178) de criação de colónias penais agrícolas como elemento essencial do sistema prisional das províncias ultramarinas, embora este autor não distinguisse entre o internamento de indígenas e não indígenas e considerasse o tempo de internamento correspondente à pena de degredo complementar da prisão celular.

²⁰⁰¹ O Decreto n. 20.887, de 13.2.1932, mandou cessar o envio de condenados para o ultramar e a reforma prisional de 1936 determinou que a pena de degredo fosse cumprida como prisão maior, reduzindo a sua duração em um terço, com a excepção dos presos de difícil correcção (criticando mais tarde a excepção, Beleza dos Santos, 1951: 67). Por outro lado, a Carta Orgânica do Império de 1933 proibiu a aplicação nas colónias de Angola, Moçambique, Estado da Índia e Timor da pena de degredo para outra colónia e autorizou os governos de São Tomé, Cabo Verde e Guiné a fazer cumprir em Angola as penas de degredo aplicadas naquelas colónias e em Timor as aplicadas na colónia de Macau. Para esse efeito, o Decreto n. 27.067, de 3.10.1936, criou no forte Roçadas um depósito penal destinado a receber todos os condenados em pena de degredo pelos tribunais de Angola, São Tomé, Cabo Verde e Guiné. Contudo, ponderando “os graves inconvenientes resultantes do facto de criminosos de grande perigosidade condenados a degredo pelos tribunais do ultramar deverem cumprir as penas, nos termos do actual § 1 do artigo 208º da Carta Orgânica do Ultramar, em estabelecimentos prisionais que não oferecem suficientes condições de segurança”, o governo modificou esta disposição da Carta pelo Decreto n. 38.720, de 8.4.1952, e admitiu nas províncias de Angola, Moçambique, Estado da Índia e Timor o degredo para qualquer província ultramarina distinta da da condenação por determinação dos governos provinciais e com prévia autorização do ministro do ultramar tratando-se de delinquentes declarados habituais, por tendência ou indisciplinados e ainda de condenados por crimes contra a segurança do Estado. Logo no ano seguinte, a Assembleia Nacional rejeitou esta opção ampla e na alínea III da Base LXIX da Lei Orgânica do Ultramar de 1953 determinou que não fosse mais ordenada nem aplicada a pena de degredo nas províncias ultramarinas, razão pela qual as penas de degredo foram substituídas pelo Decreto n. 39.321, de 17.8.1953, por penas de prisão maior de igual duração menos um terço e, no caso dos indígenas, com alternativa de igual tempo mais um terço de trabalhos públicos. À execução da pena de prisão maior eram aplicáveis os artigos 57 a 72 da reforma prisional, mas os condenados a prisão maior nas províncias de Cabo Verde, Guiné e São Tomé continuaram a cumprir as respectivas penas no depósito penal de Angola. A Lei Orgânica admitia, no entanto, a criação de estabelecimento penais no ultramar “visando uns maior segregação e intimação, outros mais fácil correcção de criminosos primários ou de tipo exógeno” (III da Base LXIX), admitindo, pois, a solução da reforma prisional de um degredo penitenciário, isto é, do “cumprimento da pena no Ultramar mas em estabelecimento prisional” (Adriano Moreira, 1955 a: 150). A reforma penal de 1954 aboliu definitivamente a pena de degredo, prevendo em seu lugar uma agravação extraordinária das penas quanto aos delinquentes habituais e por tendência (artigo 93 do Código Penal, na redacção do Decreto-Lei n. 39.688, de 5.6.1954). No entanto, subsistia ainda a possibilidade de a pena de prisão aplicada aos criminosos de difícil correcção e aos delinquentes políticos se cumprir em colónias penais no ultramar, nos termos dos artigos 136 e 143 da reforma prisional de 1936. O boicote prático que o ministério do ultramar fez à concretização dos poderes do ministro da

Os indígenas podiam cumprir as penas de trabalhos públicos e de trabalho correcional em colónias penais, a pena de trabalho correcional em colónias correcionais e a pena de trabalho correcional até três meses em granjas correcionais, quando não fosse possível a transferência do delinquentes para uma colónia penal ou correcional.²⁰⁰² Os delinquentes indisciplinados, que eram apenas os declarados como delinquentes de difícil correcção, vadios ou equiparados na sentença condenatória ou, a requerimento do Ministério Público, em decisão do Tribunal da Relação, deviam ser internados em colónias penais especiais. A pena aplicada aos delinquentes indisciplinados não era sujeita a um prolongamento por período indeterminado, mas antes acrescida de uma agravação por um período determinado e da fixação de um limite mínimo de trabalhos públicos por dois e oito meses. A tendência clara da reforma prisional de 1954 para a restrição do âmbito do direito securitário era, pois, prosseguida e mesmo aprofundada pela reforma prisional do ultramar.

Considerado pelo legislador como “excessivamente cruel para o seu modo de ser e ineficaz como instrumento de reabilitação”, o regime celular era suprimido para os indígenas, com a excepção dos casos de castigo ou de estudo do delinquentes no começo do internamento, mas sempre com a duração máxima de um mês. A classificação dos delinquentes indígenas não obedecia, contudo, a categorias abstractas, porque, como se reconhecia no preâmbulo do Decreto-Lei n. 39.997, “não o aconselha o

justiça e do Conselho Superior dos Serviço Criminais para designar os reclusos de difícil correcção e os delinquentes refractários à disciplina que deviam ser internados nas colónias penais do ultramar nos termos do Decreto-Lei n. 38.386, de 8.8.1951, e a experiência do “que se passou com o Tarrafal” deviam conduzir à conclusão, segundo Adriano Moreira, da inconveniência do degredo penitenciário quer no caso da delinquência política quer no caso da delinquência de difícil correcção e justificavam a crítica da opção política compromissória consagrada na Lei Orgânica (Adriano Moreira, 1955 a: 151 a 159). Inversamente, o envio dos delinquentes não indígenas do ultramar para a metrópole justificava-se pela diminuta população prisional não indígena existente nas províncias ultramarinas, ficando nestas apenas os condenados não indígenas em penas correcionais e podendo os governos provinciais concentrar os seus esforços na população prisional indígena (Adriano Moreira, 1955 a: 164 e 165). A sujeição de não indígenas ao modo de execução das penas para indígenas constituiria uma excepção justificada por a execução das penas dever adaptar-se à personalidade do delinquentes e não ao estatuto de direito privado a que estivesse sujeito, permitindo evitar o envio de não indígenas “com um grau rudimentar de civilização” para os estabelecimentos prisionais da metrópole (Adriano Moreira, 1955 a: 168, 184 e 185).

²⁰⁰² As penas maiores e as penas correcionais, que tinham sido modificadas pela reforma penal de 1954, eram aplicadas aos réus indígenas de acordo com um critério de substituição fixado no artigo 16 do Estatuto dos Indígenas de 1954. As condutas sociais eram punidas como uma infracção criminal, não com uma medida de segurança, mas com uma pena de prisão fixa de trabalho correcional de dois anos e oito meses, nos termos da parte final do § 2 do artigo 16 do Decreto-Lei n. 39.997. A justificação dada pela doutrina era a da incompreensão pelo indígenas das sanções de duração indeterminada e desligadas da proporcionalidade ao facto (Adriano Moreira, 1955 a: 188 e 193, e José Ney Ferreira e Vasco Soares da Veiga, 1957: 49), razão que também valia, aliás, para o regime da pena aplicável aos delinquentes indisciplinados.

estado actual da experiência”, procedendo-se apenas a uma separação administrativa empírica dos delinquentes por grupos dentro dos estabelecimentos de modo a evitar uma acção de corrupção mútua.²⁰⁰³ Consequentemente, a diferenciação entre os estabelecimentos prisionais também não era determinada em função da aplicação vinculada de categorias abstractas de delinquentes, mas por uma estrita ponderação de ordem pragmática e operacional atinente quer à capacidade de cada estabelecimento quer à proximidade do tribunal de julgamento em relação ao estabelecimento. Com a excepção das colónias penais especiais para delinquentes indígenas perigosos, todos os outros delinquentes indígenas podiam ser colocados em colónias penais, independentemente da pena aplicada, com dispensa das granjas quando a sede do tribunal se encontrasse perto da colónia penal ou correcional e dispensa das colónias correcionais quando as colónias penais pudessem ser “eficientemente utilizadas para o cumprimento de todas as penas”, como afirmava inequivocamente o legislador no preâmbulo do Decreto n. 39.997.

As funções que o Decreto n. 26.643 conferiu ao ministro da justiça e ao Conselho Superior dos Serviços Criminais cabiam nas províncias ultramarinas, respectivamente, ao governador e aos conselhos dos serviços criminais, que tinham uma diferente composição consoante se tratasse de uma província de governo geral ou não. A reforma penitenciária foi completada com a criação e regulamentação dos tribunais de execução de penas de Luanda e de Lourenço Marques, através do Decreto-Lei n. 42.383, de 13.7.1959, e da Portaria n. 17.355, de 17.9.1959. Os novos tribunais tinham jurisdição nos respectivos distritos judiciais, funcionando nas províncias ultramarinas não abrangidas nas áreas dos distritos judiciais de Luanda e Lourenço Marques como tribunais de execução de penas os tribunais comuns ou, havendo mais do que um, o tribunal que tivesse a sua sede na capital da província.

²⁰⁰³ Os critérios de separação dos delinquentes deviam ser definidos em função da experiência e da observação da administração penitenciária, propondo Adriano Moreira a distinção de um grupo de delinquentes políticos, sujeitos a “absoluta segregação dos outros indígenas”, um outro grupo de delinquentes destribalizados, um terceiro grupo de delinquentes que cometessem “crimes justificados pelos usos e costumes, mas não justificados pela lei comum aplicável”, e um quarto e último grupo de

2. A inversão radical do legislador na reforma de 1961

Desde meados da década de cinquenta e, sobretudo, a partir do início da década de sessenta a política colonial do Estado português foi fortemente condicionada pela pretensão da União Indiana de integração dos territórios do Estado português da Índia e, posteriormente, pela eclosão das guerras de libertação nacional nas províncias ultramarinas africanas.

Na sequência da ocupação pela União Indiana dos enclaves de Dadrá e de Nagar Aveli em 24.6.1954 e de Goa, Damão e Diu em 17.12.1961, o legislador determinou, pelo artigo 14 do Decreto n. 44.142, de 30.12.1961, que as províncias de Macau e de Timor passavam a fazer parte, para efeitos judiciais, do distrito judicial de Lourenço Marques e ficavam afectas ao respectivo Tribunal da Relação.²⁰⁰⁴ Menos de dois meses depois, foi aprovada a Lei n. 2.112, de 17.2.1962, que estabeleceu as bases de administração do Estado da Índia enquanto “estiver subtraído ao exercício pleno e efectivo da soberania portuguesa”. Deste modo, os órgãos do governo da província e os serviços de administração provincial passaram a funcionar em Lisboa e os tribunais da comarca e da Relação de Lisboa foram investidos nas competências dos tribunais do Estado da Índia.

delinquentes “cujo crime não encontra justificação nem nos usos e costumes, nem na lei comum” (Adriano Moreira, 1955 a: 187).

²⁰⁰⁴ Antes e depois dos incidentes de Junho de 1954, o presidente do conselho proferiu dois discursos na emissora nacional, um em 12 de abril e outro a 10 de agosto, em que pretendeu demonstrar as razões “puramente morais” da manutenção do Estado português da Índia e a falta de fundamentação jurídica da pretensão da União Indiana, para concluir no discurso feito em 30.11.1954 na Assembleia Nacional que “o conflito não pode ser militarmente resolvido”, mas que, no caso da Índia fazer a guerra, só restava aos portugueses “bater-se, lutar, não no limite das possibilidades, mas para além do impossível” (Oliveira Salazar, 1959: 186, 268 e 277). A partir de 1957, a questão do anticolonialismo passou a ser vista pelo presidente do conselho como “um dos ventos que dominantemente sopra no mundo”, que devia ser travado “por uma linha de integração num Estado unitário”, sendo inconvenientes a solução inglesa de concessão de independência às suas colónias, “onde a miscigenação é inexistente e a fixação da população branca bastante escassa”, e a solução francesa de construção de um estado federal (Oliveira Salazar, 1959: 424 a 426). Em 1959, o diagnóstico de Salazar da situação política no continente africano tornou-se mais grave (“literalmente a África arde, arde mesmo nas adjacências das fronteiras portuguesas”), rejeitando a emergência de um genuíno movimento de libertação nacional nos territórios africanos e imputando este agravamento da situação à interferência de potências exteriores (“e porque arde a África? Não pensemos que é por combustão interna, digamos, pela fatalidade de um movimento histórico que arrasta as suas populações para a rebeldia, a subversão, a forçada dispersão e independência; arde porque lhe deitam o fogo de fora”, Oliveira Salazar, 1967: 64).

Por outro lado, a evolução do debate sobre a questão da descolonização na assembleia geral da ONU e a eclosão do conflito armado em Angola determinaram o abandono definitivo do regime do indigenato nas províncias ultramarinas africanas.

Após a admissão de Portugal nas Nações Unidas, o secretário geral questionou o Estado português sobre se administrava territórios não autónomos incluídos nos termos do artigo 73 da Carta, tendo o governo respondido, por carta de 6.11.1956, em sentido negativo.²⁰⁰⁵ Não obstante, quatro anos depois, a assembleia geral das Nações Unidas votou a resolução n. 1514, de 14.12.1960, que proclamava o direito de todos os povos à autodeterminação e exigia a independência imediata dos territórios não autónomos e de “outros territórios que não tenham ainda alcançado a independência”, e a resolução n. 1542, de 15.12.1960, que considerava as províncias ultramarinas portuguesas como territórios não autónomos em relação aos quais o Estado português devia prestar informações, nos termos do artigo 73 da Carta.

A situação política interna precipitou-se com os ataques às prisões de Luanda em 4.2.1961 e o início dos massacres na região dos Dembos e do Uíje em 15.3.1961.²⁰⁰⁶ No dia 9.6.1961, o Conselho de Segurança da ONU votou pela primeira vez uma moção de condenação das “severas medidas de repressão em Angola”, que constituíam “uma ameaça à manutenção da paz e segurança internacionais”, com os votos favoráveis dos Estados Unidos e da União Soviética e as abstenções da França e da Grã-Bretanha.²⁰⁰⁷

²⁰⁰⁵ Esta resposta tinha o significado de que “as províncias portuguesas do Ultramar não tinham vocação para uma independência separada” e de que “o governo português se arroga o exclusivo direito de interpretar e aplicar a sua ordem constitucional, e que neste domínio não admite interferências alheias” (Franco Nogueira, 1985: 423). A doutrina portuguesa de há muito que interpretava o artigo 73 da Carta, por contraposição com o regime de tutela fixado no artigo 76, no sentido de que a Carta não impunha a independência das colónias como objectivo final necessário da colonização, mas apenas que a potência colonizadora devia encaminhar os territórios não metropolitanos para um regime de “auto-administração” ou de “pleno exercício de direitos políticos”, tendo-se esta doutrina mantido até ao final do regime (Marcello Caetano, 1948: 221, Adriano Moreira, 1951: 24 a 26, e 1957: 16, Silva Cunha, 1953: 53, Franco Nogueira, 1970: 99, 100, 231 e 232, e André Gonçalves Pereira, 1971: 332). Por outro lado, também se defendia a não aplicabilidade do artigo 73 a Estados unitários, como Portugal, e a competência exclusiva dos Estados para determinar se tinham territórios sob a alçada do artigo 73 da Carta (Adriano Moreira, 1957: 7 e 27, 1958 a: 92 e 93, e André Gonçalves Pereira, 1971: 321).

²⁰⁰⁶ Sobre a repercussão social e militar destes acontecimentos, António Pires Nunes, 1998: 155 a 159, 173 a 197.

²⁰⁰⁷ A inflexão da posição dos EUA no Conselho de Segurança verificou-se na reunião de 12.3.1961, de que resultou ainda a rejeição da moção sobre a situação de Angola por só terem sido obtidos cinco votos a favor e a França, a Grã-Bretanha, a China, o Equador e a Turquia se terem absterido. Era o fracasso da “doutrina da neutralidade colaborante”. Esta modificação da posição americana foi vivamente criticada pelo presidente do conselho no discurso que proferiu na Assembleia Nacional, em 30.6.1961, por ela revelar uma “contradição essencial da política americana”, que consistia no enfraquecimento das potências colonizadoras e no desvio do esforço militar destas potências para África, fazendo perigar o equilíbrio europeu e abrindo o caminho ao domínio da União Soviética sobre a Europa. A tese crítica de

Em Setembro desse ano de 1961, o governo concluiu terem desaparecido as razões históricas que justificaram a introdução de um regime especial de protecção jurídica dos indígenas e, conseqüentemente, aprovou o Decreto n. 43.893, de 6.9.1961, que procedeu à revogação do último estatuto dos indígenas, confessando que com a sua publicação se pretendia deixar de dar “ocasião aos nossos adversários para sustentarem, com base no restrito conceito de cidadania antes referido, que o povo português estava submetido a duas leis políticas, e por isso dividido em duas classes praticamente não comunicantes”.²⁰⁰⁸

Salazar era sintetizada nestes termos: “quando se hostiliza e enfraquece a França ou a Bélgica ou Portugal, por força da política africana, ao mesmo tempo que se atinge a confiança recíproca dos aliados na Europa, diminui-se-lhes também a capacidade. As tropas retiradas para a Argélia não combaterão no Oder ou no Reno” (Oliveira Salazar, 1967: 134 e 325). A salvaguarda da integridade do ultramar português era, pois, intimamente ligada pelo presidente do conselho à manutenção da ameaça de um conflito armado com a URSS na Europa e à possibilidade da ocorrência de uma grave alteração da ordem pública internacional (Adriano Moreira, 1999: 323).

²⁰⁰⁸ O relatório dos seis, aprovado pela assembleia geral da ONU no mesmo dia em que o foi a resolução n. 1.514, previa três formas de descolonização dos territórios não autónomos, a independência, a integração e a associação. A primeira e a última destas formas estavam afastadas pelo governo, mas a condição fundamental da integração, que consistia na homogeneidade do estatuto da população do território não autónomo e do da população do Estado independente em que aquele se integrava, também não se verificava, por se manter em vigor o estatuto dos indígenas. A prossecução desta homogeneidade foi um dos motivos da reforma realizada em 1961 (André Gonçalves Pereira, 1971: 334). O ministro do ultramar Adriano Moreira procurou encetar uma nova política ultramarina, a “política de integração”, assente na sujeição de todos os portugueses a um mesmo estatuto político, no restabelecimento do funcionamento normal das instituições municipais, no alargamento da aplicação da lei escrita de direito privado e na submissão “de sectores importantíssimos da vida diária” a uma uniformidade jurídica (Adriano Moreira, 1961: 14, 15 e 27). Esta política tinha dois pressupostos fundamentais: o da manutenção de Portugal como uma “Pátria multicontinental” e o de que competia às forças armadas “ganhar tempo para implantar as soluções políticas”, que satisfizessem os interesses das populações originárias das províncias ultramarinas. O marco emblemático desta nova política foi, precisamente, a revogação do Estatuto dos Indígenas, que constituiu, “na sua execução, um instrumento discriminatório e negador da igualdade dos homens” (Adriano Moreira, 1976: 43, 44 e 46, e, já anteriormente, André Gonçalves Pereira, 1971: 373, 375 e 376). Aliás, alguns anos antes desta revogação a doutrina já reconhecia o fracasso do regime do indigenato. A quantidade de assimilados em Angola e Moçambique era muito baixa e esse número diminuto ora era explicado pelo “desejo de não perder as vantagens de assistência oficial e de manter a isenção de alguns dos mais pesados encargos dos cidadãos, designadamente em matéria fiscal e militar” (Adriano Moreira, 1956: 46) ora pela interpretação “estreita e errónea” que as autoridades faziam dos requisitos legais da assimilação, “entendendo que só fala português quem se exprime em português vernáculo, que só não pratica os usos e costumes gentílicos quem vive segundo o figurino europeu e que só exerce profissão, comércio ou indústria quem deles auferir largos proventos” (António Preto, 1955: 180). O número dos assimilados não teria correspondência com “o número real dos indivíduos que poderiam considerar-se como tendendo para a assimilação pelo seu teor de vida” (Adriano Moreira, 1956: 48, e já antes, António Preto, 1955: 181). A reforma abolicionista não passou sem crítica. Um balanço muito negativo da mesma foi feito por Silva Cunha, concluindo que “assim se gerou uma situação em que milhões de pessoas ficaram, de facto, sem possibilidade de recorrer à Justiça”, pois “os tribunais não tinham possibilidade de satisfazer o enorme acréscimo de trabalho que se verificaria se os antigos indígenas a eles recorressem como recorriam aos antigos tribunais”. Embora apodando-a de “demagógica”, o autor reconhecia, contudo, “um certo fundamento” à decisão política de abolição “à luz das circunstâncias do momento” (Silva Cunha, 1977: 132 e 133). Perante a oposição interna à evolução encetada desde 1961, o presidente do conselho demitiu o ministro do ultramar, invocando mesmo que “não teria força para se manter como Chefe de Governo”

Contudo, o Decreto n. 43.897, com a mesma data do anterior, salvaguardou a validade dos usos e costumes locais reguladores de relações jurídicas privadas, constituindo eles um “estatuto pessoal, que deve ser respeitado em qualquer parte do território nacional e cuja aplicação será limitada pelos princípios morais e pelas regras fundamentais e básicas do sistema jurídico português”.²⁰⁰⁹ Ao invés, em matéria criminal, o diploma determinava a aplicação, sem quaisquer excepções, da lei penal comum a todos os indivíduos, embora declarasse também que o juiz “apreciará sempre as condutas e decretará as sanções, considerando a influência que sobre o delinquente e os actos deste exerceram a sua condição social e o estatuto de direito privado” (artigo 10).²⁰¹⁰

se continuasse a apoiar as reformas entretanto realizadas (Adriano Moreira, 1976: 53 e 54, sendo o episódio descrito em termos algo diferentes em Freitas do Amaral, 1995: 74).

²⁰⁰⁹ O novo diploma permitia às populações autóctones, como agora eram denominadas, domiciliadas nas regedorias tradicionais a opção pelo direito privado português ou pelo direito tradicional, tendo a opção pelo direito português carácter genérico, incondicional, irrevogável e vinculativo para os descendentes do declarante. O estatuto dos vizinhos das regedorias distinguia-se, contudo, do dos indígenas em dois aspectos fundamentais: a fixação de um critério estritamente territorial e não pessoal, pois eram vizinhos todos aqueles que tinham domicílio nas respectivas áreas, e a sujeição ao direito público português, permitindo o acesso dos vizinhos ao exercício dos direitos políticos reconhecidos aos demais cidadãos portugueses (Jorge Miranda, 1973: 101, mas muito crítico em relação à indefinição do conceito de vizinho de regedoria, André Gonçalves Pereira, 1971: 381 e 382). Por outro lado, o legislador impunha o direito privado escrito às populações domiciliadas em aglomerados que não constituíssem regedorias e, na falta de lei especial ou que tivesse sido escolhida pelas partes, nas relações entre pessoas que não tivessem o mesmo estatuto pessoal. A “necessidade de encaminhar todas as populações para um tipo normativo de cidadão português” conduziu a um reconhecimento parcial do direito tradicional, constituindo o “desiderato final” a unidade da ordem jurídica por via da adaptação do direito tradicional “por si, e sem violências, às exigências do tempo presente”. A “desintegração das regedorias tradicionais sob o impulso da economia moderna” promoveria aquele desiderato (Narana Coissoró, 1966 a: 10 a 12 e 17). Na sequência dos trabalhos já iniciados pelo ministro do ultramar Adriano Moreira, a Lei n. 2.119, de 24.7.1963, alterou a Lei Orgânica do Ultramar, tendo ampliado a participação dos representantes eleitos dos territórios ultramarinos nos órgãos locais, aumentado a competência dos conselhos legislativos e introduzido a representação das províncias ultramarinas nos órgãos consultivos nacionais. À luz da nova Lei Orgânica, os Decretos ns. 45.371, 45.372, 45.373, 45.374, 45.375, 45.377 e 45.378, todos de 22.11.1963, estabeleceram os novos Estatutos político-administrativos das províncias, respectivamente, de Cabo Verde, Guiné, São Tomé e Príncipe, Angola, Moçambique, Macau e Timor, que admitiam três cidadãos das regedorias na composição dos conselhos legislativos das respectivas províncias, com excepção de São Tomé e Príncipe e Macau. A política colonial mantinha-se, no entanto, assente na rejeição peremptória de “duas graves confusões – autodeterminação igual a independência; autodeterminação igual a plebiscito” (Oliveira Salazar, 1967: 313). O Decreto n. 45.376, também de 22.11.1963, manteve em vigor o Estatuto do Estado da Índia aprovado pelo Decreto n. 40.216 e, “enquanto o território da província estiver subtraído ao exercício pleno e efectivo da soberania portuguesa”, o regime administrativo transitório fixado na Lei n. 2.112.

