

**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 II

Mestre Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque

Sob a orientação do

Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias

**Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa**

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

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

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

Capítulo 6 °

A Frustração das Tentativas de Recuperação do Paradigma Judiciário Liberal

1. O Projecto de Código de Processo Criminal (1874), o Projecto Definitivo de Código de Processo Criminal (1882), o Projecto de Código de Processo Penal (1886) de José da Cunha Navarro de Paiva

José da Cunha Navarro de Paiva, procurador régio junto da Relação do Porto e, mais tarde, juiz conselheiro do Tribunal Superior de Guerra e Marinha e do Supremo Tribunal de Justiça, apresentou sucessivamente quatro projectos de um código de processo penal, o “Projecto de Código de Processo Criminal”, de 1874, o “Projecto Definitivo de Código de Processo Criminal”, de 1882, o “Projecto de Código de Processo Penal”, de 1886, e o “Novo Projecto de Código de Processo Penal”, de 1905.⁹¹²

⁹¹² Não consegui encontrar o “Novo Projecto de um Código de Processo Criminal”, de Navarro de Paiva. Procurei o projecto no Ministério da Justiça, na Imprensa Nacional, na Biblioteca Nacional, na Torre do Tombo, na Biblioteca e no Arquivo Histórico da Assembleia da República, na Academia das Ciências de Lisboa, na Biblioteca Municipal de Lisboa, na antiga Biblioteca Popular de Lisboa, na Biblioteca da Academia Militar, no polo dos “paulistas” e no polo de Santa Apolónia da Biblioteca do Exército, na Biblioteca Central da Marinha, no Arquivo Histórico da Marinha, no Arquivo Histórico do Exército, no

O primeiro projecto compreendia quatro livros, tratando o primeiro das acções criminal e civil, o segundo da polícia judiciária, o terceiro da competência e o último dos recursos, totalizando os quatro livros 1048 artigos.

O projecto previa três formas de processo comum (o processo criminal, o processo correcional e o de polícia correcional), duas formas de processo especiais (o processo para julgamento de titulares de órgãos do poder político e agentes diplomáticos e o processo para julgamento de magistrados judiciais e do Ministério Público) e duas formas de processo excepcionais (o processo de julgamento de réus ausentes e o processo com intervenção de júri especial ou misto).

O projecto assentava na organização judiciária anterior à promulgação da Lei de 16.4.1874. A publicação desta lei tornou o projecto desconforme com a organização judiciária vigente na data da sua publicação. Ainda assim, o autor do projecto entendeu publicá-lo por se prever a revisão do mesmo por uma comissão que seria designada para o efeito. Contudo, esta comissão, constituída pelo Decreto de 1.5.1875 com nove elementos, nela se incluindo o autor do projecto, ainda reuniu, mas não produziu qualquer resultado.⁹¹³

O projecto mantinha a estrutura do processo penal da Novíssima e, designadamente, dos meios de impugnação ordinários.

Na fase instrutória, a mais importante modificação sugerida pelo autor era a da criação de “juizes preparadores” nas cidades de Lisboa e do Porto, o que constituiria “um ensaio proficuo, separando as funcções da instrucção do processo das do

Arquivo Histórico Ultramarino, nas Bibliotecas Municipais do Porto, de Braga, de Aveiro e de Évora, na biblioteca da Misericórdia de Anadia, que recolheu parte das bibliotecas privadas de Alexandre de Seabra e José Luciano de Castro, na biblioteca da Ordem dos Advogados, na da Procuradoria Geral da República, na do Instituto José da Cunha Navarro de Paiva, que está integrada no Instituto de Reinserção Social, nas bibliotecas dos quatro Tribunais da Relação e na do Supremo Tribunal de Justiça, nas bibliotecas de todas as Faculdades de Direito, públicas e privadas, do país e na Biblioteca Geral de Coimbra, no Max-Planck für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt, no Max-Planck für ausländische Strafrecht, de Freiburg, na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, no Real Gabinete Português de Leitura, na biblioteca do Congresso, na biblioteca da Pontifícia Universidade de São Paulo e em várias outras universidades brasileiras e de Goa. Procurei falar com descendentes do autor, de contemporâneos do autor ou de pessoas que se tivessem notabilizado nesta área. Consegui localizar os descendentes do autor e os de Henriques Campos, ministro da justiça na data da apresentação do projecto e que o mandou imprimir na Imprensa Nacional, bem como os de Luís Osório, de José Mourisca e de Fernando Emygdio da Silva e falei com o Dr. José Beleza. Nenhum deles encontrou o projecto.

⁹¹³ Navarro de Paiva deu conta mais tarde da realização de algumas reuniões e até do sentido da discussão nelas tida (1886: 8 e 21).

juízo final”.⁹¹⁴ No resto do país, era atribuída competência instrutória plena aos juizes ordinários, que não era limitada à constatação do corpo de delito, mas incluía também a formação do sumário da culpa em todos os crimes, sem excepção dos especificados no artigo 7 da Lei de 18.7.1855. Esta competência instrutória dos juizes preparadores e dos juizes ordinários era, por sua vez, conjugada com uma regulamentação inovadora da intervenção pré-judicial das polícias e do Ministério Público, que permitia a equiparação ao corpo de delito dos autos verbais de verificação de infracções elaborados pelas polícias ou pelo Ministério Público, reconhecendo do mesmo passo a autonomia da investigação conduzida por estas autoridades.⁹¹⁵ As relações entre o juiz e o Ministério Público no processo preparatório eram, no entanto, esclarecidas no sentido de que o juiz podia rejeitar a querela com base na não criminalidade dos factos ou na impropriedade da forma de processo.

A emergência de um processo pré-judicial, conduzido pelas polícias e pelo Ministério Público, e a nova divisão de competências instrutórias tinham uma repercussão distinta na realização do princípio da acusação na forma de processo ordinário consoante a comarca onde fosse investigado o crime. Se a exclusividade da competência instrutória do juiz de direito nos processos por crimes do catálogo constante do artigo 7 da Lei de 18.7.1855 era suprimida, o projecto consagrava ainda o poder dos juizes de direito de confirmar ou reformar a pronúncia ou não pronúncia dada pelos juizes ordinários, sujeitando deste modo os crimes graves do catálogo legal ao regime vigente para os crimes não contidos no catálogo cometidos nos julgados que não fossem cabeça de comarca. Assim, a modificação proposta pelo projecto só constituía

⁹¹⁴ Navarro de Paiva, 1874: XVII. Manifestando-se favoravelmente a esta inovação, Francisco de Medeiros (1877: 124). Navarro de Paiva seguia a doutrina da proposta apresentada pelo deputado Gavicho na sessão da Câmara dos Deputados de 27.4.1867. Este deputado propunha a extinção dos juizes ordinários e dos juizes eleitos e a criação de “juizes preparadores”, que seriam bachareis formados em direito e ficariam com as competências judicativas daqueles magistrados, sempre com recurso para o juiz de direito, além da competência para preparar os processos que os juizes de direito julgavam. O propósito da medida era o de “livrar os juizes de direito do peso de trabalho quasi impossivel de vencer” (Diário de Lisboa, Câmara dos Senhores Deputados, 1867, pp. 1308, 1428 e 1429).

⁹¹⁵ A primeira voz que se ergueu no sentido da atribuição de valor judicial aos autos de investigação das autoridades administrativas foi a de Castro Neto (1845: 169), invocando o exemplo dos magistrados do Ministério Público francês. O fundamento para esta equiparação era o de que “julgámos conveniente não obrigar os juizes á repetição das diligencias necessarias para formar os corpos de delicto, todas as vezes que a existencia do crime estivesse devidamente comprovada pelos autos feitos pelas auctoridades, agentes de policia e administração, aos quaes é permitido organisa-los” (Navarro de Paiva, 1874: IX). Se em relação aos autos policiais e das autoridades administrativas competentes o texto do projecto previa uma disposição expressa de equiparação, o mesmo não acontecia com os autos de verificação do

uma melhoria considerável em face do direito vigente nas comarcas de Lisboa e do Porto, pois no resto do país a posição de controlo do juiz de julgamento sobre a instrução realizada pelo juiz ordinário mantinha-se a mesma.

A natureza secreta e não contraditória da fase de instrução do processo também não sofria alteração significativa. Ao denunciado e às restantes partes admitia-se apenas a junção de exposições escritas e documentos nesta fase processual, nos termos da doutrina dos artigos 217 e 222 do *Code d' Instruction*, reconhecendo-se “a conveniencia indisputavel de não ser publica, contenciosa ou controvertida a investigação de crimes e o descobrimento dos seus agentes”.⁹¹⁶ Contudo, o projecto procurou salvaguardar o equilíbrio das partes nesta fase secreta, excluindo a intervenção do Ministério Público no processo preparatório e, designadamente, nas diligências de prova nele realizadas.

Na fase de julgamento, a posição de inferioridade dos jurados diante do juiz de direito não era invertida, sendo mesmo reforçada. Se, por um lado, o relatório do juiz aos jurados podia ser seguido por observações do Ministério Público relativas a alguma inexactidão e estas, por sua vez, por explicações do juiz ⁹¹⁷ e a fórmula adoptada nos artigos 1146 e 1150 da Novíssima para os quesitos ao júri era afastada, dando-se preferência à consignada no artigo 337 do *Code d' Instruction*,⁹¹⁸ por outro lado, omitia-se a faculdade, prevista no artigo 13 da Lei de 18.6.1855 e também no código francês, de o júri declarar as circunstâncias modificativas que tivessem por efeito a diminuição da pena, ainda que não fossem compreendidas pelos quesitos.⁹¹⁹ Em contraposição o

Ministério Público, mas “era essa a nossa mente, e por involuntaria omissão deixámos de incluir uma provisão n’ este sentido”, confessava o autor (Navarro de Paiva, 1874: XIII).

⁹¹⁶ Navarro de Paiva, 1874: XVIII. Esta opção foi objecto da crítica de Francisco de Medeiros (1877: 49 e 50), que censurou o facto de não se ter implantado o princípio da publicidade na fase do processo preparatório ou, ao menos, admitido a apresentação de prova testemunhal pelo denunciado nesta fase. Em resposta, o autor do projecto, criticando o “excessivo liberalismo” de Medeiros, afastou a primeira proposta, com base no argumento *ad terrorem* da impraticabilidade da investigação criminal caso se admitisse a publicidade, mas omitiu qualquer opinião sobre a segunda proposta (Navarro de Paiva, 1877: 16).

⁹¹⁷ A manutenção do relatório final do juiz devia-se à consideração de que ele constituía “uma garantia para a sociedade e para os accusados” e de que as observações do Ministério Público seriam suficientes para obviar aos abusos da prática judicial (Navarro de Paiva, 1874: XXX).

⁹¹⁸ O autor preferiu esta outra fórmula por entender que ela era mais consentânea com a verdadeira natureza do tribunal de júri, “que não é mero juiz de facto para declarar se o facto existiu ou se está provado, mas juiz da responsabilidade e culpabilidade intencional do accusado” (Navarro de Paiva, 1874: XXXII).

⁹¹⁹ Esta omissão era censurada pelo crítico da RLJ (M. A., 1877: 15) e por Francisco de Medeiros (1877: 69). Este autor propunha até a consagração da faculdade de o júri se pronunciar sobre a pena concreta de modo a evitar as absolvições pelo júri devidas à dureza dos presidentes das audiências na aplicação da

juiz tinha a faculdade de formular quesitos sobre “factos nascidos da discussão do processo, contanto que fossem da mesma natureza do facto primitivo imputado ao réu”, bem como sobre “circunstâncias agravantes e atenuantes nascidas da discussão do processo” (artigo 592), e podia anular a decisão do júri, quer esta fosse positiva, quer fosse negativa, esclarecendo-se o direito da Novíssima no sentido da maior amplitude dos poderes do juiz de direito. Tendo ponderado a possibilidade de submeter a um júri especial o julgamento da causa posterior à decisão do juiz de anulação das respostas aos quesitos com fundamento na respectiva iniquidade, o autor rejeitou tal ideia, por força da dificuldade de congregar esse júri e da “natural repugnancia que temos de juizes e tribunaes excepcionaes”.⁹²⁰

No âmbito das formas de processo especial e excepcional, as modificações introduzidas eram mais significativas. No julgamento de réus ausentes mantinha-se a estrutura da forma do processo consignada na Lei de Fevereiro de 1847, mas consagrava-se a intervenção do tribunal de júri nos processos ordinários, bem como a possibilidade de julgamento de réus ausentes em processo de polícia correccional.⁹²¹

pena concreta aos réus, o que nem seria contrário à natureza do júri, pois tendo ele competência para decidir do mais, da criminalidade ou inocência do réu, também a devia ter para se pronunciar sobre o menos, sobre a pena que cabia a este. Respondendo a Medeiros, o autor do projecto considerou esta inovação como “sobre peregrina, em extremo perigosa, aberrante das attribuições dos juizes de facto e offensiva da expressa disposição do artigo 119 da Carta Constitucional” (Navarro de Paiva, 1877: 25). Na opinião do autor do projecto, a reforma da lei penal substantiva e, sobretudo, das penas draconianas nele previstas, era a única solução para o problema colocado pelo crítico.

⁹²⁰ Navarro de Paiva, 1874: XXXIII. Apesar de a experiência mostrar a inutilidade do segundo julgamento, pois “o segundo jury confirma quasi sempre, cega e inconscientemente até, a primeira decisão annullada”, Francisco de Medeiros (1877: 75 e 76) acompanhou a proposta do projecto, abandonando a sua posição anterior de criação de um “jury excepcional”, por força dos mesmos argumentos expendidos pelo autor do projecto.

⁹²¹ Manifestou-se claramente a favor da intervenção do júri no processo de ausentes Francisco Medeiros (1877: 57 e 58), considerando-a a “mais notavel e importante” provisão do projecto. Radicalmente contrário a esta proposta era o crítico anónimo da RLJ (M. A., 1877: 28), que a entendia como repugnando “à indole, instituição e funcções do mesmo jury”. O crítico contrapunha a pura e simples suspensão do processo após a notificação edital da pronúncia nos processos com réus ausentes, porque “nenhum proveito se tem colhido até hoje do julgamento destes réus mesmo sem jurados”. A prolação da pronúncia, acompanhada da consagração de uma ampla garantia de recurso pelos parentes do réu ausente, evitariam “a scena pouco edificante de acusar e julgar em pomposa audiencia de jurados um réu ausente”. A discussão não cessou neste ponto. Modificando a opinião expressa em face do primeiro Projecto, Francisco de Medeiros desferiu uma violenta crítica, nos seus “Estudos ácerca do Projecto Definitivo”, à forma de processo para julgamento de réu ausentes, apontando a falta de fundamento teórico e as desvantagens práticas desta forma de processo. O autor acrescentava que, a manter-se esta forma, não devia o julgamento ser realizado pelo júri, por incompatibilidade de princípio entre o julgamento pelo júri e a sujeição da sua decisão a embargos do réu ausente. De modo a não privar os réus condenados da faculdade de apresentar todos os meios de prova que entendessem nos embargos à sentença condenatória devia prescindir-se do julgamento dos ausentes pelo júri (Francisco de Medeiros, 1882: 178). Navarro de Paiva defendeu-se na “Resposta aos Estudos”, fundamentando a necessidade imperiosa desta forma de processo e argumentando que o réu ausente estava representado em juízo pelos familiares indicados no §

Embora Navarro Paiva se manifestasse contra a atribuição a um corpo político “sujeito ao influxo de paixões partidarias” de competência para julgamento dos crimes cometidos pelos agentes do poder político referidos no artigo 732 e em favor da atribuição dessa competência ao STJ,⁹²² o projecto previa, em obediência ao disposto no artigo 27 da Carta, uma forma especial de processo de julgamento em primeira e única instância pela Câmara dos Pares destes crimes, resolvendo a questão muito discutida dos efeitos da recusa da autorização da Câmara dos Deputados para continuação do processo criminal no sentido da limitação desses efeitos à duração da legislatura.

A forma de processo de polícia era profundamente alterada, quer no toca ao seu objecto quer no que respeita à sua estrutura. O objecto desta forma de processo incluía, além dos crimes puníveis com penas correcionais, também as contravenções de polícia e as infracções das leis administrativas e fiscais, que não fossem puníveis com penas superiores às previstas no artigo 489 do Código Penal.

A estrutura do processo de polícia era modificada por força da previsão muito ampla de equiparação dos autos policiais ou administrativos ao corpo de delito, o que tinha a consequência de a instrução se restringir nestes processos ao controlo judicial e pelo Ministério Público da deficiência e da irregularidade dos autos policiais ou administrativos, competindo a dedução da queixa ao agente do Ministério Público e a prolação do despacho que mandava citar o réu para julgamento ao juiz de direito ou ao juiz ordinário, consoante o julgado em que tivesse sido cometido a infracção. Na audiência de julgamento, procedia-se à leitura do auto de corpo de delito e ao registo da prova sempre que não houvesse renúncia ao recurso de apelação, sendo suprimida a alçada do juiz. No entanto, se o réu confessasse, a causa cessava de imediato, fixando-se a “pena applicavel no seu termo médio”(artigo 801).

A criação de um tribunal de polícia correcional, composto pelo juiz de direito e pelos seus dois primeiros substitutos, com competência para julgar todas as apelações

1 do artigo 380 do projecto, que podiam usar dos meios de defesa e dos recursos que competiam ao réu, o que tornava inútil os embargos do réu ausente (Navarro de Paiva, 1883: 355 e 356). Três anos depois o autor repudiaria esta sua argumentação, esclarecendo então de vez a sua posição. No terceiro projecto previa-se que a sentença proferida em processo de ausentes não passava em julgado enquanto não fosse notificada ao réu, que então podia apenas interpor os recursos competentes, o que o primeiro projecto omitia de todo e o segundo regulamentava em termos duvidosos. Só na exposição de motivos do terceiro projecto se esclareceu que os parentes do réu ausente não tinham o direito de impugnar a sentença condenatória. Os únicos meios de impugnação desta decisão, a apelação e a revista, só podiam ser exercidos pelo réu quando comparecesse, dependendo o trânsito da decisão da sua notificação nesse momento (Navarro de Paiva, 1886: 72).

das sentenças dos juizes ordinários proferidas sobre crimes de polícia correccional, completava um regime mais favorável ao arguido do que o vigente, uniformizando-se deste modo o sistema de recursos fixado na Novíssima para conhecimento das decisões proferidas por estes magistrados, sem prejuízo do recurso para a Relação das sentenças condenatórias proferidas em primeira instância pelos juizes de direito.

A mais importante novidade no âmbito das formas de processo especial consistiu, no entanto, na criação da forma de processo correccional, para julgamento dos crimes puníveis com pena de prisão correccional por mais de seis meses e até dois anos.⁹²³ Na fase preparatória, o Ministério Público deduzia a queixa e o juiz proferia a pronúncia. A fase de julgamento não incluía o libelo acusatório, sendo os autos julgados exclusivamente pelo juiz de direito, sem a intervenção do tribunal de júri, mas sempre com registo escrito da prova. Admitia-se também o julgamento em processo correccional de réus ausentes e dos que beneficiavam de foro especial.

No âmbito dos recursos, o projecto consagrava uma aspiração da doutrina liberal, o recurso de revisão das sentenças condenatórias em penas de degredo, prisão maior temporária, expulsão, perda de direitos políticos e prisão correccional superior a dois anos, com base em erro judiciário.⁹²⁴ Após uma justificação prévia do pedido com testemunhas diante do juiz recorrido, o Supremo Tribunal de Justiça julgava o recurso e, no caso de deferimento, o novo julgamento era realizado por um tribunal de júri alargado, composto de jurados de três comarcas. Na sequência da proposta da comissão que redigiu o projecto do código penal de 1861, consignou-se a doutrina segundo a qual a reabilitação do réu injustamente condenado era um efeito imediato da revisão. O

⁹²² Navarro de Paiva, 1874: XXXVIII, reafirmada em 1882 a: 57, e 1886: 75.

⁹²³ Francisco de Medeiros (1877: 54) aplaudia a opção do projecto pela correccionalização dos crimes mais levemente punidos pela lei, que eram precisamente aqueles em que as absolvições injustas se repetiam mais frequentemente. Ao invés, manifestando-se contra esta novidade, o crítico da RLJ (M. A., 1877: 27) apontava a experiência curta de seis meses de confusão no foro subsequente à publicação do diploma de Dezembro de 1852, sugerindo que se procedesse à reforma do processo de polícia correccional ou à ampliação da forma do processo correccional a todos os crimes então reservados para a forma de polícia correccional.

⁹²⁴ “A reforma limitada a estes casos ... é só meia reforma e meia justiça”, censurava Francisco de Medeiros (1877: 89). Também a necessidade de uma ordem do STJ para realização de um novo julgamento era criticada por este autor, sugerindo ele, ao invés, a justificação do pedido de revisão apenas diante do juiz de direito, mas com todo o tipo de provas e não somente com prova testemunhal. O autor do projecto justificou o carácter restritivo da sua proposta com o propósito de “obviar a abusos, porventura tão nocivos como o mal que se pretende evitar”, mas aceitou a sugestão do alargamento da prova produzida na justificação preliminar do recurso. Contudo, esta justificação diante do juiz de direito não era suficiente, insistindo o autor na necessidade da intervenção do STJ para determinar a realização do segundo julgamento (Navarro de Paiva, 1877: 32).

novíssimo recurso de revisão e a faculdade de anulação das respostas iníquas constituiriam uma garantia suficiente contra o erro judiciário, que tornava dispensável o estabelecimento de um verdadeiro recurso de apelação da decisão do júri.

Além da introdução deste recurso extraordinário e da manutenção do objecto muito amplo do recurso de revista,⁹²⁵ o favor com que o autor do projecto via o uso pelas partes da faculdade de interposição de recursos manifestava-se ainda no alargamento do âmbito do recurso obrigatório de apelação⁹²⁶ e, indirectamente, na consagração da possibilidade de prestação de caução pelos réus condenados sempre que o crime a admitisse e, designadamente, nos crimes puníveis com expulsão do reino, perda de direitos políticos, prisão maior e degredo temporário, verificando-se circunstâncias atenuantes que pudessem fazer descer a pena abaixo do seu termo médio, e em todos os processos julgados em processo correccional.⁹²⁷ Em polícia correccional, os réus não seriam sequer compelidos a prestá-la. As “delongas inevitáveis do processo”, resultantes do próprio favor com que era tratada a parte recorrente, fosse ela réu, queixoso ou acusador público, não deviam em circunstância alguma prejudicar o réu atento o “estado extremamente lastimoso das cadeias de quasi todas as comarcas”.⁹²⁸

Em 1882, Navarro Paiva apresentou um novo projecto, o “Projecto Definitivo de Código de Processo Criminal”. A elaboração do “projecto definitivo” resultou da pretensão do autor de harmonizar o anterior projecto com a organização judiciária subsequente à publicação da Lei de 1874 e de introduzir algumas das propostas da

⁹²⁵ A manutenção do amplo leque de nulidades insanáveis e até a repetição da disposição genérica do artigo 13, n. 14, da Lei de 18.6.1855, nos artigos 372 e 690 do projecto, foram veementemente censuradas pelo crítico da RLJ (M. A., 1877: 13), que descrevia o “desarranjo”, a “desorganização” e as “monstruosidades na lei do processo crime” causados por esta disposição, advogando o fim do “turbilhão de nulidades”.

⁹²⁶ O recurso obrigatório de apelação interposto pelo Ministério Público era alargado a todas as sentenças condenatórias em pena maior. Ainda assim, Francisco de Medeiros (1877: 67) preferia um verdadeiro recurso de apelação para um segundo júri sempre que a decisão absolutória ou condenatória do primeiro não fosse unânime. O autor do projecto considerou que a revisão e a faculdade de anulação das respostas iníquas constituíam uma garantia suficiente e que a inovação proposta nos “Estudos” arrastaria o processo e perpetuaria a incerteza (Navarro de Paiva, 1877: 24).

⁹²⁷ A verificação antecipada das circunstâncias atenuantes pelo juiz instrutor, que se inspirava na proposta n. 3, apresentada na Câmara dos Deputados, em 14.5.1870, podia ser objecto de uma crítica. “Póde objectar-se que o reconhecimento das circunstancias attenuantes pelo juiz instrutor do processo póde ser desatendido pelo jury, que póde no seu veredictum não as julgar provadas, resultando assim um antagonismo entre a decisão dos juizes de facto e a do juiz de direito e do Tribunal da Relação, no caso de se haver interposto algum agravo”. Navarro de Paiva afastava a crítica por ele mesmo antevista com o argumento de que “não há decisões antagonicas, porque são proferidas em situações diferentes e com elementos de prova diversos.” (Navarro de Paiva, 1974: VIII).

comissão entretanto nomeada para discutir o anterior projecto.⁹²⁹

O projecto apresentava uma nova distribuição, inspirada na divisão de matérias da recentíssima lei processual civil e contendo quatro livros, o primeiro sobre os princípios gerais relativos à acção e à competência, o segundo sobre a forma do processo, o terceiro sobre os processos especiais e o último sobre os recursos, totalizando 543 artigos.⁹³⁰

O projecto previa cinco formas de processo comum: o processo para julgamento dos crimes puníveis com penas maiores, o de julgamento de crimes cometidos ou descobertos na audiência, o de julgamento de réus ausentes, o de julgamento dos crimes puníveis com penas correccionais e o de julgamento de transgressões de posturas e coimas. As formas especiais eram as de julgamento dos titulares de órgãos do poder político, dos membros do corpo diplomático e dos magistrados judiciais e do Ministério Público.

Na sequência das alterações à organização dos tribunais com competência criminal decorrentes da Lei de 1874, o projecto novo previa que a competência para julgar os crimes correccionais e as transgressões de posturas fosse atribuída aos juízes substitutos dos juízes de direito nas comarcas de Lisboa, Porto e Ponta Delgada e aos juízes de direito nas demais comarcas do país, abolindo-se deste modo toda a competência judicativa criminal e transgressional dos juízes ordinários e, do mesmo passo, suprimindo-se o Tribunal de Polícia Correccional.

Na fase preparatória do processo comum, o projecto definitivo reformulava a participação do suspeito e suprimia duas formalidades dispensáveis. Temendo uma “transição rápida do systema do processo de instrucção secreta para um regimen de publicidade e debate controvertido entre o juiz e as partes”, mas querendo contrariar a crítica dirigida à solução conservadora do projecto inicial, o autor optou por uma solução mitigada, próxima da consagrada no artigo 199 do código austríaco de 1873 e em um projecto do ministro da justiça francês de 27.11.1879, que admitia a faculdade de o denunciado oferecer ao juiz instrutor todas as provas que tivesse da sua inocência e, portanto, também meios de prova testemunhal, sem, contudo, permitir a produção

⁹²⁸ Navarro de Paiva, 1874: XXXIII.

⁹²⁹ Navarro de Paiva, 1882 a: 11.

⁹³⁰ Navarro de Paiva diria mais tarde que a nova divisão se tinha ficado a dever à opção da comissão que em Outubro de 1877 começou a analisar o seu primeiro projecto (1886: 8).

contraditória da prova.⁹³¹ Sob influência do referido projecto francês, o projecto português previa também a presença de um advogado no interrogatório do suspeito realizado durante o processo preparatório, que, faltando, seria substituído por um escrivão ou por uma testemunha. O magistrado do Ministério Público e a parte querelante, só ou com o respectivo advogado, participavam na diligência, podendo sugerir perguntas ao juiz.

Por outro lado, o projecto suprimia o sumário da querela, pondo fim à distinção entre o corpo de delito e o sumário, de molde a permitir a investigação conjunta do crime e do criminoso,⁹³² e, na sequência de uma sugestão feita por um crítico, abolia o auto de querela, que apenas reproduzia o requerimento da querela nos autos.⁹³³

A intervenção do júri na forma de processo comum mais grave foi muito revalorizada, quer repondo a faculdade de o júri declarar circunstâncias atenuantes não quesitadas, quer limitando a possibilidade de o juiz formular quesitos subsidiários quando o facto pudesse ser qualificado diferentemente da acusação ao caso em que a pena correspondente não fosse superior à que tivesse sido pedida na acusação, tal como dispunha o artigo 342 do novo Código de Justiça Militar, quer ainda criando um tribunal de júri alargado para o julgamento subsequente à anulação pelo juiz das respostas aos quesitos iníquas, que seria organizado nos termos previstos para o júri misto previsto na Lei de 1.7.1867.⁹³⁴ Deste modo, o autor ultrapassou as reservas anunciadas na exposição

⁹³¹ Esta proposta de reforço da intervenção do denunciado na fase instrutória do processo representava, afinal, o reconhecimento da razão da censura feita nos “Estudos” de Francisco de Medeiros, de 1877. Na sequência da censura do crítico da RLJ (M. A., 1882 a: 483), Navarro de Paiva reconheceu (1882 b: n. 729, p. 2) o carácter inconciliável da possibilidade, por si excogitada numa primeira versão manuscrita do projecto definitivo, de o réu assistir à inquirição das testemunhas no processo preparatório com a doutrina fixada nos artigos 59 e 129 do projecto. O direito de assistência do réu foi por isso afastado na versão publicada do projecto definitivo. Nos seus “Estudos acerca do Projecto Definitivo”, Francisco de Medeiros insistiu na necessidade de ampliar a publicidade no processo preparatório, pondo fim aos depoimentos recolhidos em segredo (Francisco de Medeiros, 1882: 115). Navarro de Paiva respondeu, de novo, à crítica, impugnando um a um os argumentos teóricos de Medeiros e, sobretudo, invocando os riscos para a segurança da comunidade decorrentes da publicidade do processo preparatório e a sua ineficácia para garantir a defesa do réu contra um juiz parcial ou testemunhas tendenciosas (Navarro de Paiva, 1883: 257 a 261).

⁹³² O comentador do projecto, Francisco de Medeiros, pronunciou-se favoravelmente a esta inovação, pondo em destaque a vantagem da reforma, que só viria a ser consagrada em 1892, de tornar menos moroso o processo preparatório (Francisco de Medeiros, 1882: 129).

⁹³³ “É esta uma outra formula ou antigualha a mais superflua no processo crime”, assim a qualificava o crítico da versão inicial do Projecto (M. A., 1877: 604). Navarro de Paiva foi sensível à crítica e modificou a sua posição anterior.

⁹³⁴ Os fundamentos teórico e prático para a criação deste tribunal de júri alargado eram estes: “A pratica diuturna convenceu-me da inanidade e inefficacia do segundo julgamento do réu por outro jury da mesma

de motivos do primeiro projecto, embora não tivesse concedido a faculdade de impugnação das respostas do júri às partes por receio de que estas “raro se conformariam com a primeira decisão do jury”.⁹³⁵ Como medida preventiva de respostas contraditórias, insuficientes ou mesmo iníquas foi também introduzida, à luz da doutrina do artigo 327 do código austríaco de 1873, a possibilidade de o juiz penetrar na sala dos jurados, a pedido do presidente do júri e acompanhado pelo magistrado do Ministério Público e pelos advogados das partes, com vista ao “esclarecimento ácerca da intelligencia de algum quesito ou sobre a fôrma da resposta” (artigo 318, § único, n. 2), subtraindo assim a discussão das dúvidas dos jurados à publicidade da audiência.

No tocante às formas de processo para julgamento dos ilícitos menos graves, o “projecto definitivo” abolia a forma de processo de polícia e o processo especial para julgamento dos crimes de contrabando e de falsificação de moeda,⁹³⁶ criava uma nova forma de processo correccional, com o objecto e a tramitação consagrados no anterior projecto de 1874, e regulamentava em termos inovadores a forma de processo para julgamento de coimas e transgressões de posturas, a que ficavam também sujeitos os crimes puníveis com pena até seis meses de prisão.

O transgressor era citado para dentro de três dias, pelo menos, comparecer em audiência de julgamento, entregando-se-lhe cópia do requerimento do Ministério Público ou do acusador municipal. Invocando o exemplo dos artigos 149, 152, 185 e 186 do *Code d' Instruction* e dos artigos 454 e 455 do código austríaco de 1873, mandava-se julgar o transgressor na ausência caso não comparecesse sem justificação e não constituísse advogado ou solicitador. Na audiência de julgamento liam-se as peças do processo que as partes requeressem e o número das testemunhas não excedia, em regra, o de três por cada parte. Admitia-se a condenação sumaríssima e de plano do réu confesso na quantia média da multa aplicável e impunha-se o registo obrigatório da

comarca, embora não fizesse parte d' elle nenhum dos jurados que intervieram no primeiro julgamento. Há em geral em todas as corporações um principio de solidariedade que predomina sobre todos os interesses sociaes, e em virtude do qual os membros d' ellas desejam a todo o transe manter ilesas as suas resoluções. Determinado por estes motivos, os jurados quasi sempre confirmam no segundo julgamento o veredictum proferido pelo primeiro jury” (Navarro de Paiva, 1883: 354).

⁹³⁵ Navarro de Paiva, 1882 a: 52, e, de novo, em 1886: 66.

⁹³⁶ A justificação dada foi a de que os crimes de contrabando e de moeda falsa “não são por certo crimes de maior momento do que os que violam o direito da existencia ou de outro direito absoluto do homem” (Navarro de Paiva, 1882 a: 48, e, de novo, em 1886: 60). Critico em relação a esta abolição, Francisco de Medeiros, 1882: 147.

prova no julgamento do não confesso.⁹³⁷

A melhoria da posição processual do suspeito quer na fase preparatória, quer na fase de julgamento dos processos criminais comuns, conjugada com o propósito manifesto de aceleração processual e de uniformização com a lei processual civil, conduziram a uma restrição do favor anteriormente reconhecido ao direito de recurso, abolindo-se o agravo de instrumento,⁹³⁸ reintroduzindo-se o limite da pena de prisão maior excedente a cinco anos para o recurso obrigatório do Ministério Público e uma alçada muito gravosa nos processos por coimas e transgressões de posturas municipais,⁹³⁹ exigindo-se cinco votos concordes para se decidir que a preterição de certo acto era essencial à descoberta da verdade e tinha influência directa na decisão da causa⁹⁴⁰ e até suprimindo-se o recurso de revisão.⁹⁴¹

Dos acórdãos proferidos pelas Relações em virtude da concessão de revista em harmonia com a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, que eram votados apenas por três votos conformes, não competia outro recurso de revista e dos que não se conformassem competia novo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, quaisquer que fossem os seus fundamentos. A segunda revista era decidida em sessão plena do Supremo, por maioria absoluta de votos, e, sendo proferido novo acórdão anulatório do

⁹³⁷ O crítico da RLJ (M. A., 1882 a: 498) não só repetiu a sua veemente crítica já desferida contra a introdução do processo correcional no primeiro projecto, como verberou a nova forma de processo especial para julgamento das coimas e das transgressões. Navarro de Paiva (1882 b: 18) defendeu a competência dos juizes de direito para julgarem os processos correctionais e até os de coimas e transgressões, por os juizes ordinários não oferecerem garantias de acerto no julgamento destes processos.

⁹³⁸ “Foi sem duvida esta innovação a cousa peor que nos trouxe o actual Codigo de processo civil” (M. A., 1882 a: 500). Com esta afirmação peremptória censurava o crítico anónimo da RLJ a inovação da lei processual civil da supressão do agravo de instrumento, que correspondia, afinal, à transformação de todos os agravos de petição em agravos de instrumento, pois todos subiam em instrumento à Relação, viessem da sede desta ou de fora dela, com o consequente acréscimo de despesas pela extracção dos instrumentos e de perda de tempo. Por isso, o autor do projecto não devia, segundo o crítico, ter seguido, como seguiu, o exemplo da lei processual civil.

⁹³⁹ A razão dada para este retrocesso relativamente à regra do anterior projecto foi a de que das penas impostas nestes processos “não resulta stygma, nem damno material apreciavel” (Navarro de Paiva, 1882 a: 63).

⁹⁴⁰ Na luta “irreconciliavel” entre a liberdade e a ordem, Navarro de Paiva escolheu “um systema intermedio”, reconhecendo a nulidade muito ampla prevista no artigo 13, n. 14 da Lei de 18.6.1855, mas exigindo uma maioria reforçada para a sua declaração. O crítico da RLJ (M. A., 1882 a: 482) censurava com veemência uma primeira versão do “projecto definitivo”, que o autor do projecto lhe tinha facultado, em que se exigiam sete votos conformes.

⁹⁴¹ O “projecto definitivo” previa apenas os quatro casos de suspensão da execução da pena da Novíssima e um quinto, o do aparecimento de pessoa julgada morta, inspirado no artigo 444 do código francês. A crítica deste “retrocesso notável” na regulamentação do recurso de revista foi feita por Alvaro Villela (1897: 115 e 116), que, em face da omissão de qualquer justificação do autor, apontava como motivo a força da influência da legislação francesa e o “receio de abalar a ordem social com a mutabilidade dos julgados”. Também para a crítica, Adelino da Palma Carlos, 1927: 90.

acórdão da Relação, aquele vinculava a Relação, deste modo se consagrando a doutrina dos artigos 1163 e 1164 do CPC.

O carácter restritivo da nova regulamentação dos recursos era ainda reforçado pelas novas regras relativas à prisão preventiva e à prestação de fiança, que dificultavam em termos práticos o exercício do direito ao recurso pelo réu preso, a quem não era contado o tempo de custódia na pena definitiva. Se se mantinham as propostas anteriores da possibilidade de prestação de fiança nos processos por crimes puníveis com penas maiores temporárias em que se provasse ou indiciasse a existência de circunstâncias atenuantes e no processo correccional,⁹⁴² introduzia-se, contudo, um novo regime de prisão preventiva muito gravoso, inspirado em uma lei brasileira de 20.9.1871, que previa a detenção sem culpa formada e nem sequer indiciada do réu denunciado pela prática de crimes expressamente fixados em um catálogo. A detenção, que era facultativa e dependia de requerimento do Ministério Público ou do ofendido, tinha o limite máximo de um ano contado da perpetração do crime, restringindo-se deste modo o prazo do artigo 988 da Novíssima aos crimes excluídos do catálogo.⁹⁴³ Acresce que o réu condenado em pena de trabalhos públicos, prisão maior ou degredo não podia prestar fiança depois da condenação, ficando sem efeito a que já tivesse prestado, com o

⁹⁴² O autor do projecto rejeitava a concessão da fiança em todos os crimes puníveis com penas maiores com o seguinte fundamento: “se o estado lastimoso em que se acha a maior parte das cadeias, que mais parecem antros de feras do que prisões de homens, está naturalmente instando para que se amplie a garantia da liberdade provisória, parece-nos comtudo que ella não deve exagerar-se até ao ponto de comprometter os legitimos interesses da sociedade” (Navarro de Paiva, 1882 a: 45). A reforma sugerida por Navarro de Paiva para o regime da prestação da caução foi reproduzida por um projecto de lei, apresentado por Julio Vilhena, na Câmara dos Deputados, em 23.12.1883, que não vingou. Só três anos depois os esforços para a reforma do sistema das medidas cautelares teve sucesso.

⁹⁴³ O primeiro autor que teve a ideia de subtrair à regra do artigo 988 da Novíssima os suspeitos detidos pela prática de crimes graves sem culpa formada foi Castro Neto (1845: 181), com o argumento de que de outro modo aquela disposição era “difícil de se combinar com a do dito Art. 1023, acrescentando que rompendo-se o segredo da Justiça com a prisão dos réos mandal-os soltar antes de absolvidos, não havendo hoje processo contra réos ausentes, pode dar occasião a que fiquem muitos crimes impunes”. Navarro de Paiva não justificou esta inovação na exposição de motivos do projecto de 1882 e só o fez na do projecto de 1886, alegando que “a natureza dos direitos violados, o alarme social que resulta da perpetração de crimes de tanta gravidade e a necessidade de restabelecer a segurança e a tranquillidade publica pela effectiva repressão dos agentes de tais crimes, justificam a detenção preventiva effectuada com a maxima celeridade” (Navarro de Paiva, 1886: 50). Já anteriormente, em resposta à crítica de Francisco de Medeiros ao projecto definitivo, Navarro de Paiva tinha reconhecido que “O meu systema é ... mais fortemente repressivo do que a disposição do artigo 1.053 da Novíssima ... julguei conveniente auctorisar a prisão preventiva, independentemente da formação da culpa, nos crimes exceptuados de fiança. Não duvidei, porém, estabelecer uma excepção para auctorisar a prisão preventiva, sem precedencia de prova documental ou testemunhal, nos crimes de homicidio, falsificação e passagem de moeda e efeitos falsificados, levantamento de fazenda alheia, roubo e furto domestico, pela natureza especial d’ estes crimes, que, atacando direitos importantes, lançam grande perturbação na sociedade”, Navarro de Paiva, 1883: 308).

que o autor do projecto se afastava da doutrina do projecto inicial e consagrava a de um projecto de lei votado na Câmara dos Deputados em 19.3.1881, mas que só cinco anos mais tarde vingaria com a publicação da “lei das fianças”. Ao invés, no recurso de decisão absolutória pela prática de crime punível com prisão maior em que não fosse prestada fiança o réu só podia ser detido por trinta dias contados da interposição do recurso. De igual modo, o julgamento anulado por iniquidade das respostas do júri devia realizar-se dentro de trinta dias, findos os quais o réu era solto se não estivesse já afiançado.

Embora Navarro Paiva qualificasse o “projecto definitivo” como “um trabalho inteiramente novo”,⁹⁴⁴ o novo projecto assentava formalmente no anterior, adaptado embora às inovações resultantes da lei de organização judiciária de 1784 e da lei processual civil. Por força do circunstancialismo político e do carácter fortemente repressivo das regras relativas à prisão preventiva, que suplantava o efeito das propostas liberais relativas às fases preparatória e de julgamento no processo ordinário, o “projecto definitivo” não vingou e o prognóstico do crítico da Revista de Legislação e Jurisprudência de que esta não seria ainda a última edição do projecto veio a concretizar-se.⁹⁴⁵

Em 1886, Navarro de Paiva elaborou e apresentou publicamente um novo ensaio de um código de processo penal, por entender que o “projecto definitivo” precisava de ser revisto em face da publicação da nova lei penal substantiva, a Nova Reforma Penal de 14.6.1884.⁹⁴⁶

O novo projecto era constituído por quatro livros, o primeiro incluindo disposições gerais, o segundo regulamentando o processo criminal, o terceiro os processos especiais e o último os recursos, tendo ao todo 618 artigos. Também o projecto de 1886 foi vítima da rápida evolução legislativa. O autor reintroduziu a competência transgressional e instrutória dos juízes ordinários que, entretanto, foram

⁹⁴⁴ Navarro de Paiva (1882 b: 577) respondia assim ao crítico anónimo da RLJ (M. A., 1882 a: 465), que considerava o novo projecto uma “2ª edição” do anterior.

⁹⁴⁵ M. A., 1882 b: 67.

⁹⁴⁶ A motivação para o novo empreendimento foi pelo autor explicitada na “exposição justificativa” do novo código (Navarro de Paiva, 1886: 8), onde também se esclarecia a razão de ser da alteração da designação do código. A razão apontada pelo autor foi a de que no código se regulamentava a forma de processo para conhecimento de todas as infracções e não só as infracções com natureza criminal. O projecto foi posteriormente submetido à revisão pelo Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, no ano de 1889, tendo nela participado o próprio autor do projecto, que fez, aliás, algumas propostas de

extintos pelo artigo 1 do Decreto de 29 de Julho desse mesmo ano de 1886. Na versão do projecto revista pela Conferência da Ordem dos Advogados, de 1889, já eram tidas em consideração as alterações resultantes da nova lei, atribuindo-se aos juizes de paz a competência dos juizes ordinários.

O projecto previa cinco formas de processo comum: o processo ordinário, o processo para julgamento dos crimes cometidos na audiência, o de julgamento de réus ausentes, o de polícia correccional e o de julgamento de coimas e transgressões de posturas. As formas especiais de processo eram as previstas para julgamento de titulares de órgãos de soberania, membros do corpo diplomático e magistrados judiciais e do Ministério Público, ampliando-se aos vogais dos tribunais administrativos, de fazenda, guerra e marinha e aos bispos das dioceses ultramarinas o regime válido para os membros do corpo diplomático.

O projecto mantinha a estrutura do processo ordinário, com as modificações introduzidas no “projecto definitivo”.⁹⁴⁷

A regulamentação autónoma da competência para a investigação na fase prévia ao início do processo preparatório, do valor da prova nela recolhida e do modo de fixação de medidas de coacção e, designadamente, da nova fiança provisória durante aquela fase, revelava a emergência de uma fase pré-judicial autónoma, dirigida pelas polícias e pelo Ministério Público. Concomitantemente, o prazo da “prisão preventiva” determinada fora de flagrante delito e sem qualquer indicição de culpa foi diminuído para seis meses, mas o prazo ordinário de detenção antes da formação da culpa, previsto no artigo 988 da Novíssima, foi aumentado para quinze dias,⁹⁴⁸ sendo o termo inicial deste prazo expressamente fixado no dia em que o preso fosse colocado à disposição do juiz instrutor.⁹⁴⁹

alteração ao projecto e se opôs a outras aprovadas pelo Instituto da Conferência (Ordem dos Advogados, 1889: 12, 54, 55, 56 e 62).

⁹⁴⁷ Também o projecto de 1886 foi objecto da crítica de Francisco de Medeiros, que apontou a necessidade da sua alteração, propondo, entre outras, a consagração do mais amplo direito do arguido, mesmo quando não estivesse preso ou afiançado, de apresentar meios de prova e requerer diligências na fase preparatória, bem como de assistir a todas as diligências durante o processo preparatório (Francisco de Medeiros, 1884: n. 110, p. 210) e a supressão do relatório do juiz e da faculdade de anulação das respostas aos quesitos, devendo facultar-se à acusação e ao réu o direito de recorrer para um segundo júri (Francisco de Medeiros, 1884: n. 111, pp. 226 e 228).

⁹⁴⁸ A justificação dada era a de que “a experiencia e as ponderações judiciosas que escutámos nos convenceram de que nem sempre era possível colligir em tão curto espaço de tempo as provas ou indícios de culpabilidade dos agentes do crime” (Navarro de Paiva, 1886: 48 e 52).

⁹⁴⁹ Se no projecto de 1874 não se previa sequer o termo inicial deste prazo, no projecto de 1882 Navarro de Paiva manteve o referido prazo, mas o termo inicial da sua contagem já não era o dia da prisão, como

As relações entre o juiz e o Ministério Público no processo preparatório eram, no entanto, esclarecidas no sentido de que aquele podia rejeitar a querela com base na não criminalidade dos factos ou na impropriedade da forma de processo, mas também podia ordenar ao Ministério Público que instaurasse procedimento criminal, quando ele se tivesse absterido de o fazer, competindo recurso de apelação daquele despacho judicial.

Nas formas alternativas de processo comum, abandonou-se a forma de processo correcional, alargando-se o âmbito do velho processo de polícia a todos os crimes puníveis com pena de prisão correcional e as transgressões de posturas que a lei mandasse julgar nesta forma de processo. As outras transgressões eram julgadas em uma forma de processo autónoma .

O novo processo de polícia correcional diferia muito do da lei vigente. Após a constituição do corpo de delito, o Ministério Público deduzia a queixa e, se o juiz a recebesse, procedia ao processo preparatório em quinze dias nos processos por crimes. Nos processos por transgressões, o auto policial ou administrativo de verificação da transgressão constituía o processo preparatório e o juiz controlava a sua deficiência ou irregularidade.

Concluído o processo preparatório, o Ministério Público deduzia acusação, só podendo dar, em regra, oito testemunhas. O juiz mandava citar o réu, que podia recorrer de agravo do despacho e apresentar a sua defesa. Na audiência procedia-se à leitura do auto do corpo de delito, da acusação e da petição de defesa e registava-se a prova. Admitia-se a cessação do procedimento criminal pelo pagamento da multa quando o crime fosse punível somente com esta pena.

Na forma de processo para julgamento de transgressões de posturas, o transgressor era citado com antecedência de cinco dias pelo menos para julgamento do ilícito acusado pela autoridade administrativa, podendo ser julgado à revelia se faltasse sem justificação e não constituísse mandatário que o representasse. Na audiência, liam-se as peças do processo que as partes requeressem e registava-se a prova se o réu não confessasse e as partes não prescindissem de recurso. Caso o réu confessasse, era condenado de plano no máximo da multa aplicável ou no valor da remissão da pena de prisão. Era também admissível a extinção do procedimento criminal com o pagamento

mandava a Novíssima, mas o “da entrada do preso na cadeia da comarca do juiz de direito instructor do processo” (artigo 168), o que dava cobertura implícita à prática policial de “detenção para averiguações”. A expressão utilizada no projecto de 1886 representava o reconhecimento expresso desta prática.

da multa no acto da transgressão. A decisão final só podia ser impugnada com o recurso de apelação para o juiz de direito, que julgava definitivamente a causa .

As alterações “profundas e radicaes” introduzidas pelo novo projecto encontravam-se precisamente neste âmbito da regulamentação dos recursos,⁹⁵⁰ prevendo-se de novo a regra absoluta da proibição da alçada, ressurgindo o agravo de instrumento,⁹⁵¹ consagrando-se a competência do Supremo Tribunal de Justiça para conhecer da matéria de prova (“decidindo se na criminalidade do facto e na prova do mesmo houve applicação da lei manifestamente errada”, artigo 48, n. 1),⁹⁵² e reintroduzindo-se o recurso de revisão com o objecto restrito do primeiro projecto, mas com uma prova de justificação do pedido mais ampla.

A liberalidade das soluções propugnadas pelo terceiro projecto em matéria de recursos era reforçada pelas novas regras relativas à prestação de fiança e à imputação da prisão preventiva na pena.

Embora a libertação do réu submetido a segundo julgamento por anulação das respostas do júri do primeiro, bem como a do réu absolvido por decisão impugnada por recurso de revista dependessem sempre da prestação de fiança, mesmo no caso dos crimes que a não admitissem, não se fixando qualquer prazo máximo para a prisão do réu, o novo regime de prestação de fiança fixado pela Lei de 15.4.1886 era recebido e ampliado pela previsão de uma disposição complementar que permitia que mesmo nos crimes excluídos de fiança ela fosse prestada quando concorressem circunstâncias atenuantes que fizessem descer a pena abaixo do termo médio da sua duração, facilitando a manutenção do suspeito de crimes graves em liberdade durante a

⁹⁵⁰ Navarro de Paiva, 1886: 77.

⁹⁵¹ “Da supressão d' esta especie de agravo nenhuma vantagem resulta á regularidade ou celeridade do processo penal. A experiencia tem-nos mostrado que as certidões com que são instruidos os agravos de petição, longe de facilitarem, difficultam por extremo o exame e estudo d' elles” (Navarro de Paiva, 1886: 82). Contudo, em 1889, o autor do projecto mudou de novo de opinião, sugerindo a supressão deste recurso no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados (1889: 75).

⁹⁵² Navarro de Paiva, 1886: 34 e 35. O autor preveniu a censura da violação das normas constitucionais sobre organização judiciária, defendendo mesmo esta competência do Supremo Tribunal de Justiça já em face da lei positiva vigente, de que, aliás, este Alto Tribunal não se coibia de fazer uso, como concluía o autor. O Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados (1889: 7) manifestou-se contra esta inovação, mantendo a anterior competência limitada ao conhecimento das nulidades do processo e da sentença. A mais significativa alteração ao projecto proposta pelo Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados dizia, aliás, respeito à redução muito considerável do catálogo das nulidades insanáveis e ao regime especial da deliberação da nulidade de omissão actos ou termos processuais essenciais à descoberta da verdade (Ordem dos Advogados, 1889: 14).

pendência do processo.⁹⁵³ Nos crimes puníveis com penas correccionais o projecto ia mais longe do que a novíssima lei, dispensando mesmo a prestação de fiança, salvo se o suspeito fosse “ratoneiro ou notoriamente considerado como vadio” (artigo 443) ou faltasse sem justificação a determinados actos processuais. A prisão preventiva sofrida pelo réu condenado em pena correccional era sempre imputada na pena que lhe fosse aplicada e a sofrida pelo réu condenado em penas maiores era ponderada como circunstância atenuante, tal como dispunha o direito positivo desde 1884. Contudo, a possibilidade da *reformatio in pejus* e a inexistência de prazos de prisão preventiva depois da condenação limitavam consideravelmente a liberdade de exercício do direito ao recurso pelo réu condenado.

O desencontro manifesto dos projectos com a evolução legislativa da segunda metade do século XIX prejudicou não só a organização da competência dos tribunais e juízes como também a conformação das formas de processo.⁹⁵⁴ O projecto de 1874 ainda previa a existência de juízes eleitos e uma ampla competência instrutória e judicativa dos juízes ordinários, embora a Lei desse ano tivesse reduzido drasticamente a competência destes e abolido aqueles. Ao invés, em 1882, quando os juízes ordinários ainda mantinham competência para julgar causas de transgressões, o projecto definitivo excluía-os do exercício desta competência. Em 1886, Navarro Paiva decidiu reintroduzir a competência transgressional dos juízes ordinários e estes juízes foram suprimidos por uma Lei desse mesmo ano. Deste modo, o primeiro e o terceiro projectos andaram atrás do legislador e o segundo à sua frente.

Os projectos ensaiaram com muita timidez algumas soluções favoráveis ao denunciado no tocante aos problemas fundamentais do reforço da participação do denunciado na fase de instrução e da distinção entre as funções instrutória e de julgamento. Ao invés, a regulamentação dos problemas cruciais do desacordo entre o Ministério Público e o juiz na promoção do processo e do controlo da fase pré-judicial anterior ao início do próprio processo preparatório era manifestamente instrumentalizada a um propósito de economia processual e de simplificação da

⁹⁵³ As críticas dirigidas a esta proposta foram a de que era demasiado liberal e a de olvidar que a apreciação das circunstâncias atenuantes se faria com mais rigor na audiência de julgamento (Francisco Fernandes, 1896: 94).

⁹⁵⁴ Já no final da vida o autor faria uma síntese das suas iniciativas doutrinárias de reforma do processo penal, lamentando com amargura a desatenção do poder político em relação aos seus esforços (Navarro de Paiva, 1913: 354 e 355).

actividade investigatória e instrutora do processo.

Depois das tentativas lacunosas dos dois primeiros projectos, que apenas previam a contradição entre a posição activa do Ministério Público e a posição negativa do juiz, o projecto de 1886 regulou cabalmente o desacordo entre o juiz e o Ministério na fase do processo preparatório, solucionando também o problema da contradição entre a posição negativa do Ministério Público e a posição activa do juiz e consagrando uma praxe dos tribunais que implicava o juiz instrutor e futuro juiz de julgamento ainda mais no destino dos autos. Por outro lado, o reconhecimento implícito, em 1882, e expresso, em 1886, da prática policial das detenções para averiguações e a consagração de um regime especialmente gravoso da prisão preventiva fora de flagrante delito e sem qualquer indiciação de culpa, conjugados com a possibilidade de atribuição de valor judicial à prova produzida fora do processo preparatório, colocavam o suspeito em uma posição muito desfavorável logo na fase inicial das investigações e de instrução, que nem a nova fiança provisória tinha a potencialidade de evitar.

As soluções alvitradas para o problema da participação do denunciado e da publicidade desta fase processual eram ainda muito restritivas, não admitindo o projecto de 1874 a prova testemunhal do réu na fase instrutória, mas apenas a documental, e os dois outros já admitindo ambas, mas vedando as diligências judiciais à assistência do denunciado e das restantes partes durante todo o período de duração da instrução, com a excepção do interrogatório do suspeito.

No tocante à distinção das funções instrutória e de julgamento, a sugestão insistentemente repetida da criação dos juízes preparadores era limitada às cidades de Lisboa e do Porto e o autor nem sequer a introduzia no articulado dos projectos, mas apenas nas respectivas motivações, revelando a consciência da dificuldade da aprovação de semelhante reforma. A realização do princípio da acusação na forma de processo ordinário para julgamento dos crimes mais graves só seria melhorada nas cidades de Lisboa e do Porto, caso se concretizasse a reforma da organização judiciária sugerida pelo autor. No resto do país, a situação não seria distinta da do direito vigente. No projecto de 1874, o alargamento da competência instrutória dos juízes ordinários no resto do país não impedia o controlo *a posteriori* pelo juiz de direito da pronúncia dada por aqueles magistrados. No projecto de 1882, a competência exclusiva do juiz de direito para a instrução e a prolação da pronúncia concentrava totalmente as funções

instrutória e de julgamento. No projecto de 1886, a reintrodução da competência dos juizes ordinários para proceder aos exames para verificação do corpo de delito dos crimes cometidos no respectivo julgado que admitissem a prestação de fiança não constituía sequer um regresso à situação de 1874, mantendo-se substancialmente a situação de 1882.

A realização do princípio da imediação na forma de processo ordinário sofria, em todos os projectos, do mesmo défice que caracterizava a lei vigente.

A regulamentação das formas alternativas ao processo ordinário foi objecto de uma incessante variação de orientação doutrinária. No projecto de 1874 distinguia-se o novo processo correcional do velho processo de polícia, que absorvia o de transgressões, ao invés do de 1882, em que se distinguia o processo correcional do de transgressões, que por sua vez absorvia o de polícia. Se o regime do processo correcional não se distinguia do de 1874, o novo regime do processo de transgressões oferecia maiores garantias para o réu acusado da prática de crime punível com pena correcional, mas tratava pior o réu acusado da prática da transgressão de postura. Diferentemente, no projecto de 1886 distinguia-se o processo de transgressões do de polícia. Este último resultava de uma fusão das formas correcional e de polícia, que apresentava mais garantias do que o processo de polícia do direito vigente.⁹⁵⁵ O motivo para esta alteração da orientação dos anteriores projectos foi o alargamento considerável da área da jurisdição correcional com a promulgação do novo Código Penal de 1886, o que exigiu uma simplificação e um abreviamento da forma “sem prejuizo das formulas, que são verdadeiras garantias da liberdade individual e da segurança da sociedade”.⁹⁵⁶

As garantias decorrentes do sistema de recursos eram, também elas, substancialmente aumentadas em relação ao direito vigente, quer com a abolição da alçada, quer com a regulamentação do recurso de revisão, ambas as alterações introduzidas em 1874, abandonadas em 1882, mas recuperadas em 1886. O projecto de 1882 continha, no entanto, alterações muito significativas no sentido do reforço dos

⁹⁵⁵ Dias da Silva, 1903: 773, e Marnoco e Souza, 1907: 115. Estes autores criticavam a proposta por produzir uma forma demasiado longa para julgar os pequenos delitos e excessivamente sumária para julgar os crimes mais consideráveis.

⁹⁵⁶ Navarro de Paiva, 1886: 72. A revisão das molduras penais pelo Código Penal de 1886 deu azo a que se alargasse consideravelmente o âmbito do processo correcional. Por isso, o autor sugeria na exposição de motivos que “talvez conviesse fazer um ensaio de organização de tribunais correcionais nas comarcas de Lisboa e Porto, onde é avultadissimo o numero de crimes, julgados no juizo de policia correcional”

poderes das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça e da celeridade processual, destacando-se o acesso da Relação a prova documental nova, o regime de nulidades e a regulamentação da segunda revista, que o projecto de 1886 manteve. Esta tendência foi até reforçada em 1886. A mais significativa modificação do sistema de recursos e aquela que abria a porta a um novo intervencionismo do STJ em matéria criminal era a da consagração do recurso fundado em aplicação de lei manifestamente errada na prova do facto.

Destarte, o projecto de 1886 conjugava, com a excepção das regras da prisão preventiva, o melhor dos dois anteriores, isto é, a regulamentação muito favorável dos recursos do primeiro e o regime mais liberal da fase preparatória e de julgamento do segundo.

2. O Projecto do Código do Processo Criminal de Alexandre Seabra (1886)

O projecto de Alexandre Seabra foi elaborado nos meses de Agosto a Outubro de 1886 na sequência da apresentação do “Projecto de Código de Processo Penal” de Navarro Paiva ao governo e do pedido do ministro da justiça a Alexandre Seabra para que se pronunciasse sobre este projecto.

O projecto estava dividido em seis livros, o primeiro sobre o processo em geral, o segundo sobre o processo em especial, o terceiro sobre a execução da sentença, o quarto sobre os recursos, o quinto sobre o julgamento nas relações e no Supremo Tribunal de Justiça e o sexto sobre a jurisdição disciplinar, todos somando 477 artigos.

Ao invés do projecto de Navarro Paiva, o de Alexandre Seabra já se conformava com a alteração da organização dos tribunais com competência criminal resultante da Lei de Julho de 1886, tendo atribuído a competência dos juízes ordinários

(Navarro de Paiva, 1886: 73). Esta sugestão foi ampliada em um outro projecto apresentado também em 1886, da lavra de Alexandre de Seabra.

para julgar as coimas e as transgressões de posturas aos juizes de paz e aos juizes municipais e, nos julgados cabeça de comarca, aos juizes de direito.

Contudo, o projecto continha duas inovações “capitais” em relação à organização judiciária então vigente com directa repercussão na estrutura das formas de processo ordinário e de polícia, que eram o estabelecimento de um tribunal de júri mais qualificado como grau de recurso da decisão do primeiro júri nos crimes puníveis com pena maior e a introdução dos tribunais colectivos no julgamento dos processos de polícia correcional.⁹⁵⁷

O projecto de novo código de processo penal admitia cinco formas de processo, o ordinário, o de réus ausentes, o de julgamento de crimes cometidos na audiência, o de polícia correcional e o das causas de coimas. A estas acresciam ainda duas formas de processo “no foro especial”, o processo contra membros da família real, ministros da coroa, conselho de estado, pares e deputados e o processo contra membros do corpo diplomático e bispos das dioceses do ultramar.

Embora preferisse uma regulamentação conjunta do processo civil, comercial e penal, com uma parte geral comum a todos eles e uma outra específica de cada um destes processos, o autor, ponderando o facto de o Código do Processo Civil conter já a definição daquela parte geral, procurou condensar no seu projecto apenas as especialidades relativas ao processo penal, eliminando tudo quanto tocasse a matéria já regulamentada em termos gerais pela lei processual civil.

⁹⁵⁷ O autor elaborou mesmo um esboço de projecto de Lei de criação de tribunais colectivos criminais. Os tribunais seriam compostos por três juizes e o diploma designava os juizes que deviam compor o tribunal nas diferentes comarcas do país (Alexandre Seabra, 1886 a: 6). Esta proposta já tinha sido apresentada pelo autor dezassete anos antes, no “Projecto do Código do Processo Civil Portuguez”, que Alexandre Seabra ofereceu em 1869 ao Ministério da Justiça. Neste projecto o autor previa a intervenção de um tribunal colectivo para julgar em processo sumário as causas até 50.000 réis, sendo as causas de valor superior julgadas em processo ordinário pelo juiz de direito ou, concordando as partes, por este com o júri. O motivo da distinção entre o processo sumário e o ordinário era, “ não a sua maior ou menor demora”, mas a inadmissibilidade da interposição do recurso de apelação no processo sumário (Alexandre Seabra, 1869: 44 (projecto) e 14 (motivos). A proposta de introdução de um tribunal colectivo foi logo afastada na comissão nomeada pelo governo para rever o projecto de Seabra (Campos Andrada e Cancellia d’ Abreu, 1917: 74) e a da consagração de um processo sumário veio a ser afastada na comissão de legislação da Câmara dos Deputados que reviu o projecto (Campos Andrada e Cancellia d’ Abreu, 1922: 441). Não obstante este insucesso, o autor insistiu nas suas propostas, quer no projecto do código de processo penal, de 1886, quer no artigo doutrinário sobre reformas processuais e judiciárias publicado no anterior anterior (Alexandre de Seabra, 1885: 3), em um outro artigo sobre a reforma do processo criminal publicado nesse ano (Alexandre Seabra, 1886 b: 194 e 195) e ainda no projecto de umas bases para a reforma da organização judiciária, apresentado no ano seguinte, alargando, contudo, neste último projecto a competência do tribunal colectivo. Esta competência incluía a decisão final das causas de polícia e o julgamento dos recursos das decisões dos juizes de paz e dos juizes municipais (Alexandre Seabra, 1887: 5).