²⁰¹⁰ Depois da abolição do indigenato e da consequente supressão das penas de trabalhos públicos e trabalho correcional (sobre estas penas e os graves problemas colocados com a aplicação retroactiva da lei nova mais favorável, José Ney Ferreira, 1975: 500 a 510), a reforma prisional ultramarina foi revista ainda pelo ministro Adriano Moreira, que fez publicar o Decreto-Lei n. 44.321, de 2.5.1962. Este diploma previa a execução da pena privativa de liberdade aplicada a arguidos de quaisquer etnias em regime de trabalho penal em colónias penais, correcionais ou granjas correcionais “sempre que o modo de ser individual do delinquentes ou o teor de vida social dominante mostre que se trata do regime mais

Ainda com a data de 6.9.1961, foi publicado o Decreto-Lei n. 43.898, que introduziu uma profunda reforma nos julgados municipais e da paz.²⁰¹¹ Esta reforma dos julgados municipais constituía uma decorrência directa da revogação do estatuto especial para os indígenas e visava, por um lado, a abolição da “distinção dos tribunais em razão das pessoas” e, por outro, a separação do exercício de funções administrativas e judiciais.

Em cada julgado municipal havia um tribunal, que podia ser de primeira ou de segunda classe, exercendo o tribunal de comarca na área da sua sede a jurisdição do julgado municipal. O tribunal de segunda classe era ocupado, por inerência, pelo conservador do registo civil da circunscrição ou concelho ou, na falta deste, pelo administrador do concelho ou circunscrição e tinha competência para julgar os processos de polícia correcional, sumário e de transgressão. A nomeação do funcionário administrativo devia constituir, pois, a excepção, ao invés, do que previa o Estatuto dos Julgados de 1954.²⁰¹² O tribunal municipal de primeira classe era ocupado

adequado à sua personalidade”. A proibição da reclusão celular, excepto para fins disciplinares ou de estudo e observação do recluso, mantinha-se como a característica essencial deste regime, devendo o julgador no momento da prolação da decisão ou os governadores das províncias ultramarinas ulteriormente ponderar da maior adequação deste regime ao modo de ser do arguido ou recluso. A doutrina mostrou-se reticente em relação ao cumprimento das penas aplicadas aos “não-evoluídos” nos termos da nova reforma prisional, em virtude, designadamente, da falta de estabelecimentos adequados para a sua concretização prática (Francisco José Velozo, 1971 b: 526). A solução do problema prisional ultramarino devia antes passar por uma reforma penal e processual, que colocasse a reparação do lesado como pena exclusiva para punição de todos os crimes que não fossem graves, sendo a pena de trabalhos, com ou sem privação de liberdade, reservada para os crimes graves (Francisco José Velozo, 1971 b: 531 e 532).

²⁰¹¹ A divisão judicial do Estatuto Judiciário Ultramarino foi tacitamente revogada pelo artigo 1 do Decreto-Lei n. 43.898, de 6.9.61 (Ferreira Semedo, 1962: 14). Em Março de 1963, a Câmara Corporativa apresentou uma proposta para que se fossem consagradas as bases da divisão administrativa das províncias administrativas, no sentido de “eliminar definitivamente as «circunscrições administrativas», reminiscências do período da ocupação e expressão de uma forma autoritária da administração local comum”, embora não tivesse “demasiadas ilusões sobre a possibilidade de estender a vida municipal, de índole colegial e representativa, a todo o território ultramarino” (Parecer n. 9/VIII, pp. 97 a 100). Simultaneamente, a Câmara propôs a extinção das intendências nas circunscrições não urbanizadas em virtude da abolição do indigenato. A Assembleia Nacional seguiu esta proposta, mas manteve as circunscrições administrativas, transitoriamente, “nas regiões ainda não tenha sido atingido desenvolvimento económico e social considerado necessário” (base XLVI, n. II, da Lei n. 2.119, de 24.6.1963). Seis anos depois da publicação do Decreto-Lei n. 43.898, o Decreto n. 48.033, de 11.11.1967, revogou-o. O legislador esclareceu, no entanto, que esta revogação não correspondia a uma alteração da opção política de “implantar um sistema jurídico o mais possível coincidente com o da metrópole”, mas apenas a uma tentativa de facilitar “a gradual e sistemática penetração da actividade judicial nas regiões mais afastadas das sedes das comarcas”, procedendo-se nele a algumas importantes modificações do estatuto da magistratura municipal.

²⁰¹² O ministro do ultramar sintetizou os problemas colocados ao legislador pela reforma dos julgados municipais nestes termos: “O problema que enfrentamos agora, ao reorganizar os julgados, é o de conseguir, sempre que possível, entregar as funções de juiz a um técnico de direito, fazer intervir o representante do Ministério Público e admitir em todos os casos a constituição do mandatário judicial

por um delegado do procurador ou licenciado em direito e tinha competência para julgar todos os crimes a que não coubesse processo de querela. As decisões dos tribunais de primeira e segunda classe eram recorríveis, em apelação, para o juiz de direito e, nas causas julgadas pelo tribunal de primeira classe, ainda deste, em revista, para o Tribunal da Relação.²⁰¹³ O tribunal comarcação podia também avocar quaisquer processos e em qualquer momento de ambos os tribunais municipais.

Em todos os julgados municipais era criado um lugar de subdelegado do procurador da República, pelo que os juizes municipais deixaram de prosseguir os termos da acusação e de organizar os corpos de delito.²⁰¹⁴ A lei aplicável nos julgados era a lei processual comum, admitindo-se a intervenção de advogado em qualquer causa e em qualquer fase processual, sendo a participação das populações autóctones na

como elemento essencial do direito de defesa” (Adriano Moreira, 1961: 29). A reforma não foi, contudo, bem sucedida. Decorridos três anos de execução do novo diploma legal, o retrato de “uma certa inadequação do sistema nele estabelecido face às realidades e às necessidades que impiedosamente se nos impõem”, feito por José de Albuquerque Sousa (1972: 28), revelava um “mau funcionamento dos tribunais municipais” na província de Moçambique e, designadamente, “exiguidade do movimento processual dos julgados municipais”, “processo irregularíssimo, imperfeito”, “faltas graves, nomeadamente, quanto à observância das normas legais reguladoras da prisão” e “emprego habitual duma forma simplista de resolução de questões (salvo poucas e quase determinadas excepções), por processo oral sumaríssimo, com desprezo pelos comandos da lei processual”. Como causas deste mau funcionamento eram apontadas, entre outras, a “falta de formação jurídica dos juizes municipais” e a “completa falta de preparação dos subdelegados do Procurador da República”, o que levou mesmo o desembargador presidente do Tribunal da Relação de Lourenço Marques a concluir que “sob este aspecto (pessoal dos julgados), o novo sistema fálhou” (José de Albuquerque Sousa, 1972: 34 e 35). Em 1966, Narana Coissoró constatava que os lugares de juizes privativos dos tribunais municipais de segunda classe ainda eram ocupados pelos administradores. Atendendo a que estes juizes deviam exercer apenas a função judicial, o autor propunha que os juizes privativos dos tribunais municipais de segunda classe fossem escolhidos em comissão de serviço entre os administradores de circunscrição, de modo a que ficassem libertos de outras tarefas (Narana Coissoró, 1966 b: 34). Em 1971, Alfredo Wilensky informava que, na prática, eram ainda os funcionários administrativos os titulares dos julgados municipais de segunda classe, por não terem sido nomeados os conservadores para os concelhos, mas apenas para as sedes das comarcas, sendo certo que nestas o juiz de direito exercia a competência do tribunal municipal (Alfredo Wilensky, 1971: 244). O segundo objectivo da reforma ficou, pois, frustrado.

²⁰¹³ O objectivo de aumentar as garantias processuais e a qualidade da justiça municipal justificou a introdução pelo legislador em 1967 de duas medidas fundamentais, a da nomeação para o cargo de juiz municipal de primeira classe apenas de delegados do procurador e a da atribuição ao Tribunal da Relação de competência para conhecer do recurso interposto de decisão proferida pelo juiz municipal de segunda classe. A competência do juiz de primeira classe para conhecer do recurso interposto de decisão crime proferida pelo juiz municipal de segunda classe, prevista no artigo 58, al. f), do Decreto n. 48.033, de 11.11.1967, constituía um lapso, em que a doutrina reparou, mas que o legislador não rectificou. A menção correcta devia ser feita à decisão cível proferida pelo juiz de segunda classe (Caramona Ribeiro, 1969: 51).

²⁰¹⁴ A atribuição da competência instrutória ao subdelegado conciliava-se com a entrada em vigor do Decreto n. 35.007 no ultramar em 1959. Contudo, nos julgados onde não houvesse subdelegados, o juiz municipal tinha de cumular com as suas funções as de subdelegado (Caramona Ribeiro, 1969: 33 e 99). Na prática, as funções de subdelegado eram exercidas junto dos tribunais de segunda classe, em regra geral, pelos secretários ou adjuntos dos administradores de concelho ou circunscrição, como informava Héctor Wilensky (1971: 246).

administração da justiça reduzida à informação sobre os usos e costumes locais, prestada como declarante, quando o juiz entendesse que a informação do administrador concelhio ou de circunscrição não era suficiente e solicitasse a este a indicação de dois indivíduos de reconhecido prestígio que conhecessem as tradições jurídicas locais.

O paradigma judiciário dualista, que na sua tríplice vertente da definição de uma lei substantiva própria e adequada aos usos e costumes das populações locais das províncias ultramarinas, da criação de uma lei processual simples e sumária para o foro indígena e da organização de tribunais especiais já há muito se encontrava em crise, foi finalmente afastado.

No plano da lei substantiva, embora a base XVIII da Lei n. 277 previsse a criação de um direito criminal especial e os Estatutos de 1926 e 1929 determinassem o carácter transitório da assimilação enquanto não fossem publicados os códigos de indigenato e o de 1954 ainda previsse a existência de leis penais especiais, mas já não de códigos, nunca se chegou a concretizar o propósito do legislador.²⁰¹⁵

Com a ressalva da experiência de dois anos, de 1925 a 1927, da vigência do primeiro Estatuto da província da Guiné, em que se mandou observar os usos e costumes locais na punição dos crimes que não tivessem particular relevância social e política constantes de um catálogo legal, o legislador não conseguiu levar a cabo uma verdadeira especialização da lei penal ultramarina. A execução da lei penal distinguiu-se, afinal, apenas pelas especialidades relativas ao sistema das penas, quer na indicação,

²⁰¹⁵ A última e mais completa tentativa doutrinária de elaboração de um Código Penal indígena ficou a dever-se a José Gonçalves Cota. Com base em um estudo etnográfico dos diferentes grupos étnicos da província de Moçambique e na formulação de umas conclusões sobre o direito criminal consuetudinário (Gonçalves Cota, 1944: 141 a 143), o autor apresentou uma primeira versão do projecto de código ao governador da província. Na sequência de um parecer do Tribunal da Relação de Lourenço Marques, o autor apresentou dois anos mais tarde a segunda e última versão do projecto. O projecto previa regras de aplicação da lei penal radicalmente distintas das comuns, orientando-se para uma tutela preventiva da perigosidade do delincente indígena assente em uma compreensão extremada dos ensinamentos da escola positiva e, designadamente, previa uma regra geral de interpretação das normas do Código nos termos da qual, “tratando-se de delincente perigoso, procurar-se-á o sentido mais favorável à defesa social” (Gonçalves Cota, 1944: 57) e fixava como fins das penas unicamente a prevenção geral e especial e como elementos de determinação do grau de responsabilidade “a gravidade do facto incriminado” e “o grau de perigo que o criminoso represente para a ordem e segurança social”, além do “carácter da mentalidade atrasada da sua raça” (Gonçalves Cota, 1944: 59), praticamente identificando as penas com as medidas de segurança, o que aliás se conjugava com o reconhecimento da possibilidade de uma comissão administrativa determinar a aplicação ou não da pena de prisão decretada judicialmente e de mandar aplicar medidas alternativas não definidas na lei (Gonçalves Cota, 1946: 83). O autor juntou ao relatório e ao projecto um breve estudo sobre a organização judiciária indígena, mas não fez incluir quaisquer normas sobre este assunto no código. O projecto não foi acolhido pelo poder político da província. Com razão, Silva Cunha (1948: 231 a 237, e 1953: 203 e 207) criticou o “grave defeito” do

com natureza dogmática vaga, de um critério de valoração das condutas dos indígenas no Estatuto de 1954, quer na determinação concreta da pena em todos os Estatutos. O regresso em 1961 à tradição liberal da assimilação da lei penal constituiu, pois, a consagração de uma prática que nunca foi abandonada.

Por sua vez, a diferenciação ao nível dos órgãos jurisdicionais de primeira instância, que se concretizou pela criação de tribunais especiais integrando indígenas na sua composição como vogais com voto deliberativo e assento permanente, não perdurou, tendo-se logo em 1929 afastado a prerrogativa do assento permanente dos indígenas no tribunal especial e extinguindo-se estes tribunais em 1954. Desde então e até 1961, os indígenas já só desempenhavam o papel de meros assistentes técnicos sobre o direito local, a que o juiz recorria, se assim o entendesse. A incorporação das causas gentílicas na competência comum serviu, pois, para retirar aos vogais indígenas o voto deliberativo no tribunal, que continuou de facto a ser presidido pelos funcionários administrativos dos anteriores tribunais indígenas. A supressão dos Tribunais Superiores Privativos dos Indígenas foi ainda mais célere. Em 1961, a jurisdição especial de segunda instância há muito tinha sido abolida, tendo-o sido em 1932 na província de Moçambique, em 1943 na de Angola e em 1954 na da Guiné.

A verdadeira especificidade do foro indígena verificava-se ao nível processual. A diferenciação ao nível das formas de processo correspondeu a uma pulverização inicial dos regimes das várias províncias ultramarinas, que se caracterizavam pela sua rapidez e inquisitorialidade, de acordo, aliás, com as únicas directrizes fixadas pela lei geral ultramarina. Só quando em 1954 se abandonou a opção pela especialização da jurisdição penal, se estabeleceu uma forma de processo única para julgamento das causas gentílicas, também sumária, mas com uma conformação inquisitória ainda mais vincada do que os anteriores regimes particulares de cada província. Foi esta especificidade do processo penal aplicável às causas gentílicas a que ficou irremediavelmente prejudicada pela decisão política de 1961.

Confrontado com a guerra no início da década de sessenta, o governo interveio também no âmbito da jurisdição militar ultramarina, visando três objectivos fundamentais: a reorganização dos tribunais militares, o aumento do âmbito do foro militar e a instauração do regime do artigo 586 do CJM no julgamento dos crimes

projecto de ter pretendido estabelecer um regime aplicável a todos os grupos étnicos da província de

previstos na legislação penal militar. Em conjugação com a intervenção no foro militar, o governo reforçou ainda a sua capacidade de actuação preventiva através de dois instrumentos, o regime da prisão preventiva aplicável no âmbito da criminalidade política cometida no ultramar e o regime das medidas de segurança aplicável a indivíduos que residissem ou se encontrassem no ultramar.

A reorganização dos tribunais militares começou antes ainda do início da guerra em Angola. Com efeito, considerando o aumento do movimento dos tribunais militares de Angola e de Moçambique “por forma a sobrecarregar extraordinariamente os juizes das comarcas de Luanda e Lourenço Marques”, o legislador determinou, pelo Decreto-Lei n. 39.319, de 17.8.1953, que aqueles tribunais passassem a ter juizes auditores privativos e permanentes. O auditor era nomeado pelo ministro do ultramar entre os juizes do ultramar em comissão de serviço judicial por quatro anos. De igual modo, o Decreto-Lei n. 43.882, de 29.8.1961, criou um lugar de juiz auditor privativo do tribunal militar de Goa. Mas foi o Decreto-Lei n. 45.783, de 30.6.1964, que procedeu à reforma da composição dos tribunais militares das províncias ultramarinas, no sentido de uniformizar os regimes da metrópole e do ultramar.

O diploma previa, além do tribunal militar da sede de cada região militar, um na sede de cada um dos comandos territoriais independentes, podendo o tribunal constituir-se em outro lugar. O tribunal era constituído por dois militares e um juiz auditor. Os juizes militares podiam ser reconduzidos, por duas vezes, findo o quadrimestre. O juiz auditor era, em regra, o juiz da comarca, salvo em Angola, Moçambique e no Estado da Índia, mantendo-se aí os auditores privativos entretanto criados. Quando o aumento do serviço o justificasse o ministro do exército podia determinar, por Portaria, que todos ou alguns dos cargos fossem exercidos por funcionários privativos, como veio a acontecer na província da Guiné, onde, por força da Portaria n. 22.833, de 17.8.1967, foi instituído “temporariamente” o lugar de juiz auditor privativo no tribunal territorial da Guiné. A acumulação de serviço justificou também que “a título temporário” e “enquanto permanecerem em Angola os efectivos actualmente presentes naquela província ultramarina”, tivesse sido criado, pelo Decreto-Lei n. 44.961, de 6.4.1963, um segundo tribunal territorial em Angola, o mesmo acontecendo na província de Moçambique, onde com os mesmos fundamentos foi criado, pelo Decreto-Lei n. 47.940, de 15.9.1967, um

Moçambique e ter dado predomínio quase absoluto ao direito criminal securitário.

segundo tribunal territorial.²⁰¹⁶

Em complemento da decisão governamental de 30.6.1964, o Decreto-Lei n. 48.340, de 18.4.1968, mandou aplicar a doutrina do Decreto n. 25.460, de 5.6.1935, no ultramar, sendo o juiz militar, o promotor de justiça e o defensor officioso dos tribunais militares territoriais nomeados pelo ministro do exército com as condições exigidas para o desempenho das funções de juiz militar. Todo o processo de reorganização culminou com a publicação do Decreto-Lei n. 241/70, de 27.5, que conferiu ao STM a faculdade de determinar o desaforamento de qualquer processo pendente em um tribunal militar quando ocorressem “motivos ponderosos”, generalizando a providência prevista no Decreto n. 23.530, de 30.1.1934, a todos os tribunais territoriais de fora das províncias ultramarinas e aos tribunais da armada, com excepção dos tribunais das forças navais, fora dos portos do continente e ilhas adjacentes.

O alargamento do âmbito do foro militar foi associado à subordinação funcional de todo o funcionalismo público ultramarino e, em particular, dos membros das forças policiais aos comandos militares. A partir de Maio de 1961, os elementos das polícias, guarda fiscal, guarda rural e outras forças de natureza equivalentes e mesmo quaisquer funcionários do Estado, que prestassem serviço nas províncias ultramarinas e fossem colocados pelo governo da província sob o comando militar passaram a estar sujeitos ao foro militar “para os actos praticados durante o período em que estiverem sob esse comando” (artigo 1 do Decreto-Lei n. 43.655, de 4.5.1961), com a diferença de que os funcionários do Estado que não pertencessem às forças policiais e equiparadas só respondiam no foro militar pelos crimes previstos na lei militar e os elementos destas forças respondiam nas mesmas condições dos militares.

O processo aplicável no julgamento dos crimes previstos na legislação penal militar foi também modificado. O Decreto n. 45.308, de 15.10.1963, impôs o julgamento “como em tempo de guerra” de todos os crimes previstos na lei penal militar praticados nas províncias ultramarinas “enquanto nelas decorram operações militares ou de polícia destinadas a combater as perturbações ou ameaças dirigidas contra a) a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, b) a integridade do território nacional” (artigo 1), do

²⁰¹⁶ O Decreto-Lei n. 45.783 procedeu à revogação do Decreto-Lei n. 12.393, de 27.9.1926, com excepção do artigo 1º, na parte que punha em vigor o CJM no ultramar, e à do Decreto-Lei n. 39.319, de 17.8.1953, mas não contrariou as disposições do Decreto-Lei n. 20.905, de 15.2.1932, que se manteve em vigor (Lopes Moreira, 1965: 132). Assim, a constituição dos tribunais militares no ultramar passou a ser regulada por estes dois diplomas, o de 15.2.1932 e o de 30.6.1964.

que resultava aparentemente a aplicação das disposições do CJM fixadas para o tempo de guerra e, designadamente, dos artigos 583 a 597. Contudo, nesse mesmo diploma determinava-se que a organização e a competência dos tribunais militares, bem como a forma do respectivo processo, seriam as dos tribunais militares em tempo de paz “sem deixar de ser aplicável, sempre que as circunstâncias o exijam, o disposto no artigo 586 ° do CJM” (artigo 5). A intenção do legislador transparecia na remissão para o disposto no artigo 586 do CJM e na expressão “sempre que as circunstâncias o exijam”. O legislador não considerava as províncias ultramarinas em estado de guerra, mas apenas envoltas em um clima de “perturbações” ou ameaças à ordem pública e, portanto, afastava expressamente a aplicação das regras especiais de composição e competência dos tribunais e de processo vigentes em tempo de guerra, determinando a aplicação discricionária da forma de processo prevista no artigo 586 do CJM como solução suficiente para fazer face às referidas perturbações. A aplicação deste regime dependia apenas do juízo da autoridade militar sobre a necessidade de, “para a manutenção da disciplina e segurança das forças em operações”, se proceder a um “pronto e exemplar castigo”. Deste modo, o legislador de 1963 admitia a aplicação do regime previsto no artigo 586 do CJM no julgamento, não apenas dos crimes nele referidos, mas de todos os crimes previstos na legislação penal militar praticados nas províncias ultramarinas.²⁰¹⁷

²⁰¹⁷ Esta medida legislativa não era uma novidade do direito português. Com o desenvolvimento da actividade revolucionária da Frente de Libertação Nacional Argelina em meados dos anos cinquenta, o legislador da IV República aprovou os Decretos de 23.4.1955 e de 11 e 14.11.1955, que atribuíram à autoridade militar a faculdade discricionária de determinar o julgamento de certos crimes cometidos na Argélia pelos tribunais militares. Esta faculdade foi depois alargada pelo legislador da V República ao território continental francês pela *ordonnance* de 8.10.1958, em face dos atentados terroristas associados ao movimento rebelde argelino ocorridos no continente. Não obstante o facto de a França não se encontrar juridicamente em guerra, a famosa *ordonnance* n. 60-529, de 4.6.1960 modificou mesmo os artigos 699 e 700 do *Code de Procedure Pénale*, no sentido de fixar a competência dos tribunais militares em tempo de paz para julgar os crimes contra a segurança do Estado e permitir que a autoridade militar determinasse, com o acordo do procurador da República, a competência dos tribunais militares para instruir e julgar processos já pendentes nos tribunais comuns quando “a instrução ou o julgamento do caso é de natureza a provocar revelações prejudiciais à defesa nacional”. Contudo, o recurso à jurisdição militar ordinária não se revelou suficiente, em face da absolvição de alguns insurrectos por estes tribunais. Por isso, foram criados dois tribunais criminais excepcionais, o *Haut Tribunal Militaire* e o *Tribunal Militaire Spécial*, pelas decisões presidenciais, respectivamente, de 27.4.1961 e de 3.5.1961, ambas tomadas ao abrigo dos poderes excepcionais previstos no artigo 16 da Constituição. Estes tribunais tinham competência concorrente para julgar, sem recurso no caso do primeiro e com recurso no caso do segundo, os crimes e delitos contra a segurança do Estado e contra a disciplina militar cometidos em relação com os acontecimentos da Argélia e a respectiva composição, que incluía membros civis e militares, dependia do arbítrio do governo. A atribuição de competência a cada um destes tribunais era determinada caso a caso por decreto do ministro da justiça, podendo este até remeter àqueles tribunais causas já pendentes na jurisdição comum. O *Haut Tribunal*, composto por nove membros, era, em regra, escolhido para os casos respeitantes aos chefes da rebelião, e o *Tribunal Militaire*, composto por três câmaras de cinco membros cada uma, era-o para os simples executantes. O decreto ministerial de

O governo reforçou ainda a sua capacidade de actuação preventiva através do agravamento considerável do regime da prisão preventiva aplicável no âmbito da criminalidade política cometida no ultramar. Assim, o Decreto-Lei n. 43.582, de 4.4.1961, libertou os inspectores adjuntos e inspectores que dirigissem delegações e subdelegações da PIDE no ultramar, os inspectores adjuntos e inspectores do ultramar quando em diligência fora das sedes das respectivas delegações e os subinspectores e chefes de brigada que no ultramar tivessem funções de chefia da obrigação de submeter à apreciação do director as decisões que tivessem tomado em relação à aplicação de medidas de segurança e de prisão preventiva. Acresce que os subinspectores e os chefes de brigada que em diligência fora das sedes das delegações e subdelegações no ultramar tinham ainda essa obrigação podiam, com justo impedimento, substituir o prazo de quarenta e oito horas pelo prazo mais curto possível.²⁰¹⁸

O outro instrumento preventivo utilizado foi o do internamento administrativo dos suspeitos da prática de actos de subversão política. O Decreto-Lei n. 43.600, de 14.4.1961, mandou construir um estabelecimento na ilha de Santo Antão para cumprimento de penas maiores e medidas de segurança aplicadas nas províncias ultramarinas a não indígenas, previstas no artigo 3 da reforma prisional ultramarina de

atribuição de competência tinha não só força jurídica para desencadear a acção penal junto do tribunal especial, mas correspondia efectivamente à *mise en accusation*, competindo ao Ministério Público junto do tribunal especial proceder à citação directa do arguido pelos factos constantes do decreto ministerial, mesmo quando estes constituíssem crimes. Deste modo, os princípios fundamentais do direito francês processual comum e militar da separação entre as funções de desencadeamento da acção penal e de instrução e da confirmação da imputação da prática de crimes por duas instâncias judiciais instrutórias distintas foram abandonados, com a circunstância agravante de o domínio da fase de instrução ter sido retirado ao poder judicial, concluindo por isso a doutrina que o conflito argelino levou o governo francês a “curto-circuitar” o código de 1928 (Robert Charvin, 1968: 394 a 401, e Iga-Iga Eric, 1991: 50 a 52, 64, 67 e 81). Mas também esta solução não satisfiz plenamente. Tendo o *Haut Tribunal* proferido uma sentença do desagrado do governo em um processo importante, em que não condenou à morte um dirigente rebelde, o governo aboliu aquele tribunal pela *ordonnance* de 26.5.1962 e criou a *Cour Militaire de Justice*, pela *ordonnance* de 1.6.1962, com a mesma competência daquele tribunal, mas com uma composição exclusivamente militar.