O processo preparatório destinava-se à investigação conjunta do facto criminoso e da culpa da pessoa, iniciava-se com a dedução da queixa pelo acusador público ou particular e terminava com a prolação da acusação pelo Ministério Público e pela parte queixosa, logo seguidas do despacho de pronúncia ou de não pronúncia. A querela do processo ordinário, que fechava o corpo de delito e abria a fase instrutória do sumário da querela, perdia o seu significado. A intervenção do Ministério Público de síntese dos factos imputados ao suspeito era assim postergada para o final de toda a investigação criminal, deduzindo então uma verdadeira acusação. O fundamento desta alteração era cristalino: “no fim do processo preparatório é que os autos devem ir ao ministério público, e parte para precisarem a accusação, indicando os termos da pronuncia, quando deva ter lugar, ou requerendo o procedimento correccional, porque só então se podem bem avaliar as circumstancias do crime, e precisar por isso a queixa. A querella dada quando os factos estão ainda mal conhecidos não tem significação alguma. Não serve senão para crear difficuldades á accusação”.⁹⁵⁸

A simplificação da instrução judicial era acompanhada pelo reconhecimento formal de uma fase pré-judicial de investigações, em que as polícias e os funcionários administrativos desenvolviam diligências várias com vista à recolha de meios de prova. Os actos de investigação praticados por estas autoridades policiais e administrativas tinham, em princípio, o mesmo valor dos actos instrutórios e só deviam ser repetidos pelo juiz no processo preparatório quando fosse “necessário para obter novo esclarecimento” (artigo 117). Por outro lado, o prazo ordinário de prisão preventiva sem culpa formada era alargado para quinze dias, contados do dia em que o réu fosse colocado à disposição do juiz de direito, pelo que a prática da detenção policial para “averiguações” era acolhida sem restrições. No final desta fase policial e administrativa o Ministério Público deduzia queixa ou promovia a não abertura do processo preparatório, sendo atribuídos ao juiz poderes de censura da posição do Ministério Público com a mesma amplitude do terceiro projecto de Navarro Paiva.

Deste modo, o projecto reformava profundamente a fase instrutória do processo ordinário, não só unificando o corpo de delito e o sumário da querela em uma única fase processual, mas também substituindo a querela pela queixa e reconhecendo a autonomia do processo policial de investigações em relação ao processo preparatório

⁹⁵⁸ Alexandre Seabra, 1886 a: 3. Nas bases para a reforma judiciária, Alexandre Seabra (1887: 15) repetia

judicial. O projecto aproximava-se assim do novo código de processo penal alemão.

Com efeito, a nova lei alemã, de 1877, tal como a austríaca, de 1873, consagrava a distinção entre o “processo de investigações” (o *Ermittlungsverfahren*), conduzido pela polícia e pelo magistrado do Ministério Público, e a “instrução judicial prévia” (a *gerichtliche Voruntersuchung*), prevendo a obrigatoriedade desta instrução nos processos julgados, em primeira instância, pelo *Schwurgericht* e pelo *Reichsgericht*, e a dependência da realização da instrução da vontade do Ministério Público ou do arguido nos processos julgados na *Strafkammer des Landgerichts*. Contudo, ao invés da lei austríaca, que colocou o Ministério Público no final da instrução na mesma posição processual, que tinha no final da fase de investigações, de total liberdade de decisão sobre o prosseguimento dos autos (§§ 90 e 109 da StPO austríaca), sendo a acusação deduzida submetida ao controlo de um tribunal superior somente quando o acusado o requeresse (§ 208, n. 2, da StPO austríaca), a lei alemã atribuiu aos juizes togados da *Strafkammer* a decisão sobre o prosseguimento dos autos sempre que tivesse sido aberta uma instrução judicial prévia, encontrando-se impedidos de participar na audiência de julgamento mais de dois dos magistrados que tivessem concorrido para a prolação da decisão de abertura da fase de julgamento, sendo especialmente interdita a participação do relator desta decisão (§ 176 da StPO alemã, conjugado com o § 23, III).⁹⁵⁹ Em todos os processos julgados pelo *Schwurgericht* e pelo *Reichsgericht* os juizes togados que intervinham no julgamento decidiam do recebimento da acusação e nos processos julgados pelo *Schöffengericht*, embora estivesse vedada a realização de uma instrução

a proposta e a justificação.

⁹⁵⁹ A solução austríaca constituía a consagração literal da proposta feita por Julius Glaser no seu texto fundamental de 1867, *Zur Reform des Verfahrens bei der Versetzung in Anklagestand*, como meio para garantir simultaneamente a protecção do suspeito contra acusações infundadas e a imparcialidade dos membros do tribunal de julgamento (Julius Glaser, 1867: 234 a 244, 251 a 254). Ao invés, nos trabalhos preparatórios no *Reichstag* prevaleceu um outro ponto de vista. Embora tivesse sido proposta a extensão do impedimento consagrado no § 23 III da StPO alemã a todos os juizes que proferissem a decisão de recebimento da acusação e a todos os tribunais com competência criminal, a proposta foi rejeitada por razões de natureza económica e organizatória. No tocante ao problema da omissão da acusação do Ministério Público a lei austríaca e a alemã ofereciam também soluções muito distintas, admitindo aquela a dedução da acusação pública pelo acusador particular (§§ 48 e 49) e esta a sindicância, a requerimento do queixoso, da decisão do acusador público pelo superior hierárquico, designadamente, pelo próprio ministro da justiça, e ainda, mantendo-se a decisão negativa, pelo *Oberlandesgericht* (§§ 169 a 175). A doutrina considerava que a solução da lei alemã mantinha formalmente o monopólio da acusação pelo acusador público, mas era superada pela da lei austríaca, pois “nela o exercício do direito de perseguição penal não tem de se revelar apenas na iniciativa, mas em toda a condução do processo”, como resultava dos amplos poderes de que o acusador particular dispunha na lei austríaca (§ 27 da StPO de 1873) (Julius Glaser, 1883: 229, e, concordando com a superioridade das soluções austríacas, quer quanto à acusação privada supletiva quer quanto à sindicância facultativa da acusação pelo tribunal de segunda instância,

judicial prévia, o juiz que recebia a acusação sindicava, em regra, o seu mérito.⁹⁶⁰

Destarte, as novas leis austríaca e alemã distinguiram-se do modelo francês quer pela regulamentação da fase pré-judicial do processo preparatório, reservando a direcção da mesma ao Ministério Público e a autorização de medidas limitativas dos direitos fundamentais ao juiz,⁹⁶¹ quer pela manutenção de uma fase instrutória judicial obrigatória apenas nos processos relativos a crimes, ficando a acusação pela prática de delitos submetida a uma sindicância judicial facultativa. Nesta fase ulterior do processo o arguido encontrava-se em uma situação mais favorável do que na anterior dirigida pelo Ministério Público, pois podia, em princípio, estar presente e intervir nas inquirições de testemunhas e peritos (§ 191 da StPO alemã). O legislador alemão não foi, contudo, tão longe quanto o austríaco na reforma do processo preparatório e na consagração do princípio da acusação, tendo a doutrina criticado veementemente as soluções adoptadas em 1877 por violarem este princípio.⁹⁶²

As diferenças entre a regulamentação do processo preparatório no projecto português e no código alemão não eram apenas de grau, pois, se a fase de instrução judicial era, em alguns casos, facultativa ou mesmo proibida no direito alemão, no projecto de Alexandre Seabra ela era prevista para todas as formas de processo comum, com a única excepção do processo para julgamento das causas de coimas e transgressões de posturas.

James Goldschmidt, 1922: 428, 429, 432 e 433).

⁹⁶⁰ Os §§ 29 e 75 da GVG alemã previam que o Ministério Público pudesse requerer à *Strafkammer* competente para o julgamento de certos delitos que este fosse feito pelo *Schöffengericht*, quando não fosse previsível a aplicação de pena superior à da competência deste tribunal, decidindo a *Strafkammer* definitivamente a questão. Por sua vez, o § 7 da StPO permitia ao Ministério Público a escolha entre o tribunal do local do crime ou o do residência, com a limitação decorrente do § 12. Estas disposições, que permitiam uma certa maleabilidade na aplicação das regras de competência material e territorial, denunciavam já uma perspectiva conformadora da competência penal pela magistratura do Ministério Público, que mais tarde viria a vingar. Acresce que o Ministério Público, embora vinculado ao princípio da legalidade, podia em um caso requerer o arquivamento do processo por questões de oportunidade, mas a decisão competia também aqui ao tribunal (§ 208 da StPO). Por outro lado, o Ministério Público não tinha a obrigação legal de acusar os crimes que podiam ser perseguidos pelo *Privatkläger* (§ 416 da StPO). Também o princípio da oportunidade viria a ter um acolhimento muito favorável na legislação alemã posterior.

⁹⁶¹ As várias medidas de coacção só podiam ser autorizadas pelo juiz e, em caso de “perigo no atraso” (*Gefahr im Verzug*), pelo Ministério Público ou pelos seus funcionários auxiliares (§§ 127, 105, 98 da StPO alemã), mas devendo então ser submetidas à confirmação posterior do juiz (§§ 98 e 128 da StPO alemã). Por outro lado, as testemunhas e o arguido não estavam obrigados a apresentar-se ao Ministério Público e, portanto, quando este pretendia sujeitá-los a inquirição ou interrogatório tinha de o requerer ao juiz (§ 160 da StPO alemã).

⁹⁶² Emanuel Ullmann, 1879: 86 a 88, 95 e 96, Julius Glaser, 1883: 270 a 272, e 1885: 118, 408 e 409, Fernand Daguin, 1884: 21, August von Kries, 1892: 121 e 122, 279, 474 e 487, Ernst Lohsing, 1912: 412, 418 e 419, Karl Binding, 1915 b: 201, e Karl Birkmeyer, 1898: 146, 147 e 607.

Acresce que o projecto não previa a direcção do Ministério Público sobre o processo de investigações e o seu poder decisório sobre o destino dos autos no final deste processo, colocando o Ministério Público no final da fase de investigações preliminares na mesma posição processual em que estava no final da instrução judicial, isto é, podendo o magistrado promover o seguimento do feito para juízo ou o seu arquivamento, mas não podendo proferir uma decisão.

Por outro lado, a tutela dos direitos da defesa na fase preparatória era, também ela, muito distinta da do direito alemão. No projecto, era admitida a intervenção do réu na fase prévia à prolação do despacho judicial de abertura da fase de julgamento, juntando documentos ou exposições, requerendo a inquirição de testemunhas e fornecendo todos os esclarecimentos que entendesse convenientes e mesmo, quando o juiz assim entendesse, participando em diligências probatórias (artigo 50, § 1, do projecto).⁹⁶³ Esta faculdade, que a lei alemã também reconhecia (§ 147 da StPO), era completada nesta lei pela introdução da regra da prestação do juramento das testemunhas apenas na audiência de julgamento (§ 65 da StPO alemã)⁹⁶⁴ e pelo regime de produção contraditória da prova testemunhal no processo preparatório quando fosse previsível a não comparência da testemunha na audiência de julgamento (§ 191 da StPO alemã).⁹⁶⁵

Se a reforma do processo preparatório apenas se aproximava do novo direito alemão, a organização do processo de acusação e julgamento no projecto revelava uma influência directa deste direito.

Com efeito, no projecto, tal como no código alemão, antecipava-se a acusação ao despacho judicial de recebimento do processo preparatório e de abertura da fase de

⁹⁶³ A fundamentação apresentada pelo autor (“O fim do processo é procurar a verdade, e os meios para lá chegar devem acceitar-se por isso, de qualquer parte que venham”, Alexandre Seabra, 1886 a: 3) e a faculdade de o juiz autorizar o réu a assistir a diligências de prova e o seu advogado a fazer perguntas às testemunhas quando julgasse necessário esclarecer algum facto ou obscuridade permitiam a conclusão de que o réu também podia apresentar testemunhas no processo preparatório.

⁹⁶⁴ A regra, que também já se encontrava no direito austríaco (artigo 169 do código de 1873), foi consagrada com vista a prevenir a atribuição pelo tribunal de julgamento de maior importância a este depoimento (Fuchs, 1879: 70 e 71, e Karl Birkmeyer, 1898: 519). A regra admitia excepções, sendo uma delas precisamente a resultante do regime de produção antecipada de prova, em que a testemunha prestava depoimento ajuramentada.

⁹⁶⁵ O sistema do código alemão era uma solução intermédia e de compromisso entre a instrução secreta do direito francês e a instrução contraditória do direito inglês (Fernand Daguin, 1884: 108. Emanuel Ullmann, 1879: 88 e 89, Fuchs, 1879: 57 a 59, 63 a 66, Julius Glaser, 1883: 212, 253, 447 a 454, 457, 493 a 498, August von Kries, 1892: 251 a 258, 279 a 281, 345 a 348, 374 e 415, Karl Birkmeyer, 1898: 514 e 515, 633 e 634).

julgamento (§ 199 da StPO alemã e artigos 122 e 125 do projecto), com a única excepção do caso de desconformidade entre a promoção do Ministério Público e este despacho. O autor do projecto procurou evitar a crítica dirigida pela doutrina à acusação posterior ao *arret de renvoi*, que equivalia ao despacho de pronúncia do direito nacional, e adoptou para tanto a solução da nova lei alemã, pois a elaboração do libelo acusatório posterior ao despacho judicial de recebimento do processo preparatório só tinha lugar quando o juiz de direito tivesse no final da instrução contrariado a promoção do Ministério Público (§ 206 da StPO alemã e artigo 202 do projecto).

A diferença entre a lei alemã e o projecto residia na maior amplitude do dever do Ministério Público neste último, porquanto o projecto consagrava aquele dever do acusador público não só quando ele promovesse o arquivamento dos autos, como previa o código alemão,⁹⁶⁶ mas também quando a promoção de pronúncia do Ministério Público ou da parte queixosa fosse modificada.

Também na fase de julgamento da forma de processo ordinário se notava a influência do código alemão e dos respectivos trabalhos preparatórios. Assim, suprimiam-se o resumo do juiz no final do julgamento diante do tribunal de júri, tal como resultava do novo § 300 da StPO alemã,⁹⁶⁷ e a faculdade de o juiz anular as respostas iníquas dos jurados, como tinha sido proposto nos trabalhos preparatórios do código alemão.⁹⁶⁸ O efeito positivo de reforço da imparcialidade do magistrado judicial

⁹⁶⁶ A doutrina considerava esta obrigação legal como constituindo um “desvio considerável do princípio da acusação, que deveria ter sido realizado no código de processo penal alemão do modo mais consequente possível, mas finalmente foi-o do modo mais inconsequente possível” (*erhebliche Abweichung von dem sogenannten «Anklageprinzip», welches in der deutschen Reichsstrafprozessordnung in möglichster Konsequenz durchgeführt werden sollte, aber schliesslich in möglichster Inconsequenz durchgeführt worden ist*), em face da circunstância de que se verificava “uma troca formal entre o acusador público e o juiz competente” (*ein förmlicher Rollentausch zwischen dem öffentlichen Ankläger und dem erkennenden Richter*, Fuchs, 1879: 42 e 43, Julius Glaser, 1885: 438 a 443, e Graf zu Dohna, 1929: 156).

⁹⁶⁷ Ao invés da disposição contida no artigo 325 do código austríaco de 1873, que ainda impunha ao juiz a feitura de “uma exposição rápida dos resultados essenciais”, com indicação breve das provas a favor e contra o arguido, o legislador alemão foi neste ponto mais longe do que o austríaco, pois suprimiu o relatório do juiz, mantendo apenas uma declaração do juiz sobre os pontos de direito relevantes. A doutrina alemã admitia uma intervenção muito ampla do juiz no tocante a todas as questões jurídicas relacionadas com o caso em apreço, de modo a evitar que a exposição do juiz se tornasse uma mera dissertação teórica sobre a questão de direito incompreensível para os jurados, dando mesmo a conhecer aos jurados a solução legal preferida pelo juiz para cada uma das questões jurídicas que estivessem em discussão (Hugo Meyer, 1879: 185 a 187, e August von Kries, 1892: 620).

⁹⁶⁸ A proposta inicial dos reformadores alemães de abolição desta faculdade, que era considerada como “completamente contrária aos princípios” e “adequada apenas a prejudicar a consideração do tribunal de júri”, foi afastada pela comissão revisora, mantendo o § 317 da StPO, tal como o artigo 332 da StPO austríaca, aquela faculdade do tribunal. No entanto, a experiência revelava que estas disposições eram

e da liberdade dos jurados, resultante destas inovações, era, no entanto, prejudicado no projecto pela obrigação de o juiz elaborar um “relatório do estado da causa” no início da audiência de julgamento (artigo 246) e pela faculdade de o juiz ordenar em seguida a leitura das peças do processo que reputasse necessário fazer desde logo conhecidas.⁹⁶⁹ A garantia de que as partes podiam adicionar ou rectificar aquele relatório e requerer a leitura de outras peças do processo, se, por um lado, prevenia o influxo directo do juiz na convicção dos jurados, por outro, não evitava, antes agravava o défice de realização do princípio da imediação. Acresce que o projecto mantinha a tradição do direito positivo português da leitura do depoimento de testemunhas faltosas notificadas cujo depoimento não tivesse sido possível em segunda marcação da audiência de julgamento, ao invés do novo direito alemão, e da leitura do depoimento anterior da testemunha que comparecesse e se recusasse a depor, com ou sem motivo legal para tal, o que o direito alemão vedava expressamente.⁹⁷⁰

raramente aplicadas, em virtude da dificuldade para obter a unanimidade dos juízes togados (August von Kries, 1892: 632, e Albert Hellwig, 1914: 95).

⁹⁶⁹ A consagração da obrigação da leitura do relatório inicial pretendia substituir a leitura das peças do processo, guardando-se para esta um papel subsidiário do esclarecimento do estado da questão, pois “a leitura, como costuma fazer-se, serve quasi sempre, para provocar o somno” (Alexandre Seabra, 1886 a: 3).

⁹⁷⁰ O projecto preferia a solução tradicional à engendrada no novo código alemão, consagrada no seu § 244. O *Reichstag* rejeitou nos trabalhos preparatórios do código a discricionariedade total do juiz na admissão das provas (Fernand Daguin, 1884: 134), admitindo-a apenas nos processos em que podia haver uma segunda instância em matéria de facto, em virtude da natureza de bagatelas penais das infracções julgadas nestes processos (Thomas Vormbaum, 1988: 100 e 101), mas impondo a produção obrigatória dos meios de prova presentes na audiência nos processos em que só havia uma instância em matéria de facto. A produção da prova testemunhal ausente da audiência estava também na discricionariedade do tribunal e foi a jurisprudência do *Reichsgericht* que estabeleceu, a partir da decisão fundamental do segundo senado penal de 6.2.1880, o direito das partes a co-determinar a produção da prova (Graf zu Dohna, 1944: 320 e 321, Karlheinz Meyer, 1983: 3 e 4, e Andrea Schmidt, 1994: 58 a 60). Esta jurisprudência consolidou-se em uma série de princípios (Graf zu Dohna, 1929: 170 a 173), mais tarde recolhidos pela lei. A partir de então o princípio da livre valoração da prova não ficou apenas condicionado pelo dever officioso de investigação do juiz, mas também pelo direito de produção de prova das partes (Hermann Ortloff, 1896: 52 e 53, e Andrea Schmidt, 1994: 169 a 172). Contudo, a discricionariedade do tribunal no que toca às testemunhas ausentes era compensada pelas regras muito restritivas sobre a leitura de depoimentos prévios destas testemunhas. A regra fundamental do novo direito alemão era a da admissibilidade da leitura dos depoimentos prestados diante de um juiz por testemunhas entretanto falecidas, mentalmente incapazes ou desaparecidas, bem como dos depoimentos prestados diante de um juiz e das partes no processo preparatório quando a presença da testemunha na audiência de julgamento fosse previsivelmente impedida, durante um período longo ou indeterminado, por doença, fragilidade, grande distância ou outro impedimento não evitável (§ 250 da StPO alemã, conjugado com o § 191). Assim, os casos de impedimento absoluto da testemunha tinham uma resolução distinta dos de impedimento relativo, mas ambos dependiam da realização por um juiz de uma inquirição prévia da testemunha e nem mesmo o acordo das partes legitimava a leitura de depoimento prestado diante do Ministério Público ou das polícias. As testemunhas e os peritos podiam ser ainda confrontados com anteriores declarações suas quando dissessem não se recordar de um facto ou contradissem anteriores afirmações, discutindo a doutrina e a jurisprudência desde então sobre a natureza desta confrontação como meio de prova documental ou como mero meio de “confronto” (*Vorhalt*) da

A forma de processo de julgamento dos réus ausentes era alargada aos réus a quem fossem imputados crimes de polícia, correndo o prazo de seis meses da ausência neste caso desde a prolação do despacho que mandava citar os réus para julgamento. Se o projecto permaneceu neste tocante fiel à tradição portuguesa, não aderindo ao princípio da admissibilidade excepcional do julgamento de réus ausentes dos novos códigos alemão e austríaco,⁹⁷¹ inovou, contudo, ao prever que os réus ausentes a que fossem imputados crimes mais graves fossem julgados com intervenção do júri. Só o réu ausente, que fosse notificado da sentença condenatória, podia interpor recurso da mesma, não sendo admitidos embargos.

O processo de polícia mantinha o âmbito do direito vigente, mas era profundamente alterado na sua forma. Estes crimes eram julgados por um tribunal colectivo, não se registando a prova produzida na audiência, senão a requerimento de alguma das partes. O registo da prova tornava-se uma garantia residual das partes, com vista a permitir um recurso mais amplo, pois o “julgamento por tribunal colectivo dá muito melhores garantias, que por juiz singular”.⁹⁷² A alteração ao direito vigente era

testemunha ou do perito com as suas anteriores declarações. A diferença prática muito relevante entre estas duas teorias era a de que aquela teoria permitia o pleno aproveitamento das anteriores declarações das testemunhas ou do perito e a segunda só permitia o aproveitamento das declarações prestadas depois da confrontação (Bernd Kuckuck, 1977: 116 a 120, que elenca as posições). Por outro lado, as declarações anteriormente prestadas pelo arguido diante de um juiz podiam ser lidas na audiência de julgamento sempre que se tratasse de fazer prova de uma confissão ou de esclarecer contradições nos depoimentos do arguido, considerando desde sempre a doutrina e a jurisprudência maioritárias que as declarações do arguido tinham nestes casos a natureza de uma verdadeira prova documental, aproveitável na audiência em toda a sua extensão (Bernd Kuckuck, 1977: 151 e 152, que elenca as posições).

⁹⁷¹ O novo código alemão fixou expressamente o princípio da inadmissibilidade do julgamento de ausentes (§§ 229 e 327 da StPO alemã), admitindo a excepção do julgamento dos arguidos com paradeiro desconhecido ou residência no estrangeiro quando a comparência no tribunal competente não fosse possível nem oportuna, quando se indiciasse a prática de delitos puníveis apenas com pena de multa ou confiscação ou do crime de deserção ao serviço militar. Além destes casos, o arguido com paradeiro conhecido e notificado podia ser julgado na sua ausência quando a infracção fosse punível com pena de multa, prisão simples (*Haft*) ou confiscação ou quando residisse longe do tribunal, requeresse o julgamento na sua ausência e o tribunal estimasse que o delito seria punido apenas com prisão até seis semanas, multa ou confiscação. O julgamento naqueles casos, como nestes, obedecia às regras comuns, sendo admissível a representação do arguido na audiência e a interposição de recurso pelo representante ou a repetição da audiência de julgamento requerida pelo arguido notificado, mas não representado ou que não tivesse requerido a dispensa da presença. A doutrina atribuiu esta inovação à preeminência dada pelo legislador aos princípios da imediação e da oralidade (Hugo Meyer, 1879: 221 a 223), ao princípio da acusação (Meves, 1879: 383) ou ao princípio da verdade material (Karl Birkmeyer, 1898: 104 a 107). Ao invés, no novo direito austríaco, só se admitia o julgamento de ausentes acusados da prática de delitos graves, que tivessem sido anteriormente interrogados por um juiz e notificados pessoalmente para a audiência de julgamento. O condenado podia deduzir oposição à decisão proferida na sua ausência.

⁹⁷² Alexandre Seabra, 1886 a: 2. Também no novo direito alemão o registo da prova só se verificava nos julgamentos realizados pelo juiz singular ou pelo tribunal de escabinos. A doutrina criticava a opção do legislador, advogando a consagração do registo da prova em todas as formas de processo, designadamente para garantia do processo de revisão (Fuchs, 1879: 110, August von Kries, 1892: 545, e Karl Birkmeyer,

justificada pelo autor com a necessidade de evitar a excessiva morosidade do registo por escrito da prova produzida nos julgamentos dos processos de polícia correcional. Na audiência de julgamento diante do tribunal colectivo o juiz presidente, que tinha instruído o processo, procedia à leitura das peças do processo que reputasse convenientes.

Na forma de processo para julgamento de coimas e transgressões, o réu era julgado com antecedência de pelo menos cinco dias, decorrendo o julgamento, se necessário, à revelia. No julgamento liam-se as peças do processo que as partes requeressem.⁹⁷³

Em face da confissão do réu, consagrava-se a solução do projecto de Navarro Paiva da omissão de prolação de sentença, pagando, contudo, o réu apenas a quantia média entre o máximo e o mínimo da moldura da multa e não o máximo desta, como previa Navarro Paiva. Não confessando o réu, as causas de coimas julgadas pelo juiz de direito ou pelo juiz municipal seriam processadas como as de polícia, com registo da prova quando as partes o requeressem,⁹⁷⁴ ao invés das causas de coimas julgadas por juizes de paz, em que nunca se registava a prova. Neste caso, a parte recorrente requeria a repetição do julgamento com a mesma prova diante do juiz de direito ou do juiz municipal competente, consagrando-se uma garantia mais ampla do que a do terceiro projecto de Navarro Paiva para as decisões dos juizes ordinários.⁹⁷⁵

No tocante aos recursos ordinários, à imagem da regulamentação restritiva das novas leis alemã e austríaca e contrariamente a toda a tradição liberal portuguesa, a

1898: 442, e Robert von Hippel, 1941: 538). No direito austríaco, consagrava-se o dever de registar o conteúdo dos depoimentos quando eram prestados pela primeira vez na audiência de julgamento ou quando contrariavam o conteúdo de um anterior depoimento.

⁹⁷³ O código alemão previa, ao invés, em casos muito restritos uma forma de processo mais rápida, caracterizada pela supressão da acusação escrita e do despacho judicial de abertura da fase de julgamento. Esta forma de processo só era aplicável nos *Schöffengericht* quando o arguido tivesse cometido transgressões ou, no caso de outras infracções, quando se apresentasse voluntariamente a julgamento ou fosse detido provisoriamente. O juiz singular também podia aplicar esta forma de processo quando o arguido tivesse cometido uma transgressão, fosse detido e confessasse e o Ministério Público concordasse com o julgamento sem juizes leigos. Ao desfavor com que o legislador alemão viu esta forma de processo correspondeu a prática com uma aplicação muito reduzida (Robert von Hippel, 1941: 509).

⁹⁷⁴ Da interpretação conjugada dos artigos 334 e 336, § único, do projecto verifica-se que a remissão do artigo 334 para os termos do artigo 324 se deve a mero lapso, devendo ler-se a menção como feita para o artigo 322.

⁹⁷⁵ Esta ideia já tinha sido apresentada pelo autor no “Projecto do Código de Processo Civil Portuguez”, de 1869, justificando o autor a repetição do julgamento diante do juiz de direito com o argumento de que “é muito preferível este systema á ideia de fazer escrever os depoimentos, porque isso tornaria excessivamente dispendioso estes processos” (Alexandre Seabra, 1869: 72 (projecto) e 22 (motivos).

apelação era admitida da sentença condenatória ou absolutória proferida no juízo correcional, mas não da sentença condenatória proferida pelo juiz em julgamento com intervenção de jurados.⁹⁷⁶ O âmbito da apelação era, em regra, restringido às questões que poderem ser apreciadas “independentemente do depoimento das testemunhas inquiridas oralmente na audiência do julgamento” (artigo 387), só assim não acontecendo quando alguma das partes processuais tivesse requerido a redução a escrito de toda a prova de julgamento.⁹⁷⁷ O processamento deste recurso limitava-se à discussão da causa, podendo o tribunal de recurso conhecer também de novos documentos.⁹⁷⁸

Também esta proposta do autor saiu vencida na comissão governamental (Campos Andrada e Cancellà d' Abreu, 1917: 126).

⁹⁷⁶ Na sequência da solução radical do código austríaco, que consagrou o recurso de apelação apenas no tocante à culpa nos processos por transgressões e no tocante à pena e aos interesses cíveis nos processos por crimes e delitos, como uma decorrência lógica da consagração do princípio da imediação e da oralidade na primeira instância (Emanuel Ullmann, 1879: 91), o legislador alemão concebeu uma solução intermédia entre os que propunham a adopção generalizada da apelação e os que, como no projecto final da comissão, a rejeitavam de todo. A solução intermédia vedava a apelação das decisões finais da *Strafkammer* e admitia-a das decisões finais do *Schöffengericht*. Os adeptos da apelação aceitaram a inadmissibilidade da interposição deste recurso das decisões finais da *Strafkammer*, com base no argumento de que ela era composta por cinco juízes togados e no de que se tinha introduzido um recurso de revisão generoso. Os críticos da apelação conformaram-se com a apelação das decisões finais do *Schöffengericht*, por considerarem que o processo sumário e sem instrução judicial prévia utilizado nestes tribunais não oferecia garantias suficientes (Friedrich von Schwarze, 1879: 262 a 266, August von Kries, 1892: 648 e 649, e Gerhard Fezer, 1974 b: 20 e 21). O compromisso foi criticado, sobretudo no tocante à admissibilidade da apelação das decisões dos *Schöffengerichte* (Adolf Dochow, 1879: 133, e Karl Birkmeyer, 1898: 519 e 520, 697 e 698). A partir da década de oitenta, sucederam-se, sob a pressão popular, as propostas de reforma do sistema de recursos, no sentido da introdução do recurso de apelação das decisões da *Strafkammer* (Michael Stumpf, 1988: 56 a 60). A restrição do objecto do recurso de apelação era compensada no direito austríaco, por duas soluções inovadoras, desconhecidas do direito alemão. Por um lado, o recurso de *Revision* era mais amplo no direito austríaco, permitindo a sindicância da “desconformidade com os autos” (*Aktenwidrigkeit*, § 281, n. 5 da StPO austríaca) (contra, do ponto de vista teórico, Friedrich von Schwarze, 1879: 292, e Schwinge, 1960: 246 e 247, e a favor, Alsberg, 1913: 45, e 1928: 487) e, por outro, era admissível um “recurso extraordinário de revisão” (*ausserordentliche Revision*, § 362 da StPO austríaca), com base em dúvidas graves sobre a exactidão dos factos que tivessem servido de fundamento para a decisão (a favor, do ponto de vista teórico, Alsberg, 1913: 46, e Schwinge, 1960: 249 e 250), que funcionava em termos práticos como um meio de manter a pureza do recurso da *Revision* e, simultaneamente, satisfazer as necessidades de justiça no caso concreto. Acresce que a “queixa de nulidade para defesa da lei” (*Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes*) do direito austríaco transformou-se em um recurso normal, pois o tribunal superior podia absolver ou aplicar uma lei mais suave (Schwinge, 1960: 218).

⁹⁷⁷ Mais tarde, nas bases para a reforma judiciária, Alexandre Seabra propôs uma solução algo diferente. O recurso para a Relação no processo de polícia só tinha lugar “quanto á pena applicada, ou a questão, cuja decisão não dependa da apreciação dos depoimentos verbaes das testemunhas” (Alexandre Seabra, 1887: 14).

⁹⁷⁸ A proposta de Alexandre Seabra ficava, neste particular, muito aquém do regime amplo de produção de prova amplo do novo código alemão. A organização da audiência de julgamento no tribunal de apelação constituiu uma das novidades mais importantes do novo código alemão, que previa a repetição da inquirição das testemunhas e dos peritos já ouvidos na primeira instância, salvo se ela fosse considerada desnecessária pelo tribunal ou pelas partes, e a possibilidade de produção de meios de prova novos. Além dos casos admitidos na primeira instância, a leitura dos depoimentos anteriores das

Contudo, o autor não deixou o juízo dos jurados acima de toda a sindicância, manifestando mesmo a firme convicção de que também os jurados podiam errar e de que a solução consagrada no direito vigente do controlo pelo juiz da iniquidade das respostas dos jurados era insuficiente, sendo certo que a prática se encarregava de colmatar essa insuficiência por via da manipulação do regime das nulidades, “inventando muitas vezes faltas, que, ou não existem, ou nenhuma importancia têm”. A faculdade de o juiz anular as respostas iníquas dos jurados, que era “uma anomalia, que mal póde explicar-se”,⁹⁷⁹ foi por isso suprimida, dando lugar a um direito das partes de requerer a repetição do julgamento, com os meios de prova do primeiro julgamento, diante de um outro tribunal de júri mais qualificado. A decisão deste tribunal, que era composto por jurados da comarca onde se tivesse realizado o primeiro julgamento e de duas outras mais próximas e presidido por um desembargador do respectivo distrito da Relação, tendo por adjuntos o juiz de direito da comarca e o seu primeiro substituto, não admitia qualquer recurso ordinário.⁹⁸⁰

Também a regulamentação do objecto da revista se afastava das soluções amplas do anterior projecto de Navarro Paiva, quer no que toca à competência do Supremo Tribunal de Justiça para conhecer da prova, admitindo-se apenas o controlo da aplicação errada da lei “na criminalidade do facto, e na prova do mesmo, com relação á

testemunhas e dos peritos tinha lugar quando o tribunal tivesse prescindido das testemunhas e as não tivesse notificado para estarem presentes, quando a sua inquirição não tivesse sido atempadamente requerida pelo arguido e ainda quando o arguido e o Ministério Público prescindissem da inquirição das testemunhas notificadas. A prática era a de o tribunal de recurso se satisfazer com o registo da prova, em regra, muito deficiente, realizado no tribunal de primeira instância, em prejuízo dos princípios da imediação e da oralidade (Friedrich von Schwarze, 1879: 277 a 281, August von Kries, 1892: 656 a 657, Ernst Beling, 1894: 18, Karl Birkmeyer, 1898: 530 e 531, Sally Maas, 1907: 55 e 56, Johannes Nagler, 1909: 177 e 178, e e Hans Rudolphi, 1934: 12 a 14, 21 e 22). A regulamentação austríaca do julgamento no tribunal de apelação era ainda menos favorável aos princípios da imediação e da oralidade (Julius Glaser, 1883: 255 e 256), pois a lei mandava julgar, em regra, de acordo com a prova escrita dos autos. A repetição da inquirição das testemunhas e dos peritos já ouvidos só devia ocorrer quando o tribunal de recurso tivesse dúvidas graves sobre a exactidão de factos considerados como provados na decisão recorrida. A audição de novas testemunhas e peritos só era admitida quando pudessem provar a falsidade de factos importantes considerados como provados pelo primeiro juiz.

⁹⁷⁹ Alexandre Seabra, 1886 a: 1.

⁹⁸⁰ Esta proposta tinha já tido sido apresentada pelo autor no “Projecto do Código de Processo Civil Portuguez”, de 1869, onde se previa a interposição de recurso para um novo júri quando o juiz não tivesse anulado as respostas como iníquas. A decisão do segundo júri não podia ser impugnada nem anulada pelo juiz como iníqua. A justificação da interposição de recurso para um segundo júri mais amplo era a de que só ele permitia “evitar os erros de uma primeira decisão precipitada ou iníqua” (Alexandre Seabra, 1869: 46 (projecto) e 16 (motivos). A proposta foi recusada pela comissão governamental, depois de uma primeira votação empatada (Campos Andrada e Cancellal d’ Abreu, 1917: 78 e 210). Nas bases para a reforma da organização judiciária, Alexandre Seabra (1887: 16) insistia na proposta, expunha novos argumentos e propunha ainda a revogação do júri especial previsto no artigo 4 da Lei de 1.7.1867, uma vez que a faculdade da interposição do recurso tornaria inútil o pedido de formação deste júri especial.

pronúncia” (artigo 38, 1º),⁹⁸¹ quer no que respeita ao regime das nulidades, abolindo-se a nulidade que servia como instrumento da praxe intervencionista do Supremo Tribunal de Justiça e constituía o objecto de maior contestação da doutrina, a da omissão de actos essenciais à descoberta da verdade. Já no tocante ao processamento e aos efeitos da revista, o projecto seguia, tal como o fizera Navarro Paiva, o modelo clássico francês da cassação, com as correcções da lei portuguesa de 19.12.1843 e do recente CPC, não acolhendo o novo modelo da revista consagrado no § 394 da StPO alemã e já anteriormente no § 288, III da StPO austríaca.⁹⁸²

O carácter restritivo da regulamentação dos recursos ordinários era ainda acentuado pela previsão de um regime de prisão preventiva por seis meses sem qualquer indicição de culpa, idêntico ao sugerido no terceiro projecto de Navarro Paiva, e de um regime de prestação obrigatória de caução, mais gravoso do que o do terceiro projecto de Navarro Paiva no que respeita aos crimes correcionais, mas mais benéfico no que toca aos crimes de polícia,⁹⁸³ a possibilidade da *reformatio in pejus* e a inexistência de prazos de prisão preventiva depois da condenação. Só as regras de imputação e de ponderação do tempo de prisão preventiva na pena definitiva e de prestação de fiança pelo réu julgado em processo de querela e condenado em pena correcional, que

⁹⁸¹ Nas bases para a reforma judiciária, Alexandre Seabra já não limitava a competência do STJ para conhecer de questões que dependessem da apreciação da prova ao recurso interposto da pronúncia (1887: 18).

⁹⁸² O autor abandonava deste modo as propostas feitas no “Projecto do Código do Processo Civil Portuguez”, de 1869, de julgamento definitivo pelo STJ apenas das questões relativas à competência, alargando-se o objecto do recurso à questão de facto nas causas em que não intervissem jurados e abolindo-se a segunda revista. Concedida a revista, a causa era reenviada a outra Relação, onde o vencimento definitivo por opinião contrária ao STJ exigia cinco votos conformes. A justificação para estas “mudanças radicaes” no que toca ao objecto da revista era a de que “é melhor dar francamente ao supremo tribunal de justiça o direito de cassação absoluto, ou por erro de apreciação de facto ou direito, do que estar a crear-lhe peias, de que se liberta facilmente pela porta falsa das nulidades”, sendo certo que as distinções entre as questões de facto e de direito eram “metapysicas e abstrusas”. No que respeita à proibição da dupla revista, não se admitia a terceira instância “porque atrás d’ essa viria a quarta e a quinta” (Alexandre Seabra, 1869: 119 e 120 (projecto) e 38 (motivos)). Estas propostas foram reprovadas pela comissão governamental, que aprovou logo o novo sistema de dupla revista que a lei viria a consagrar (Campos Andrada e Cancellal d’ Abreu, 1917: 203 e 206). No “Projecto Definitivo do Código de Processo Civil”, de 1872, o autor bater-se-ia ainda por elas e, sobretudo, pela extinção da distinção “toda artificial” e de “nenhuma importancia” entre a questão de facto e a de direito no julgamento da revista, mas sem êxito (Alexandre Seabra, 1872: 191 e p. 9 da exposição impressa a final).

⁹⁸³ No projecto de Alexandre Seabra, o regime da prestação excepcional de fiança por réu não detido em flagrante e julgado no processo de polícia era igual ao do direito positivo, omitindo os casos do arguido ratoneiro e do vadio propostos no terceiro projecto de Navarro de Paiva. A distinção era justificada pela circunstância de no projecto de Navarro de Paiva o processo de polícia ter, como se viu já, um objecto mais amplo, incluindo crimes puníveis com pena de prisão até dois anos. Pelo contrário, a prestação obrigatória de caução pelo detido em flagrante delito de um crime correcional ou julgado em processo de polícia ficava aquém da regra ampla de dispensa prevista no terceiro projecto de Navarro de Paiva.

coincidiam com as previstas pelo direito positivo, diminuían o efeito nocivo desta regulamentação.

Em jeito de compensação, o recurso de revisão de sentença era muito amplo, quer nos seus fundamentos quer nos meios de prova admissíveis. Ao invés do primeiro e do terceiro projectos de Navarro Paiva, o projecto admitia um recurso extraordinário de qualquer sentença condenatória, resultante da improcedência da acusação que fosse provada por meios de prova testemunhal ou documental, aproximando-se assim do disposto no § 399 da lei alemã de 1877.⁹⁸⁴

Se o princípio da imediação sofria do mesmo défice do direito vigente em qualquer das formas de processo do projecto, em face do regime de leitura das peças processuais e dos depoimentos das testemunhas prestados na instrução, a realização do princípio da acusação não era promovida pela competência instrutória dos juízes de paz e municipais nos julgados que não fossem cabeça de comarca, pois esta competência era limitada e provisória, restringindo-se aos processos por crimes em que fosse admissível fiança e mantendo-se somente enquanto os juízes de direito não tomassem conhecimento deles.

Contudo, a restrição de poderes do juiz de direito de orientação e de censura *a posteriori* da actividade do júri, quando conjugada com a manutenção da ampla competência do tribunal de júri do direito vigente, não obstante as invectivas dos defensores da introdução do processo correcional, e com a consagração da sua intervenção no julgamento dos réus ausentes, demonstravam não só o favor do autor para com a instituição do júri, mas também o propósito de proceder a uma revalorização da imparcialidade dos membros letrados e não letrados deste tribunal. Simultaneamente, o autor sugeria a fixação da maioria absoluta para o vencimento da decisão do júri, o que facilitava o funcionamento deste tribunal.

Por sua vez, a intervenção do tribunal colectivo no julgamento do processo de polícia constituía uma melhoria do direito vigente, cujo impacto positivo na realização do princípio da acusação era, no entanto, diminuído pela participação no julgamento do juiz instrutor do processo como presidente do colectivo.

A garantia de dois graus de recurso em matéria de facto no processo de polícia

⁹⁸⁴ Esta disposição era ainda mais ampla, pois permitia a interposição do recurso extraordinário pelo réu condenado ou pelo Ministério Público, no interesse daquele, com vista à absolvição do réu ou apenas à redução da pena aplicada.

pouco adiantava, atentas a excepcionalidade da sindicância da matéria de facto, a sua limitação à prova registada nos autos e à prova documental nova e ainda a supressão da sindicância oficiosa da suficiência das diligências de prova. Os réus julgados por jurados e por juízes de paz beneficiavam de uma garantia mais ampla, a da repetição do julgamento perante um tribunal mais qualificado.

Ao invés do que comumente se afirma, o projecto de Alexandre Seabra não foi uma mera adaptação do terceiro projecto de Navarro Paiva.⁹⁸⁵ Embora tivesse tomado como base do seu trabalho o terceiro projecto de Navarro Paiva, com o propósito de proceder à sua revisão em face da reforma judiciária resultante da publicação da Lei de 29.7.1886, Alexandre Seabra introduziu-lhe, sob a influência do modelo da StPO alemã, modificações tão significativas que transformavam substancialmente a estrutura do processo penal vigente. Se o terceiro projecto de Navarro Paiva merecia ainda o epíteto de “pouco reformador”,⁹⁸⁶ o projecto do jurista de Anadia constituía uma verdadeira *revolutio* do direito vigente.

3. A Proposta de Código de Processo Penal de José de Alpoim Borges Cabral (1899)

A proposta de Código de Processo Penal apresentada pelo ministro da justiça, José de Alpoim Borges de Cabral, correspondeu ao propósito político de atacar a situação crítica da legislação processual penal no final do século XIX.⁹⁸⁷ O diagnóstico

⁹⁸⁵ Dias da Silva (1903: 762), Marnoco e Souza (1907: 27) e Abel de Andrade (1925 a: 115) diziam que o projecto de Alexandre Seabra “parece moldado sobre” o terceiro de Navarro de Paiva. Caeiro da Matta (1919: 26) afirmava que o projecto de Seabra “era calcado” sobre o terceiro de Navarro de Paiva e Bessone de Abreu (1932: XXXIV) repetia até o verbo utilizado. Luís Osório (1932 a: 33) afirmava que o projecto de Seabra é “muito semelhante” ao de Navarro de Paiva e com exactamente as mesmas palavras se pronunciava António Barreiros (1981a: 65). Nenhum destes autores fundamentava a afirmação feita.

⁹⁸⁶ Alexandre Seabra, 1886 a: 1.

⁹⁸⁷ O projecto foi apresentado pelo ministro da justiça como proposta de lei na sessão da Câmara dos Deputados de 6.3.1899, embora não tivesse sido apreciado. Ficou conhecida como a proposta José de Alpoim pela associação ao nome do ministro que a apresentou. O projecto foi elaborado pelo juiz de direito Francisco Maria Veiga e pelo magistrado do Ministério Público Trindade Coelho (Abel de

feito pelo ministro no relatório da proposta era severíssimo, qualificando aquela legislação nestes termos: “a instituição, cheia de rebocos á superfície, era nos alicerces, e na sua trama geral e íntima, (mas organica a despeito de tudo) completamente caduca e insustentavel – e dia a dia cada vez mais !”.⁹⁸⁸

Embora anunciasse a intenção de “fazer tábua-raza sobre tudo quanto existia escripto e em vigor em materia de processo penal”, o legislador reconhecia que a proposta se inspirava na Novíssima e “nos multiplos diplomas avulsos que, sobre direito penal adjectivo, vem pejando, há largos anos, a legislação do nosso paiz”, evitando copiar e compilar estes diplomas e procurando sobretudo “a lição da prática”. O legislador admitia também a influência do direito adjectivo civil, conferindo-lhe o papel de direito subsidiário e seguindo “quanto possivel o plano do codigo do processo civil”.⁹⁸⁹

O código estava dividido em apenas dois livros, o primeiro sobre o processo em geral e o segundo sobre o processo em especial, totalizando 331 artigos.⁹⁹⁰

A organização dos tribunais com competência criminal era distinta da do direito vigente, atribuindo-se toda a competência instrutória e judicativa apenas a juizes letrados, os juizes de direito e os juizes municipais, sem prejuízo da competência instrutória delegada dos juizes de paz.⁹⁹¹

A proposta admitia três formas de processo ordinário, o de querela, o correccional e o de polícia,⁹⁹² que tinham sensivelmente o mesmo âmbito de aplicação da lei vigente, não obstante o critério definidor do objecto de cada forma do processo

Andrade, 1925 a: 115, José Mourisca, 1931: 10, e Luís Osório, 1932 a: 33). Caeiro da Matta (1919: 26) atribuía a paternidade do projecto ao segundo autor e a um outro, Corrêa Paiva. Têm razão os primeiros autores. Francisco Maria Veiga assumiu a co-autoria do projecto com Trindade Coelho no seu conhecido manual (1908: 90).

⁹⁸⁸ José de Alpoim Cabral, 1899: 1.

⁹⁸⁹ José de Alpoim Cabral, 1899: 2.

⁹⁹⁰ A arrumação das matérias de acordo com esta divisão formal do código foi submetida a crítica por Dias da Silva (1899: n. 1420, p. 514) e Caeiro da Matta (1919: 37), que apontavam algumas incoerências, como por exemplo a colocação da matéria de incidentes, excepções e recursos no livro segundo.

⁹⁹¹ Os juizes municipais só tinham competência para julgar os crimes de polícia. Em uma versão prévia da proposta os autores ponderaram mesmo a restrição da competência dos juizes municipais aos crimes puníveis com pena de prisão até três meses ou pena de desterro até seis meses e a atribuição aos juizes de paz de competência instrutória criminal e de julgamento de transgressões, o que não se veio a concretizar-se na proposta definitiva.

⁹⁹² Dias da Silva (1899: n. 1422, p. 18, e 1903: 773) e Marnoco e Souza (1907: 116) criticavam esta divisão das formas de processo, por utilizar a designação de processo ordinário com um sentido distinto do que a tradição lhe conferia de processo mais solene. Dias da Silva propunha a divisão do processo comum em três formas, a ordinária, a sumária ou de polícia e a correccional ou intermédia. As formas

ser, em regra, o da natureza da pena aplicável e já não o da gravidade abstracta da pena aplicável.⁹⁹³ As inovações mais relevantes eram a do julgamento em processo correcional com vista a aplicação de qualquer pena de suspensão de direitos políticos ou de emprego e a do julgamento de polícia para aplicação de qualquer multa. As formas de processo especial eram a do julgamento dos factos puníveis cometidos pelos magistrados judiciais e do Ministério Público, empregados do corpo diplomático e bispos das dioceses do ultramar, a do julgamento no caso de ser admissível a prova da difamação, a do julgamento de menores de dez anos e a de julgamento de ausentes.⁹⁹⁴

Na fase do processo preparatório do processo ordinário, embora se mantivesse o segredo, admitia-se o réu a apresentar documentos, que seriam sempre juntos aos autos, e testemunhas, que seriam inquiridas conforme se julgasse conveniente, e a intervir em exames, quando fosse necessário, perdendo deste modo o corpo de delito “esse quasi character de devassa que o assinalava”.⁹⁹⁵ Contudo, só o Ministério Público podia assistir às inquirições das testemunhas⁹⁹⁶ e o réu não podia ser acompanhado por um defensor no respectivo interrogatório nem na realização de exame. Acresce que a consagração de uma cláusula aberta de recepção de todos os casos de equiparação legal ou regulamentar de autos policiais e administrativos a corpos de delitos e a fixação do

especiais seriam aquelas que fossem criadas em atenção à posição do arguido, como era o caso dos magistrados, ou à natureza do crime, como a forma de julgamento dos crimes de anarquismo.

⁹⁹³ Dias da Silva (1899: n. 1423, pp. 33 e 34) censurava o facto de a proposta se afastar do direito vigente neste ponto, sem que simultaneamente se criasse uma escala de gravidade relativa das penas.

⁹⁹⁴ Contudo, a proposta ressaltava também a vigência dos processos especiais criados pelas Leis de 13.2.1896 e de 7.7.1898, além do processo para julgamento dos crimes de descaminho e contrabando. Toda a restante legislação processual penal relativa aos crimes comuns ficaria revogada. Dias da Silva (1899: n. 1420, pp. 530 e 531) criticou veementemente esta opção por ela não salvaguardar a legislação processual militar relativa ao julgamento de crimes comuns, a legislação referente aos crimes da competência da câmara dos pares, a relativa ao julgamento de transgressões e coimas e ainda a respeitante ao julgamento dos crimes e delitos da marinha mercante.

⁹⁹⁵ José de Alpoim Cabral, 1899: 4. Uma primeira versão da proposta previa a consagração do princípio da publicidade de todos os actos processuais da fase preparatória, com a excepção daqueles do corpo de delito que o juiz expressamente determinasse em despacho fundamentado, mas este princípio verdadeiramente revolucionário não vingou. Dias da Silva (1899: n. 1432, pp. 177 e 178) considerava “pouco defensável” e “pouco racional” o sistema adoptado na proposta, pois punha o exercício da defesa na dependência do arbítrio do juiz, advogando, ao invés, o princípio consagrado no novo direito alemão de intervenção necessária do réu em todas as diligências probatórias do processo preparatório que não pudessem ser repetidas na audiência de julgamento. O argumento invocado pelo ministro da justiça de que o segredo do processo preparatório decorria do artigo 126 da Carta era muito justamente ultrapassado pelo crítico, com a afirmação de que aquele artigo não tinha valor constitucional, como resultava do disposto no artigo 144 da mesma Carta, e apenas impunha um mínimo e “não um máximo de publicidade”.

⁹⁹⁶ Também este favor concedido ao Ministério Público na fase preparatória era criticado por Dias da Silva (“Desde que se conserva afastado o acusado, exige a igualdade do duello judiciario que da mesma maneira se proceda a respeito dos agentes do ministerio publico”, Dias da Silva, 1899: n. 1464, p. 147).

início do prazo para a formação de culpa do arguido detido no dia “da sua apresentação em juízo”, legitimando as detenções para averiguações, favorecia a autonomia de um processo pré-judicial de investigações, em que o suspeito não tinha qualquer protecção.

Findo o corpo de delito, que abarcava a investigação do facto criminoso e dos seus autores, como mandava a Lei desde 1892, o Ministério Público em “requerimento de acusação”, quando o processo fosse de polícia ou correcional (artigos 289, § 1, 290 e 296), ou em “querela”, quando se tratasse de processo ordinário (artigo 297), sintetizava os factos imputados ao réu e as disposições legais violadas e arrolava a prova da acusação, ao que se seguia a pronúncia do juiz, se o processo fosse de querela ou correcional, ou o despacho de designação da data para julgamento, se o processo fosse de polícia. Deste modo, os autores da proposta acolhiam a tese já defendida treze anos antes por Alexandre Seabra e aboliam o libelo acusatório, antecipando a dedução da acusação para um momento anterior à prolação da pronúncia.⁹⁹⁷

Ao juiz era reconhecida não só a competência para ordenar a devolução ao Ministério Público dos autos para dedução de acusação, quando este tivesse promovido o arquivamento dos autos, como para pronunciar pessoas que se mostrassem culpadas pelo corpo de delito não incluídas na promoção do Ministério Público. O Ministério Público podia recorrer destes despachos e o recurso interposto tinha efeito suspensivo.

No início da audiência de julgamento no processo de querela, procedia-se à leitura do corpo de delito directo, da querela, da pronúncia e da contestação, sendo admitida a leitura da prova testemunhal produzida no processo preparatório não só nos casos já consagrados na Novíssima de morte ou impossibilidade de notificação da testemunha e da falta de testemunha notificada, mas também quando a parte apresentante tivesse prescindido do seu comparecimento pessoal. A esta regra nova, que tinha um efeito perverso para o princípio da imediação, acrescia ainda uma outra, com um efeito idêntico, a da interdição da passagem de cartas precatórias ou rogatórias para

⁹⁹⁷ Dias da Silva (1899: n. 1485, p. 483) não se opunha à eliminação do libelo acusatório desde que ficasse ressalvada a competência judicial exclusiva para encerrar a fase de instrução do processo. Mais tarde, o mesmo autor veio a reconhecer (Dias da Silva, 1899: n. 1487, pp. 514 e 515) o quão “illusorias” eram as apregoadas vantagens do despacho judicial prévio obrigatório, pois “raríssimas vezes o juiz discorda da promoção do ministerio publico”, razão pela qual o autor passou a defender a implantação do sistema austríaco de intervenção judicial facultativa no final do processo preparatório, quando o réu reclamasse contra a acusação deduzida pelo Ministério Público. A reclamação seria admissível com certos fundamentos e com um só grau de jurisdição nos crimes correcionais e com maior amplitude, quer quanto aos fundamentos, quer quanto aos graus de jurisdição admissíveis, nos crimes mais graves. Para os crimes de polícia o autor sugeria a citação directa.

inquirição de testemunhas quando elas já tivessem deposto nos autos preparatórios. Deste modo, o regime de leitura na audiência de julgamento dos depoimentos prestados pelas testemunhas no processo preparatório ainda ficava aquém do praticado na sequência da aprovação do já mencionado Decreto n. 1, de 15.9.1892, mas era consideravelmente ampliado em relação ao direito vertido na Novíssima.

Este regime de produção da prova correspondia a um propósito claro de aceleração processual e de máximo aproveitamento dos meios de prova disponíveis, a que também obedeciam o alargamento da faculdade do réu de apresentação de novas testemunhas durante a discussão da causa às outras partes processuais e o conhecimento durante a audiência de julgamento de circunstâncias agravantes de que resultasse uma nova classificação dos factos constantes da acusação, com a limitação, já apresentada no projecto de Navarro Paiva de 1882, de que a condenação nunca poderia importar pena mais grave do que a aplicável ao facto segundo a classificação que lhe tivesse sido dada pela pronúncia ou por outro despacho equivalente.⁹⁹⁸

No tocante aos meios de impugnação, admitiu-se a interposição de recurso de todas as decisões, sem qualquer alçada, através dos três graus de jurisdição, mas limitou-se a obrigatoriedade de o Ministério Público interpor recurso às decisões recorridas que impusessem pena excedente a quatro anos de prisão maior celular.

O âmbito do objecto do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça foi ampliado, conhecendo este tribunal também de facto, quando sobre este se tivesse pronunciado em primeira instância o tribunal singular. Previu-se também o recurso da sentença proferida em harmonia com a decisão do segundo júri, quando as respostas do primeiro tivessem sido anuladas por iníquas, sendo a prova no segundo julgamento registada e abrangendo o recurso nos tribunais superiores o conhecimento da matéria de facto fixada no segundo julgamento.

Restringiu-se fortemente o âmbito das nulidades insanáveis, extinguindo-se, por um lado, a da preterição de actos e termos essenciais para a descoberta da verdade e, por outro, incluindo-se nele a da falta de quesitos sobre os elementos constitutivos do

⁹⁹⁸ Esta limitação era, no entanto, inconsistente com a possibilidade de o tribunal conhecer, sem restrições, dos referidos elementos quando eles fossem descobertos depois da condenação, seguindo-se então os termos do processo competente e levando-se em conta a pena que o réu já tivesse sofrido. A nova possibilidade de um segundo adiamento com base na falta da testemunha só aparentemente contrariava o propósito de aceleração processual, pois dependia do acordo de ambas as partes e, portanto, estava votada a ser uma disposição sem aplicação prática.

acto punível e sobre cada uma das circunstâncias agravantes, atenuantes ou dirimentes alegadas e a da manifesta contradição dos quesitos, quando dela resultasse não poder conhecer-se a intenção do júri. A nova regra do conhecimento oficioso das nulidades não consubstanciava um verdadeiro regresso ao regime de processamento das nulidades do direito positivo anterior a 1892, pois agora era exigido o voto unânime dos juizes de recurso para decretação de qualquer nulidade.⁹⁹⁹

Os termos do processamento e do julgamento dos recursos eram, tal como no direito então vigente, os dos agravos de petição em matéria cível, mas esclarecia-se definitivamente a questão da inadmissibilidade da reparação da sentença apelada. Se o regime de detenção preventiva do réu condenado em processo de querela por crime punível com pena maior fixa e de prestação obrigatória de caução pelo réu condenado em processo correccional coincidia com o do direito vigente desde 1886, foram, no entanto, introduzidas quatro modificações muito significativas ao regime das medidas cautelares e de coacção, tendo todas em comum o agravamento da posição processual do réu na fase posterior à prolação da sentença. Com efeito, a prestação obrigatória de caução pelo réu condenado em processo de polícia, a prisão preventiva obrigatória do réu julgado em processo de querela por crime punível com pena maior temporária, ainda que tivesse sido condenado em pena correccional, a detenção preventiva obrigatória no caso do arguido absolvido em processo de querela por crime punível com pena maior fixa e a prestação de caução obrigatória no caso do arguido absolvido em processo de querela por crime punível com pena maior temporária dificultavam o exercício do direito ao recurso pelo réu e colocavam-no na inteira disponibilidade da parte acusadora.

A imputação da prisão preventiva no cumprimento da pena correccional e a ponderação de toda a prisão preventiva sofrida como circunstância atenuante da pena maior, que reproduziam as regras em vigor desde 1884, atenuavam, mas não supriam, aquele efeito negativo, pois não havia prazos para a prisão preventiva depois da condenação e a pena aplicada pela primeira instância podia ser agravada pelo tribunal de recurso.

⁹⁹⁹ Dias da Silva considerava “inteiramente inaceitável” esta inovação (1899: n. 1434, p. 210), pois ela revelava uma “aversão pela nulidade” que prejudicava o sistema das garantias processuais do réu, aderindo, ao invés, a uma solução intermédia entre a solução do artigo 13, n. 14, da Lei de 18.7.1855 e a solução restritiva da proposta de José de Alpoim de 1899, a propugnada no projecto de Navarro de Paiva de 1886.

O recurso de revisão era alargado em relação ao direito então vigente, admitindo-se de todas as sentenças absolutórias e condenatórias, independentemente da gravidade objectiva do crime imputado. Optava-se por uma enunciação dos fundamentos da revisão, neles incluindo, além dos casos da Novíssima, o de aparecimento da pessoa considerada morta em consequência do crime, o de surgimento de documento novo que a parte não pudesse ter ao tempo em que foi proferida a sentença e de testemunha cuja existência fosse ignorada ao tempo da decisão ou que não fosse possível ter feito comparecer até àquele momento. O Supremo Tribunal de Justiça decidia em secções reunidas se cabia revista, processando-se a novo julgamento nos termos ordinários.

O processo de polícia e o correccional eram muito aproximados, em ambos competindo a dedução da acusação ao Ministério Público em face dos autos de corpo de delito e sendo admissível a intervenção de uma parte acusadora privada. O despacho de pronúncia do juiz no processo correccional e o despacho de designação de data para julgamento no processo de polícia eram recorríveis até ao Supremo Tribunal de Justiça, conhecendo os tribunais superiores da criminalidade do facto e da correcção da sua classificação jurídica, sem entrarem na apreciação da prova, ao invés do que ocorria no recurso da pronúncia no processo de querela. A produção da prova na audiência de julgamento era realizada com base no confronto constante com a prova do processo preparatório, prevendo-se o registo da prova em ambas as formas de processo de polícia e correccional apenas do que constituísse alteração ou aditamento daquela prova, salvo se as partes prescindissem do recurso.¹⁰⁰⁰

A forma de processo para julgamento de réus ausentes era muito alterada. Pronunciado o réu por crime punível com pena maior fixa de prisão ou degredo, o processo aguardaria por dez anos a prisão do réu e, não ocorrendo esta, seria o réu intimado por éditos para que comparecesse em juízo. O réu ausente era julgado sem a intervenção do júri, devendo o Ministério Público recorrer obrigatoriamente da decisão, qualquer que fosse o seu sentido. Transitada a decisão, ela seria logo executada, não tendo o réu outro meio de defesa.

¹⁰⁰⁰ As verdadeiras diferenças entre estas formas de processo residiam, afinal, na previsão de que a audiência de julgamento devia distar da intimação da acusação do Ministério Público ao réu pelo menos quarenta e oito horas no processo de polícia e três dias no correccional, na possibilidade de dedução de defesa escrita no processo correccional e no prazo de interposição de recurso de apelação e de revista de três dias no processo correccional e de 24 horas no de polícia.

O déficit de realização do princípio da acusação do direito positivo era agravado em face da manifesta aversão dos autores da proposta pelo júri, não só por força dos poderes de censura da posição do Ministério Público pelo juiz no final do processo preparatório, mas também pela consagração de uma nova regra de competência do júri, nos termos da qual o tribunal de júri só conheceria os crimes da sua competência, cabendo ao juiz de direito julgar os restantes crimes no caso de acumulação.¹⁰⁰¹ Acrescia a esta regra de competência, uma outra regra, de natureza probatória, que fixava a presunção da confissão do réu que se recusasse a responder, diminuindo gravemente a liberdade decisória do julgador, fosse ele juiz singular ou jurado.¹⁰⁰²

Também o princípio da imediação era realizado em termos mais deficientes do que no direito consagrado na Novíssima, quer em face da faculdade mais ampla de leitura dos depoimentos prévios das testemunhas, quer das regras sobre o comparecimento não obrigatório do réu na audiência de julgamento no processo por crime não punível com pena corporal ou de repreensão,¹⁰⁰³ quer ainda da nova estrutura do processo para julgamento de réus ausentes, que não permitia a apresentação de qualquer defesa pelo réu depois de interposto o recurso obrigatório da sentença pelo Ministério Público e de esta ter transitado.