²⁰¹⁸ Pouco tempo antes dos acontecimentos em Angola, o ministro da justiça justificou a manutenção do sistema de prevenção e de repressão da criminalidade política com a oposição interna e externa à continuação da política ultramarina (“Se algumas dúvidas subsistissem no nosso espírito sobre o acerto da posição firme desde há muito definida no sistema jurídico nacional perante a organização comunista, que é criminalmente punida como fonte de actividade subversiva, bastaria o insólito mas significativo ataque há poucas semanas lançado em plena Assembleia Geral das Nações Unidas contra a posição dos portugueses em África e as consequências que da diatribe fatalmente advirão no plano interno, para concluirmos que nem deveria ter sido outro o rumo traçado no pretérito, nem outra poderá ser a orientação a manter no futuro ... Bastaria, de facto, a posição «oficial» do comunismo perante o problema do ultramar português – e muitas outras razões poderiam ser extraídas dos métodos de violência preconizados e postos em prática pela organização comunista contra o património material e moral da

1954, e previu a possibilidade da instituição em cada província e conforme as necessidades de estabelecimentos provisórios para os fins do capítulo II da reforma prisional ultramarina. Na sequência deste diploma, a Portaria n. 18.539, de 17.6.1961 instituiu em Chão Bom, Cabo Verde, um campo de trabalho.²⁰¹⁹

Este campo foi utilizado como local de reclusão, não apenas para indivíduos condenados em penas de prisão nas províncias ultramarinas, mas também para indivíduos sancionados com a medida de segurança de fixação de residência fora da província, prevista no artigo 5 do Decreto n. 23.241, de 21.11.1933, modificado pelo Decreto n. 31.216, de 14.4.1941,²⁰²⁰ o que mereceu mesmo a censura do Supremo

nação – para mostrar como não pode afrouxar, nos tempos mais próximos, a repressão assegurada pela legislação vigente” (Antunes Varela, 1961 a: 7 a 9).

²⁰¹⁹ No mesmo local tinha sido criada pelo Decreto-Lei n. 26.539, de 23.4.1936, uma colónia penal para os presos políticos que devessem cumprir pena de desterro, os presos políticos, que tendo estado internados em outro estabelecimento prisional, se mostrassem refractários à disciplina desse estabelecimento ou elementos perniciosos para os outros reclusos, e, em secção separada, os condenados em penas maiores por crimes praticados com fins políticos sujeitos ao regime prisional comum e ainda para os detidos preventivamente pela prática de crimes previstos no Decreto n. 23.203 quando o governo assim o entendesse. A colónia penal foi entregue ao ministério da justiça pelo Decreto-Lei n. 35.046, de 22.10.1945, e deixou de funcionar como colónia penal para criminosos políticos a partir de 1.1.1954, por despacho do dia anterior do ministro da justiça Manuel Cavaleiro de Ferreira (Portaria n. 14.684, de 31.12.1953). O campo do Tarrafal manteve-se, contudo, como colónia penal para delinquentes comuns de difícil correcção até à abertura da colónia penal de Angola. Com a publicação do Decreto-Lei n. 40.675, de 7.7.1956, foi extinta a colónia penal de Cabo Verde e criada a colónia penal do Bié, na província de Angola, destinada a delinquentes comuns de difícil correcção condenados pelos tribunais metropolitanos e a não indígenas condenados pelos tribunais das províncias ultramarinas de África em pena de prisão maior ou medidas de segurança privativas da liberdade e ainda aos condenados que o ministro da justiça, com o acordo do ministro do ultramar, entendessem por bem ali internar.

²⁰²⁰ O Decreto de 21.11.1933 previa a aplicação pelo ministro das colónias ou pelos governadores da medida de segurança de proibição de residência em território colonial de “todos aqueles cuja presença julguem inconveniente à segurança e à ordem pública da respectiva colónia”. O artigo 211 da Carta Orgânica do Império Colonial de 1933 previa também a faculdade de o ministro das colónias ou os governadores determinarem a expulsão pelo período máximo de cinco anos ou recusarem a entrada numa colónia a cidadão nacional ou estrangeiro quando a sua presença fosse inconveniente. Considerando estas medidas insuficientes face às “necessidades das circunstâncias presentes” o governo modificou o Decreto n. 23.241, através do Decreto n. 31.216, de 14.4.1941, fazendo acrescer à medida incluída naquele diploma a proibição de residência em qualquer ponto do império, a expulsão da colónia onde o suspeito se encontrasse com fixação de residência noutra colónia e a fixação de residência dentro da colónia onde se encontrasse, sendo as duas primeiras aplicáveis pelo ministro das colónias e a última pelo governador. O despacho do governador era recorrível para o ministro e o deste para o Conselho de Ministros. Estas medidas administrativas não eram novidade no direito ultramarino português. Já a Lei Orgânica de Administração Civil das Províncias Ultramarinas aprovada na primeira República, a Lei n. 277, de 15.8.1914, previa a faculdade de o governador recusar a entrada e de ordenar a expulsão por período determinado de nacionais ou estrangeiros que fossem inconvenientes, condenados em penas maiores, vadios, mendigos, alienados ou portadores de doenças de fácil difusão, sendo a expulsão condicionada pelo voto afirmativo do conselho do governo. A ditadura militar manteve esta tradição, determinando as Bases Orgânicas da Administração Colonial, aprovadas pelo Decreto n. 12.421, de 2.10.1926, que podia ser recusada a entrada a nacionais e estrangeiros em qualquer colónia e ordenada a sua expulsão das mesmas quando fosse conveniente, sem concretizar, contudo, o órgão competente para o efeito.

Tribunal de Justiça, por exemplo, nos Acórdãos de 24.11.1971 e de 27.6.1973.²⁰²¹

Em face desta posição reiterada do Supremo Tribunal de Justiça, o governo modificou o regime das medidas de segurança de aplicação administrativa, por um lado, legalizando a reclusão em estabelecimentos fechados e, por outro, fixando um limite máximo para a reclusão. Assim, invocando o propósito de estabelecer “limites à esfera de acção do Governo” e restringir a aplicação de medidas administrativas de segurança aos casos de perigosidade relacionada com a prática de actos contrários à integridade territorial da nação, o governo aprovou o Decreto-Lei n. 239/72, de 18.7. O diploma novo previa apenas a aplicação das medidas de fixação de residência em local determinado e de internamento em colónia agrícola para os autores daqueles actos, sendo a duração destas medidas não superior a três anos, prorrogável por outros três. As medidas eram aplicadas apenas a actos cometidos no ultramar, em processo organizado pela DGS, por proposta desta e por decisão do ministro do ultramar quando implicassem deslocação para fora da província e do governador da província no caso inverso. As medidas podiam ser executadas na província ultramarina em que se encontrasse a pessoa que a ela devia ser sujeito, noutra província ou na metrópole.²⁰²²

A modificação do regime das medidas administrativas de segurança aplicáveis no ultramar revelava, pois, uma natureza compromissória, satisfazendo a necessidade prática e operacional de legalização do confinamento dos suspeitos de subversão política a espaços fechados, mas com respeito pela proibição consagrada pela recente revisão constitucional de medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade pessoal com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis.

A última revisão da Constituição de 1933, aprovada pela Lei n. 3/71, de 16.8,

²⁰²¹ Neste último acórdão afirmou-se que “se verifica que as pessoas requeridas estão efectivamente presas no Campo de Trabalho de Chão Bom na Ilha de Santiago, Cabo Verde” e que “às mesmas foi aplicada a medida de segurança referida no número segundo do artigo único do Decreto-lei número trinta e um mil duzentos e dezasseis, que não consente a prisão, mas apenas a fixação de residência, o que torna aquela prisão ilegal” (Fernando Abranches-Ferrão e outros, 1974: 31, 32, 105, 108, 120 e 121). A reacção do Supremo Tribunal de Justiça foi bem distinta da do *Conseil d'État*, que, como se viu já, fez uma interpretação extensiva do Decreto de 16.3.1956 e da Lei de 26.7.1957 no sentido de que a facultade de o ministro do interior fixar residência a qualquer pessoa que fosse condenada pela prática de crimes violentos e contra a segurança do Estado incluía a possibilidade de sujeitar o suspeito a internamento.

²⁰²² O governo português não teve, afinal, atitude diferente da do governo francês, ao aprovar a *Ordonnance* n. 58-916, de 7.10.1958, que consagrou expressamente a medida do internamento administrativo de “toda a pessoa perigosa para a segurança pública, em razão da ajuda que dê aos rebeldes argelinos”, mas com a diferença importante de que em Portugal não era admitido o internamento administrativo por período indeterminado, ao contrário de França.

que introduziu os conceitos de região autónoma e de Estado para designar os territórios ultramarinos e consagrou uma descentralização da função legislativa e um amplo conceito de autonomia político-administrativa,²⁰²³ não teve consequências ao nível da organização do poder judicial de cada região autónoma ou Estado e do processo penal

²⁰²³ “Há renovação. Renovação na continuidade”, concluía a Câmara Corporativa na apreciação na generalidade da proposta de lei do governo que esteve na base da revisão constitucional (parecer da Câmara Corporativa n. 22/X, p. 55). Embora sublinhando que esta tinha sido a proposta de revisão que “maior número de inovações de tomo” pretendia consagrar, a Câmara Corporativa não deixava de afirmar que não se tratava de uma “destruição da Constituição plebiscitada em 1933”, mas antes de um texto “cuja aprovação deixará intacta a lei fundamental no que ela tem de mais característico e identificante”, conclusão que se retirava genericamente do texto da proposta, mas que também valia para a matéria da administração ultramarina. A este propósito, a Câmara salientava que a inscrição na Constituição das normas que davam maior expressão à participação das gentes na definição do direito aplicável nos territórios ultramarinos não constituía uma porta aberta à “ruína da unidade nacional”, pois a proposta previa “todo um sistema de frenagem de tendências centrífugas que porventura se gerassem” (parecer citado, pp. 48, 49 e 53). Todo o texto da proposta do governo relativo ao título sobre o ultramar foi redigido por Marcello Caetano (1974: 35) e nele transparecia claramente a doutrina por si já anteriormente defendida (“Já hoje o Estado Português é um Estado regional e já hoje as províncias ultramarinas constituem verdadeiras regiões autónomas, e não meras circunscrições administrativas”, in Actas da Câmara Corporativa, n. 61, de 3.12.1970, e Marcello Caetano, 1967 b: 492 e 494, e, depois da revisão constitucional, 1972: 537, mas depois do 25 de Abril o autor falava já em “autonomia progressiva”, de modo a preparar os “novos Brasis”, pois “A História diz-nos que a vocação dos antigos territórios coloniais é a independência política”, Marcello Caetano, 1974: 34 a 38, e 1976: 63 a 65). A compatibilidade do Estado unitário com a descentralização da função legislativa era, aliás, a mais importante questão de direito ultramarino colocada na revisão e na sua resolução em sentido afirmativo empenhou-se a Câmara Corporativa, vincando bem que a falta de autonomia constituinte das províncias ultramarinas as mantinha como regiões autónomas (parecer citado, p. 70). Esta argumentação, conjugada com a da inexistência de um executivo local responsável perante uma assembleia legislativa e de um poder judicial próprio de cada região, valeu ainda para que a Câmara não se opusesse à designação das regiões como Estados “quando o progresso do seu meio social e a complexidade da sua administração” justificassem tal qualificação, sendo certo que essa qualificação era meramente “honorífica” e não “científica” (parecer citado, p. 228). A doutrina divergiu quanto ao sentido da reforma. Fausto Quadros concluiu que, se em 1963 já tinha, “embora muito dissimuladamente”, surgido “um certo pendor para o federalismo”, a revisão constitucional de 1971 introduzia “alguns laivos do princípio federalista” (Fausto Quadros, 1971: 124). Ao invés, Marques Guedes entendia que não se verificava uma verdadeira descentralização política e legislativa, com meros poderes de tutela dos órgãos nacionais sobre os ultramarinos, mas apenas uma desconcentração, em que aos primeiros ainda estavam reservados poderes hierárquicos de revogação (Marques Guedes, 1973: 18 e 19). Lucas Pires acentuava o propósito do governo de “criar as condições de evolução da política ultramarina e não de uma revolução ainda que paulatina e pacífica da mesma política”, prevenindo, contudo, contra o advento de uma “auto-determinação jurídica das regiões” (Lucas Pires, 1971: 9 a 17) e mais tarde criticando severamente a redução da reforma ao reconhecimento de uma “autonomia subjectiva” (Lucas Pires, 1973: vol. XLIX, pp. 185 e 192), que era fruto da pressão internacional (Lucas Pires, 1973: vol. L, p. 116). A reforma constitucional não podia conter o devir histórico, que apontava no sentido de uma solução federalista (Lucas Pires, 1973: vol. L, p. 172), embora conferisse ao governador um espaço de discricionariedade que lhe permitia seguir este devir histórico (Lucas Pires, 1973: vol. L, p. 146). A voz mais crítica foi a de Adriano Moreira. O autor afirmava que “cansados estão os povos de as palavras serem umas e os factos serem outros (...) Todos a falarem em direitos do homem, democracia, liberalização, comparticipação, e os factos a desmentirem as palavras, e as palavras a servirem para quaisquer factos. Enquanto isto, as vontades nacionais vão morrendo pelo mundo fora”. Por isso, o autor opunha-se ao propósito de eliminar o título VII da Constituição e à introdução das novas expressões de regiões autónomas e de Estados *honoris causa* (Adriano Moreira, 1971: 9 a 11).

nelas aplicável.²⁰²⁴ Na sequência da revisão constitucional o legislador procedeu ainda a uma nova revisão da Lei Orgânica do Ultramar, através da Lei n. 5/72, de 23.6, tendo sido concedida a designação de Estado a Angola e Moçambique, por reunirem as condições constitucionais. Relativamente à organização judiciária, manteve-se a previsão da criação de julgados municipais com competência para julgar questões decorrentes da vigência de estatutos especiais de direito privado e a norma programática da extensão ao ultramar do sistema penal e prisional da metrópole.²⁰²⁵

Após a revolução de 25.4.1974, o movimento das forças armadas definiu, como princípios a que devia obedecer a política ultramarina, o “reconhecimento de que a solução das guerras no ultramar é política, e não militar”, a “criação de condições para um debate franco e aberto, a nível nacional, do problema ultramarino”, e o “lançamento dos fundamentos de uma política ultramarina que conduza à paz”,²⁰²⁶ embora na declaração da Junta de Salvação Nacional feita ao país a 26.4.1974 esta se comprometesse a “garantir a sobrevivência da Nação Soberana no seu todo pluricontinental”.

A 15.5.1974, a Junta de Salvação Nacional determinou que o governo provisório actuasse “em obediência aos princípios do Programa do Movimento das Forças Armadas”, mantendo as “operações defensivas no ultramar destinadas a salvaguardar a vida e os haveres dos residentes de qualquer cor ou credo, enquanto se mostrar necessário”, e instituindo “um esquema destinado à consciencialização de todas as populações residentes nos respectivos territórios, para que, mediante um debate livre e franco, possam decidir o seu futuro no respeito pelo princípio da

²⁰²⁴ Parecer da Câmara Corporativa n. 22/X, pp. 73 e 229. A centralização da função jurisdicional foi “uma constante da nossa legislação ultramarina” e nunca sequer este problema foi suscitado a respeito das províncias ultramarinas portuguesas (Fausto de Quadros, 1971: 34 e 102).

²⁰²⁵ “Quanto ao crime, a sua competência (dos tribunais municipais) não está sujeita a qualquer discriminação em função dos arguidos ou réus”, afirmava peremptoriamente a Câmara Corporativa (parecer da Câmara Corporativa n. 39/X, p. 172), concluindo, em jeito de balanço sobre a concretização da norma programática, que “o que se procura e se está obtendo é a gradual e sistemática penetração e integração da actividade judicial, pois só ela dá suficiente garantia de eficiência e de independência em relação aos julgamentos”.

²⁰²⁶ A intenção desta afirmação política, da autoria do general António de Spínola, era a de que o problema ultramarino deveria ser resolvido “em termos de participação colectiva, ficando estabelecido que a última decisão dependeria da vontade expressa das populações dos territórios portugueses, após uma consulta à nação no seu todo geográfico e humano” (António de Spínola, 1978: 252), afirmando-se que esta era também a interpretação objectiva do texto (Manuel Fernandes de Oliveira e outros, 1979: 339 a 341).

audodeterminação”.²⁰²⁷

Contudo, o Conselho de Estado esclareceu, na Lei Constitucional n. 7/74, de 27.7.1974, o alcance do n. 8 da capítulo B do Programa do Movimento das Forças Armadas portuguesas, decretando que o princípio de que a solução das guerras no ultramar é política e não militar “implica, de acordo com a Carta das Nações Unidas, o reconhecimento por Portugal do direito dos povos à autodeterminação”.²⁰²⁸

Na sequência dos acordos celebrados com os movimentos de libertação, no dia

²⁰²⁷ O programa do governo provisório, publicado pelo Decreto-Lei n. 203/74, de 15.5, divergia em certa medida do programa do MFA, quer nos termos utilizados, quer na direcção da solução propugnada para o problema ultramarino, reflectindo a heterogeneidade das facções representadas naquele governo e o carácter compromissório do próprio programa (Manuel Fernandes de Oliveira e outros, 1979: 342 a 348). Dois meses depois, o governo provisório ainda procedeu à reforma do Conselho Superior Judiciário do Ultramar e do estatuto da magistratura judicial do ultramar, através da publicação do Decreto-Lei n. 311/74, de 9.7, sendo os seus membros eleitos de entre os juizes de segunda instância e por todos os juizes de primeira e segunda instâncias na situação de actividade no quadro e tendo o Conselho competência exclusiva para nomear, colocar, promover, transferir e punir disciplinarmente os juizes. A transferência de magistrados antes do período de inamovibilidade só tinha lugar com anuência do visado ou em virtude de decisão disciplinar. Os magistrados judiciais podiam recusar a colocação em comissão de serviço, com a excepção das que a lei declarasse de serviço judicial, e só podiam ser promovidos por antiguidade, ficando abolido o critério de promoção por mérito. O diploma do governo consagrava, deste modo, todas as exigências da oposição ao anterior regime e, muito particularmente, de Francisco Sá Carneiro, que, aliás, subscreveu o Decreto de 9.7.1974.

²⁰²⁸ A Lei n. 7/74, teve uma primeira publicação, a 19 de Julho, em que se dizia que a solução política do conflito “implica, de acordo com a Carta das Nações Unidas, o reconhecimento por Portugal do direito à autodeterminação dos povos”. Diogo Freitas do Amaral, então conselheiro, justificou a votação da lei nos seguintes termos: “era bem evidente que, nas circunstâncias concretas do Verão de 1974, a obtenção da paz no Ultramar (ou seja, o cessar-fogo) e a busca de uma solução política, não militar, para o problema ultramarino português só eram possíveis se Portugal proclamasse, alto e bom som, que aceitava para os seus territórios ultramarinos «o princípio da auto-determinação, com todas as suas consequências, incluindo a independência»” (Freitas do Amaral, 1995: 219). A opção do Conselho de Estado representou o sucesso da linha “com projecção na composição do Movimento das Forças Armadas” e a derrota da linha de orientação seguida pelo presidente da República, António de Spínola, e pelo primeiro ministro do governo provisório, Adelino da Palma Carlos (Manuel Fernandes de Oliveira e outros, 1982: 6 a 8, e Freitas do Amaral, 1995: 220 a 222). A doutrina entendeu que esta lei foi publicada com base “não já (ou não apenas) na legitimidade revolucionária democrática, mas no estado de necessidade ou numa legitimidade de outra índole” (Jorge Miranda, 1982: 290 e 291). Em conformidade, o Estado português informou as Nações Unidas de que decidiu cooperar com estas no sentido da aplicação das disposições do capítulo XI da Carta e da Resolução n. 1514 da assembleia geral, comprometendo-se a garantir a unidade e integridade de cada território ultramarino e a iniciar negociações com os movimentos de libertação, com a participação de observadores das Nações Unidas. No entanto, por opção da comissão coordenadora do movimento das forças armadas, abandonou-se esta estratégia da cooperação com as Nações Unidas e procedeu-se a negociações directas com os movimentos de libertação (António de Spínola, 1978: 270 e 271). Assim, a 26.8.1974, foi celebrado em Argel um acordo com o Partido Africano para a Independência da Guiné e de Cabo-Verde, em que o Estado português reconheceu o direito destes povos à independência (Diário do Governo, suplemento, I série, de 30.8.1974), ao que se lhe seguiu, a 7.9.1974, em Lusaka, a celebração de um acordo idêntico com a Frente de Libertação de Moçambique (Diário do Governo, 2º suplemento, I série, de 9.9.1974), a 26.11.1974, de novo em Argel, um outro acordo, com semelhante conteúdo, com o Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (Diário do Governo, I série, de 21.1.1975), e a 15.1.1975, em Alvor, o último acordo celebrado com a Frente Nacional de Libertação de Angola, o Movimento Popular de Libertação de Angola e a União para a Independência Total de Angola (Diário do Governo, suplemento, I série, de 28.1.1975).

10.9.1974, o Presidente da República reconheceu formalmente a independência da Guiné,²⁰²⁹ que já tinha sido proclamada unilateralmente pelo PAIGC em 24.9.1973. A independência de Moçambique foi proclamada em 25.6.1975 e reconhecida pelo Estado português no mesmo dia. De igual modo, a independência de Cabo Verde foi proclamada e reconhecida pelo Estado português no dia 5.7.1975 e a de São Tomé e Príncipe no dia 12.7.1975.

Após a declaração conjunta dos ministros dos negócios estrangeiros português e da União Indiana, feita em Nova Iorque em 24.9.1974, durante a XXIX sessão da assembleia geral das Nações Unidas, nos termos da qual as partes manifestaram a intenção de restabelecer relações diplomáticas, o Conselho de Estado aprovou a Lei Constitucional n. 9/74, de 15.10.1974, que autorizou o presidente da República a celebrar um tratado com a União Indiana com vista ao reconhecimento da soberania da União Indiana sobre Goa, Damão, Diu, Dadrá e Nagar-Aveli. Este tratado foi efectivamente celebrado, em 31.12.1974, em Nova Deli, tendo sido aprovado pelo Decreto n. 206/75, de 5.4.

O Conselho da Revolução, dando-se conta da inexistência de condições “para a fixação por acordo do processo e do calendário da descolonização de Timor”, aprovou a Lei n. 7/75, de 17.7, em que reafirmou “o direito do povo de Timor à autodeterminação, com todas as suas consequências, incluindo a aceitação da sua independência”, e estabeleceu o processo formal de transferência da soberania para uma assembleia popular representativa do povo do território no terceiro Domingo de Outubro de 1978. Na sequência do fracasso das negociações para a celebração de um acordo entre a UDT e a FRETILIN, iniciou-se uma guerra civil em Timor, tendo a FRETILIN proclamado a independência de Timor a 29.11.1975. Oito dias depois a Indonésia invadiu o território de Timor.

No dia 22.2.1976, Portugal reconhecia formalmente a independência de Angola, que já tinha sido proclamada em 11.11.1975.

A nova Constituição da República consagrou expressamente no seu preâmbulo a legitimidade do processo de descolonização.²⁰³⁰

²⁰²⁹ Diário do Governo, suplemento, I série, de 11.9.1974.

²⁰³⁰ A questão da juridicidade da descolonização e até da imputação do crime de traição à pátria foi discutida nos tribunais, tendo sido decidida pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.1.1982 (in BMJ, n. 313, pp. 202 a 207) precisamente com base no reconhecimento do processo de descolonização pelo legislador constituinte.

Título 4^o
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

Os problemas fundamentais da reforma do processo penal e, designadamente, a delimitação recíproca dos poderes do juiz e do Ministério Público ao longo e no final da fase instrutória do processo, a necessidade de uma nova conformação da audiência de julgamento, a revisão urgente da duplicação de recursos da decisão sobre a matéria de direito e da sindicância insuficiente da decisão sobre a matéria de facto e o alargamento das formas simplificadas de processo, não encontravam no projecto de 1982 soluções novas concebidas à luz das vertente social do Estado de Direito democrático, consagrado na Constituição da República, agravando-se a situação de confusão do direito vigente de dia para dia.²⁰³¹

Só com a aprovação do novo Código de Processo Penal, pelo Decreto-Lei n. 78/87, de 17.2, no uso da autorização conferida pela Lei n. 43/86, de 26.9,²⁰³² foram concretizados os princípios consubstanciadores da vertente social do Estado de Direito democrático, isto é, o princípio da proporcionalidade das restrições dos direitos fundamentais, o princípio material de igualdade e o princípio da transparência no exercício do poder do Estado. Um novo paradigma judiciário foi deste modo vertido para a lei, potenciando-se os efeitos positivos decorrentes da implantação de cada um

²⁰³¹ A situação de confusão do direito processual penal em meados da década de oitenta representava um “perigo potencial para a salvaguarda dos direitos do homem” (Figueiredo Dias, 1979: 165, e Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues, 1986: 530).

²⁰³² O governo apresentou a proposta de lei n. 21/IV, com vista à concessão de uma autorização legislativa pelo parlamento para que o governo legislasse em matéria de processo penal, juntando-lhe logo o projecto de Código de Processo Penal, que o governo se propunha aprovar (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, II série, Suplemento ao n. 49). Esta proposta foi discutida e aprovada nas sessões de 17.7.1986 e de 21.7.1986 (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 98, pp. 3694 a 3723, e n. 99, pp. 3726 a 3741).

destes princípios uns aos outros.

O novo paradigma judiciário perspectiva a eficiência do sistema como condição básica de um exercício da força pública constitucionalmente limitado e proporcional. Uma perseguição criminal ineficiente nos meios de investigação que utiliza e no tempo que dura é desproporcional. Deste modo, a “funcionalidade do sistema de direito penal” (*Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*) ganha uma imprescindível dimensão constitucional e converte-se em um dos critérios orientadores da reforma penal.²⁰³³

Com o propósito de promover a adequação da estrutura do processo a esta obrigação constitucional, o legislador atribuiu a direcção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, consagrou a competência móvel do tribunal e a quebra do princípio estrito da legalidade na prossecução da acção pública e introduziu a possibilidade do alargamento do objecto do processo com base no acordo das partes. Ao invés, a preferência pela criação de espaços de consenso no tratamento da pequena criminalidade, manifestada claramente nos regimes da suspensão provisória do processo com injunções e no processo de “ordem penal”, relevava já de um programa político ainda mais ambicioso de “desjudiciarização” ou de “diversão judicial” (*judicial diversion*) e não apenas da funcionalização acrescida do sistema.

A perseguição penal pelo Estado de Direito democrático obedece também a um conceito material de igualdade, com directa repercussão no estatuto dos sujeitos processuais. Esta característica distintiva do novo paradigma judiciário social exige a máxima adequação possível da pena à personalidade do arguido, bem como a participação do arguido e do ofendido na resolução do conflito e a defesa da privacidade do arguido antes da declaração de culpa por um tribunal. Com o intuito de promover estes objectivos o legislador estabeleceu uma fase autónoma para produção de prova relevante para a determinação da sanção, além da já referida quebra do princípio estrito

²⁰³³ Sobre a relevância do princípio do funcionamento eficiente do processo penal decorrente do Estado de Direito, Hans-Joachim Rudolphi, 1976: 169, Hans-Ludwig Schreiber, 1979: 21 e 22, Heinz Gössel, 1982: 26 e 27, Peter Riess, 1983 a: 559, Jürgen Wolter, 1991: 21 e 33, e Albin Eser, 1992: 392 e 393, e, entre nós, Figueiredo Dias, 1983 a: 205 e 206, e Frederico Isasca, 1994: 371 e 372. Nas palavras cristalinas de Schreiber, “o Estado de Direito impõe também com fundamento na Constituição a defesa das suas instituições, um sistema de direito penal funcional. Uma unilateralização somente na direcção da defesa do arguido faria perigar as raízes do Estado de Direito” (*Der Rechtsstaat gebietet aber von Verfassung wegen auch den Schutz seiner Institutionen, auch einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. Eine Vereinseitigung nur in Richtung auf den Schutz des Beschuldigten würde den Rechtsstaat an der Wurzel gefährden*, Hans-Ludwig Schreiber, 1979: 21).

da legalidade, e incrementou significativamente a observância do princípio da imediação.

A transparência no exercício do poder judicial como instrumento do aperfeiçoamento da imparcialidade do juiz e da socialização da decisão judicial foi, por sua vez, reforçada com três inovações fundamentais: a modificação da estrutura da produção da prova na audiência de julgamento, o controlo efectivo da decisão da matéria de facto e a participação conjunta dos juizes populares e dos juizes togados na definição da culpa e da sanção.

A concepção do legislador português sobre a estrutura da fase preparatória foi influenciada pela primeira lei de reforma do processo penal alemã, a *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, de 9.12.1974, que consagrou a ideia introduzida no direito alemão logo em 1921, como já se viu, de atribuição da direcção de todo o processo preparatório ao Ministério Público, conferindo ao “juiz de instrução” (*Untersuchungsrichter*) o papel restrito de “juiz de averiguações” (*Ermittlungsrichter*), isto é, de um magistrado que procede a actos de instrução em situações de emergência, mas cuja tarefa essencial é a de controlar os actos do Ministério Público que contendam directamente com direitos e liberdades do arguido.²⁰³⁴ Na fase processual do inquérito

²⁰³⁴ A fase de instrução judicial, que já na “pequena reforma” alemã de 1964 tinha sido restringida nos processos julgados no *Schöffengericht* aos casos em que existissem razões ponderosas que justificassem essa instrução (*lehnt der Amtsrichter den Antrag ab, wenn erhebliche Gründe für die Anordnung der Voruntersuchung nicht vorliegen*, § 201 (2), na redacção do artigo 7, n. 3, da *Gesetz zur Änderung der StPO*, de 19.12.1964), foi definitivamente suprimida dez anos depois, tendo razões económicas e de eficiência motivado o legislador alemão. O legislador constatou que a instrução judicial se restringia, na maioria dos casos, ao interrogatório do arguido e à repetição de algumas diligências de prova já realizadas pelo Ministério Público ou pela polícia, pelo que o poder instrutório efectivo se tinha concentrado nestes, dispondo o Ministério Público e mesmo a polícia de uma verdadeira competência sobre a competência judicial (*Wer als erster zuständig ist, hat damit eine faktische Kompetenzkompetenz*, Gerard Grünwald, 1974: 30 a 33, Karl Peters, 1975: 98 e 99, Peter Riess, 1977: 69 e 71, e Michael Heghmanns, 1991: 50 e 51, mas contra Werner Schmid, 1967: 180 a 186, 240 e 241, e Hans-Joachim Rudolphi, 1976: 167 e 168). As insuficiências da instrução judicial eram ainda mais notórias nos “processos-monstros”, em que toda a investigação era conduzida pelo Ministério Público e a intervenção do juiz resultava em uma perda de tempo e de eficácia (Joachim Herrmann, 1973: 268, 269 e 274). Do mesmo modo, a instrução obrigatória nos processos por crimes mais graves foi considerada pelo legislador português, no preâmbulo do novo código, como um dos principais estrangulamentos e desvios registados na praxis dos nossos tribunais e responsáveis pela frustração de uma justiça tempestiva e eficaz. Na Alemanha esta inovação correspondia, como se viu, a uma pretensão antiga da doutrina reiteradamente formulada desde o final do século XIX e renovada depois da segunda guerra mundial (Heinrich Henkel, 1953: 345 e 346, Max Hirschberg, 1960: 100 a 103, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 204, Max Kohlhaas, 1971: 33 e 34). Em França, já tinha sido proposta uma reforma da instrução preparatória semelhante primeiro por René Garraud (1912: 5) e, posteriormente, no projecto de novo código elaborado pela comissão chefiada por Donnedieu de Vabres, que, no entanto, não vingou (Donnedieu de Vabres, 1949: 434 e 435, 442 a 451). Em Itália, o *Progetto Preliminare* de 1978 limitava o período da fase pré-processual das investigações preliminares do Ministério Público a trinta dias, prevendo a abertura de uma fase processual de instrução,

toda a actividade de investigação fica sujeita ao regime das garantias próprias do processo penal, de modo que podem ser conferidos ao Ministério Público e aos órgãos de polícia criminal poderes de natureza coactiva relativamente à conservação e aquisição da prova, bem como um conjunto amplo de medidas cautelares e de polícia, encontrando-se o exercício daqueles poderes estritamente ligado à sua função cautelar da prova e, por essa via, ao fim último da sua integração no processo penal.²⁰³⁵ O fulcro do processo penal passa a ser o processo preparatório, de tal modo que a doutrina fala de um “princípio da reforma global centrada no processo investigatório” (*Ermittlungsverfahrenszentrierter Gesamtreformansatz*), e o juiz de instrução transforma-se em um verdadeiro bastião defensor do princípio constitucional da proporcionalidade.²⁰³⁶

O reforço dos “direitos de participação” (*Teilhaberechte*) do arguido e do seu defensor no processo preparatório, que resulta de uma rigorosa definição do estatuto processual do arguido, do seu modo de aquisição e do sancionamento da omissão ou violação das formalidades da constituição do suspeito como arguido, não chega, contudo, a transformar-se em uma “audição pré-final” (*Vorschlussgehör*), confiando-se tão-somente ao Ministério Público a faculdade de o interrogar e de lhe dar a conhecer o conteúdo dos elementos de prova na pendência do inquérito quando fosse conveniente ao esclarecimento da verdade, mas reservando-se o acesso aos autos pelo arguido às

conduzida por um juiz de instrução, nos casos em que tivesse sido impossível proceder a juízo imediato ou proferir decisão de arquivamento naquele primeiro período. Esta fase, que tinha já verdadeira natureza jurisdicional, podia durar dez a treze meses. Destarte, o *Progetto* ficou “em certo sentido prisioneiro dos dois modelos de instrução típicos do sistema vigente” (*in certo senso prigioniera dei due modelli di istruzioni tipici del sistema vigente*), revelando esta escolha uma “cultura claramente desfavorável ao Ministério Público” (*una cultura nettamente sfavorevole ao pubblico ministero*) e uma estrutura processual “desequilibrada a favor do modelo da velha instrução formal” (*sbilanciato a favore del modello della vecchia istruzione formale*, Vittorio Grevi e Neppi Modona, 1989: 111).

²⁰³⁵ Na exposição de motivos da proposta de lei n. 21/IV, que o governo apresentou à Assembleia da República, justificava-se esta opção deste modo: “Assume-se o inquérito como a forma futuramente usual de preparação dos processos, com uma valia probatória homóloga à dos autos de instrução judicializada e, por isso mesmo, dotado da plenitude de meios adequados à reconstituição dos factos a sustentar na acusação” (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, II série, suplemento ao n. 49, p. 1808 (3)). Esta doutrina correspondia, como se disse já, a um desenvolvimento da tese defendida desde 1971 por Figueiredo Dias (1988 a: 7 e 8).

²⁰³⁶ A formulação é de Jürgen Wolter (1991: 34 e 35) e foi retomada por Thomas Weigend (1992: 504), mas a ideia da centralidade da fase preparatória do processo penal tem vindo a ser afirmada depois da segunda guerra mundial, em particular, por Karl Peters (1967: 15 e 16, e 1975: 99), como se verá melhor adiante a propósito da investigação deste autor sobre o erro judiciário. Depois da reforma do direito alemão, português e italiano, a doutrina identificava já no início dos anos noventa a transformação do tradicional *juge d’instruction* em um *juge de l’instruction* com funções estritas de *juge des libertés* e a atribuição da direcção do processo preparatório ao Ministério Público como duas das principais tendências da reforma do processo penal na Europa continental (Thomas Weigend, 1992: 490 e 491).

declarações por si prestadas, a requerimentos por si apresentados e a diligências de prova ou incidentes a que pudesse ou em que devesse intervir.²⁰³⁷

A conformação do processo preparatório nestes moldes adequa-se integralmente às exigências constitucionais, quer em face da nova caracterização do Ministério Público como uma magistratura autónoma, que não está subordinada, orgânica e funcionalmente, a qualquer poder²⁰³⁸ e exerce funções judiciárias, mas não pertencentes ao poder judicial, em sentido estrito,²⁰³⁹ quer em face da recondução do

²⁰³⁷ A proposta da doutrina alemã de consagração de uma “audição pré-final” do arguido, que já tinha sido consagrada no direito militar português, tinha em conta que o incidente da “audiência final” após a conclusão do processo preparatório (*Schlussgehör*, § 169 b da StPO, na redacção do artigo 2, n. 1, da *Gesetz zur Änderung der StPO*, de 19.12.1964) ou mesmo o aumento dos direitos de participação no “processo intermédio” (*Zwischenverfahren*) já eram tardios, devendo permitir-se a realização de um verdadeiro diálogo jurídico entre o acusador e o arguido no processo preparatório de modo a que o arguido pudesse influenciar o acusador antes da decisão de dedução da acusação (Theodor Kleinknecht, 1965: 153 e 154). O legislador alemão, ao invés, ponderou que as inovações introduzidas em 1964 não tinham vingado na prática (Joachim Herrmann, 1973: 275, Hans Ludwig Schreiber, 1979: 21, Klaus Sessar, 1980: 711, Peter Riess, 1983 a: 540, e Michael Heghmanns, 1991: 49 e 50) e abandonou-as em 1974, voltando ao direito anterior a 1964, isto é, não havia de *lege lata* qualquer obrigação de o Ministério público ouvir o arguido no final do processo preparatório. A doutrina censurou a opção por ela ter representado uma cedência à oposição tácita do Ministério Público àquelas inovações de 1964 (Gerard Grünwald, 1974: 43 e 47, Hinrich Rüping, 1976: 201 e 202, Bernd Kuckuck, 1977: 246, e Karl Peters, 1985: 171), defendendo mesmo recentemente a reposição desta fase (Jürgen Wolter, 1991: 91, e Hartmut Loritz, 1996: 144, 145 e 147).

²⁰³⁸ Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 69 e 70, Cunha Rodrigues, 1977: 71 a 74, e 1984: 19 e 21, e Arala Chaves, 1980: 90 e 91. A opção constitucional assenta na consideração de que, envolvendo todas as decisões sempre uma certa margem de discricionariedade, a independência nunca está garantida quando, por via hierárquica, o ministro da justiça pudesse interferir em processos penais concretos. A única limitação ao estatuto de autonomia do Ministério Público era a resultante do critério de dependência política de nomeação do Procurador-Geral da República, que no âmbito do direito penal se encontrava sujeito a instruções de ordem genérica do ministro da justiça, tendo por isso a tarefa de converter em factores judiciários as decisões políticas (Cunha Rodrigues, 1984: 25, e 1995: 20 e 26, Figueiredo Dias, 1981: 94, e Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues, 1986: 540, mas considerando esta faculdade, aliás, já suprimida pela Lei n. 23/92, de 20.8, como atentatória da autonomia do Ministério Público, Rui Pereira, 1994: 77).

²⁰³⁹ Figueiredo Dias, 1988 a: 26. A actividade do Ministério Público no processo penal não pode dizer-se puramente «administrativa», mas também não é reconduzível à função judicial em sentido estrito, sendo antes uma actividade que participa directamente da intencionalidade da realização do direito, sem contudo se traduzir em uma decisão definitiva de conflitos jurídicos concretos, o que se conjuga com o facto de o Ministério Público não dispor de uma independência análoga à dos juizes (Figueiredo Dias, 1973: 173 a 175, Damião da Cunha, 1993: 94 a 96, e José Gonçalves da Costa, 1998: 204). A crítica radical da “ficção pura” da objectividade do Ministério Público, que se encontra limitado por um intrínseco “comprometimento profissional” (*Berufsbefangenheit*, Max Hirschberg, 1960: 100), foi assim considerada ultrapassada. A nova crítica dirigida ao modelo consagrado é a da “policialização” da instrução e do próprio processo penal em virtude da incapacidade do Ministério Público para controlar efectivamente o inquérito (Blankenburg e outros, 1978: 90 a 95, Karl Heinz Gössel, 1980: 347 a 354, Heinrich Rüping, 1983: 905, 909, 912 a 916, Gerhard Riehle, 1985: 298 a 304, 354 e 355, 377 a 382, Karl Peters, 1985: 182 e 183, e, entre nós, António Barreiros, 1981 c: 525, Souto Moura, 1988: 105 a 107, Damião da Cunha, 1993: 210, 284 e 291, Faria Costa, 1994: 244 e 245, Cláudia Cruz Santos, 2001: 243 a 245, 251, 257 e 258, e Jorge Gaspar, 2001: 40 a 42), tendo o debate doutrinário em torno da conveniência da consagração legal desta “policialização da instrução” atingido um ponto de grande intensidade no sexagésimo *Deutschen Juristentag*, que teve lugar em 1994. A assembleia do *Deutschen Juristentag*

juiz de instrução à sua dignidade constitucional consistente na prática de actos materialmente judiciais e não de actos materialmente policiais.²⁰⁴⁰

Com a garantia da possibilidade de o arguido ou o assistente solicitarem uma audiência oral e contraditória para comprovação da decisão do Ministério Público, à imagem da audiência preliminar do direito norte-americano,²⁰⁴¹ fica não só sanada a lacuna de um “processo para compelir a acusação” (*Klageerzwingungsverfahren*) verificada no modelo judiciário português introduzido em 1945 como se resolve o problema, que permanece sem solução no direito alemão desde 1950, da falta de imparcialidade do juiz que profere a decisão de abertura da fase de julgamento no final do “processo intermédio” (*Zwischenverfahren*).²⁰⁴² A solução do legislador português

rejeitou a inovação proposta na tese décima de Georg Linden (ponto 10.1 e 10.2 das conclusões), que visava precisamente o reforço dos poderes instrutórios da polícia, e votou antes no sentido de uma reforma do processo instrutório de acordo com as teses sétima e décima de Egon Müller, isto é, no sentido do aumento dos direitos de participação do arguido no processo preparatório de modo a permitir o aproveitamento da prova na audiência de julgamento (ponto 9, 11 e 12.1 das conclusões, in *Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, 1994: 57, 83 e 88).

²⁰⁴⁰ O sinal de modernização de um sistema processual penal não está, por isso, na exigência de que seja um juiz o senhor da fase preparatória, mas antes no grau de independência efectiva do Ministério Público no exercício da sua função acusatória (Figueiredo Dias, 1983 a: 229 e 230, 1987 a: 17, e 1988 a: 23, Figueiredo Dias e Maria Antunes, 1990: 738, e Costa Andrade, na sua intervenção na Assembleia da República na sessão de 17.7.1986, in *Diário da Assembleia da República*, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 98, p. 3713). Também na Alemanha se invocou a desconformidade entre os poderes instrutórios do juiz e a “imagem do juiz da Lei Fundamental” (*Richterbild des Grundgesetzes*) para propor a abolição da instrução judicial prévia (Joachim Herrmann, 1973: 274).

²⁰⁴¹ Figueiredo Dias, 1983 a: 225 a 227, e Costa Andrade, na sua intervenção na sessão plenária da Assembleia da República, de 17.7.1986 (*Diário da Assembleia da República*, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 98, p. 3713).

²⁰⁴² A *Vereinlichungsgesetz*, de 12.9.1950, determinou o regresso à versão inicial da StPO, abolindo, contudo, o impedimento da participação na audiência de julgamento do relator do despacho de recebimento da acusação. Na sequência da crítica de parte da doutrina à obrigatoriedade de uma pronúncia positiva sobre os indícios de culpa do arguido (Wilhelm Sauer, 1951: 108 a 111, Heinrich Henkel, 1953: 364, e Eberhardt Schmidt, 1964: 106 e 107, 161, 245 e 249), a pequena reforma de 1964 ensaiou uma tentativa “meramente óptica” de solução do problema (Eberhardt Schmidt, 1969: 1143, e, de novo, Arbeitskreis, 1985: 39), consagrando no § 207 da StPO que “na decisão, através da qual a fase de julgamento é aberta, o tribunal admite a acusação para a audiência de julgamento” (*In dem Beschulss, durch den das Hauptverfahren eröffnet wird, lässt das Gericht die Anklage zur Hauptverhandlung zu*, artigo 7, n. 5, da *Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG*, de 19.12.1964), do que resultava afinal apenas uma modificação terminológica da letra da lei, sem reflexo em relação à questão de fundo da imparcialidade do juiz de julgamento. No entanto, o conhecimento do processo preparatório pelo juiz presidente e pelo juiz relator tem sido considerado pela doutrina maioritária como um imperativo em face do dever de descoberta da verdade que impende sobre os mesmos e, particularmente, do dever de direcção da audiência e de condução da produção da prova, que vincula o presidente (Karl Peters, 1972: 223, Gerard Grünwald, 1974: 48, 49 e 89, Bernd Kuckuck, 1977: 102 e 103, Klaus Marxen, 1984 a: 394 a 396, Gerhard Riehle, 1985: 389 e 390, Thomas Weigend, 1988: 738, 739 e 756, Joachim Herrmann, 1988: 66 e 67, 72 e 73, e Gerd Pfeifer, 1999: 31), invocando-se mesmo que a função de controlo judicial da acusação não deve ser subestimada, porque a mera existência deste filtro leva o Ministério Público a não acusar quando a prova é fraca (Peter Riess, 1980: 210, 1987 a: 7 e 1987 b: 979, e Walter Perron, 1995: 151, 152, 299, 300 e 304), porque o juiz de julgamento propenderá mais do que um juiz distinto do de julgamento para a rejeição ou redução da acusação (Ulrich Eisenberg, 1999: 279, e Meyer-Gossner, 2000:

salvaguarda perfeitamente a imparcialidade do juiz de julgamento que, em circunstância alguma, tem de proferir uma decisão preliminar sobre a existência de indícios suficientes da prática de um crime pelo arguido.²⁰⁴³ Por outro lado, a recorribilidade das decisões finais da instrução que não confirmem, no todo ou em parte, os factos constantes da acusação pública ou que confirmem o despacho de arquivamento do Ministério Público e de todas as decisões que confirmem ou não os factos constantes da acusação particular do assistente asseguram uma defesa dos pontos de vista do arguido e do ofendido mais ampla do que a da lei alemã.

347) e ainda porque o juiz de julgamento pode corrigir logo a qualificação jurídica dos factos, evitando o recurso à comunicação prevista no § 265 da StPO durante a audiência de julgamento e permitindo melhores possibilidades de defesa (Peter Riess, 1987 a: 5 e 8). Por outro lado, a manutenção de um terceiro juiz togado e dos juizes leigos, além do relator e do presidente que conhecem os resultados da investigação anterior, é vista como uma garantia essencial de que o processo preparatório não determina a decisão, pois a maioria dos membros do tribunal formula a sua convicção com base apenas na prova da audiência (Vereinigung Berliner Strafverteidiger e outros, 1991: 54 e 55). Os críticos recorrem aos ensinamentos da psicologia cognitiva para atacar esta argumentação. Com fundamento nos princípios da “redundância” e da “dissonância cognitiva”, a doutrina aceita como um dado científico a influência psicológica da ocupação prévia do juiz na condução ulterior dos autos (Bernd Schünemann, 1978: 170 a 172, Jochen Haisch, 1979: 161, Klaus Sessar, 1980: 702, Hansgeorg Frohn, 1989: 72 e 73, e Walter Perron, 1995: 148 e 149). O efeito nocivo desta influência é ainda agravado pelo facto de que a prova produzida no “processo intermédio” (*Zwischenverfahren*) não está sujeita aos princípios da “prova rigorosa” (*Strengbeweis*), pelo que os magistrados togados que compõem o tribunal de julgamento podem formar a sua convicção para prolação deste despacho inicial com base em meios de prova, recolhidos pelo tribunal ou apresentados pelas partes sem as limitações legais válidas para a prova produzida em audiência de julgamento. Na prática, o “processo intermédio” (*Zwischenverfahren*) decorre, em regra, integralmente na forma escrita com base apenas na prova já produzida nos autos (Gerd Pfeiffer e Thomas Fischer, 1995: 521 a 524, 591 e 592, e Ulrich Eisenberg, 1999: 279 e 280). As alternativas apresentadas pelos críticos são múltiplas: desde a existência de um juiz competente para a prolação do despacho de abertura da fase de julgamento distinto do juiz de julgamento (Benno Ziegler, 1961: 18 a 21, 38 a 43, Hans Dahs, 1968: 20, Claus Roxin, 1975: 54, 61 e 62, e 1998: 326, Bernd Schünemann, 1978: 172, Heinz Schöch, 1979: 64, Klaus Sessar, 1980: 703, e Hartmut Loritz, 1996: 148 e 151), à sindicância judicial facultativa da acusação quando o arguido a requeresse (Joachim Herrmann, 1973: 276, e Hartmut Loritz, 1996: 144, 145, 148, 151 e 155), à admissão de uma contestação do arguido de modo a colocar o juiz de julgamento diante de duas perspectivas sobre o caso (Bernd Schünemann, 1978: 172 e Klaus Sessar, 1980: 712), à sindicância apenas da irrelevância penal dos factos da acusação ou da notória insuficiência dos meios de prova arrolados (*wenn die angeführten Tatsachen eine strafbare Handlung nicht erkennen lassen oder die angegebenen Beweismittel offenkundig nicht ausreichen*, Arbeitskreis, 1985: 8 e 43), à admissibilidade de um recurso interposto pelo arguido contra a decisão de abertura, que devia ser fundamentada sempre que tivessem sido deduzidas excepções à acusação (Michael Heghmanns, 1991: 151 a 155, 169 a 171), ou mesmo à abolição do despacho de recebimento da acusação (Jürgen Wolter, 1985: 83) ou de todo o processo intermédio (Eberhard Schmidt, 1969: 1143 e 1144, e Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 204). O debate doutrinário atingiu o seu ponto culminante recentemente no sexagésimo *Deutschen Juristentag*, na sequência das teses defendidas por Karl Heinz Gössel (a sua tese décima), Egon Müller (a sua tese terceira) e Georg Linden (a sua tese décima-primeira). Colocada a questão da reforma e mesmo da abolição do *Zwischenverfahren*, a assembleia do *Deutschen Juristentag* rejeitou ambas e votou pela manutenção do direito vigente (ponto 14.3 das conclusões, in *Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, 1994: 89).