A abolição da alçada e a fixação da regra do duplo grau de recurso em todas as formas de processo ordinário com intervenção do juiz singular e mesmo da regra do triplo grau de recurso na forma mais solene do processo de querela visavam colmatar estes défices. Contudo, a limitação dos poderes dos tribunais de recurso, que só conheciam a prova registada nos autos e a nova prova documental junta, não permitia controlar os gravames cometidos ao réu na instância que pudessem resultar da valoração

¹⁰⁰¹ Só “a aversão para com o jury” podia justificar esta disposição contrária ao direito vigente e à lógica, segundo Dias da Silva (1899: n. 1447, p. 418). A questão em face do direito vigente não era linear, mas o crítico censurava o projecto a partir da interpretação mais ampla da competência do tribunal de júri.

¹⁰⁰² Esta disposição destoava do direito processual moderno e não se encaixava com o disposto no artigo 246 da proposta (Dias da Silva, 1899: n. 1479, p. 387).

¹⁰⁰³ Muito crítico em relação a esta opção manifestou-se Dias da Silva (1899: n. 1549, p. 419), considerando sem “fundamento plausível” a distinção feita pela proposta, pois “não se baseia na natureza da infracção, nem na gravidade da pena e na forma do processo”. O autor sugeria, ao invés, que se procedesse ao julgamento dos crimes na ausência do réu sempre que ele tivesse sido para o efeito notificado pessoalmente e que se suspendessem os processos em que essa notificação não tivesse ocorrido até à prisão do réu. Nos processos por transgressões de posturas, o juiz julgaria diante do auto de transgressão, ficando ao Ministério Público e ao réu ressalvada a faculdade de oposição perante o mesmo juiz para realização de um julgamento “com todas as garantias”. A inspiração para esta sugestão ia o autor buscá-la ao disposto na StPO alemã.

da prova testemunhal, a que só a revisão ampla da sentença transitada podia excepcionalmente acorrer.

Esta proposta não teve melhor sorte do que os projectos anteriores,¹⁰⁰⁴ tendo sido necessário aguardar pela instauração do regime republicano para a introdução de algumas reformas profundas da organização judiciária e da estrutura do processo penal.

Capítulo 7 °

A Exasperação da Crise do Paradigma Judiciário Liberal com a República

1. A legislação de emergência do governo provisório e a Constituição da República (1911)

O regime republicano não tinha um paradigma judiciário próprio, tendo antes

¹⁰⁰⁴ Sobre o mérito do projecto de 1899 se pronunciaram Beza dos Santos e Guilherme Braga da Cruz. Aquele autor destacou de entre todos os projectos apresentados até 1916 o de José de Alpoim “pela maneira clara e correcta como foi redigido” (Beza dos Santos, 1931 a: 20). Também Guilherme Braga da Cruz (1969: n. 3390, p. 130) considerou este projecto “bastante mais perfeito” do que os de Navarro de Paiva.

procurado recuperar o paradigma judiciário liberal.

A recuperação deste paradigma processou-se em três direcções fundamentais: a da proibição dos juízos extraordinários, a da reforma do processo preparatório e a do reforço da participação popular na administração da justiça e, em especial, do tribunal do júri.

A recuperação do paradigma liberal constituiu simultaneamente uma reacção ao estado da justiça penal na fase final do regime monárquico e a concretização de várias propostas reformistas e, sobretudo, das de um dos últimos ministros da justiça do regime monárquico, Francisco de Medeiros. Com a publicação da legislação de emergência, o novo governo provisório efectuou uma parte substancial da reforma que o ministro monárquico não tinha conseguido fazer vingar nas Cortes.

As várias medidas legislativas que tornaram realidade estas opções políticas tomadas pelo governo provisório foram confirmadas pela assembleia constituinte e posteriormente desenvolvidas pelos vários executivos que se sucederam até Maio de 1926.

A reforma foi, contudo, pervertida desde muito cedo com a tomada de decisões que, ora motivadas politicamente, ora por preocupações de celeridade processual e de gestão económica do sistema, subvertiam os princípios processuais e os propósitos de política criminal inerentes ao paradigma liberal. A diminuta regulamentação constitucional da organização judiciária permitiu e facilitou até a verificação daquela perversão.

A Constituição teve na sua base um projecto de uma comissão constituída pelos deputados Francisco Correia de Lemos, José Barbosa, José de Castro, João de Menezes e Sebastião de Magalhães Lima, que foi apresentado na sessão da assembleia constituinte de 3.7.1911.¹⁰⁰⁵ O projecto era, efectivamente, muito parco em previsões sobre a organização judiciária, nele se incluindo apenas a de um Supremo Tribunal de Justiça e de “tantos juízes e tribunaes distribuidos pelo país quantos as necessidades da administração da justiça exigirem” (artigo 45), de um “Alto Tribunal da República”, com competência para julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelos titulares de órgãos políticos, e do tribunal de júri. Os juízes de direito só podiam ser suspensos e demitidos por sentença judicial. Ao invés, no que respeita às garantias fundamentais dos

¹⁰⁰⁵ Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 12.^a Sessão, pp. 5 a 12.

cidadãos no processo criminal, o projecto era muito prolixo, reproduzindo quase integralmente as disposições do projecto oferecido pelo advogado José Soares da Cunha e Costa à assembleia constituinte no dia 23.6.1911.¹⁰⁰⁶

A discussão em torno do projecto iniciou-se na sessão de 6.7.1911 e terminou logo no dia 21.8.1911. Com esta data foi publicada a nova Constituição.

A Constituição previa no seu título terceiro uma secção terceira, designada por “Poder Judicial”, em que se previa a existência de um Supremo Tribunal de Justiça e de tribunais de primeira e de segunda instância como os órgãos do poder judicial da República. Ao invés do previsto no projecto da comissão, não vingou a proposta de criação de um “Alto Tribunal da República” para julgamento dos crimes de responsabilidade, tendo-se fixado expressamente a competência dos tribunais comuns para julgar o presidente da República, os ministros, os senadores e os deputados como uma decorrência lógica da abolição dos tribunais de excepção.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁶ Além destes dois projectos, foram apresentados ainda o de Teófilo Braga, o de José Barbosa, o de António Machado Santos, o do jornal “A Lucta”, cuja direcção era composta pelos deputados à Assembleia Constituinte Brito Camacho, Duarte de Meneses e Carlos António Calixto, o projecto de João Gonçalves, o de Fernão Boto-Machado, o de Manuel Goulart de Medeiros, o de José Nunes da Mata, o de Basílio Teles, o de Tomás Cabreira e o do Grémio Montanha. Só o projecto de Boto-Machado ombreava com o de Cunha e Costa no desenvolvimento dado às disposições sobre o poder judicial, mas aquele projecto não teve, ao invés do projecto de Cunha e Costa, influência na redacção do projecto da comissão.

¹⁰⁰⁷ A alteração ao projecto no sentido do julgamento do presidente da República e dos ministros de Estado pelos tribunais ordinários foi proposta pelo ministro da justiça, Afonso Costa, que fundamentou a proposta com a doutrina do Decreto por si feito publicar a 14.10.1910, a que adiante se fará menção (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 47.ª Sessão, p. 4). Manteve-se, no entanto, a competência das Câmaras para decidir se os titulares de cargos políticos pronunciados deviam ser suspensos do exercício das suas funções e responder de imediato nos tribunais pelos factos que lhe eram imputados. A implantação da República e a publicação da lei da separação da Igreja do Estado puseram também fim ao último testemunho da existência da jurisdição eclesiástica, os recursos à coroa. A Reforma Judiciária tinha simplificado o recurso à coroa, fixando os termos deste recurso em uma petição dirigida pelo agravado ao juiz de direito, seguida da intimação deste à autoridade eclesiástica para que respondesse e da decisão. A decisão do juiz de direito era recorrível para o tribunal de segunda instância se a causa fosse sobre objecto que excedesse a alçada dos juizes ordinários. Ao invés, a Nova Reforma Judiciária procedeu a uma diferenciação do tribunal competente para conhecer do recurso à coroa consoante a dignidade da autoridade recorrida, que se manteve durante toda a monarquia constitucional. Se o recurso fosse interposto do vigário, subia ao juiz de direito e, se fosse interposto do Bispo, do Metropolitano ou dos Vigários gerais, subia ao Tribunal da Relação. A nova lei previu também que a intimação da autoridade eclesiástica pudesse ser feita a algum dos familiares ou vizinhos da autoridade recorrida, no caso de fuga desta. A intimação para resposta da autoridade eclesiástica seguia-se a remessa dos autos judiciais ao tribunal de recurso, sem ficar traslado no juízo recorrido. Sendo a autoridade eclesiástica condenada, devia corrigir o abuso cometido, sob pena das temporalidades contra a autoridade desobediente. Os recursos na Relação eram tramitados como agravos de instrumento, consagrando deste modo o governo uma solução mais célere do que a prevista nos artigos 437 e 438 do projecto da comissão criada em 1835. O Código Penal de 1852 veio substituir as temporalidades por uma multa (artigo 138), tendo o Código de Processo Civil (art. 780 e 1078) repostas aquelas. O recurso à coroa ainda estava em vigor em 1910 (Chaves e Castro, 1910: 719) e foi tacitamente revogado pela Lei de separação da Igreja do Estado de 20.4.1911 (Marnoco e Souza, 1913: 63 a 68, 75 e 76, Eduardo Carvalho, 1912: 20, e 1919: 13 e 114, e José Menezes e Castro, 1920: 221, e, mais amplamente, Custódio Costa, 1999: 50 a 54).

O legislador constituinte manteve a instituição do júri como tribunal de primeira instância, tornando-a, contudo, facultativa em matéria civil e comercial, mas obrigatória em matéria criminal quando o crime fosse punível com pena superior à de prisão correcional ou quando tivesse natureza de crime “de origem ou caráter político” (artigo 59).¹⁰⁰⁸ Em relação ao estatuto dos juizes de direito, apenas se consagrou a garantia da perpetuidade e da inamovibilidade dos magistrados, conjugada com a reserva de lei em matéria de nomeação, demissão, suspensão, promoção, transferência e colocação fora do quadro.¹⁰⁰⁹

Além da excepcionalidade da prisão sem culpa formada, que só era admitida em determinados crimes expressamente enumerados na Constituição,¹⁰¹⁰ e do

¹⁰⁰⁸ O projecto da comissão apenas previa a manutenção do tribunal de júri, sem qualquer especificação sobre o âmbito da sua competência (artigo 54, § 40), tendo por proposta do deputado Barbosa de Magalhães sido alterada a redacção do preceito nos termos que vieram a ficar consignados na Constituição (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 48.ª Sessão, p. 16). Reiterando uma opinião já expressa em face da Carta, o comentador do novo texto constitucional, Marnoco e Souza (1913: 579), considerava que o júri criminal enfermava de um “vício fundamental”, o da incapacidade técnica dos jurados. Por outro lado, a diferença entre o direito e o facto levava a que o júri deformasse frequentemente a lei “pela maneira como aprecia os factos”, razão pela qual o autor defendia a manutenção do júri apenas para os crimes políticos. Ao invés, António Macieira (1914: 31 e 32) entendia que a instituição do júri constituía um “princípio constitucional insofismável” e que a lei constitucional não vedava, antes admitia a sua intervenção no caso de crimes puníveis com pena correcional.

¹⁰⁰⁹ A teoria da independência do poder judicial consagrada pelos constituintes devia ser interpretada “em harmonia com a divisão dos poderes sancionada pela Constituição, onde não se chega até à separação. É por isso que se admite a nomeação dos juizes pelo poder executivo e a inamovibilidade não é absoluta”, concluíam Marnoco e Souza (1913: 571) e Caetano Gonçalves (1918: 499), aderindo deste modo à opinião de Afonso Costa no pleito que este manteve sobre a questão com Barbosa de Magalhães na assembleia constituinte. Diante da previsão do artigo 47 do projecto da comissão de que as nomeações, promoções, transferências e colocações fora do quadro competiam à própria magistratura, o ministro da justiça opôs-se-lhe veementemente na sessão de 15.8.1911, considerando que “pode estabelecer-se, como regra, a intervenção da magistratura, apenas sob o ponto de vista consultivo, para as diversas mudanças de pessoal, mas o que não se pode querer é que ella constitua um Estado dentro do Estado. De outra maneira, a Republica ficava nas mãos do poder judicial”. O deputado Barbosa de Magalhães ainda argumentou que “se se deixarem continuar, como até aqui, essas promoções, nomeações e transferências dependentes do poder executivo, embora uma boa base na lei organizativa venha a ser estabelecida, o poder judicial continua a não ser independente” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 48.ª Sessão, p. 12), mas a proposta de Afonso Costa de supressão das palavras “pela própria magistratura” foi aprovada logo após o deputado António Macieira a ter apoiado, invocando um argumento que se afigurou decisivo, o da falta de confiança política dos constituintes no poder judicial (“o poder judicial não está por ora em condições de poder dar garantias á Republica, de que se não converta num Estado dentro do Estado. Em principio sou pela maxima autonomia do poder judicial, mas é necessário que no regime de evolução que seguimos, não se dê um passo de tal modo arriscado que colloquemos a Republica inteiramente nas mãos do poder judicial”, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 48.ª Sessão, pp. 15 e 16).

¹⁰¹⁰ Em face do teor manifestamente insuficiente do preceito inscrito no projecto da comissão, que apenas previa a definição por lei dos casos de prisão sem culpa formada, o deputado António Macieira propôs uma emenda, correspondendo quase na íntegra à disposição aprovada (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 32.ª Sessão, pp. 20 e 21). Marnoco e Souza louvou a opção dos constituintes, mas ponderou que a enumeração não era taxativa, podendo também ser preso o arguido sem culpa formada “nos casos que não são puramente criminaes e em que a Lei determina a prisão de alguma pessoa por desobedecer aos mandados da justiça ou não cumprir alguma obrigação dentro do prazo determinado”, bem como nos

condicionamento da prisão preventiva fora de flagrante delito a uma ordem escrita da “autoridade competente”,¹⁰¹¹ a Constituição consagrava três novas garantias fundamentais, com directa incidência sobre a estrutura do processo penal: a da contraditoriedade da instrução, assegurando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, “todas as garantias de defesa”,¹⁰¹² a do direito de revisão das sentenças

casos de prisão disciplinar dos regulamentos do exército e da armada (Marnoco e Souza, 1913: 128 e 129).

¹⁰¹¹ Posta em discussão a disposição contida no n. 20 do artigo 5 do projecto da comissão, o deputado Moura Pinto notou-lhe logo a omissão de um prazo de entrega do detido por uma autoridade policial ou administrativa ao poder judicial, propondo que o detido por autoridade não judicial fosse entregue ao juiz “imediatamente” após a detenção. A proposta foi rejeitada por se considerar que a matéria estava já tratada no número seguinte. Com efeito, o n. 21 do artigo 5 do projecto da comissão previa, tal como o n. 11 do artigo 75 do projecto de Cunha e Costa, que o interrogatório de arguido detido devia ocorrer dentro de vinte e quatro horas a contar do momento da prisão. O deputado Barbosa de Magalhães ainda sugeriu o alargamento deste prazo para 48 horas, mas por proposta do deputado António Macieira foi aprovada a supressão do n. 21, com base na natureza “regulamentar” desta matéria, na impossibilidade prática de cumprir este prazo em algumas terras mais afastadas da sede da comarca e, sobretudo, na promessa do ministro da justiça de criação em todas as comarcas do país de lugares de juízes de instrução, que, “funcionando separadamente das entidades que realizam as funções de julgamento”, fiscalizariam as detenções policiais e administrativas. A intervenção do ministro foi, aliás, igualmente decisiva para a rejeição do n. 23 do artigo 5 do projecto da comissão, que, tal como o n. 13 do artigo 75 do projecto de Cunha e Costa, previa o prazo máximo de oito dias “contados do momento da primitiva detenção” para a prisão preventiva sem culpa formada, pois era preciso, no entender do ministro, que “dentro da Constituição fique acautelada a hypothese de que haja demora na instrução dos processos em juízo para que, passados oito dias depois da prisão, não possam ter liberdade accusados que devem ficar sob custódia até julgamento, porque d’ esse modo, a Republica seria illudida com os seus proprios principios” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 33^a Sessão, p. 15). O lamento do deputado Joaquim Pedro Martins (“o Sr. Ministro da Justiça, não querendo que essas garantias fiquem na Constituição, parece renegar a sua propria obra, pois não deseja que fique no Codigo fundamental o que elle consignou nos seus decretos ..., mas não sendo eles insertos na Constituição, não ficam perfeitamente garantidos; qualquer lei ordinaria os poderá inutilizar”, Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 33^a Sessão, p. 16) não evitou a supressão da garantia fundamental. Mais tarde, Marnoco e Souza repetiu exactamente esta crítica (“Não se pode considerar perfeitamente assegurados direitos individuaes que qualquer lei ordinaria pode revogar”, Marnoco e Souza, 1913: 135), defendendo a atribuição exclusiva ao juiz de competência para dar ordem escrita de prisão e a consagração expressa das garantias do Decreto de 14.10.1910 no texto constitucional.

¹⁰¹² Depois do discurso fundamental do ministro da justiça sobre o n. 21, em que se defendeu a consagração do princípio da instrução contraditória sem outra precisão, o n. 25 do artigo 5 do projecto da comissão, onde o princípio tinha sido vertido com a mesmíssima formulação que lhe tinha sido dada no n. 15 do artigo 75 do projecto de Cunha e Costa, foi aprovado sem qualquer discussão (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 33^a Sessão, p. 17). A Marnoco e Souza se ficou a dever a teorização desta nova garantia constitucional, que o autor concebia como uma garantia do arguido contra a dedução de uma accusação injusta (“Se a defesa no período de julgamento garante o arguido contra uma condemnação injusta, no período de instrução garante-o contra uma accusação injusta. Não se deve deixar a accusação construir no silencio e na escuridão o edificio das provas contra o réo, collocando-o na impossibilidade depois de o destruir no dia do julgamento, sobretudo tractando-se de actos que se não podem repetir, como autopsias, analyses, acessos a logares para examinar vestigios que podem desaparecer”, Marnoco e Souza, 1913: 141). A contraditoriedade da instrução não estava limitada à fase posterior à formação da culpa com a pronúncia provisória, mas atingia mesmo a fase processual prévia à dedução da accusação. O autor interpretava o preceito constitucional de acordo com a legislação ordinária entretanto publicada pelo governo republicano, os Decretos de 14.10.1910 e de 18.11.1910, considerando que os termos previstos naqueles diplomas constituíam “a melhor explicação” do preceito constitucional e

condenatórias exclusivamente em benefício do condenado,¹⁰¹³ a de reparação pela Fazenda Nacional dos arguidos injustamente condenados e a do *habeas corpus*.¹⁰¹⁴

Logo na discussão do projecto, António Macieira lamentou que a regulamentação da organização judiciária entregasse “a magistratura ao acaso e os cidadãos á ventura”, concluindo que “o poder judicial não foi tratado com verdadeiro carinho pelo projecto da Constituição”.¹⁰¹⁵ Mais tarde, Barbosa de Magalhães criticou asperamente a formulação das bases da reorganização judiciária na Constituição, qualificando-as como “deficientes”, pois “ficou quasi tudo para ser regulado na lei orgânica do Poder Judicial”, sendo certo que “dentro dessas bases cabia o que estava legislado; mas também podia caber uma profunda remodelação, menos no que respeitava ao júri criminal”.¹⁰¹⁶

Foi precisamente esta revisão constante e até a restrição das principais medidas de reforma da organização judiciária e do processo penal que se verificou.

A primeira medida legislativa do governo provisório no âmbito do processo penal foi a da publicação do Decreto de 10.10.1910, que procedeu à abolição de todos os juízos criminais excepcionais e, designadamente, dos previstos para julgamento dos crimes de anarquismo, moeda falsa, abuso de liberdade de imprensa e do juízo de instrução criminal,” o qual fica extinto para sempre”.¹⁰¹⁷

que deviam ter sido consagrados expressamente no texto constitucional (Marnoco e Souza, 1913: 140 e 142).

¹⁰¹³ O projecto da comissão era neste ponto particular bastante desenvolvido, prevendo, designadamente, as entidades que teriam legitimidade para interpor este recurso e a aplicação desta garantia no foro militar (artigo 54, § 31). As propostas dos deputados António Macieira e Barbosa de Magalhães no sentido da admissão da revisão *pro societate* não foram acolhidas, tendo sido aprovada uma formulação simplificada do deputado Alexandre Braga, que admitia a garantia apenas em favor do réu condenado (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 33.ª Sessão, pp. 19 a 21). Marnoco e Souza criticou a opção dos constituintes, advogando a revisão dos julgados absolutórios (Marnoco e Souza, 1913: 157).

¹⁰¹⁴ Também é de salientar a consagração do entendimento mais amplo do princípio da legalidade penal, que incluía a lei processual penal, previsto no projecto de Cunha e Costa já com esta amplitude e aprovado sem qualquer discussão pelos constituintes (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 33.ª Sessão, p. 17). A assembleia aderiu assim ao entendimento mais liberal do § 10 do artigo 145 da Carta defendido por Lopes Praça e afastou-se do de Marnoco e Souza. Em face do novo texto constitucional este autor advogou uma interpretação restritiva do mesmo, que permitisse a aplicação retroactiva da lei processual penal e em matéria de organização e competência judiciárias (Marnoco e Souza, 1913: 144 e 145).

¹⁰¹⁵ Diário da Assembleia Nacional constituinte, 15.ª Sessão, p. 25.

¹⁰¹⁶ Barbosa de Magalhães e José M. Godinho, 1937: X.

¹⁰¹⁷ A abolição do juízo de instrução criminal constituía a mais premente reclamação da doutrina logo depois da instauração da República (“A detenção indefinida do supposto criminoso que essas leis permitem, a incommunicabilidade absoluta por tempo illimitado que dellas se tem concluido por errada quanto odiosa interpretação que as doutrinas do processo penal repellem, a larga esphera de acção concedida a um único magistrado que só a Deus dará conta dos seus actos, são outros tantos e poderosos motivos com que justamente é reclamada esta reforma, António Macieira, 1911: 202). Aprovada a

Esta primeira medida legislativa fundamental veio a ser repetidamente desrespeitada pelo novo poder instituído, através da criação de tribunais excepcionais com competência penal.¹⁰¹⁸

O primeiro tribunal especial criado pelo governo republicano foi o Tribunal da Honra, aprovado pelo Decreto de 31.12.1910 e regulamentado pelo Decreto de 21.3.1911. Este tribunal tinha competência para conhecer de todas as “questões de honra sobre que fosse solicitada a sua intervenção”, podendo aplicar a pena de multa, sozinha ou cumulada com a de suspensão temporária de direitos políticos, e ainda a de

disposição, a doutrina discutiu incessantemente o seu âmbito de aplicação e, designadamente, se ele também abrangia os júris de especialidade, como o júri misto previsto na Lei de 1.7.1867, o júri misto para estrangeiros previsto na Lei de 12.3.1845, o júri previsto na legislação punitiva do crime de moeda falsa, e os processos em que o júri não intervinha, como acontecia nos crimes cometidos por ausentes e por magistrados e nos crimes de contencioso fiscal (Eduardo Carvalho, 1912: 182 e 183, e 1919: 145, O Direito, 1912: 124 e 125, Gazeta da Relação de Lisboa, 1912 a: 497 e 498, Faro e Noronha, 1913: 417 e 418, Pinto Osório, 1913: 146, António Macieira, 1914: 70, 73 a 76, e Navarro de Paiva, 1915 b: 308). Caeiro da Matta (1912: 24 a 29, e 1913: 52 a 55) considerava em vigor não só todas as previsões legais de foro especial, quer em função da qualidade do arguido quer da natureza dos crimes e, designadamente, as relativas aos crimes de salários indevidos de funcionários judiciais, aos crimes de danificação de cabos submarinos, aos de quebra culposa ou fraudulenta e aos de descaminho e contrabando. O autor alterou radicalmente a sua opinião em 1914, entendendo então que só subsistia uma forma de processo ordinário sem júri, a de julgamento dos crimes de danificação dos cabos submarinos, em face do compromisso internacional assumido pelo Estado português (Caeiro da Matta, 1914: 19 e 76). O legislador resolveu expressamente a questão no que respeita ao foro dos magistrados, tendo o artigo 38 do Decreto n. 4.172, de 26.4.1918, declarado em vigor os artigos da Novíssima que fixavam o foro especial dos magistrados. Não obstante, alguma doutrina entendeu que esta disposição era inconstitucional por mandar julgar sem jurados crimes puníveis com penas mais graves do que a de prisão correcional (Luís Osório, 1920: 131, mas contra Pinto de Osório, 1917: ano 37, pp. 54 e 69). No que toca ao processo de ausentes, a jurisprudência era unânime em considerá-lo em vigor, divergindo os autores sobre a intervenção do júri no julgamento destes processos (a favor da intervenção do júri, José Dias, 1919: 506 e 509, e Beleza dos Santos, 1920: 45, mas contra, Luís Osório, 1920: 144, 146 e 148).

¹⁰¹⁸ Da criação de tribunais criminais excepcionais deve ser separada a instituição da nova jurisdição de menores. O Decreto de 27.5.1911, modificado por vários diplomas posteriores, criou pela primeira vez tribunais especializados e um processo especial para julgamento de crimes cometidos por menores de nove a treze anos, que podiam ser detidos por um período até sessenta dias ou internados em uma escola reformatória pública, e de crimes cometidos por menores de treze a dezasseis anos, que podiam ser detidos por um período até cinco anos em uma casa de correcção. O menor de nove anos que tivesse cometido factos considerados como crimes não incorria em qualquer pena. A criação destes tribunais correspondia a uma nova concepção do direito penal dos menores assente nos princípios da individualização e da indeterminação das sanções (Beleza dos Santos, 1925: 175 a 201, Augusto d' Oliveira, 1929: 20, 37 a 42, Arnaldo Brazão, 1931: 348 a 351, Ilídio Bordalo Soares, 1946: 250 a 261, 276 a 288, Lobo de Seabra, 1952: 216 a 221, Pedro Cluny, 1961: 153 a 156, e Eliana Gersão, 1968: 37 a 40). Embora os tribunais de infância tivessem uma composição colectiva, de que faziam parte um médico e um professor como vogais, a lei evoluiu, com o acordo da doutrina (Beleza dos Santos, 1925: 203, 204, 217 e 218), no sentido de conceder ao presidente do colectivo, que nas tutorias centrais era um juiz ou um jurista especializado em criminologia, psiquiatria forense ou psicologia infantil, o exercício das competências mais importantes do tribunal. Ao invés, nas tutorias comarcãs, em que o presidente do colectivo era o juiz do crime, mantiveram-se as competências do tribunal colectivo, pois “ponderou-se que um juiz único não especializado, acumulando as suas funções com as do juiz dos adultos, poderia ter a tendência de dar ao tribunal um carácter exageradamente repressivo”. As decisões do tribunal colectivo eram recorríveis para um tribunal de segunda instância, também especializado.

detenção até 30 dias, na falta de pagamento da multa, e mesmo a de desterro “em casos graves” (artigos 6 e 9 do primeiro Decreto). O tribunal era composto por sete membros, representantes de vários sectores profissionais, incluindo o dos jornalistas, todos nomeados pelo governo.¹⁰¹⁹

O tribunal tinha sede em Lisboa e jurisdição sobre todo o território continental. A forma de processo prevista era muito simples, devendo o tribunal procurar “resolver a questão, obtendo dos interessados ou dos seus representantes as explicações necessárias” (artigo 9 do primeiro decreto). Não resolvendo a questão deste modo, o tribunal ouvia as partes e a prova por elas arrolada, sem que esta fosse registada. A decisão do tribunal era tomada pela maioria absoluta dos votos dos seus membros e não admitia recurso.

Não obstante a competência para aplicação de penas criminais previstas no Código Penal, a natureza deste tribunal era duvidosa, atenta a indefinição legal da relação deste tribunal com a jurisdição criminal comum.¹⁰²⁰ Os tribunais criados nos anos seguintes, ao invés, tinham indubitavelmente a natureza de tribunais criminais especiais, a que competia o processamento e o julgamento exclusivos de certos crimes, variando o legislador na determinação da sua composição, com militares umas vezes e com civis outras, e na conformação da estrutura do processo.¹⁰²¹

O governo legislava nesta matéria, como em muitas outras, “na febre de quem precisava imediatamente de fundar o novo regime em princípios novos”, como dirá Armando Marques Guedes, ministro e deputado da nova situação, no preâmbulo do seu projecto de Código de Processo Penal, apresentado em 1916 à Câmara dos

¹⁰¹⁹ A sugestão para a formação de um tribunal, precisamente com esta designação, foi feita por Delgado de Carvalho (1897: 277). O autor propunha, contudo, que este tribunal substituísse o júri em todas as questões de injúrias verbais e escritas, julgando sem apelação nem agravo sempre que as partes acordassem em se submeter a ele e sendo obrigatório nos delitos de imprensa.

¹⁰²⁰ A doutrina considerava que se deveria recorrer a estes tribunais antes de as partes se baterem em duelo, como condição para que se não imputasse a prática do crime de homicídio simples e se punisse com a pena mais favorável do artigo 385 do Código Penal o arguido que matasse o adversário em duelo (Caeiro da Matta, 1912: 10). No Decreto de 7.2.1911 foram nomeados os membros do novo tribunal, mas “a tradição venceu a lei” e os decretos do governo não tiveram execução prática (Alfeu Cruz, 1915: 380, do ano de 1911).

¹⁰²¹ A vertiginosa sucessão de diplomas de criação, modificação e extinção destes tribunais dificulta particularmente o estudo teórico deste período. Esta dificuldade só pode ser ultrapassada separando as águas entre os tribunais que foram criados no âmbito da jurisdição militar, ainda que sem competência criminal estritamente militar, e os restantes tribunais. Só destes últimos trataremos neste capítulo, guardando o estudo dos tribunais militares para o título da jurisdição criminal militar.

2. A reforma do processo preparatório

A segunda medida legislativa do governo provisório foi a da reforma do processo preparatório, que foi aprovada pelo Decreto de 14.10.1910.

Neste diploma, o novo governo determinou a manutenção da estrutura e da competência dos tribunais criminais e a criação dos juizes de investigação criminal nas comarcas de Lisboa e do Porto, nomeados pelo governo, mas gozando de “plena autonomia no exercício das suas funções” e com competência para formar todos os corpos de delicto e realizar todos os actos do processo preparatório até à pronúncia ou despacho equivalente.¹⁰²³

A implantação dos juizes de investigação criminal veio a ser completada com a criação, pelo Decreto n. 5.023, de 29.11.1918, de juizes auxiliares de investigação criminal junto dos serviços médico-legais das comarcas de Lisboa e do Porto, com a função de presidir aos exames médico-legais e os mais que lhe fossem fixados, competência que foi regulamentada pelo Decreto n. 5.872, de 14.6.1919.

Realizando uma aspiração antiga da doutrina, os juizes de investigação criminal e os juizes auxiliares destes constituíam o corpo judicial a que o legislador republicano confiava a competência para a direcção da instrução dos processos ordinários e correcionais com vista à separação das funções de instrução e de

¹⁰²² Diário da Câmara dos Deputados, de 14.4.1916, p. 8. O ritmo frenético da actividade legislativa é patente na circunstância de em um só dia, o de 10.5.1919, terem sido publicados 360 decretos.

¹⁰²³ A introdução da instrução contraditória era outra das reformas mais reclamadas depois da instauração da República (António Macieira, 1911: 202, e Henriques Goes, 1911: 225). O decreto aprovado dispunha que o novo juiz tinha “essencialmente” a competência para formar o corpo de delicto. A doutrina e a jurisprudência interpretaram o advérbio como significando a manutenção da competência dos juizes de paz de Lisboa e do Porto para formar os corpos de delicto (Faro e Noronha, 1911: 609, Caeiro da Matta, 1912: 90, e 1914: 122 e 123, com uma argumentação que fazia remontar ao Decreto n. 1 de 15.9.1892 a competência cumulativa entre os juizes de paz e os juizes distritais, e Beleza dos Santos, 1920: 152). Contudo, a doutrina também acrescentava que, na prática, eram sempre os juizes de investigação que realizavam os corpos de delicto, pelo menos em Lisboa.

julgamento e ao controlo dos abusos do acusador público e das polícias nas investigações.¹⁰²⁴

No plano processual, o diploma fundamental de 14.10.1910 suprimiu o despacho que julgava subsistente o corpo de delito, reforçando a tendência para a equiparação gradual do corpo de delito ao processo preparatório e instituindo definitivamente a prolação da pronúncia como o momento essencial do processo preparatório. O diploma de Outubro garantiu também o direito da assistência do denunciado por um defensor em qualquer tribunal, bem como o direito de o denunciado durante o processo preparatório juntar documentos, indicar testemunhas da comarca ou de fora desta e requerer exames e outras diligências.¹⁰²⁵ Completando este conjunto de garantias do arguido, o diploma procedeu a uma profunda revisão do regime das medidas de restrição da liberdade do arguido, impondo a obrigatoriedade do interrogatório do arguido detido em 24 horas improrrogáveis a contar do momento da prisão e limitando a duração máxima da prisão preventiva sem culpa formada a oito dias, “contados do momento da primitiva detenção”, que só podiam ser prorrogados por mais oito dias em consequência de diligências judiciais requeridas pelo preso (artigo 10 do Decreto de 14.10.1910). A prática da detenção administrativa e policial para averiguações perdia a sua base legal.

O legislador republicano introduziu, logo no Decreto de Outubro de 1910 e em outros que lhe sucederam pouco tempo depois, limitações e distorções a estas novas soluções.

Com efeito, a magistratura dos juizes de investigação estava limitada às comarcas de Lisboa e do Porto e, mesmo nestas comarcas, aos próprios juizes de investigação era também concedida competência para julgar os processos por delitos e transgressões de posturas que coubessem na alçada dos juizes de direito, com recurso

¹⁰²⁴ A atribuição ao novo juiz de investigação de “uma espécie de poder tutelar sobre a perseguição do Ministério Público, corrigindo com a sua imparcialidade quaisquer defeitos ou excessos dessa perseguição”, constituía o objectivo político da reforma (Abraão de Carvalho, 1913: 149 e 152). Contudo, este objectivo foi desde logo frustrado pela subordinação da polícia de investigação ao ministro do interior, sem qualquer ligação com os juizes de investigação (“Um Juizo de Investigação sem polícia é uma instituição condenada, como condenada é uma polícia dependente das alternativas da política e ao serviço do poder executivo”, Alvaro de Castro, 1923: 122 e 123).

¹⁰²⁵ A discussão que logo se gerou foi sobre o âmbito desta faculdade e, designadamente, sobre o seu exercício no processo de polícia correcional e no processo de liberdade de imprensa, sendo maioritária a jurisprudência favorável ao exercício desta faculdade naquele processo e desfavorável neste (Alfeu Cruz, 1915: 129, do ano de 1910, Teixeira de Magalhães, 1923: 269 e 271, e José Mourisca, 1924: 340 e 344).

para a Relação.¹⁰²⁶ Embora este mesmo diploma tivesse determinado a supressão da alçada em matéria criminal em todos os tribunais de primeira instância, o legislador recorria à alçada dos juízes de direito vigente à data da entrada em vigor do diploma como um limite para a fixação da competência judicativa dos juízes de investigação.¹⁰²⁷

A competência judicativa dos juízes de investigação veio a ser alargada por intermédio da consagração de dois novos processos especiais. O Decreto de 18.11.1910 procedeu à atribuição aos juízes de investigação criminal de Lisboa e do Porto de competência para julgar, no próprio dia da captura ou no primeiro dia útil seguinte, os detidos em flagrante delito por crimes a que correspondesse processo de polícia correcional e que não tivessem de ser verificados por exame directo.¹⁰²⁸ Esta forma de processo distinguia-se, pois, da de processo sumaríssimo criada pelo diploma de 15.9.1892 por o requerimento de inquirição de testemunhas não presentes deixar de constituir um meio ao dispor do réu para obstar à realização do julgamento sumaríssimo.

A Lei de 20.7.1912 procedeu à incriminação da vadiagem, da mendicidade, da devassidão (“aquele que se entregar a vícios contra a natureza”, artigo 3), da exploração de mendigos e prostitutas e da violação de ordem judicial ou governamental de expulsão e criou uma nova forma de processo sumário dos cidadãos nacionais detidos em flagrante delito por crimes previstos nesta lei e dos cidadãos estrangeiros, ainda que não tivessem sido detidos em flagrante delito. A regulamentação dos termos desta nova forma processual era feita por remissão para os termos previstos no diploma de 18.11.1910, com a única especialidade da prisão preventiva obrigatória dos arguidos até

¹⁰²⁶ Os juízes de paz de Lisboa e do Porto tinham competência cumulativa com os juízes de investigação quanto ao julgamento das coimas e transgressões de posturas, mas eram “de facto” estes últimos quem exercia esta competência (Caeiro da Matta, 1914: 63).

¹⁰²⁷ A limitação geográfica da criação dos novos juízes de investigação foi criticada pela doutrina com base na necessidade de separar as funções instrutória e judicativa (“Desejaríamos que o juiz nunca julgasse os processos que ele próprio instrui”, Abraão de Carvalho 1913: 149). Contudo, a especialização ulterior dos tribunais fora de Lisboa e do Porto não seguiu um modelo diferente. Os juízos criminais de Braga, de Coimbra e de Setúbal criados, respectivamente, pelos Decretos n. 3.979, de 26.3.1918, n. 4.251, de 11.5.1918, e n. 5531, de 5.5.1919, também cumulavam a competência instrutória e a de julgamento.

¹⁰²⁸ Discutiu-se se as normas processuais deste diploma também seriam aplicáveis aos julgamentos nos outros juízos, além dos juízos de investigação criminal. Embora com dúvidas em relação ao intuito do legislador, Eduardo Carvalho (1912: 216) concluía que a nova forma de processo sumário só era aplicável nos juízos de investigação de Lisboa e do Porto. A doutrina e a prática foram neste sentido (Pedro de Sousa, 1915: 22, Alfeu Cruz, 1915: 122, do ano de 1910, e Beleza dos Santos, 1920: 38). Contudo, Luís Osório (1920: 349) e José Mourisca (1924: 555) consideravam que o Decreto de

juízo.¹⁰²⁹ Em Lisboa e no Porto, estas novas infracções eram julgadas pelos juizes de investigação.

Mas a situação agravar-se-ia com a concessão de poderes jurisdicionais a funcionários administrativos e aos chefes dos corpos policiais. Assim, o governo criou, pelo Decreto de 27.5.1911, o lugar de chefe da repartição de investigação junto do comando da polícia cívica de Lisboa, que podia ser exercido por qualquer bacharel nomeado pelo governo. A este funcionário foi atribuída competência para dirigir os serviços de investigação criminal, tendo os autos das diligências por si mandadas efectuar fé em juízo. O exercício de funções judiciais instrutórias por um funcionário nomeado pelo governo correspondia afinal ao “juízo de instrucção criminal ressuscitado”.¹⁰³⁰

Mais tarde, ponderando que era “urgente providenciar quanto ao destino a dar aos inúmeros presos, que acusados de vadiagem e reincidência em delitos comuns de penas correcionais se encontram detidos nas prisões civis e militares de Lisboa” e que o “seu julgamento, cometido aos juízos de investigação criminal, agrava consideravelmente o serviço normal dêstes tribunais, já de si sobrecarregados com um excessivo movimento judicial”, o governo atribuiu, através do Decreto n. 5.576, de 10.5.1919, ao director da polícia de investigação e aos seus adjuntos competência para proceder ao julgamento nos termos do novo processo sumaríssimo dos acusados da prática do crime de vadiagem e de reincidência em crimes de pena correcional cometidos na comarca de Lisboa.¹⁰³¹ Sete meses depois, o congresso conferiu, através da Lei n. 922, de 30.12.1919, ao director da mesma polícia, em Lisboa, ao inspector, no Porto, aos adjuntos de ambos e aos juizes de direito, no resto do país, competência para julgar os crimes de alteração, adulteração ou falsificação de alimentos e de açambarcamento de géneros, devendo o processo seguir os termos estabelecidos no

18.11.1910 era aquele a que deveria recorrer-se para suprir as omissões de todas as outras formas de processo sumário e sumaríssimo em virtude da sua maior perfeição.

¹⁰²⁹ O processo previsto no Decreto de 18.11.1910 era por este meio aplicável ao resto do país, mas apenas na perseguição deste tipo de crimes (Pedro de Sousa, 1915: 25).

¹⁰³⁰ António Macieira, 1913: 15 e 16.

¹⁰³¹ A doutrina logo advertiu para a necessidade de um duplo entendimento restritivo das previsões deste diploma, porquanto, por um lado, os reincidentes seriam os delinquentes habituais equiparados a vadios nos termos do artigo 5 da Lei de 20.7.1912 e como tal declarados e não todos os condenados a duas penas maiores ou a uma pena maior e duas correcionais e, por outro lado, o diploma só se applicaria aos julgamentos realizados em Lisboa, o que alcançava do preâmbulo do diploma (Luís Osório, 1920: 349, e 1922: 353). O julgamento obedecia, segundo a letra do Decreto n. 5.576, à “forma sumária prevista na lei

Decreto n. 5.576, admitindo-se apenas o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, processado e julgado como os agravos de petição em matéria cível, fundado em nulidade do processo.¹⁰³²

A atribuição de competência jurisdicional aos chefes dos corpos policiais de investigação criminal tomou uma dimensão ainda mais ampla com a publicação do Decreto n. 8.435, de 21.10.1922, que procedeu à reestruturação dos serviços da polícia. A circunstância de a repressão correcional e sumária de certos ilícitos por via da pena de multa constituir “um grande auxiliar dos bons costumes” justificou a atribuição aos directores da polícia de investigação criminal de Lisboa e do Porto de competência para proceder ao julgamento, em processo sumário, dos réus detidos em flagrante delito pela prática de um largo número de crimes leves, puníveis apenas com pena de multa até 200\$00.¹⁰³³

Por outro lado, as recém-consagradas garantias do arguido na instrução foram também fortemente restringidas e mesmo excluídas em alguns processos.

Com efeito, o exercício das novíssimas garantias da instrução contraditória foi logo limitado em todos os processos a um momento posterior ao do interrogatório do arguido, nos termos do artigo 14, § único, do Decreto de 18.11.1910,¹⁰³⁴ e

vigente”, expressão que a doutrina interpretava como referindo-se ao novo processo sumaríssimo previsto no Decreto de 18.11.1910 (Beleza dos Santos, 1920: 39).

¹⁰³² Deste modo, se o tribunal especial se confinava às comarcas de Lisboa e do Porto, já a forma de processo sumário era aplicável em todo o país (Luís Osório, 1920: 393). O artigo 15 do Decreto n. 12.487, de 14.10.1926 extinguiu o tribunal criado pela Lei n. 922, cuja competência já tinha sido deferida aos tribunais militares extraordinários organizados nos termos do Decreto n. 12.359, de 22.9.1926. No entanto, se as disposições da Lei n. 922 sobre organização judiciária se encontravam já revogadas à data da entrada em vigor do CPP de 1929, por força da norma revogatória prevista nas disposições transitórias do Estatuto Judiciário, as normas processuais penais só o foram pelo novo Código (Carlos Silva e Sousa, 1929: 106, e Luís Osório, 1932 a: 70).

¹⁰³³ Neste diploma manteve-se a força de corpo de delito dos autos e das investigações feitas pela polícia de investigação e pela polícia administrativa. O Decreto n. 13.465, de 18.4.1927, veio alargar a competência judicial da autoridade policial, determinando que os que propagassem boatos tendenciosos ou distribuissem ou conservassem panfletos ou impressos tendenciosos ou de propaganda subversiva fossem julgados sumariamente nos termos do diploma de 1922 referido no texto. Do mesmo passo foram elevadas ao dobro as multas aplicáveis pela autoridade policial ao abrigo do dito diploma. A inovação de 1922 mereceu o reparo da doutrina (“não é moral, nem próprio de uma República, que, com testemunhas policiais, com acusadores policiais, funcionarios da policia também fossem os julgadores”, Herlandér Ribeiro, 1929: 24).

¹⁰³⁴ Parte da doutrina considerou que esta disposição legal era inconstitucional e tinha sido revogada pela disposição mais ampla do artigo 3, n. 20, da Constituição, que permitiria a instrução contraditória em todos os feitos crimes e desde o início (Barbosa de Magalhães, 1911: 218, Caeiro da Matta, 1913: 125 e 254, 1914: 177 e 178, 1919: 13, Francisco Veiga, 1914: 55 e 56, Pedro de Sousa, 1915: 51, 68 e 69, Abel Garção, 1915: 120, Abel de Andrade, 1917: 307 e 308, e José Dias, 1919: 285 e 290). Contudo, o legislador em um diploma publicado logo a 20.10.1910 ressaltou expressamente a existência do segredo de justiça. Por seu lado, a jurisprudência ia toda no sentido da manutenção do segredo do processo

posteriormente, o seu exercício foi mesmo excluído, pelo artigo 1 do Decreto de 23.10.1911, no processo para julgamento dos crimes de conspiração, previstos no artigo 2, ns. 1 e 3, do Decreto de 28.12.1910.¹⁰³⁵

Por fim, as novas regras relativas à fixação de limites temporais para as medidas de coacção foram completamente defraudadas por outras que atribuíam, quer a membros do governo, quer às polícias, poderes verdadeiramente discricionários e sem qualquer controlo judicial neste âmbito.¹⁰³⁶

A atribuição dessas competências a membros do governo verificou-se no Decreto de 15.2.1911, que conferiu ao ministro do interior a competência para determinar a remoção de qualquer detido em investigação pela prática de qualquer um dos crimes políticos previstos no Decreto de 28.12.1910 para Lisboa ou para o Porto, ainda que o detido já estivesse entregue ao poder judicial, e estabeleceu que só depois de concluída a investigação policial começava a contar o prazo a que se referiam os artigos 8 e 10 do Decreto de 14.10.1910.¹⁰³⁷ O legislador legitimava deste modo

preparatório antes de o réu ser preso, afiançado ou interrogado e com ela estavam Marnoco e Souza (1913: 143), a Revista de Legislação e Jurisprudência (1914: 183 e 184), Alfeu Cruz (1915: 128, do ano de 1910), Beleza dos Santos (1920: 168 e 169, 196 e 197), Luís Osório (1920: 76), Teixeira de Magalhães (1923: 241 e 242) e José Mourisca (1924: 339 e 340). Não tem razão, pois, António Barreiros (1981 a: 72) quando pretende que o sistema do Decreto de 14.10.1910 foi “ampliado” pelo diploma de 18.11.1910 e dá como assente que toda a instrução dos feitos crimes era contraditória. Também incorre nesta incorrecção Salgado Zenha (1968: 42).

¹⁰³⁵ O âmbito da excepção foi ainda alargado pelo artigo 1 da Lei de 29.11.1911 aos processos previstos no artigo 2, ns. 2 e 4 do diploma de 28.12.1910 e aos crimes contra a integridade do Estado previstos nos artigos 172 a 176 do CP. Também estes decretos restritivos foram considerados inconstitucionais pela doutrina (Francisco Veiga, 1914: 57, e Cunha e Costa, 1921: 34).

¹⁰³⁶ A situação era de tal modo grave que merecia o seguinte comentário do deputado Adriano Mendes de Vasconcelos no relatório de um projecto de lei sobre *habeas corpus* apresentado em Janeiro de 1913: “as garantias individuais e colectivas, consignadas na constituição e nas leis subsidiárias, como Código Penal, Lei Eleitoral, Código Administrativo, etc, são simplesmente letra morta, servindo quando muito para esconder a nossa miséria aos olhos do estrangeiro: são leis de exportação. E daqui resulta, naturalmente, o seguinte, a divisão de poderes não existe, porque o Poder Executivo tudo absorve, dêle dependendo todos os outros” (projecto de lei n. 4-M da Câmara dos Deputados, p. 12, incluído e aprovado no parecer n. 35 das comissões de legislação civil e comercial e de legislação criminal da referida Câmara, de 20.1.1913). O autor já tinha apresentado na sessão de 30.6.1911 da assembleia constituinte um projecto de lei sobre o mesmo objecto (sobre a relevância político-criminal deste projecto, Artur Maurício, 1974: 33 a a 35).

¹⁰³⁷ A doutrina não poupou este regime excepcional, considerando a remoção ministerial de um processo já entregue ao poder judicial como “atentatoria da independencia deste poder e contrária a todos os preceitos que regulam os processos penaes” (Francisco Maria Veiga, 1914: 58) e censurando “os poderes ilimitados” no que respeita ao prolongamento da prisão preventiva (Abraão de Carvalho, 1913: 198 e 199), tendo mesmo sido interpretada restritivamente a faculdade de prolongamento do prazo da prisão policial, que só seria admissível para os detidos fora de Lisboa e do Porto que tivessem sido removidos para estas cidades e não para os detidos nestas cidades, justificando-se a diferença de tratamento pela demora que haveria na investigação de factos passados fora de Lisboa e do Porto (Francisco Maria da Veiga, 1914: 70). Não obstante a natureza política da criminalidade envolvida, o problema jurídico que se colocava era ainda o mesmo de há muito: “A experiencia tem demonstrado mais que sobejamente que estes prazos (do Decreto de 14.10.1910), tanto o policial como o judicial, são frequentíssimas vezes

explícito o regresso à prática da detenção policial ilimitada para averiguações, tutelada ministerialmente desta feita, mas com a agravante de a polícia poder até retirar o arguido da jurisdição do tribunal, constituindo a remoção policial do réu uma causa de interrupção do prazo judicial para formação da culpa ao arguido preso.

A aplicabilidade destas disposições aos crimes previstos na Lei de 3.2.1912, ao crime de propaganda subversiva e aos crimes de alta traição foi ainda determinada, respectivamente, pelas Leis de 15.3.1912 e de 12.7.1912 e pela Lei n. 453, de 21.9.1915, prescindindo, no entanto, esta última lei da remoção determinada ministerialmente, mas limitando o período das investigações das autoridades policiais a 60 dias e ampliando o prazo previsto no artigo 998 da Novíssima até quinze dias, o que elevava o prazo máximo da prisão sem culpa formada para setenta e cinco dias.¹⁰³⁸

Três anos depois, o legislador prescindiu não só da intervenção do ministro do interior como de qualquer prazo e conferiu às polícias uma competência discricionária

insuficientes para a averiguação dos crimes, sobretudo quando eles não deixam traços ou vestígios de valor que permitam chegar com rapidez e segurança à descoberta dos seus autores. É de absoluta necessidade alterar os prazos da prisão preventiva quer na polícia, quer em juízo, porque não chegam nem para a investigação policial nem para a formação do corpo de delito. O prazo da prisão policial é tam apertado que nem é possível fazer-se dentro dêle a entrega dos presos ao poder judicial”, Abraão de Carvalho, 1913: 189). Por isso, se advogava *de iure condendo* a consagração do prazo de oito dias contados desde a detenção para a entrega pela polícia dos detidos fora de flagrante delito por crime a que coubesse processo ordinário e do prazo de 48 horas para os detidos por crime a que coubesse processo correccional, bem como o alargamento do prazo da prisão preventiva em juízo (Abraão de Carvalho, 1913: 202 e 203). O diploma de 15 de Fevereiro de 1911 constituiu, aliás, o primeiro de uma série de diplomas promulgados sobre o modo de punição dos crimes políticos, “sendo nesses processos postos de parte grande número das garantias que a legislação republicana concedeu no caso de crimes comuns” (Luís Osório, 1932 a: 31).

¹⁰³⁸ Se a doutrina defendeu o alargamento dos casos de prisão preventiva sem culpa formada, prisão “para averiguações”, previstos n. 16 do artigo 3 da Constituição (Abraão de Carvalho, 1913: 186 e 187), os tribunais superiores anteciparam-se ao legislador (cfr. o acórdão fundamental da Relação de Lisboa, de 8.8.1916 in RJ, ano 2, 1917-1918, n. 28, p. 54, e o acórdão do STJ, de 12.1.1917, in RT, ano 36, 1917, n. 856, p. 243). No primeiro acórdão concluiu-se que o artigo 3, n. 16, da Constituição não se opunha à detenção para averiguações permitida pela Lei de 21.12.1876, invocando que, “se a autoridade policial não tivesse aquela faculdade, em grande número de casos nem se evitariam os crimes, nem se poderia verificar a existência, nem se poderia descobrir os culpados, nem se poderia obstar ao seu desaparecimento”. No segundo acórdão o argumento apresentado foi o de que a prisão e a detenção eram “cousas diversas sendo a segunda uma medida meramente policial”, não prevista no tipo legal do artigo 291 ns. 1 e 2 do Código Penal, que exigia a prisão e não a detenção. Em oposição frontal a esta doutrina, José Mourisca criticou a distinção entre a prisão e a detenção por violar a doutrina expressa do § 1 do artigo 291 do CP e a disposição constitucional já referida, que abrangia qualquer detenção (“Se existisse a diferença entre prisão e detenção, o referido n. 16 do art. 3 ° da Constituição não passaria duma irrisoria ficção. Seria um espantinho que nem aos pardais meteria susto”, José Mourisca, 1919: 81 e 82, e, já anteriormente, Alexandre de Seabra, 1889: 198). Não obstante, a prática manteve-se inalterada durante a vigência do mencionado artigo da Constituição de 1911, quer nos momentos em que as liberdades constitucionais se encontravam suspensas quer quando vigoravam plenamente (o acórdão da Relação de Coimbra, de 7.4.1920, in RT, ano 38 °, 1919-1920, pp. 364 a 366, o acórdão do STJ, de 9.7.1920, in RT, ano 69 °, 1920-1921, pp. 68 e 69, e a sentença de 10.12.1931, in O Direito, ano 64, 1932, pp. 74 a 78).

relativamente à liberdade dos réus. De acordo com o Decreto n. 4.166, de 27.4.1918, a Polícia de Investigação Criminal e a Polícia Preventiva tinham competência não só para proceder a investigações, tendo os autos levantados pela primeira fê em juízo e valendo como corpo de delito, mas para prender os suspeitos pelo prazo de oito dias nos crimes comuns e sem qualquer prazo nos crimes de sedição, rebelião e alta traição (“pelo tempo indispensável para a conclusão das investigações”, artigo 112), tendo-se este regime mantido, com uma importante restrição em 1922, até ao final da primeira República.¹⁰³⁹

¹⁰³⁹ “Tempo indispensável é um euphemismo que significa aquelle tempo que ao interesse ou ao odio politico aprouver”, dizia Cunha e Costa (1921: 60). Censurando igualmente o regresso ao regime de 1911 da detenção por tempo indeterminado no âmbito dos crimes políticos, Vaz de Sampaio, 1919: 274, e José Mourisca, 1919: 99 (em face do referido Decreto n. 4.166) e 1923: 198 (em face do Decreto n. 8.435, de 21.10.1922). Além da censura, a doutrina procurou também restringir o âmbito da previsão legal de 1918 no que toca aos crimes de alta traição, ponderando que a detenção policial na investigação destes crimes continuava a ser limitada pelo prazo de sessenta dias da já referida Lei n. 453, mesmo depois da publicação do Decreto n. 4.166 (Eurico de Campos, 1919: 19, 48 e 49). A Polícia Preventiva, que tinha funções de controlo político, constituía inicialmente um serviço dependente da Polícia de Investigação Criminal (Decreto n. 3.673, de 20.12.1917), tendo sido autonomizado logo em Março de 1918 (Decreto n. 3.940, de 16.3.1918). A competência de vigilância e prevenção de crimes políticos e sociais desta polícia foi fixada pelo Decreto n. 4.058, de 5.4.1918. Ainda nesse mês, o Decreto n. 4.166, de 27.4.1918, procedeu a uma reorganização global das Polícias de Segurança, de Investigação Criminal, Administrativa, Preventiva, de Emigração e Municipal, que ficaram subordinadas a uma direcção geral única integrada no Ministério do Interior. A “direcção geral da segurança pública” era chefiada por um director, que recebia ordens e instruções do ministro do interior. Em face dos inconvenientes resultantes da subordinação directa ao Ministério, o Decreto n. 5.291, de 22.3.1919, determinou que aos governadores civis coubesse a superintendência das polícias nos diferentes distritos do país, com a excepção da polícia de emigração. O diploma de 1918, com a correcção de 1919, manteve-se em vigor até 1922, tendo sofrido apenas alterações de teor formal. O Decreto n. 5.367, de 7.4.1919, alterou a designação da Polícia Preventiva para Polícia de Segurança do Estado, tendo posteriormente o Decreto n. 8.013, de 4.2.1922, substituído esta designação para Polícia de Defesa Social, mantendo-se a anterior competência, mas sendo a direcção desta polícia atribuída ao governador civil de Lisboa. O Decreto n. 8.435, de 21.10.1922, procedeu à reestruturação das polícias, criando uma Polícia Cívica, subordinada ao ministro do interior e com quatro secções, a Polícia de Segurança Pública, a Polícia de Investigação Criminal, agora dirigida exclusivamente por um juiz, a Polícia Administrativa e a nova secção da Polícia Preventiva e de Segurança do Estado, permanecendo, no entanto, uma forte influência política no recrutamento dos chefes e na direcção da actividade da polícia (Eurico de Campos, 1924: 429) e o “péssimo hábito de deter para averiguações”, reforçado pela doutrina do officio do ministro do interior de 9.10.1915, nos termos da qual os magistrados do Ministério Público não podiam quebrar a incomunicabilidade a que tivessem sido sujeitos os detidos para averiguações, e do já referido acórdão da Relação de Lisboa, de 8.8.1916 (Eurico de Campos, 1928: 168 a 170, e, já anteriormente, José Mourisca, 1923: 194 e 195, e Revista de Legislação e Jurisprudência, 1925: 389). A Secção da Polícia Preventiva, que substituiu a anterior Polícia de Defesa Social, tinha uma competência vaga, incluindo a “vigilância dos elementos sociais perniciosos ou suspeitos” e “o emprego de diligências tendentes a prevenir e evitar os seus malefícios” e, por isso, não era “uma polícia de defeza do Estado, mas uma polícia de defeza dos partidos” (Eurico de Campos, 1924: 430). Só dois anos depois da publicação do diploma geral, foi regulamentada a acção da Polícia Preventiva e de Segurança do Estado pelo Decreto n. 9.620 de 29.4.1924, que previa a requisição à Polícia de Investigação ou à Polícia de Segurança Pública da detenção provisória de qualquer individuo suspeito da prática de crimes contra a segurança do Estado, podendo, contudo, o director da Polícia Preventiva libertar os detidos quando se reconhecesse não haver culpa. Se, por um lado, os poderes de instrução e de detenção da Polícia Preventiva foram deste modo significativamente restringidos, por outro, mantiveram-se no diploma de 1922 exactamente os mesmos

3. O reforço da participação popular na administração da justiça

O terceiro objectivo fundamental da reforma legislativa republicana foi o da revalorização do júri. Esta opção reflectiu-se quer na atribuição de novas competências ao tribunal de júri, quer na consagração de importantes alterações na relação de poderes entre o juiz e o júri e no próprio funcionamento do júri.

Assim, o governo provisório determinou a proibição da leitura do corpo de delito indirecto no início da audiência de julgamento no processo de querela, prevista no artigo 7 do Decreto de 28.12.1910,¹⁰⁴⁰ a supressão do relatório do juiz de julgamento aos jurados, estabelecida pelo artigo 9 do mesmo diploma, e a limitação do controlo judicial das respostas do júri ao caso de estas importarem condenação em pena maior, prevista pelo artigo 6 do Decreto de 12.1.1911,¹⁰⁴¹ visando as três medidas o reforço da

poderes amplos de detenção ilimitada pela suspeita da prática de crimes políticos e de detenção por oito dias dos suspeitos da prática de quaisquer outros crimes, pelo que não procede a tese de Salgado Zenha e Abranches Ferrão, posteriormente seguida por Maria da Conceição Ribeiro, segundo a qual “ao regime do *favor libertatis* vigente entre nós de 1834 a 1926 sucedeu o princípio do *favor politiae*”, tendo só em 1918 sido introduzidos os poderes “exorbitantes” para detenção pela polícia no âmbito da criminalidade política, mas sendo os poderes de detenção ilimitada retirados à polícia em 1922 (Fernando de Abranches-Ferrão e Salgado Zenha, 1971: 35, 41 a 43, e Maria da Conceição Ribeiro, 1995: 40, 44 a 51). Os poderes amplos de detenção ilimitada em matéria política, que estes autores olvidam, estabelecem uma linha de continuidade nítida entre a reorganização da polícia em 1918 e a efectuada em 1922, que encontra, aliás, a sua origem, como se viu no texto, nos primeiros diplomas publicados logo em 1911 e 1912.

¹⁰⁴⁰ O significado importantíssimo desta inovação era o de a restrição da leitura das peças do processo preparatório beneficiar a realização do princípio da imediação. A doutrina alargava o âmbito de aplicação da previsão ao processo de polícia, mas já não ao processo correcional (Pedro de Sousa, 1915: 131 e 134).

¹⁰⁴¹ As respostas iníquas só podiam ser anuladas quando importassem uma condenação em pena maior, independentemente da circunstância de a decisão dos jurados ter sido tomada por maioria ou por unanimidade. A medida legislativa, cuja crítica foi feita por Francisco Maria da Veiga (1914: 74) e José de Castro (1924: 247), foi afastada pela Lei n. 1652, de 25.8.1924, que repôs em vigor o artigo 1162 da Novíssima. No entanto, quer uma quer outra das disposições legais tinha uma eficácia prática muito reduzida, pois a modificação do primeiro julgado era “um caso verdadeiramente esporádico” (José Mourisca, 1929: 289).

autonomia decisória dos jurados.¹⁰⁴²

Por outro lado, a competência do júri foi aumentada, atribuindo-se-lhe o conhecimento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa, dos crimes políticos e contra a segurança do Estado e dos crimes de responsabilidade ministerial.

O primeiro diploma publicado foi o Decreto de 28.10.1910, que atribuiu competência ao júri para julgar, segundo as regras de um processo especial, todos os crimes de abuso de liberdade de imprensa e até as contravenções previstas neste diploma.¹⁰⁴³

O Decreto de 18.11.1910 atribuiu ao tribunal de júri constituído em Lisboa competência para julgar os crimes de atentado e ofensas contra o presidente da República e os de rebelião, fosse qual fosse a pena prevista para o crime.¹⁰⁴⁴ O Decreto de 28.12.1910, por sua vez, conferiu competência aos tribunais dos distritos criminais de Lisboa e do Porto para a acusação e o julgamento dos “crimes de conspiração”, cometidos em qualquer parte do país, intervindo obrigatoriamente o tribunal de júri, mesmo quando o crime fosse punível com pena a que correspondesse processo correcional ou de polícia.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² A definição do conceito de decisão por “maioria absoluta nos tribunais portugueses de qualquer categoria” pela Lei de 13.7.1913 não implicou uma modificação do artigo 1154 da Novíssima, mantendo-se a regra da votação por maioria de dois terços nas decisões do júri, pois a própria lei previa a subsistência do direito em vigor “nos casos em que a Lei determinar para a decisão forma diversa da de maioria absoluta” (Francisco Veiga, 1914: 61, e Luís Osório, 1920: 115). Não tem, por isso, razão António Barreiros (1981a: 75), quando conclui que a regra da maioria absoluta substituiu no tribunal de júri a dos dois terços em 1913.

¹⁰⁴³ Esta diploma estabeleceu uma forma de processo especial, dividida em duas fases distintas. A fase preparatória consistia no interrogatório do suspeito, na feitura do corpo de delito, na dedução da acusação e na apresentação da contestação e findava com o despacho judicial de recebimento ou rejeição da acusação. Este despacho admitia recurso. Quando fosse determinada a produção de prova da imputação, podia o requerente replicar e o arguido triplicar. A segunda fase, de julgamento, processava-se de acordo com as regras do processo ordinário, mas o arguido não tinha de estar presente. Esta forma de processo só foi alterada em 1926. As contravenções eram julgadas pelo júri, mas segundo a forma de processo ordinário e não segundo a forma prevista no artigo 29 do diploma, que era, pela sua natureza, especialíssimo, tendo-se pronunciado neste sentido a Direcção Geral da Justiça e a redacção da Gazeta da Relação de Lisboa (Gazeta da Relação de Lisboa, 1911: n. 28, p. 217, e Alfeu Cruz, 1915: 54, do ano de 1910). O carácter “excessivo” da inovação foi, aliás, logo criticado pela redacção da Gazeta da Relação de Lisboa e, mais tarde, pela doutrina (Gazeta da Relação de Lisboa, 1911: n. 74, p. 585, e António Macieira, 1914: 69).

¹⁰⁴⁴ Discutiu-se nos tribunais se a previsão legal devia ser interpretada restritivamente no sentido de que os crimes puníveis com pena correcional ou de polícia previstos no Decreto de 18.11.1910 fossem julgados com intervenção do júri, mas de acordo com as formas processuais correspondentes às penas aplicáveis, ou em sentido lato, devendo estes crimes ser julgados pelo tribunal de júri e segundo as formalidades do processo ordinário, sendo esta última a doutrina do Supremo Tribunal de Justiça e de Teixeira de Magalhães (1923: 34 e 35).

¹⁰⁴⁵ O crime punível com pena de prisão correcional até três meses era processado até ao fim da instrução de acordo com a forma de processo de polícia correcional e daí em diante de acordo com a

O último diploma publicado foi a Lei n. 266, de 27.7.1914, que determinou a instauração obrigatória do processo para investigação e julgamento dos crimes de responsabilidade ministerial nos distritos criminais da comarca de Lisboa, onde se seguiriam os termos do processo ordinário.¹⁰⁴⁶

Estas quatro iniciativas legislativas tinham implícito o propósito do legislador republicano de salvaguarda da hegemonia política, bem patente nas reservas colocadas à intervenção das populações de fora das grandes urbes no julgamento da criminalidade com directa relevância política.¹⁰⁴⁷ A suposição de que o elemento popular era partidário da causa republicana nas grandes urbes justificava este favor do governo, que, conjugado com o controlo efectivo da gestão administrativa e disciplinar da magistratura togada, através do novo Conselho Superior Judiciário, permitia a prevenção e a repressão atempada dos desvios ao curso revolucionário no corpo judicial.¹⁰⁴⁸

Com efeito, o novo Conselho Superior era composto por três vogais nomeados anualmente pelo governo de entre os juizes do Supremo e da Relação de Lisboa. Estes magistrados eram verdadeiros “comissários do governo”, sendo substituídos ao fim de

forma de processo de querela. A doutrina designava esta forma de processo por mista (Caeiro da Matta, 1919: 56). Habitualmente, a forma seguida era a de o delegado dar a querela logo que o corpo de delito indiciasse a existência de crime, após o que o juiz dava o despacho de pronúncia, designando data para interrogatório do indiciado e mandando prender ou fixando fiança (Alfeu Cruz, 1915: 229, do ano de 1910).

¹⁰⁴⁶ Os crimes comuns e os de responsabilidade política cometidos por políticos eram processados até à pronúncia nos tribunais comuns, sendo os autos remetidos ao Congresso após a pronúncia no caso dos crimes comuns e sendo a pronúncia da iniciativa da Câmara dos Deputados no caso dos crimes de responsabilidade (Abel de Andrade, 1925 a: 231 a 234).

¹⁰⁴⁷ A última medida desta natureza tomada antes do início da ditadura militar foi a consagrada no Decreto n. 10.773, de 19.5.1925, que introduziu a possibilidade de alteração das regras de competência territorial para julgamento dos crimes cometidos com o fim de produzir alarme, por determinação do Conselho Superior Judiciário.

¹⁰⁴⁸ O exemplo mais vivo desta intenção de controlo efectivo da magistratura pelo governo foi o caso da transferência para a Relação de Goa de quatro desembargadores da Relação de Lisboa por Decreto do governo provisório de 21.12.1910, em virtude de dois acórdãos por eles proferidos a 14.12.1910, em que defenderam a irresponsabilidade criminal dos ministros monárquicos pronunciados pela prática do crime de desvio de dinheiros públicos por terem assinado o famoso decreto dos “adiantamentos ao rei”. As sentenças censuradas encontram-se publicadas em Barbosa de Magalhães e Pedro de Castro (1912: 166 a 174). O caso não ficaria por aí, tendo sido transferido, por Decreto de 14.1.1911, para a Relação de Luanda um outro juiz da Relação de Lisboa por ter votado vencido em um acórdão proferido a 4.1.1911, no sentido da doutrina expressa nas decisões de 14.12.1910. A situação só ficou sanada com a mudança de ministro da justiça, tendo o Decreto de 5.6.1911 recolocado os juizes transferidos na Relação de Lisboa. Por seu turno, João Franco, o réu despronunciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, cujo acórdão veio a ser revogado pelo Supremo Tribunal de Justiça, ausentou-se do país (Luís Azevedo, 2001: 71 a 73).

um ano no exercício das suas funções.¹⁰⁴⁹ O Conselho tinha competência para determinar a transferência e a suspensão até um ano e propor ou informar o governo sobre a suspensão por mais tempo, a transferência para tribunal ou comarca de inferior categoria, a aposentação ordinária ou extraordinária por impossibilidade “moral” e a demissão dos magistrados de primeira instância e dos tribunais superiores, não dependendo essa decisão de qualquer consulta necessária dos tribunais de que fizessem parte os magistrados visados,¹⁰⁵⁰ competindo ainda ao Conselho classificar os

¹⁰⁴⁹ Esta era não só a expressão da Lei de 12.7.1912, que criou o Conselho, mas também a conclusão da doutrina em face do modo de nomeação dos membros do Conselho e da própria prática deste órgão de gestão (Pinto Osório, 1913: 190 e 191, e 1914: 18, Navarro de Paiva, 1915 b: 308, e Pinto Garção, 1928: 29 e 30). Tendo tomado o poder a 8.12.1917, a junta revolucionária presidida por Sidónio Pais, por Decreto logo de 11 de Dezembro, revogou o artigo 5 e os seus parágrafos do regulamento de 26.10.1912 e dissolveu o Conselho, constituindo um novo órgão, com três juizes do Supremo Tribunal de Justiça, eleitos por este tribunal. O sistema de eleição trienal dos membros do Conselho por todos os juizes de direito do continente e das ilhas adjacentes foi introduzido pelo Decreto n. 4.172, de 26.4.1918, tendo até sido aumentado o número de vogais efectivos de três para cinco pelo Decreto n. 4.691, de 23.7.1918, ambos publicados durante o consulado de Sidónio Pais. Após a morte de Sidónio Pais, o sistema electivo foi de novo substituído pelo Decreto n. 5.499, de 5.5.1919, que consagrou o da nomeação bienal pelo governo dos dois vogais efectivos do Conselho de entre os juizes do Supremo, não obstante a adesão que a doutrina do diploma de 1918 mereceu (Vaz de Sampaio, 1918: 534). A composição do Conselho Superior seria ainda modificada pelo Decreto n. 7.725, de 6.10.1921, que reuniu os conselhos dos magistrados judiciais e do Ministério Público e dos oficiais de justiça em um único órgão, embora a composição do Conselho só fosse alargada nos casos que dissessem respeito a magistrados do Ministério Público e a oficiais de justiça, mantendo-se a mesma quando se tratasse de casos respeitantes a magistrados judiciais. A forma de nomeação governamental dos membros do Conselho permaneceu inalterada desde 1919 até à chegada ao poder dos militares em 1926, tendo apenas o Decreto n. 10.310, de 19.11.1924, alargado o período de exercício das funções dos vogais para três anos, presumindo-se a recondução na falta de exoneração. Outra das censuras mais ouvidas ao poder político no período da primeira República foi a da “bolchevisação dos vencimentos” dos magistrados judiciais, não só deixando os membros da magistratura na penúria, descrita em múltiplos relatos da altura, como denegando à própria magistratura “de facto e de verdade a independência que precisa e que deve ser condição *sine qua non* da sua existencia” (José Mourisca, 1922 a: 82, e 1922 b: ano 41, pp. 322 a 324).

¹⁰⁵⁰ Todos os actos da vida pública e privada que não constituíssem crimes, mas representassem “transgressão de deveres profissionais” ou fossem “incompatíveis com o decoro e a dignidade indispensáveis ao exemplar exercício da função de julgador” (artigo 1 da Lei de 12.7.1912) podiam dar lugar a uma acção disciplinar, cujo exercício dependia da decisão do Conselho ou da iniciativa do governo. A doutrina criticou acerrimamente o poder discricionário do governo no que respeitava à baixa de posto e à demissão. “Por tanto, um caso, como este, que importa a exauctoração, ou aplicação da pena de morte natural para um magistrado, deixa de ser julgado, como estava legislado, por quinze juizes do Supremo Tribunal, depois de ouvidos dezanove juizes de segunda instancia ! Basta o voto affirmativo do triumvirato anualmente amovível e nomeado pelo ministro !”, concluía Pinto Osório (1913: 147 e 148). De modo idêntico afirmava Navarro de Paiva: “Por este Decreto, o simples voto de tres vogaes do Conselho superior da magistratura judicial, amovíveis, pode fazer eliminar d’ ella, estrangulando-a moralmente, um magistrado com o estygma da incapacidade moral” (Navarro de Paiva, 1915 b: 309). Este apertado controlo do poder político era, aliás, facilitado e até estimulado pela disposição do artigo 5 do regulamento de 26.10.1912, segundo a qual as autoridades administrativas deviam vigiar os juizes e denunciar ao conselho “todos os acontecimentos que ocorrerem já referentes à má administração da justiça, já ao procedimento dos respectivos magistrados”. Em defesa dos diplomas de 1912, saiu a terreiro Germano Martins (1918: 579 e 580), que, era director geral do Ministério da Justiça à data da publicação dos referidos decretos. Só depois da tomada do poder por Sidónio Pais foram eliminadas as penas de suspensão por mais de um ano e de transferência para classe inferior, tendo o Decreto n. 4.172, atribuído

magistrados, preferencialmente segundo o critério de mérito, com vista à promoção a juízes de segunda e primeira classe e a juiz desembargador.¹⁰⁵¹

No entanto, a preferência pelo elemento popular das grandes urbes na formação do júri e o controlo efectivo da gestão administrativa e disciplinar da magistratura togada não bastaram. As reservas do poder político ao tribunal de júri comum repercutiram-se na diminuição da sua competência, mesmo nas grandes cidades,

competência ao Conselho para aplicar a pena de demissão e a de aposentação por incapacidade moral e introduzido o recurso destas decisões para o STJ, em secções reunidas. Mais tarde, na sequência de uma última insurreição monárquica, o Decreto n. 5.203, de 6.3.1919, atribuiu ao governo competência exclusiva para punir disciplinarmente, incluindo com a separação de serviço e a aposentação, os magistrados e funcionários civis e militares que tivessem cometido infracções de natureza política. O processo disciplinar era decidido em primeira instância pelo ministro, depois de o arguido ter sido ouvido, e em segunda instância pelo conselho de ministros. Considerando este regime extraordinário “insuficiente para levar a efeito, com a necessária eficácia e rapidez, o saneamento da República” e que era “manifestamente impossível expurgar o funcionalismo civil e militar dos elementos hostis à república usando dos processos ordinários”, o governo modificou o Decreto de Março no mês seguinte. Assim, o Decreto n. 5.368, de 9.4.1919, autorizou a suspensão imediata de qualquer funcionário público pelo ministro que fosse seu superior hierárquico, com base na mera comunicação da infracção, podendo o arguido apresentar a sua defesa posteriormente até oito dias depois da publicação do despacho de suspensão e recorrer da decisão ministerial ulterior para o Conselho de Ministros. O Decreto n. 10.310, de 19.11.1924, que procedeu à revisão do direito disciplinar aplicável aos magistrados judiciais e do Ministério Público, sem contudo revogar expressamente o diploma relativo às infracções de natureza política, restringiu o âmbito de aplicação das penas de aposentação e demissão, tipificando os casos em que esta tinha lugar, mas limitou também a recorribilidade das decisões disciplinares. Por outro lado, introduziu-se a faculdade de o Conselho propor ao governo a transferência ou o afastamento temporário do cargo, “sem qualquer carácter de penalidade” sempre que houvesse “motivos excepcionais, referentes quer às circunstâncias peculiares de uma comarca ou cargo, quer às do magistrado” (artigo 120), que conheceria uma vida longa e conturbada no direito português. Menos de um ano depois, o Decreto n. 10.734, de 2.5.1925, estabeleceu um novo catálogo de “infracções disciplinares de carácter político” cometidas por magistrados e funcionários civis ou militares e conferiu a competência para o respectivo julgamento ao ministro. Diferentemente do diploma de 9.4.1919, o ministro determinava, logo após o recebimento da comunicação, a separação ou eliminação do arguido, restando a este, como naquele diploma, a dedução *a posteriori* da sua defesa e o recurso da decisão subsequente do ministro para o conselho de ministros. A principal inovação consistia na proibição expressa da revisão das decisões proferidas no âmbito destes processos. Também estas disposições seriam reintroduzidas depois da instauração da ditadura militar.

¹⁰⁵¹ A introdução do critério do mérito suscitava muitas apreensões e críticas entre a doutrina, pois nem a lei nem o regulamento definiam, com rigor, os elementos de prova que deviam sustentar esta apreciação de mérito, o que dava azo à interferência de critérios de confiança política na decisão sobre as promoções dos juízes (Pinto Osório, 1913: 162 e 163, e José Mourisca, 1918: 531). O já mencionado Decreto n. 4.172, que visou diminuir a interferência do governo na gestão da magistratura judicial, atribuiu ao Conselho, agora composto apenas por magistrados eleitos, a competência exclusiva para elaborar a lista da promoção dos magistrados, segundo um critério misto de antiguidade e de mérito, mas permitia ainda alguma arbitrariedade ao ministro quando os magistrados não tivessem requerido a colocação em qualquer uma das comarcas vagas (José Mourisca, 1918: 533). O Decreto n. 4.691, de 23.7.1918, consagrou o critério do mérito também para a nomeação dos magistrados judiciais, “concorrendo assim para uma maior selecção dos membros do Poder Judicial”, como se diz no preâmbulo, e a possibilidade de o governo se afastar da proposta do Conselho, quer em relação às nomeações e às promoções, quer em relação às transferências. Nas promoções o governo só podia afastar-se da proposta para seguir o critério da antiguidade e nas transferências a rejeição da proposta implicava que o Conselho tinha de propor dois nomes novos. Por outro lado, os presidentes do STJ e das Relações deixaram de ser eleitos e passaram a

tendo o legislador preferencialmente criado tribunais militares especiais ou atribuído competência penal especial aos tribunais da jurisdição militar, mas tendo também surgido em 1911 e em 1920 dois tribunais com uma composição civil e com competência criminal especial.¹⁰⁵²

A Lei de 23.10.1911 criou em Lisboa um tribunal para julgamento dos “crimes de conspiração”, previstos nos ns. 1 e 3 do artigo 2 do Decreto de 28.12.1910, revogando assim a competência atribuída neste diploma aos tribunais criminais comuns de Lisboa e do Porto.

O tribunal era presidido por um juiz comissionado pelo governo para tal efeito e funcionaria com um júri, extraído de uma pauta de jurados especial.¹⁰⁵³

Na tramitação do processo, previa-se que a querela valesse como libelo e que a pronúncia fosse dada também por magistrado comissionado pelo governo para a instrução destes processos. Por contraposição, estabelecia-se a obrigatoriedade do conhecimento das nulidades insupríveis na revista, mesmo que não fossem alegadas.

Um mês depois da aprovação da lei que criou este novo tribunal, a Lei de 29.11.1911 veio ampliar a competência do tribunal, atribuindo-lhe também o conhecimento dos crimes previstos nos ns. 2 e 4 do artigo 2 do Decreto de 28.12.1910 e nos artigos 172 a 176 do Código Penal. O tribunal especial teve, contudo, uma vida curta, tendo sido extinto logo no ano seguinte ao da sua criação pela Lei de 11.3.1912, que voltou a confiar aos tribunais criminais comuns das cidades de Lisboa e do Porto a competência para conhecer destes ilícitos.¹⁰⁵⁴ Toda a criminalidade relativa ao cometimento de atentados contra os fundamentos políticos do Estado veio a ser

ser livremente escolhidos pelo governo entre os membros daqueles tribunais. O Decreto n. 10.310, de 19.11.1924, manteve o critério do mérito de preferência ao da antiguidade.

¹⁰⁵² Uma outra estratégia utilizada pelo legislador para reduzir a competência do júri foi a da diminuição das molduras penais, como aconteceu, designadamente, com a do crime de falsificação de moeda. Luís Osório (1932 a: 399) não deixou de salientar o carácter paradoxal desta política criminal, em que para punir com maior severidade determinado crime o legislador baixava a moldura penal do mesmo, de modo a subtrai-lo à competência do júri, “pensando que mais valia pouco, do que nada”. Alguma doutrina também colaborou nesta invectiva contra a competência do júri, defendendo que em caso de cumulação de crime processado correcionalmente com crime julgado pelo júri este era julgado apenas pelo juiz singular se tivesse pena de menor gravidade, como era o caso do previsto no artigo 4 do Decreto de 28.12.1910 (Pedro de Sousa, 1915: 47, mas contra, Caeiro da Matta, 1919: 108).

¹⁰⁵³ Para a crítica cerrada deste diploma e, em especial, da intervenção do governo na administração da justiça e na restrição dos direitos da defesa, Cunha e Costa (1921: 32 a 34), que concluía que esta lei de Novembro de 1911 era “modelar e clamorosamente inconstitucional”, por violação do disposto nos artigo 3, ns. 20 e 21 da Constituição.

reformulada pela Lei de 30.4.1912, que determinou o processamento dos crimes previstos nesta lei, mesmo os puníveis com penas correcionais, segundo a forma de processo ordinário e nos tribunais comuns.¹⁰⁵⁵

O segundo tribunal, com composição civil e competência criminal especial, foi criado alguns anos mais tarde, pela Lei n. 969, de 11.5.1920.

O Tribunal de Defesa Social tinha sede em Lisboa e competência para o julgamento, nos termos do processo fixado no Decreto n. 5.576, de 10.5.1919, e na Lei n. 922, de 30.12.1919, dos crimes cometidos em todo o país de fabricação e detenção de explosivos, atentado por meio de explosivos e instigação a certos crimes e para a punição de certos vadios e reincidentes. Era composto por um membro da magistratura judicial ou do Ministério Público, que presidia, e dois indivíduos formados em direito, todos nomeados pelo governo.¹⁰⁵⁶

As reservas colocadas ao reforço da intervenção do tribunal de júri dentro e fora dos grandes centros urbanos foram também acompanhadas por uma diminuição efectiva da participação das magistraturas populares na administração da justiça, através da subtracção aos juízes populares da competência para proceder ao julgamento das transgressões de posturas.

Este movimento, que se iniciou nas cidades de Lisboa e do Porto, logo em 1910, com a atribuição aos juízes de investigação de competência para julgar estas transgressões, prosseguiu em 1915, com a criação dos Tribunais de Transgressões, também em Lisboa e no Porto, e concluiu-se em 1916, com a concessão aos juízes de direito, no resto do país, da competência para proceder ao julgamento destes ilícitos.

A Lei n. 219, de 30.6.1914, criou os Tribunais das Transgressões em Lisboa e

¹⁰⁵⁴ Também esta lei foi criticada, pois “tracta-se ainda de uma Lei de excepção ou circunstancia, por via da qual o accusado é desaforado de uma jurisdição, que á politica não convem, para outro que supphoe convir-lhe” (Cunha e Costa, 1921: 35).

¹⁰⁵⁵ Como melhor se verá no seu lugar próprio, também a atribuição da competência aos tribunais comuns não subsistiu por muito tempo, tendo a Lei de 8.7.1912 conferido aos tribunais militares territoriais competência para julgar os crimes previstos na Lei de 30.4.1912.

¹⁰⁵⁶ O Tribunal de Defesa Social, cuja competência territorial se estendia por todo o continente, mesmo no tocante aos vadios e reincidentes, como decidiam os tribunais e entendia alguma doutrina (Luís Osório, 1920: 398, mas contra José Mourisca, 1921 a: 289, tendo aquele autor defendido uma terceira opinião em face da crítica deste, Luís Osório, 1922: 354), e cuja constitucionalidade foi expressamente impugnada na doutrina em virtude da sua composição (José Mourisca, 1921 a: 290 e 291), veio a ser abolido pela Lei n. 1.529, de 24.1.1924, tendo já no período da ditadura militar a competência para julgar os crimes anteriormente processados no Tribunal de Defesa sido atribuída primeiro aos tribunais militares territoriais, pelo Decreto n. 11.759, de 23.6.1926 e, posteriormente, aos tribunais militares especiais, pelo Decreto n. 12.508, de 13.10.1926, como melhor se verá adiante.

no Porto e a Lei n. 300, de 3.2.1915, conferiu-lhes competência para instruir e julgar as transgressões de posturas e regulamentos, que foi ainda alargada, pelo Decreto n. 5.899, de 21.6.1919, aos crimes de açambarcamento, independentemente do valor da multa aplicável e da mercadoria apreendida. O diploma de 1915 fixou os termos de uma nova forma de processo, que substituiu a do processo de coimas da Novíssima, aliás já modificada pelo Decreto de 28.11.1907.

As transgressões de posturas eram julgadas de acordo com a forma de processo de polícia correcional ou com a forma de processo correcional consoante a pena aplicável, mas com especialidades referentes à atribuição de força de corpo de delito aos autos de notícia elaborados pela autoridade que tivesse verificado a ocorrência da transgressão no exercício das suas funções, à limitação do número de testemunhas admissíveis em julgamento a três por cada transgressão, à proibição de realização de deprecadas e à admissibilidade da interposição de recurso apenas da decisão final, conhecendo-se nele dos protestos lavrados nos autos contra as decisões interlocutórias.¹⁰⁵⁷

A lei previu também o julgamento à revelia no caso em que a transgressão não correspondesse pena de prisão e o julgamento sumaríssimo no próprio dia ou no primeiro dia útil seguinte dos detidos em flagrante delito pela prática de transgressão a que correspondesse o processo de polícia correcional.¹⁰⁵⁸

Por fim, a Lei n. 636, de 29.9.1916, atribuiu aos juízes de direito, fora de Lisboa e do Porto, a competência para julgar todas as transgressões que não dissessem respeito a impostos, com observância dos termos previstos nos capítulos II a V da Lei n. 300, de 3.2.1915, impondo-se assim a transferência da competência transgressional para o juiz de direito da comarca que vinha sendo realizada de forma casuística desde 1892 e já tinha sido sugerida nos projectos de Arthur Montenegro e de Abel do Valle.¹⁰⁵⁹

Destarte, no final do período da vigência da Novíssima, existiam seis formas de processo sumaríssimo, tendo o legislador republicano criado o dobro das formas de processo desta natureza estabelecidas pelo legislador monárquico. Assim, os réus

¹⁰⁵⁷ A principal crítica feita ao sistema de recursos era a da irrecorribilidade do despacho que designava julgamento e do despacho de pronúncia, o que dava a este processo um carácter mais gravoso do que o processo de polícia correcional (José Mourisca, 1924: 528 e 529).

¹⁰⁵⁸ A qualificação desta última forma de processo como uma outra forma de processo sumaríssimo foi feita por José Dias (1919: 36) e Beleza dos Santos (1920: 39).

¹⁰⁵⁹ Arthur Montenegro, 1905: 10 e 23, e Abel do Valle, 1907: 65.

detidos em flagrante delito pela prática de certos crimes previstos no Código Penal, sendo reincidentes ou vadios, eram julgados, nos termos do Decreto n. 2, de 29.3.1890, no dia da captura, e os detidos em flagrante delito, fora de Lisboa e do Porto, pela prática de um crime punível com pena correccional até seis meses ou multa até 500.000 réis, não havendo necessidade de exame e não tendo sido apresentadas testemunhas de defesa ou tendo as testemunhas sido apresentadas na audiência, eram julgados, nos termos do Decreto n. 1, de 15.9.1892, no dia da captura.

A legislação republicana determinou que os réus detidos em Lisboa e no Porto, nas circunstâncias fixadas no Decreto de 1892, fossem julgados, nos termos do Decreto de 18.11.1910, no dia da captura, no primeiro dia útil seguinte ou dois dias depois, se necessário para apresentação de testemunhas de defesa ou da acusação. Também eram julgados nos termos do Decreto de 1910 os réus cidadãos estrangeiros detidos, mesmo fora de flagrante delito, e os réus cidadãos nacionais detidos em flagrante delito pela prática dos crimes mencionados nos artigos 1 a 4 e 26 da Lei de 20.7.1912.

Os réus detidos em flagrante delito pela prática de uma transgressão punível com alguma das penas aplicáveis em processo de polícia correccional, se não houvesse necessidade de proceder a outras diligências, eram julgados, nos termos do artigo 31 da Lei n. 300, de 3.2.1915, no dia da captura, no primeiro dia útil seguinte ou noutro de acordo com a conveniência de serviço e os réus detidos pela prática de um dos crimes previstos pelas Leis n. 922, de 30.12.1919, e n. 969, de 11.5.1920, eram julgados dentro de oito dias.¹⁰⁶⁰

Esta multiplicação das formas de processo sumaríssimo e a criação de novos tribunais revelavam, além do desvirtuamento do propósito republicano do reforço do tribunal de júri, uma intervenção descoordenada do governo na administração da justiça, permanecendo incumprido o preceito do artigo 85 da Constituição, que determinava que o primeiro congresso deveria elaborar, entre outras, uma lei geral de organização judiciária.

Não obstante, foram apresentados quatro projectos de reorganização judiciária até ao início da ditadura militar, mas nenhum teve sucesso.

O mais importante destes projectos foi o primeiro, o “projecto de Lei de

¹⁰⁶⁰ Este prazo era entendido, nos tribunais e pela doutrina, como meramente indicativo e o seu decurso não impedia a realização do julgamento nesta forma de processo, mantendo-se o arguido detido pelo tempo que fosse necessário (José Mourisca, 1921 b: ano 39, p. 323).

Organização Judiciária na República Portuguesa”, do deputado Luís Mesquita Carvalho. Foi apresentado em 1912, mas não foi sequer discutido.

O projecto assentava em uma divisão do território continental e das ilhas adjacentes em distritos das Relações, círculos, em que tinham sede tribunais colectivos, comarcas, julgados municipais e juízos de paz e em uma divisão do território ultramarino em distritos, comarcas e julgados. Os juízes da mais alta instância eram nomeados exclusivamente por ordem de antiguidade de entre os dos Tribunais da Relação do continente e todos os outros das instâncias inferiores eram escolhidos por concurso público, sendo a ordenação gradual de classificação por mérito dos candidatos imperativa para o ministro da justiça.¹⁰⁶¹ A reforma judiciária dos tribunais com competência criminal não se repercutia sobre a realização do princípio da acusação.

O tribunal colectivo era composto por três juízes de direito e tinha competência para conhecer os recursos dos processos por crimes de abuso de liberdade de imprensa e os recursos interpostos dos juízes de direito e dos juízes municipais em processos de polícia e de transgressões. Das decisões do tribunal colectivo cabia recurso para a Relação, que conhecia definitivamente do facto e do direito.

As comarcas de Lisboa e do Porto eram divididas em tribunais criminais, juízos de investigação criminal e juízos sumários de crimes e transgressões.

O resto do território continental dividia-se em julgados municipais. O juiz municipal, que era sempre um jurista, tinha competência para julgar transgressões e crimes a que correspondessem processo correcional ou de polícia e para preparar os corpos de delito por crimes a que correspondesse processo ordinário, que eram julgados pelo juiz de direito, com o júri. Os processos por crimes ou transgressões contra a lei eleitoral, os crimes contra a segurança do Estado e os crimes de abuso de liberdade de imprensa eram instruídos pelo juiz de direito e julgados por este, com o júri.¹⁰⁶²

A realização do princípio da acusação não seria distinta da do direito vigente, pois nos processos preparados pelos juízes municipais os despachos interlocutórios

¹⁰⁶¹ Não só a organização das listas de prioridade para nomeações resultantes dos concursos, mas também a organização das listas para efeitos de promoção, transferência, colocação na efectividade e aposentação era da exclusiva competência do Supremo Conselho Disciplinar judicial, que era composto por cinco juízes eleitos pelos magistrados dos Tribunais da Relação e pelos de círculo, dois juízes nomeados pelo ministro da justiça e dois advogados ou professores eleitos pela assembleia geral da Ordem dos Advogados. Se o ministro desatendesse a deliberação do Supremo Conselho podia incorrer em responsabilidade criminal.

¹⁰⁶² Os juízes de paz, além da competência conciliatória e contenciosa cível, tinham também competência

destes eram provisórios, podendo ser alterados pelo juiz de direito, o que implicava o juiz na direcção da instrução do processo ordinário. Nas restantes formas de processo, o magistrado municipal cumulava a função de investigador e a de julgador. No processamento dos crimes eleitorais, políticos e de imprensa, o juiz de direito ocupava uma posição intermédia entre aquelas e estas situações, devido à intervenção do júri.

O projecto procedia ainda à reforma do júri de molde a facilitar a sua formação e a reforçar a sua autoridade. O júri criminal era constituído por sete jurados e um suplente, dependendo a decisão no sentido de considerar provado o crime do voto conforme de cinco deles. As respostas aos quesitos só podiam ser anuladas quando a decisão condenatória importasse aplicação de pena maior fixa ou quando houvesse empate no sentido da absolvição e o Ministério Público requeresse a anulação. O segundo júri era constituído por nove jurados e três suplentes e a maioria para dar como provado o crime obtinha-se com seis votos. Esta decisão não podia ser anulada.

O júri podia reclamar a presença do juiz para que prestasse esclarecimentos jurídicos, não podendo este revelar a sua opinião e sendo acompanhado pelos representantes da acusação e da defesa.

O projecto de Lei de “Reorganização Judiciária” do deputado Abraão Carvalho foi apresentado na sessão da Câmara de 6.12.1915, mas também não foi discutido.¹⁰⁶³

Consciente das dificuldades práticas colocadas à realização de uma ampla reforma judiciária, por força dos interesses contraditórios das populações e da situação difícil do tesouro, o autor propunha uma reforma parcial, que resolvesse os problemas da caótica divisão comarcã, da independência da magistratura e da jurisprudência contraditória do Supremo Tribunal de Justiça. O recrutamento e a promoção dos juizes eram objecto de disposições muito pormenorizadas, que impunham a nomeação por concurso e a promoção dentro das classes de juizes por antiguidade e fora delas por concurso, sendo a passagem à Relação submetida a um critério misto de antiguidade e de mérito e a passagem ao Supremo Tribunal de Justiça a um critério estrito de mérito.¹⁰⁶⁴

O projecto de lei do deputado Catanho de Menezes foi apresentado em

para levantar autos de notícia dos crimes públicos e proceder a diligências preparatórias deprecadas.

¹⁰⁶³ Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 3, de 6.12.1915, pp. 6 e 7.

¹⁰⁶⁴ Abraão de Carvalho (1915: 31 e 46).

25.4.1916 no parlamento, mas não foi discutido.¹⁰⁶⁵

Os juizes de terceira classe deviam ser nomeados por concurso, mas a progressão na carreira até ao Supremo Tribunal de Justiça encontrava-se subordinada a um critério misto de antiguidade e de mérito e a transferência dentro de uma mesma classe a um critério exclusivo de antiguidade. A ordenação das listas de progressão e de transferência era da competência do Supremo Conselho da Magistratura Judicial, que era composto por quatro juizes do Supremo Tribunal de Justiça, eleitos por três anos. O Conselho podia não só excluir da promoção qualquer magistrado, como obstar à transferência quando entendesse que havia “manifesto inconveniente para o serviço público”.¹⁰⁶⁶ A substituição de juizes da comarca era realizada sob proposta do próprio juiz substituído, cabendo a escolha do juiz substituto ao ministro da justiça.

No tocante à organização judiciária, previa-se, além de uma regulamentação nova do recenseamento, da composição, do sorteio e das atribuições do júri, a autorização para o governo criar juizes de concelho nos concelhos que não fossem cabeça de comarca, devendo ser extintos os juizes de paz e municipais do respectivo concelho à medida que aqueles fossem criados.

Os novos juizes de concelho só poderiam ser nomeados de entre os oficiais do registo civil, que exercessem funções no concelho e fossem bachareis formados em direito. A competência destes novos magistrados incluía a preparação e o julgamento dos processos de transgressões de posturas e dos processos de polícia correcional, cabendo recurso para o juiz de direito das suas decisões proferidas nos processos de transgressões e para o Tribunal da Relação das proferidas nos processos de polícia correcional.

O júri criminal devia ser constituído, em princípio, apenas por cinco cidadãos, sendo as deliberações tomadas por maioria de três votos. Ao júri competia decidir das questões de facto, ainda que sobre elas houvesse confissão ou os factos estivessem provados por documentos autênticos ou autenticados, podendo os jurados dar como provada qualquer circunstância modificativa do facto principal que tivesse por efeito a

¹⁰⁶⁵ Na base deste projecto esteve o trabalho de uma comissão nomeada em 1913 pelo ministro da justiça Álvaro de Castro, da qual fez parte Barbosa de Magalhães (Barbosa de Magalhães, 1940 b: 275). O autor do projecto, que foi o redactor da comissão, reconheceu, contudo, a impossibilidade de apresentar o estudo da comissão na íntegra ao congresso, “não só porque as circunstâncias excepcionais do Tesouro o não permitem, mas também porque julguei dever introduzir-lhes algumas alterações, que me pareceram de grande vantagem” (Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 76, de 27.4.1916, p. 10).

¹⁰⁶⁶ Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 76, de 27.4.1916, p. 18.

diminuição da pena, “ainda que tal circunstância não esteja compreendida nos quesitos ou seja contrária às conclusões dos peritos e às declarações dos ofendidos” (artigo 38, § único). As respostas dos jurados só poderiam ser anuladas quando a decisão fosse condenatória.

O “Projecto de Organização Judiciaria” de Alfeu Cruz foi apresentado ao ministro da justiça em 1918 e revisto por uma comissão, mas não foi sequer submetido à apreciação do parlamento.

Apesar da sua denominação, a proposta não continha qualquer norma inovadora sobre a organização dos tribunais com competência criminal e visava antes a regulamentação do estatuto da magistratura judicial e, sobretudo, a atribuição ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, que mantinha a composição do Decreto n. 4.692, de competência exclusiva para organizar as nomeações, transferências, promoções, demissões, passagens à inactividade e aposentações de juizes, bem como para determinar a realização de inspecções e proceder à acção disciplinar, que merecia uma regulamentação pormenorizada. A promoção de todos os juizes era feita de acordo com um critério estrito de antiguidade e só quando houvesse “motivos especiais” podia o Conselho afastar-se deste critério (artigo 10). A substituição do juiz de direito era feita pelo presidente do Tribunal da Relação de entre os propostos pelo juiz substituto.

4. O Projecto de Código de Processo Penal de Armando Marques Guedes (1916)

Se as diversas tentativas encetadas para apresentação de uma lei geral de organização judiciária fracassaram, o único ensaio de um novo Código de Processo Penal para a metrópole elaborado durante a primeira República não teve melhor sorte.

O projecto foi apresentado pelo deputado Armando Marques Guedes na

Câmara dos Deputados na sessão do dia 14.4.1916,¹⁰⁶⁷ tendo sido enviado à comissão de legislação criminal, mas não tendo sido objecto de qualquer parecer desta, nem de votação da Câmara.

O autor do projecto manifestou logo no preâmbulo do mesmo o propósito de conciliar o respeito pela tradição nacional com as “novas ideias criminais”, deixando bem expresso que o projecto “não faz tábua rasa das nossas tradições judiciais e processuais”.¹⁰⁶⁸ Entre as novas ideias criminais postas em relevo pelo autor encontravam-se “o princípio da negação de certas garantias aos reincidentes, da distinção das absolvições por falta de provas e pela convicção da inocência e da organização de júris técnicos”, bem como a instituição da reparação do dano causado pelo crime como “forma essencial, como base de todo o sistema de repressão penal”.¹⁰⁶⁹

O projecto estava dividido em oito livros, o primeiro sobre o processo em geral, o segundo sobre a acção penal, o terceiro sobre a instrução criminal, o quarto sobre a acusação, o quinto sobre o julgamento, o sexto sobre a execução das sentenças, o sétimo sobre a revisão das sentenças e a reabilitação dos condenados e o último sobre os processos especiais, todos somando 358 artigos.

O projecto assentava na organização judiciária vigente,¹⁰⁷⁰ com a única excepção da consagração de um júri técnico, que se estabelecia facultativamente para o julgamento “de crimes de certa natureza, como abôrto, envenenamento, ofensas corporais seguidas de morte, que exijam especiais conhecimentos técnicos” (artigo 257) e funcionaria apenas nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, para onde o processo seria remetido. A distinção entre o tribunal de instrução e o tribunal de julgamento era pressuposta, pelo menos, nas comarcas de Lisboa e Porto, como decorria da disposição

¹⁰⁶⁷ Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 73, de 14.4.1916, pp. 7 a 41.

¹⁰⁶⁸ A prudência do autor é bem visível nesta afirmação: “não se faz a evolução jurídica dum jacto, e talvez pior do que ter leis um tanto antiquadas, mas prudentes e equitativas, seja formular em novas leis princípios novíssimos, que, por falta de adaptação às ideias e às instituições da época se destinem a uma espécie de revogação pelo desuso” (Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 73, de 14.4.1916, p. 9). O autor teve também a preocupação de revelar as fontes da sua inspiração, indicando os projectos de Navarro de Paiva, a proposta de José de Alpoim e os códigos francês e italiano, além da “jurisprudência e doutrina dos tribunais e tratadistas portugueses e estrangeiros” (Diário da Câmara dos Deputados, sessão n. 73, de 14.4.1916, p. 10).

¹⁰⁶⁹ Diário da Câmara dos Deputados, de 14.4.1916, p. 9. As duas mais significativas repercussões práticas do novo ideário criminal eram a de que a absolvição por simples falta de provas constituiria, no julgamento de um segundo crime, presunção de reincidência e a da obrigatoriedade de o juiz fixar officiosamente em todas as sentenças condenatórias a indemnização do dano causado à vítima.

¹⁰⁷⁰ A preocupação de não inserir disposições de organização judiciária no projecto foi expressamente ressaltada no preâmbulo (Diário da Câmara dos Deputados, de 14.4.1916, p. 9).

sobre o julgamento no processo sumário e da disposição final referente à área dos juizes de investigação.

O projecto previa três formas de processo ordinário, o de querela, o correcional e o de polícia correcional, uma forma de processo sumário para julgamento dos autores detidos em flagrante delito pela prática dos crimes de polícia correcional, cometidos em Lisboa e no Porto e que não tivessem de ser verificados por exame directo, e três formas de processo especiais, a de julgamento dos crimes cometidos por magistrados judiciais e do Ministério Público, a de julgamento dos crimes de difamação e injúria, onde se incluía apenas uma norma remissiva para as disposições da lei da imprensa em vigor, e a de julgamento dos réus ausentes e contumazes.

Qualquer uma das formas de processo ordinário dividia-se em três fases distintas, a da instrução secreta, conduzida pelo juiz, a da instrução contraditória, requerida pelo réu, e a de julgamento, tendo o autor recuperado a ideia fundamental de Fernando Emygdio da Silva da divisão da instrução em duas fases distintas, uma inquisitória e outra contraditória,¹⁰⁷¹ modificando, embora, os contornos com que este a tinha defendido na sua tese coimbrã.

Sem prejuízo do reconhecimento da faculdade de o Ministério Público recolher indícios do crime punível com pena maior e proceder a apreensões numa fase prévia à formação do corpo de delito, que se abria quando aquele magistrado receasse o desaparecimento dos vestígios do crime, o processo judicial tinha uma fase inicial secreta, em que o juiz formava o corpo de delito, sendo o arguido assistido por um defensor em qualquer interrogatório. O Ministério Público e o arguido podiam indicar testemunhas, assistindo aquele magistrado e o defensor do arguido às respectivas inquirições, assim como o arguido assistiria a vistorias e exames, quando o juiz entendesse necessário.¹⁰⁷² Só a prova documental apresentada pelo arguido era

¹⁰⁷¹ Fernando Emygdio da Silva, 1909: 186 a 193.

¹⁰⁷² Assim se conciliavam os direitos de assistência do defensor com a natureza secreta do corpo de delito (artigo 73), a faculdade arbitrária de o juiz ouvir testemunhas indicadas pelo réu na fase secreta e o direito de o arguido fazer ouvir as suas testemunhas na fase contraditória, sendo a proposta menos liberal do que a tese defendida por Fernando Emygdio da Silva, nos termos da qual a defesa intervinha no corpo de delito indirecto, mas não no corpo de delito directo, com a ressalva inspirada na StPO alemã das “testemunhas que segundo todas as presumpções se não poderão repetir no debate”. Nos restantes casos, podia dar-se conhecimento à defesa dos depoimentos das testemunhas enquanto a fase das investigações não estivesse concluída se esse conhecimento não fosse prejudicial e, finda a fase de investigações, a defesa conheceria abertamente de todo o processo (Fernando Emygdio da Silva, 1909: 181 a 185).

obrigatoriamente mandada juntar aos autos.

Na fase instrutória das formas do processo ordinário, o projecto distinguia o despacho de indicição, que era proferido quando houvesse indícios suficientes da culpa do denunciado, e o despacho de pronúncia, mantendo-se o segredo apenas até ao despacho de indicição.

Após a prolação do despacho de indicição, abria-se a instrução contraditória. A instrução secreta tinha natureza necessária, ao invés da contraditória, que era facultativa. A indicição provisória do réu detido tinha lugar no prazo máximo de oito dias “contados do dia da primitiva detenção” (artigo 62), sendo admissível uma prorrogação deste prazo por mais oito dias apenas quando o exigisse a realização de diligências requeridas pelo réu em instrução contraditória.

A indicição implicava a prisão do réu solto a quem fosse imputado um crime punível com pena maior fixa e do indiciado vadio ou reincidente, sendo admissível a prestação de caução aos réus julgados em processo correcional ou querela por crime punível com pena maior temporária, que se mantinha mesmo aos réus condenados que recorressem, adoptando-se em parte a proposta feita na dissertação de Francisco Fernandes.¹⁰⁷³ Os réus no processo de polícia prestavam apenas um termo de identidade, mas depois de condenados podia ser-lhes exigida a prestação de caução, seguindo-se a doutrina minoritária de Francisco Fernandes e Trindade Coelho.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷³ O regime da prisão preventiva do projecto de 1916 seguia, em parte, a tese de Francisco Fernandes, de 1896, que por sua vez se inspirava fortemente na regulamentação da StPO alemã. O projecto previa, tal como Francisco Fernandes tinha proposto, a detenção facultativa do suspeito fora de flagrante delito nos mesmos casos do § 112 da StPO, mas omitia a regra liberalíssima do § 117 da StPO da admissibilidade da prestação da caução em todos os casos de detenção facultativa por perigo de fuga, cuja adopção e até alargamento Francisco Fernandes também tinha propugnado (Francisco Fernandes, 1896: 81 e 87, 98 e 99). O projecto e a dissertação de Francisco Fernandes distanciavam-se ainda um do outro na parte em que esta defendia a prisão preventiva obrigatória durante todo o processo para os réus presos em flagrante delito, para os reincidentes e os confessos quando a pena aplicável fosse privativa da liberdade e, portanto, em qualquer forma de processo, devendo os réus pronunciados em processo de querela ser também detidos obrigatoriamente. Nem o projecto nem a dissertação iam ao ponto, contudo, de impugnar o princípio da denegação da caução nos crimes mais graves, como o fez vigorosamente Joaquim Gualberto de Sá Carneiro (“todo e qualquer arguido, seja qual fôr o crime imputado, deverá poder livrar-se solto sob caução, graduada esta devidamente nos termos já indicados. Não é justo que sofra prisão preventiva quem muitas vezes está inocente e consegue proval-o no dia do julgamento, Joaquim de Sá Carneiro, 1913: 314).

¹⁰⁷⁴ Francisco Fernandes (1896: 33) e Trindade Coelho (1897: 33, e 1910: 27). Francisco Fernandes entendia que era preferível o princípio consagrado no artigo 1257 da Novíssima, que previa a prisão para o réu condenado, pois a liberdade provisória deixava “ao arbitrio do réo soffrer a pena ou subtrahir-se a ella”. Quando se entendesse que esse princípio era excessivo, devia-se fixar a regra de que a condenação em pena correcional do réu julgado em processo de querela implicava a prisão preventiva do mesmo, conjugada com a possibilidade de o juiz exigir fiança ao réu condenado em qualquer outra forma de processo, incluindo na de polícia correcional (Francisco Fernandes, 1896: 91 e 92).

A instrução contraditória era “requerida e processada como os embargos” (artigo 158), podendo nela ser produzida toda a prova da defesa e serem alegadas todas as excepções admitidas pela lei. Em face desta prova, o Ministério Público apresentava a sua petição de queixa ou de querela, tratando-se de processo correcional ou de querela, ou promovia a remessa a julgamento, no caso de processo de polícia. O juiz, se não revogasse o despacho de indicição e ordenasse o arquivamento do processo, proferia despacho de pronúncia no processo de querela e no correcional ou remetia o processo para julgamento no processo de polícia. Todos estes despachos eram passíveis de recurso, que subiam nos próprios autos. O Ministério Público podia recorrer quando o processo fosse arquivado, bem como da pronúncia ou despacho correspondente quando este não estivesse de harmonia com a petição da queixa ou de querela ou com a promoção para julgamento em processo de polícia correcional.

O projecto integrava a instrução contraditória na estrutura do processo ordinário, em qualquer uma das suas formas, não só dando-lhe a máxima amplitude na prossecução do interesse do réu em apresentar toda a sua defesa, como também jurisdicionando-a integralmente, por via do reconhecimento da recorribilidade dos despachos de não admissão da instrução contraditória e de indeferimento de diligências na instrução contraditória. A integração operada implicou uma duplicação de despachos judiciais finais na fase preparatória, tendo o despacho de indicição a natureza de uma pronúncia provisória, proferida antes de o indiciado ter tido o direito de deduzir a sua defesa, e tendo a pronúncia definitiva uma natureza verdadeiramente contraditória. A instrução ganhava deste modo a natureza de uma garantia do réu contra uma acusação injusta já deduzida, sem, contudo, se regressar ao segredo absoluto do processo preparatório na Novíssima. O arguido não tinha apenas uma oportunidade mais ampla de se defender no processo preparatório secreto como tinha o direito de apresentar a sua defesa após a conclusão deste, mas antes ainda da abertura da fase de julgamento.

O reforço do estatuto da defesa na fase preparatória do processo conjugava-se em termos ideais com a divisão de funções instrutória e de julgamento previstas para as comarcas de Lisboa e do Porto, mas prejudicava gravemente a imparcialidade do juiz de julgamento nas comarcas do resto do país, pois o juiz iniciava o julgamento conhecendo já a defesa do réu e tendo mesmo mantido a pronúncia provisória. Este prejuízo era tanto maior quanto se tivesse em conta a possibilidade de prolação de despacho de

indiciação contra todas as pessoas que se mostrassem culpadas no corpo de delito, mesmo quando o procedimento criminal não tivesse sido promovido contra elas pelo Ministério Público, e de despacho de pronúncia distinto da petição de queixa ou de querela ou da promoção correspondente do Ministério Público em processo de polícia.

Na fase de acusação e julgamento no processo de querela, o projecto mantinha o libelo acusatório, mas abolia o relatório do juiz no final da audiência e a faculdade de o juiz controlar a justiça das respostas dos jurados, indo até mais longe do que Alexandre de Seabra no seu projecto de 1886, e, sobretudo, reconhecia ao júri a competência para “indicar a pena que entender mais adequada e mais justa” (artigo 251, § 2), indicação que seria ainda submetida à discussão das partes e tomada em consideração pelo juiz, que decidia em definitivo “levando em conta as circunstâncias agravantes ou atenuantes dadas por provadas” (artigo 253).

Não obstante esta redução efectiva dos poderes do juiz, ele tinha um papel fundamental quer na delimitação do objecto do processo, quer na investigação de novos meios de prova, podendo quesitar officiosamente as circunstâncias derimentes, agravantes e atenuantes que entendesse necessárias, sem o limite da pena pedida pelo acusador, e determinar, também officiosamente, o adiamento da diligência para junção de novos meios de prova, qualquer que fosse a sua natureza.

Na forma de processo de polícia e na correccional, mantinha-se o registo da prova, facultativo na primeira e obrigatório na segunda, com a ressalva do registo apenas das alterações quando os depoimentos já se encontrassem nos autos.

No âmbito dos recursos ordinários o projecto seguia a tendência dos dois anteriores, consagrando um duplo grau de recurso amplo, sem qualquer alçada e com recurso de apelação das sentenças condenatórias e das absolutórias, mas destas somente quando tivesse havido protesto tempestivo por nulidades. Os tribunais superiores deviam conhecer as nulidades do processo, ainda que não alegadas, omitindo-se, no entanto, do elenco da lei a preterição das formalidades essenciais à descoberta da verdade, mas acrescentando-se a sétima e a oitava nulidades sugeridas na proposta de projecto de 1899. Em face da crítica violenta de Dias da Silva a esta proposta, não se previam regras especiais de votação das nulidades.

Na forma especial de julgamento dos réus ausentes, prevista apenas para os crimes puníveis com pena maior, determinava-se a notificação edital do arguido

pronunciado se durante dez anos a contar da data da pronúncia ele não fosse preso, como tinha proposto a proposta de 1899. O julgamento realizava-se na forma prevista na lei, mas os autos seriam processados e julgados pelo mesmo juiz que tivesse dado a pronúncia.

O Ministério Público tinha o dever oficioso de interpor recurso da sentença, precisamente como previa a proposta de 1899. Contudo, o réu condenado, que fosse preso ou se apresentasse, podia apelar ou embargar a parte da sentença que o tivesse condenado em pena corporal, assegurando-se uma defesa mais ampla ao réu ausente do que a da proposta de 1899. Nos embargos o réu deduzia toda a sua defesa, de facto e de direito, que podia ser contestada pelo Ministério Público e seria valorada pelo juiz.

Ao grave prejuízo para o princípio da acusação nas comarcas fora de Lisboa e do Porto resultante da estrutura do processo preparatório, o projecto procurava obviar, na forma de processo para julgamento dos crimes mais graves, com um alargamento muito considerável da autonomia do tribunal de júri, suprimindo os meios de influência e controlo do juiz sobre a actividade decisória dos jurados e conferindo mesmo ao júri a competência para dar indicação da pena justa. Aliás, o reforço da autonomia do tribunal de júri correspondia também ao propósito, comprovado na introdução do júri técnico, de aumento da competência técnica dos seus membros e, desse modo, da credibilidade deste tribunal. O prejuízo para o princípio da acusação era particularmente crítico na forma de processo correcional e na de polícia correcional e no julgamento de réus ausentes, atentos o conhecimento prévio da defesa do réu pelo juiz de julgamento e os seus poderes amplos de delimitação do objecto do processo, o que a garantia de recurso do despacho de pronúncia ou correspondente até ao Supremo Tribunal de Justiça só aparentemente evitava.

Diferentemente, o princípio da imediação sofria danos idênticos em todas as formas de processo ordinário. Se o aproveitamento dos depoimentos das testemunhas produzidos na fase instrutória dos processos correcional e de polícia o punha em crise, a leitura irrestrita do corpo de delito no início da audiência de julgamento no processo de querela, estivesse o réu presente ou ausente, deixava gravemente ferido aquele princípio, constituindo uma regressão em face do direito vigente, vertido no artigo 7 do Decreto de 28.12.1910, e agravando ainda mais a posição processual do réu na instância.

A garantia de dois graus de recurso em matéria de direito e um grau de recurso em matéria de facto nos processos correcional e de polícia e de três graus de direito no processo de querela de pouco valia, sobretudo considerando a limitação da sindicância da matéria de facto à prova registada nos autos e à prova documental nova, não podendo o tribunal de recurso sindicatá-la oficiosamente a suficiência das diligências de prova. Só os réus ausentes beneficiavam de uma verdadeira possibilidade de apresentar a sua defesa, defendendo-se por embargos. Ainda assim, as novas regras da admissibilidade da prestação de caução ao réu condenado em pena de prisão maior temporária e da imputação da toda a prisão preventiva na pena decretada ¹⁰⁷⁵ não afastavam, mas atenuavam consideravelmente o efeito negativo da possibilidade da *reformatio in pejus*, incentivando o réu condenado a tentar a sua sorte na instância superior.

Capítulo 8 °

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

1. O Estatuto Judiciário de 1927

Após a destituição do chefe de Estado e do governo e a instauração da ditadura militar em 28.5.1926, o Congresso da República foi dissolvido pelo Decreto de

¹⁰⁷⁵ O autor do projecto ia neste ponto mais longe do que a proposta defendida na dissertação de Francisco Fernandes, no sentido da consagração de uma faculdade judicial de desconto em todas as penas privativas da liberdade de toda ou parte da prisão preventiva sofrida (Francisco Fernandes, 1896: 154).

9.6.1926, cessando de facto a partir dessa data a vigência da Constituição de 1911.¹⁰⁷⁶

A actividade legiferante da ditadura militar não se caracterizou pela implantação de um paradigma judiciário novo no âmbito da justiça penal, mas antes pelo desmantelamento do anterior paradigma liberal.¹⁰⁷⁷

Este desmantelamento tinha três objectivos imediatos, que foram logo postos em execução após a tomada do poder: a diminuição da participação popular na administração da justiça, a concentração das funções da instrução e do julgamento e a reforma do sistema de gestão administrativa e disciplinar da magistratura judicial.¹⁰⁷⁸

A reforma do sistema de gestão da magistratura judicial foi a primeira medida legislativa do novo poder político, adoptada pelo Decreto n. 11.751, de 23.6.1926. O Conselho Superior Judiciário era composto pelo presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por dois vogais nomeados pelo ministro da justiça e por dois outros vogais eleitos pelos juizes de direito do continente e ilhas adjacentes, uns e outros escolhidos de entre os juizes do Supremo. O legislador criticava a tradição republicana da nomeação arbitrária pelo poder executivo dos magistrados judiciais para os cargos da justiça e, designadamente, a faculdade de o ministro da justiça não respeitar o parecer

¹⁰⁷⁶ Marcello Caetano, 1957: 1. A verdade é que a doutrina penalista continuou a aferir a constitucionalidade das novas leis penais e processuais pelo estalão da Constituição de 1911, de que são exemplo a crítica de José Mourisca (1933: 12 a 20) ao disposto no artigo 254 do CPP de 1929, censurando “a insubordinação das leis ordinárias à fundamental”, e a crítica da inconstitucionalidade dirigida por Luís Osório (1933 a: 37) ao mesmo artigo.

¹⁰⁷⁷ Os protagonistas do levantamento militar não tinham um “ideário homogéneo, caldeando no seu interior intenções ambíguas e projectos contraditórios”, unindo-os “o protesto contra a partidocracia, a ineficácia parlamentar, a instabilidade governativa, o descrédito das instituições e a agitação social” (Braga da Cruz, 1988: 39). Também no âmbito da política judiciária, os insurrectos não eram movidos por um paradigma judiciário novo, revelando isso mesmo a inconstância da produção legislativa dos anos que se seguiram. O primeiro ministro da justiça da ditadura militar, Manuel Rodrigues, retratou o estado da justiça quando os militares tomaram o poder, descrevendo-a como dependente do governo, lenta e enredada em um processo labiríntico e caro (Manuel Rodrigues, 1933: 17 a 26). O propósito do novo poder político era o de reformar este estado de coisas de modo parcelar e “fragmentário” (Manuel Rodrigues, 1933: 49). A produção legislativa dos primeiros anos da ditadura militar revelou precisamente a ausência de uma política uniforme, como resulta da descrição sugestiva da legislação sobre organização judiciária nos anos que se seguiram até 1937 feita por Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho (“anda-se para deante e para traz, para traz e para deante, e nunca se está no mesmo sitio – é um *delirium tremens* funcional e organico, que dá a impressão de que se está numa casa oscilando por força d’ um tremor de terra ou de um furioso vendaval”, Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho, 1937: IV).

¹⁰⁷⁸ O desfavor com que o novo poder político olhava a intervenção popular na administração da justiça era patente no modo muito crítico como se pronunciava sobre o júri (Manuel Rodrigues, 1933: 44 e 45). O poder político manifestou também a intenção clara de fazer face à “comédia judiciária”, com o reforço da posição processual do juiz e, designadamente, com o aumento dos seus poderes de instrução da causa (Manuel Rodrigues, 1933: 21, 52 e 53, 1934: 102 e 104). Esta posição de princípio era, aliás, consentânea com o espírito de muitos magistrados. “As alterações e inovações dos primeiros tempos da república se foram pouco a pouco perdendo, o que não admira, porque o espírito que as orientou nunca chegou a ser bem compreendido pelos tribunais” (Bessone de Abreu, 1932: XXXI).

do Conselho Superior Judiciário, motivo pelo qual o novo diploma atribuía exclusivamente a este Conselho a competência para decidir o provimento por nomeação, promoção e transferência de todos os magistrados judiciais dependentes do Ministério da Justiça, bem como para julgar as infracções disciplinares, com recurso neste caso para o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do já referido Decreto n. 10.310, de 19.11.1924.

Contudo, os “defeitos de uma sistema exclusivo que poderia ocasionar os mais graves inconvenientes” eram evitados pela circunstância de os membros do Conselho nomeados pelo ministro da justiça constituírem a maioria, uma vez que o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, que presidia também ao Conselho e tinha direito a voto em todos os processos distribuídos, era nomeado pelo ministro da justiça. A proeminência efectiva do ministro da justiça era ainda garantida pela obrigatoriedade da aceitação dos magistrados nomeados como presidente do Supremo e vogais do Conselho.¹⁰⁷⁹

O segundo objectivo imediato da política judiciária do governo da ditadura militar foi o da concentração das funções da instrução e do julgamento. Este objectivo foi alcançado através da extinção dos juízes de instrução criminal.

Com efeito, o Decreto n. 11.991, de 30.7.1926, que reorganizou os tribunais criminais de Lisboa e do Porto, procedeu à extinção dos distritos criminais e dos juízos de investigação criminal de Lisboa e do Porto e à criação, em sua substituição, de juízos criminais competentes para a instrução e o julgamento.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁹ Este domínio do ministro da justiça foi, na realidade, tão grande que se dizia mesmo que o Conselho exercia “uma sub-ditadura, significando que, se exerce ditadura, não é o titular d’ela. O titular é sempre o ministro” (Paulo Falcão, 1928: 24). Em consequência, “o juiz perdeu nos tribunais a proeminência e prestígio que o cercava. O Conselho trava-lhe o passo. Desnorteia-o o inspector. Ambos o exautoram” (Paulo Falcão, 1928: 25).

¹⁰⁸⁰ Não é, por isso, correcta a afirmação de Cavaleiro de Ferreira (1986 b: 110) de que os juízes de instrução criminal de Lisboa e do Porto “só foram suprimidos em 1945 com a criação da Polícia Judiciária”. O Decreto n. 11.991, que aboliu os juízes de instrução criminal, constituiu uma nova publicação do Decreto n. 11.871, de 12.7.1926. No preâmbulo deste, o legislador afirmava expressamente que “uma das causas do mau funcionamento dos tribunais criminais de Lisboa e do Porto é a separação, por juízes diversos, das funções de instrução e julgamento dos processos. O juiz que instrui é o que deve julgar. Além de ter, pelo próprio facto da instrução, um conhecimento mais perfeito das condições em que se praticaram os crimes, não perde tempo a estudar os processos quando tem de os julgar, como até aqui acontecia com os juízes de julgamento”. O legislador de 1926 retomava, deste modo, os mesmíssimos argumentos expendidos no relatório aos decretos ditatoriais de 1890 para justificação de uma medida semelhante. A doutrina censurou abertamente esta opção política, advogando uma “especialização da função investigatória e acusatória e de julgamento”, invocando, sobretudo, a maior liberdade intelectual do juiz de julgamento, “que não tem de julgar a sua própria obra” (Bessone de Abreu e Eurico Simões, 1930: 125 e 126, Bessone de Abreu, 1932: XXXI, e Luís Osório, 1932 a: 414).

No entanto, mantiveram-se os juízos auxiliares de investigação criminal de Lisboa e do Porto verificando-se a situação inaudita de os magistrados auxiliares se manterem, com a sua restritíssima competência, depois de os magistrados auxiliados terem sido suprimidos.

Por último, o objectivo da diminuição da participação popular na administração da justiça foi prosseguido com a adopção de duas medidas legislativas, uma relativa ao estatuto dos juizes de paz e a outra ao tribunal de júri. O governo procedeu, no Decreto n. 12.535, de 23.10.1926, a uma reformulação do estatuto da magistratura dos juizes de paz, limitando o acesso ao exercício desta magistratura com a introdução de novos requisitos profissionais e determinando o exercício por inerência das funções do juiz de paz pelo professor de ensino primário da área do julgado.

A segunda medida adoptada pelo novo governo foi a da modificação radical das regras sobre o recrutamento, a composição e a competência do tribunal de júri.

A redefinição da composição e do método de recrutamento dos jurados foi aprovada pelo Decreto n. 12.405, de 30.9.1926, que determinou a restrição do número dos membros do tribunal de júri, prevendo que o júri em causas cíveis e crimes fosse composto por apenas sete jurados e um suplente e deliberasse por maioria de cinco votos conformes e prevendo ainda a possibilidade de formação de um júri especial em processo crime a que correspondesse pena maior, quando ocorressem circunstâncias graves. A acusação e a defesa só podiam recusar sem justificação um jurado. O recenseamento incluía todos os cidadãos portugueses no gozo dos seus direitos políticos e civis, que soubessem ler e escrever, com excepção, designadamente, dos funcionários públicos em efectividade de funções, “preferindo-se os de maior habilitação, suficientemente idóneos” (artigo 4), e tendo em vista “o que mais convier para a boa administração da justiça” (artigo 7). O recenseamento e o sorteio eram feitos pelo juiz de direito da comarca ou juízo criminal e as suas decisões não admitiam recurso, confiando o legislador deste modo a selecção dos jurados à total discricionariedade do juiz.¹⁰⁸¹

¹⁰⁸¹ Esta reforma já tinha sido antecedida por uma outra, a do Decreto n. 10.809, de 29.5.1925, que apontava já neste sentido. Se por um lado eram recenseados como jurados apenas os cidadãos com um curso superior, especial ou secundário ou, sendo eles em número insuficiente, os cidadãos com o segundo ou o primeiro grau de instrução primária e os contribuintes mais colectados, por outro lado, o tribunal de júri era composto apenas por cinco jurados e um suplente. A organização do recenseamento competia ao magistrado do Ministério Público, com reclamação apenas para o juiz de direito, mas as decisões judiciais sobre as reclamações contra o sorteio admitiam recurso para o Tribunal da Relação. Os funcionários do

Por sua vez, a competência do tribunal de júri foi revista em dois diplomas fundamentais, um sobre os crimes de abuso de liberdade de imprensa e o outro sobre a competência para julgamento dos crimes puníveis com pena maior ou pena de demissão.