²⁰⁴³ A lógica da nova solução legal foi, no entanto, desrespeitada pelo assento do Supremo Tribunal de Justiça n. 4/93, de 17.2.93 (in DR, I Série, de 26.3.93), que interpretou o disposto no artigo 311, n. 2, al. a) do CPP no sentido da admissibilidade da rejeição da acusação pelo tribunal de julgamento com base na manifesta insuficiência de prova indiciária.

A segunda inovação fundamental introduzida pelo legislador português com vista a uma eficiência plena da acção pública de perseguição criminal foi a da determinação concreta da competência do tribunal pelo Ministério Público, introduzida no direito germânico em 1924, como já se viu, e que a *Vereinlichungsgesetz*, de 12.9.1950, manteve.²⁰⁴⁴

A solução portuguesa prescindia do critério do “especial significado do caso”, utilizado pela lei alemã, consagrando exclusivamente o critério da pena concreta previsível, afigurando-se desse modo mais rigorosa. Em contraposição a este maior rigor do critério imposto ao Ministério Público, o legislador português optou por não submeter o exercício desta faculdade legal a uma sindicância judicial ampla, ao invés da previsão do § 209 StPO modificado pela *Strafverfahrensänderungsgesetz*, de 5.10.1978, precisamente com o fito de afastar as reservas sobre a constitucionalidade da “competência móvel” (*bewegliche Zuständigkeit*).²⁰⁴⁵

A solução inicialmente concebida de fazer depender a determinação do tribunal competente do acordo do Ministério Público, do arguido e do assistente e de conferir ao tribunal a faculdade de remeter os autos ao tribunal colectivo quando obtivesse a convicção fundada de que devia ser aplicada pena superior à da sua competência foi afastada em face da directiva contida no ponto 58 da lei de autorização

²⁰⁴⁴ A lei de 1950 repôs em vigor a situação criada pela *Verordnung* de 14.6.1932. O *Bundesverfassungsgericht* tomou posição sobre a questão em duas decisões cruciais, uma de 19.3.1959 (BVerfGE, 9, pp. 223 a 231) e outra de 19.7.1967 (BVerfGE, 22, pp. 254 a 266). Na primeira decisão, o tribunal julgou a disposição do § 24 (1) n. 2 da GVG conforme com o princípio do juiz legal consagrado no artigo 101 (1) 2 da *Grundgesetz* na medida em que este princípio não implicava a determinação exclusiva do juiz pela lei e aquela disposição permitia evitar “influências alheias aos factos” (*sachfremden Einflüssen vorgebeugt wird*, BVerfGE, 9, pp. 227). A interpretação conforme à Constituição da disposição legal conduzia à negação de qualquer discricionariedade do Ministério Público na interpretação do conceito legal indeterminado do “significado especial”, devendo esta magistratura acusar no *Landgericht* quando concluísse pela verificação deste significado. Na segunda decisão, o *Bundesverfassungsgericht* decidiu que a disposição do § 25 n. 2 c da GVG era conforme ao princípio do juiz legal, porquanto a faculdade conferida ao Ministério Público não era discricionária, mas antes limitada a casos de “pequeno significado”, devendo considerar-se este conceito indeterminado implícito na previsão legal (*Sie hat demnach keinen Ermessensspielraum, sondern ist durch den unbestimmten Rechtsbegriff der «Sache von minderer Bedeutung», der in § 25 Nr. 2 c und 3 GVG zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber nach Sinn und Zusammenhang in dieser Bestimmung enthalten ist, gebunden*, BVerfGE, 22, p. 261). Não obstante a jurisprudência constitucional, a doutrina foi até 1978 muito crítica em relação às disposições da lei de 1950 (Dietrich Oehler, 1952: 295 a 297, 304 e 305, Karl August Bettermann, 1958: 563 a 565, Eberhard Schmidt, 1957: 563 e 564, 1960: 44 e 45, e 1964: 308 e 309, e Otto Kissel, 1972: 101 a 104).

²⁰⁴⁵ Peter Riess, 1987 a: 160, 167 e 168, Meyer-Gossner, 1995: 1378, Karl Schäffer, 1996: 18 e 28, Claus Roxin, 1998: 29 e 30, 327 e 328, e Otto Kissel, 1999: 2158 a 2160.

legislativa, bem distinta da do ponto 55 da proposta do governo,²⁰⁴⁶ ponderando-se que, de acordo com aquela directiva, seria preferível que o tribunal “limitasse a sua convicção pelo máximo de medida de sanção que estava na sua competência normal aplicar”.²⁰⁴⁷

A solução harmonizava-se plenamente com a circunstância de que a modificação de competência operava no direito português sempre no sentido da atribuição de competência a um tribunal singular para julgar um processo que, em princípio, seria da competência do tribunal colectivo e nunca no sentido inverso, como pode ocorrer no direito alemão. A supressão da exigência do acordo dos sujeitos processuais e do controlo judicial a qualquer momento da prognose do Ministério Público em relação à pena eram compensadas pela redução da moldura abstracta da pena e pela possibilidade do controlo total da decisão sobre a matéria de facto proferida pelo tribunal singular. Assim, com a decisão acusatória do Ministério Público diante do juiz singular, o arguido perdia em definitivo a garantia do tribunal colectivo, mas ganhava a sujeição integral da decisão sobre a matéria de facto à sindicância do tribunal superior, além de ver assegurada desde logo uma redução efectiva da moldura da pena aplicável pelo juiz singular. A estas garantias do arguido julgado em tribunal singular acresciam duas vantagens da solução da lei de autorização: por um lado, a exigência do acordo dos sujeitos processuais tornaria a inovação impraticável, pelo que a sua supressão favoreceu a sua praticabilidade, e, por outro, o controlo judicial da prognose do Ministério Público em momento prévio à audiência de julgamento comprometeria seriamente o princípio da acusação, pelo que este princípio saiu reforçado pela

²⁰⁴⁶ O ponto 55 da proposta de lei de autorização legislativa previa “a remessa dos autos para o tribunal colectivo, caso o magistrado de julgamento entenda estar em causa uma medida criminal mais severa do que aquela que ditou provisoriamente a sua competência” (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, II série, Suplemento ao n. 49, p. 1808 (18), confiando o governo em “uma razoável cooperação entre os participantes processuais, tanto quanto à validade da prognose efectuada em matéria de pena aplicável como quanto à definição dos casos de reenvio” (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, II série, Suplemento ao n. 49, p. 1808 (4).

²⁰⁴⁷ Figueiredo Dias, 1988 a: 20, e Germano Marques da Silva 1990: 272 a 275, que concluem que esta limitação da competência judicial pelo Ministério Público não viola o princípio da reserva da função jurisdicional, pois o condicionamento do tribunal de julgamento decorre da lei e de um juízo objectivo do Ministério Público. Ao invés, pronunciando-se no sentido da inconstitucionalidade da solução legal, Costa Pimenta, 1991: 74 a 77, e António Barreiros, 1997: 75. O Tribunal Constitucional já resolveu a questão no acórdão n. 393/89, de 18.5.89 (DR, II Série, de 14.9.89), embora com votos de vencido de Nunes de Almeida e de Mário de Brito, não se tendo modificado esta jurisprudência depois da alteração da composição do Tribunal (acórdão n. 265/95, de 30.5.95, in DR, II Série, de 19.7.95, embora com o voto de vencido de Maria Fernanda Palma). A solução tem provado bem na prática, sendo muito raros os casos em que o tribunal de julgamento perfilha, finda a produção da prova, entendimento diferente da

supressão daquele controlo.

A ponderação da funcionalidade do sistema penal manifestou-se, não apenas na redefinição dos termos da preparação do exercício da acção pública e da sua introdução em juízo, mas também na própria conformação da audiência de julgamento e dos poderes das partes sobre o objecto do processo durante aquela audiência. Os dois instrumentos fundamentais escolhidos pelo legislador para prosseguir aquele objectivo na fase de audiência de julgamento foram o novo regime dos efeitos jurídico-processuais da confissão do arguido e o do conhecimento dos factos substanciais novos.

A confissão integral e sem reservas dos factos relativos aos pressupostos de punibilidade do arguido permite a passagem de imediato às alegações orais, quando não seja necessária a produção de prova para determinação das sanções, sendo o arguido beneficiado com a redução da taxa de justiça em metade.²⁰⁴⁸

Se o regime de valoração da confissão prestada em audiência de julgamento é construído com o propósito do incremento da celeridade processual, a obrigação do tribunal controlar a autenticidade da declaração de vontade do arguido prevalece, contudo, sobre este propósito, pois a confissão só tem relevância jurídica se for feita diante do juiz de julgamento pelo próprio arguido de modo a que o tribunal possa controlar o carácter livre das declarações do arguido. Destarte, o legislador visou prevenir a existência, há muito constatada pela doutrina, de uma percentagem significativa de erros judiciários fundados em confissões falsas, derivadas da investigação insuficiente da personalidade do arguido, da não ponderação de mudanças no depoimento do mesmo arguido, da desconsideração de contradições entre factos que não respeitam ao tipo legal e o depoimento do arguido e da omissão da recolha de prova que consubstancie a confissão.²⁰⁴⁹ O efeito do regime do controlo judicial da confissão foi ainda potenciado pela fixação da regra da irrelevância da confissão do arguido feita em fase anterior à audiência de julgamento, com a excepção que adiante se mencionará, atendendo à circunstância, também constatada pela doutrina, de que a maioria dos erros judiciários nascem por vícios e omissões do processo preparatório e só raramente são

prognose realizada pelo Ministério Público.

²⁰⁴⁸ O legislador português admitiu um sistema análogo ao *guilty plea* na forma de processo comum, como propunha o Anteprojecto de Maia Gonçalves, mas já não permitiu a eliminação da produção da prova relativa à sanção, como também propunha o Anteprojecto de 1982, o que mereceu a crítica de Figueiredo Dias (1983 a: 236).

²⁰⁴⁹ Os trabalhos empíricos de Karl Peters sobre o erro judiciário tornaram-se o marco de referência fundamental da doutrina (Karl Peters, 1972: 196 a 213, 226 a 229).

corrigidos na fase de julgamento.²⁰⁵⁰ A admissão da relevância jurídica da confissão integral e sem reservas não constitui, no entanto, uma porta aberta à negociação penal (*penal bargaining*), não tendo sido acolhida na variante do negócio penal entre o acusador e o arguido, com a sanção do tribunal, nem na variante do negócio penal entre o tribunal e o arguido.²⁰⁵¹ Por conseguinte, o arguido mantém inteiramente o seu direito de não cooperar, sem que à não cooperação esteja associado qualquer prejuízo para a sua posição processual.²⁰⁵²

A alteração substancial dos factos imputados ao arguido, com base no acordo das partes, constitui outro meio novo de contribuir para a eficiência da administração da justiça penal, introduzido à imagem da *Nachtragsanklage* do direito alemão e da solução do segundo parágrafo do artigo 491 do *Progetto preliminare*. Contudo, este alargamento do objecto do processo só pode dizer respeito aos arguidos que tenham sido acusados ou pronunciados, não prejudicando os arguidos em relação aos quais foi proferido despacho de arquivamento ou de não pronúncia e muito menos pessoas que não foram constituídas como arguidos no processo.²⁰⁵³

Se o poder do arguido sobre o objecto do processo está limitado pelo dever de controlo do juiz sobre a autenticidade da confissão, o poder de alargamento do objecto do processo dos restantes sujeitos processuais quando se imputam factos novos ao arguido durante a audiência de julgamento não se encontra menos limitado. A sua ponderação depende do acordo do arguido sempre que esses factos possam ter como efeito a imputação de um crime diverso do da acusação ou o agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis e não implica qualquer pré-juízo do tribunal sobre a indicição dos factos novos.²⁰⁵⁴ Se os factos novos são autónomos dos da acusação e da

²⁰⁵⁰ Karl Peters, 1972: 195, e, em face de outro ordenamento jurídico e mais recentemente, Michèle-Laure Rassat, 1997: 25.

²⁰⁵¹ A posição contida do direito português é também a dos estudos de reforma da doutrina alemã, muito céptica em relação à compatibilidade de soluções amplas com os princípios fundamentais do processo penal continental (Friedrich Dencker e Rainer Hamm, 1988: 127 a 134, Bernd Schünemann, 1990: 168 a 178, Heinz Wagner e Thomas Rönau, 1990: 398 a 403, Götz Gerlach, 1992: 214, e, sobretudo, as conclusões dos trabalhos do quinquagésimo-oitavo *Deutschen Juristentag*, in *Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, 1990: 207 a 215, e dos trabalhos da *Hessische Kommission Kriminalpolitik zur Reform des Strafrechts*, in Peter-Alexis Albrecht, 1992: 88).

²⁰⁵² Com idêntica conclusão já em face do artigo 344 do projecto do CPP, Faria Costa, 1985: 147.

²⁰⁵³ Também assim no direito alemão, Werner Schmid, 1967: 188 e 189.

²⁰⁵⁴ Nem antes nem depois do acordo das partes o tribunal tem de formular um juízo de indicição suficiente em relação aos factos novos, pelo que não há naturalmente qualquer violação do princípio da acusação pela disposição do artigo 359, n. 2 do CPP (também assim Frederico Isasca, 1992: 201, mas contra, sem razão, Marques Ferreira, 1991: 239).

pronúncia, o Ministério Público iniciará uma investigação em separado relativamente a eles caso o arguido não tenha dado o seu acordo ao alargamento do objecto do processo, mas se os factos novos são indissociáveis dos da acusação e da pronúncia o arguido não terá interesse em dar o seu consentimento e o tribunal não poderá conhecer deles.²⁰⁵⁵

A funcionalidade do processo penal não exige apenas a melhor organização possível da fase preparatória do processo e a simplificação da audiência de julgamento. Ela exige mesmo que se prescindia da audiência de julgamento em certos casos. O programa de “desjudicialização” corresponde não apenas a um meio de libertar capacidades para a investigação da criminalidade mais grave, como também a uma estratégia para contrariar a diminuição da “função de advertência de uma audiência de julgamento” (*Warnfunktion einer Hauptverhandlung*). Assim, quanto maior o número de factos criminosos de pequena gravidade resolvidos sem necessidade da audiência de julgamento, maior é a disponibilidade de capacidades do aparelho judiciário para combater a criminalidade grave. Por outro lado, quanto maior o número de factos criminosos resolvidos fora da audiência de julgamento, mais importante se torna para a comunidade e para os sujeitos processuais a audiência de julgamento em relação aos factos que lhe são submetidos.²⁰⁵⁶

Com a publicação da *Vereinheitlichungsgesetz*, em 1950, o direito alemão

²⁰⁵⁵ O problema do destino dos autos em que se verifique uma alteração substancial dos factos que tenham uma relação indissociável com os já constantes da acusação ou da pronúncia não deve ser resolvido com a extinção ou absolvição da instância ou o reconhecimento de uma excepção inominada (Robalo Cordeiro, 1988: 307 e 308, Germano Marques da Silva, 1994 a: 274, e Leones Dantas, 1995: 106 e 107), que são estranhas ao processo penal da modernidade, por contrárias aos princípios da presunção da inocência e do *ne bis in idem* e incompatíveis com os prazos das medidas de coacção. A admissibilidade de um “despacho reconformador da acusação” proferido pelo Ministério Público (Marques Ferreira, 1991: 237), bem como a agravação da pena concreta a aplicar ao arguido dentro da moldura penal correspondente ao objecto do processo delimitado pela acusação ou pela pronúncia (Frederico Isasca, 1992: 207), são ilegítimas *de iure condito*, porque desprovidas de fundamento legal. Inspirada na solução do direito italiano a tese de Marques Ferreira e na solução clássica do direito militar português a tese de Frederico Isasca, elas só constituem alternativas a ponderar pelo legislador *de iure condendo*. O problema deve encontrar uma solução consentânea com a distribuição da responsabilidade processual pelos diferentes sujeitos processuais. O tribunal deve prosseguir o julgamento sem poder valorar os factos novos intimamente relacionados com os da acusação e da pronúncia, sendo esta omissão de conhecimento imputável ao acusador que não diligenciou por uma instrução cabal dos factos imputados. Só esta solução promove a realização de uma instrução completa e penaliza quem efectivamente deve arcar com a responsabilidade pela insuficiência da instrução do processo. O âmbito de aplicação da norma do artigo 359, n. 2 do CPP fica assim restringido, em termos práticos, aos casos em que os factos novos constituam factos autónomos dos da acusação e da pronúncia, pois só então o Ministério Público poderá iniciar uma investigação separada e o arguido poderá ter interesse em dar o seu acordo ao conhecimento imediato dos factos novos com vista a evitar aquela investigação e a sujeição a um novo período de prisão preventiva, cujos prazos correrão de novo.

²⁰⁵⁶ Erhard Blankenburg e outros, 1978: 332 e 333, Günther Kaiser, 1978: 880, Ellen Schlüchter: 1992, p. 56, Jürgen Wolter, 1991: 17, 19 e 20, Wolfgang Schild, 1982: 42.

regressou à regulamentação das exceções ao princípio da legalidade de 1932, salvo no que respeita às vítimas de extorsão e aos crimes cometidos no estrangeiro, tendo posteriormente estas exceções sido alargadas. O alargamento do âmbito do princípio da oportunidade depois de 1950 foi de novo motivado pela consideração das necessidades práticas de racionalização da perseguição criminal pelo Estado, desta feita enquadrada no âmbito de um movimento mais amplo que incluiu um processo de descriminalização “declaratório” em certos casos, “aparente” noutros e “real” em outros ainda.²⁰⁵⁷

A introdução do § 153 a pelo artigo 21, n. 44, da *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, de 2.3.1974, que consagrava uma prática anterior dos magistrados do Ministério Público,²⁰⁵⁸ foi vivamente criticada por parte da doutrina, pois atribuía poderes jurisdicionais ao Ministério Público, ligava consequências jurídicas a graus de suspeita diminutos, conduzia à “comercialização da jurisdição penal” e à “introdução encapotada do princípio inquisitório” e colocava o arguido sob pressão no sentido de confessar para evitar o prosseguimento dos autos.²⁰⁵⁹

²⁰⁵⁷ Wolfgang Naucke, 1984: 203 a 209, e, já antes, Erhard Blankenburg e outros, 1978: 327 a 329, Günther Kaiser, 1978: 891 a 894, Thomas Weigend, 1978: 30 a 34, Theo Vogler, 1978: 152 a 156, Wolfgang Wohlers, 1994: 250 a 252, e Frauke Stamp, 1998: 267 a 269, e, entre nós, Figueiredo Dias, 1976 a: 85 e 92, Lopes Rocha, 1983 a: 53 a 69, Eduardo Correia, 1983: 14, mas com uma forte advertência contra o princípio da oportunidade, Eduardo Correia, 1985: 355 e 356, Faria Costa, 1985: 130 a 134. Os conhecidos ensaios de um grupo de professores de direito penal alemães e suíços relativos à pequena criminalidade contra o património, o *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl* (Arbeitskreis Deutscher und Schweizer Strafrechtslehrer, 1974), e à criminalidade no seio da empresa, o *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz* (Arbeitskreis Deutscher und Schweizer Strafrechtslehrer, 1975), distinguiram-se neste âmbito, embora não tenham tido sucesso, soçobrando ante a crítica generalizada (em síntese, Armin Schoreit, 1976: 49 a 54, e Hans Joachim Hirsch, 1980: 239 a 241).

²⁰⁵⁸ A nova disposição legal consagrava uma prática anterior do Ministério Público de associação do cumprimento de certos deveres ao arquivamento do processo (Hans-Jürgen Bartsch, 1969: 128 a 130, Ernst-Walter Hanack, 1973: 344 e 345, e Peter Riess, 1977: 71, e 1983 b: 93),

²⁰⁵⁹ Arbeitskreis, 1980: 3, 6 a 8. A discussão dogmática em torno desta inovação foi riquíssima e pode considerar-se concluída em favor de uma das partes. Os argumentos referidos no texto e outros foram logo expendidos diante da proposta de modificação da lei e depois dela, com uma inusitada violência verbal (Jürgen Baumann, 1972: 274 e 275 (*Grabgesang für das Legalitätsprinzip*), Ernst-Walter Hanack, 1973: 347 (*gravierende Zunahme an Rechtsunsicherheit, also an fehlender Gleichbehandlung*), Eberhard Schmidhäuser, 1973: 533 a 536 (*Freikaufverfahren mit Strafcharakter*), Friedrich Dencker, 1973: 149 e 150 (*Grundprinzipien des Verfahrensrechts über Bord wirft*), Hans-Joachim Rudolphi, 1976: 168 (*Verkappte Einführung des Inquisitionsprozesses*), Rudolf Schmitt, 1977: 641, Hans Joachim Hirsch, 1980: 222 a 236, 250 a 252, e Michael Walter, 1983: 54 a 58, mas a favor da inovação, por vezes com propostas de melhoria, Gerard Grünwald, 1974: 20 a 22, Karl Peters, 1975: 101 e 102, e 1985: 173, Günther Kaiser, 1978: 902, Peter Hünerfeld, 1978: 920 a 922, Karl-Ludwig Kunz, 1980: 95, Heinz Schöch, 1980: 180 a 182, Andreas Michael, 1981: 118 e 155, Heinz Zipf, 1982: 71 a 74, Joachim Hermann, 1984: 470 a 473, Günter Blau e Einhard Franke, 1984: 498 a 500, e Jürgen Wolter, 1989: 410 a 415, 422 a 425, e, entre nós, pronunciando-se favoravelmente à solução alemã, Costa Andrade, 1983: 206, Faria Costa, 1985: 138, 139, 146 e 147, e Fernando Torrão, 2000: 169 e 170). Por força das razões expendidas no texto, um grupo de trabalho de professores de direito penal alemães e suíços apresentou,

Contudo, a estratégia de resolução de conflitos subjacente ao § 153 a da StPO provou ser eficaz, tendo até diminuído a utilização da forma de processo de “ordem penal” pelo Ministério Público. Este sucesso levou o Ministério da Justiça alemão a considerar, logo em 1982, esta modalidade de arquivamento do processo, a par do processo de “ordem penal”, como “o mais importante instituto jurídico do processo penal de resolução económica dos casos de culpa diminuta e de prova simples”.²⁰⁶⁰ A doutrina rendeu-se à eficácia desta estratégia, considerando-a um modo de evitar a alternativa entre a condenação e a absolvição.²⁰⁶¹ O legislador português seguiu os

em 1980, o *Alternativ-Entwurf, Novelle zur Strafprozessordnung, Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, em que se propunha a abolição do § 153 a da StPO alemã e a introdução de uma nova forma de processo acelerado. Esta forma de processo tinha lugar quando o arguido confessasse no essencial os factos imputados (*im wesentlich geständig*, § 407 da StPO - AE) e a pena concreta devesse ser inferior a um ano de prisão com a execução suspensa ou pena de multa ou, no caso de estas não serem necessárias, quando fosse suficiente uma declaração de culpa com injunções e regras de conduta. A confissão não afastava o dever de objectividade do Ministério Público nem o dever de investigação do juiz, impondo ao primeiro que investigasse no sentido da corroboração da confissão com outros meios de prova e ao segundo que verificasse a correspondência da confissão com os resultados da investigação do Ministério Público (Arbeitskreis, 1980: 20 e 21). A abertura da fase de julgamento dependia da verificação judicial dos pressupostos desta forma de processo e a audiência de julgamento decorria na presença do arguido, sem publicidade e livre das regras do direito probatório válidas no processo ordinário. A possibilidade de afastamento da publicidade no âmbito da criminalidade de média gravidade, sobrando uma percentagem mínima de 6,3 % de julgamentos com publicidade obrigatória, suscitou a crítica da doutrina, que também manifestava dúvidas sobre a liberdade da confissão do arguido (Werner Beulke, 1982: 314 e 315, e Peter-Alexis Albrecht e outros, 1992: 85 e 86). O projecto foi objecto do quinquagésimo-quarto *Deutschen Juristentag*, que teve lugar em 1982. O relator convidado, Heinz Zipf, e os conferencistas Hans Dahs e Klaus Volk criticaram o projecto com base nos argumentos já referidos, entre outros, e a assembleia rejeitou-o claramente (Zipf, 1982: 75 a 82, e Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, 1982: 27, 47, 48 e 163).

²⁰⁶⁰ Bundesministerium der Justiz, 1983: 12 e 13. O sucesso da nova disposição processual motivou o legislador a ampliar, na *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege*, de 11.1.1993, o âmbito da disposição do § 153 a da StPO, permitindo a suspensão quando a ela não se oponha a “gravidade da culpa” e não apenas quando a culpa seja “pequena” (criticando este alargamento, Schoreit, 1999: 851).