O Decreto n. 12.008, de 29.7.1926, conferiu a competência para julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa ao júri, mas com um vasto elenco de excepções, cujo julgamento competia a um tribunal colectivo, constituído por três juízes de direito,¹⁰⁸² e o Decreto n. 13.255, de 9.3.1927, atribuiu, em manifesta oposição ao disposto no artigo 59 da Constituição de 1911, ao tribunal colectivo, também constituído, em regra, por três juízes de direito, a competência para o julgamento dos crimes puníveis com pena maior ou pena de demissão, com excepção dos crimes políticos, dos de imprensa e dos crimes sujeitos à jurisdição militar e ainda dos casos em que a lei estabelecesse uma composição especial do júri.¹⁰⁸³

Estado, com excepção dos directores gerais e chefes de repartição ministeriais, dos empregados das alfândegas e de finanças e dos magistrados e oficiais dos serviços de justiça, estavam incluídos no recenseamento, mas o magistrado recenseador não dispunha de qualquer discricionariedade.

¹⁰⁸² Este diploma, que alterou o Decreto n. 11.839, de 5.7.1926, estabeleceu uma forma de processo especial, muito semelhante à prevista na anterior Lei de imprensa de 1910. O processo preparatório terminava também aqui com um despacho judicial de recebimento da acusação e de admissão da prova da difamação, que admitia agravo de petição, com efeito suspensivo e subida nos próprios autos. O julgamento, fosse com o júri ou com o tribunal colectivo, seguia as regras do processo ordinário com intervenção de júri, sendo facultativa a presença do réu. A pauta de júri para o julgamento destes crimes era constituída por indivíduos tirados de certas classes profissionais, sendo o número de jurados do tribunal reduzido a sete e podendo a acusação recusar sem justificação apenas dois jurados, assim como a defesa. A inovação mais significativa era a do registo obrigatório da prova produzida diante do tribunal colectivo. A apelação era processada e julgada como os agravos de petição em matéria cível, cabendo ainda revista do acórdão do Tribunal da Relação.

¹⁰⁸³ Este diploma revogou o Decreto n. 13.136, de 14.12.1926, que atribuiu a competência para o julgamento dos crimes de que resultasse a morte de uma pessoa ao juiz de direito, sem intervenção do júri, mas com registo da prova, sendo condição da eficácia das sentenças proferidas nestes processos a confirmação pelo tribunal superior. O Decreto de Março de 1927 iria muito além deste diploma, procedendo a uma reforma do processo ordinário. A reforma correspondia ao ideário do ministro Manuel Rodrigues, que criticava abertamente o tribunal de júri (“Três qualidades fundamentais se exigem ao julgador: competência técnica, espírito de obediência à lei, e independência, e nenhuma delas possui o juiz estranho a uma carreira. Nem a competência, porque não estuda a ciência do Direito; nem o espírito de obediência à lei, que só se obtém quando se pertence à classe dos julgadores e perante ela e a Nação se é responsável; nem a independência, que só possuem aqueles que vivem à margem dos laços do mundo dos negócios, que enredam e prendem por hábito e necessidade. Por estas razões se suprimiu o júri”, Manuel Rodrigues, 1934: 101). A criação de um tribunal colectivo de primeira instância composto exclusivamente por juízes letrados, que já tinha sido defendida na vigência da Constituição de 1911 (Vaz de Sampaio, 1921: 324), foi justificada pelo ministro Manuel Rodrigues da seguinte forma: “o julgamento colectivo é superior, em discernimento e independência, ao julgamento de um. De resto, assim sucede em todas as outras formas de julgamento – até no julgamento do saber – e, por isso, se estabeleceu o tribunal colectivo para as questões de maior importância” (Manuel Rodrigues, 1934: 102). A inconstitucionalidade das normas de competência deste diploma e do artigo 38 do CPP de 1929, que as reproduziu, em face do disposto nos artigos 58 e 59 da Constituição de 1911 foi logo denunciada (Adelino da Palma Carlos, 1927: 49 e 52, José Mourisca, 1931: 207, e Bessone de Abreu, 1932: LIII).

Neste segundo diploma o governo, “no intuito de corresponder às repetidas reclamações do público, aliás sancionadas pelos ensinamentos dos modernos criminalistas, reconheceu já os inconvenientes da intervenção do júri” e introduziu profundas alterações ao processo ordinário na fase da acusação e do julgamento.

Assim, o legislador suprimiu o libelo acusatório, como tinham proposto os projectos de 1886 e de 1899, sendo deduzida uma querela provisória pelo Ministério Público logo que se descobrissem os autores e a querela definitiva após o encerramento do corpo de delito ou da instrução contraditória.¹⁰⁸⁴ Se decorridos três meses a querela provisória não tivesse sido convertida em definitiva, “por motivos não emergentes do incidente da instrução contraditória e provocados directamente pelo arguido” (artigo 7, § 3), o corpo de delito considerava-se encerrado e era admissível recurso contra a pronúncia.

O princípio da acusação era muito prejudicado por esta modificação legislativa, pois o juiz da comarca onde o processo corria não só dava a pronúncia no final do processo preparatório como presidia à audiência de julgamento e ao tribunal colectivo.

O princípio da imediação não tinha melhor sorte. Na audiência de julgamento, faltando uma testemunha não notificada e de que a parte não prescindisse, o tribunal decidia no final da produção da prova se devia adiar-se o julgamento. A falta da testemunhada notificada e de que a parte não prescindisse implicava necessariamente o adiamento da audiência, que só podia ter lugar uma vez. O tribunal podia ainda determinar a leitura do depoimento da testemunha que não comparecesse, cobrindo a

Se quase toda a doutrina acolheu positivamente a supressão do tribunal do júri como “um largo passo para o aperfeiçoamento da justiça” (Adelino da Palma Carlos, 1927: 55 e 56), ela encontrava-se dividida sobre o tribunal colectivo, tendo-se mesmo afirmado que a reforma “foi demasiadamente radical; foi de um extremo ao outro ... à extrema benignidade dos representantes dos «boni homines» das passadas eras sucedeu o rigorismo perigoso dos juizes de direito” (Ferreira-Deusdado, 1931: 79, e, igualmente, anos mais tarde, Ary dos Santos, 1938: 200 a 203). Em substituição do tribunal colectivo, Adelino da Palma Carlos propunha a especialização da magistratura penal singular e Ferreira-Deusdado a formação de um “júri de homens competentes, de médicos, professores e juristas, com conhecimentos de psicologia e antropologia criminal e direito criminal”. Ao invés, Beleza dos Santos (1931 a: 148, e 1942: 13 e 15) manifestou-se em defesa da introdução do novo tribunal e da restrição do júri ao julgamento dos crimes políticos e, mais radicalmente, José Mourisca (1929: 290) pronunciou-se em favor da atribuição ao tribunal colectivo de toda a antiga competência do tribunal de júri, incluindo a relativa aos crimes políticos e de imprensa. Isolados ficaram Pinto Loureiro (1935: XXXV e LIII), Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho (1937: XXVIII e XL), que diante dos abusos do tribunal colectivo propunham o regresso ao tribunal de júri como tribunal com competência regra em matéria criminal.

¹⁰⁸⁴ Não é, por isso, correcta a afirmação de Cavaleiro de Ferreira (1986 b: 235), de que foi o CPP de 1929 que fez anteceder a acusação à pronúncia, depois da Novíssima ter disposto o contrário.

ampla autorização legal quer o caso de não comparecimento da testemunha na segunda marcação, quer o da parte ter prescindido da testemunha logo na primeira marcação. A inovação muito relevante em relação ao direito vigente residia na possibilidade de o tribunal aproveitar o depoimento das testemunhas faltosas que tivessem sido prescindidas pela parte, inspirando-se no projecto de 1899.

O agravamento da posição processual do réu condenado pela instância era maior por força dos poderes ilimitados do tribunal colectivo sobre a matéria de facto. O tribunal colectivo julgava sem a formação de quesitos, podendo tomar em consideração todos os factos que resultassem da discussão da causa e que tivessem o efeito de diminuir a pena, bem como condenar por crime diverso do da pronúncia, contanto que fosse da mesma natureza e lhe não correspondesse pena mais grave.¹⁰⁸⁵ Quer a decisão absolutória quer a condenatória admitiam apelação para a Relação e revista para o Supremo Tribunal de Justiça, mas a sindicância do Tribunal da Relação nestes processos limitava-se, ao invés do regime vigente para os crimes de abuso de liberdade de imprensa, ao controlo da decisão sobre a matéria de direito.¹⁰⁸⁶ O alargamento parcial do âmbito do recurso obrigatório de apelação pelo Ministério Público das condenações em pena maior fixa não valia muito ao arguido condenado, em face dos poderes limitados da Relação e das regras vigentes e que não foram alteradas pelo diploma sobre prisão preventiva e *reformatio in pejus*.

A legislação sobre a organização judiciária e a gestão da magistratura judicial que o governo da ditadura publicou com carácter urgente foi acolhida no primeiro Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto n. 13.809, de 23.6.1927.

A composição e a competência do Conselho Superior Judiciário não sofreram alterações, sendo também atribuída ao Conselho a faculdade de propor a transferência ou o afastamento temporário sem carácter disciplinar de qualquer juiz quando o julgasse conveniente (“tendo em vista uma imperiosa e ocasional necessidade de obviar aos inconvenientes da permanência de um determinado funcionário numa determinada situação”, artigo 561), a aposentação ou a substituição de juízes inaptos física ou

¹⁰⁸⁵ Beleza dos Santos (1927: 18 e 19) e Eduardo Correia (1948: 138 e 139) criticaram esta inovação, precisamente por causa do comprometimento dos direitos da defesa em face da possibilidade de condenação do réu com base em factos que ele não tinha previsto nem lhe era exigível que o tivesse, sem que pudesse defender-se deles.

¹⁰⁸⁶ Luís Osório (1932 a: 397) dava conta de que na vigência deste diploma se viu por vezes os tribunais superiores sindicar as provas, o que o autor qualificava como um “julgamento de palpite” em face da inexistência de qualquer registo escrito da prova produzida na audiência de julgamento.

mentalmente e a transferência de juizes excluídos da promoção à classe superior, nos mesmíssimos termos que já previa o último diploma regulador da organização disciplinar judiciária da primeira República, aduzindo ainda a faculdade de o Conselho propor a transferência da comarca dos juizes que tivessem classificação abaixo de regular. Simultaneamente, fixaram-se as regras de acesso por concurso à carreira da magistratura judicial, de substituição de juizes, de nomeação para comissões, de transferência regular após um sexénio, de procedimento disciplinar contra os juizes e de promoção até ao Supremo Tribunal de Justiça por lista graduada de acordo com um critério misto de antiguidade e mérito, em que este prevalecia.

No Estatuto dividia-se o território do continente e das ilhas adjacentes em distritos judiciais das Relações, estes em comarcas e as comarcas em julgados de paz.

A competência das Relações nas causas crimes era limitada no sentido já estabelecido no Decreto n. 13.255, conhecendo o tribunal superior apenas do direito nas causas crimes em que houvesse matéria de facto resolvida pelo júri ou pelo tribunal colectivo.¹⁰⁸⁷ O Estatuto foi, no entanto, mais longe do que o legislador da primeira República, consagrando a inexistência de alçada da Relação em matéria criminal.

A competência para julgar as causas crimes e de transgressões em primeira instância era dividida entre o tribunal colectivo, o tribunal de júri, o juiz de direito e, nas cidades de Lisboa e do Porto, o juiz das transgressões.

O tribunal colectivo era composto por três juizes de direito ou, excepcionalmente, por dois juizes de direito e um substituto legal, podendo o Conselho Superior Judiciário nomear juizes *ad hoc* na falta do número legal de efectivos, e tinha uma competência ainda mais lata do que a fixada no Decreto de Março último, abrangendo não só os crimes puníveis com pena maior ou a de demissão, mas também os crimes de imprensa, exceptuando-se os crimes contra a segurança do Estado e contra o exercício dos direitos políticos, os de responsabilidade ministerial, os de imprensa em que fosse exigida a intervenção de júri e os que estivessem sujeitos à jurisdição militar

¹⁰⁸⁷ A discussão sobre a amplitude dos poderes de apreciação da Relação gerou-se logo após a publicação do Estatuto Judiciário, dividindo-se as vozes entre aqueles que entendiam que a Relação podia decidir se as provas tinham sido valoradas de acordo com a lei e aqueles que aplicavam subsidiariamente o disposto no artigo 65 do Decreto n. 12.353, de 22.9.1926, por a Relação funcionar neste recurso como um verdadeiro tribunal de revista, devendo, pois, manter escrupulosamente a matéria de facto decidida. Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho criticaram severamente esta inovação, nos termos da qual os Tribunais da Relação passaram a ser “principalmente tribunais de revista”, pondo mesmo a questão “vale

ou outra jurisdição especial.

O tribunal colectivo julgava a questão de facto “como júri, sem recurso, segundo a sua consciência e com plena liberdade de apreciação” e a questão de direito, com recurso para a Relação (artigos 76 e 98), estando vedado o voto de vencido e sendo a decisão do colectivo fundamentada apenas com a indicação dos factos provados e da lei aplicável.¹⁰⁸⁸ O tribunal colectivo era investido no poder de consideração de factos novos que resultassem da discussão da causa e tivessem o efeito de diminuir a pena e de alteração da qualificação já consignados no Decreto n. 13.255, fazendo-se desta feita menção à exigência de que o crime diverso tivesse como elementos constitutivos os mesmos factos da pronúncia, mas não se exigindo que a alteração da qualificação não ultrapassasse a pena do crime imputado na pronúncia.

O tribunal de júri era constituído e deliberava nos termos fixados no Decreto n. 12.405 e tinha competência para julgar de facto “segundo a sua consciência e com plena liberdade de apreciação” os crimes de responsabilidade ministerial, contra a segurança do Estado e contra o exercício dos direitos políticos e certos crimes de abusos de liberdade de imprensa, consagrando-se uma sindicância irrestrita das respostas iníquas dos jurados pelo juiz de direito nas causas crimes.¹⁰⁸⁹

O juiz auxiliar de investigação criminal e o juiz das transgressões de Lisboa e do Porto mantinham a competência restrita com que tinham sido criados e, nas restantes comarcas da país, o juiz de direito cumulava com a sua competência a daqueles magistrados.

O juiz de paz, cujo cargo cabia por inerência ao oficial de registo civil no julgado sede de concelho que não fosse sede de comarca e ao professor primário nos restantes, tinha apenas funções de conciliação no processo civil e funções de polícia e instrutórias no processo penal, lavrando auto de notícia e procedendo ao corpo de delito dos crimes cometidos na área do respectivo julgado.

Nas disposições transitórias, o legislador determinou a extinção dos julgados

a pena conservar as Relações ?” (Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho, 1937: XXVII). Os tribunais superiores continuaram, contudo, a decidir sobre os factos (Carlos Silva e Sousa, 1929: 55).

¹⁰⁸⁸ O Estatuto consagrava a ideia de que “o tribunal colectivo devia herdar não só a competência em matéria de facto do júri, mas de igual modo a presunção de infalibilidade” (Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 286).

¹⁰⁸⁹ Nas causas cíveis, o júri só intervinha quando houvesse acordo expresso das partes e nas causas comerciais intervinha obrigatoriamente nos processos de falência ou de concordata e facultativamente nas outras causas.

municipais no continente e nas ilhas adjacentes e dos tribunais criados pelo Decreto n. 12.359, de 22.9.1926, passando a competência daqueles para o juiz de direito e as destes para os juizes das transgressões em Lisboa e no Porto e para os juizes de direito nas restantes comarcas do país. Esta disposição transitória foi logo afastada na nova redacção dada ao Estatuto Judiciário pelo Decreto n. 15.344, de 10.4.1928, nela se prevendo expressamente a possibilidade da criação de julgados municipais. O recuo do governo ficou a dever-se ao protesto dos povos pela extinção de trinta e sete comarcas determinada pelo Decreto n. 13.917, de 9.7.1927. Esta extinção, motivada por razões orçamentais, colocou o governo na necessidade de criar novos julgados municipais para aplacar o protesto das povoações prejudicadas.

Foram então instituídos trinta e sete novos julgados municipais em directa oposição ao espírito dos artigos 81 e 212 do primeiro Estatuto, mas sem encargos orçamentais para o Estado. Os povos realizavam o propósito de manter os seus juizes, ainda que para tanto tivessem que suportar os custos inerentes, e o governo também alcançava o seu objectivo de diminuir as despesas com os juizes de comarca, criando-se, contudo, uma situação inconciliável com a lei vigente. A medida governamental suscitou por isso a modificação introduzida no segundo Estatuto Judiciário.¹⁰⁹⁰

O primeiro Estatuto Judiciário foi publicado quase três anos depois da famosa reforma Emminger, a *Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege*, de 4.1.1924, que, embora mantendo a sua designação, também aboliu de facto o tribunal de júri.

A jurisdição penal comum alemã estava dividida até então entre cinco órgãos distintos: os *Schwurgerichte* e o *Reichsgericht* para julgamento dos crimes mais graves, o juiz singular e os *Schöffengerichte*, com um juiz togado e dois juizes populares, para julgamento dos delitos leves e das transgressões e as *Strafkammer* dos *Landgerichte*, com cinco juizes togados, para julgamento dos delitos e dos crimes menos graves. Estas câmaras, quando constituídas apenas com três juizes togados, funcionavam também como tribunal de recurso das decisões dos *Schöffengerichte*, sendo por sua vez as decisões da câmara proferidas em primeira instância e as do tribunal de júri recorríveis para o *Reichsgericht* e as da *Strafkammer* proferidas em segunda instância recorríveis

¹⁰⁹⁰ Paulo Falcão, 1928: 26 a 29, José Mourisca, 1931: 194, Ferreira-Deusdado, 1931: 121 a 123, e Luís Osório, 1932 a: 377. Esta foi, aliás, a mais significativa inovação do segundo estatuto, não se tendo verificado qualquer outra no tocante às matérias referidas no texto.

para o *Oberlandesgericht*.¹⁰⁹¹

A reforma do ministro Emminger instituiu, ainda sob a designação de tribunal de júri, um tribunal com três juízes togados e apenas seis jurados, que decidiam conjuntamente sobre a culpa e a pena e julgavam nos termos do processo anteriormente estabelecido para a *Strafkammer*.¹⁰⁹² Das decisões finais do *Schwurgericht* competia, em um número inferior de crimes ao que previa a lei anterior, o recurso de revista (*Revision*) para o *Reichsgericht*.

A competência de primeira instância da *Strafkammer* foi atribuída ao *Schöffengericht* e a um novo tribunal de escabinos alargado, composto por mais um juiz togado, não se encontrando os juízes togados que tivessem intervindo no processo intermédio impedidos de participar no julgamento. O tribunal de recurso tinha duas composições, a da *kleine Strafkammer*, com um juiz togado e dois juízes leigos, e a da *grosse Strafkammer*, com três juízes togados e dois leigos, consoante a decisão recorrida tivesse sido proferida pelo juiz singular ou pelo *Schöffengericht* pequeno ou alargado. O recurso de revista (*Revision*) podia ser interposto das decisões da *kleine Strafkammer* para o *Oberlandesgericht* e das da *grosse Strafkammer* para o *Reichsgericht*, introduzindo-se também a “revista por salto” (*Sprungrevision*) da decisão final do juiz

¹⁰⁹¹ A discussão doutrinária sobre a substituição do tribunal de júri por um tribunal de escabinos alargado ocupou toda a segunda metade do século XIX, tendo tido o seu ponto culminante em 1874 quando foram apresentadas no *Reichstag* as propostas para as “leis da justiça”. O equilíbrio das forças políticas no parlamento foi, contudo, favorável à manutenção do tribunal de júri nessa altura e nas décadas seguintes (Eduard Kern, 1954 a: 88 a 93, 117 e 118, e Werner Schubert, 1981: 222 a 227), razão pela qual a doutrina tem salientado desde então que a característica principal da organização dos tribunais penais alemães consistia na intervenção de juízes populares no julgamento da criminalidade muito grave e pouco grave e na sua exclusão no julgamento da criminalidade de média gravidade e esta característica era um “produto do puro acaso” (*ein Werk des puren Zufalls*, Karl Birkmeyer, 1898: 228), fruto de um compromisso político e não de uma opção teórica fundada.

¹⁰⁹² Esta reforma radical da composição e, consequentemente, da natureza do tribunal de júri só seria realizada alguns anos mais tarde em França. A Lei de 5.3.1932 associou os jurados à *cour* para aplicação da pena, reforçando a posição do elemento popular no tribunal de júri (em termos críticos, James Goldschmidt, 1935: 79 e 81, e Wolfgang Mittermaier, 1935: 77 e 78). Mais tarde, a Lei de 25.11.1941, que foi confirmada pela de 20.4.1945, inverteu o sentido da reforma do tribunal de júri, subtraindo aos jurados a decisão exclusiva da questão de facto. Assim, a lei nova confiou a determinação da culpa e da pena ao conjunto dos jurados e dos juízes da *cour*, pondo fim à separação do *Code d'Instruction* entre a competência dos jurados para decidir da culpa e a dos juízes para fixar a pena. A reforma do júri pelo legislador francês atingiu também o seu modo de recrutamento e a sua composição, tendo a Lei de 1941 reduzido a seis o número de jurados, que deviam satisfazer certos requisitos racionais e ideológicos e eram seleccionados quer ao nível cantonal quer do *arrondissement* exclusivamente por magistrados. A doutrina acolheu favoravelmente a introdução em França do sistema de escabinos como meio de os juízes letrados exercerem um controlo directo e eficaz sobre a decisão da matéria de facto e, assim, diminuir o número de absolvições, por um lado, e, por outro, como meio de evitar as práticas de correcionalização judiciária (Rached, 1942: 248 e 300, Marcel Rousselet, 1948: 116, e Donnedieu de Vabres, 1947: 707 a 709, 820 e

singular e do *Schöffengericht* pequeno ou alargado e a “revista em alternativa” (*Ersatzrevision*) das decisões de absolvição ou de condenação em pena de multa nos processos de contravenção e nas “causas de acusação particular” (*Privatklagesachen*).¹⁰⁹³ Deste modo, ao agravamento do prejuízo na realização do princípio da acusação na primeira instância correspondeu o alargamento do recurso de apelação na larga maioria dos julgamentos dos crimes e dos delitos, cujo efeito se pretendeu reduzir pela consagração de mecanismos de aceleração processual do recurso de revista.

Esta reforma resultou de uma conjugação, única até então na história alemã, de factores de natureza económica, política e doutrinária. Por um lado, desde o início do século XX a doutrina alemã vinha criticando a intervenção dos jurados, “a quem as perguntas tinham de ser colocadas como a crianças, em termos de sim ou não”, e mesmo a possibilidade lógica de distinção entre as questões colocadas aos jurados e as decididas pelos juízes togados.¹⁰⁹⁴ Em consequência, a proposta de substituição do tribunal de júri pelo tribunal de escabinos foi ganhando adeptos nos meios ministeriais e em diversas comissões de reforma.¹⁰⁹⁵

821, mas decididamente contra Maurice Garçon, 1957: 25 a 27). Aliás, esta reforma correspondia a uma pretensão da doutrina depois da crítica fundamental de André Toulemon ao júri tradicional.

¹⁰⁹³ O balanço sobre estas duas novas modalidades do recurso de revista encontra-se em Walter Jaumann, 1926: 10 e 11, 30 a 32, e Karl Doerr, 1931: 39 a 43, 57 e 58. Contudo, Karl Doerr considerava ainda necessária a apelação das decisões do tribunal de júri, dada a participação na decisão do juiz letrado que dirigia a audiência e ao desencanto com aquele tribunal (Karl Doerr, 1931: 46 a 53).

¹⁰⁹⁴ Karl Binding, 1915 a: 86, 87, 113 a 116, 121 e 122, e Johannes Nagler, 1909: 120. A propósito da crise da intervenção popular na administração da justiça a doutrina pronunciou-se a favor de uma de duas soluções fundamentais: a reforma do tribunal de júri, designadamente, com a introdução de juízes letrados na composição do júri e do dever de motivação das decisões do júri (Friedrich Oetker, 1905: 331, e 1906: 96, 97 e 107, e Wolfgang Mittermaier, 1906 b: 16 a 22), e, em termos mais radicais, a supressão da “charlatanice do juiz leigo” (*Kurpfuschertum der Laienrichter*), propondo a atribuição de todo o poder jurisdicional a magistrados togados, o registo obrigatório da prova e o aprofundamento do dever de motivação da decisão como garantias eficazes contra os erros judiciários (Max Alsberg, 1913: 72, e Albert Hellwig, 1914: 81, 86 e 90). No entanto, a transferência da competência da *Strafkammer* para o tribunal de júri e para o tribunal de escabinos ainda encontrava defensores (Adickes, 1907: 73 a 78).

¹⁰⁹⁵ A proposta ganhou foros de oficialidade depois de ter sido acolhida nos trabalhos da *Kommission für die Reform des Strafprozesses*, iniciados em 1903 e concluídos em 1905. A comissão, que tinha sido instituída pelo Ministério da Justiça do império e de que faziam parte os professores Wach e von Calker, propunha não só a substituição do tribunal de júri e da *Strafkammer*, respectivamente, por um “grande tribunal de escabinos” (*grosse Schöffengericht*) e por um “tribunal de escabinos intermédio” (*mittlere Schöffengericht*), mas também a instituição de “um grande e de um pequeno tribunal de apelação de escabinos” (*grosse und klein Schöffenerufungsgericht*) como tribunais de recurso, permitindo deste modo a apelação de todas as decisões de primeira instância e a intervenção popular na administração da justiça em todos os graus de jurisdição onde se decidisse sobre a matéria de facto, com a excepção das infracções julgadas em primeira e última instância pelo *Reichsgericht* (Aschrott, 1906: 3, 54 e 55). Deste modo, o projecto de 1905 assegurava ao povo uma participação na administração da justiça penal “como em nenhum outro Estado civilizado existe” (*wie er in keinem Kulturstaat sonst besteht*, Johannes Nagler,

Por outro lado, a incapacidade dos *Länder* para suportar os custos com a formação dos júris e “a urgência política” da consagração do recurso de apelação para a maioria dos crimes e delitos, como medida de reposição da confiança popular na justiça penal, constituíram factores poderosos no sentido da abolição do tribunal de júri e da concentração da quase totalidade da competência de primeira instância no juiz singular e nos tribunais de escabinos, com a salvaguarda de um amplo direito de apelação para a *Strafkammer*.¹⁰⁹⁶ As necessidades da economia casavam-se aparentemente com a velha ambição política liberal da consagração de uma segunda instância em matéria de facto nos julgamentos das infracções mais graves. A reforma da composição e da competência do *Schwurgericht* não só permitia a resolução da incongruência intrínseca do sistema de recursos, concedendo mais garantias no recurso de decisões do *Schöffengericht* do que as consagradas nas causas sujeitas ao *Schwurgericht*,¹⁰⁹⁷ como sanava a insuficiência intrínseca do recurso de revista (*Revision*) para evitar o cometimento de erros judiciais, através da imposição indirecta do dever de motivação

1909: 118, 127 a 136, mas críticos, Franz von Liszt, 1906: 10 a 20, 23 a 26, e Aschrott, 1908: 10 a 16, 19 a 24, quer no que toca à conformação dos tribunais de primeira instância e de segunda instância quer à delimitação do recurso de apelação). Também o projecto de um *Entwurf einer Strafprozessordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze*, apresentado três anos depois pelo *Reichsministerium der Justiz*, com base nos trabalhos da anterior comissão, previa a introdução de juizes leigos na *Strafkammer*, embora mantivesse o tribunal de júri com a sua composição clássica em face da oposição popular às propostas de alteração da sua composição (Reichsjustizministerium, 1908: 142 e 143, e, criticando, Wolfgang Mittermaier, 1909: 466 a 468, e Haeger, 1909: 597 e 598). Ambas as propostas de 1905 e 1908 previam a supressão do § 23, n. 3 da StPO, invocando a criação artificial de lugares de juizes nos pequenos *Landgerichte* resultante da aplicação da disposição e o carácter infundado da suposição do comprometimento do juiz que declarava aberta a fase de julgamento, sobretudo se conjugada com a proposta de abolição do controlo positivo de indícios suficientes para acusar (Reichsjustizministerium, 1908: 195). As excepções mais ilustres a esta corrente eram as do professor de Munique, Karl Birkmeyer, e a do professor de Berlim, James Goldschmidt. O primeiro concluía explicitamente que o tribunal de escabinos não só não constituía uma melhor forma de participação popular, como anulava esta participação (*nicht sowohl eine andere und bessere Form der Beteiligung des Laienelements, als vielmehr eine Annullierung dieser Beteiligung selbst bedeutet*, Karl Birkmeyer, 1898: 222 e 223). O segundo autor reiterava o juízo do primeiro noutros termos (*la preponderancia que los magistrados poseen en el escabinado, a consecuencia de su posición oficial, sus conicimientos científicos y su experiencia práctica, no puede compensarse por los jueces populares*, James Goldschmidt, 1935: 78 e 79).

¹⁰⁹⁶ Eduard Kern, 1954 a: 161, e Thomas Vormbaum, 1988: 52 a 55, 97 a 99. A doutrina estava profundamente dividida sobre as várias propostas apresentadas desde o início do século para organização do novo tribunal de apelação (Hermann Ortloff, 1896: 30 e 31, e Otto Hipp, 1910, 74 a 83). Uma das vozes mais conceituadas contra a doutrina maioritária foi a de Graf zu Dohna, que criticou severamente a proposta da organização do tribunal de apelação nos *Landgerichte*, colocando a questão fundamental da vantagem comparativa do acréscimo de mais um grau de jurisdição em relação à degradação da qualidade da justiça do primeiro grau de jurisdição (*Ist wirklich die Tatsache, dass in derselben Sache zweimal ein Urteil ergeht, ein so grosses Gut, dass man ihm die Qualität des ersten Urteils sollte opfern dürfen?*, Graf zu Dohna, 1911: 5 a 11).

¹⁰⁹⁷ Ernst Beling, 1894: 5 a 10, e Adolf Poppe, 1910: 28 a 32, 46 e 47, e a fundamentação do projecto de 1908 (Reichsjustizministerium, 1908: 146).

das decisões e do consequente controlo pelo *Reichsgericht* dos vícios da motivação.¹⁰⁹⁸

Tal como em Portugal se atacou a constitucionalidade das disposições do Decreto n. 13.255, também a constitucionalidade da reforma Emminger foi impugnada, devido ao afastamento pelo legislador ordinário da garantia do tribunal de júri, consagrada no artigo 104, n. 4, da Constituição de Weimar, tendo o *Reichsgericht* decidido, contra o parecer da doutrina, pela validade da nova lei.¹⁰⁹⁹ A maior eficácia das soluções consagradas, que justificou em parte este juízo, era, no entanto, muito duvidosa.

No trigésimo-quinto *Deutschen Juristentag*, em 1928, a reforma do processo penal foi objecto de discussão, tendo os dois relatores, Graf zu Dohna e Max Alsberg, criticado vivamente a reforma Emminger, pois a insuficiência do quadro de magistrados judiciais tornava impossível a formação do tribunal de escabinos alargado, com magistrados que não fizessem parte do *Landgericht*, transformando aquele tribunal em uma “mentira oficial” (*offizielle Lüge*). A transferência de competência da *Strafkammer* para o tribunal de escabinos alargado redundava assim em uma troca de “uma boa instância por duas menos boas” (*eine gute Instanz gegen zwei minder gute*).¹¹⁰⁰ Na prática, a lei nova tinha apenas alargado incomensuravelmente o âmbito da competência do juiz singular, que abrangia todas as transgressões, muitos delitos e até certos crimes puníveis com a pena de reclusão (*Zuchthaus*), com as consequências negativas da discricionariedade do juiz na admissão dos meios de prova e da aplicabilidade do processo acelerado para julgamento destas infracções.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁸ Jacob Goldschmidt, 1903: 8, Albert Hellwig, 1914: 94 a 99, Eduard Kern, 1954 a: 164, Eberhardt Schmidt, 1964: 314 e 315, Bundesministerium der Justiz, 1971: 31 e 32, Christof von Schledorn, 1997: 20 e 21, e Werner Sarstedt e Rainer Hamm, 1983: 123. A verdade é que a prática dos tribunais se manteve muito deficiente, tendo mesmo sido sugerida, no projecto de revisão da StPO, apresentado por Max Alsberg, em 1930, a substituição do verbo *sollen* pelo verbo *müssen* na segunda frase do § 267 e o registo do conteúdo essencial das declarações das testemunhas também nos processos que não fossem julgados no *Amtsgericht* e no *Schöffengericht*, com vista a obrigar o juiz à “exposição completa e exaustiva da valoração da prova” (*vollständige und erschöpfende Wiedergabe der Beweiswürdigung*, Max Alsberg, 1930: 85) e a possibilitar o controlo amplo da motivação pelo *Reichsgericht* (Max Alsberg, 1930: 88, 97 e 98).

¹⁰⁹⁹ Friedrich Oetker, 1924: 342 a 344, Kronecker, 1925: 422 a 424 e 444, Robert von Hippel, 1924: 131, e, de um ponto de vista retrospectivo, Ingo Müller, 1980: 69, e Thomas Vormbaum, 1988: 76 e 77.

¹¹⁰⁰ As expressões são de Graf zu Dohna (1928: 132 e 133), mas esta crítica era generalizada (Friedrich Oetker, 1924: 343, 385 e 386, Johannes Nagler, 1924: 429, Eugen Schiffer, 1928: 241, Max Alsberg, 1928: 457, e Hans-Joachim Simon, 1935: 27).

¹¹⁰¹ Com a nova competência criminal do juiz singular, a quase totalidade dos processos ficou sujeita ao princípio, anteriormente válido apenas para o *Schöffengericht*, da discricionariedade do juiz na admissão dos meios de prova presentes, mesmo naqueles processos em que, pela lei nova, não era admissível apelação (Robert von Hippel, 1924: 133 e 134, e 1941: 163, 174, 175 e 510, Friedrich Oetker, 1924: 350,

Por outro lado, a doutrina censurou a reforma por a transferência da competência entre os tribunais de primeira instância ter tido como efeito, ao nível dos tribunais superiores, uma transferência correspondente de competência do *Reichsgericht* para os *Oberlandesgerichte*, com a consequência da fragmentação da jurisprudência de última instância e o perigo para a unidade do direito.¹¹⁰²

A reforma não resistiu muito tempo. A *Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausbreitung*, de 6.10.1931, instituiu de novo a competência de primeira instância da *Strafkammer* nos “processos-monstros” (*Monstreprozesse*), isto é, em todos os que previsivelmente se prolongassem por mais de seis sessões diárias, subtraindo consequentemente estas causas ao recurso de apelação.¹¹⁰³ Por outro lado, no “processo de acusação particular” (*Privatklageverfahren*) só era admitida interposição do recurso de apelação ou de revista (*Revision*). Estas disposições especiais foram no ano seguinte alargadas por Hindenburg a todos os crimes graves que pertenciam à competência do *Schöffengericht*, tornando dispensável a composição alargada deste tribunal. Assim, a *Verordnung des Reichspräsidenten über Massnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung*, de 14.6.1932, aboliu o tribunal de escabinos alargado e repôs a competência de primeira instância da *Strafkammer*, com base na constatação da impraticabilidade e nos custos financeiros insuportáveis do sistema de apelação introduzido em 1924. A mais significativa inovação da reforma Emminger tinha sucumbido, com a circunstância agravante de a lei nova não ter reposto o direito anterior a 1924, mas antes ter mandado aplicar à audiência de julgamento na *grossen Strafkammer* as regras vigentes no *Schöffengericht* e ter introduzido um verdadeiro “direito de escolha” (*Wahlrecht*) entre o recurso de apelação e o de revista (*Revision*) de todas as decisões finais do juiz singular e do *Schöffengericht*.

Kronecker, 1925: 430, 431, 434 e 435, e Thomas Vormbaum, 1988: 103 e 106). Acresce que o âmbito de aplicação da forma de processo acelerado agora prevista no § 212 da StPO cresceu muito, incluindo todos os delitos e mesmo crimes graves, o que era especialmente censurável atenta a impossibilidade de o Ministério Público requerer nestes casos o julgamento por dois juizes e a faculdade de que dispunha de requerer a não participação dos juizes leigos, sem que ao juiz fossem concedidos meios de oposição à vontade do Ministério Público (Richard Honig, 1924: 140 a 142 e 152, Eduard Kern, 1924: 253, Friedrich Oetker, 1924: 351 a 353, Johannes Nagler, 1924: 420, e Graf zu Dohna, 1929: 241.).

¹¹⁰² Robert von Hippel, 1924: 137, e 1941: 165, Richard Honig, 1924: 143, Friedrich Oetker, 1924: 363 e 364, Johannes Nagler, 1924: 436, Kronecker, 1925: 436 e 437, Schorn, 1927: 615, Wilhelm Fischer, 1930: 75 e 76, Hans-Joachim Simon, 1935: 26, e Bruno Steuerlein, 1935: 59 e 60.

¹¹⁰³ A doutrina criticou a inovação sem, contudo, concluir pela sua inconstitucionalidade (Nöldeke, 1932: 14 e 15).

A reforma Emminger introduziu também duas outras inovações no direito alemão, que o direito português conheceria muitos anos mais tarde. Na sequência de anteriores projectos, o legislador alemão deu razão às vozes na doutrina que consideravam o funcionamento limitado do princípio da oportunidade como um instrumento fundamental de racionalização da perseguição penal pública, que devia ser conjugado com o alargamento do âmbito dos “delitos de acusação particular” (*Privatklagedelikte*).¹¹⁰⁴ Acresce que a disposição, em certos casos previstos na lei, das regras de competência do tribunal pelo Ministério Público permitia a maximização daquele efeito racionalizador.¹¹⁰⁵

O funcionamento do tribunal de escabinos alargado dependia exclusivamente do juízo do Ministério Público sobre o âmbito e o significado do caso (*wenn die Zuziehung eines zweiten Amtsrichter, nach Umfang und Bedeutung der Sache notwendig erscheint*, § 10 da *Verordnung* de 4.1.1924), o que mereceu a crítica veemente de alguma doutrina.¹¹⁰⁶ Do mesmo modo, o Ministério Público determinava a

¹¹⁰⁴ A doutrina considerava que estas excepções ao princípio da legalidade só eram legítimas como meio de realização de fins de prevenção especial no sistema penal, implicando o abandono de sistemas punitivos retributivos ou assentes na prevenção geral (Drost, 1930: 165, 172 e 182), ou como meio de realização de uma justiça material, por contraste com um formalismo legal estrito, rejeitando peremptoriamente a sua legitimidade quando elas fossem instrumento de interferência da política na justiça (James Goldschmidt, 1935: 75 e 76). Contudo, a funcionalidade da justiça, a desproporção da despesa pública com a perseguição de bagatelas penais, o prejuízo decorrente da formação de “processos-monstros” foram também ponderadas a favor da restrição ao funcionamento do princípio da legalidade (Eugen Schiffer, 1928: 216 a 224). Aschrott (1906: 77) e Wolfgang Mittermaier (1906 a: 158 a 160), seguindo as opiniões autorizadas de Carl Mittermaier (1856: 179) e Heinrich Zachariae (1868: 426), defendiam mesmo a consagração do princípio da oportunidade como a regra, limitada por algumas excepções fixadas pelo legislador, e o alargamento do âmbito da “acusação particular” (*Privatklage*) como correctivo do funcionamento daquela regra. A restrição daquele princípio era advogada por Adickes (1908: 13 e 14).

¹¹⁰⁵ A *Gesetz, betreffend Änderungen der GVG*, de 5.6.1905, que constituiu a primeira modificação significativa do sistema de competência dos tribunais instituído em 1877, alargou o elenco das infracções previstas no § 75 da GVG, nelas incluindo, designadamente, todos os delitos cometidos por jovens. As conclusões da comissão de 1903-1905 e o projecto de modificação da GVG de 1908, além de também alargarem o elenco dos crimes previstos no § 75 da GVG, já previam a possibilidade de determinação autónoma da competência do *Schöffengericht* pelo Ministério Público, pois a faculdade consagrada no § 75 da GVG tinha-se tornado “uma forma sem significado”, tendo em conta que o *Landgericht* deferia sempre ao requerimento do Ministério Público para que a causa fosse julgada pelo *Schöffengericht* (Reichsjustizministerium, 1908: 169, Kronecker, 1925: 428, e Eduard Kern, 1927: 174). A motivação apresentada para este alargamento das possibilidades de remessa do processo da *Strafkammer* para o *Schöffengericht* foi a de se pretender sujeitar o julgamento de infracções muito frequentes e muito simples a um processo menos complexo e longo e a um tribunal mais pequeno. Nenhum dos projectos atribuía ao *Amtsrichter* a faculdade de sindicar o juízo do Ministério Público sobre a pena esperada com vista a indeferir liminarmente a acusação, mas ambos admitiam que ele aplicasse na audiência uma pena superior à esperada pelo acusador (Aschrott, 1906: 5 e 6, e Reichsjustizministerium, 1908: 6, 150, 168 a 171).

¹¹⁰⁶ Robert von Hippel, 1924: 135, Friedrich Oetker, 1924: 358, Johannes Nagler, 1924: 416, Eduard Kern, 1927: 174, 175 e 184, Graf zu Dohna, 1928: 150, Karl Doerr, 1931: 59 e 60, Bruno Steuerlein, 1935: 59, e Ernst Beling, 1943: 43, 299 a 301.

competência do juiz singular quando no seu entendimento os delitos não devessem ser punidos com pena superior a um ano de prisão (*wenn zu erwarten ist, dass auf eine schwerere Strafe als Gefängnis von höchstens einem Jahre, allein oder in Verbindung mit anderen Strafen oder mit Nebenfolgen, erkannt werden wird*, § 8 da *Verordnung* de 4.1.1924) e mesmo quando fossem imputados os crimes de furto qualificado e de burla e crimes que só fossem como tal qualificados devido à circunstância da reincidência.¹¹⁰⁷ O princípio da determinação concreta da competência do tribunal foi posteriormente muito ampliado, sob o signo da “ditadura da pobreza” (*Diktatur der Armut*), na expressão conhecida de Schlegelberger,¹¹⁰⁸ primeiro pela *Dritte Verordnung* de 6.10.1931 e depois pela *Verordnung* de 14.6.1932, que previam, respectivamente, o alargamento da competência da *grossen Strafkammer* aos crimes da competência do *Amtsgericht*, que previsivelmente fossem julgados em mais do que seis sessões, e a todos os crimes da competência do *Schöffengericht* quando o Ministério Público assim o entendesse em face do âmbito e do significado do caso (§ 1 do capítulo I da parte sexta da *Dritte Verordnung* de 6.10.1931, que foi revogado precisamente pelo § 1, ns. 2 e 3 da *Verordnung* de 14.6.1932).¹¹⁰⁹ Deste modo, da decisão do Ministério Público

¹¹⁰⁷ Uma disposição semelhante foi pela primeira vez consagrada pelo § 3 da *Verordnung zur Entlastung der Strafgerichte*, de 7.10.1915 (*wenn keine schwerere Strafe als Gefängnis von sechs Monaten oder Geldstrafe von eintausendfünfhundert Mark, allein oder in Verbindung miteinander oder mit Nebenstrafen, und keine höhere Busse als eintausendfünfhundert Mark zu erwarten ist*), com duas diferenças fundamentais. A primeira diferença era a de que a faculdade de escolha do Ministério Público era em 1915 entre o *Schöffengericht* e a *Strafkammer* e em 1924 era entre o *Schöffengericht* e o *Amtsrichter* e a segunda era a de que no texto da Lei de 1915 se dispunha que este regime era transitório (mas já a favor da consagração deste regime em uma lei permanente, Beling, 1916: 264 e 265). Com a publicação da *Gesetz zur Vereinfachung der Strafrechtspflege*, de 21.10.1917, que revogou o diploma de 1915 e modificou a redacção do § 29 da GVG, foi de novo consagrada a solução de 1915, mas ainda então o legislador determinou expressamente que a nova Lei deixaria de vigorar um ano depois do fim da guerra em curso. Esta lei manteve-se em vigor até à publicação da *Gesetz zur Entlastung der Gerichte*, de 11.3.1921, que voltou a modificar o teor do § 29 da GVG. O n. 5 do artigo I da referida lei inovou, pois já não condicionava o juízo do Ministério Público de determinação concreta da competência do tribunal a qualquer previsão sobre a pena esperada. Com base neste modelo, o diploma de 1924 concedeu um poder ao Ministério Público como “nenhuma outra legislação de um povo civilizado tinha concedido”, o que foi objecto da crítica da doutrina (*Eine solche Macht hat wohl nie die Gesetzgebung eines Kulturvolkes der StAschaft und damit der Justizverwaltung eingeräumt*, Kronecker, 1925: 436, Friedrich Oetker, 1924: 361 e 362, Johannes Nagler, 1924: 414 e 415, Schorn, 1927: 609 a 614, Eduard Kern, 1927: 176 e 177, Robert von Hippel, 1941: 178 e 179, 248).

¹¹⁰⁸ Wolf-Peter Koch, 1972: 15. Esta expressão representava, como adverte este autor, um dos argumentos mais frequentemente invocados na discussão política e doutrinária em torno dos novos diplomas, o que relacionava a reforma do processo penal com a necessidade imperiosa da diminuição dos gastos públicos.

¹¹⁰⁹ Embora favorável à reposição da competência da *Strafkammer*, Siegert (1933: 42 e 45) criticou o alargamento pela *Verordnung* de 14.6.1932 da faculdade de determinação concreta da competência do tribunal pelo Ministério Público, bem como a aplicação das disposições do processo acelerado na audiência diante da *Strafkammer*, que resultava da remissão do regime da audiência desta para as regras

podia depender não apenas a atribuição de competência a um tribunal inferior para julgar casos da competência originária de um tribunal superior, como até então, mas também a atribuição de competência a um tribunal superior para julgar casos de competência originária de um tribunal inferior.

A outra inovação, também ela muito contestada, da reforma Emminger foi a da consagração de exceções ao princípio da legalidade, quer no que toca às transgressões e aos delitos praticados com culpa diminuta e com consequências insignificantes (*wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind*, § 23 da *Verordnung* de 4.1.1924),¹¹¹⁰ quer no que respeita a factos relacionados com outros pelos quais o arguido já tivesse sido condenado ou pudesse vir a ser condenado (*wenn die Strafe, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe, zu der der Beschuldigte wegen einer anderen Tat rechtskräftig verurteilt worden ist, oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt*, § 24 da *Verordnung* de 4.1.1924).¹¹¹¹ Estas exceções foram ainda alargadas pela *Verordnung* de Hindenburg de 6.10.1931, que sujeitou a perseguição de transgressões à existência de um interesse público (*wenn es das öffentliche Interesse erfordert*, § 2 (1) do cap. I da sexta parte) e a de delitos à resolução das questões prejudiciais dentro de um determinado prazo fixado pelo Ministério Público.¹¹¹²

A forte conflitualidade social e política e a crise grave da justiça na República

da audiência no *Schöffengericht*. Em defesa da amplitude da faculdade do Ministério Público reconhecida pela referida *Verordnung* pronunciou-se Wilhelm Töwe (1935 b: 17 e 18).

¹¹¹⁰ A favor da inovação do regime das transgressões, Johannes Nagler, 1924: 425, mas contra, Robert von Hippel, 1924: 138, Richard Honig, 1924: 139, e Adolf Lobe, 1928: 42 e 43. Este último autor defendeu, no entanto, o novo regime dos delitos, ainda que sugerindo a abolição da concordância do juiz. Ao invés, Kronecker (1925: 446 a 448) pronunciou-se globalmente a favor do novo regime, embora defendendo uma maior protecção do ofendido através do reconhecimento de uma “acusação privada subsidiária” (*subsidiäre Privatklage*).

¹¹¹¹ Esta inovação era especialmente importante para pôr cobro aos “processos-monstros” (Robert von Hippel, 1935: 244)

¹¹¹² Acresce que, se em 1924 já se tinha admitido ao Ministério Público e ao tribunal, com o acordo daquele, arquivar os processos por delitos com culpa diminuta e consequências insignificantes, em 1931, admitiu-se também que o tribunal, sem necessidade do acordo das partes, arquivasse os processos naquelas circunstâncias quando tivesse sido deduzida acusação particular, tudo com vista à diminuição das queixas de injúria, que representavam a maior parte das “acusações particulares” (*Privatklagen*) e cerca de 25 a 30 % de todas as queixas (Nöldeke, 1932: 18). Contudo, o volume dos arquivamentos foi de tal modo elevado depois da entrada em vigor desta *Verordnung* que se falou mesmo de uma “denegação de justiça” (*Rechtsverweigerung*, Kohlrausch, 1938: 540, mas pronunciando-se favoravelmente, Hellmuth Mayer, 1934: 317, e Eugen Schiffer, 1949: 155). Por outro lado, com vista a diminuir a perseguição criminal das transgressões, as administrações dos *Länder* definiram os casos de interesse público, devendo nos restantes a polícia apenas admoestar oralmente os transgressores no local do cometimento da transgressão (Robert Nebinger, 1943: 63 e 64, 99 e 100).

de Weimar ¹¹¹³ tinham finalmente levado o legislador a consagrar soluções radicalmente novas, em que se perspectivava já um novo paradigma judiciário. Contudo, a reforma Emminger ficou aquém das propostas doutrinárias e dos projectos elaborados nos últimos vinte anos.

A discussão científica sobre o problema da reforma do processo penal no início do século XX centrava-se no processo preparatório. Se os legisladores do século anterior tinham procedido a uma revisão substancial do direito aplicável na fase de julgamento, os códigos aprovados mantinham, no entanto, o carácter fortemente inquisitorial do processo preparatório, tendo-se tornado um imperativo de política criminal a modificação das disposições que regiam o processo preparatório. Os esforços dogmáticos de libertação do processo penal dos resquícios do processo inquisitorial e de realização consequente do princípio de acusação tiveram o seu ponto culminante no *Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen* e no *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GVG*, elaborados por James Goldschmidt em 1919 e apresentados pelo ministro Eugen Schiffer no ano seguinte no *Reichstag*.¹¹¹⁴

O reflexo principal desta nova filosofia consistiu no reforço dos poderes do Ministério Público na fase preparatória do processo penal, caracterizado, por um lado, pela direcção da instrução pelo Ministério Público ¹¹¹⁵ e pela consequente abolição da

¹¹¹³ A crise revelava-se não só na produção legislativa excessiva, no crescimento descontrolado da pendência processual e na dimensão insustentável da despesa pública com a justiça, mas também no crescente descrédito da justiça e nas tentativas de restrição da independência e da inamovibilidade dos juizes (Eugen Schiffer, 1928: 89 a 97, e 1949: 9 a 13, Eduard Kern, 1954 a: 186 e 187, e Albrecht Wagner, 1959: 72 a 75). Acrescia a estas dificuldades a luta política aberta entre os partidos “conformes com o Estado” (*staatsbejahende Parteien*) e os partidos “inimigos do Estado” (*staatsfeindliche Parteien*), que se degladiavam em uma “luta extraordinariamente viva de mundividências” (*ein ausserordentlich lebhafter Weltanschauungskampf*), constituindo para estes partidos a República “apenas um cómodo campo de batalha, cujas regras eles utilizavam, porque também elas prometiam sucesso”, mas com um objectivo que se encontrava “para além da República” (*ein bequemes Kampffeld, dessen Regeln sie anwandten, weil auch sie Erfolg versprochen... Das Ziel der staatsfeindlichen Parteien lag immer jenseits der Republik*, Alfred Schweder, 1937: 89 a 97 e 103).

¹¹¹⁴ James Goldschmidt, 1919: 4 (*ein folgerichtig durchgeführter Parteiprozess vor einem Volksgericht*), Eduard Kern, 1954 a: 153 e 154, e Thomas Vormbaum, 1988: 48. Este autor considera mesmo que o projecto de 1919 constituiu o precedente histórico da *Verordnung* de 4.1.1924.

¹¹¹⁵ O princípio estava consignado expressamente no § 183 do projecto de 1919 e era o “ponto forte de toda a reforma” (*Schwerpunkt der ganzen Reform*, James Goldschmidt, 1919: 12). O Ministério Público podia convocar e deter testemunhas para inquirição, mas não podia ajurar nem condenar a testemunha faltosa ou que se recusasse a prestar declarações em pena de prisão (§§ 74 e 77 do projecto). O Ministério Público dirigia efectivamente a polícia e não podia delegar genericamente na polícia a realização da investigação (§ 188 do projecto). O juiz praticava todos os actos atinentes à autorização das restrições de direitos fundamentais durante a fase preparatória do processo (§§ 100, 101, 102, 110, 115, 122, 124, 129 do projecto), sindicava os actos do Ministério Público impugnados pelo arguido (§ 193 do projecto) e dirigia a produção da prova somente quando ela devesse ter relevância processual na audiência de julgamento (§ 192 do projecto). Ainda assim, alguma doutrina teve dúvidas sobre a eficácia

“instrução judicial prévia” (*gerichtliche Voruntersuchung*)¹¹¹⁶ e restrição do “processo intermédio” (*Zwischenverfahren*)¹¹¹⁷ e, por outro, pela limitação do princípio da

da perseguição penal nos termos do projecto, exigindo mesmo que fossem atribuídos ao Ministério Público todos os poderes do juiz de instrução, com a excepção da determinação da prisão preventiva, do internamento ou do exame físico do arguido (Preiser, 1920: 388 a 392).

¹¹¹⁶ Contra o parecer da comissão de 1903-1905 e o projecto de 1908, que propunham o alargamento do âmbito da instrução judicial prévia, embora sugerissem também um reforço substancial dos direitos de intervenção do arguido e a equiparação da sua posição processual à do Ministério Público nesta fase processual (Aschrott, 1906: 19 e 20, Reichsjustizministerium, 1908: 58, 62, 156, Karl von Lilienthal, 1906: 423 a 428, e Johannes Nagler, 1909: 146 e 147, 186 a 188), o projecto de 1919 fundamentava a necessidade de abolição da instrução judicial prévia em três argumentos essenciais. A repetição inútil de diligências na instrução judicial causava um desperdício de tempo enorme aos funcionários e às testemunhas, o atraso do processo e o prolongamento da prisão preventiva. Por outro lado, o órgão acusador não interferia na produção da prova na instrução judicial, sendo certo que ela devia influenciar a sua decisão de manutenção da acusação no final da instrução. Por fim, esta prova produzida diante de um juiz tinha habitualmente uma eficácia prática ulterior considerável, não obstante a falta de imparcialidade característica do juiz instrutor e as condições em que ela tinha sido produzida (Reichsjustizministerium, 1920: 11 e 12). Esta proposta era há muito defendida pela doutrina maioritária (von Kries, 1892: 279 e 487, Hermann Ortloff, 1896: 42 a 45, Wolfgang Mittermaier, 1905: 34 a 37, abandonando a sua anterior posição, 1897: 204 a 206, 215 a 221, Franz von Liszt, 1906: 30 a 33, Aschrott, 1906: 90, e 1908: 50 a 53, Karl von Lilienthal, 1906: 409 e 410, Adickes, 1908: 19, e James Goldschmidt, 1919: 15 a 19, e, depois do projecto, Kronecker, 1925: 448 e 449, Max Grunhüt, 1927: 20, e Erich Berndt, 1931: 730 a 742, mas contra Robert von Hippel, 1920 a: 28 a 30, e 1920 b: 347 a 349, a resposta de James Goldschmidt, 1920: 594 a 596, e a réplica de Robert von Hippel, 1920 c: 760 e 761). Além dos argumentos invocados na fundamentação do projecto de 1919, a doutrina criticava a circunstância de na instrução judicial o juiz se assemelhar a um “mero mandatário do Ministério Público” (*blosser Mandatar des Staatsanwalts*, Graf zu Dohna, 1929: 145, 146 e 195), sendo os resultados finais da actividade instrutória judicial submetidos a este magistrado, mantendo ele o direito de consulta dos autos e de requisição de diligências e mesmo dependendo a libertação do arguido pelo juiz de instrução do acordo do magistrado do Ministério Público (§§ 197, 196 e 124 da StPO). Por outro lado, a desigualdade material entre o Ministério Público e a defesa na instrução judicial também era objecto da crítica da doutrina, pois o Ministério Público não podia ser impedido de conhecer os autos e de participar nas diligências de prova, ao invés da defesa (§ 147 da StPO), sendo certo que nem mesmo se admitia o direito de comunicação livre entre o arguido preso e o defensor.

¹¹¹⁷ O projecto de 1919 foi mais longe do que as anteriores propostas legislativas da comissão de 1903-1905 e do projecto de 1908. No parecer impunha-se o controlo negativo dos indícios suficientes para acusar pelo *Amtsrichter*, pelo presidente do *Schöffengericht* ou, quando fosse deduzida oposição à acusação pelo arguido ou o juiz presidente tivesse dúvidas, pelo próprio tribunal, que decidia em audiência com as partes (Aschrott, 1906: 23), e no projecto de 1908 determinava-se, em regra, o controlo negativo dos indícios pelo tribunal de julgamento e, nos processos do *Reichsgericht* e do *Schwurgericht*, a realização de uma “audiência prévia” (*Vorverhandlung*) no tribunal de julgamento para esse efeito quando o arguido acusado o requeresse ou o juiz presidente ou o tribunal o determinassem e, nos processos da *Strafkammer*, somente quando o presidente ou o tribunal o ordenassem, sendo abolida a decisão sobre a verificação desses indícios quando nem o arguido nem o juiz presidente suscitasse essa questão (Reichsjustizministerium, 1908: 65, 156, 157 e 271, e, pronunciando-se favoravelmente, Karl von Lilienthal, 1906: 429 a 434, e Johannes Nagler, 1909: 192 e 193). Ao invés, o projecto de 1919 previa, nos processos do tribunal de júri e do *Reichsgericht*, a realização de uma “audiência prévia” diante do *Amtsrichter* ou do presidente do *Reichsgericht*. A audiência tinha lugar a pedido do arguido acusado ou por iniciativa do tribunal e nela o arguido deduzia as suas excepções e apresentava a sua defesa e o tribunal realizava as diligências de provas necessárias para infirmar a acusação. O controlo dos indícios pelo tribunal justificava-se nestes processos e nestes casos por não ser admissível o recurso de apelação, mas esse controlo devia ser realizado por um juiz distinto do de julgamento, de modo a evitar que o tribunal de julgamento fosse influenciado pela prova do processo preparatório (James Goldschmidt, 1919: 24 e 25). Nos restantes processos, com a excepção das “causas de acusação pessoal” (*Eigenklagesachen*), era proferida uma decisão interlocutória sobre a acusação que apreciava apenas se o facto era punível e

legalidade.¹¹¹⁸ Contudo, este reforço da posição processual do Ministério Público era contrabalançado por uma maior contraditoriedade no processo preparatório e, designadamente, na sua fase final, de modo a salvaguardar efectivamente a posição processual do arguido e a impedir que o Ministério Público deduzisse acusação sem conhecer a defesa do arguido.¹¹¹⁹

A conformação da competência investigatória do Ministério Público como a de uma parte processual verdadeiramente autónoma do juiz tinha como reverso um

ainda podia ser perseguido, não se justificando um controlo dos indícios pelo tribunal em face da obrigatoriedade da “audiência final” (*Schlusstermin*) no processo preparatório e da admissibilidade da apelação da decisão final. Uma terceira discussão sobre a matéria de facto seria inútil, de acordo com a fundamentação ministerial (Reichsjustizministerium, 1920:20), que acolhia teses já anteriormente defendidas na doutrina (Julius Glaser, 1867: 234 a 237 e 244, Wolfgang Mittermaier, 1905: 34, abandonando a sua anterior posição, 1897: 200 a 202, Franz von Liszt, 1906: 33 e 34, Aschrott, 1906: 96 a 98, e Karl von Lilienthal, 1906: 423 e 424, mas contra Robert von Hippel, 1920 a: 31 e 32, e 1920 b: 350 a 352). Nas causas particulares, o juiz tinha os mesmos poderes de controlo positivo da acusação característicos das causas do tribunal de júri, uma vez que nestas causas não havia processo preparatório e, portanto, não tinha lugar a “audiência final”. Posteriormente à apresentação do projecto, o ministro Eugen Schiffer pronunciou-se mesmo pela abolição do despacho judicial de abertura da fase de julgamento, desvalorizando a sua função garantística (Eugen Schiffer, 1928: 229 a 231).

¹¹¹⁸ A comissão de 1903-1905 já tinha concluído pela necessidade de um alargamento do âmbito do princípio da oportunidade nos processos de transgressões e nos de delitos puníveis com prisão simples (*Haft*) ou multa até determinada quantia, nos processos relativos aos “delitos de acusação particular” (*Privatklagedelikten*) e em todos os processos por infracções cometidas por jovens menores de quatorze anos (Aschrott, 1906: 18, e, muito crítico, Aschrott, 1908: 33 a 36, 44 e 45, e Johannes Nagler, 1909: 170 a 172). O projecto de 1908 consagrava excepções de idêntica natureza e ainda três outras excepções ao princípio da legalidade, a não perseguição de facto criminoso de que resultaria um aumento insignificante da pena já aplicada ou a aplicar ao arguido em um outro processo, a prática simultânea do facto criminoso no estrangeiro e no território nacional, sem que tivessem sido violados bens jurídicos nacionais, e o impedimento inafastável em tempo útil do suspeito (Reichsjustizministerium, 1908: 54, 152, 154, 252 e 253). O projecto de 1919 foi ainda mais longe, proibindo mesmo a perseguição das transgressões quando a culpa do agente fosse pequena e as consequências do facto insignificantes, facultando, no entanto, ao *Eigenkläger* a dedução de acusação em caso de abstenção pelo Ministério Público. A fundamentação do projecto apontava esta como a única solução racional na sociedade moderna, pois nela tornava-se impossível perseguir todas as bagatelas e era necessário fixar regras para que o Ministério Público procedesse ao arquivamento sem favoritismo (Reichsjustizministerium, 1920: 17 e 18, mas contra Robert von Hippel, 1920 b: 330 e 331, e Preiser, 1920: 383 e 384, com o argumento de que o fim da prevenção geral ficava prejudicado e o direito penal das transgressões tornava-se “em boa parte ilusório”). Também se previam as excepções propostas em 1908 atinentes a factos cometidos no estrangeiro e no território nacional e a impedimentos permanentes na pessoa do arguido, mas neste caso introduziu-se a obrigatoriedade do consentimento do juiz, de modo a obviar à suspeita de favorecimento arbitrário pelo Ministério Público. Por outro lado, o projecto facilitava a tutela das decisões do Ministério Público no âmbito dos ilícitos sujeitos ao princípio da legalidade, abolindo a fase administrativa do “processo para compelir a acusação” (*Klageerzwingungsverfahren*) e atribuindo ao tribunal de julgamento competente a faculdade de sindicar o arquivamento determinado pelo Ministério Público (contra Robert von Hippel, 1920 b: 331, e Preiser, 1920: 380 e 381).

¹¹¹⁹ O projecto de 1919 previa um interrogatório obrigatório do arguido no final do processo de investigação do Ministério Público, em que se revelava toda a prova carreada contra o arguido e se ouvia a sua defesa, constituindo esta solução uma forma de realização do contraditório alternativa à instrução judicial prévia (James Goldschmidt, 1919: 24). Esta proposta já tinha sido feita pela comissão de 1903-1905, com o apoio da doutrina (Franz von Liszt, 1906: 35 e 36, Aschrott, 1906: 19 e 89, e 1908: 67 a 70,

aperfeiçoamento dos princípios da acusação e da imediação na audiência de julgamento. Por um lado, a prova produzida diante do Ministério Público na fase preparatória do processo não devia contaminar, por qualquer modo que fosse, a prova da audiência¹¹²⁰ e, por outro, o juiz não devia dispor da produção da prova na audiência, mas antes as partes deviam conduzi-la, reservando-se o juiz para uma função complementar e correctiva dessa actividade das partes.¹¹²¹

Acresce que estas propostas de reforma da audiência de julgamento se conjugavam na literatura do início do século vinte com a defesa intransigente da

Lilienthal, 1906: 397 e 398, e Johannes Nagler, 1909: 166 e 167), e pelo projecto de 1908 (Reichsjustizministerium, 1908: 65, 156 e 270).

¹¹²⁰ A audiência de julgamento consistia, na prática corrente, “na apresentação do conteúdo dos autos realizados durante o processo preparatório inquisitório” (*in der Vorführung des in dem inquisitorischen Vorverfahren aufgenommenen Akteninhalts*, James Goldschmidt, 1919: 14), o que “transformou a audiência em uma pura comédia e transferiu o peso principal para o processo preparatório” (*So werde die Hauptverhandlung zu einer reinen Komödie gemacht und das Hauptgewicht in die Voruntersuchung verlegt*, James Goldschmidt, 1919: 14, e, já anteriormente, Stenglein, em termos igualmente impressionantes, *oberflächliche Urteile, mangelhaft motiviert, von einem Referendar im voraus nach den Akten entworfen, nach der Sitzung durchkorrigiert wie eine Schülerarbeit, das sind die Resultate jener Luca fa presto Arbeit*, Stenglein, 1894: 12, e Franz von Liszt, *Dieses stete Zurückgreifen auf die Protokolle, dieses Kleben an den Ergebnissen des Vorverfahrens ist der Krebschaden unserer heutigen Hauptverhandlung*, Franz von Liszt, 1906: 36). A solução radical do § 236 do projecto, que proibia a confrontação do arguido com as suas anteriores declarações quando ele se recusasse a falar na audiência bem como a inquirição de testemunhas que tivessem procedido ao interrogatório do arguido e só permitia aquela confrontação quando o arguido tomasse a palavra na audiência e negasse factos admitidos nas anteriores declarações ou contradissem essas declarações, contrariava frontalmente a proposta da comissão de 1903-1905 de leitura das declarações prestadas pelo arguido ao Ministério Público (Aschrott, 1906: 29) e concitou a rejeição da doutrina (Robert von Hippel, 1920 b: 354 a 356, Alsberg, 1928: 446, Dohna, 1928: 136, e Herbert Engelhard, 1930: 198 a 200, mas a favor de uma solução ainda mais radical, Wolfgang Mittermaier, 1905: 39, Franz von Liszt, 1906: 37, e Friedrich Stein, 1907: 82). Se esta nova regulamentação garantia plenamente o respeito pelo direito ao silêncio do arguido, as soluções do §§ 247 e 241 relativas ao depoimento prévio de testemunhas e peritos não se afastavam do direito positivo. Em conjugação com estas soluções, o projecto restringia a discricionariedade do tribunal na apreciação dos requerimentos de produção de meios de prova não presentes na audiência, enumerando os fundamentos de indeferimento entretanto reconhecidos na jurisprudência do *Reichsgericht*, salvo nas causas de transgressões e nas *Eigenklagesachen*, em que se mantinha a discricionariedade do tribunal, e impunha a aplicação ilimitada na audiência do tribunal de apelação das regras de produção de prova válidas no tribunal de primeira instância, suprimindo a solução muito criticada do § 325 da StPO.

¹¹²¹ Nos termos da fundamentação do *Reichsjustizministerium* (1920: 22 e 23), a solução consagrada no § 240 do projecto tinha natureza compromissória, indo além do preceito do § 238 da StPO, na medida em que não fazia depender o “interrogatório cruzado” (*Kreuzverhör*) do acordo das partes, mas ficando aquém desta disposição, pois só permitia a inquirição das testemunhas pela parte apresentante, de modo a evitar os excessos de um verdadeiro “interrogatório cruzado”. O projecto rejeitava deste modo a solução conformista da comissão de 1903-1905, que apenas previa a abolição do “interrogatório cruzado” (Aschrott, 1906: 28). A inovação introduzida, que suscitou opiniões desencontradas na doutrina (a favor, Preiser, 1920: 393 e 394, e contra, Robert von Hippel, 1920 b: 357 e 358, Herbert Engelhardt, 1930: 200 a 206, e Georg Dahm, 1932: 598 e 599) e foi reiterada no projecto de reforma da StPO, apresentada em 1930 por Max Alsberg (1930: 75 e 76), fundava-se na convicção do autor do projecto de que a produção da prova pelo juiz dificultava e, quando conjugada com o conhecimento prévio do processo preparatório, impossibilitava mesmo um julgamento imparcial da causa (*Es ist schwer für einen Vorsitzenden, der die Beweise aufnimmt, seine Unparteilichkeit zu wahren. Geschieht es auf Grund seiner Kenntnis der Akten des Vorverfahrens, so ist es unmöglich*, James Goldschmidt, 1919: 28).

introdução da “assistência judiciária social” (*soziale Gerichtshilfe*), que constituía um serviço público prestado por assistentes sociais ao tribunal com vista à recolha de elementos sobre a “imagem social do acusado” (*das soziale Bild des Beschuldigten*), isto é, sobre a vida familiar e profissional e as relações sociais do arguido. Estes elementos deveriam ser submetidos ao contraditório e valorados pelo tribunal, constituindo a base de uma decisão sobre a escolha e a determinação da medida da pena mais adequada à personalidade do arguido.¹¹²² Deste modo, a reforma da audiência de julgamento não estava apenas associada a uma maior imparcialidade do tribunal, mas também a uma transformação social do próprio paradigma judiciário, que só mais tarde vingaria.

O novo governo nomeado por Hindenburg no final de Janeiro de 1933 iria, contudo, tirar proveito de algumas destas soluções em nome de um projecto político totalitário.¹¹²³ Ao invés, o legislador português procurou depois de 1926 manter o modelo judiciário francês, embora com adaptações às necessidades do novo governo revolucionário.

¹¹²² A delimitação do âmbito da competência e a atribuição de direitos de coacção ao “assistente judiciário” (*Gerichtshelfer*), a sua posição processual em relação ao tribunal e ao Ministério Público, o valor da prova por ele carreada para a audiência de julgamento e a protecção da intimidade do arguido representavam alguns dos problemas dogmáticos colocados por esta inovação, que suscitaram na doutrina uma discussão intensa (Fritz Hartung, 1930: 218 a 228, Werner Gentz, 1930: 242 a 247, Charlotte Meyer, 1930: 248 e 249, Eduard Kern, 1931: 424 a 432, e Georg Dahm, 1932: 608 a 611). Embora tenham fracassado as tentativas de consagração legal da instituição a nível nacional, os ensaios locais realizados nos *Länder* de Hamburgo e Berlim tiveram sucesso (Eduard Kern, 1931: 399 a 401, e Wilfried Bottke, 1981: 63 e 77).

¹¹²³ A doutrina antecipou claramente o perigo que representava para a democracia o constante recuo dos direitos reconhecidos pela lei ao arguido (*Für den einzelnen ist die Grundlage seiner Staatsbejahung die Achtung, die er sich und seine Rechten von dem Staat entgegen gebracht sieht. Sollte die Demokratie das vergessen, so würde sie selbst den Boden untergraben, der sie trägt*, Drost, 1930: 229). Também Eberhardt Schmidt que defendia a necessidade da reforma da justiça penal de acordo com o moto “direito penal social, direito processual liberal”, advertiu para os perigos decorrentes da recusa e mesmo da obstrução da reforma pelo partido nacional-socialista (Eberhardt Schmidt, 1931: 15 a 19).

2. O Código de Processo Penal (1929) e a legislação processual penal especial

O Código de Processo Penal de 1929 foi antecedido pela aprovação de um outro no ano anterior. Os diplomas têm a mesma estrutura e consagram as mesmas opções fundamentais, só pontualmente tendo o legislador alterado em 1929 o disposto no diploma antecedente.¹¹²⁴

Na primeira instância a competência criminal dividia-se entre os tribunais colectivos, o tribunal de júri, os juízes de direito, os juízes criminais especiais, nas comarcas em que fossem criados, e os juízes de transgressões, nas comarcas de Lisboa e do Porto, mantendo o código os termos da distribuição da competência definidos no Estatuto Judiciário.

O legislador manteve igualmente as cinco formas de processo comum consagradas no direito anterior, mas definiu o respectivo âmbito de um modo diferente, utilizando para o efeito três critérios distintos: um critério relacionado com a gravidade da pena abstracta do crime, um outro relacionado com a natureza da infracção e ainda um terceiro, misto daqueles dois anteriores.

O primeiro critério valia para a delimitação das formas de processo de querela, em que se julgavam os crimes puníveis com pena maior ou com pena de demissão, de

¹¹²⁴ Em 1928, Manuel Rodrigues Juníor, então ministro da justiça, solicitou a elaboração de um código de processo penal a Francisco Henriques Góis, ajudante do Procurador Geral da República e, mais tarde, ele também Procurador Geral, que o apresentou no prazo concedido, sendo o projecto revisto por uma comissão. O ministro fez ainda publicar o diploma pelo Decreto n. 15.396, de 10.4.1928, cuja entrada em vigor foi, no entanto, adiada pelo seu sucessor, José Silva Monteiro. O novo titular da pasta nomeou uma segunda comissão, composta pelo Professor Beza dos Santos, pelo autor do projecto e pelo juiz de direito Avelino Júlio Pereira, com vista à revisão do diploma de 1928. É o fruto do trabalho desta segunda comissão que constitui o diploma aprovado pelo Decreto n. 16.489, de 15.2.1929. No texto será feita menção de todas as disposições do diploma de 1928 relevantes para o objecto do estudo alteradas pelo código de 1929.

processo correcional, em que se julgavam os crimes puníveis, entre outras, com a pena de prisão correcional superior a seis meses e a pena de multa superior a 5.000\$00, e de polícia correcional, em que se julgavam os crimes puníveis, entre outras, com a pena de prisão correcional até seis meses ou de multa até 5.000\$00.

O segundo critério valia para a delimitação da forma de processo de transgressões, em que se julgavam todas as contravenções e transgressões de posturas, independentemente da medida da pena aplicável à infracção.¹¹²⁵

O terceiro critério valia para a definição do âmbito do processo sumário, em que se julgavam todos os presos em flagrante delito pela prática de infracções que pudessem ser conhecidas em processo de polícia correcional ou em processo de transgressões,¹¹²⁶ com o limite de à infracção não ser aplicável pena de prisão, multa ou desterro superior a seis meses.¹¹²⁷

O legislador consagrou seis formas de processo especial e ressaltou especificamente a vigência de quatro outras: o processo para julgamento de infracções de responsabilidade ministerial,¹¹²⁸ o processo para julgamento de infracções de abuso de liberdade de imprensa,¹¹²⁹ o processo para julgamento dos crimes de quebra culposa

¹¹²⁵ A não previsão do processo de querela para julgamento das infracções puníveis com as penas de multa mais graves constituía uma ruptura de enorme repercussão prática com o direito anterior, que previa o julgamento em processo ordinário das contravenções e transgressões que fossem puníveis com multa superior a 1.000\$00. José Mourisca criticou a duplicidade de critérios do legislador na determinação do âmbito do processo de transgressões, consagrando um critério ligado à natureza da infracção que desprezava a pena aplicável, ao invés do disposto no artigo 3 da Lei n. 300, o que o autor comentava deste modo: “pois o dinheiro com que se paga a multa pelas contravenções ou transgressões não vale menos que aquele com que se paga a multa pelo cometimento dos crimes. A prisão imposta nos processos de contravenções ou transgressões não é cumprida em lugar diferente” (José Mourisca, 1931: 272). Também Luís Osório (1932 b: 27) censurou a inobservância pelo legislador do critério da gravidade na delimitação do âmbito do processo de transgressões. Em defesa da solução legislativa, Eduardo Correia (1956: 120 a 122) invocou a coerência da solução do código com a escolha de um critério qualitativo de contravenção pela lei penal. O problema verdadeiramente colocado pelos críticos era o da legitimidade de um critério qualitativo usado pela lei penal substantiva para a determinação do ilícito contravencional.

¹¹²⁶ Questionando a constitucionalidade da prisão em flagrante transgressão em face do artigo 8, § 3, da Constituição nova de 1933, José Mourisca (1934: 176) admitia mesmo o direito de resistência à ordem de prisão em flagrante pelo cometimento de uma transgressão punível com pena de multa.

¹¹²⁷ Luís Osório (1932 b: 30) notava a incoerência de no processo sumário se poder aplicar multa de qualquer valor para punição de uma transgressão, mas não se poder aplicar a de seis mil escudos para punição de um crime. Esta incoerência resultava da nova configuração do processo de transgressões.

¹¹²⁸ Esta forma de processo encontrava-se regulada na Lei n. 266, de 27.7.1914, considerando a doutrina que a remissão feita no artigo 16 desta lei para o processo ordinário se devia entender como sendo feita para o processo de querela (Luís Osório, 1932 a: 72).

¹¹²⁹ O diploma que dispunha ainda sobre esta matéria era o Decreto n. 12.008, de 2.8.1926. José Mourisca (1931: 29) criticou a manutenção do tribunal de júri no julgamento destes crimes, uma vez que “o júri comum foi batido, em toda a linha, no foro comercial e criminal”, não encontrando qualquer razão para

ou fraudulenta ¹¹³⁰ e o processo para julgamento dos crimes de contrabando e descaminho. ¹¹³¹ O legislador salvaguardou ainda genericamente a vigência de quaisquer leis relativas à jurisdição da polícia de investigação criminal, ¹¹³² dos tribunais de infância, ¹¹³³ militares, ¹¹³⁴ ou fiscais. ¹¹³⁵

A opção legislativa foi objecto de censura. José Mourisca advogou a redução das formas de processo a apenas duas, a de querela e a de polícia correcional, tanto mais que a lei processual nova admitia o direito de renúncia ao recurso no processo correcional, ao invés do que acontecia na vigência do diploma de 1890, “ficando assim os termos do julgamento perfeitamente equiparados aos do processo de polícia”. Acrescia a este facto o de que o processo sumário e o de transgressões não constituíam senão versões do processo de polícia e neste último como nos processos que corriam na Intendência se aplicavam multas “pesadíssimas”, tudo justificando a aproximação substantiva das duas formas processuais. ¹¹³⁶

não atribuir o julgamento destes crimes ao tribunal colectivo, como acontecia na generalidade dos crimes em face do novo código.

¹¹³⁰ A doutrina considerou também aqui que a remissão feita no artigo 330 do Código de Processo Comercial para o processo ordinário se devia entender como sendo feita para o processo de querela (Luis Osório, 1932 a: 73). A competência atribuída ao tribunal de júri para julgar os crimes de quebra foi pelo Decreto n. 17.397, de 30.9.1929, deferida a um tribunal colectivo comercial, que decidia da matéria de facto sobre a qual não houvesse confissão ou acordo ou que não se encontrasse provada por documentos autênticos ou autenticados. A quebra fraudulenta e a culposa foram posteriormente reguladas no CPC de 1939. Os fundamentos deste sistema foram criticados por Palma Carlos (1954: 36) e Cavaleiro Ferreira (1955: 58).

¹¹³¹ Encontrava-se ainda em vigor o Decreto de 27.9.1894, que só em 1941 seria revogado.

¹¹³² Assim, permaneceu em vigor a competência criminal dos funcionários da Polícia de Investigação Criminal prevista no Decreto n. 17.640, de 22.11.1929.

¹¹³³ A competência dos tribunais de infância para julgar os crimes cometidos por menores de 16 anos e certos crimes cometidos por maiores na pessoa de um menor, prevista no Decreto de 27.5.1911 e no Decreto n. 10.767, de 15.5.1925, ficou deste modo ressalvada. Esta competência viria a ser alargada pela Lei n. 2.053, de 22.3.1952, que incriminou certas condutas de omissão de alimentos e abandono da família e conferiu a competência para conhecer destes crimes ao tribunal de menores.

¹¹³⁴ O legislador ressalvou assim a competência dos tribunais militares para conhecer dos crimes cometidos por militares e dos crimes previstos na Lei n. 969, de 11.5.1920, e no Decreto n. 11.990, de 30.7.1926 (atentados contra a segurança pública e uso e porte de armas de fogo absolutamente proibidas), no artigo 110 do Decreto n. 13.740, de 8.7.1927 (importação, venda ou uso ilegal de armas e munições) e no Decreto n. 14.580, de 17.11.1927 (homicídio cometido contra titulares de órgãos de soberania ou funcionários públicos), como se verá melhor no seu lugar próprio.

¹¹³⁵ Nos termos do Decreto n. 16.733, de 13.4.1929, cuja vigência ficava deste modo ressalvada, os processos de transgressões de leis tributárias eram julgados em primeira instância pelo chefe de repartição de finanças, em segunda instância por um colectivo de três juizes que funcionava junto da direcção de finanças em Lisboa e em terceira instância pelo Tribunal Superior de Contribuições e Impostos. O Decreto n. 19.323, de 9.2.1931, veio posteriormente admitir a interposição de recurso das decisões finais proferidas pelos Tribunais Superiores de Contribuições e Impostos para o Supremo Conselho da Administração Pública, com fundamento em errada interpretação da lei, quando a decisão fosse desfavorável ao recorrente em valor superior a 50.000\$00. Consagrou-se, assim, uma quarta instância para julgamento das transgressões tributárias.

¹¹³⁶ José Mourisca, 1931: 261, 262 e 267.

Luis Osório acompanhou esta censura, sugerindo, também ele, a supressão do processo correcional “desde que se solenizou o processo de polícia correcional, e se simplificou o correcional”, criticando este autor também a manutenção de um processo autónomo de transgressões.¹¹³⁷

A estrutura das formas comuns de processo consagrada no código de 1929 era em pontos relevantes inovadora, mesmo em face do diploma que o antecedeu em 1928.

O processo de querela apresentava uma regulamentação unitária na fase instrutória e de acusação e diferenciada na fase de julgamento, consoante se tratasse de processo de querela com a intervenção de tribunal colectivo ou de tribunal de júri. O processo correcional e o de polícia eram objecto de disposições especiais relativas à fase de acusação e julgamento, sendo aplicáveis as regras sobre a produção de prova do processo de querela ao julgamento no processo correcional e as regras do julgamento em processo correcional ao julgamento no processo de polícia correcional. Ao processo de transgressões eram aplicáveis as regras do processo de polícia correcional. O processo sumário era objecto de uma regulamentação autónoma.¹¹³⁸

A instrução, composta pela fase do corpo de delito e pela instrução contraditória, era conduzida pelo juiz de direito e, mais restritamente, pelo juiz municipal ou ainda pelo juiz de paz.¹¹³⁹ A discordância entre o Ministério Público e o juiz no final da instrução, quer no que toca ao destino dos autos, quer no que respeita aos concretos factos apurados e à respectiva qualificação jurídica, era dirimida pelo disposto nos artigos 346 e 351, nos termos propostos por uma parte da doutrina em face da Novíssima e já consagrados no terceiro projecto de Navarro Paiva, nos projectos de Alexandre Seabra e José de Alpoim e na primeira versão do código de 1928. A solução legislativa dava uma preponderância manifesta ao juiz, prosseguindo os autos quando o juiz qualificasse diferentemente os factos da acusação ou incluísse na pronúncia factos novos que não alterassem substancialmente os da acusação e encontrando-se o

¹¹³⁷ Luís Osório, 1932 b: 13, 21 e 27.

¹¹³⁸ Paulo Cunha (1937: 189 e 190) e Cavaleiro Ferreira (1940: 188) consideravam que o processo de polícia correcional era um processo geral em relação ao processo de transgressões e sumário, do que resultavam importantes conclusões para o regime destas formas de processo.

¹¹³⁹ O legislador português manteve-se fiel à tradição francesa da direcção da instrução preparatória pelo juiz, não obstante as reformas processuais alemã e austríaca e a crítica dirigida àquela tradição pelo mais distinto processualista francês do início do século, René Garraud, que apontava três vícios fundamentais a este modelo: os atrasos na instrução da causa, o enfraquecimento da responsabilidade do Ministério Público e o prejuízo para o acusado resultante da introdução na audiência de julgamento de elementos de prova da fase de instrução judicial (René Garraud, 1912: 4 a 6).

Ministério Público vinculado à dedução da acusação quando tivesse promovido o arquivamento e não tivesse recorrido do despacho judicial que lhe ordenasse a dedução da acusação.¹¹⁴⁰

A fase da instrução contraditória foi profundamente modificada.

O código, acolhendo a doutrina restritiva que considerava o disposto no Decreto de 18.11.1910 em vigor, permitia ao arguido requerer a abertura da instrução contraditória somente depois de ter sido interrogado pelo juiz e até ao trânsito do despacho de pronúncia ou equivalente.¹¹⁴¹ A faculdade atribuída ao arguido foi ainda mais restringida no código de 1929, sendo vedado o seu exercício no processo de transgressões e no processo sumário, ao invés da primeira versão do código de 1928, que o admitia em qualquer forma processual.¹¹⁴² A partir da abertura da instrução o arguido tinha acesso aos autos e intervenção em todas as diligências por si requeridas.¹¹⁴³

¹¹⁴⁰ Deste modo, se resolvia uma querela velha entre as magistraturas judicial e do Ministério Público, que tinha elevados custos para os utentes da justiça (José Mourisca, 1931: 114 e 115). Luís Osório (1932 a: 48) entendia que o disposto no artigo 10 do CPP não constituía uma derrogação ao princípio acusatório, pois a “obrigação de promover provém, não do despacho do juiz, mas de haver prova suficiente”. O carácter circular desta argumentação era posto em relevo pelo próprio Luís Osório, que, na anotação ao artigo 10 (Luís Osório, 1932 a: 188), admitia que o princípio acusatório não era absoluto: “ele sofre restrições e uma daquelas que mais se justifica é a presente”.

¹¹⁴¹ O pouco uso da instrução contraditória foi um facto constatado pela doutrina desde cedo (José Mourisca, 1924: 345, e Bessone de Abreu, 1932: XXXI), concluindo Bessone de Abreu que a instrução contraditória se encontrava “rodeada de tantas dificuldades que o uso dessa faculdade é sempre difícil, por vezes impossível e quasi sempre ineficaz”. Em contradição com estes depoimentos manifestou-se apenas Abel de Andrade (1935: 7), que defendia o sistema consagrado em 1929 por ter pretendido e conseguido “equilibrar harmonicamente os dois imperiosos interesses processuais da perseguição dos criminosos e da tutela da liberdade civil” (Abel de Andrade, 1935: 21 e 22). Um retrato fidedigno do carácter tabular conferido pela prática ao despacho de pronúncia provisória e até, por vezes, ao próprio despacho definitivo foi mais tarde feito por Fernando Abranches-Ferrão (1963: 29 a 31). Com um balanço muito negativo sobre a interesse da instrução contraditória, fase que “não conseguiu impor-se na vida judiciária como uma fase efectiva e de real interesse no processo penal”, Figueiredo Dias (1974: 138, e 1983 a: 223), e António Barreiros (1983 c: 92). Este autor falava mesmo em uma “autêntica caducidade por não uso”. Também Germano Marques da Silva (1988: 176) dava conta da tese “muito divulgada entre Magistrados e Advogados da «inutilidade da instrução contraditória»”, embora o autor se lhe opusesse.

¹¹⁴² O legislador resolveu de vez a polémica anterior sobre a admissibilidade da instrução contraditória no processo de polícia correcional, de acordo com aquela que era a doutrina da Revista de Legislação e Jurisprudência (1914: 182 e 183). Embora concordasse com a limitação *de iure condendo* deste direito nos processos de polícia e de transgressões, José Mourisca (1933: 122 e 123) julgava inconstitucional a restrição da lei, quer em face do disposto no artigo 3, n. 20, da Constituição de 1911, quer mesmo do artigo 8, n. 10, do projecto da nova Constituição de 1933. Também Luís Osório (1933 a: 346 e 348) considerava “muito discutível a conveniência de admitir a instrução contraditória em processos muito simples, como o de polícia correcional, vindo a instrução contraditória a ser mais complicada que o julgamento”, justificando-se por isso a excepção legal.

¹¹⁴³ Luís Osório, 1932 b: 47 a 49, e 1933 a: 365 a 367. Deste modo, o CPP consagrou o sistema tradicional entre nós do corpo de delito secreto e não contraditório, sendo contraditório logo que o réu fosse submetido a perguntas, por força do artigo 326 (Beleza dos Santos, 1931 a: 15, Paulo Cunha, 1937:

No entanto, a abertura da instrução contraditória dependia também de o corpo de delito e as diligências requeridas pelo Ministério Público e pela parte acusadora estarem concluídas. Assim, a instrução contraditória deixava de ter a natureza de uma fase do processo de audição do réu que visava garanti-lo contra uma acusação injusta, como no direito anterior, adquirindo a natureza de um incidente, suscitado pelo arguido, com vista à apresentação da sua defesa após a conclusão do corpo de delito e a dedução da acusação pelo Ministério Público. Esta alteração relevantíssima da natureza da instrução contraditória, que tinha a sua fonte directa na regulamentação do projecto de código de Armando Marques Guedes e, mais exactamente, no disposto nos artigos 137 e 156 deste projecto, desrespeitava o sentido da garantia constitucional da instrução contraditória, que implicava a possibilidade de o arguido fazer valer os meios da sua defesa antes da acusação, com vista a evitar precisamente a dedução de uma acusação injusta.¹¹⁴⁴ Como o próprio legislador reconhecerá mais tarde, a instrução contraditória ficou deste modo “desnaturada na sua função e finalidade”.¹¹⁴⁵

À dedução pelo Ministério Público da querela, no processo assim designado, ou da queixa, no processo correcional, seguia-se a prolação da pronúncia. A formação da culpa era provisória não só quando a investigação continuava em relação a outros réus, como no antigo sumário, mas também quando ela continuava sobre o mesmo facto criminoso e a respeito do mesmo réu ou quando fosse requerida instrução contraditória, sendo proferido despacho de pronúncia definitivo quando estivesse finda toda a instrução. O artifício da pronúncia provisória, que consagrava em letra de lei a prática judiciária anterior,¹¹⁴⁶ constituía a resposta do legislador ao problema há muito por resolver da insuficiência do prazo de oito dias de prisão sem culpa formada tradicional

122, Cavaleiro de Ferreira, 1940: 208, e Salgado Zenha, 1968: 47 a 49).

¹¹⁴⁴ Marnoco e Souza, 1913: 138, e José Dias, 1919: 290.

¹¹⁴⁵ Diário do Governo, de 31.5.1972, p. 730.

¹¹⁴⁶ A jurisprudência e a doutrina continuaram a defender a legitimidade deste despacho, mesmo depois da publicação do Decreto de 15.2.1911, entendendo que o § 3 do artigo 6 deste Decreto, ao referir incidentes dilatórios, não incluía a conclusão do processo preparatório (Pedro Augusto Castro, 1911: 705). A prática manteve-se nos anos seguintes, admitindo a pronúncia provisória e remetendo o recurso da pronúncia para momento ulterior à conclusão da instrução contraditória (Abraão de Carvalho, 1913: 193 e 194, Abel Garção, 1915: 114, Cypriano da Silva, 1917: 257 e 258, e 1923: 226 e 227, e, em termos retrospectivos, Luiz da Rocha Mota, 1948: 55 e 56, e, nos tribunais, desde o acórdão da Relação do Porto, de 27.10.1911, in GRL, 25.º ano, 1911, pp. 369 e 370, ao acórdão do STJ, de 19.7.1927, in RLJ, ano 60, 1927-1928, pp. 246 a 248) e, por isso, dando azo à crítica: “não era mais justo, mais conveniente, mais liberal, mais consentâneo com os direitos individuais e com os interesses da defesa social acabar com as pronúncias provisórias, que são um péssimo expediente para suprir as deficiências da lei e dar às autoridades um prazo razoável para as averiguações indispensáveis à formação da culpa?” (Abraão de Carvalho, 1913: 195).

no direito português. A prisão preventiva obedecia assim a prazos distintos nestas duas fases: oito dias até à pronúncia provisória, prorrogáveis por despacho judicial fundamentado por mais oito ou por mais quinze, consoante o crime admitisse caução ou não, e três meses acrescidos de mais cinco dias até à prolação da pronúncia definitiva, podendo este prazo ser alargado quando tivessem sido requeridas diligências pela defesa e não fosse possível proceder a elas dentro dos três meses. Deste modo, a instrução sobre o mesmo facto criminoso e em relação ao mesmo réu podia continuar sob a direcção do juiz, evitando-se a soltura do réu ao décimo sexto ou ao vigésimo terceiro dia, depois de ele ter sido presente em tribunal.¹¹⁴⁷

Estas regras não prejudicavam a possibilidade de a polícia proceder a detenções para averiguações, sem qualquer sindicância judicial e delimitação temporal, pois o termo inicial da prisão preventiva era fixado, tal como na monarquia, no momento da apresentação do detido em juízo e não no momento da sua captura.¹¹⁴⁸ Aliás, o legislador do código procedeu mesmo a uma verdadeira processualização desta detenção, por via da contagem deste tempo de detenção para efeitos de redução da pena correcional, consagrando deste modo a jurisprudência muito favorável do Supremo Tribunal de Justiça desde 1899 e contrariando o silêncio da versão do código de 1928 sobre esta questão.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁷ A questão que logo se colocou na prática foi a de saber se era admissível a prorrogação do prazo da instrução preparatória quando houvesse arguidos presos no caso em que não se encontrasse ainda concluída a instrução preparatória no final do prazo legal dos três meses e não fosse por isso conveniente a conversão da pronúncia provisória em definitiva. O acórdão fundamental do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.11.1931 (in GRL, ano 46, p. 62), decidiu no sentido da admissibilidade daquela prorrogação, mas esta jurisprudência não era pacífica (a favor dela, José Mourisca, 1933: 144, mas contra a Gazeta da Relação de Lisboa, em anotação ao acórdão referido, e Luís Osório, 1933 a: 543, e, mais tarde, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8.5.1937, in RJ, ano 22, p. 220).

¹¹⁴⁸ A doutrina fundamentava esta opção com o argumento de que “foi necessário dar tempo para na polícia se proceder a investigações” (Luís Osório, 1933 a: 120). A conjugação deste propósito óbvio do legislador com a disposição do artigo 275, que impunha a apresentação imediata ao juiz do réu que tivesse sido capturado sem mandado do tribunal, era feita pela doutrina com o argumento subtil de que o detido não tinha de ser interrogado pelo juiz imediatamente após a detenção, mas sim imediatamente após ter sido apresentado em tribunal (“êste «imediatamente» não se deve relacionar com a prisão, mas com a apresentação do prêso em juízo. Assim, quando o arguido fica à disposição da autoridade administrativa não é conduzido «imediatamente» à presença do juiz; isso só se verifica quando o arguido é entregue ao poder judicial”, Luís Osório, 1933 a: 130).

¹¹⁴⁹ A ponderação da prisão preventiva como circunstância atenuante na fixação da pena de prisão maior e de degredo resultava ainda do disposto na Lei de 14.6.1884 (Luís Osório, 1932 a: 310, e José Mourisca, 1934: 258). Mais tarde, o Decreto-Lei n. 29.636, de 27.5.1939, veio dispor que também seria levada em conta a prisão preventiva, sofrida posteriormente à condenação na primeira ou na segunda instâncias, ao réu condenado a prisão maior ou degredo que não tivesse recorrido da decisão, de modo a evitar que a prisão do réu depois da condenação se prolongasse em consequência de recurso interposto pelo Ministério Público ou pelo assistente. Logo no ano seguinte, o Decreto-Lei n. 30.384, de 1.6.1940, determinou que fosse ainda levada em conta metade da prisão preventiva sofrida anteriormente à condenação na primeira

Do despacho de pronúncia definitivo cabia recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça e com efeito suspensivo do processo, vingando no código a solução defendida no projecto de código de Marques Guedes e dada pela jurisprudência em face da lei anterior, não obstante o silêncio do artigo 996 da Novíssima Reforma.

Na forma de processo de polícia correcional, o código consagrou a praxe dos tribunais de apresentação de uma promoção para julgamento, em que se descriminavam os factos imputados ao arguido, proferindo em seguida o juiz um despacho de recebimento da acusação. Deste despacho cabia, tal como no direito anterior, recurso com base na não punibilidade do facto, na irresponsabilidade do agente e na extinção da acção penal ¹¹⁵⁰ e somente para a Relação, subindo de imediato e nos próprios autos se o juiz entendesse que não se tratava de expediente dilatatório. O arguido podia também nesta forma de processo requerer a abertura da instrução contraditória e opor contestação escrita antes do julgamento, o que constituía uma novidade em face do direito anterior.

Completava-se deste modo um processo de evolução com dois sentidos inversos, registando-se, por um lado, o esvaziamento de conteúdo da fase de acusação e defesa nas formas de processo mais importantes, já iniciado em 1890 com a consagração da forma de processo correcional e concluído em 1929 com a abolição da acusação do Ministério Público posterior à pronúncia no processo de querela, e constatando-se, por outro lado, uma solenização crescente desta mesma fase no processo de polícia correcional, iniciada em 1886 com a introdução do recurso do despacho que mandava o arguido responder em julgamento em polícia correcional e

instância ao réu condenado a prisão maior ou degredo, tendo a jurisprudência interpretado este benefício no sentido de ele ser aplicável independentemente de o réu ter interposto ou não recurso da condenação (o parecer do STM de 21.6.1940, in RJ, 25 °, 1940, p. 180, logo seguido do acórdão fundamental do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.11.1940, in RJ, ano 26 °, 1941, pp. 63 e 64, e in RT, ano 58 °, 1940, pp. 367 e 368, com anotação favorável), mas de o tempo de prisão preventiva posterior à condenação em primeira instância não ser descontado se o réu recorresse desta (“Condenado o réu em pena maior – se recorre, se discute ainda o caso, que sejam daí em diante por sua conta as demoras que ainda haja”, acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31.3.1943, in RDES, ano II, 1946, pp. 339 a 347, com anotação desfavorável de Simões Pereira, 1946: 351 a 355, e, também crítico, Manuel de Oliveira Matos, 1948: 144). Deste modo, o novo regime, que representava a consagração da proposta antiga da Revista dos Tribunaes (1891: 51), representava um incentivo à interposição de recurso para o réu condenado nas formas de processo menos graves, mas também um factor de dissuasão prática de exercício do direito ao recurso no processo de querela.

¹¹⁵⁰ O código afastava, portanto, a carência de prova como fundamento do recurso, ao contrário de alguma jurisprudência firmada já na fase final da vigência da Novíssima Reforma. José Mourisca (1933: 226) considerava que o código tinha rejeitado a solução válida em face do direito anterior. Diferentemente,

concluída em 1929 com o novo regime de dedução, recebimento e contestação da acusação.

Se a justificação desta segunda medida se encontrava no propósito de aproximar substancialmente a posição processual do arguido no processo de polícia da que ele tinha nas outras formas processuais comuns e, desse modo, pôr cobro à inquisitorialidade intrínseca da forma de processo de polícia, a justificação para a evolução verificada na forma de processo de querela resultava da abolição do sumário da querela e da modificação da natureza dogmática da fase do corpo de delito a partir de 1892. Sendo, em regra, a instrução realizada no corpo de delito suficiente e não sendo necessário o recurso ao seu prolongamento extraordinário nos termos previstos em 1896, a dedução da querela pelo Ministério Público depois de fechado o corpo de delito era logo seguida pela prolação da pronúncia pelo juiz e por uma nova peça processual do Ministério Público, com exactamente o mesmo teor da querela, o libelo acusatório. A sucessão da querela e do libelo acusatório constituía, pois, uma duplicação inútil de peças processuais, que o legislador quis evitar.

Na audiência de julgamento, consagrava-se, ao invés do direito anterior, um poder muito amplo de apresentação de novos meios de prova, tanto pela defesa como pela acusação, à imagem do projecto de José de Alpoim, e até de junção oficiosa de novos meios de prova pelo tribunal, como sugeria o projecto de Marques Guedes,¹¹⁵¹ e alterava-se profundamente o regime da leitura do depoimento de qualquer testemunha prestado na instrução, atribuindo à parte apresentante a faculdade de prescindir do depoimento da testemunha na audiência e requerer a leitura imediata do seu depoimento e ao tribunal a faculdade de indeferir o adiamento requerido pela parte apresentante da testemunha faltosa e ordenar a leitura do seu depoimento prestado nos autos.¹¹⁵² Além

Luís Osório (1933 a: 642 a 645) entendia que o preceito do CPP consagrava aquela que já era a doutrina mais defensável em face do direito anterior.

¹¹⁵¹ José Mourisca, 1933: 317 e 318, e Luís Osório, 1933 b: 185. Este autor criticava a inovação, pois, “por meio dela bem pode o público passar todo para dentro da teia a depor”. O autor interpretava a lei em sentido restritivo, considerando que só as partes podiam apresentar novos meios de prova, não podendo o tribunal chamar a depor novas testemunhas, mas apenas reperguntar as testemunhas já ouvidas (Luís Osório, 1933 b: 187). Mourisca defendia a opinião contrária, atendendo aos termos amplos da lei.

¹¹⁵² Quer Luís Osório (1933 b: 106 e 169), quer José Mourisca (1933: 310) resolviam deste modo a contradição entre o disposto no artigo 422 e o preceituado no artigo 439, dando prevalência a este artigo. Luís Osório considerava que a lei preferia o interesse da descoberta da verdade ao da realização do princípio da imediação e, por isso, interpretava muito amplamente a previsão legal, admitindo a leitura quer a testemunha faltosa tivesse sido notificada ou não e ainda no caso de a testemunha ter faltado à inquirição no juízo deprecado ou ter comparecido em julgamento, mas ter-se ausentado antes de ser ouvida ou ter recusado depor, com ou sem justa causa. Ao invés, José Mourisca criticava o regime legal,

destas excepções à regra clássica do direito português do adiamento da audiência quando a testemunha faltosa tivesse sido notificada, duas outras regras essenciais foram aduzidas em prejuízo do princípio da imediação: a da restrição do adiamento da audiência por apenas trinta dias quando a parte requeresse o depoimento oral da testemunha, o que impossibilitava a inquirição das testemunhas cujo impedimento se prolongasse por período superior a esse,¹¹⁵³ e a da falta da testemunha não notificada ou não apresentada por culpa da parte que a tivesse produzido ou prontificado a apresentar como causa para a leitura imediata das anteriores declarações da testemunha.¹¹⁵⁴

Rematando este predomínio da instrução escrita, os depoimentos prestados nesta fase podiam não só ser lidos na audiência de julgamento para esclarecer e completar os prestados durante a mesma, tal como já era admitido pela doutrina em face da Novíssima, mas também quando os jurados se reuniam para tomar a decisão sobre a matéria de facto, o que a Novíssima vedava expressamente. Deste modo, até a possibilidade de a acusação e o réu prescindirem das respectivas testemunhas faltosas, que constituía a reserva de soberania das partes sobre os meios de prova produzidos na audiência de julgamento,¹¹⁵⁵ ficava esvaziada de sentido prático.

O objecto do processo podia ser alargado a novos factos resultantes da discussão da causa, desde que tivessem por efeito a diminuição da pena do arguido.¹¹⁵⁶

pois “não estão em jogo apenas os interesses sociais, mas também os do arguido”. Por essa razão, reconhecia ao réu o mais amplo direito para deduzir contra a testemunha faltosa e mesmo contra as testemunhas falecidas “qualquer circunstância que influa na sua força probatória” (José Mourisca, 1933: 308 e 309). Também Eduardo Correia (1956: 194) considerou o artigo 439 como um desvio ao princípio da imediação.

¹¹⁵³ José Mourisca sugeria mesmo que o juiz não acatasse o preceito legal quando na sua convicção o depoimento oral da testemunha faltosa fosse importante para a descoberta da verdade (José Mourisca, 1933: 280).

¹¹⁵⁴ Luís Osório, 1933 b: 107.

¹¹⁵⁵ Luís Osório, 1933 b: 170, e José Mourisca, 1933: 309.

¹¹⁵⁶ Beleza dos Santos, 1931 b: 19, e 1933: 170 e 171, Eduardo Correia, 1948: 145, 151 e 152, e José Fazenda Martins, 1986: 86. Beleza dos Santos restringia esta faculdade, não podendo os novos factos representar uma “acusação inteiramente diversa e sem relação alguma com a que se formulou no processo contra o réu”, pois “isso seria converter uma disposição de favor em uma disposição odiosa para o réu” (Beleza dos Santos, 1931 b: 19, e 1933: 170 e 171). Um exemplo disso seria, segundo o autor, a condenação pelo crime de abuso de confiança, tendo os réus sido acusados pelo de burla (Beleza dos Santos, 1933: 175 e 176). Manifestando adesão plena a este entendimento, Eduardo Correia (1948: 145, 151 e 152), que concluiu que, afora os casos de sucessão de crimes e reincidência ou de factos alegados pela defesa, ao tribunal ficava assim vedado o conhecimento de circunstâncias agravantes ou modificativas agravantes não contidas no despacho de pronúncia ou equivalente, de delitos cuja punição consumisse totalmente o delito acusado, de factos não descritos na pronúncia ou despacho equivalente que se encontrassem numa relação de continuação com os factos acusados ou constituíssem com eles um crime habitual ou permanente e de delitos que fossem só em parte realizados pelos factos que preenchessem o tipo legal da acusação. Em face da regulamentação do caso julgado, o autor integrava a teoria dos poderes de cognição do juiz para além do disposto no regime dos artigos 446 e seguintes do

O código continha uma solução bastante mais ampla do que a do direito anterior,¹¹⁵⁷ pois não só consagrava a possibilidade do exercício em todas as formas de processo de uma faculdade fixada desde 1855 apenas em proveito do tribunal de júri, como admitia o conhecimento de factos relativos à própria infracção e não apenas às circunstâncias modificativas do facto principal, afastando-se do disposto na lei de 1855, que os jurados frequentemente desrespeitavam, e aproximando-se do estatuído pelo Decreto n. 13.225.

Ao tribunal era também expressamente concedida a faculdade de qualificar livremente os factos que constassem da pronúncia ou de despacho equivalente, com a única limitação da incompetência do tribunal quanto à aplicação da pena, em conformidade com a praxe anterior à luz da Novíssima e com a opção do Estatuto Judiciário, mas em desconformidade com disposição paralela mais restritiva do Decreto n. 13.255.¹¹⁵⁸ A lei nova admitiu ainda o conhecimento officioso das circunstâncias da reincidência e da sucessão de infracções que resultassem das declarações do arguido ou do registo criminal, ao invés da primeira versão do código de 1928, que só admitia a consideração do registo criminal.¹¹⁵⁹

CPP, recorrendo à aplicação analógica do artigo 443 do CPP (Eduardo Correia, 1948: 168 e 169, e 1956: 25, seguido por José Fazenda Martins, 1986: 81 a 83).

¹¹⁵⁷ Beleza dos Santos, 1931 b: 18.

¹¹⁵⁸ José Mourisca, 1934: 11, Cavaleiro de Ferreira, 1940: 271 e 272, e 1984: 453 e 454, e Castanheira Neves, 1968: 261 e 262. Censurando *de iure condendo* este regime e propondo a adaptação do mesmo aos “interesses da defesa”, Silva e Sousa sugeriu que nos casos de convolução para infracção diversa a que correspondesse ritologia mais solene se suspendesse o julgamento e que nos casos de convolução em que a nova infracção pudesse ser julgada na mesma forma de processo se adoptasse uma disposição semelhante à do § 265 da StPO alemã (Silva e Sousa, 1949: 322, 324 a 326).

¹¹⁵⁹ O conhecimento das circunstâncias que resultassem das declarações do arguido foi criticado com base na disposição do artigo 174 do CPP por Luís Osório (1933 b: 204 e 209) e José Mourisca (1934: 13). A favor daquele conhecimento pronunciou-se Beleza dos Santos (1931 b: 403), embora o autor admitisse que o tribunal poderia, mas não tinha o dever de empregar todos os meios ao seu alcance para averiguar da veracidade das declarações do réu, pois “nem ele pode queixar-se de que o tribunal acredite em que foi condenado, se é ele mesmo que o afirma ...”. Também, Cavaleiro de Ferreira considerava a inovação justificada pela força da prova documental ou das próprias declarações do arguido, que estava nesta matéria sujeito a responsabilidade criminal se faltasse à verdade (Cavaleiro de Ferreira, 1940: 273). No que se refere ao conhecimento das circunstâncias com base no registo criminal, esta faculdade do tribunal foi de igual modo criticada, desta feita por ser demasiado restritiva, por José Mourisca (1934: 14 e 15), que considerava aplicável no direito comum a solução do direito militar do conhecimento das circunstâncias referidas na lei que estivessem provadas por certidão extraída de outro ou outros processos. Contra, Beleza dos Santos (1931 b: 404), em face do carácter excepcional do § 2 do artigo 447, embora o autor admitisse aquela solução de *iure condendo*. O conjunto destas regras que determinavam o âmbito dos poderes de conhecimento do objecto processual pelo tribunal mereceram o assentimento de um comentador estrangeiro, Tancredi Gatti, que concluiu, em juízo final sobre o código, que “é de reconhecer que se revela sempre presente e constante a preocupação de subordinar as formas e os actos às intenções práticas do processo penal e às garantias da substância, verdadeiro limite este, inalcançável, da perfeição da lei processual” (*È da riconoscere che sempre presente e costante si rivela la preoccupazione di subordinare le forme e gli atti agli intenti pratici del processo penale e alla guarentigia della sostanza, vero limite questo, irraggiungibile, di perfezione della legge processuale*, Tancredi Gatti, 1929: 477 e 481).

No final da produção da prova na audiência de julgamento com intervenção do júri, o juiz formulava os quesitos sobre a matéria de facto alegada e que resultasse da discussão da causa, com excepção dos factos constantes de documentos autênticos ou autenticados. Ao invés do disposto na Novíssima, o juiz não resumia a prova produzida em audiência, mas presidia ao júri, explicando os quesitos e prestando esclarecimentos aos jurados. Embora lhe estivesse vedado apreciar as provas, o recolhimento em que eram prestados os esclarecimentos permitia a influência do magistrado sobre os jurados.¹¹⁶⁰

O juiz não tomava parte da votação, cabendo-lhe antes o controlo da equidade das respostas aos quesitos. A votação dos jurados era agora submetida à regra mais volátil da maioria absoluta, substituindo a anterior de dois terços do Estatuto Judiciário e do Decreto n. 12.405, de 30.9.1926. Tal como a jurisprudência e a doutrina admitiam no silêncio da lei anterior, o código consagrou a faculdade da anulação das respostas respeitantes a uma ou mais infracções imputadas a um ou mais arguidos.

A anulação das respostas aos quesitos dava lugar à realização de um segundo julgamento, mas o código regulamentava este segundo julgamento de modo muito diverso do previsto no direito anterior, prevendo a redução a escrito da prova e a admissibilidade de um recurso amplo, de facto e de direito, para a Relação e, assim, consagrando inteiramente a solução do projecto de José de Alpoim.

A audiência de julgamento com intervenção do tribunal colectivo ou de um juiz singular decorria genericamente de acordo com as regras válidas para o julgamento com intervenção do júri e, designadamente, a decisão sobre a matéria de facto não tinha de ser fundamentada.¹¹⁶¹ As duas grandes diferenças entre o julgamento com a

¹¹⁶⁰ José Mourisca, 1934: 127. Também, Beleza dos Santos (1931 a: 50) considerava esta inovação “do maior alcance, não só porque o juiz pôde esclarecer os jurados, acêrca de algumas duvidas que surjam, mas também porque se evitam as respostas ineptas que, às vezes, os jurados davam aos quesitos”. A possibilidade de o magistrado que já tinha instruído o processo presidir ao julgamento foi, contudo, censurada por Pinto Loureiro (1935: LXVIII e LXXI), que propunha o envio de um desembargador para presidir aos julgamentos crimes a efectuar com intervenção do tribunal de júri ou do tribunal colectivo ou mesmo a atribuição desse encargo a um juiz de primeira instância “por forma que nenhum julgamento fôsse presidido pelo magistrado que instruíra ou preparara o processo”.

¹¹⁶¹ José Mourisca criticava o teor do artigo 450 do CPP que exigia apenas a indicação dos factos provados, por contraposição com o do artigo 1069 do CPC, na redacção do Decreto 21.287, que exigia o exame crítico das provas (José Mourisca, 1934: 22). O autor também não concordava com a doutrina do artigo 471 do CPP, censurando a disparidade de regimes do voto de vencido entre o juiz de primeira instância e os do Tribunal da Relação (José Mourisca, 1934: 100). Contudo, José Mourisca entendia que o juiz singular se encontrava obrigado a “indicar os motivos justificativos da sua convicção” (José Mourisca, 1934: 30 e 171). Também Luís Osório (1933 b: 200) sustentava o dever do juiz singular de fundamentação da convicção, ao invés do tribunal colectivo e do tribunal de júri.

intervenção do júri e o realizado com a intervenção do tribunal colectivo ou de um juiz singular residiam na inexistência da formulação de quesitos e na simultaneidade da discussão sobre a imputação dos factos e sobre a pena no processo julgado pelo tribunal colectivo ou pelo juiz singular.

A maior discrepância entre o código de 1928 e o de 1929 no tocante à estrutura das formas de processo registava-se na do processo de transgressões. Enquanto neste último diploma o juiz designava data para julgamento, depois da promoção do Ministério Público ou da parte acusadora nesse sentido e havendo fundamentos nos autos para a acusação, no diploma de 1928 o legislador distinguia dois modos de julgamento da causa, consoante houvesse ou não audiência para o efeito.¹¹⁶² O juiz podia, havendo fundamento para tal, proceder a uma “condenação de preceito” (artigo 545 do código de 1928) logo em face da acusação e promoção para julgamento, tendo o réu direito a recorrer da decisão ou a requerer a realização de julgamento. Requerendo o réu julgamento, ficavam sem efeito os recursos eventualmente interpostos pelo Ministério Público ou pela parte acusadora e abria-se a fase de julgamento diante do mesmo juiz. Esta forma de processo, que prescindia da audiência de julgamento e prejudicava gravemente o princípio da acusação quando o réu deduzisse oposição, assemelhava-se ao *Strafbefehlverfahren* do código alemão de 1877 e já tinha sido sugerida por Dias da Silva na crítica à proposta de 1899, mas não vingou na versão do código de 1929.

O regime dos recursos no código novo era inovador. Ao invés do código de 1928, em que no processo com intervenção de júri só se admitia a interposição de recurso para a Relação da sentença condenatória, no código de 1929 previa-se igualmente o recurso da sentença absolutória proferida nos processos em que tivesse intervindo o júri para a Relação e da decisão desta para o Supremo Tribunal de Justiça, tal como nos projectos de José de Alpoim e Marques Guedes, sendo ainda obrigatório o recurso do Ministério Público das decisões condenatórias em pena maiores fixas.¹¹⁶³ As decisões finais do tribunal colectivo admitiam recursos idênticos aos da decisão final do

¹¹⁶² Ambos os diplomas previam também o pagamento voluntário da multa quando a transgressão fosse punível apenas com multa.

¹¹⁶³ A lei nova não resolveu a querela do direito anterior da admissibilidade da interposição deste recurso a todo o tempo. O assento de 20.12.1935, seguindo a doutrina de José Mourisca (1934: 257), veio fixar a doutrina segundo a qual o recurso obrigatório do Ministério Público devia ser interposto dentro do prazo legal. Deste modo, a confirmação da sentença da primeira instância pelo tribunal de recurso não constituía uma condição do seu trânsito e da sua exequibilidade.

tribunal de júri, mas nem neste caso nem naquele o Tribunal da Relação conhecia da matéria de facto, equiparando-se a onnipotência do tribunal colectivo sobre a matéria de facto à do tribunal de júri e consagrando-se deste modo a solução radical do Decreto n. 13.255.

No processo correcional, não tendo as partes renunciado ao recurso, cabia recurso da decisão final para o Tribunal da Relação, que conhecia da matéria de facto e da matéria de direito, e para o Supremo Tribunal de Justiça, que conhecia apenas da matéria de direito.¹¹⁶⁴ A previsão nova da possibilidade da renúncia ao recurso visava evitar o arrastamento destes processos resultante da obrigatoriedade do registo da prova, pois anteriormente “levava, em regra, muito mais tempo, a julgar um proc. correcional, que três ou quatro querelas”.¹¹⁶⁵

No processo de polícia correcional, contrariando o direito anterior, só era admitido recurso das decisões finais ou interlocutórias para o Tribunal da Relação. De igual modo, no processo de transgressões e no processo sumário também só era admitido um grau de recurso para sindicar a sentença e os despachos finais, com a ressalva do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal de Justiça e do recurso obrigatório do Ministério Público das decisões proferidas contra a jurisprudência fixada pelo Supremo em tribunal pleno.¹¹⁶⁶

O objecto do recurso era fixado muito amplamente, conhecendo o tribunal de recurso da causa em relação a todos os arguidos, mesmo não recorrentes, nos termos em que vinha decidindo a jurisprudência em face da Novíssima, mas ao contrário do que dispunha o código de 1928.¹¹⁶⁷ O tribunal de recurso podia alterar a qualificação

¹¹⁶⁴ No código de 1928, o artigo 536 só previa o recurso da decisão final em processo correcional para o Tribunal da Relação, ao invés do que dispunha o artigo 536 do diploma de 1929. Contudo, resultava do artigo 646, 5.º, do código de 1928, *a contrario*, que nessa forma de processo era ainda admissível o recurso para o STJ. O legislador de 1929 só esclareceu, pois, o sentido da lei anterior.

¹¹⁶⁵ José Mourisca, 1934: 144. Contudo, alguns anos depois da entrada em vigor do código, a Circular n. 943, de 9.3.1935, da Procuradoria Geral da República fixou a orientação de que o Ministério Público não devia prescindir, em regra, do recurso, especialmente quando no julgamento intervisse um juiz substituto (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 335).

¹¹⁶⁶ Só mais tarde o Decreto n. 19.639, de 21.4.1931, consagrou a recorribilidade de acórdãos do Tribunal da Relação proferidos sobre recursos interpostos em processos de polícia correcional, de transgressões ou sumários, sempre que a multa aplicada excedesse a quantia de 5.000\$00. Este montante foi depois actualizado 20.000\$00 pelo Decreto-Lei n. 36.387, de 1.7.1947, e para 40.000\$00 pelo Decreto-Lei n. 40.033, de 15.1.1955. Este valor foi mantido pela Lei n. 2.138, de 14.3.1969.

¹¹⁶⁷ A doutrina do artigo 663 do CPP foi criticada por José Mourisca (1934: 309) e Soares Carneiro (1949: 35 a 37) e defendida por Cavaleiro de Ferreira (1965: 144) e Eduardo Correia (1956: 79). Cavaleiro de Ferreira defendia mesmo que o réu ausente não podia interpor recurso no prazo mais lato de que dispunha se a decisão já tivesse sido apreciada pelo tribunal superior por força da interposição de

jurídica dos factos nos mesmos termos admitidos na primeira instância, mas a jurisprudência maioritária não admitia nos primeiros anos de aplicação do código o agravamento da pena aplicada ao arguido recorrente.¹¹⁶⁸

O tribunal de recurso conhecia também da nulidade insanável do processo, com um regime consideravelmente mais restritivo do que o do direito anterior, não incluindo o elenco legal a contradição na decisão sobre a matéria de facto nem a omissão de pronúncia sobre factos relevantes para a decisão.¹¹⁶⁹

recurso por outrem, pois “desde que o processo seja, por qualquer recurso, sujeito à apreciação do tribunal superior, este tem o dever de dar uma decisão justa quanto a todos os réus, e não pode limitar a justiça àqueles que a pedem. A natureza dos interesses, que se dirimem em processo penal, não se compadece com uma tal limitação artificial”.

¹¹⁶⁸ Sobre esta jurisprudência, José Mourisca, 1934: 290, 291 e 309. O autor acompanhava a jurisprudência e perfilhava mesmo o entendimento de que o Ministério Público podia recorrer da decisão de segunda instância mesmo não tendo recorrido da decisão da primeira instância, mas que o Supremo Tribunal de Justiça não podia agravar a pena. Contra a jurisprudência estavam Luís Osório (1934: 315), Morais Sarmiento (1948: 43, 63, 64 e 79), com base na estrutura inquisitório do processo e no efeito devolutivo total da apelação, Soares Carneiro (1949: 74 a 76), com fundamento na necessidade de um instrumento que evitasse a interposição injustificada de recursos pelo réu, e Agostinho de Carvalho (1950: 20 e 23), com base no conhecimento oficioso dos erros de direito relativos à medida concreta ou abstracta da pena pelo tribunal de recurso e, portanto, também nos recursos interpostos pelo réu. Como a questão não era líquida, a Procuradoria Geral da República emitiu o ofício n. 17, de 18.1.1937, nos termos da qual era obrigatório para os agentes do Ministério Público a interposição de recurso das sentenças que o réu impugnasse. A partir de então, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça mudou de sentido, tendo o acórdão de 6.4.1937 (in RJ, ano 22 °, 1937, n. 509, p. 166, e RLJ, ano 69 °, 1936-1937, p. 414 e 415) marcado o início deste movimento de inversão. A questão ficou resolvida com o assento do Supremo de 4.5.1950, que veio consagrar a possibilidade de *reformatio in pejus*, e fez cessar a directiva da Procuradoria Geral da República (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 390). O fundamento invocado pelo assento foi o do “carácter público do direito que através do processo penal se realiza”, o direito de punir com uma sanção justa, que não podia depender da vontade do réu (assento de 4.5.1950, in RT, ano 68 °, 1950, pp. 139 a 141, com anotação muito crítica da Revista dos Tribunais nas pp. 146 a 151: “o assento revogou, a nosso ver, pura e simplesmente, o art. 647, n. 2 e § 3 do Código de processo penal”). Eduardo Correia (1956: 79) mostrou-se favorável à doutrina do assento, invocando a natureza unitária da decisão proferida em processo penal. Ao invés, Adriano Moreira considerou a situação do réu não recorrente nem recorrido como “clamorosamente injusta” e, diante do contra-argumento de que os tribunais são os próprios fiéis da justiça e os réus não deviam reear um novo exame da causa por estes, ainda que ele fosse imposto por um co-réu, classificou-o como um “excelente exemplo da abstracção silogística que ignora a realidade” (Adriano Moreira, 1958 b: 10 e 11). A situação era tanto mais grave quanto o réu absolvido na primeira instância e condenado na segunda com base em recurso de um co-réu nunca era ouvido pelo tribunal de recurso e também não tinha meio processual para se fazer ouvir por este, sendo-lhe negado o direito de defesa (Adriano Moreira, 1958 b: 14). Acresce que o Ministério Público encontrava-se na conferência no Supremo Tribunal de Justiça e nas Relações, mas não os representantes dos réus, o que “quebra a igualdade em que se baseia o contraditório” (Adriano Moreira, 1958 b: 15). A questão foi de novo objecto da atenção do legislador em 1969, tendo-se então consagrado a proibição da *reformatio in pejus*. Contudo, esta proibição não valia quando se verificasse uma alteração da qualificação dos factos ou o Ministério Público no tribunal de recurso requeresse a agravação da pena, caso em que o réu era notificado deste requerimento (artigo 1 do Decreto-Lei n. 2.134, de 14.3.1969). A doutrina do novo regime foi amplamente fundamentada no parecer n. 13/IX da Câmara Corporativa e criticada, no que respeita à restrição resultante da intervenção do Ministério Público no tribunal de recurso e à exclusão das medidas de segurança, por Figueiredo Dias (1971 c: 84, e 1974: 100, 259 a 262).

¹¹⁶⁹ José Mourisca resolvia o problema da contradição na matéria de facto com o recurso ao artigo 405 do CPC, por força do disposto no artigo 1, § único do CPP, e o da deficiência dos quesitos formulados ao júri

Os recursos ordinários eram interpostos, processados e julgados como agravos de petição em matéria cível, determinando-se expressamente que o juiz não podia alterar na resposta ao recurso a sentença final dada em primeira instância.¹¹⁷⁰

As formas de processo especiais consistiam no processo para julgamento de réus ausentes, no processo para julgamento de crimes de difamação, calúnia e injúria, no processo para julgamento de crimes cometidos por magistrados no exercício das suas funções e fora delas e no processo de reforma de autos.

O processo de ausentes, previsto para os réus acusados ou pronunciados que faltassem a julgamento e para os réus evadidos, constituía uma modalidade das formas comuns de processo de querela e correccional, admitindo recurso da decisão final condenatória para o Tribunal da Relação, que conhecia de facto e de direito e podia agora também ordenar a realização de um segundo julgamento.¹¹⁷¹

O réu dispunha ainda da faculdade, também ela nova, de requerer a realização de um segundo julgamento, mas apenas em processo de querela, sendo a prova reduzida a escrito e o julgamento realizado por um juiz, diferindo totalmente este sistema do do código na versão de 1928, que não só impunha o julgamento em processo de querela com registo da prova e diante do tribunal com a sua constituição regular, como consagrava a faculdade de realização de um segundo julgamento nas outras formas de

ou o da omissão de pronúncia pelo tribunal colectivo, com o recurso ao n. 1 do artigo 98 (José Mourisca, 1932: 19 e 20).

¹¹⁷⁰ O recurso de revisão foi alargado de modo a incluir os fundamentos *pro societate*, que a Constituição de 1911 vedava. Por outro lado, o código foi além da autorização concedida pelo artigo 8, n. 20 da Constituição de 1933, que não permitia a revisão de despachos, mas apenas de sentenças, sendo por isso as disposições dos artigos 694 e 695 consideradas inconstitucionais (José Mourisca, 1934: 326, e Soares Carneiro, 1949: 92).