²⁰⁶¹ Peter Riess, 1983 b: 94 a 99, e 1989: 91 e 92, 95 e 96, na anotação ao § 153 a da StPO, Friedrich Schaffstein, 1985: 940 a 943, Claus Roxin, 1987: 19, e 1998: 89, Jürgen Wolter, 1991: 60, e Vereinigung Berliner Strafverteidiger e outros, 1991: 64 e 65 (*verfassungsmässig erträglich*), mas ainda críticos, Friedrich Dencker e Rainer Hamm, 1988: 108 a 112. O ano de 1984 marca um momento decisivo da discussão, pois o *Deutschen Juristentag* realizado nesse ano reconheceu expressamente a conveniência político-criminal do instituto como instrumento de reparação dos danos do ofendido pelo arguido com significado penal autónomo da indemnização civil (conclusões IV.1 e 3. a) e b), in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, 1984: 192). Muito significativa foi também a mudança de opinião do *Arbeitskreis AE* em 1992. O grupo, alargado desta feita a professores de direito penal austríacos, elaborou nesse ano um *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, que visava constituir a reparação como o terceiro pilar do sistema das sanções criminais, ao lado das penas e das medidas de segurança. O projecto fundava-se não só nos bons resultados de vários trabalhos de “compensação entre autor e vítima” (*Täter-Opfer-Ausgleich*) realizados desde os meados dos anos oitenta na Alemanha e na Áustria, mas também na prossecução de dois objectivos político-constitucionais, o da realização mais perfeita do princípio da subsidiariedade da pena, de acordo com o qual a assunção de responsabilidade pelo arguido prefere à imposição de uma pena, e o da realização do “princípio social”, concedendo ao lesado possibilidades de cooperação na resolução do conflito e de satisfação do seu dano e ao arguido a possibilidade de uma “reintegração activa” (Arbeitskreis, 1992: 31 e 32). No projecto, propunha-se a revogação da ordem de reparação prevista no âmbito do § 153 a (1) 1 e 3 da StPO, por força da introdução do princípio da

passos do alemão, tendo a inovação alcançado nos tribunais portugueses sucesso idêntico ao da prática alemã.²⁰⁶²

A solução adoptada pela lei portuguesa caracteriza-se por ter uma natureza idêntica à suspensão da execução da pena, com as vantagens político-criminais desta, mas sem o custo social da atribuição pública da culpa penal e, portanto, com a vantagem adicional da manutenção da presunção da inocência.²⁰⁶³ Por outro lado, o dever de apreciação objectiva do Ministério Público da verificação dos pressupostos do instituto, que constituía já por si uma garantia contra o arbítrio, viria ainda a ser reforçado pela sindicância judicial daquela apreciação, imposta pelo Tribunal Constitucional.²⁰⁶⁴

voluntariedade da reparação. Contudo, a disposição prevista no § 153 a, “do ponto de vista do seu objectivo” (*von seiner Zielrichtung her*), já não merecia qualquer crítica aos autores (Arbeitskreis, 1992: 66 e 73).

²⁰⁶² Entre nós, a discussão em torno do sentido e dos fins de política criminal do novo instituto de direito processual revela ainda uma incompreensão notória dos mesmos, como se constata nas críticas a ele dirigidas por Costa Pimenta, 1991: 616, Carlota Pizarro de Almeida, 2000: 40 a 42 e 50, Carlos Adérito Teixeira, 2000: 71 e 84, e José Moutinho, 2000: 189, mas a favor Figueiredo Dias, 1988 a: 26, Costa Andrade, 1988: 344 a 346, Fernando Torrão, 2000: 137 a 144, e Cláudia Cruz Santos, 2001: 232 a 234. As questões levantadas são, como se verá, essencialmente duas: a da delimitação da competência do Ministério Público em face da reserva do poder jurisdicional ao juiz e a da posição processual do arguido.

²⁰⁶³ Costa Andrade, 1988: 354, Germano Marques da Silva, 1994 a: 112, e Fernando Torrão, 2000: 237. Não obstante o “aflorescimento da chamada oportunidade condicionada” no artigo 281 do CPP, o arguido que concorda com as injunções e as regras de conduta mantém a sua qualidade de arguido inocente e, portanto, as referidas injunções e regras de conduta não têm a natureza de penas, como foi afirmado pelo então conselheiro Vital Moreira no voto vencido junto ao acórdão do Tribunal Constitucional n. 7/87, mas de medidas consensuais da reparação simbólica da possibilidade de uma imputação feita no âmbito de um processo penal (em termos algo semelhantes, falando de um “equivalente funcional de uma pena”, Costa Andrade, 1988: 353, Anabela Rodrigues, 1988 a: 75, e Fernando Torrão, 2000: 144).

²⁰⁶⁴ O ministro da justiça Mário Raposo justificou deste modo a não intervenção do juiz na solução da proposta do governo: “por um lado, por não se tratar de uma abstenção de acusação em sentido próprio, mas de uma mera suspensão do processo; ora, assim sendo, nem se compreenderá uma retoma da velha querela sobre o controle judicial da abstenção da acusação. Por outro lado, haverá a suficiente componente consensual entre os titulares da acusação e da defesa, estando o primeiro sujeito à disciplina hierárquica e consabidamente eficaz da Procuradoria-Geral da República” (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, n. 98, p. 3703). No entanto, o acórdão do Tribunal Constitucional n. 7/87, de 9.1.1987 (in Diário da República, I Série, de 9.2.1987), considerou inconstitucional a disposição do artigo 281 do CPP na medida em que nela não se previa a intervenção do juiz, razão pela qual a versão definitiva do Código incluiu essa condição. As previsões de funcionamento da oportunidade em um processo penal dominado pelo princípio da legalidade não constituem uma violação deste princípio se respeitarem dois objectivos essenciais: a perseguição de crimes sem distinção arbitrária em função da pessoa do arguido e a garantia da paz jurídica, como reflexo do monopólio da força pública pelo Estado. Na medida em que as previsões de funcionamento do princípio da oportunidade permitam a discriminação arbitrária e não controlável pelo juiz ou pelo ofendido impedem a realização daquelas tarefas e desviam o cidadão para um recurso crescente a um “direito do punho” (*Faustrecht*) (Ellen Schlüchter, 1992: 15 a 19). As cautelas do legislador e do Tribunal Constitucional na conformação do instituto no CPP referidas no texto permitem concluir, pois, que a margem de oportunidade conferida pelos artigos 280 e 281 não conflita com a função de defesa da legalidade democrática do Ministério Público (também assim, Figueiredo Dias, 1988 a: 26, Costa Andrade, 1988: 344 a 346, Ulisses Cortês, 1997: 322, Fernando Torrão, 2000: 190, 191, 239 e 275, e Fernando Fernandes, 2001: 525, 565 e 566). No entanto, a concordância quase automática do juiz com o arquivamento nestes casos, que se constata nos tribunais alemães e não está arredada dos tribunais portugueses, põe em causa, na prática, aquele

O repúdio inicial da doutrina pela solução legislativa consagrada no § 153 a da StPO suscitou, além da já referida proposta do *Arbeitskreis AE* de 1980, uma outra proposta. O “processo de decisão penal” (*Strafbescheidverfahren*), proposto pelo *Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen*, de 1975, tinha lugar nos casos em que não devesse ser aplicada uma pena de multa superior a 360 dias ou de prisão superior a um ano ou uma medida de segurança privativa da liberdade. Nesta nova forma de processo não havia uma decisão formal de abertura da fase de julgamento (§ 290 da StPO-*Diskussionsentwurf*)²⁰⁶⁵ e a produção da prova na audiência não estava, em regra, sujeita ao princípio da publicidade (§ 170 a da GVG-*Diskussionsentwurf*)²⁰⁶⁶ nem às regras de direito probatório válidas no processo ordinário (§§ 293 e 295 da StPO-*Diskussionsentwurf*).²⁰⁶⁷ A audiência oral transformava-se em um espaço de diálogo informal, durante o qual o juiz podia fazer ver ao arguido ou ao seu representante as vantagens da resolução pacífica do conflito.²⁰⁶⁸

A proposta, que foi rejeitada pela assembleia do quinquagésimo-segundo *Deutschen Juristentag*,²⁰⁶⁹ também não foi acolhida pelo legislador português, que preferiu uma modalidade intermédia original entre o clássico “processo de ordem penal” (*Strafbefehlverfahren, decreto penale di condanna*) e o “processo de decisão penal” (*Strafbescheidverfahren*). A solução portuguesa, consagrada na forma do processo sumaríssimo, assemelhava-se ao “processo de ordem penal” completado por uma

equilíbrio. O mesmo acontece no processo de “ordem penal”, que é na prática totalmente dominado pelo Ministério Público, tendo o juiz uma participação meramente formal de ratificação da proposta de imputação e de determinação da sanção feita pelo Ministério Público (Joachim Hermann, 1984: 473, Jürgen Wolter, 1991: 57, e Meyer-Gossner, 2000: 348 e 351).

²⁰⁶⁵ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 6, 60 e 61. Embora o projecto previsse expressamente que não tinha lugar nesta forma de processo uma decisão judicial de abertura da fase de julgamento nos termos do § 203 da StPO, o juiz podia rejeitar a acusação pública se não houvesse indícios suficientes, sendo esta decisão recorrível, pelo que se mantinha nesta forma de processo o prejuízo para o princípio da acusação que caracterizava a forma de processo ordinário.

²⁰⁶⁶ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 19, 121 e 122. Esta proposta só recolheu a maioria dos votos do grupo de trabalho.

²⁰⁶⁷ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 7, 62 e 63.

²⁰⁶⁸ O projecto evitava a designação de audiência de julgamento e utilizava a referida no texto, com vista a salientar o carácter informal da mesma, tendo lugar a verdadeira audiência de julgamento apenas no tribunal de escabinos se o arguido impugnasse a “decisão penal” (Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 60 e 72). Esta nova forma de processo, que se inspirava em uma proposta de Herbert Tröndle (1975: 103 e 104), foi criticada por descaracterizar totalmente a audiência de julgamento e possibilitar um processo estritamente escrito (Heribert Benz, 1977: 61, Rudolf Schmitt, 1977: 648, Karl Peters, 1978 a: 13 e 14, 23 e 24, Peter Riess, 1979: 125 e 140, e 1983 a: 560 e 561, Hans Joachim Hirsch, 1980: 244, 245 e 253, e Karl-Ludwig Kunz, 1980: 96, mas a favor, Peter Hünerfeld, 1978: 926, e Theo Vogler, 1978: 168 a 170).

²⁰⁶⁹ Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 1978: 224.

audiência oral, em que apenas tinha lugar a manifestação de vontade do arguido e não se produzia qualquer prova.²⁰⁷⁰ Destarte, a solução do Código português mostrava-se mais rigorosa do que a solução muito vaga e até contraditória do *Strafbescheidverfahren*, sem padecer da insuficiência intrínseca do *Strafbefehlverfahren* da falta de audiência prévia do arguido.²⁰⁷¹

2. O conceito material de igualdade e a concretização do Estado de Direito social no processo penal

O novo paradigma judiciário modela a perseguição penal de acordo com um conceito material de igualdade, que se repercute na adequação da estrutura da audiência de julgamento às concepções básicas do Estado de Direito social e da reforma do direito penal e na melhoria da comunicação entre os diversos agentes judiciários. A concretização deste novo paradigma foi o propósito fundamental do *Alternativ-Entwurf Novelle zur StPO, Reform der Hauptverhandlung*, preparado em 1985 pelo *Arbeitskreis AE*.

A reforma da estrutura da audiência de julgamento proposta pelo grupo de professores alemães e suíços consistia na reestruturação da audiência de julgamento de modo a assegurar a defesa da privacidade da vida do arguido, evitando a discussão

²⁰⁷⁰ O regime legal em nada obstava à negociação, pelo menos prévia à audiência, entre o Ministério Público e o arguido. O legislador português teve mesmo a expectativa de que a “negociação em torno do se da decisão acabe na prática por se propagar facilmente ao seu como” e, assim, o processo sumaríssimo pudesse “viabilizar para o modelo específico da pequena criminalidade, atitudes, modelos de acção e interacção e, nessa medida, resultados, muito próximos dos da experiência americana do *guilty plea*” (Costa Andrade, 1988: 357 e 358). Ao juiz ficava, contudo, sempre salvaguardada a possibilidade de não receber o requerimento do Ministério Público “por poder antever uma pena mais grave para os factos que estiverem em causa”, como afirmava o governo na exposição de motivos da proposta de lei n. 21/IV (Diário da Assembleia da República, IV Legislativa, 1985-1986, II série, suplemento ao n. 49, p. 1808 (13).

²⁰⁷¹ Sobre esta insuficiência do processo de “ordem penal”, Albin Eser, 1966: 663 a 668, e 1992: 392 e 393, Rudolf Schmitt, 1977: 642 e 645, Peter Hünerfeld, 1978: 925 e 926, Costa Andrade, 1988: 357, Giovanni Conso e outros, 1989: 1210, Anabela Rodrigues, 1996: 535 a 537, e Fernando Fernandes, 2001: 306 e 307.

pública sobre os antecedentes criminais, os hábitos e as relações do arguido antes de ele ter sido considerado culpado pela prática de um crime por um tribunal. Esta reestruturação da audiência não só constituía um meio de protecção da personalidade do arguido que vem a ser considerado inocente, como garantia uma decisão do julgador mais isenta, na medida em que não era influenciada pelos antecedentes criminais e pelos hábitos do arguido. Acresce que a especialização da discussão sobre a personalidade do arguido em uma fase processual própria com a intervenção de técnicos representava um importante factor para a maior adequação da pena e o sucesso da ressocialização do mesmo.²⁰⁷² Entre as quatro modalidades de divisão da audiência de julgamento habitualmente discutidas nas propostas de reforma, a *Tatinterlokut*, a *Schuldinterlokut*, a *Tatschuldinterlokut* e a *Schuldspielrauminterlokut*, o projecto alternativo optou pela primeira modalidade.

O projecto previa a divisão da audiência em duas partes, uma relativa ao comportamento factual do arguido e outra relativa às consequências jurídicas desse comportamento, procedendo o tribunal na primeira à discussão de todos os pressupostos de punibilidade, com excepção da imputabilidade, e na segunda à discussão dos factos relativos à imputabilidade, à imputabilidade diminuída e às relações sociais e pessoais do arguido.²⁰⁷³ As duas fases da audiência eram separadas por um decisão interlocutória

²⁰⁷² Os fundamentos da proposta do *Arbeitskreis AE* incluíam estes argumentos e ainda os conhecidos argumentos do “dilema do defensor” e do “dilema do perito” (*Arbeitskreis*, 1985: 4 e 5, 54 a 56), há muito invocados pela doutrina (Marc Ancel, 1954: 136 a 139, Paul Cornil, 1955 b: 134 a 139, Hans Dahs, 1968: 22, Eberhard Schmidt, 1969: 1145 e 1146, Helmuth Fischinger, 1969: 50 a 52, Wilhelm Römer, 1969: 335 a 339, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 206, Joachim Herrmann, 1971: 475 e 476, Hans Dahs jun., 1971: 353 a 356, Theodor Kleinknecht, 1972: 654 a 657, Wolfgang Heckner, 1973: 21 a 34, Heinz Schöch e Hans-Ludwig Schreiber, 1978: 63 e 64, Jürgen Wolter, 1980: 101, Klaus Sessar, 1980: 715 e 716, Heinz Zipf, 1982: 83 a 85, Werner Beulke, 1982: 315 e 316, e Reinhard Moos, 1985: 114 a 117). Contudo, a doutrina marca limites a esta investigação da personalidade do autor decorrentes da necessidade de uma redução da complexidade e dos custos a ela inerentes, restringindo-a aos processos em que fosse previsível a aplicação de uma pena de prisão ou medida de segurança detentiva ou aos processos relativos a crimes graves ou a criminosos reincidentes e a requerimento do arguido (sobre estas possíveis restrições, Paul Cornil, 1955 a: 106 a 108, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 206, Karl Peters, 1972: 308, Dieter Dölling, 1978: 252 e 253, Jürgen Wolter, 1980: 102, Heinz Müller-Dietz, 1982: 89, Egmont Foregger, 1985: 48 e 49, e Frauke Stamp, 1998: 131 e 132).

²⁰⁷³ A doutrina tentou testar em termos práticos esta ideia, seguindo uma sugestão de Theodor Kleinknecht (1972: 653 e 654, 664 a 667) e de Karl Peters (1975: 170 e 171). As experiências realizadas em tribunais provaram a praticabilidade de um *Tatinterlokut* flexível realizado com base em uma conformação previamente combinada do modelo teórico do *Alternativ-Entwurf* com as disposições do direito positivo alemão, embora as audiências demorassem, em regra, mais tempo (Heinz Schöch e Hans-Ludwig Schreiber, 1978: 65 a 67, Dieter Dölling, 1978: 218 a 222, 231 a 236, 240 e 241, Heinz Schöch, 1979: 61 a 64, Karl Peters, 1979: 102 e 103, e Klaus Sessar, 1980: 714 e 715). Recentemente, Frank Riepl concluiu mesmo que a interpretação conforme à Constituição do direito positivo alemão implicava um *Tatinterlokut* informal (Frank Riepl, 1998: 170 e 171).

de qualificação jurídica do facto imputado ao arguido, que era irrecorrível e, em princípio, vinculativa para o tribunal na fase ulterior, não sendo admissível a partir da prolação dessa decisão a produção de prova sobre “as determinações fácticas pressupostas pela decisão interlocutória” (*dem Zwischenbescheid zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen*, § 240 n. 1, do AE).²⁰⁷⁴ Só depois da prolação pública desta decisão a documentação existente nos autos relativa à personalidade do arguido era conhecida pelo tribunal, sendo a produção da prova nesta fase, em regra, conduzida pelo presidente do tribunal e em audiência fechada ao público.²⁰⁷⁵

Com vista a tirar todas as implicações da “vertente social” do Estado de Direito democrático,²⁰⁷⁶ o legislador português introduziu a separação das fases da audiência relativas à culpabilidade e à sanção, mas consagrando uma solução original, menos rígida do que a do *Alternativ-Entwurf Novelle StPO, Reform der Hauptverhandlung*, mas mais rigorosa do que a solução do *Progetto preliminare* de 1978, que previa apenas a reabertura da audiência de julgamento a “fim de proceder a perícia criminológica” quando existissem “provas suficientes para declarar o arguido autor do facto imputado” e fosse “necessário aprofundar a investigação sobre a sua personalidade” (artigo 518).²⁰⁷⁷

²⁰⁷⁴ O *Arbeitskreis AE* escolheu deste modo uma solução intermédia entre a prolação de uma decisão recorrida e a mera tomada de posição do tribunal de que o arguido era culpado (*Arbeitskreis*, 1985: 60), como já tinham proposto, com algumas variações, Helmuth Fischinger (1969: 55 e 56), Wilhelm Römer (1969: 344 e 345), Hans Dahs jun. (1971: 361), Claus Roxin (1975: 72), Wolfgang Heckner (1973: 78), Dieter Dölling (1978: 258 e 259), e Jürgen Wolter (1980: 102), mas a favor de uma mera declaração de culpa irrecorrível e não vinculativa ou com uma eficácia *rebus sic stantibus* Heinz Schöch (1979: 64) e Peter Riess (1980: 214 e 215). A proposta do *Arbeitskreis AE* foi submetida a uma crítica exaustiva por Peter Riess (1987 b: 972) e Reinhard Moos (1991: 574 a 583), que censuravam a fixação da responsabilidade penal em uma decisão interlocutória, em que não se definiam expressamente os factos provados e cuja eficácia processual interna não era clara, sendo certo que esta diligência se afigurava pouco plausível em processos simples. Também a *Hessische Kommission Kriminalpolitik zur Reform des Strafrechts* se manifestou contra a proposta por ela deslocar o centro da audiência para a parte relativa à determinação da pena com prejuízo de um apuramento cabal da culpa do arguido (Peter-Alexis Albrecht e outros, 1992: 86 e 87).

²⁰⁷⁵ O *Arbeitskreis AE* optou pelo “modelo de identidade”, isto é, pela permanência dos membros do tribunal na segunda fase da audiência de julgamento, afastando quer o “modelo absoluto dos peritos”, quer o “modelo relativo ou misto”, quer ainda o “modelo da execução de penas” (*Arbeitskreis*, 1985: 61 e 62). O modelo de “identidade”, com proibição da publicidade e regras de produção de prova mais flexíveis, já tinha sido defendido antes (Helmuth Fischinger, 1969: 57, Günter Blau, 1969: 45 e 46, e Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 206, mas contra Joachim Herrmann, 1971: 475 e 477, e Klaus Sessar, 1980: 716, 720 e 721).

²⁰⁷⁶ A expressão é do preâmbulo do novo Código de Processo Penal.

²⁰⁷⁷ Embora a solução italiana constituísse uma “introdução tímida de uma espécie de processo bifásico” (*tímida introduzione di una sorta de processo bifasico*, Vittorio Grevi e Neppi Modona, 1989: 129), ela foi objecto de uma oposição decidida da Comissão Consultiva, que fundamentava o seu parecer em

No direito português, o tribunal pode conhecer os antecedentes criminais do arguido logo na primeira fase da audiência ²⁰⁷⁸ e a segunda fase da audiência não é obrigatória, nem depende da prolação de uma decisão interlocutória pública.²⁰⁷⁹ Assim, a fase autónoma de produção de prova para determinação da espécie e da medida da pena, que obedece aos princípios do projecto alemão de direcção da produção da prova pelo juiz presidente e de exclusão da publicidade, é limitada aos casos em que a prova já existente nos autos seja insuficiente para aquele efeito. A consagração legal dos instrumentos para a realização de uma verdadeira “assistência judiciária a adultos” (*Gerichtshilfe für Erwachsene*), não só quando seja previsível a aplicação a arguidos jovens de uma pena de prisão efectiva ou uma medida de segurança de internamento superior a três anos ou ainda uma medida alternativa à prisão que exija o acompanhamento por técnico social, mas sempre que o tribunal entenda necessário à correcta determinação da sanção, completa aquela regulamentação, permitindo que logo na primeira fase da audiência o tribunal providencie pela recolha das informações necessárias à determinação correcta das sanções.²⁰⁸⁰

sentido negativo quer na falta de autorização da *Legge delega* quer em razões de oportunidade e celeridade (Giovanni Conso e outros, 1989: 1184 e 1185).

²⁰⁷⁸ Não obstante o teor expresso do n. 64 da lei de autorização, o legislador português foi motivado pela ponderação de considerações de índole jurídico-material, derivadas do relevo que o direito penal substantivo português confere às condenações e à prática de crimes anteriores na determinação da pena abstractamente aplicável (Figueiredo Dias, 1988 a: 33 e 34), autorizando um conhecimento prévio dos antecedentes criminais que a doutrina também admite (Helmuth Fischinger, 1969: 54 e 55, Heinz Schöch, 1979: 61, e Reinhard Moos, 1991: 582, mas contra Fernanda Palma, 1994: 107 a 110, e Catarina Veiga, 2000: 113 a 118).

²⁰⁷⁹ Também assim a conclusão do congresso de defesa social de 1954, na sequência da proposta de Günter Blau (1969: 48). O legislador abandonou, só em parte, as dúvidas sobre a utilidade e a praticabilidade desta solução (Figueiredo Dias, 1974: 291, e 1983 a: 217, e António Barreiros, 1988 b: 285 e 286). A opção por uma “certa cisão mitigada” resultou, como se afirmava na exposição de motivos da proposta de lei do governo n. 21/IV, da consciência de “que - se não houvesse razões de princípio a militar contra tal solução generalizada - sempre se verificariam prevenções suficientes derivadas da pequenez dos meios institucionais que o País pode presentemente alocar à modernização do seu sistema penal” (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, II série, suplemento ao n. 49, p. 1808 (13)).

²⁰⁸⁰ A conjugação da “assistência judiciária a adultos” na fase do julgamento e da divisão da audiência de julgamento constituía uma exigência da doutrina (Eberhard Schmidt, 1969: 1145 e 1146, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 206, Karl Peters, 1966: 276 a 278, 1972: 308, e 1978 b: 338 e 339, Jürgen Wolter, 1980: 104, e 1985: 82, 88 a 91, Wilfried Bottke, 1981: 75 e 76, Heinz Müller-Dietz, 1982: 89, Reinhard Moos, 1985: 101, 102 e 131, e Joachim Hermann, 1988: 77). O legislador português foi, pois, mais longe do que o alemão, que nos §§ 160 III 2 e 463 d da StPO, introduzidos pela “primeira lei de reforma do processo penal” de 1974, previa apenas a possibilidade de o Ministério Público e o tribunal recorrerem na fase de investigação e na fase da execução de penas à *Gerichtshilfe* (sobre os problemas e as potencialidades desta inovação, Karl Peters, 1975: 111 a 115, e Peter Riess, 1989: 70 a 81 na anotação ao § 160 da StPO).