¹¹⁷¹ No processo de polícia só o réu evadido da prisão antes do julgamento podia ser julgado à revelia na versão do código de 1929, admitindo-se apenas a interposição de recurso e começando o prazo a contar da publicação da sentença na audiência de julgamento. Ao invés, no código de 1928 admitia-se também o julgamento dos réus ausentes pronunciados ou notificados para julgamento em processo de polícia e de transgressões. A omissão do legislador de 1929 foi logo sanada pelo Decreto-lei n. 22.627, de 6.6.1933, que determinou o julgamento dos réus ausentes não notificados para julgamento em processo de polícia e de transgressões nos termos muito gravosos que a lei já previa para os réus evadidos. Censurando veementemente a opção legislativa, José Mourisca concluía que “o grande princípio do art. 418 está sofrendo demasiadas excepções”. Se o regime do código novo visava reprimir abusos, ele violava, no entanto, direitos elementares da defesa, como era o caso do preceito do artigo 573, § 2, e o do artigo 565, § 1, na redacção do referido Decreto-lei n. 22.627, que prescindiam da presença do réu mesmo que ele tivesse justa causa para estar ausente da audiência ou não tivesse sido notificado por culpa de outrem (José Mourisca, 1934: 186, 187 e 205). Ultrapassando uma anterior posição crítica da aplicação deste processo a “questões de pouca importância como as que se julgam em polícia correccional” (Eduardo Correia, 1947: 44), Eduardo Correia veio a considerar mais tarde que a previsão desta forma de processo se justificava, constituindo um “processo complementar” das restantes formas de processo (Eduardo Correia, 1956: 125 e 126).

processo, com excepção da de processo sumário e dos processos em que o réu se tivesse evadido.¹¹⁷² No segundo julgamento do réu que tivesse sido julgado à revelia, valiam as provas produzidas no primeiro julgamento e somente eram produzidas as que fossem oferecidas de novo.¹¹⁷³

A sentença condenatória não transitada proferida à revelia podia ser executada quanto a multa, imposto de justiça e indemnização, que eram restituídos ao réu se viesse a ser absolvido.¹¹⁷⁴

O novo processo por difamação, calúnia e injúria apresentava a particularidade de à acusação do Ministério Público ou do acusador particular se seguir logo a contestação, com o eventual pedido de prova da verdade das imputações.¹¹⁷⁵ O despacho que apreciava este pedido e designava data para julgamento era susceptível de recurso, que tinha efeito suspensivo. No julgamento observavam-se os termos previstos para o processo de polícia correcional.¹¹⁷⁶

O processo por infracções cometidas por magistrados judiciais e do Ministério Público no exercício das suas funções e fora deles era regulamentado em termos em

¹¹⁷² O Ministério Público não podia recorrer da sentença que tivesse condenado o réu ausente sem este ter sido notificado, mesmo que lhe tivesse sido imposta uma pena maior (José Mourisca, 1934: 292). A prática assentou posteriormente na subida do recurso do Ministério Público apenas no caso de o réu ter requerido novo julgamento ou, não tendo o réu requerido novo julgamento, com a subida do recurso do réu ou findo o prazo que o réu tinha para recorrer, não devendo o Tribunal da Relação conhecer de recurso interposto pelo Ministério Público que tivesse subido antes (Soares Carneiro, 1949: 31, mas contra Cavaleiro de Ferreira, 1965: 144). Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues (1986: 541) consideravam que o sistema de recurso criado nesta forma de processo preservava “na mais ampla medida” (*dans la plus large mesure*) os direitos de defesa do ausente, mas que podia conduzir a violações irreparáveis do princípio da imediação.

¹¹⁷³ Criticando esta disposição, José Mourisca (1934: 211) entendia ser “lógico” que se procedesse à repetição da produção da prova para salvaguarda efectiva do contraditório, sendo as testemunhas instadas pelo advogado constituído pelo réu, “o que não é indiferente”. O autor propunha que, ao abrigo da segunda parte do artigo 576, se chamassem sempre as testemunhas já ouvidas.

¹¹⁷⁴ Muito crítico desta disposição, José Mourisca (1934: 215 e 216) advogava mesmo a obrigação de o Estado suportar a restituição da indemnização ao réu ausente posteriormente absolvido quando o indemnizado tivesse entretanto ficado insolvente: “entregar ao ofendido a indemnização sem a sentença transitar e sem garantia da restituição, não está certo”. Também Luís Osório (1934: 95) punha reservas à doutrina subjacente ao disposto na lei.

¹¹⁷⁵ O assento do Supremo Tribunal de Justiça de 17.5.1950 veio fixar a doutrina, segundo a qual o despacho equivalente ao da pronúncia nesta forma de processo era o despacho judicial que ordenava a notificação do réu para contestar, pois nele se encontrava o elemento característico da pronúncia, isto é, o recebimento judicial da acusação (concordando, Adriano Moreira, 1952: 53 e 54). Contudo, uma nova intervenção do Supremo foi necessária quatro anos depois para esclarecer desta feita a natureza do despacho judicial que designava data para julgamento. Neste segundo assento, com data de 30.6.1954, o Supremo Tribunal de Justiça considerou não aplicável a esta forma de processo o disposto no artigo 397 do CPP. A doutrina do primeiro assento caducou, como concluíram Eduardo Correia e Furtado dos Santos (1959: 360), em face do Decreto-Lei n. 41.075, de 17.4.1957, que, aliás, consagrou expressamente a doutrina do segundo assento.

tudo semelhantes aos previstos no direito anterior, mantendo-se o regime clássico de uma verdadeira instrução contraditória muito favorável ao réu julgado por infracções cometidas no exercício das funções. Por outro lado, a versão do código de 1928 previa o registo da prova no Tribunal da Relação e a faculdade de o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça abranger a matéria de facto, mas esta inovação não vingou, tendo o código de 1929 seguido, também aqui, o regime clássico de julgamento das infracções cometidas por juízes de direito.

A organização judiciária e o processo previstos no CPP foram complementados por vários diplomas que aprovaram a criação de novas formas processuais e até de novos tribunais com competência criminal.

A concessão de poderes jurisdicionais a órgãos policiais ou a órgãos administrativos e a consequente sobreposição de competências entre estes órgãos e alguns tribunais com competência criminal que tinham sido criados pelo legislador republicano constituíram a oportunidade para o novo poder político proceder a uma crescente policialização e administrativização do processo penal e, simultaneamente, à abolição gradual destes tribunais.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁶ O assento de 7.12.1943 consagrou a doutrina da irrecorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões do Tribunal da Relação proferidas nesta forma de processo.

¹¹⁷⁷ A reforma das polícias foi uma das primeiras preocupações do novo regime político. O Decreto n. 11.727, de 15.6.1926, suprimiu a Polícia de Segurança do Estado, sendo a sua competência atribuída à própria Polícia de Investigação Criminal. Ainda em Dezembro desse mesmo ano foi criada a Polícia Especial de Informações, em Lisboa, e em Março do ano seguinte no Porto, subordinadas aos respectivos governadores civis e “com as atribuições que pelo governo lhe forem cometidas” (artigo 1 dos Decretos ns. 12.972, de 5.1.1927, e n. 13.342, de 26.3.1927). O director de cada um destes organismos estava subordinado ao governador civil da respectiva cidade. Simultaneamente, a Polícia de Investigação Criminal passou para a dependência do Ministério da Justiça (Decreto de 14.567, de 5.2.1927). Decorrido um ano de experiência de direcções separadas, o governo determinou a unificação das Polícias de Informações de Lisboa e do Porto, através do Decreto n. 15.195, de 17.3.1928, que subordinou a nova polícia directamente ao ministro do interior e alargou o âmbito da sua competência à “repressão dos crimes sociais e a coadjuvação nos assuntos policiais de carácter político internacional” (artigo 3) em todo o território continental, valendo os autos por si formados como corpo de delito. A Polícia de Informações foi extinta pelo Decreto n. 20.003, de 3.6.1931, que no respectivo preâmbulo dava conta dos “protestos” gerados pelo seu modo de actuação, transferindo-se a sua competência para a Polícia de Segurança Pública. A concentração da função repressiva da criminalidade política em um corpo policial não especializado não era satisfatória, sendo completada pela actividade fiscalizadora e de vigilância das fronteiras terrestres da Polícia Internacional (Decretos n. 15.825, de 31.7.1928, e n. 15.884, de 24.8.1928), que funcionava junto da Polícia de Informações. Por falta de meios a Polícia Internacional foi integrada na Polícia de Investigação Criminal e, portanto, submetida ao ministro da justiça, pelo Decreto n. 18.849, de 13.9.1930, mas regressou à tutela do ministério do interior, pelo Decreto n. 20.125, de 30.7.1931, com competência para vigiar a circulação de cidadãos nacionais e estrangeiros nas fronteiras e reprimir o comunismo, “designadamente no que toca às ligações entre elementos portugueses e agitadores estrangeiros” (artigo 1, ponto 9, do Decreto n. 20.125). A polícia possuía amplos poderes instrutórios para o efeito, “reconhecendo-lhe mais uma vez aquela liberdade de acção que é indispensável aos seus objectivos e aos métodos próprios da sua investigação”, como se afirma no preâmbulo do diploma. Por

Assim, o primeiro passo neste sentido foi dado pela publicação do Decreto n. 12.469, de 12.10.1926. “Ponderando que o aumento assustador dos crimes de vadiagem e dos de comércio e uso de estupefacientes impõe a aplicação de sanções severas e imediatas”, o legislador conferiu aos directores e adjuntos da Polícia de Investigação Criminal competência, não só para investigar e decidir da acusação ou do arquivamento de quaisquer crimes comuns públicos e particulares em concorrência com os tribunais,¹¹⁷⁸ mas também para julgar em processo sumário os crimes de vadiagem previstos na Lei de 20.7.1912 e de comércio ilícito e uso de estupefacientes previstos no Decreto n. 12.210, de 24.8.1926, cometidos nas cidades onde tivessem sede aquelas autoridades, tendo esta competência sido logo alargada pelo Decreto n. 17.640, de 22.11.1929, aos indivíduos presos em flagrante delito nas cidades de Lisboa, Porto e Coimbra pela prática dos crimes de desobediência à polícia, tirada de presos, ofensas corporais que produzissem até cinco dias de incapacidade para o trabalho, injúrias em local público, ofensas à moral pública, ultraje ao pudor, detenção e comercialização de publicações pornográficas, ameaças, embriaguez em local público, uso de nome, uniforme ou insígnia falsos e extorsão por bruxaria e práticas semelhantes, bem como aos incursos na prática dos crimes de vadiagem, mendicidade, devassidão, exploração

mero ofício do ministro do interior de 2.5.1936, dirigido ao director da Polícia Internacional (Maria Conceição Ribeiro, 1995: 62), foi criada uma “secção de vigilância política e social” da Polícia Internacional, que concentrou todas as funções de prevenção e repressão de crimes políticos e absorveu a secção de informações da Polícia de Segurança Pública. A Polícia de Defesa Política e Social, que sucedeu a esta secção, foi criada pelo Decreto n. 22.151, de 23.1.1933, com a função de “prevenir e evitar os crimes de natureza política e social”, subordinada ao ministro do interior e com poderes instrutórios amplos. Em Agosto de 1933 foi determinada a fusão da Polícia Internacional Portuguesa e da Polícia de Defesa Política e Social, com a designação de Polícia de Vigilância e Defesa do Estado (PVDE), tendo uma “secção de defesa política e social”, com competência para prevenir e reprimir os “crimes de natureza política e social”, e uma “secção internacional”, com competência para vigiar as fronteiras terrestre e marítima (Decreto-Lei n. 22.992, de 29.8.1933). Esta polícia, que se encontrava sob a dependência hierárquica do ministro do interior, tinha poderes instrutórios amplos e poderes de controlo de estabelecimentos prisionais (Decreto-lei n. 24.112, de 29.6.1934). Não obstante “certas brutalidades perfeitamente escusadas” da PVDE, que eram objecto de crítica até no seio do poder (Comissão, 1990: 208), só em 1945 esta situação seria modificada. Maria da Conceição Ribeiro (1995: 209) labora em equívoco quando afirma que esta polícia tinha um poder novo em relação às polícias da primeira República, o de determinar “a prisão sem julgamento e até sem culpa formada” (1995: 216).

¹¹⁷⁸ A competência concorrente dos tribunais e da polícia de instrução criminal não legitima a conclusão de Damião da Cunha (1993: 44), de que o juiz, a quem competia a tarefa investigatória, ficou deste modo “esbulhado desses poderes”. Aliás, a doutrina coeva salientava claramente que a atribuição à Polícia de Investigação criminal de poderes de instrução não correspondia à concessão da instrução judiciária à polícia, pois a polícia remetia os autos a juízo quando entendesse haver elementos de prova bastante e o juiz podia proceder a diligências instrutórias mesmo quando houvesse auto policial com fé em juízo, competindo-lhe encerrar definitivamente a instrução e proceder à instrução contraditória. Por isso, era “inadmissível que a polícia de investigação ou a autoridade administrativa faça, por exemplo, uma

de mendigos e prostitutas e violação de ordem de expulsão cometidos nos concelhos de Lisboa, Porto e Coimbra e dos crimes de comércio ilícito e uso de estupefacientes cometidos nos distritos administrativos de Lisboa, Porto e Coimbra, e ainda dos crimes de jogos de azar e fortuna previstos no Decreto n. 16.416, de 4.2.1929.¹¹⁷⁹

O julgamento dos crimes cuja perseguição era restrita às cidades de Lisboa, Porto e Coimbra era sumaríssimo e realizava-se no dia da captura ou no dia útil seguinte, sendo os crimes puníveis com pena de multa até 5.000\$00, convertível em prisão até ao limite máximo de seis meses. As decisões condenatórias admitiam apenas recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento em incompetência, dependendo a subida do pagamento imediato da multa em que o recorrente tivesse sido condenado e em quarenta e oito horas de uma quantia adicional de 200\$00.¹¹⁸⁰

O julgamento dos crimes cometidos nos concelhos ou nos distritos administrativos de Lisboa, Porto e Coimbra e ainda do crime de jogos de azar e fortuna era sumário e processava-se dentro de oito dias a contar da prisão, podendo este prazo

investigação respeitante a um processo crime já pendente em juízo e que não foi solicitada ou consentida pelo juiz do processo” (Beleza dos Santos, 1936 b: 210).

¹¹⁷⁹ Simultaneamente, o legislador determinou que os lugares de director, sub-director e adjunto da Polícia de Investigação fossem providos exclusivamente em juizes de direito, nomeados em comissão de serviço por três anos e “com garantia de inamovibilidade” (artigo 5 do Decreto-lei n. 20.108, de 27.7.1931). Três anos depois o legislador recuou nesta exigência, autorizando a nomeação como adjuntos de advogados ou diplomados em direito “de reconhecida competência”, desempenhando os adjuntos as funções jurisdicionais apenas na falta ou no impedimento dos juizes de direito (artigo 29 do Decreto-Lei n. 24.090, de 29.6.1934). Por força da sua ampla competência jurisdicional e do estatuto dos seus funcionários superiores, Paulo Cunha qualificava a Polícia de Investigação Criminal como um “verdadeiro tribunal”, “podendo assim dizer-se que desde que a polícia actua temos já uma verdadeira relação processual penal” (Paulo Cunha, 1937: 96). Também Barbosa de Magalhães considerava os serviços desta polícia como “tribunais, embora directamente subordinados ao Ministro da Justiça”, podendo ser considerados, em função do estatuto dos seus funcionários superiores, “ao mesmo tempo, tribunais ordinários e especiais” (Barbosa de Magalhães, 1940 a: 373 e 374). A critica radical deste “novo tribunal” foi feita por Herlandér Ribeiro, que censurou especialmente a “latitude perigosa da jurisdição” da polícia (1929: 5), a violação do principio da acusação (“Quem investiga tem a paixão nata de ter descoberto a verdade, embora, partindo de princípios errados, defenda a sua investigação com boa-fé e sinceridade. Quem prende verá com mágua doentia, mas meridional, que o que prendeu, seja por outro julgado inocente: há a obstinação de não errar. Há a teimosia do facto consumado, que oblitera o equilibrio da razão justa. O julgamento de todo o delito deve ser feito por quem possa estar liberto da paixão e manter – por princípio – liberto o criterio de apreciar as provas.”), Herlandér Ribeiro, 1929: 18) e o sistema de recursos ineficaz, concluindo que “um Código de Processo Penal, e mau ou bom, temos um recente, é o termometro fiel da civilização de um povo: o decreto n. 17.640, visto sem paixão, dá-nos a impressão, que vivemos infelizmente, muito abaixo do zero!” (Herlandér Ribeiro, 1929: 6).

¹¹⁸⁰ A doutrina censurou o recurso “platónico” previsto para as decisões da polícia (“E apertando o direito de recorrer, que deve pelos principios da nossa legislação de ampliar e não restringir, tambem o decreto cria o sistema do quero, posso e mando, que não é compatível com a época em que vivemos, seja ou não normal”, Herlandér Ribeiro, 1929: 5 e 18) e, apontando mesmo o dedo à desconformidade desta norma com a previsão constitucional da existência de duas instâncias, José Mourisca perguntava: “Os julgamentos pela polícia estarão menos sujeitos a erros que os proferidos pelas justiças ordinárias ?” e respondia “parece que sim” (José Mourisca, 1931: 59).

ser prorrogado por igual período. As decisões condenatórias admitiam, no caso dos crimes previstos na Lei de 20.7.1912, apenas o referido recurso directo e com fundamento em incompetência para o Supremo Tribunal de Justiça, aguardando sempre o arguido preso a decisão final, e, no caso dos crimes previstos nos Decretos n. 12.210 e 16.416, além daquele recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça, o recurso para o Tribunal da Relação, restrito ao quantitativo da pena e ao prazo da prisão, que podia ser seguido de recurso para o Supremo, fundado em incompetência. O recorrente condenado pela prática de um dos crimes previstos nos Decretos n. 12.210 e 16.416 podia, no entanto, aguardar a decisão final do recurso em liberdade, prestando caução.

A polícia era deste modo alçada a uma instância jurisdicional comum para praticamente todos os detidos em flagrante pela prática de crimes puníveis com pena até seis meses de prisão,¹¹⁸¹ em que não havia representante do Ministério Público,¹¹⁸² não era admissível a instrução contraditória¹¹⁸³ e o direito de recurso era fortemente restringido.

A outra área eleita pelo legislador para uma intervenção inovadora no sentido da administrativização do processo penal foi a da criminalidade contra a saúde pública.

O Decreto-Lei n. 17.721, de 6.12.1929, determinou, em face da frequência crescente dos crimes de falsificação dos géneros alimentícios, a adopção de um conjunto de medidas que, “com pronta energia e salutar eficácia, ponham termo a uma situação perigosa para a saúde do povo e humilhante para a dignidade nacional”. Entre estas medidas previa-se o cometimento da fiscalização policial dos produtos agrícolas à intendência geral da segurança pública, tendo esta autoridade competência para punir com pena de multa os autuados pelos crimes de corrupção e falsificação de alimentos, com base em uma análise dos produtos apreendidos. Ao autuado era apenas garantido o direito de requerer segunda análise.

As decisões de condenação proferidas pela intendência eram recorríveis para um tribunal colectivo, com sede em Lisboa, constituído por três juízes, de livre

¹¹⁸¹ A letra da lei era ainda alargada pelo entendimento da polícia de que flagrante delito era todo o “acto cometido publicamente” (Herlandér Ribeiro, 1929: 25).

¹¹⁸² Com ironia comentava Herlandér Ribeiro que “não sabemos se o critério policial permite nomear um agente para delegado: se assim fôr, o quadro fica edificante !” (Herlandér Ribeiro, 1929: 26).

¹¹⁸³ Também esta limitação mereceu a crítica do comentador da lei nova (“As penas graves, quando aplicadas pelos Tribunais regulares, não intranquilisam a sociedade, mas, dando-se a faculdade de as aplicar num tribunal especial sem garantias de discussão, sem possibilidade de recorrer à instrução

nomeação do ministro da justiça. No tribunal de recurso o autuado podia apresentar até três testemunhas em sua defesa e o tribunal decidia em última instância.¹¹⁸⁴

Em face da natureza transitória destas disposições, reconhecida pelo próprio legislador, e da sistemática interposição de recursos, o Decreto n. 18.640, de 19.7.1930, instituiu junto da intendência geral de segurança pública a inspecção geral dos serviços de fiscalização de géneros alimentícios e atribuiu-lhe apenas competência para investigar os crimes de fabrico, expedição e venda de produtos alterados, falsificados ou corruptos destinados à alimentação humana.

O diploma criou um processo especial para julgamento destes crimes, cabendo ao pessoal da inspecção as investigações preliminares e ao intendente geral de segurança pública a prolação de despacho de indicição, a que o réu podia opor a sua contestação. Os réus eram julgados, mesmo na sua ausência, por um tribunal colectivo, composto por dois militares, presidindo um deles, e por um juiz auditor, sendo o juiz nomeado de entre os juizes de direito de primeira classe pelo ministro da justiça e os militares pelo ministro do interior. No tribunal não havia nem promotor nem defensor officioso. As decisões do tribunal só eram recorríveis quando a multa aplicada fosse superior a 50.000\$00, sendo o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça “nos termos gerais do processo” (artigo 12, § 5).

O Decreto-Lei n. 20.282, de 5.9.1931, alterou a composição do tribunal de julgamento e os termos do processo. O Tribunal Colectivo de Géneros Alimentícios era composto pelo intendente geral de segurança pública, que presidia, por um oficial superior do exército ou da marinha e por um juiz de direito auditor, sendo o oficial

contraditória (nova publicação § 3 do art. 34), todo o cidadão tem o dever de protestar”, Herlandério Ribeiro, 1929: 31).

¹¹⁸⁴ Já anteriormente, o legislador monárquico tinha ensaiado a introdução de algumas especialidades no combate a esta criminalidade. Embora devesse ser observada a forma de processo aplicável à infracção nos termos da lei, foram estabelecidas algumas especialidades para o julgamento dos crimes de alteração ou falsificação de produto agrícola alimentar logo nos Decretos de 22.7.1905 e de 3.11.1905, que previam o recurso obrigatório do despacho judicial de improcedência do corpo de delito e da sentença absolutória, salvo se neste caso o responsável pela infracção fosse descoberto na audiência de julgamento e o processo seguisse contra ele. Mais tarde, em face da frequente falsificação da manteiga com adição de água e até de substâncias nocivas, o Decreto n. 11.228, de 7.11.1925, determinou o julgamento dos processos relativos à falsificação de produtos alimentares instaurados pelo Ministério da Agricultura de acordo com as disposições daqueles Decretos de 22.7.1905 e de 3.11.1905, tendo o Decreto n. 11.305, de 30.11.1925, atribuído a competência para a realização do julgamento destes processos em Lisboa e no Porto ao director da polícia de investigação criminal e aos seus adjuntos e nas restantes comarcas ao juiz de direito. Contudo, quatro meses depois, o legislador arrepiou caminho e o Decreto n. 11.521, de 22.3.1926, revogou o diploma de Novembro último. Coube ao legislador da ditadura militar a criação do tribunal especial para julgar este tipo de criminalidade.

nomeado pelo ministro do interior e o juiz pelo ministro da justiça de entre os juizes de direito de qualquer classe.

A instrução do processo cabia ao inspector geral, indo a final os autos ao Ministério Público para deduzir acusação ou promover o que tivesse por conveniente. Sendo deduzida a acusação, ela era notificada ao réu e tinha “efeito de sentença condenatória”, se o réu a não contestasse (artigo 42, § único).¹¹⁸⁵ Contestando o réu, seguia-se o julgamento definitivo pelo tribunal colectivo. As decisões do tribunal só admitiam recurso para o Tribunal da Relação quando a multa aplicada fosse superior a 50.000\$00, conhecendo o tribunal superior apenas de direito, nos termos do artigo 665 do CPP.

“Tendo principalmente em vista ampliar as garantias da defesa dos acusados”, o Decreto-Lei n. 21.306, de 2.6.1932, modificou a composição do tribunal, atribuindo a sua presidência a um juiz de direito de primeira classe e dando-lhe dois assessores, um official superior do exército ou da armada e um adjunto da direcção geral da segurança pública. Por outro lado, o recurso das decisões finais do tribunal seria interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça, restrito a matéria de direito e admissível apenas quando a multa, excluídos os adicionais, fosse superior a 6.000\$00.¹¹⁸⁶

O Decreto-Lei n. 27.485, de 15.1.1937, fixou definitivamente a composição do tribunal com o comandante geral da Polícia de Segurança Pública, um official superior do exército ou da armada, nomeado pelo ministro do interior, e um juiz de direito, nomeado pelo ministro da justiça de entre os juizes de qualquer classe, e conferiu a este juiz não só a presidência do julgamento como a direcção da instrução do processo. O tribunal funcionaria junto do comando geral da PSP.¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁵ A contestação devia ser apresentada no prazo de cinco dias a contar da notificação do indiciado, independentemente do local onde este vivesse, pelo que se tornava um prazo “deficientissimo” para os arguidos da província, que “ou têm de escolher advogado de lá que entregará a contestação sem ver o processo, ou advogado de Lisboa que muitas vezes tem de se cingir unicamente aos elementos do processo sem poder invocar a defesa alegada pelo arguido porque não tem tempo de trocar correspondência” (Abel dos Santos, 1938: 15 e 16). Esta era “a mais revoltante aberração consentida aos princípios básicos do processo penal” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 b: 100 e 148), pois a decisão condenatória resultava de uma condenação de preceito baseada na instrução e da falta de defesa do arguido, fosse ela voluntária ou involuntária.

¹¹⁸⁶ Mesmo depois desta modificação da alçada do tribunal colectivo, a matéria de recursos era “a que mais justos e ruidosos clamores tem provocado”, sendo considerada a importância de 10.810\$00, que correspondia ao da multa com os adicionais e imposto de justiça, como “excessivamente elevada para se não poder recorrer dela” (Abel dos Santos, 1938: 17).

¹¹⁸⁷ Não obstante considerar a legislação que criou este tribunal como uma “verdadeira anomalia para

Deste modo, a criminalidade contra a saúde pública foi submetida a um tribunal cujos membros estavam na dependência directa do poder político e a um processo que desrespeitava frontalmente o princípio da acusação, admitia uma condenação de preceito e limitava gravemente a garantia do recurso.

Em consequência destas iniciativas legislativas verificou-se um decréscimo contínuo do número de transgressões julgadas em Lisboa, o que levou o legislador em Junho de 1933 a decretar a extinção dos lugares privativos dos juizes auxiliares de investigação criminal e dos juizes das transgressões, tornando as funções dos juizes auxiliares inerentes às dos directores das polícias de investigação criminal de Lisboa e do Porto e seus adjuntos¹¹⁸⁸ e transferindo as competências dos juizes de transgressões para os tribunais comuns.¹¹⁸⁹ Deste modo, o processo de policialização da criminalidade urbana e de administrativização de certa criminalidade económica concluiu-se com a elevação dos serviços das polícias das grandes cidades do país a tribunais e a criação de um novo Tribunal Colectivo de Géneros Alimentícios, de composição mista administrativa, militar e judicial. Por outro lado, a extinção dos lugares dos juizes

com o nosso sistema judiciário”, fruto de “uma criação de circunstância” e cuja conservação constituía “uma simples questão de oportunidade” (Parecer n. 101/I sobre a ratificação do Decreto-Lei n. 27.485, in Diário da Câmara, 1937, p. 3), a Câmara Corporativa pronunciou-se no sentido da ratificação do Decreto-Lei n. 27.485 na generalidade, propondo, sem sucesso, que o tribunal passasse a funcionar junto do Ministério da Justiça e sob a disciplina do Conselho Superior Judiciário e que o juiz de direito voltasse a ser de primeira classe. A Câmara não se coibiu ainda de ressaltar a necessidade de uma ulterior reorganização do tribunal e revisão do processo com vista à aproximação das normas gerais, pois “convém não confundir energia com arbítrio”. Carlos Pinto Coelho (1938: 38 a 40) criticou vigorosamente a composição deste tribunal, considerando que “o predomínio que desta forma se deu ao elemento militar, demonstra que à organização deste chamado Tribunal não presidiu o critério da competência profissional para exercer a função de julgar”, concluindo mesmo no sentido da inconstitucionalidade superveniente das disposições que criaram este tribunal por incompatibilidade com a nova “estrutura jurídica do Estado” e por o Decreto-Lei n. 27.485 ter procedido à organização do tribunal de modo diverso da anterior à entrada em vigor da Constituição. Ao invés, Cavaleiro Ferreira (1955: 59) pronunciou-se pela compatibilidade do Tribunal de Géneros Alimentícios com a nova Constituição, invocando o argumento de que este tribunal tinha sido criado antes da entrada em vigor da Constituição. Só em 1957 vingaria parcialmente a sugestão da Câmara Corporativa.

¹¹⁸⁸ Não são, por isso, correctas as afirmações de António Barreiros (1981 a: 78) de que a extinção dos juizes auxiliares “já resultava do Decreto n. 11.191, de 30 de Junho de 1926” e de que eles foram “cabalmente extintos pelo Decreto-lei n. 22.779”. O Estatuto Judiciário de 1944 manteve a inerência das funções de juiz auxiliar de investigação criminal de Lisboa e do Porto às dos directores e adjuntos das respectivas polícias de investigação criminal (artigos 16, § único e 59). Só em 1962, com a publicação do novo Estatuto Judiciário, foram definitivamente extintos os juizes auxiliares de investigação criminal de Lisboa e do Porto e transferidas as suas competências para a Polícia Judiciária (artigo 759).

¹¹⁸⁹ Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho (1937: XXIX) criticou veementemente a extinção dos Tribunais das Transgressões pelo Decreto-lei n. 22.779, de 29.6.1933 e o regresso do julgamento destas infracções à competência dos juizes criminais, como ocorria até 1914, quer por ter sido bem sucedida a especialização jurisdicional no tratamento deste tipo de infracções, quer por razões de manifesta inoperacionalidade dos juizes criminais para este fim. O tempo viria a dar razão ao crítico, pois em 1945

auxiliares de investigação criminal, também criados pelo legislador republicano, constituiu uma decorrência lógica da medida já adoptada de abolição dos juizes de investigação criminal.

Tomadas as iniciativas referidas no âmbito da criminalidade urbana e económica, o legislador consagrou posteriormente a sua atenção ao problema da criação dos julgados municipais. Tendo sido extintos pelo Estatuto de 1926 e recuperados pelo Estatuto do ano seguinte, os julgados municipais aguardavam desde então a regulamentação, o que veio a ocorrer quatro anos depois através da publicação do Decreto n. 19.578, de 11.4.1931.

Este diploma criou julgados municipais em todas as sedes das comarcas extintas pelo Decreto n. 13.917, exercendo funções de juiz municipal o conservador do registo predial ou o do registo civil ou, quando o ministro da justiça o julgasse necessário, um diplomado em direito. Este magistrado exercia na área do concelho as mesmas funções judiciais que a lei previa para o juiz de direito, com a excepção dos feitos cíveis e comerciais de valor excedente a 5.000\$00, dos processos correccionais e dos processos criminais da competência dos tribunais colectivos, cabendo-lhe ainda nestes processos a feitura do corpo de delicto e a prolação da pronúncia provisória. Das decisões proferidas em processo crime pelo juiz municipal cabia recurso para a Relação.

Se o elevado grau de formação académica exigido para a nomeação destes magistrados já tornava impossível a nomeação em alguns municípios, a conformação muito ampla da competência do juiz municipal, que o alcandorava verdadeiramente ao nível de uma magistratura paralela à judicial, opunha-se ao sentido da evolução legislativa dos últimos sessenta anos e dificilmente poderia subsistir. O novo diploma vigorou dois meses, tendo sido revogado pelo Decreto n. 19.900, de 18.6.1931.

Neste segundo diploma, mantinham-se as disposições relativas à criação de julgados municipais e ao exercício de funções de juiz municipal pelo conservador do registo predial ou do registo civil e por diplomados em direito, mas previa-se também a nomeação interina de indivíduos que tivessem “suficientes habilitações e a indispensável idoneidade” (artigo 16).¹¹⁹⁰ Por outro lado, a competência do juiz

foram criados os Tribunais de Policia nas comarcas de Lisboa e do Porto com competência para o julgamento das transgressões.

¹¹⁹⁰ O legislador visava com o provimento do conservador do registo predial ou do oficial do registo civil nestes cargos três objectivos: garantir a preparação técnica e a idoneidade moral dos juizes, assegurar-lhes a sustentação e subordiná-los ao Conselho Superior Judiciário. O insucesso desta tentativa de resolução

municipal sofreu uma forte diminuição, sobretudo em matéria cível, tendo também sido restringida a sua competência instrutória nos processos julgados pelo juiz de direito e pelo tribunal colectivo aos actos anteriores à queixa ou à querela provisória, que devia ser dada já no tribunal de comarca.¹¹⁹¹

Por último, também a relação de equilíbrio entre os tribunais de primeira instância e os de segunda instância no âmbito do processo comum, consagrada pelo legislador do código, sofreu uma significativa alteração, com a aprovação de duas modificações legislativas fundamentais pelo Decreto-Lei n. 20.147, de 1.8.1931.

Com vista a pôr cobro ao modo muito deficiente como os tribunais colectivos decidiam sobre a matéria de facto, iludindo a obrigação da conhecer sobre todos os factos alegados pela acusação e pela defesa, o legislador determinou a elaboração obrigatória de quesitos no julgamento por tribunal colectivo.¹¹⁹²

Por outro lado, os excessos cometidos logo nos primeiros tempos de actividade do tribunal colectivo justificaram a limitação da discricionariedade deste tribunal na apreciação da matéria de facto, tendo o legislador consagrado a sindicância da decisão sobre os factos nos recursos interpostos nos processos julgados pelo tribunal colectivo ou pelo tribunal de júri com base nos documentos, nas respostas aos quesitos e em “quaisquer outros elementos constantes dos autos”.¹¹⁹³

A desconformidade entre a nova faculdade do tribunal de recurso e os meios da lei vigente para a sua concretização foi logo criticada pela doutrina. “Mas se não ficaram reduzidos a escrito os depoimentos das testemunhas no plenário”, perguntava

da questão da idoneidade dos juizes municipais foi amplamente reconhecido (Parecer n. 29/I sobre o projecto de lei n. 42, da Câmara Corporativa, Diário da Câmara, 1935, pp. 3 e 4).

¹¹⁹¹ José Mourisca, 1931: 197, e Luís Osório, 1932 a: 379. Assim, os juizes municipais tinham competência para praticar actos de instrução em todos os processos até à prolação da acusação provisória, o que constituía uma revogação tácita do disposto no artigo 172 do CPP (José Mourisca, 1932: 179, e Luís Osório, 1932 a: 378). A instrução contraditória nos processos cujo julgamento coubesse ao juiz de direito era feita por este se já tivesse sido deduzida a queixa ou a querela, mas no caso contrário a instrução contraditória era feita pelo juiz municipal, pelo que este magistrado podia arquivar processos cujo julgamento pertencia ao juiz de direito (Luís Osório, 1932 a: 379).

¹¹⁹² Joaquim Sá Carneiro, 1929: 178 e 79, Bessone d' Abreu e Eurico Simões, 1930: 845, e José Mourisca, 1934: 82. A praxe continuou, contudo, a ser muito deficiente, ainda que por outras razões. A quesitação dos elementos constitutivos do crime consistia muitas vezes na reprodução das respectivas disposições legais e a jurisprudência dispensava mesmo a quesitação da culpa, presumindo-se o elemento subjectivo da infracção, salvo prova em contrário a cargo do réu (Simões de Oliveira, 1953: 302 a 305, e Campos Costa, 1956 a: 126, 129 e 131).

¹¹⁹³ Uma terceira, mas menos significativa medida adoptada pelo legislador foi a do esclarecimento de que a Relação conheceria de facto e de direito no recurso interposto das sentenças absolutórias em processo de ausentes. O esclarecimento visou obstar à jurisprudência restritiva que se formou logo no

José Mourisca, “como há-de a Relação modificar a decisão do colectivo ? Dar uma faculdade e não conceder os meios para a poder exercer, o mesmo é que não a dar”.¹¹⁹⁴

Por isso, alguma doutrina ainda pretendeu que a modificação legislativa importava concomitantemente a obrigatoriedade do registo da prova, mas esta tese não teve qualquer acolhimento no foro.¹¹⁹⁵

Ao invés, Luís Osório pronunciou-se abertamente pela revogação deste diploma e em favor do primitivo sistema de não sindicância do julgamento da matéria de facto. Os juízes da Relação só tinham ao seu dispor os depoimentos tirados do corpo de delito e não os produzidos na audiência de julgamento e “quando os juízes de primeira instância se não devem apoiar nesses depoimentos para julgar, mas unicamente no que for dito na audiência de julgamento, menos os juízes da Relação se podem fundar nos depoimentos aí existentes que não passaram pelo crivo do contraditório, e que foram talvez modificados ou esclarecidos na audiência de julgamento”.¹¹⁹⁶

A jurisprudência iria, por seu turno, firmar no famoso caso *Lory* um entendimento muito restritivo dos termos em que o problema tinha sido colocado e resolvido pelo legislador. O caso que gerou a fixação de assento foi este:¹¹⁹⁷ no Tribunal da Boa Hora julgou-se um réu acusado da prática do crime de estupro. O réu foi absolvido, por se ter dado como não provado o elemento da sedução, julgando o tribunal prejudicados os restantes quesitos. O Tribunal da Relação deu, contudo, como provada a sedução e anulou o julgamento, por falta de resposta aos restantes quesitos, tendo a decisão sido confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

No novo julgamento o tribunal colectivo chegou ao mesmíssimo resultado do primeiro julgamento. Interposto recurso, o Tribunal da Relação, desta feita, não só julgou como provada a sedução, como respondeu aos restantes quesitos com base nos elementos de prova juntos aos autos.

O Supremo Tribunal de Justiça confirmou uma primeira vez o acórdão da Relação, mas em pleno fixou jurisprudência, pelo assento de 29.6.1934, no sentido de que estava vedado ao Tribunal da Relação conhecer dos elementos de prova dos autos

início da vigência do código no sentido de só se admitir recurso de direito da sentença absolutória (José Mourisca, 1934: 212).

¹¹⁹⁴ José Mourisca, 1934: 96 e 310.

¹¹⁹⁵ Bessone d' Abreu e Simões Serra, 1930: 837 e 846.

¹¹⁹⁶ Luís Osório, 1932 a: 400, 1933 b: 320 e 321, e 1934: 375.

¹¹⁹⁷ O caso está relatado em José Mourisca (1934: 101), embora na data deste relato ainda não tivesse visto o seu fim.

que pudessem ter sido diferentemente valorados pelo tribunal colectivo na audiência de julgamento e, revogando o acórdão da Relação, absolveu o réu.

A doutrina do Supremo Tribunal de Justiça era a de que “sem a defesa escrita dos réus em audiência ou sem documentação superveniente, ou mesmo existente no processo, que destrua formalmente as decisões dos tribunais colectivos não podem as Relações modificá-las”, pois “absurdo e deshumano seria julgar um réu sem ouvir a sua defesa, postergando os mais elementares princípios de direito de que ninguém poder ser condenado sem ser ouvido”.¹¹⁹⁸

O assento do Supremo Tribunal de Justiça transformou, em termos práticos, o Tribunal da Relação em um tribunal de revista.¹¹⁹⁹ A doutrina do assento constituía um retrocesso efectivo à situação vigente antes do decreto de 1931 e, portanto, uma aproximação à versão inicial do código. Acresce que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça interpretou o assento em sentido ainda mais restritivo, admitindo apenas em dois casos a alteração dos factos pelos Tribunais de Relação: quando todos os elementos de prova que tivessem servido de base aos factos fixados na decisão da primeira instância tivessem sido registados nos autos, por exemplo, através da inquirição por deprecada de todas as testemunhas arroladas, ou quando se tratasse de factos que estivessem plenamente provados por documento autêntico.¹²⁰⁰ Esta interpretação assentava na premissa de que qualquer prova produzida perante o tribunal colectivo impedia a alteração dos factos fixados na decisão da primeira instância, uma vez que não havia registo da prova produzida diante do tribunal colectivo e esta prova podia ter sido decisiva para a formação da convicção do tribunal colectivo.

Esta evolução da lei e da jurisprudência nos anos subsequentes à publicação do código de 1929 é reveladora da natureza deste código como diploma de uma época de transição.

¹¹⁹⁸ RT, ano 52, 1934, p. 200.

¹¹⁹⁹ Cavaleiro de Ferreira, 1940: 284, Soares Carneiro, 1949: 27 e 67, e Santos Silveira (1970: 139). A duplicação inútil das instâncias de recurso foi também denunciada por Joaquim Gualberto de Sá Carneiro (“E não compreendo como, ao mesmo tempo que se fazem economias drásticas nos serviços de justiça, no nosso País existam nada menos de quatro tribunais de revista, sem falar nas Relações ultramarinas. De facto, além do Supremo Tribunal de Justiça, as nossas Relações só por grande excepção funcionam como tribunais de prova”, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, IV Legislatura, n. 88, de 13.2.1947, p. 544), Francisco Sá Carneiro (1973: 17), Roseira Figueiredo (“teòricamente, temos dois tribunais de instância e um de revista, na prática, o que existe é um único tribunal de instância e dois de revista”, 1972: 36) e Figueiredo Dias (o sistema de recursos era “bizarro, quando não mesmo absurdo, por dar como uma mão (possibilidade de recurso de facto) aquilo que tira com a outra (proibição de registo da produção oral da prova)”, 1974: 230, e 1983 a: 238 e 358).

Com efeito, quer no que toca à organização dos diferentes órgãos jurisdicionais com competência criminal, quer no que respeita ao equilíbrio recíproco dos tribunais de primeira e segunda instância, as opções realizadas em 1929 caracterizaram-se pela sua transitoriedade.

Apesar de os juízes de investigação criminal terem sido abolidos em 1926, o legislador manteve no código os juízes auxiliares de investigação criminal, que tinham sido criados em 1918 para acudir à sobrecarga de trabalho daqueles primeiros. Contudo, a manutenção dos juízes auxiliares em 1929, depois da recente abolição dos juízes de investigação auxiliados, constituiu uma decisão manifestamente transitória, tomada no âmbito de uma opção política de retorno ao sistema inquisitório, com a concentração das funções instrutória e judicativa no mesmo magistrado, que se veio a concretizar com a extinção dos lugares privativos de juízes auxiliares em 1933 e, por fim, com a extinção mesma dos juízes auxiliares em 1962.

A outra vertente desta opção pela concentração de poderes instrutórios no juiz de direito, constituída pela extinção dos julgados municipais, deparou, no entanto, com a reacção das populações. Também a este propósito, a omissão de qualquer regulamentação específica no código, não obstante a reintrodução dos julgados municipais ter sido decidida no ano de 1928, era reveladora da transitoriedade do sistema de organização judiciária nele consagrado, tendo os julgados municipais logo no ano de 1931 sido objecto de uma regulamentação autónoma muito restritiva.

Do mesmo modo, a manutenção dos juízes das transgressões pelo legislador do código constituiu uma decisão transitória, que não obistou à adopção nesse mesmo ano de 1929 de medidas de policialização da criminalidade urbana e de administrativização do processo relativo aos crimes de falsificação de géneros alimentícios, conduzindo ambas à extinção dos Tribunais das Transgressões em 1933.

Por sua vez, a forte restrição da competência do tribunal de júri, já decidida em 1927 e mantida pelo legislador do código, correspondia a uma opção política de eliminação de toda a participação popular na administração da justiça, que teria a sua consagração prática na transferência do conhecimento da quase totalidade dos crimes políticos para a jurisdição militar no ano de 1933, como se verá melhor adiante, e a sua consagração explícita e definitiva no Estatuto Judiciário de 1944, com a abolição do

¹²⁰⁰ Maia Gonçalves, 1978: 694.

tribunal de júri.

A mesma precaridade se verifica também no que respeita ao equilíbrio entre os tribunais de primeira e segunda instância. A confiança absoluta da decisão sobre a matéria de facto ao tribunal colectivo, consagrada no processo comum pelo Estatuto de 1927 e mantida pelo legislador do código, foi restringida logo em 1931, embora a jurisprudência tenha posteriormente interpretado esta inovação em termos quase tão apertados como os do diploma de 1927.

Se as opções, activas e por omissão, do legislador de 1929 relativas à organização dos diferentes órgãos jurisdicionais com competência para julgar se mostraram precárias, denunciando um propósito político de desmantelamento e transformação das instituições judiciais vigentes, sem, contudo, ter subjacente a implementação de um novo paradigma judiciário, ao invés, no tocante à estrutura das formas de processo, a regulamentação do código não só permaneceu fiel à história do processo penal português, como constituiu mesmo o seu desenvolvimento lógico.

Assim, a legislação sobre a liberdade de imprensa publicada desde 1898 foi a fonte remota e o Decreto n. 13.255, de 9.3.1927, a fonte próxima da nova regulamentação do processo ordinário. Tendo a Lei de 7.7.1898 abolido o libelo acusatório no processo para julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa, o decreto de 1927 consagrou pela primeira vez no processo ordinário a novidade, que o código retomou.

O Decreto n. 2, de 29.3.1890 foi a fonte directa da regulamentação dos processos correcional e sumário e a fonte da regulamentação do processo de transgressões foi a Lei n. 300, de 3.2.1915. Por fim, o velho decreto de 1847 foi a fonte da regulamentação do processo de ausentes e a ainda mais antiga Novíssima Reforma Judiciária de 1941 a fonte da regulamentação do processo para julgamento de crimes cometidos por magistrados judiciais e do Ministério Público.

A nova legislação, se manteve as formas de processo já conhecidas no período liberal do processo penal português,¹²⁰¹ procedeu também à sua revisão, simplificando o processo de querela, aproximando o processo correcional e o processo de polícia correcional e alargando o âmbito dos processos correcional, de transgressões e de

¹²⁰¹ A conclusão da doutrina relativamente ao carácter “predominantemente nacionalista” do código de 1929 é, pois, justificada. Beza dos Santos (1931 a: 21) mencionava a influência “longínqua” do Código do Processo Criminal italiano e do Código do Processo Penal brasileiro. Esta conclusão não deve,

ausentes.

A simplificação do processo de querela foi alcançada por via da abolição da acusação posterior à pronúncia. A aproximação do processo correcional e do processo de polícia correcional realizou-se através da consagração da faculdade de as partes renunciarem à interposição de recurso e da solenização da fase de acusação no processo de polícia, tendo esta forma de processo perdido de vez a sua natureza sumaríssima inicial.

O alargamento do âmbito dos processos correcional, de transgressões e de ausentes resultou da omissão de qualquer limite máximo para a pena de multa aplicável na forma de processo correcional, do tratamento processual indiferenciado das contravenções e das transgressões, independentemente da sua gravidade, e da generalização do processo de ausentes a todas as formas comuns de processo.

Não obstante este esforço reformador, a estrutura fundamental do processo consagrada no código não respeitava o princípio da acusação nem o princípio da imediação, mantendo-se e agravando-se até os vícios fundamentais da Novíssima Reforma, que o regime republicano tinha inicialmente tentado afastar.

O princípio da acusação era prejudicado pela atribuição da direcção da instrução ao juiz de julgamento e, no caso de preparação do processo pelo juiz de paz ou pelo juiz municipal, do controlo sobre a actividade destes magistrados ao juiz de julgamento. O juiz dispunha agora expressamente não só da faculdade de se opor ao requerimento de arquivamento dos autos do Ministério Público, mas também do poder de censura sobre a selecção e a qualificação dos factos realizada pelo Ministério Público na acusação. Nem a reduzida competência instrutória do juiz de paz nem a do juiz municipal, que era maior e preferia à daquele magistrado, obstavam ao domínio da instrução pelo juiz de direito, que sindicava a suficiência da investigação destes magistrados, reformava e completava oficiosamente os corpos de delito e proferia as pronúncias provisória e definitiva e os despachos equivalentes.

Aberta em um momento em que o réu já se encontrava acusado, a instrução contraditória colocava-o na posição particularmente difícil de ter de se opor a uma investigação preparatória concluída, revelando-se a audição do réu na instrução contraditória afinal como um meio de exposição prévia da sua defesa e de ainda maior

contudo, fazer olvidar as raízes, já expostas, do direito consagrado na Novíssima.

comprometimento do juiz da indiciação com o objecto do processo.

No julgamento com intervenção do tribunal colectivo ou com júri, o juiz não decidia sozinho, mas, tendo pronunciado o réu e conhecendo já a prova da defesa, tinha a possibilidade de no tribunal colectivo influir directamente na opinião dos outros membros do colectivo e de no tribunal de júri influir na opinião dos jurados, de forma menos directa, é certo, mas que se podia tornar decisiva, uma vez que os esclarecimentos eram prestados durante a discussão secreta e não podiam ser disputados pelas partes processuais.

Este prejuízo era agravado pelo aumento dos poderes de investigação e de conformação do objecto do processo do juiz, que podia alargar officiosamente o objecto do processo, pela inclusão das circunstâncias agravantes da reincidência e da sucessão de infracções, e agravar a qualificação jurídica do crime imputado ao arguido, com base nos mesmos factos da pronúncia ou do despacho equivalente. A faculdade mais ampla de consideração de factos novos que diminuíssem a responsabilidade do arguido constituía o reverso deste novo poder do juiz.

A realização do princípio da imediação sofria um golpe mais fundo do que no direito anterior, quer com a consagração de um regime mais amplo de leitura dos depoimentos das testemunhas prestados em fase prévia ao julgamento, quer com o alargamento da forma de processo de ausentes e a sua nova conformação.

Estes prejuízos graves na primeira instância não eram compensados nas instâncias de recurso. A limitação significativa do regime das nulidades e a restrição do objecto do recurso no Tribunal da Relação à questão de direito esvaziavam de conteúdo útil a nova regra do duplo grau de recurso inicialmente consagrada apenas para as formas de processo mais importantes. Pelo contrário, o âmbito subjectivo alargado do recurso, conjugado com a prática de interposição sistemática de recurso subordinado pelo Ministério Público desde 1937 e com a consagração em 1950 por via jurisprudencial da *reformatio in pejus*, colocavam o arguido em uma posição processual ainda mais frágil do que anteriormente a 1929. Só a previsão no código de 1929 da imputação de toda a prisão preventiva, incluindo o tempo de detenção para averiguações, na prisão correcional e o posterior reconhecimento da imputação de parte do tempo de prisão preventiva na pena maior e na de degredo atenuavam aquela fragilidade. Acresce que nos processos julgados pelo juiz singular, o registo da prova

produzida de forma contraditória na audiência de julgamento colocava o arguido em melhor posição, podendo efectivamente impugnar no tribunal de recurso o agravo que lhe tivesse sido feito pelo juiz da instância.

Tal como a lei processual penal, o estatuto da magistratura judicial e, em especial, a composição e a competência do Conselho Superior Judiciário registaram nos primeiros anos de consolidação do novo regime várias alterações significativas, caracterizadas pela sua transitoriedade.

A preponderância do governo sobre o poder judicial foi aumentando ao longo dos anos, podendo distinguir-se três fases no período que mediou entre a tomada do poder e o ano de 1945. A primeira consistiu na introdução logo em 1926 do sistema misto de nomeação e eleição dos membros do Conselho, com supremacia dos três elementos nomeados pelo ministro da justiça sobre os dois eleitos, que se manteve nos Estatutos Judiciários de 1927 e 1928.¹²⁰² A relação de forças entre os vogais do Conselho nomeados e os eleitos foi, no entanto, alterada com a aprovação do Decreto n. 16.563, de 5.3.1929, que consagrou a faculdade de o ministro da justiça preencher as vagas que ocorressem no Conselho em razão de ter sido alcançado o limite de idade para o exercício das funções por algum dos seus membros, o que permitia, com o decurso do tempo, o domínio completo da composição do Conselho pelo governo. Não se afigurando esta solução como suficiente para garantir a preponderância efectiva do governo sobre a magistratura a curto prazo, o legislador interveio de novo menos de um ano depois.

A segunda fase iniciou-se com a publicação do Decreto n. 17.955, de

¹²⁰² A solução engendrada pelo novo poder foi criticada, tendo-se destacado duas vozes da magistratura, judicial, Couceiro da Costa e Joaquim Crisóstomo. Embora reconhecendo que a solução anterior não oferecia quaisquer garantias de independência da magistratura judicial, estes autores notavam que a lei nova não tinha evitado a manutenção das queixas contra o Conselho (“É geral o clamor contra esse Conselho e contra os seus inspectores. Correm impressos verdadeiros manifestos eleitoraes, dirigidos aos magistrados, a quem compete a escolha dos novos membros electivos do mesmo Conselho. Os inspectores são accusados de parcialidade e alvo das injurias mais torpes”, Couceiro da Costa, 1929: XXIX, e, igualmente, Joaquim Crisóstomo, 1929: 18). As soluções propostas por estes autores eram radicalmente opostas, sugerindo Couceiro da Costa a reposição do Conselho disciplinar nos termos do Decreto de 19.11.1892, a suspensão temporária da inamovibilidade dos juizes, a nomeação de uma comissão de juriconsultos encarregada de emitir parecer sobre a competência de cada juiz e a aposentação dos magistrados judiciais incompetentes (Couceiro da Costa, 1929: XXXII e XXXIII) e opondo-se-lhe vigorosamente Joaquim Crisóstomo, que propunha o reforço do carácter “democrático” do Conselho Superior Judiciário. Este órgão deveria ser composto por dois juizes do Supremo Tribunal de Justiça e dois juizes desembargadores eleitos por todos os membros da magistratura judicial, com excepção do presidente do Conselho. Das suas decisões competiria recurso para um outro órgão,

12.2.1930, que determinou a perda de toda a competência decisória do Conselho relativa à nomeação, promoção e transferência dos juizes em favor do ministro da justiça. O propósito do legislador de adoptar “uma solução mais consentânea com o princípio da autoridade do Estado” tinha como consequência fundamental a supressão do direito dos magistrados judiciais de escolha dos seus membros para o exercício de cargos judiciais, consagrado no artigo 14 do Estatuto de 1927 como uma das duas componentes essenciais da independência da magistratura judicial, e, consequentemente, a atribuição de uma competência meramente indicativa ao Conselho,¹²⁰³ o que permitiu, por outro lado, a substituição do sistema misto de nomeação governamental e de eleição dos membros do Conselho pelo sistema da eleição pelos juizes de direito do continente e das ilhas adjacentes de todos os vogais do Conselho de entre os juizes conselheiros. Contudo, esta não era ainda a solução ideal, pois não assegurava a conformidade da proposta do Conselho com o interesse do governo e, por isso, forçava o ministro que discordasse da proposta a fundamentar a discordância.

A terceira fase do processo de aumento da preponderância do governo sobre o poder judicial principiou com a publicação do Decreto n. 21.485, de 20.7.1932, da lavra do mesmo ministro que elaborou o diploma de 1926. Quinze dias depois do seu regresso ao governo, o ministro fez aprovar um diploma, que consagrou de novo o sistema da nomeação governamental de todos os vogais conjugado com a competência decisória do Conselho relativa à nomeação, promoção e transferência dos juizes.¹²⁰⁴ O governo

composto apenas por quatro dos mais antigos juizes conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça e presidido pelo ministro da justiça (Joaquim Crisóstomo, 1929: 20).

¹²⁰³ O Conselho manteve a competência disciplinar consagrada no Decreto n. 10.310, mas o recurso nele previsto das decisões do Conselho que aplicassem as sanções mais graves para o Supremo Tribunal de Justiça, em secções reunidas, foi logo no primeiro Estatuto Judiciário substituído por um recurso para o mesmo Conselho, em sessão conjunta dos seus membros efectivos e substitutos. Este sistema de recursos não sofreu alterações posteriores, com a ressalva de a natureza do recurso para o Conselho alargado ter deixado de ser de plena jurisdição no Estatuto Judiciário de 1944 para passar a ser de legalidade estrita, tal como acontecia nos recursos das decisões disciplinares dos restantes funcionários públicos para o Supremo Tribunal Administrativo.

¹²⁰⁴ O ministro afirmava que “eu procurei evitar toda a ligação entre o juiz e o Poder, de modo que nem este pudesse dispor da situação do juiz, nem aquele solicitar ao governo para que lha modificasse. Tantas vezes reclamada a autonomia do Poder Judicial, só em 1926 ela foi alcançada. Desde 1926, que é a magistratura, por intermédio do Conselho Superior Judiciário, quem dispõe da situação dos magistrados; mas dispõe dentro da regras cheias de garantias, como as não possuem quaisquer outros funcionários” (Manuel Rodrigues, 1934: 104 e 105). Manifestaram-se expressamente contra o novo regime de 1932 Barbosa de Magalhães (1933 a: 5, e 1933 b: 195 e 196) e Pinto Loureiro (1935: LXV), sugerindo este autor a constituição de uma secção disciplinar no Supremo Tribunal de Justiça, composta por juizes deste

manifestava deste modo a sua preferência por um sistema de gestão da magistratura judicial fundado exclusivamente na confiança política do ministro da justiça nos membros do Conselho. Esta confiança política constituía garantia suficiente do exercício das competências decisórias do Conselho em conformidade com o interesse do governo.

A aprovação de uma nova Constituição em 1933 representou o momento da consagração de um ponto de não retorno desta evolução legislativa, quer no que respeita ao estabelecimento de uma distinção fundamental entre a jurisdição criminal comum e a jurisdição criminal especial, quer no que concerne à limitação das garantias dos titulares destes tribunais e das garantias processuais dos arguidos. A restrição da independência da magistratura judicial atingiu o seu ponto culminante com a legislação aprovada no ano de 1945, concluindo-se então um processo evolutivo característico de uma época de transição e de dismantelamento gradual de um paradigma judicial.

3. A Constituição da República do Estado Novo

A Constituição continha na parte II um título V, designado “Dos Tribunais”, em que se previa a existência de tribunais ordinários e de tribunais extraordinários. Os tribunais ordinários eram o Supremo Tribunal de Justiça, os tribunais de segunda instância nos distritos judiciais do continente e ilhas adjacentes e das colónias e os tribunais de primeira instância nas comarcas.¹²⁰⁵

No tocante às magistraturas inferiores, admitia-se a criação por via legislativa de julgados municipais, pondo a doutrina em causa a classificação dos julgados

tribunal e por um desembargador e dois juizes da primeira instância, que decidiria não só da matéria disciplinar, mas também das transferências e das promoções e inspecções.

¹²⁰⁵ A Constituição mantinha a regra da competência dos tribunais comuns para conhecer dos crimes cometidos pelos ministros, deputados e procuradores, competindo ao Supremo Tribunal de Justiça ou à Assembleia Nacional, consoante os casos, decidir se eles deviam ser imediatamente julgados. O presidente da República só respondia pelos crimes estranhos ao exercício das suas funções no final do seu mandato, respondendo politicamente diante da nação pelos actos praticados no exercício das suas funções.

municipais como tribunais ordinários.¹²⁰⁶ A lei constitucional mantinha também os julgados de paz existentes, mas a doutrina recusava-lhes a natureza de verdadeiros tribunais, pois faltava-lhes o poder jurisdicional.¹²⁰⁷

Além dos titulares dos julgados de paz, os magistrados dos tribunais extraordinários não beneficiavam das garantias de independência e inamovibilidade.¹²⁰⁸

¹²⁰⁶ Barbosa de Magalhães, 1940 a: 373, e Marcello Caetano, 1957: 143. Mais tarde, Marcello Caetano (1967 b: 604) afirma peremptoriamente a natureza ordinária deste tribunal “por estar incluído na respectiva hierarquia”.

¹²⁰⁷ Barbosa de Magalhães, 1940 a: 370, e Marcello Caetano, 1957: 142.

¹²⁰⁸ O artigo 105 da Constituição de Weimar também proibía a criação de “tribunais excepcionais” (*Ausnahmerichte*). Na doutrina alemã surgiram duas teorias interpretativas desta disposição, uma formal, que por sua vez se subdividia em quadro distintas variantes (Eduard Kern, 1927: 220 a 225 e 231), e outra material (Ernst Beling, 1928: 45). A teoria formal distinguia estes tribunais dos “tribunais especiais” (*Sondergerichte*), em função da base legal da constituição do tribunal, da sua duração, do âmbito da sua competência retroactiva ou individual e das especificidades do processo neles empregue. A teoria material preferia a estes critérios um outro relativo ao carácter político da constituição do tribunal, da nomeação dos seus membros e da delimitação da sua competência. A teoria material foi sendo gradualmente preterida em favor da teoria formal (Michael Hug, 1976: 68 a 70, 82 e 83, Eberhardt Schmidt, 1964: 309 e 310, Albert Bleckmann, 1997: 1172, e Konrad Hesse, 1999: 238). A doutrina portuguesa defendia quase unanimemente um critério formal de determinação dos tribunais extraordinários ou de excepção ou, na terminologia constitucional, especiais, ponderando alguns autores como característica essencial destes tribunais o estatuto especial dos seus membros. Barbosa de Magalhães entendia que a Constituição não fixava qualquer critério orgânico, material ou relativo às características de independência e inamovibilidade dos magistrados titulares para determinação dos juízos especiais, sendo o critério constitucional meramente nominal: eram ordinários os tribunais “que a Const. como tal enumera no art. 116. Todos os outros são especiais” (Barbosa de Magalhães, 1940 a: 373, e 1940 b: 75 a 82). Eduardo Correia considerava como especiais ou de excepção os tribunais criados fora da orgânica dos tribunais comuns para o julgamento de certa categoria de infracções ou em atenção à qualidade da pessoa do réu. Assim, Eduardo Correia considerava tribunais especiais os tribunais do contencioso aduaneiro, que tinham por objecto os crimes fiscais excepcionados pela lei constitucional, os tribunais de menores e o tribunal de géneros alimentícios, que conheciam de crimes sociais, o plenário criminal, que era essencialmente um tribunal de julgamento de crimes contra a segurança do Estado, os tribunais militares e os tribunais marítimos, que eram tribunais especiais em razão do foro pessoal (Eduardo Correia, 1947: 117 e 118, e 1956: 277 e 278). Também Cavaleiro de Ferreira defendia que os tribunais de excepção ou extraordinários eram os tribunais “estranhos à organização comum dos tribunais”, cuja competência fosse estabelecida em função de determinada categoria de crime. Contudo, entendia, diferentemente de Eduardo Correia, que o tribunal plenário e o tribunal de menores eram tribunais comuns, tal como o tribunal de execução de penas (Cavaleiro de Ferreira, 1955: 174, 176 e 217). O entendimento de Cavaleiro de Ferreira espelhou-se, aliás, na própria redacção da lei, como se verá adiante. Marcello Caetano considerava que os tribunais ordinários eram os “que constituem a organização judiciária do País, estabelecida segundo a divisão judicial basilar do território”, e especiais eram todos aqueles que não estivessem abrangidos pela segunda parte do artigo 116 e “cuja jurisdição não esteja territorialmente condicionada pela divisão judicial, nem entregue aos juízes que em princípio são competentes para conhecerem dos pleitos entre particulares” (Marcello Caetano, 1957: 141 e 144, e 1972: 668.). Marcello Caetano concordava com Cavaleiro de Ferreira no tocante à natureza do tribunal plenário e do tribunal de menores e discordava dele no que respeitava à natureza dos tribunais de execução de penas (Marcello Caetano, 1957: 143 e 144, 1967 b: 604 e 605, 1972: 667 e 668, e 1974: 75). Também Joaquim Gualberto de Sá Carneiro (in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 88, de 13.2.1947, p. 543), Arlindo Martins (1949: 31) e Maia Gonçalves (1972: 95) consideravam o tribunal criminal de Lisboa e do Porto, funcionando em plenário, um tribunal ordinário. Este entendimento, que correspondia à posição oficial do Ministério da Justiça durante o ministério do Professor Antunes Varela (Ministério da Justiça, 1966 a: 27 e 206), era ainda partilhado pela Câmara Corporativa, que qualificava os tribunais plenários como “verdadeiros tribunais comuns, embora de competência especializada”,

A Constituição assegurava apenas a inamovibilidade dos juizes dos tribunais ordinários, constituindo reserva de lei a regulamentação do regime de nomeação, promoção, demissão, suspensão, transferência e colocação fora do quadro. Como a lei básica suprimiu a garantia do juiz natural ou legal, característica do direito constitucional liberal e republicano,¹²⁰⁹ qualquer causa podia ser desviada dos tribunais ordinários para os especiais, constituindo aquela supressão a condição intrínseca e a garantia da eficácia da jurisdição especial.¹²¹⁰

Os tribunais especiais eram os existentes à data da entrada em vigor da

justificando a circunstância anômala da presidência competir a um juiz desembargador com “o melindre das matérias da sua competência” e com a “grande área da sua jurisdição” (parecer n. 3/VIII, pp. 173 e 174). Ao invés, mais próximos da teoria material pronunciaram-se Gomes da Silva, Ricardo Lopes e José Magalhães Godinho. O primeiro Autor considerava que o critério definidor dos tribunais especiais não era apenas formal, consistindo na não pertença à orgânica geral dos tribunais e na atribuição de uma competência especializada, mas também na amovibilidade dos juizes destes tribunais, exigindo-se em alguns deles “fidelidade política” (Gomes da Silva, 1952: 31 a 33). Ricardo Lopes admitia que os tribunais especiais constituíam “em certos casos, exceções ao princípio da autonomia, pela razão simples de que a respectiva função jurisdicional pode encontrar-se integrada em órgãos dependentes do Poder Executivo” (Ricardo Lopes, 1959: 83). Magalhães Godinho entendia mesmo que a Constituição fixava um comando explícito no sentido de que a função judicial fosse necessariamente exercida por verdadeiros órgãos de soberania, que deviam ter o exclusivo da aplicação das penas e das medidas de segurança (José Magalhães Godinho, 1974: 466 a 469).