As necessidades da “permeabilização do processo a fins prospectivos”²⁰⁸¹ e da pesquisa da personalidade do arguido com vista à fixação de uma pena mais adequada à sua personalidade estão intimamente conexas com a melhoria da comunicação entre os diversos agentes judiciários. O paradigma judiciário social implica, conseqüentemente, o reforço do princípio da imediação, ou, dito de outro modo, o “processo penal do Estado social” (*sozialstaatlichen Strafverfahrens*) exige “uma conformação da audiência de julgamento amiga da comunicação” (*kommunikationsfreundlichen Gestaltung der Hauptverhandlung*).²⁰⁸²

A solução da leitura das declarações prestadas pelas testemunhas na fase preparatória do processo diante do juiz, quando as partes processuais estejam de acordo, que já tinha sido consagrada no § 251 (1) 4 da StPO, na redacção que lhe foi dada em 1943, e é admitida pelo novo direito português, coloca o princípio da imediação à disposição das partes. Contudo, o legislador português não permitiu o aproveitamento, em caso de acordo das partes, das declarações prestadas diante do Ministério Público e da polícia, como propunha o *Diskussionsentwurf* no início dos anos setenta²⁰⁸³ e a *Strafverfahrensänderungsgesetz*, de 27.1.1987, veio a consagrar.²⁰⁸⁴

Na falta de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente, a leitura das declarações das testemunhas e peritos anteriormente prestadas perante o juiz e o Ministério Público é admissível, no direito português como no alemão, quando se tenha verificado o falecimento, a anomalia psíquica superveniente ou uma impossibilidade duradoura da testemunha, mas já não o é no direito português nos casos previstos no § 251 (1) 1, 2 e 3 e (2) II da StPO de desconhecimento do seu paradeiro (*wenn sein Aufenthalt nicht zu ermitteln ist*) ou de paradeiro afastado da mesma (*wegen grosser Entfernung*) ou de obstáculos inafastáveis (por um lado, *andere nicht zu beseitigen Hindernisse* e, por outro, *aus einem anderen Grunde in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann*). Deste modo, as causas do impedimento da prestação do depoimento pela testemunha que não residam nela mesma, na sua condição física e

²⁰⁸¹ Sobre esta necessidade de permeabilização do processo penal a fins prospectivos, Marc Ancel, 1954: 136 a 143, Eberhard Schmidt, 1969: 1145, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 206, Theodor Kleinknecht, 1972: 654 e 655, Jürgen Wolter, 1980: 84, 85 e 105, e 1991: 37, Heinz Müller-Dietz, 1982: 88 e 89, Wolfgang Schild, 1982: 37, e Heinz Zipf, 1982: 66 e 67, e, entre nós, Figueiredo Dias, 1983 a: 197 e 210.

²⁰⁸² As expressões são de Heinz Müller-Dietz (1982: 85 e 87).

²⁰⁸³ Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 7 e 63.

psíquica, mas nas possibilidades materiais do tribunal, não são consideradas no direito português como motivo suficiente para abrir uma excepção ao princípio da imediação. A solução portuguesa não era, no entanto, tão restritiva quanto a do *Progetto Preliminare*, que só admitia a leitura na audiência de julgamento dos depoimentos de testemunhas entretanto falecidas, com enfermidade mental superveniente ou com incapacidade absoluta de comparecer na audiência quando os depoimentos tivessem sido prestados diante do juiz de instrução.

Por outro lado, na falta de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente, em circunstância alguma pode ter lugar no direito português a leitura de declarações prestadas diante das polícias, ao invés da permissão ampla do § 251 (2) II da StPO.

Acresce que a leitura das declarações das testemunhas e peritos feitas no processo preparatório para avivamento da memória daquele ou esclarecimento de contradições entre aquelas declarações e o depoimento prestado na audiência de julgamento só tem lugar quando aquelas declarações tenham sido prestadas diante de um juiz, ao contrário da previsão muito ampla do § 253 da StPO, que admite a leitura das declarações feitas diante do Ministério Público e das polícias.²⁰⁸⁵ O direito português é, pois, semelhante ao proposto no *Progetto preliminare*, no qual se previa que as partes podiam servir-se apenas dos depoimentos das testemunhas prestados ao juiz de instrução para as confrontar com os prestados na audiência.²⁰⁸⁶

O aproveitamento das anteriores declarações prestadas pelo arguido a pedido das outras partes ou por iniciativa do tribunal obedece ao princípio, fixado no § 254 da

²⁰⁸⁴ A doutrina alemã discutiu a legitimidade do regime da livre disponibilidade pelas partes do princípio da imediação antes da alteração de 1987 (Holle Eva Löhr, 1972: 142) e depois dela (Gollwitzer, 1989: 58 e 59).

²⁰⁸⁵ A doutrina alemã maioritária continua a sustentar que os §§ 253 e 254 da StPO regulam casos especiais de prova documental, pelo que o tribunal pode fundamentar a sua convicção nos depoimentos anteriores da testemunha ou do arguido em prejuízo dos depoimentos produzidos na audiência (Walter Gollwitzer, 1987: 94, 100 e 101, Thomas Fischer, 1995: 630, Meyer-Gossner, 1995: 805, e Herbert Diemer, 1999: 1312 e 1313, mas contra, sintetizando os argumentos da doutrina minoritária, Eberhard Schmidt, 1957: 710, 722 a 725 e 729, Holle Eva Löhr, 1972: 143 a 149, e Bernd Kuckuck, 1977: 225 a 231). Deste modo, a prova produzida na fase preparatória diante da polícia e do Ministério Público prevalece efectivamente sobre a da audiência de julgamento (Gerard Grünwald, 1974: 34, Bernd Kuckuck, 1977: 118, 119 e 138, e Jürgen Wolter, 1991: 83).

²⁰⁸⁶ O depoimento da testemunha prestado anteriormente diante do juiz de instrução não passava a fazer parte da prova da audiência e, por isso, o tribunal não podia fundamentar a sua convicção nele se na audiência a testemunha o negasse ou fizesse dele uma interpretação diversa (Giovanni Conso e outros, 1989: 1113). Ficava, assim, afastado o efeito especialmente nocivo destas leituras resultante da doutrina maioritária na Alemanha.

StPO e no artigo 485 do *Progetto preliminare*, de que só podem ser lidas as declarações prestadas diante de um juiz, aderindo, no entanto, o legislador português à doutrina muito restritiva do projecto italiano da inadmissibilidade dessa leitura quando o arguido tivesse feito uso do seu direito ao silêncio na audiência de julgamento e, desse modo, garantindo a liberdade plena de depoimento do arguido e castigando investigações lacunosas do acusador público.²⁰⁸⁷ Por maioria de razão, é absolutamente vedado o aproveitamento, a pedido do Ministério Público, de declarações prestadas anteriormente pelo arguido diante do Ministério Público e das polícias ou a inquirição como testemunha da pessoa que tomou estas declarações, como também previa o terceiro parágrafo do artigo 486 do *Progetto preliminare*.

A coerência com o reforço do princípio da imediação tinha ainda como consequência, que já tinha sido tirada pela legislador alemão em 1877, o repúdio pela forma tradicional de julgamento de ausentes. O recurso a um conjunto de “medidas drásticas de compressão da capacidade patrimonial e negocial do contumaz”, como eram descritas no preâmbulo do novo código, pretendia desincentivar a ausência, sem contudo incorrer nos inconvenientes do julgamento de um réu que o tribunal não vê e não ouve.

3. A transparência do exercício da justiça penal como instrumento de aperfeiçoamento da imparcialidade do tribunal

²⁰⁸⁷ O artigo 485 do *progetto* só previa a leitura a pedido do Ministério Público das declarações prestadas pelo imputado diante do juiz instrutor se o imputado fosse contumaz ou ausente. Estando o imputado presente na audiência de julgamento, só podia ser interrogado nos termos do artigo 475, que autorizava apenas o confronto das declarações do arguido no julgamento com as declarações prestadas antes ao juiz de instrução. Daí, a proposta de modificação da comissão consultiva, prevendo a leitura no caso de arguido presente no julgamento mas silencioso (Giovanni Conso e outros, 1989: 1140 e 1141). A comissão sugeria até a leitura a pedido do Ministério Público das declarações prestadas pelo arguido diante daquela magistratura. A tese do *progetto* italiano de 1978 e do direito português corresponde exactamente à solução proposta por James Goldschmidt no início do século e consagrada no já mencionado § 236 do *Entwurf über den Rechtsgang*, de 1919. James Goldschmidt defendeu a sua solução contra a crítica generalizada da doutrina com o argumento de que esta solução consistia em uma consequência natural do reconhecimento do direito ao silêncio do arguido, tendo o argumento sido recuperado por Bernd Kuckuck (1977: 243).

O novo paradigma judiciário social dá o maior relevo à transparência do exercício da justiça penal, com reflexo directo quer na composição e no funcionamento dos tribunais quer nos meios de controlo da decisão. Assim, a solução do problema clássico da composição do tribunal de júri espelha a preferência pela formação de um tribunal de escabinos e o desfavor pela divisão de tarefas entre os juízes togados e os juízes leigos que estava implícita na formação tradicional do tribunal de júri. A participação popular na administração da justiça é concebida como uma participação na definição da culpa e da sanção.

A este propósito, o legislador português adoptou uma solução muito próxima da introduzida pela reforma Emminger, reposta em vigor pela *Vereinheitlichungsgesetz*, mas abandonada pela *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, de 9.12.1974.

Com efeito, com a publicação da *Vereinheitlichungsgesetz*, de 12.9.1950, o legislador alemão regressou ao sistema consagrado antes de 1933, com a excepção do tribunal de escabinos alargado, que só foi reintroduzido pela terceira lei de modificação do direito penal, a *Strafrechtsänderungsgesetz*, de 4.8.1953, com o objectivo de contrariar a grande sobrecarga do *Bundesgerichtshof*. A solução adoptada em 1950 de um tribunal temporário, composto apenas por seis juízes leigos e em que todos os membros do tribunal tinham competência para decisão sobre a culpa e a sanção, foi afastada pela “primeira lei de reforma do direito do processo penal”, de 1974, que transformou o *Schwurgericht* em uma câmara especial do *Landgericht*, composta por três juízes togados e por dois juízes leigos, mas manteve a competência ampla destes juízes.

No novo direito português, o tribunal de júri é composto por três juízes togados e quatro jurados efectivos, todos decidindo conjuntamente da questão da culpa e da questão da sanção, com o que se alcançou uma solução de equilíbrio. Se por um lado a solução legal devolve aos jurados o poder de decisão sobre a sanção, que tinham tido de 1975 a 1977, e até lhes confere o poder amplo de decidir sobre a questão de direito da culpa do arguido, por outro, reduz a metade o número de leigos, dificultando consideravelmente a formação de uma maioria de votos de não togados. A prevalência do elemento popular é, assim, conjugada com o favorecimento do controlo interno da racionalidade da decisão do tribunal, de modo a que uma maior co-responsabilização da

comunidade com a decisão penal e a conseqüente maior transparência desta sejam alcançadas com o menor custo de irracionalidade possível.²⁰⁸⁸

A reforma do modo de funcionamento do tribunal durante a audiência de julgamento constitui outra condição da realização do objectivo da maior transparência do exercício da justiça penal. Tal como a permeabilização do processo penal ao princípio da igualdade implica uma transformação da estrutura da audiência de julgamento, o objectivo da maior transparência da decisão penal repercute-se na modelação do interrogatório do arguido e da inquirição das testemunhas na audiência de julgamento. A concretização desta reforma através do “interrogatório alternativo” (*Wechselverhör*), foi tentada pelo *Alternativ-Entwurf Novelle zur StPO, Reform der Hauptverhandlung*, de 1985, de modo a libertar o juiz presidente da direcção da produção da prova e da tentação do comprometimento com o resultado da prova produzida no processo preparatório.²⁰⁸⁹

Assim, depois de o juiz suscitar um depoimento inicial do arguido e das testemunhas, as partes conduziam toda a produção da prova, sendo o arguido e as

²⁰⁸⁸ O legislador português teve em conta que a solução clássica do júri estava em nítida regressão a nível internacional (Figueiredo Dias, 1983 a: 232). A solução portuguesa coincidia com a proposta pelo § 18 da *Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, de 1971 (Bundesministerium der Justiz, 1971: 7), e foi posteriormente retomada nos anos noventa em França no projecto de reforma da organização judiciária de Michèle-Laure Rassat, constituindo a variante 2-c para a formação de um tribunal de júri de primeira instância (Michèle-Laure Rassat, 1997: 39 a 41). O legislador francês não seguiu, contudo, a sugestão ao aprovar a recente Lei de 15.6.2000, que reformou a *cour d'assises* e instituiu o sistema de “apelação rotativa” (*appel tournant*, Jean Pradel, 2000: 1970 a 1972).

²⁰⁸⁹ Era esta a fundamentação da proposta do *Alternativ-Entwurf* (Arbeitskreis, 1985: 7). Este objectivo tornou-se um imperativo da doutrina depois do trabalho de investigação de Karl Peters ter revelado os perigos da conjugação do princípio da livre convicção com o princípio da investigação oficiosa (Karl Peters, 1967: 20 e 21, e 1972: 230 a 240) e sofreu um forte impulso com as propostas de reforma de Hans Dahs, de 1968, Hans-Heinrich Jescheck, de 1970, e, sobretudo, da tese de habilitação de Joachim Herrmann, de 1971. Com base na situação psicologicamente insuportável do presidente do tribunal no direito alemão vigente, na necessidade da garantia exterior de uma efectiva imparcialidade do tribunal e na denúncia da falsa divisão de tarefas na produção de prova, estes autores propunham a modificação da estrutura da audiência de julgamento de acordo com o modelo anglo-saxónico, mantendo-se, contudo, o dever oficioso de o juiz diligenciar pela descoberta da verdade, designadamente através de perguntas e diligências complementares, e, conseqüentemente também, a faculdade de ele conhecer os autos antes da audiência, sob pena de a recepção do modelo anglo-saxónico redundar em uma “aventura indefensável” (*unvertretbares Abenteuer*, Hans Dahs, 1968: 21, Hans-Heinrich Jescheck, 1970: 205, e Joachim Herrmann, 1971: 361 a 371, 389 a 394, 401). A alternativa a esta proposta foi apresentada por Eberhard Schmidt. Este autor defendia o afastamento do juiz presidente, que conduzia a audiência e tinha conhecimento do processo preparatório, da composição do tribunal que proferia a decisão (Eberhard Schmidt, 1969: 1144). A doutrina propendeu para as teses de Dahs, Jescheck e Herrmann, tendo as sugestões subseqüentes de Roxin (1975: 62) e Schöch (1979: 64 a 69) apontado neste sentido e influenciado o *Arbeitskreis*.

testemunhas questionados sucessiva e directamente pela defesa e pela acusação.²⁰⁹⁰ O tribunal tinha a faculdade de formular questões complementares no final do interrogatório do arguido e da inquirição pelas partes, de modo a satisfazer o seu dever de investigação e descoberta da verdade.²⁰⁹¹

O legislador português consagrou uma solução mais protectora da liberdade de expressão do arguido, dos peritos e dos consultores técnicos, não os sujeitando ao interrogatório cruzado do defensor, do mandatário do assistente e do magistrado do Ministério Público. Por sua vez, o problema da inquirição de testemunhas foi resolvido com uma solução muito próxima da novamente vigente no direito português desde 1959, que conciliava a existência de um interrogatório cruzado com a faculdade de o tribunal formular perguntas à testemunha em qualquer momento e não apenas no final da inquirição pelas partes, como previa a Lei n. 2.096, de 23.5.1959, e o projecto alemão de 1985 também sugeria.

O esforço pela maior transparência do exercício da justiça penal culminou na reforma dos meios de controlo da decisão judicial. A insindicabilidade da “contradição entre os fundamentos da decisão e a audiência” (*Verhandlungswidrigkeit der Urteilsgründe*) constituiu, na Alemanha como em Portugal, o problema crucial desta reforma.²⁰⁹² Este problema tornou-se ainda mais candente depois de ter sido afastado

²⁰⁹⁰ Os autores do Projecto Alternativo recusaram expressamente a consagração da faculdade de o Ministério Público inquirir primeiro as testemunhas por si apresentadas, com base na necessidade de restabelecer um certo desequilíbrio entre o Ministério Público e o arguido na fase de investigação e recolha de prova e na vantagem em as testemunhas da acusação não serem vistas como meio de prova de uma parte (Arbeitskreis, 1985: 71). Por outro lado, nos casos em que a defesa não fosse necessária (*notwendige Verteidigung*) o presidente do tribunal substituíria-se ao defensor.

²⁰⁹¹ A experiência empírica de Göttingen, coordenada pelos professores Schöch e Schreiber, em que o modelo do *Wechselverhör* foi proposto a um conjunto de juizes, fracassou por duas razões fundamentais: a desigualdade de armas entre a acusação e a defesa no direito processual alemão e a necessidade de intervenção do juiz para a descoberta da verdade (Klaus Sessar, 1980: 703 e 704). Independentemente destes resultados, a doutrina criticou o modelo de produção da prova do projecto alternativo de 1985, entre outros motivos, por ele não solucionar o problema da imparcialidade do juiz de julgamento, que continuava obrigado por um dever de investigação da verdade e mantinha para esse efeito o poder de conhecer os autos antes da audiência de julgamento e interrogar as testemunhas, o que era ainda agravado pela circunstância de que o juiz devia iniciar o interrogatório das testemunhas sem que fosse claro no texto do projecto quando o devia interromper para dar lugar às partes (Klaus Sessar, 1980: 709 e 710, Egmont Foregger, 1985: 44 e 45, Peter Riess, 1987 b: 975, Thomas Weigend, 1988: 738, 739 e 744, Joachim Hermann, 1988: 66 e 67, Reinhard Moos, 1991: 559 a 566, e Walter Perron, 1995: 493).

²⁰⁹² Este vício consistia em o julgador evitar questões jurídicas difíceis e indesejadas através da fixação forçada dos factos provados (*schwierige oder unerwünschte Rechtsfragen durch 'gewaltsam' geschaffene Tatsachenfeststellungen zu umgehen*, Hans Dahs e Hans Dahs, 1987: 32, e Klaus-Heiner Meseke, 1973: 45, 60, 71 e 72, Reinhardt Traulsen, 1974: 232 e 233, Andrea Schmidt, 1994: 223 a 225, Bertram Schmitt, 1992: 541 a 545, Andreas Schröder, 1996: 120, 128, 131 e 132, 139 e 140). A questão estava intimamente associada a um outro problema clássico do direito dos recursos, que era o da admissibilidade

pela revisão de 1974 o registo dos resultados da produção da prova nas audiências realizadas no *Landgericht* e no *Oberlandesgericht*, que tinha sido introduzido pelo artigo 7, n. 15, da “pequena reforma” de 1964.²⁰⁹³ Nos trabalhos preparatórios dos anos setenta formaram-se três correntes distintas, que, sem terem conseguido fazer vingar as respectivas propostas junto do legislador alemão, influenciaram decisivamente o legislador português.

O *Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, publicado pelo ministério da justiça alemão em 1971, precisamente cem anos depois de terem surgido os primeiros projectos para a StPO, previa um recurso de “apelação limitada” (*beschränkte Berufung*) das decisões do juiz singular, do tribunal de escabinos e da *Strafkammer* para o *Oberlandesgericht*. O ministério propunha uma reforma profunda da organização judiciária alemã, que passaria a ter apenas três graus de jurisdição, o *Landgericht*, o *Oberlandesgericht* e o *Bundesgerichtshof*, tendo o *Landgericht* três formações, a do juiz singular, a do *Schöffengericht* e a da *Strafkammer*, e sendo abolido o tribunal de escabinos alargado e o tribunal de júri. As decisões proferidas ao nível do *Landgericht* podiam ser impugnadas com a apelação para o *Oberlandesgericht* e com revista para o *Bundesgerichtshof*. Só as decisões proferidas nos processos por crimes relativos à defesa do Estado julgados em primeira instância no *Oberlandesgericht* não admitiam recurso de apelação, mas apenas o de revista para o *Bundesgerichtshof*.²⁰⁹⁴

Contudo, o recurso de apelação perdia a sua configuração habitual no direito alemão. Na motivação da proposta, o ministério considerava desejáveis a fundamentação obrigatória do recurso de apelação por um advogado de modo a delimitar com rigor o âmbito do recurso e a sindicância preliminar dos recursos manifestamente infundados que impugnassem a decisão sobre a matéria de facto. O tribunal de apelação deveria aproveitar toda a prova produzida na primeira instância que as partes não tivessem posto em causa. O recurso de apelação convertia-se assim de um

de dois graus de jurisdição em matéria de facto nas causas menos graves e de apenas um grau nas causas mais graves (Karl Peters, 1975: 183).

²⁰⁹³ Apesar do juízo positivo da doutrina sobre o registo da prova, quer do ponto vista da justificação teórica da solução quer do seu funcionamento prático (Dieter Ott, 1970: 247 a 250 e 257), o legislador alemão quis fazer cessar o “excesso de escrita” (*Vielschreiberei*, Michalke-Detmering, 1987: 233 e 234), mas o recuo da lei não reuniu o consenso da doutrina (a favor, Karl Peters, 1975: 179, e contra Gerard Grünwald, 1974: 58).

²⁰⁹⁴ Bundesministerium der Justiz, 1971: 7 a 9, 31 a 37.

meio de repetição do anterior julgamento em um meio de controlo da decisão ou da parte da decisão recorridas. Concomitantemente, o recurso de revista nos processos da competência do juiz singular deveria ser restringido aos casos em que o arguido fosse condenado no tribunal de apelação pela primeira vez ou em pena superior à fixada na primeira instância.²⁰⁹⁵

Ao invés, o *Denkschrift zur Reform des Rechtsmittles und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozess*, preparado pela *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer*, sob a direcção do Professor Ernst-Walter Hanack, defendia a manutenção da organização judiciária então vigente e a estrutura dos recursos dela decorrente, desde que se procedesse a um “relaxamento da revista” (*Auflockerung der Revision*) no sentido da admissibilidade da sindicância plena dos conceitos jurídicos indeterminados, dos elementos normativos do tipo, das contradições insanáveis entre os factos provados e a acta de julgamento, dos erros notórios da valoração que decorressem dos fundamentos da decisão e dos factos notórios que fossem adequados a justificar uma revisão do processo e ainda dos factos notórios favoráveis ao arguido que fundamentassem “dúvidas graves” (*schwerwiegende Bedenken*) sobre os factos dados como provados.²⁰⁹⁶

Com vista a fundamentar a sindicância destes vícios, o recorrente e o tribunal podiam controlar não só a motivação da decisão, mas os próprios autos. Assim, a acta de julgamento era um “auto textual” (*Wortprotokoll*) nos processos em que não era admitida a apelação e o dever de fundamentação da decisão era alargado à valoração da prova, no sentido de que o tribunal devia expor as considerações que o tinham motivado a considerar como provados os factos.²⁰⁹⁷ Quando o recurso se fundasse em factos notórios o tribunal de recurso podia conhecer de provas sem estar obrigado aos princípios da produção da prova válidos no julgamento de primeira instância, excepto se proferisse decisão sobre o fundo da causa, caso em que devia observar aqueles princípios.²⁰⁹⁸

²⁰⁹⁵ O projecto ministerial veio posteriormente a ser reformulado em Novembro de 1973, sem alteração das suas opções fundamentais (Gerhardt Fezer, 1975: 9), tendo sido objecto da crítica da doutrina (Bernd Schünemann, 1978: 184 e 185).

²⁰⁹⁶ Ernst-Walter Hanack e outros, 1971: 9, 34 a 42.

²⁰⁹⁷ Ernst-Walter Hanack e outros, 1971: 8 e 44.

²⁰⁹⁸ Ernst-Walter Hanack e outros, 1971: 50 a 52. A doutrina do *Strauda-Entwurf*, como ficou conhecido, foi objecto de adesão (Eberhard Kaiser, 1972: 277 e 278, que sugeria algumas correcções,

Por fim, a terceira corrente na discussão doutrinária propugnava a abolição da apelação e a introdução de um recurso único, a *Urteilsrüge*. Com base nos trabalhos de Herbert Tröndle,²⁰⁹⁹ o já mencionado *Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strasachen*, preparado pelo *Bund-Länder-Arbeitsgruppe Strafverfahrensreform*, em 1975, previa a sindicância de todas as decisões finais proferidas pelos tribunais de primeira instância quando existissem dúvidas graves sobre a correcção de determinações relevantes relativas aos factos ou sobre a escolha e a medida das consequências jurídicas (*gegen die Richtigkeit erheblicher Feststellungen oder gegen die Auswahl und Zumessung der Rechtsfolgen schwerwiegende Bedenken*, § 314 (2) do *Diskussionsentwurf*),²¹⁰⁰ sem prejuízo da existência de um verdadeiro “recurso cruzado” (*Querrechtsmittel*) interposto no *Strafbescheidverfahren* da decisão do juiz singular para o *Schöffengericht*.²¹⁰¹

Constituindo o registo da produção da prova um encargo financeiro e humano insuportável, a sindicância da decisão sobre a matéria de facto só podia ter lugar através do alargamento do âmbito do dever de fundamentação à própria valoração da prova, permitindo desde modo um controlo mais amplo e eficaz pelo tribunal de recurso.²¹⁰² Subsidiariamente, o projecto admitia também o controlo dos elementos de prova juntos aos autos, mas não de novos elementos de prova.²¹⁰³ Verificando-se algum daqueles vícios na decisão da matéria de facto, o tribunal de recurso podia produzir prova se ela permitisse a tomada de uma decisão definitiva e só quando não fosse possível decidir da

Klaus-Heiner Meseke, 1973: 97, 121 a 126, e Reinhardt Traulsen, 1974: 246 e 247) e crítica (Gerhardt Fezer, 1975: 180 a 184 e 187, 195 a 197, 220 e 221, e Reinhard Moos, 1987: 180, 183 e 184).

²⁰⁹⁹ Herbert Tröndle, 1975: 93 a 95, já antecipado pela crítica do recurso de apelação em Herbert Tröndle, 1967: 180 e 182, e, com ele, Hans Fuhrmann, 1973: 50 a 54, 72 a 75. A tese da “revisão alargada” foi defendida nas conclusões do encontro da comissão de direito penal do *Deutschen Richterbundes*, em Outubro de 1971, como informa Hans Fuhrmann, tendo estas conclusões despoletado os estudos ulteriores de Tröndle e Fuhrmann.

²¹⁰⁰ O preceito previa, pois, uma “impugnação dos factos” (*Tatsachenrüge*) e uma “impugnação das consequências jurídicas” (*Rechtsfolgenrüge*) (Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 10 e 74).

²¹⁰¹ A expressão “recurso cruzado” era de Gerhard Fezer (1975: 25). A conformação deste recurso como uma verdadeira apelação constituía, afinal, a prova da frustração do propósito dos autores do projecto de construção de um recurso unificado (Peter Riess, 1979: 125, e Claus Amelunxen, 1980: 85).

²¹⁰² Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 52, 54 a 56.

²¹⁰³ Não obstante o teor restritivo do § 323 (2) do *StPO-Diskussionsentwurf* e a rejeição do fundamento de “violação dos autos” (*Aktenwidrigkeit*) na motivação do projecto, a verdade é que esse fundamento do recurso era admitido por força do disposto no § 333 (3) 2, como reconhecia a minoria que votou contra esta disposição (Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 11, 12, 77 e 78, 102). Este representou também um motivo para a crítica de que o projecto punha em causa os princípios da imediação e da livre convicção (Heribert Benz, 1977: 61).

causa tinha lugar o reenvio do processo.²¹⁰⁴

O destino da reforma dos recursos ficou traçado no quinquagésimo-segundo *Deutschen Juristentag*, de 1978. No seu relatório apresentado sobre o projecto do *Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, Karl Peters rejeitou a reforma proposta, porquanto qualquer erro ou contradição que ocorresse na valoração da prova e na motivação da decisão consubstanciava um erro de direito, constituindo a vinculação do juiz aos conhecimentos criminológicos o parâmetro constitucional para aferição daquele erro. Esta doutrina, que, segundo o relator, já resultava do direito positivo e tornava desnecessária a sugestão do projecto, poderia ser esclarecida com a introdução no § 261 da StPO da expressão “com base nas experiências e nos conhecimentos criminalísticos” (*aufgrund der kriminalistischen Erfahrungen und Erkenntnisse*).²¹⁰⁵

Ao invés, Peter Riess defendeu, no seu relatório, que não devia ser alargado o conceito de violação de lei e que deveria ser admitida uma nova “impugnação dos factos” (*Tatsachenrüge*) no âmbito da criminalidade grave julgada pela *Strafkammer*, fundada exclusivamente no controlo da motivação da decisão recorrida e da contradição com factos notórios. O princípio da imediação exigia esta limitação dos poderes de sindicância do tribunal de recurso.²¹⁰⁶ A assembleia do *Deutschen Juristentag* aprovou a proposta de Karl Peters e recusou a de Peter Riess.²¹⁰⁷ O legislador português, pelo contrário, aderiu às propostas de Herbert Tröndle e do *Diskussionsentwurf*, com a restrição sugerida por Peter Riess no tocante à limitação do tribunal de recurso aos

²¹⁰⁴ O projecto visava deste modo diminuir consideravelmente o número de reenvios, considerando mesmo este propósito “um ponto forte autónomo da reforma dos recursos” (*einen selbstständigen Schwerpunkt der Rechtsmittelreform*, *Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, 1975: 96).

²¹⁰⁵ Karl Peters, 1978 a: 46 e 52, e, já antes, 1972: 309, 1975: 172, Friedrich-Wilhelm Krause, 1974: 327 a 332, Peter Riess, 1978 b: 272 a 277, e Karl Heinz Gössel, 1979: 248. Gerhard Fezer também se pronunciou neste sentido ao submeter o *Strauda-Denkschrift* e uma versão preliminar do trabalho do *Bund-Länder Arbeitsgruppe* a uma crítica cerrada, com base em uma censura da “ideologia da oralidade” (*Mündlichkeitsideologie*). Gerhard Fezer sublinhava a necessidade de o legislador repensar as vantagens da limitação do recurso de apelação (*beschränkte Berufung*) sobre o alargamento do âmbito do recurso de revista (*erweiterte Revision*). Céptico em relação a esta, Gerhard Fezer propunha tão-somente a obrigatoriedade da fundamentação do recurso de apelação, que constituía uma velha reivindicação da prática, e a limitação da produção da prova na audiência de julgamento do tribunal de segunda instância à matéria de facto impugnada, tal como o *Referentenentwurf* de 1971 previa (Gerhard Fezer, 1975: 289 a 292). Já anteriormente, aliás, o autor tinha, com base no estudo de todas as decisões dos senados penais do BGH proferidas em 1970, afirmado a desnecessidade da alteração da lei, porque na prática os tribunais superiores controlavam a fixação dos factos, tendo a eventual consagração desta faculdade apenas uma função legitimadora da prática e não de alargamento do âmbito do controlo pelo tribunal de recurso (Gerhard Fezer, 1974 a: 10 e 55).

²¹⁰⁶ Peter Riess, 1978 a: 17 e 18. O princípio já tinha sido afirmado na motivação do projecto do *Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, com vista a afastar a proposta da criação de três graus de jurisdição do Sindicato ÖTV (*Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, 1975: 33).

fundamentos da decisão recorrida.

A construção pelo legislador português de um sistema de recurso único, cuja dificuldade levou a doutrina a apodá-la de uma “quadratura do círculo”²¹⁰⁸, tinha como base fundamental o controlo officioso dos erros e vícios da decisão sobre a matéria de facto que resultassem da motivação.²¹⁰⁹

O grau superior de exigência da fundamentação da decisão devia resolver definitivamente uma querela herdada do Código anterior e constituir a “garantia das garantias”, concretizando-se o Estado de Direito no processo penal como um verdadeiro “Estado justificador” (*rechtfertigender Staat*).²¹¹⁰ A relação entre o princípio do Estado de Direito e a construção de um processo transparente, compreensível (*nachvollziehbar*) pelas partes e pela comunidade alcançava o seu zénite nas exigências colocadas à motivação da decisão do tribunal.²¹¹¹

Por outro lado, a “divisão horizontal da competência” entre o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações aproximava-se do modelo austríaco de divisão da competência entre o *Bundesgerichtshof* e os *Oberlandesgerichte*, conhecendo aquele dos recursos das decisões finais dos tribunais colectivos e estes dos recursos das decisões finais dos tribunais singulares.²¹¹² Esta opção fundamental em relação à organização judiciária tornou dispensável a introdução de um “direito de escolha” (*Whalrecht*) entre a apelação para o Tribunal da Relação e o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, que a doutrina alemã propunha.²¹¹³ A supressão do triplo grau de jurisdição, que contribuía significativamente para a maior funcionalidade do sistema penal, não correspondia, contudo, a uma restrição das faculdades de defesa em face do dever imposto aos tribunais superiores de sindicância dos vícios fundamentais da decisão sobre a matéria de facto, com base na motivação da decisão recorrida.

A instituição de um sistema rigoroso de duplo grau de jurisdição, abolindo a

²¹⁰⁷ Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, 1978: 222.

²¹⁰⁸ Clemens Amelunxen, 1980: 84, e 1982: 123.

²¹⁰⁹ A posição de Figueiredo Dias era mais ampla do que a que veio a ser consagrada pela lei, admitindo, como Herbert Tröndle, a sindicância no recurso de revisão alargada das contradições insanáveis entre as comprovações constantes da sentença e a prova registada (Figueiredo Dias, 1983 a: 240). No entanto, na proposta de lei n. 21/IV já se apresentava a solução mais restritiva, que veio a vigorar.

²¹¹⁰ Jürgen Brüggemann, 1971: 161.

²¹¹¹ Dirk Steiner, 1995: 173 a 176.

²¹¹² De “uma espécie de separação horizontal de competências” falava Costa Andrade, na sessão plenária da Assembleia da República de 17.7.1986 (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, n. 98, p. 3713).

²¹¹³ Claus Amelunxen, 1982: 124.

anterior sobreposição de dois graus de recurso sobre a questão de direito, constituía uma decorrência lógica da melhoria substancial da qualidade da justiça realizada na primeira instância e, sobretudo, da relevância especial das garantias resultantes dos princípios da imediação e da acusação. Por isso, com toda a justeza afirmava o legislador, no preâmbulo do novo Código, que “é logo a partir da primeira instância que se começa por dar expressão à garantia ínsita na existência da dupla jurisdição”.

CONCLUSÕES

1. A reforma do processo penal na Europa continental apresenta três momentos fundamentais na modernidade: o Código de Instrução Criminal francês, de 1808, a *Strafprozessordnung* austríaca, de 1873, e a reforma Emminger, de 1924.

2. A reforma do processo penal foi orientada por um paradigma judiciário liberal, assente em dois princípios fundamentais conservados na tradição jurídica anglo-saxónica. Estes princípios são o do julgamento do acusado com base na produção da prova diante de um tribunal independente e popular e o da acusação ou confirmação da acusação por um tribunal distinto do de julgamento. O modelo judiciário francês consagrou o paradigma liberal no continente, mas sofreu as vicissitudes decorrentes da sua correlação íntima com a evolução da situação política interna da maior potência continental novecentista.

3. Em Portugal, os vícios e as insuficiências da organização judiciária e do processo criminal comum e militar suscitaram, já no final do Antigo Regime, a apresentação de um Ensaio de Código Criminal por Pascoal José de Mello Freire, em 1789, e de um Esboço de Projecto de Código Criminal Militar por Garção Stockler, em 1805, e a aprovação de um Código Penal Militar em 1820. Os projectos não tiveram sucesso e o Código não chegou a vigorar.

4. Depois de duas breves tentativas de implantação do modelo judiciário inglês em Portugal, primeiro com o Decreto das Cortes de 4.7.1821 e depois com a Reforma Judiciária de 1832, o legislador liberal modificou o sentido da reforma do processo penal. O processo penal comum, o processo penal da marinha mercante e o processo penal

militar sofreram uma influência directa do direito francês desde a aprovação, respectivamente, da Nova Reforma Judiciária, de 1836-1837, do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, de 1864, e do primeiro Código de Justiça Militar, de 1875, apresentando, contudo, especialidades importantes derivadas umas da escassez de meios do país e outras de um tratamento mais favorável ao arguido.

5. O legislador permaneceu, assim, insensível às propostas de José Maria Forjaz de Sampaio e Giovanni Carmignani no sentido de uma filiação da reforma portuguesa no modelo judiciário leopoldino, o mesmo acontecendo em relação às repetidas sugestões de Silvestre Pinheiro Ferreira, cujos projectos apontavam no sentido de um modelo inovador e autónomo dos então conhecidos no continente europeu. Na jurisdição militar, também não tiveram sucesso os esforços da comissão presidida pelo Visconde da Granja, não obstante as importantes inovações introduzidas no Projecto de Código do Processo Criminal da Armada apresentado em 1857.

6. A reforma global do direito ultramarino português, que teve o seu início na província da Índia em 1836, só foi verdadeiramente implantada com a Regeneração e teve o seu ponto culminante na legislação inovadora e sem paralelo internacional que uniformizou a organização judiciária e o regime processual aplicável nas províncias ultramarinas em 1894.

7. No continente europeu, a revisão do modelo judiciário francês foi encetada pelo legislador austríaco e, posteriormente, pelo alemão na década de setenta do século XIX. As soluções reformadoras tinham uma natureza compromissória e visavam uma maior eficácia do processo preparatório, uma maior imparcialidade do juiz de julgamento e um reforço da realização dos princípios da imediação e da oralidade.

8. A necessidade de revisão do modelo judiciário francês impulsionou José Homem Corrêa Telles e José Joaquim Sant' Anna a prepararem projectos de reforma da lei processual, mantendo o do primeiro autor o modelo judiciário vigente e revolucionando-o o projecto do segundo autor.

9. A crise do paradigma judiciário liberal em Portugal agrava-se na segunda metade do século XIX, com a multiplicação das formas de processo especiais, a criação de jurisdições penais especiais, a restrição da competência das magistraturas populares e, sobretudo, a policialização da instrução. A pronúncia provisória e a detenção para averiguações tornam-se os dois artificios práticos mais comuns para resolver o grave

problema da insuficiência da regulamentação legal do processo preparatório, dando-lhes o legislador cobertura, respectivamente, em 1855 e em 1867.

10. À imagem do sucedido com os projectos de Silvestre Ferreira na primeira metade do século XIX, as repetidas propostas apresentadas por José da Cunha Navarro de Paiva não foram acolhidas pelo poder político. A tendência destas propostas para a conservação do modelo vigente, em desencontro com a própria evolução legislativa, só foi alterada com o projecto de 1886, que reunia o melhor dos dois anteriores de 1874 e 1882. Também à semelhança da proposta reformadora de José Joaquim Sant' Anna no final da primeira metade do século XIX, o projecto de Alexandre de Seabra apresentado já no final da segunda metade desse século distinguia-se pelo seu carácter revolucionário, não tendo merecido por isso o favor do legislador. Ao ministro da justiça José de Alpoim Cabral ficou a dever-se a preparação e a entrega no parlamento do último projecto de um código novo durante a monarquia, caracterizando-se este projecto concebido na viragem do século por Francisco Maria Veiga e Trindade Coelho pela busca de uma maior eficácia da perseguição penal, mesmo com prejuízo de garantias tradicionais do modelo liberal.

11. A reforma do direito processual comum português foi tentada depois da implantação da República, com o propósito da reestruturação e da liberalização do processo preparatório e o do reforço da participação popular na administração da justiça. A reforma fracassou por força da retracção dos sucessivos governos republicanos diante da ameaça permanente da revolta popular e do golpe militar.

12. A retracção dos governos republicanos, que também teve lugar na jurisdição militar, volveu-se, posteriormente, em um movimento de reacção quando o poder político sucumbiu à tentação do recurso à justiça militar extraordinária. O novo Código de Processo Criminal Militar de 1911 constituiu por isso uma tentativa, também ela fracassada, de renovação do paradigma judiciário liberal. A adaptação da lei à realidade foi operada com a publicação, já nas vésperas do golpe militar de Maio de 1926, de um novo Código de Justiça Militar.

13. Na vigência da primeira República goraram-se de novo os esforços da doutrina para a aprovação de uma lei processual penal na metrópole e na colónia de Moçambique, esforços desta feita desenvolvidos por Armando Marques Guedes e por Augusto Vasconcellos.

14. Com a implantação da ditadura militar o paradigma judiciário liberal é gradualmente desmantelado, prosseguindo este desmantelamento três objectivos imediatos: a reforma do sistema de gestão administrativa e disciplinar da magistratura judicial, a diminuição da participação popular na administração da justiça e a concentração das funções da instrução e de julgamento. O Estatuto Judiciário de 1927 consagrou as principais modificações anteriormente introduzidas com carácter urgente.

15. O surgimento na Alemanha do primeiro pós-guerra dos fenómenos característicos da sociedade contemporânea de uma forte conflitualidade social e política e do aumento da criminalidade associada a deficiências da organização social e económica e a desigualdades do tecido social em detrimento da criminalidade “emotiva” tornou ainda mais evidente a insuficiência das soluções compromissórias adoptadas para a reforma do paradigma liberal. As novas soluções, que foram sintetizadas no projecto fundamental de James Goldschmidt, o *Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen*, de 1919, e consagradas em parte pela reforma Emminger, apontavam já o caminho para um novo paradigma judiciário social, pois visavam não apenas uma maior eficácia do processo penal, mas também uma distribuição mais justa dos meios empregues no combate à criminalidade e a máxima individualização possível da pena aplicada ao réu.

16. O Estado nacional-socialista tirou proveito das novas propostas dogmáticas e, através do controlo político de todos os agentes judiciários e da concentração de poderes na magistratura do Ministério Público, perverteu o sentido daquelas propostas em função de uma estratégia de domínio totalitário da sociedade e de direcção de todas as energias nacionais para o esforço de guerra. Por outro lado, o governo nacional-socialista encetou uma policialização integral da administração da justiça penal, procedendo a uma verdadeira duplicação da organização judiciária penal pelas polícias, que deste modo ganharam o domínio prático efectivo da acção de combate à criminalidade política e não política.

17. O Código de 1929, aprovado em um momento político de transição, revelava uma natureza compromissória, caracterizando-se mais pela resolução de dificuldades de interpretação e de aplicação do direito positivo anterior do que pela introdução de soluções inovadoras e permanecendo, tal como os projectos de Navarro de Paiva e Alpoim Cabral, alheio à reforma realizada pelos legisladores austríaco e alemão.

O seu carácter conservador implicava efectivamente a defesa de um padrão mínimo de garantias perante o novo poder político ditatorial, embora fazendo também concessões relevantes no que respeita à restrição da liberdade provisória do suspeito. A reintrodução da detenção para averiguações e a consagração explícita da prática, contestada na doutrina, da pronúncia provisória permitiam um amplo espaço de manobra quer ao investigador policial quer ao investigador judicial.

18. Simultaneamente, a jurisdição militar serviu de instrumento preferencial do novo poder para a normalização da nova situação política. A manutenção dos meios extraordinários de reacção introduzidos pela República, sobretudo através da acção dos tribunais militares especiais, desta feita utilizados contra o inimigo ideológico do novo regime, e a adaptação do processo aplicável na jurisdição militar à nova lei processual comum representaram uma dupla compressão do paradigma judiciário liberal no âmbito da jurisdição militar.

19. Por seu turno, a reforma prisional de 1936 transformou a relação entre o poder judicial e o poder executivo por intermédio da reforma individualizadora da fase da execução da pena e da criação de uma comissão mista constituída em verdadeiro órgão de controlo da adequação permanente da execução da pena à personalidade do réu condenado. A “detenção suplementar”, acolhida com toda a amplitude pela lei, respondia às exigências reiteradas ao longo de mais de setenta anos pela doutrina portuguesa, mas agravava ainda mais a crise do modelo judiciário vigente.

20. No âmbito da criminalidade política, a conjugação da aplicabilidade posterior à execução da pena de uma medida de segurança de duração ilimitada e determinação governamental e da faculdade de a polícia e outras autoridades administrativas e militares com poderes instrutórios deterem ilimitadamente para averiguações e até de o tribunal manter o suspeito em prisão preventiva por período ilimitado permitiam não só o exercício de poderes de natureza jurisdicional por órgãos que o não eram, como a perpetuação da situação de constrangimento policial ou judiciário do suspeito.

21. No âmbito da criminalidade cometida por delinquentes de difícil correcção e imputáveis perigosos, a introdução da “prorrogação da pena”, também de duração ilimitada e de determinação administrativa, conjugada com idênticos poderes de detenção muito latos das polícias civis alargava à criminalidade não política o regime de excepção

vigente para os suspeitos e condenados por motivos políticos, salvo no que respeita aos prazos de prisão preventiva sem culpa formada.

22. Só com o final da segunda guerra mundial e a nomeação do Professor Cavaleiro de Ferreira para a pasta da justiça se procedeu à reforma do modelo judiciário vigente, optando-se por uma estrutura processual semelhante à do Código alemão de 1877, que já tinha tido eco nos projectos de Alexandre de Seabra e de Marques Guedes. Além desta nova estrutura processual, de uma reorganização profunda dos tribunais com competência criminal e da instituição dos tribunais de execução das penas, a introdução de um novo paradigma judiciário consubstanciou-se também em uma racionalização dos dois principais instrumentos de combate à criminalidade, a detenção para averiguações e a aplicação de medidas de segurança na fase posterior ao cumprimento da pena. A natureza autoritária do regime político reflectiu-se ainda nas novas opções relativas ao sistema de controlo das medidas de coacção e do arquivamento de processos, à organização judiciária e à gestão da magistratura judiciária, importando-se neste tocante as soluções já experimentadas no direito ultramarino desde 1936. Um novo paradigma judiciário foi assim implantado, distinguindo-se, no entanto, o concreto modelo judiciário consagrado no direito português por Cavaleiro de Ferreira consideravelmente do modelo judiciário consagrado no direito alemão pelo ministro da justiça Franz Gürtner.

23. A policialização integral da administração da justiça penal, rejeitada peremptoriamente por Cavaleiro de Ferreira, marca um reforço interno do paradigma judiciário autoritário e uma opção fundamental no sentido do enclausuramento do regime político sobre si mesmo. Esta opção concretizou-se, quer na metrópole, quer nas províncias ultramarinas, no âmbito das providências consideradas necessárias para a defesa do Estado contra as actividades subversivas então adoptadas.

24. No direito processual penal militar, as reformas fundamentais de 1931 e de 1965, aproximaram-no do direito comum, nivelando pelo mínimo denominador comum as garantias do arguido.

25. O sentido da evolução do direito processual ultramarino foi sendo revisto consoante o justificava a conveniência da conjuntura política externa e da guerra nas províncias ultramarinas e não de acordo com a aplicação sistemática e uniforme de um verdadeiro modelo judiciário dualista, que nunca chegou efectivamente a ser levado à prática. A administrativização da justiça indígena e a inquisitorialidade radical da forma de

processo aí aplicada agravaram a crise do modelo.

26. Influenciado pela reforma da instrução preparatória e do regime das medidas de coacção e, em especial, da prisão preventiva pela Lei alemã da reforma da StPO e da GVG, a *Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, de 19.12.1964, e pela Lei francesa de reforma do CPP, a *Loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, n. 70.643, de 17.7.1970, e motivado pela revisão constitucional de 1971, o legislador português ainda procurou reverter à situação anterior a 1954, procedendo a reformas importantes quer no que respeita à delimitação dos pressupostos e à fixação dos prazos da prisão preventiva, quer no que toca à restrição do âmbito das medidas de segurança, quer ainda no que se refere à situação processual do arguido e do defensor durante a instrução preparatória. Não obstante o esforço realizado, mantinham-se restrições significativas nos processos relativos a crimes contra a segurança do Estado. A tentativa fracassada do Ministério da Justiça de uma reforma unitária de todo o processo penal, cujos trabalhos preparatórios se ficaram a dever a Vera Jardim e Maia Gonçalves, não resolvia ainda as deficiências mais graves do modelo implantado.

27. Na década de setenta o legislador alemão regressou a algumas das propostas do início do século, características do novo paradigma judiciário social. Simultaneamente, o legislador italiano preparou um *Progetto Preliminare*, que também ia neste sentido. Já depois da revolução de 25 de Abril, o legislador português seguiu estes passos no âmbito do direito processual comum depois de hesitações e algumas contradições, tendo a revisão constitucional de 1982 constituído o momento crucial para a definição de uma directiva para os trabalhos de reforma do processo penal comum. O ensaio de um novo código apresentado por Maia Gonçalves no ano seguinte não sanava as aporias do processo penal português, agravando até algumas delas.

28. A reforma do processo penal militar foi sendo adiada, mas este processo foi despojado das mais graves limitações decorrentes do modelo judiciário anterior. A descolonização pôs fim a um modelo judiciário ultramarino em que se ensaiava um regresso à tradição liberal novecentista.

29. O novo parâmetro constitucional contribuiu também decisivamente para o processo de desconstrução jurisprudencial do código de 1929, cujo estudo revelou o bem fundado da censura pelo Tribunal Constitucional do regime do livre aproveitamento da

prova da instrução pelo juiz de julgamento e da tese da inexistência de um dever de motivação das respostas e, portanto, a razão do voto maioritário no acórdão fundamental n. 251/2000. O estudo daquele processo de desconstrução também mostrou, no entanto, o carácter infundado do sancionamento pelo Tribunal Constitucional dos poderes do juiz de julgamento de apreciação liminar da acusação e a possibilidade de aperfeiçoamento da jurisprudência constitucional no que toca à admissibilidade da alteração da qualificação jurídica dos factos.

30. O código de 1987 realizou os grandes propósitos do paradigma social, já consagrados no projecto de James Goldschmidt, de 1919: a direcção da investigação criminal pelo Ministério Público, com o auxílio funcional das polícias, a abolição da instrução judicial prévia, a restrição da valoração judicial no processo intermédio, a restrição da contaminação da prova da audiência pela prova do inquérito e o domínio da produção de prova pelas partes. Estes objectivos foram completados pela divisão da audiência de julgamento em duas partes distintas, com funções diferentes, e pelo funcionamento de um serviço de “assistência judiciária a adultos”. Com esta modificação do direito vigente na primeira instância se harmoniza a conformação dos recursos ordinários, quer no que toca à introdução de um sistema rigoroso de duplo grau de jurisdição, quer no que respeita à delimitação do controlo da decisão sobre a matéria de facto na Relação e no Supremo Tribunal de Justiça.