¹²⁰⁹ Figueiredo Dias, 1971 d: 34, e 1974: 325, e Afonso Queiró, 1973: 266 e 267. No entanto, Cavaleiro de Ferreira (1955: 171 e 172) entendia que a proibição decorrente do princípio do juiz natural de “deslocação de competência para julgamento de processos por autoridades diversas dos próprios tribunais” estava implicitamente fixada na lei constitucional portuguesa.

¹²¹⁰ A restrição das garantias constitucionais aos titulares dos tribunais comuns reforçava a tendência para a atribuição de funções jurisdicionais a pessoas estranhas ao poder judicial, concluindo mesmo Barbosa de Magalhães e Magalhães Godinho (1937: XXXII) que “este exagero dos tribunais especiais já excede os limites”. Além da multiplicidade de tribunais especiais, o autor censurava muito concretamente certos “absurdos”, como o de os julgamentos na Polícia de Investigação Criminal serem feitos por adjuntos dos directores e sub-directores, que não eram magistrados judiciais. Este protesto fez-se ouvir ao longo de todo o Estado Novo, acompanhando-o mesmo algumas vozes autorizadas da hierarquia política, tais como as de Marcello Caetano (“Todos os dias estamos a assistir à apropriação pelo Executivo das atribuições próprias do Poder Judicial”, em violação do princípio da separação dos poderes e com prejuízo das garantias individuais, pois “quando os administradores julgam ... o interesse do Estado esmaga os direitos, preterem-se as fórmulas processuais, atropela-se a defeza e aleija-se a justiça”, Marcello Caetano, 1936: 29 e 30), Azeredo Perdigão e Mittermayer Madureira (1937: 240), Cavaleiro de Ferreira (1940: 76) e Adriano Moreira (1950: 156), e Vasconcelos Abreu (1966: 11 e 12). Dezoito anos depois da sua tomada de posição explícita contra os “exageros” do Estado Novo, Barbosa de Magalhães (1955: 322 e 328) voltaria à crítica aos “falsos tribunais” constituídos por “delegados do poder executivo”, salientando a insuficiência do artigo 118 da Constituição para garantir a inamovibilidade dos juizes, que não só a deixava entregue ao arbitrio do poder legislativo, mas também do poder executivo, dotado desde 1945 da faculdade de aprovar decretos-leis. Do mesmo modo, Marcello Caetano considerava a redacção do artigo 111, alínea c) do Estatuto Judiciário de 1944, como não sendo “suficientemente elucidativa, pois não vai além do preceituado no artigo 119 da Constituição”. A inamovibilidade exigia não apenas que a carreira do magistrado fosse regulada pela lei, mas também “que a lei não esteja à mercê do governo”, razão pela qual o autor interpretava a alínea e) do artigo 93 da Constituição “como abrangendo os próprios princípios fundamentais do estatuto dos juizes” (Marcello Caetano, 1957: 149). A revisão constitucional de 1959 consagrou esta doutrina na nova alínea g) do artigo 93 da Constituição.

Constituição, incluindo os que não integravam a previsão constitucional,¹²¹¹ e os que viessem a ser criados com competência exclusiva para julgamento de três categorias de crimes, os crimes fiscais, os crimes sociais e os crimes contra a segurança do estado.¹²¹² No entanto, a proibição constitucional implicava que, uma vez suprimidos os tribunais especiais, não podiam ser restabelecidos.¹²¹³

A lei constitucional consagrava também algumas das principais modificações feitas pelo legislador revolucionário, tais como o alargamento da admissibilidade da prisão preventiva sem culpa formada a todos os crimes contra a segurança do Estado, aos crimes de furto, burla e abuso de confiança praticados por reincidente e ao crime de fabrico, detenção e emprego de explosivos e outros engenhos semelhantes, a restrição da instrução contraditória às “necessárias garantias de defesa” antes e depois da formação da culpa,¹²¹⁴ a sujeição da publicidade da audiência de julgamento aos

¹²¹¹ Cavaleiro de Ferreira, 1955: 171. Ao invés, Figueiredo Dias (1974: 336) considerava que havia um “encurtamento da garantia” constitucional através do entendimento comum de que a norma constitucional não vedava a manutenção dos tribunais especiais existentes à data da entrada em vigor da Constituição, mas não contidos na previsão constitucional. Por esta razão também, Marcello Caetano defendia a tese de que a proibição constitucional se impunha nos casos, frequentes na história do país, em que uma nova competência criminal excepcional fosse atribuída a um tribunal já existente (“não existe em rigor a proibição constitucional; todavia o espírito desta é de que os cidadãos sejam julgados pelos tribunais ordinários ou especiais competentes à data em que haja sido cometida a infracção”, Marcello Caetano, 1957: 146 e 147, 1967 b: 608, e 1972: 671).

¹²¹² Se a identificação dos crimes contra a segurança do Estado com os crimes políticos propriamente ditos não era discutida, a identificação da natureza dos crimes sociais e a delimitação do seu âmbito era objecto de divergências na doutrina, dividindo-se as opiniões entre os que identificavam estes crimes com as incriminações relativas ao direito social, como a legislação sobre trabalho (Gomes da Silva, 1952: 29), e os que os identificavam com os atentados à organização social (“todas as infracções tendo por objecto a subversão da ordem social, como por exemplo, as dos artigos 169 e 174 do Código penal”, Marcello Caetano, 1957: 146, e 1972: 671, “crimes em que o fim político e o fim social se mesclam e confundem, de modo que a alteração da forma da organização política e do Governo é o meio de realização do fim social e económico, ou a luta social o meio da luta política para a alteração da forma do Estado ou do Governo”, Cavaleiro de Ferreira, 1983: 103). Esta segunda tese correspondia ao conceito tradicionalmente defendido na doutrina portuguesa, que delimitava o âmbito destes crimes políticos de acordo com o critério do Instituto de Direito Internacional de Genebra (Angelo César, 1925: 324, e Adelino Marques e Manuel Moutinho, 1927: 16 e 17, e Manuel Vidigal de Oliveira, 1934: 58).

¹²¹³ Cavaleiro de Ferreira, 1955: 59.

¹²¹⁴ A diferença entre esta redacção e a do texto de 1911, que assegurava “todas as garantias de defesa”, era muito significativa e o seu significado só pode ser inteiramente compreendido à luz da conformação da instrução no código aprovado em 1929. Por isso, tinha razão Salgado Zenha (1968: 49) quando interpretava esta disposição como tendo consagrado “a trindade em que se baseava o sistema dos direitos de defesa do C. P. Penal de 1929: instrução criminal judicial, assistência passiva do advogado aos interrogatórios, e possibilidade de se contraditar a acusação antes do julgamento final, mas depois da formulação desta”. Aliás, a Câmara Corporativa também interpretava muito restritivamente a garantia da instrução contraditória na fase anterior à formação da culpa, considerando que “difícilmente, para aquela primeira fase, se pode pensar em mais do que na assistência de advogado constituídos ou, na sua falta, de defensor oficioso, e na admissibilidade de memoriais e requerimentos a receber obrigatoriamente” (parecer da Câmara Corporativa n. 22/X, p. 95). Mais tarde, o conteúdo desta garantia constitucional veio

interesses do Estado e o alargamento do direito à revisão a todas as sentenças criminais. No entanto, o princípio da legalidade penal, a proibição das penas corporais perpétuas e da pena de morte, com a excepção, quanto a esta, da aplicada no teatro de guerra e em caso de beligerância com país estrangeiro, o direito à indemnização pela Fazenda Nacional dos réus injustamente condenados e o direito ao *habeas corpus* mantinham-se intocados, distinguindo o direito português de outras experiências europeias mais radicais.

O repúdio pelo totalitarismo na ordem interna¹²¹⁵ e pelo expansionismo na

de novo a ser discutido por iniciativa de Francisco José Velozo e de Francisco Sá Carneiro, como se verá adiante.

¹²¹⁵ Os doutrinadores do Estado Novo distinguiam entre o Estado totalitário e o Estado autoritário. Os princípios da nova política eram os de que “estão subordinados aos supremos objectivos da Nação, com os seus interesses próprios, todas as pessoas singulares e colectivas que são elementos constitutivos do seu organismo, em contraposição e garantia da eficácia superior deste sacrifício afirma-se também que a Nação não se confunde com um partido, um partido não se identifica com o Estado, o Estado não é na vida internacional um súbdito mas um colaborador associado. Em palavras mais simples: temos a obrigação de sacrificar tudo por todos, não devemos sacrificar-nos todos por alguns”. Para tanto devia o “Estado ser tão forte que não precise de ser violento”, o que se alcançava com o “fortalecimento do Poder executivo” através de uma Constituição “em que a harmonia dos Poderes se consiga sem tirar ao Poder Legislativo competência e prestígio e ao Executivo estabilidade e força” (Oliveira Salazar, “Princípios fundamentais da revolução política”, in 1935: 78 a 84). Tratava-se de um sistema que se pretendia sem igual na Europa dos anos trinta, “um sistema original”, que não tinha “posto de lado os erros e vícios do falso liberalismo e da falsa democracia para abraçarmos outros que podem ainda ser maiores, mas antes para reorganizar e robustecer o País com os princípios de autoridade, de ordem, de tradição nacional, conciliados com aquelas verdades eternas que são, felizmente, património da humanidade e apanágio da civilização cristã” (Oliveira Salazar, 1935: 338). O Estado fundava-se em valores que o antecederam e que não podia pôr em causa, constituindo estes valores “as grandes certezas da revolução nacional”: “Às almas dilaceradas pela dúvida e o negativismo do século procurámos restituir o conforto das grandes certezas. Não discutimos Deus e a virtude, não discutimos a Pátria e a sua História, não discutimos a autoridade e o seu prestígio, não discutimos a família e a sua moral, não discutimos a glória do trabalho e o seu dever” (Oliveira Salazar, “As grandes certezas da revolução nacional”, in 1937: 130). Este era um “Estado nacional e autoritário”, mas não um Estado totalitário: “é preciso afastar de nós o impulso tendente à formação do que poderia chamar-se um Estado totalitário. O Estado que subordinasse tudo sem excepção à ideia de nação ou de raça por ela representada na moral, no direito, na política e na economia, apresentar-se-ia como onipotente, princípio e fim de si mesmo, a que tinham de estar sujeitas todas as manifestações individuais e colectivas, e poderia envolver um absolutismo pior do que aquele que antecederam os regimes liberais, porque ao menos esse outro não se desligara do destino humano. Tal Estado seria essencialmente pagão, incompatível por natureza com o génio da nossa civilização cristã, e cedo ou tarde haveria de conduzir a revoluções semelhantes às que afrontaram os velhos regimes históricos e quem sabe se até a novas guerras religiosas, mais graves que as antigas”. A nova Constituição “repele, como inconciliável com os seus objectivos, tudo o que directa e indirectamente proviesse desse sistema totalitário”, quer admitindo limites exteriores à acção do Estado, quer reconhecendo às pessoas, famílias, corporações e autarquias locais garantias “derivadas da natureza” (Oliveira Salazar, “O Estado novo português na evolução política europeia”, in 1935: 340 e 341). Mário de Figueiredo caracterizava o Estado “totalitário” como aquele que “julga o interesse nacional como o grande dominador a que estão submetidas todas as actividades humanas e escraviza estas à realização daquele interesse, sem nenhuma espécie de consideração pela personalidade individual ou respeito pela consciência”, e o Estado “forte, mas limitado”, de que era exemplo o Estado Novo, como aquele que, “aceitando o interesse nacional como um fim em si mesmo, o não reputa como fim último, mas como meio para atingir outro fim – a integração completa da personalidade moral”. A doutrina do Estado Novo era, certamente, “totalitária”, no sentido de que abrangia “todas as formas de actividade e até a própria concepção de vida”, mas os

meios e os limites de acção do Estado eram diferentes dos do Estado totalitário (Mário de Figueiredo, 1936: 21 e 23, 34 e 35). Também Manuel Rodrigues Juníór caracterizava o Estado totalitário como “aquele que se considera titular de todo o poder material ou espiritual, sem limites de carácter transcendente ou individual”, pelo que “todos os direitos individuais são derivados e apenas limitações ao poder inicial do Estado, limitações temporárias, porque mais tarde ou mais cedo ele deverá tomar a direcção completa de toda a vida social”. Assim, o Estado totalitário não encontrava “nenhum limite ao seu poder, nenhuma restrição à sua actividade, nenhum campo estranho”. Ao invés, o “Estado limitado, mas com uma concepção totalitária da vida”, como era o Estado português, distinguia-se por dever “naturalmente considerar todos os problemas que, por qualquer forma, se reflectam na actividade exterior do homem”, sem, contudo, absorver “instituições necessárias ao desenvolvimento de certos sentimentos da vida humana”, nem invadir “domínios que lhe são estranhos – como o espiritual”, nem transpor “os grandes limites da moral e da justiça”. Contudo, o regime estabelecido pela Constituição de 1933 podia ser designado como “autoritário”, pois dava “a quem estava constituído nas altas funções de mando a faculdade de aplicar os métodos de governo convenientes, sem ter de restringir a sua acção ou aguardar a oportunidade de tomar certas medidas em virtude da oposição política de forças políticas adversas”, ao contrário dos “sistemas de liberdade”, em que “a acção governativa é uma transacção de todos os dias entre correntes políticas ou divergentes” (Manuel Rodrigues, 1943: 251 a 253, 259 a 262, 271 a 273). Também Fezas Vital afirmava que o Estado português não visava tornar-se um “Estado onipotente, que ao seu poder, à sua grandeza, aos seus interesses tudo sacrifica, mas o Estado-honesto, o Estado-moral, o Estado-justo, o Estado que não emprega, ao realizar o bem da Nação, meios e processos que condenaria, por imorais, se empregados por particulares na prossecução de interesses privados. O Estado Novo, posto que Estado-autoritário, não é Estado totalitário, criador da sua Moral e da sua Justiça, não é Estado que tudo transforma em meio de realização dos seus fins, concebidos como fins *a se*, como fins supra-humanos” (Fezas Vital, 1946: 194 e 195). Em virtude destas considerações, podia mesmo concluir-se que o “Estado português continua a ser, tecnicamente, um Estado democrático”, em que se procurou “moldar um Estado de Direito, não apenas formal (sentido que aliás se compadece com o próprio conceito de Estado totalitário), mas – neste ponto indo na tradição do liberalismo – um Estado de Direito propriamente dito” (Afonso Queiró, 1946: 58 e 65). A repercussão prática fundamental desta questão verificava-se no debate sobre o âmbito de aplicação do princípio fixado no artigo 4 da Constituição, dividindo-se a doutrina entre os que defendiam a natureza de um princípio meramente interpretativo da lei e os que advogavam o controlo jurisdicional dos limites do direito natural e dos valores fundamentais da ordem moral (Jorge Miranda, 1973: 127 a 136, com a síntese exhaustiva das posições e a tomada de posição em favor da segunda destas teses). De um ponto de vista histórico-crítico, também consideram o Estado Novo um regime autoritário, mas não totalitário, Manuel Braga da Cruz, 1988: 48, 56 e 255, Jaime Nogueira Pinto, 1976: 54 e 55, e 1999: 89, caracterizando o Estado Novo, pelo menos a partir de 1945, como um regime autoritário, Manuel de Lucena, 1976: 186, no que concerne ao “marcelismo”, Maria da Conceição Ribeiro, 1995: 250, Diogo Freitas do Amaral, 1995: 56 a 58 e 63, e Yves Léonard, 1996: 96, 208 a 210, ambos estes autores no que respeita ao governo de Salazar, e, em termos mais mitigados, Fernando Rosas, 1992: 139 a 143, que fala em “Estado tendencialmente totalitário”, e Evelyn Monteiro, 1998: 143, que, a propósito da política criminal do Estado Novo, conclui pela existência de um “modelo Estado autoritário” (*modèle État autoritaire*) com “derivações totalitárias” (*derives totalitaires*). Ao invés, o Estado nacional-socialista constituía apenas um meio, uma forma para a realização do fim da “defesa da raça” e da elevação do povo alemão a uma “posição de domínio” (Adolf Hitler, 1976: 288 a 292). Para alcançar este fim a organização do Estado assentava em três princípios fundamentais: o da concentração de poderes no *Führer* em vez da divisão clássica de poderes, reservando um papel meramente consultivo ao parlamento (Adolf Hitler, 1976: 329 e 330), o do partido único em vez do multipartidarismo (Adolf Hitler, 1976: 59 a 61, 202 e 257) e o da unidade do império em vez do federalismo (Adolf Hitler, 1976: 423 a 427). O partido nacional-socialista como único intérprete da vontade e do destino do povo alemão tinha o encargo de levar à prática esta doutrina universal, que “exigia imperiosamente o reconhecimento exclusivo e total das suas concepções, as quais devem transformar toda a vida pública” (Adolf Hitler, 1976: 260 e 333). A constituição material do novo regime não foi, porém, plasmada em um texto único e era “elástica”, isto é, as leis e os diplomas normativos publicados pelo *Führer* ou pelos seus ministros não se encontravam sujeitos ao controlo judicial da sua conformidade com quaisquer outras normas ou princípios de direito, fosse qual fosse a natureza destes (*Die Rechtsprechung, deren Funktion sich vom Führer ableitet, würde sich über den Führer erheben, wenn sie das Führergesetz auf seine Übereinstimmung mit irgendwelchen Normen, Werten oder Prinzipien prüfen wollte, sie überschritte damit ihren legitimen Bereich in der völkischen Lebensordnung*, Ernst Huber, 1939: 56, 160, 282 e 283,

Er (o juiz) würde auf Abwege geraten, wenn er einem im Ursprung, Inhalt oder Ziel ausserhalb der Bestimmung durch die politische Führung stehenden oder vorgestellten Rechtsbild, etwa einem ewigen Naturrecht oder einem göttlichen (d. h. meist in der Wirklichkeit: höchst zeitlich kirchlichen) Rechtsdenken sich verantwortlich fühlte. Hier kann ganz klar der Satz gelten: man kann nicht zugleich zwei Herren dienen, Roland Freisler, 1938 a: 93, *Der Richter ist kraft seiner Beamtenstellung gemäss seinem Eide Gefolgsmann des Führers. Er dient ihm, nicht einem von ihm getrennten Recht*, Günther Küchenhoff, 1941: 303 e 338). Deste modo, a constituição material nacional-socialista caracterizava-se não apenas por ter conferido ao governo a competência para aprovar “leis” sem se encontrar vinculado pela Constituição (*Die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Recht des Reichspräsidenten bleiben unberührt*, artigo 2 da *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, de 24.3.1933), mas também por rejeitar expressamente a neutralidade política de todas as instituições e manifestações da vida pública (*Dem Wegfall der Trennung von Staat und Gesellschaft entspricht im Hinblick auf den Einzelnen die Aufhebung der Schranken zwischen Staatsbürgersphäre und Privatexistenz*, Heinrich Henkel, 1934: 52, *Das Prinzip der Ganzheit begnügt sich nicht mit äusserer Anpassung und Gleichschaltung, sondern es verlangt eine wesensmässige, substanzhafte Einordnung. Es gibt keine Neutralität von einzelnen Lebensbereichen gegenüber dem politischen Volk*, Ernst Huber, 1939: 159). A doutrina nacional-socialista só aparentemente se encontrava dividida entre os defensores de uma concepção totalitária do Estado no sentido da subordinação aos fins da revolução de todos os poderes do Estado, incluindo o judicial, e das instituições em que o povo se auto-organizava, incluindo a Igreja enquanto organização com uma “pretensão de totalidade” (*Totalitätsanspruch*) (Carl Schmitt, 1933: 17 e 33), e os que reconheciam a existência de uma “ordem popular” (*Volksordnung*) distinta e prévia à “ordem de domínio” (*Herrschaftsordnung*) (Ernst Forsthoff, 1933: 33, Georg Dahm, 1935 b: 6 e 7, Otto Koellreutter, 1935: 15 e 16, e Adolf Liepelt, 1938: 30), pois também estes sujeitavam as instituições em que o povo espontaneamente se organizava às limitações políticas impostas pelo Estado (Ernst Forsthoff, 1933: 41 e 46, e Otto Koellreutter, 1935: 20, e Adolf Liepelt, 1938: 31 e 35, 53 e 70). A diferença era de grau e residia na maior importância conferida por estes autores às “condições elementares do sangue e da raça” (Ernst Forsthoff, 1933: 34, e Otto Koellreutter, 1935: 13), tendo sido posteriormente superada pelo próprio Carl Schmitt, que se aproximou destes autores (1934: 9, 10 e 52). A consciência da igualdade da espécie actualizava-se para estes autores, como para Carl Schmitt, na capacidade para distinguir o amigo do inimigo (*Freund/Feind*) e para “neutralizar” ou “eliminar” o inimigo, que se identificava com os judeus, os comunistas e os sociais-democratas (Adolf Hitler, 1976: 39, 46, 50, 114, 225 a 247, 312 e 461, Ernst Forsthoff, 1933: 42 e 43, Roland Freisler, 1938 b: 66, Hans Frank, 1939: 31), tendo este controlo lugar em todos os níveis da administração pública e das organizações profissionais, económicas e culturais e mesmo na Igreja (Ernst Huber, 1939: 459, 460, 464 e 495). A referida *Ermächtigungsgesetz*, de Março de 1933, que fixava o dia 1.4.1937 como o da cessação da sua vigência, transformou-se na Constituição do novo regime político (Carl Schmitt, 1933: 5 a 11, Heinrich Henkel, 1934: 54, e, mais amplamente, Ernst Huber, 1939: 48 e 49, 55 e 56, e Hans Frank, 1939: 47 e 48) e suprimiu em termos práticos o dualismo “tipicamente liberal” entre o poder legislativo e o executivo (Carl Schmitt, 1933: 35, e Ernst Huber, 1939: 43, e Alfons Wenzel, 1949: 79). Os limites materiais da actividade legislante do governo, previstos na *Ermächtigungsgesetz*, foram logo superados pela *Gesetz über die Volksabstimmung*, de 14.7.1933, que autorizou o *Führer* a sujeitar a plebiscito não vinculativo qualquer questão constitucional. Nesse mesmo dia da publicação da lei sobre o plebiscito, o legislador nacional-socialista proibiu, pela *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*, os partidos políticos, com a excepção do partido nacional-socialista, e sujeitou a pena de prisão até três anos todo aquele que empreendesse criar ou manter outro partido político. A partir desta data, 14.7.1933, o governo ficou investido com plenos poderes legislativos e o partido nacional-socialista tornou-se o “portador do pensamento estatal alemão” (*Nach dem Sieg der nationalsozialistischen Revolution ist die Nationalsozialistische Deutsche ArbeiterPartei die Trägerin des deutschen Staatsgedankens und mit dem Staat unlöslich verbunden*, § 1 (1) da *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat*, de 1.12.1933), realizando-se a “união pessoal” dos principais lugares do governo, da administração pública central e regional e das organizações profissionais e culturais com os lugares de liderança correspondentes do partido e transformando-se o Estado em um verdadeiro “Estado do movimento” nacional-socialista (*Bewegungsstaat*, Ernst Huber, 1939: 297 e 298). Por outro lado, as Leis de 30.1.1934 e de 14.2.1934 aboliram, respectivamente, a representação política nos *Länder* e o *Reichsrat*, tendo sido atribuída aos ministros do *Reich* a competência deste no processo legislativo e a comissários políticos, subordinados hierarquicamente ao ministro do interior, a competência governativa nos *Länder*. O processo de

ordem externa ¹²¹⁶ era deste modo conjugado com a fixação dos meios necessários à garantia de uma “legalidade forte”. ¹²¹⁷

4. A consagração de um novo direito securitário na Reforma Prisional

concentração de poderes ficou concluído com a aprovação da *Gesetz über das Sonderoberhaupt des deutschen Reichs*, de 1.8.1934, que unificou os cargos de presidente (*Reichspräsident*) e de chanceler (*Reichskanzler*), atribuindo a competência daquele ao *Führer* Adolf Hitler. O *Führerprinzip* conduziu a que “as decisões mais importantes fossem tomadas sem o necessário conhecimento de facto e frequentemente segundo o arbítrio e o capricho” e o controlo total do Estado pelo partido transformou-se em uma “luta pelo poder entre o primeiro e o segundo escalão do partido” (Georg Dahm, 1951: 334 e 335). Três meses antes de findo o prazo máximo previsto na lei de 1933 para o exercício da função legislativa pelo governo, o *Reichstag* aprovou o *Beschluss* de 30.1.1937, prolongando aqueles poderes até 1.4.1941. A 30.1.1939, um novo *Beschluss* do *Reichstag* prolongou até 10.5.1943 aqueles poderes, que um *Führererlass* de 10.5.1943 por sua vez prolongou indefinidamente (*Die Reichsregierung hat die ihr durch das Gesetz vom 24. März 1933 übertragenen Befugnisse auch weiterhin auszuüben*).

¹²¹⁶ A exclusão de uma política externa agressiva constituía um postulado do Estado Novo, consagrado no artigo 4 da Constituição de 1933, à imagem do preâmbulo da Constituição de Weimar, e no artigo 5, n. 1, do Decreto n. 21.608, de 20.8.1932, que aprovou os estatutos da União Nacional. Ao invés, o Estado nacional socialista considerava um imperativo da sua política externa não só a reconquista dos territórios perdidos após a primeira guerra mundial, mas também a conquista de territórios novos que permitissem alcançar uma “proporção natural entre o número e o crescimento da população, de um lado, e, do outro, a extensão e a qualidade do solo” (Adolf Hitler, 1976: 103, 293, 452, 464, 468, 476 a 478, e também Hans Frank, 1939: 55 e 56, e Ernst Huber, 1939: 157 e 158), não se distinguindo na doutrina alemã senão nominalmente entre os que entendiam a guerra como um fim em si mesmo, consubstanciando a contraposição amigo-inimigo a própria natureza do político (Carl Schmitt, 1940: 68 e 69, 245 e 246), e os que a consideravam como o meio perfeito de realização do fim último da política, que era o da comunidade de cidadãos unidos pela raça e por um “espírito de camaradagem e próprio da frente de combate” (*Front-und Kameradschaftsgeist*, Otto Koellreutter, 1935: 8 a 11 e 22).

¹²¹⁷ Oliveira Salazar, 1937: 71. No discurso sobre “O momento político, grandes e pequenas questões da política portuguesa”, de 1935, Salazar censurou a transformação dessa “legalidade forte” em violência e o uso da força “sem limitações da moral e sem definição de certo estado de legalidade”, alegando que “à sentimentalidade do povo português – grave defeito para além de certos limites, mas defeito com que há-de contar-se – repugna a violência erigida em sistema de governo, e não tem havido maneira de resistir, em face deste povo, quer ao seu desprezo, quer à sua revolta”. Acresce que, como já tinha concluído no discurso sobre “A constituição das Câmaras na evolução da política portuguesa”, do ano anterior, “normalmente, toda a acção política está limitada: depende da lei, se é superior ao agente, e em qualquer caso de leis superiores ao agente (...). Todas estas limitações – irritantes desafios ao poder teoricamente ilimitado dos ditadores – permite-as a Providência e compreende-as a razão como defesas naturais da sociedade contra os possíveis desvios da vontade humana” (Oliveira Salazar, 1935: 373). Também Marcello Caetano, em uma conferência realizada em Roma, justificou a natureza da política de Salazar precisamente com estas duas razões (*Invece che alla violenza scatenata, Egli tende per un duplice motivo ad una legalità forte: in primo luogo perchè la sua formazione spirituale gli induce la convinzione dei limiti morali e giuridici del potere; i secondo luogo perchè l' esperienza gli insegna che in Portogallo la violenza non dà risultati a motivo del carattere del popolo e delle mille solidarietà che legano gli uomini fra loro anche se essi appartengono ai più oposti settori*, Marcello Caetano, 1938: 7 e 8).

O legislador constituinte reconheceu pela primeira uma nova sanção criminal, a medida de segurança, atribuindo-lhe a função preventiva primordial de defesa da sociedade em face da perigosidade do delinquente e, “tanto quanto possível”, a de readaptação deste (artigo 123 da Constituição).¹²¹⁸ A concretização desta directiva constitucional teve lugar na reforma prisional de 1936, que não só regulamentou de novo o sistema das sanções criminais e o modo da sua execução, como transformou profundamente a organização penitenciária.

Em 1936 o direito português de adultos já conhecia as medidas de segurança. Elas tinham sido introduzidas na década de noventa do século XIX, apesar de já anteriormente algumas sanções incluídas na lei penal terem sido consideradas pela doutrina como tal.¹²¹⁹ Ao abrigo dos artigos 6 e 10 da Lei de 21.4.1892, os réus condenados como reincidentes ou vadios ficavam à disposição do governo para serem transportados para as províncias ultramarinas depois de cumprida a pena e aí serem providos em trabalho livre, quando a sentença condenatória o determinasse. Esta lei não previa qualquer prazo máximo para a “remoção”, “pois que a duração d’ esse tempo depende do seu bom comportamento, nos termos do artigo 13 da citada lei”, como se dizia no Ofício do ministro da marinha e do ultramar, de 12.3.1900. Concebida em termos mais favoráveis ao condenado do que o seu modelo francês, a *rélégation* da Lei de 27.5.1885, a nova medida de segurança do direito português não era obrigatória e podia ser revista passados três anos desde a chegada do réu à possessão ultramarina,

¹²¹⁸ A doutrina discutiu, sem nunca chegar a uma opinião comum, o sentido desta disposição constitucional e, em particular, se os fins nelas estatuídos diziam respeito apenas às medidas de segurança ou a estas e às penas. Em favor da tese abrangente, Joaquim Silva Cunha, 1944 a: 19 a 21, Adriano Moreira, 1946: 18, e 1949: 295, Rui Pena, 1965: 38, e, no estrangeiro, Olesa Muñido, 1951: 222. Ao invés, pronunciou-se pela tese restritiva, Eduardo Correia (1949: 77 e 78), que considerava que a disposição constitucional, fixando embora os fins das medidas de segurança, não impunha qualquer solução no tocante ao problema dos fins das penas, tendo o propósito do legislador constituinte sido apenas o de prever a existência de penas e medidas de segurança, “reacções para um facto e reacções para a perigosidade do delinquente”. Já no final da vigência da Constituição de 1933, a tese abrangente assumiu um significado político-reformador importante. Assim, José Magalhães Godinho (1974: 468 e 469) defendeu que as medidas de segurança obedeciam aos mesmos fins das penas e, tal como elas, só podiam ser aplicadas pelos tribunais e aos agentes de crimes e não a pessoas de quem se receasse a prática futura de crimes, concluindo daí pela inconstitucionalidade das disposições que permitiam a órgãos não jurisdicionais a aplicação de medidas de segurança a quem não tivesse praticado qualquer crime.

¹²¹⁹ É o caso da vigilância especial da polícia (Levy Jordão, 1853: 161: “uma medida de segurança e uma garantia da ordem social”, mas contra Silva Ferrão, 1856 a: 281: “elemento penal, indispensável, como complemento, em geral, de toda a pena”).

justificando ele em audiência judicial contraditória com o Ministério Público o seu bom comportamento.¹²²⁰

Por outro lado, a Lei de 3.4.1896 mandou colocar à disposição do governo os condenados pelos crimes de vadiagem, mendicidade e rufianismo, em seguida ao cumprimento da pena, “para os efeitos do artigo 10 da lei de 21 de abril de 1892” ou para serem internados e compelidos a trabalhar em asilo ou depósito de mendicidade pelo período de dois a cinco anos (artigo 7). Deste modo, se sanou o regime lacunoso do artigo 256 do Código Penal de 1886, transcrito do código de 1852, que apenas previa a aplicação de uma pena de prisão correccional até seis meses aos vagabundos e aos mendigos e a colocação dos condenados à disposição do governo para que este lhes desse trabalho por um período adequado de tempo e cuja reforma já tinha sido ensaiada pela Lei de 22.6.1880, que criou uma escola agrícola onde os vadios e mendigos postos à disposição do governo deveriam ser colocados, com a faculdade de o juiz não condenar os réus em pena correccional e os pôr de imediato à disposição do governo.¹²²¹

Em uma outra lei, também publicada em 3.4.1896, foi consagrada a primeira medida de segurança para inimputáveis, que veio de igual modo completar o sistema sancionatório insuficiente consagrado no artigo 47 do código de 1886, onde apenas se previa a entrega à família do agente inimputável que fosse doente mental ou o seu internamento em um estabelecimento de cura quando a doença fosse criminosa ou as necessidades de segurança o exigissem. Os artigos 15 e 16 da Lei de 3.4.1896, em conjugação com o artigo 5 da Lei de 4.7.1889, previam a decretação judicial do

¹²²⁰ Sobre a filiação, o significado político-criminal e o carácter mais liberal da lei portuguesa, Beleza dos Santos, 1938: n. 2615, pp. 33 e 34, 1951: 35 a 37, e 1952: 407, Pierre Cannat, 1942: 82 a 84 e 172, e 1946: 24, Eduardo Correia, 1963 a: 70, Hans-Heinrich Jescheck, 1966: 445, José Pizarro Beleza, 1968: 672 e 673, Peter Hünerfeld, 1971: 155 e 156, João Fatela, 1989: 181 e 182, e Figueiredo Dias, 1993: 416. Já anteriormente tinha sido defendida, na dissertação inaugural para o acto das conclusões magnas de Luiz Filipe de Abreu, um “systema mixto de prisão e deportação”, caracterizado pela substituição da pena principal de deportação pela deportação como “medida puramente complementar”, como “um grau especial de penalidade”, em combinação com um sistema penitenciário progressivo (Luiz Filipe d Abreu, 1859: 78 a 80).

¹²²¹ A previsão da entrega do vadio ao governo pelo tempo que este julgasse conveniente, que copiava literalmente a disposição paralela do Código Penal francês de 1810, na sua versão inicial, foi muito criticada pela doutrina, que a considerou como “exorbitante, uma vez que esse tempo não seja marcado na lei” (Levy Maria Jordão, 1854: 44) e como “injusta e que importa uma escravidão intolerável e arbitrária” (Silva Ferrão, 1857: 320). O carácter “indefinido e vago” da sanção prevista no artigo 271 do Código Penal francês, de que resultava um poder “vicioso” da Administração (Adolphe Chaveau e Faustin Hélie, 1845 b: 11), já tinha levado o legislador francês, na reforma de 28.4.1832, a suprimir a colocação do condenado à disposição do governo e a determinar a sua sujeição, depois do cumprimento da pena, a uma vigilância policial pelo período de cinco a dez anos, mas o legislador português ignorou esta modificação da lei francesa.

internamento em anexos psiquiátricos às penitenciárias centrais e por período indeterminado de alienados perigosos, que tivessem cometido factos puníveis com penas maiores, e a entrega à família ou, na falta desta, à autoridade administrativa com vista a admissão em hospital psiquiátrico, quando tivessem cometido factos puníveis com penas inferiores.¹²²²

Além dos criminosos alienados, habituais e dos vadios, mendigos e rufiões, esta nova categoria das sanções criminais foi também aplicada aos autores de crimes políticos. A primeira medida de segurança para autores de crimes políticos só surgiu com 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 correcional. A medida era cumprida nos termos dos artigos 10 e 13 da Lei de 21.4.1892, mas competia ao governo a autorização do regresso à metrópole depois de feita a justificação judicial.

Com a proclamação da República, as Leis de 21.4.1892 e de 3.4.1896, na parte em que previam a deportação por período ilimitado, e a de 13.2.1896, foram revogadas pelo Decreto de 10.10.1910, “visto não haver na República Portuguesa penas perpétuas ou de duração ilimitada”. Em harmonia com este pensamento, o artigo 16 do Decreto de 18.11.1910 fixou o prazo máximo da pena de deportação em dois a três anos na primeira vez e três a cinco anos em cada uma das vezes seguintes, “dependendo a prolongação além do mínimo e até o máximo do comportamento que tiver o deportado, e contando-se sempre esses prazos desde o dia em que o réu ficar efectivamente à disposição do governo”. Mais tarde, a Lei de 20.7.1912 criou uma nova medida de segurança, a colocação à disposição do governo de criminosos habituais e vadios para internamento em uma colónia agrícola por período a definir pelo governo até ao

¹²²² Estas reformas legislativas relativas ao problema dos criminosos com perturbações mentais inspirou-se fortemente na “Escola Positiva” italiana e ficou associada à realização do primeiro congresso jurídico europeu em que foram discutidos os problemas colocados pela nova escola, o congresso de Lisboa, realizado nos meses de Abril e Maio de 1889 (Mário Maldonado, 1959: 46 a 48). A doutrina, que tanto insistiu pela inovação (António Castello Branco, 1888: 103 e 104, e 1891: 26 e 27, António Ferreira Augusto, 1894: 100 a 104, 111 a 114, 118 a 122, e Afonso Costa, 1895: 201 a 205, 239 a 241), não deixou, contudo, de censurar severamente, depois da publicação da lei nova, o “erro de legislar para crimes e não para criminosos”, que se consubstanciava na detenção de alienados que tivessem cometido crimes graves no período da respectiva doença, mesmo quando fossem inofensivos passado esse período, e na libertação de alienados muito perigosos que tivessem cometido delitos de pequena gravidade (Paulo Osório, 1906: 41 e 42, 46 e 47, Julio de Mattos, 1913: 523 a 525, e Adelino Marques e Manuel Moutinho, 1927: 225). Também era muito criticada a doutrina do artigo 114 do Código Penal de 1886, que, aliás, retomava a do artigo 93 da versão de 1852, porquanto provocava o “absurdo de que um réu, entrando a cumprir pena de 4 ou 5 anos, não a tenha completado decorridos 20 ou 30 anos, como está sucedendo” (Diogo Leote, 1912: 369).

máximo de seis anos,¹²²³ seguindo o legislador republicano aquela que era a orientação doutrinária da “Escola Positiva” italiana e da sua congénere alemã, a “Escola Moderna”.¹²²⁴

¹²²³ Sobre a natureza da nova sanção criminal e o significado político-criminal da lei de 1912, Tude de Sousa, 1929: 110 a 115, e 1937: 6 a 9, 18 e 19, Arthur Morgan, 1932: 41 a 46, Adelino da Palma Carlos, 1934: 139, 178 e 289, Beleza dos Santos, 1938: n. 2612, p. 403, 1946: 3 e 4, 1951: 38 e 39, 1952: 407, e 1953: 24, Cavaleiro de Ferreira, 1943: 137 e 138, Joaquim Silva Cunha, 1944 a: 54, Vitor Faveiro, 1949 a: 343, e 1949 b: 365, Augusto Alves de Mira, 1950: 28 a 30, e Hans-Heinrich Jescheck, 1966: 448, João Fatela, 1989: 182 a 184, e Guardado Lopes, 1993: 83 a 85. O artigo 8 da lei de 31.5.1913, que permitiu a detenção em cadeias civis dos condenados postos à disposição do governo enquanto não fossem abertas a casa correcional e a colónia penal agrícola criadas pela Lei de 20.7.1912 teve como consequência a acumulação de delinquentes entregues ao governo nestas cadeias, “o que equivalia a converter em pena correcional, por assim dizer ilimitada, um estado de cousas que excedia os limites maximos das penas correcionais” (Tude de Sousa, 1929: 109). Só em Agosto de 1915 foi efectivamente aberta a colónia agrícola, em Sintra, mostrando-se, no entanto, o número médio de entradas de cerca de 100 delinquentes por ano muito aquém das necessidades (Tude de Sousa, 1929: 114).

¹²²⁴ As doutrinas da “Escola Positiva” e, em especial, dos seus representantes máximos César Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo em Itália e Franz von Liszt e Aschaffenburg na Alemanha, constituíram o suporte teórico do processo de renovação do direito penal e processual penal na viragem do século em Portugal. Com efeito, a nova escola penal, que teve como ponto de partida os trabalhos de antropologia criminal de Lombroso e foi completada pela investigação sociológica de Ferri e pelas sínteses jurídicas de Garofalo e von Liszt, caracterizou-se pela defesa de seis teses fundamentais, que tiveram grande impacto na doutrina e legislação portuguesas: a fundamentação do direito público de punir na defesa social e a rejeição do postulado do livre-arbítrio (Ferdinando Puglia, 1882: 283, 290 e 291, 297 a 299, Enrico Ferri, 1905: 18 a 20, 25 e 26, e 1931: 220 a 231, Raffaele Garofalo, 1908: 304 a 334, Aschaffenburg, 1904: 223 a 230, e Franz von Liszt, 1905 a: 174 a 179, e 1905 b: 38 e 39, 48 a 52, 84 a 87), a divisão dos delinquentes em categorias antropológicas (Ferdinando Puglia, 1882: 261 e 267, Enrico Ferri, 1905: 56 a 60, e 1931: 254 a 267, 356 a 359, Raffaele Garofalo, 1908: 138 a 160, e Franz von Liszt, 1905 a: 166 a 173, e 1905 b: 208 a 213), a defesa da punição por tempo indeterminado e da indemnização do dano como sanção de direito público (Raymond Saleilles, 1898: 121 a 123, 262 a 270, Aschaffenburg, 1904: 261, 262, 270 a 274, 289 e 290, Enrico Ferri, 1905: 53 e 54, e 1931: 320 a 326, 559 a 570, Raffaele Garofalo, 1908: 485 a 487, 505 e 506, e Franz von Liszt, 1905 a: 337 a 340, 532 a 535, e 1905 b: 150 a 158, 398 e 399), a proposta dos substitutos penais como meio de realização da defesa social preventiva indirecta (Raffaele Garofalo, 1908: 224 a 231, e Enrico Ferri, 1931: 285 a 291) e da criação de manicómios para delinquentes inimputáveis perigosos e a substituição do regime de internamento celular diurno pelo internamento em colónias agrícolas, pela relegação ou pelo internamento comunitário progressivo (Enrico Ferri, 1905: 65, e 1931: 326 e 485 a 487, Raffaele Garofalo, 1908: 484 a 489 e 492, e Franz von Liszt, 1905 a: 396). Assim, foi “pelo influxo e sob o impulso da Escola Positiva” que foram introduzidas em 1896 as medidas já mencionadas sobre os alienados criminosos, em 1911 as referentes aos menores delinquentes e em perigo moral, em 1912 as relativas aos criminosos habituais e em 1927 foi abolido o tribunal de júri e dois anos depois foi consagrada a fixação obrigatória da reparação por perdas e danos no CPP (José Beleza dos Santos, 1931 c: XII, e, também, Joaquim Azevedo Barbosa, 1933: 33). Por seu turno, o debate doutrinário em Portugal foi muito intenso na viragem do século, dividindo-se as vozes entre os adeptos da escola antropológica e os críticos desta, uns próximos da “terceira escola” (*terza scuola*), outros do indeterminismo e outros ainda apresentando posições ecléticas. Entre os adeptos da escola antropológica destacaram-se Bernardo Lucas (1887: 134, 135 e 137), António Castello Branco (1888: 116 a 118, 165 a 170, 204 a 209) e Julio de Mattos (1913: 393 a 395, 474 a 484, 498 a 505), que aceitavam o tipo antropológico criminal definido por características anatómicas e perversões somáticas da sensibilidade e da capacidade motora resultantes de um processo de regressão patológica ou mesmo atávica, e Basílio da Costa Freire (1889: 253 a 255, 267 a 269), Miguel Bombarda (1896: 89 a 94), Francisco Ferraz de Macedo (1897: 43 a 47), Mendes Martins (1903 a: 29, 74 a 83, e 1903 b: 67 a 69) e Luís da Cunha Gonçalves (1913: 6, 11, 16 a 19), que também entendiam que o criminoso era um degenerado psíquico, com estigmas somáticos e psicopatológicos, e, em regra, incorrigível, mas rejeitavam a tipo antropológico criminal. Entre os críticos mais proeminentes da escola antropológica encontravam-se os indeterministas e Afonso Costa e Alvaro Villela, adeptos da “terceira escola”. Estes

O novo poder político consagrou ainda duas previsões legais de deportação, a da Lei n. 922, de 30.12.1919, que determinou a colocação dos autores reincidentes do crime de açambarcamento à disposição do governo para os deportar para as colónias, sendo o prazo o fixado no artigo 16 do Decreto de 18.11.1910, e a da Lei n. 969, de 11.5.1920, que previu a colocação à disposição do governo dos autores de crimes de detenção e fabrico de bombas, vadios e reincidentes para os deportar para qualquer parte do território colonial pelo prazo máximo de dez anos quando não pudessem ser internados nos estabelecimentos referidos pelo artigo 14 da Lei de 20.7.1912. Apesar da extinção dos tribunais criados pelas referidas Leis ns. 922 e 969, respectivamente, através do Decreto-Lei n. 12.487, de 14.10.1926, e da Lei n. 1.529, de 24.1.1924, as medidas de segurança mantiveram-se em vigor.

Só depois da instauração da ditadura militar regressaram as sanções criminais de duração ilimitada para os delinquentes imputáveis perigosos em razão de anomalia psíquica, os criminosos jovens de idade compreendida entre os 16 e os 21 anos, os autores de crimes políticos e os presos de difícil correcção, na sequência da proposta quase unanimemente defendida pela doutrina portuguesa desde meados do século passado de introdução de uma pena de prisão de duração indeterminada ou de uma “detenção suplementar”¹²²⁵ e das iniciativas do legislador norueguês no ano de 1929,

autores aceitavam da escola antropológica o determinismo, mas rejeitavam o tipo antropológico criminal e a degenerescência física como causa predominante do crime, atribuindo-o antes a factores sociais. Por isso, os adeptos da “terceira escola” advogavam a introdução de reformas sociais como meio de profilaxia do crime e a construção de colónias penitenciárias agrícolas e industriais como instrumento privilegiado de repressão penal, rejeitando também a incorrigibilidade dos delinquentes (Afonso Costa, 1895 b: 147 a 154, 266 a 269, 322, 324 e 325, e Álvaro Villela, 1897: 146 a 148). Entre os indeterministas destacou-se Mário Ferreira-Deusdado, designadamente, pela sua participação em vários congressos internacionais, onde censurou os fundamentos da escola antropológica com base no princípio indeterminista, embora se aproximasse, em termos político-criminais, da “terceira escola”, identificando a má organização social como a principal causa do crime e recusando também a incorrigibilidade dos delinquentes (Ferreira-Deusdado, 1890: 6 a 9, 15 a 19, e 1894: IX a XIII, 36 e 37). A simbiose entre os factores biológicos e os sociais do problema da criminalidade e uma pletera variada de soluções de política criminal, assistencial e educacional, de preferência à punição com penas carcerárias, foram, por fim, defendidas por Mendes Corrêa (1914: 111 a 115, 171, 172, 328 a 331, 1931: VI e VII, 280 a 288, e 1936: 4 a 7, 14 a 18, 34 e 35), João Gonçalves (1923: 51, 66 a 69, 73 e 74), Abel de Andrade (1925 c: 406 e 407, 1929: 11 a 15, e 1935: 47) e Luiz de Pina Guimarães (1939 a: 31 e 32).

¹²²⁵ A vasta produção da doutrina portuguesa em temas penitenciários na segunda metade do século XIX e no início do século XX é unânime neste sentido (Ayres de Gouvêa, 1860: 162 e 163, João Baptista Calisto, 1860: 54 a 57, Luiz Filipe de Abreu, 1862: XIV, Alberto Morais Carvalho, 1877: 10, 13 a 16, João da Silva Mattos, 1885: 178 a 184, Bernardo Lucas, 1887: 228 a 231, António Castello Branco, 1888: 101, Manuel d’ Arriaga, 1889: 29 e 30, Ferreira-Deusdado, 1891: 318 e 319, Miguel Bombarda, 1896: 99 e 416, Francisco Ferraz de Macedo, 1900: 149 e 150, Julio de Mattos, 1903: XXIII e XXIV, e 1908: IX, Mendes Martins, 1903 a: 84 e 85, 102 e 103, 123 a 125, João Chaves, 1912: 178 a 183, 191 a 197, 370 a 376, Mendes Corrêa, 1914: 324 a 326, 330 e 331, João Gonçalves, 1922: 112, João Bacelar, 1923: 2 a 6, e 1924: 6, J. Henriques da Silva, 1925: 480 e 481, Armando Simões Pereira, 1927: 53 a 61, Ferreira-

do italiano no ano de 1930, do polaco no ano de 1932 e do alemão no ano de 1933, que consagraram nos respectivos direitos o conceito de criminoso habitual, embora definindo-o de modos distintos, e a faculdade de submeter o criminoso habitual condenado em pena de prisão a um período de detenção suplementar ilimitado, determinado em função da necessidade de protecção da sociedade contra a perigosidade do agente.¹²²⁶

Deusdado, 1931: 115 e 116, e Adelino da Palma Carlos, 1933: 51 a 54), tendo esta opinião comum encontrado eco quer nos trabalhos de reforma do direito penal (Antonio de Azevedo Mello Carvalho e outros, 1861b: 58 e 59), quer em lições e dissertações universitárias (Álvaro Villela, 1897: 195 a 216, Henriques da Silva, 1906: 85 e 86, Dias da Silva, 1906: 385 e 386, Abel de Andrade, 1925 b: 158 e 159, Abel de Andrade Filho, 1925: 383, António Leal de Faria, 1933: 26 a 28 e 43, Adelino da Palma Carlos, 1934: 310, 348 a 350, Manuel Gomes Abreu, 1934: 44 a 46, Maria de Almeida Paiva, 1937: 132, 139, 140 e 148, sendo esta tese de 1934, António da Mota Veiga, 1939: 179 e 180, sendo esta tese de 1935, e Emídio Ferreira de Almeida, 1941: 14 e 15, 57 a 59, sendo esta tese de 1933, mas contra, do outro lado do oceano, Adherbal de Carvalho, 1915: 252 e 269). O argumento fundamental, repetido incessantemente na literatura portuguesa, já tinha sido resumido nestas duas frases de Raymond Saleilles: “já não sendo a pena uma sanção, mas uma espécie de tratamento individual, ela não pode ser fixada de início pela lei em virtude de um crime abstracto considerado unicamente na sua materialidade objectiva. Em medicina, não se sabe dizer de início quanto tempo matemático deve durar o tratamento de uma determinada doença; isso depende do doente” (*la peine n’ étant plus une sanction, mais une sorte de traitement individuel, elle ne peut pas être fixée d’ avance par la loi à raison d’ un crime abstrait considéré uniquement dans sa matérialité objective. On ne peut pas dire à l’ avance en médecine combien de temps mathématique doit durer le traitement d’ une maladie déterminée; cela dépend du malade*, Raymond Saleilles, 1898: 120). Esta voz comum da doutrina portuguesa teve a primeira manifestação, contudo, logo nos anos quarenta do século XIX, na teoria pura da pena indeterminada, concretizada pelo júri da visita da casa penitenciária, apresentada por Silvestre Pinheiro Ferreira nos motivos do projecto de 1840 e retomada na Memória de 1841, em dois textos das “Questões de Direito Publico ...”, de 1844, e no *Précis d’ un Cours de Droit Public*, de 1845, onde até já se tinha esgrimido com o argumento da equiparação do juiz ao médico: “se (o júri) houver dito ser o réo culpado de crime ou delicto, é tão impossível determinar a qualidade ou a duração da pena destinada a produzir a emenda do réo, como seria impossível a um medico determinar, n’ uma doença grave e complicada, um remedio de tal virtude que n’ um praso, tambem por ele fixado, produzisse o inteiro restabelecimento d’ um enfermo” (Pinheiro Ferreira: 1844 b: 55).

¹²²⁶ Leopold Schäfer e outros, 1934: 41 a 60, 129 a 138, Franz Exner, 1934: 650 a 655, Rietzsch, 1935: 151 a 156, Sliowski, 1939: 292 a 295, 329 a 333, 361 a 365, Pierre Cannat, 1942: 138 a 145, 151 a 158, Max Grunhüt, 1948: 389 a 403, Marc Ancel, 1956: 35 a 38, 44 a 48, e José Beleza dos Santos, 1957: 16 a 24. O n. 19 do relatório do diploma que aprovou a reforma prisional confessava a influência directa do direito italiano, muito em particular na conformação do regime do delinquente por tendência. A “Escola técnico-jurídica”, protagonizada por Sabbatini, Rocco e Massari, que esteve na origem do Código Penal italiano, recolheu da “Escola criminal positiva” a teoria da necessidade da individualização da pena e da imprescindibilidade das medidas de segurança, da ciência penal clássica os princípios da responsabilidade penal pessoal e da doutrina constitucional fascista o predomínio do fim preventivo-geral da defesa do Estado como fundamento do direito de punir (Donnedieu de Vabres, 1938: 22 e 23, e Pierre Papadatos, 1955: 93). O delinquente por tendência, que revelava como nenhuma outra inovação “o espírito de rigor no qual o código penal fascista foi concebido” (*rien ne manifeste mieux l’ esprit de rigueur dans lequel le Code pénal fasciste a été conçu*, Donnedieu de Vabres, 1938: 40), já foi descrito como “a figura jurídica do criminoso-nato de Lombroso” (*le délinquant par tendance ... est la figure juridique du criminel-né de Lombroso*, Donnedieu de Vabres, 1938: 39 e 40, mas contra a generalidade da doutrina italiana e, designadamente, Vincenzo Manzini, 1934: 224, e Eugenio Florian, 1934: 313 e 314, 359 a 361). A doutrina portuguesa dividiu-se a este propósito, tendo José Beleza dos Santos rejeitado a equiparação e Luiz de Pina defendido a mesma. Com efeito, Beleza dos Santos entendia que o conceito da lei portuguesa, tal como o da lei italiana, pressupunha a liberdade da vontade do delinquente, excluindo que se tratasse de uma inclinação patológica irresistível (“O delinquente por tendência não é impellido

Assim, nos termos dos artigos 86 e 87, 117 e 131 da reforma prisional de 1936, a pena aplicada aos delinquentes imputáveis perigosos, aos jovens delinquentes e aos criminosos de difícil correcção, nestes se incluindo os delinquentes habituais, os criminosos por tendência e os presos indisciplinados, podia ser prorrogada por períodos sucessivos de dois anos até que o preso se mostrasse corrigido. Destarte, os criminosos condenados como reincidentes em quaisquer crimes deixaram de ser equiparados aos vadios, procedendo o legislador a uma revogação tácita do artigo 5 da lei de 1912 pelo artigo 109 do decreto de 1936, mantendo-se, contudo, os outros casos de tutela securitária previstos na lei de 1912, através de equiparação a vadios dos reincidentes pela terceira vez nos casos de mendicidade, dos reincidentes pela segunda vez nas infracções de homossexualidade, exploração de mendicidade com menores de dezasseis anos e mendicidade com simulação de enfermidades ou emprego de ameaças ou injúrias e dos reincidentes uma vez no crime de viver a expensas de mulher prostituta.¹²²⁷

necessariamente a delinquir, embora haja uma forte probabilidade de que, solicitado por um estímulo do ambiente, embora pouco forte, reagirá criminosamente. A ausência deste estímulo, a existência de condições desfavoráveis ao crime no respectivo meio social ou determinadas pela educação poderão, porém, impedi-lo de se tornar criminoso”, “Isto não representa a consagração do criminoso nato de que nos fala Lombroso visto não afirmarmos haver tendências específicas para a prática do crime. Sustentamos antes, que há indivíduos que possuem certas disposições que em determinado meio ambiente, poderão constituir propensão para a prática do crime”, Beleza dos Santos, 1938: n. 2609, p. 354, 1949: 106 e 107, e 1951: 9, seguido por Marcello Caetano, 1939 a: 358 e 359, Mário Simões dos Reis, 1940: 689 e 698, Cavaleiro de Ferreira, 1943: 224 e 225, Adriano Moreira, 1954 a: 212 e 213, Jacinto Duarte, 1963: 116, e Bernardo Sá Nogueira, 1977: 200 e 201, e, de um ponto-de-vista propectivo, Carlota Almeida, 2000 a: 106 e 107). Ao invés, Luiz de Pina sustentava que, não obstante a ciência criminológica ainda não ter provado a existência de um delinquente nato, a lei portuguesa, ao contrário da italiana, admitia como delinquente por tendência o anormal, isto é, “um indivíduo cujas explosões agressivas são devidas a certos estados patológicos mentais, tão frequentes, próprios do chamado delinquente-nato, tal como foi apresentado” (Luiz de Pina Guimarães, 1939 b: 29 a 31). Luiz de Pina propunha, por isso, a modificação do preceito da lei nacional de acordo com a lei italiana, de modo a reservar o conceito legal para os delinquentes não desprovidos de entendimento e de vontade e a excluir dele os anormais constitucionais e incorrigíveis (Luiz de Pina Guimarães, 1939 b: 39). Se a influência da lei italiana na conformação da figura do delinquente por tendência é clara e foi até confessada pelo legislador português no ponto n. 19 do preâmbulo da reforma prisional, a origem da figura do preso indisciplinado não foi esclarecida pelo legislador, encontrando-se ela na relegação ordenada pelo governo de “qualquer internado que se mostre incorrigível ou cuja presença se torne perigosa no estabelecimento” (artigo 12 da Lei de 20.7.1912, que a doutrina considerava como uma verdadeira medida de segurança, Beleza dos Santos, 1930: 162 a 164). Ressalvadas as especificidades próprias desta medida, que era ordenada pelo governo, proposta pelo conselho disciplinar e não podia ultrapassar o prazo máximo de seis anos, ela constituiu o antecedente histórico directo do regime do preso indisciplinado de 1936. O antecedente mais remoto do regime prisional dos degredados “incorrigíveis” previsto pelos artigos 122 a 124 do regulamento para o depósito de degredados de Angola, estabelecido pelo Decreto de 26.12.1907, consubstanciava apenas uma execução da pena subordinada a condições mais rigorosas, sem, contudo, se repercutir no prolongamento da pena.

¹²²⁷ Beleza dos Santos, 1938: n. 2618, pp. 81 e 82, n. 2619, p. 98, e n. 2624, p. 178, Brito Câmara, 1941: 102 e 103, João Arantes Rodrigues, 1950: 81 a 83, Olímpio da Fonseca, 1957: 21 a 24, Rui Pena, 1965: 58, e José Pizarro Beleza, 1968: 680 e 681, mas contra Marcello Caetano, 1939 a: 366 e 367, Cavaleiro de Ferreira, 1943: 141 e 142, Anibal de Castro, 1942: 127 a 129, e Joaquim Silva Cunha, 1944 a: 54. A

A prorrogação ilimitada da pena de prisão “ultrapassava o âmbito da responsabilidade do direito penal da culpa” (*wird der Rahmen schuldstrafrechtlicher Haftung gesprengt*), constituindo um “direito penal de defesa pragmático” (*pragmatischen Verteidigungsstrafrecht*)¹²²⁸ ou uma medida de segurança integrada no âmbito de um “monismo prático”,¹²²⁹ em que “a culpa na direcção da vida ou modelação da personalidade não condiciona, nem mede juridicamente a prorrogação da pena, é apenas de invocar praticamente, como um meio útil de actuação penitenciária”,¹²³⁰ embora também tenha sido compreendida como uma sanção mista de

jurisprudência também estava profundamente dividida (cfr. o acórdão do STJ, de 11.6.1938, in RJ, ano 23, 1938, pp. 308 e 309, argumentando que a disposição do artigo 109, n. 3, da reforma prisional e do n. 3 do artigo 5 da Lei de 20.7.1912 regiam o mesmo caso e seria “extremamente duro que ambas existissem, de forma a aplicarem-se aos condenados ambos os rigorosos tratamentos nelas preceituados para os vadios e para os delinquentes”, mas contra o acórdão do STJ, de 26.4.1938, in RJ, ano 23, 1938, p. 263).

¹²²⁸ Peter Hünerfeld, 1971: 216. Como também concluiu Hans-Heinrich Jescheck, “as prorrogações e as outras medidas de defesa social previstas por estes artigos são sem dúvida conciliáveis com uma culpabilidade relativa ao comportamento geral e com uma responsabilidade estabelecida em função da personalidade do autor no seu conjunto («culpa de autor»), mas não com a culpabilidade tal como ela surge no caso em espécie («culpa pelo facto»), no sentido que o direito alemão visa quando ele fala do princípio da culpa” (*les prorrogations et les autres mesures de défense sociale prévues par ces articles sont sans doute conciliables avec une culpabilité tenant au comportement général et avec une responsabilité établie en fonction de la personnalité d'ensemble de l'auteur («Täterschuld»), mais non avec la culpabilité telle qu'elle ressort du cas d'espèce («Tatschuld»), au sens que le droit allemand envisage quand il parle du principe de la faute*, Hans-Heinrich Jescheck, 1966: 458). Na prática jurisprudencial, a prorrogação da pena representava mesmo um meio alternativo de combate à exclusão social devida à miséria económica e à desagregação da vida familiar (decisão do TEP do Porto de 6.5.1957, in BAPIC, n. 2, 1958, p. 195 e 196, e decisão do TEP de Lisboa de 10.2.1961, in BAPIC, n. 10, 1962, pp. 111 e 112), ou um instrumento de segregação social de irrecuperáveis (decisão do TEP de Lisboa, de 15.4.1957, in BAPIC, n. 2, 1958, p. 198), ou um castigo complementar da aplicação de sanções disciplinares durante a execução da pena e da má conduta familiar do recluso (decisão do TEP de Lisboa, de 5.4.1957, in BAPIC, n. 4, 1959, pp. 259 e 260, e decisão do Relação de Lisboa, de 28.1.1966, in BAPIC, n. 18, 1966, pp. 38 a 41, e acórdão do STJ de 30.10.1968, in BAPIC, n. 23, 1968, pp. 156 e 157).

¹²²⁹ Beleza dos Santos, 1955 a: IX. O autor também o designará, mais tarde, como um sistema caracterizado por um “dualismo jurídico e uma certa unidade no tratamento penitenciário que, na medida de segurança, continuará o da pena” (Beleza dos Santos, 1957: 18).

¹²³⁰ Beleza dos Santos, 1946: 23 e 61, 1938: n. 2618, p. 82, 1945: n. 2861, p. 213, 1950: 196 e 197, 1952: 406 e 407, 1954: 696 e 710, e, depois da reforma do Código Penal, 1955 b: 41, 1959: 87 e 88, e 1962 a: 13. A tese de Beleza dos Santos, que concebia a prorrogação da pena como uma medida de segurança, recebeu o acolhimento generalizado da doutrina portuguesa e da estrangeira que estudou o direito português. Cfr. G.-L. Sliwowski, 1939: 370, Marcello Caetano, 1939 a: 370, Emídio de Almeida, 1941: 84, Brito Câmara, 1941: 92, Armando de Castro e Abreu, 1943: 152 a 157, Mário Costa, 1943: 34 e 35, Joaquim Silva Cunha, 1944 a: 27, 52 a 55 e 1944 b: 200, Maria Carvalho Alves, 1945: 42, 56 e 57, Barahona Fernandes, 1946: 48, 49 e 51, Pierre Cannat, 1946: 114 a 117, Adriano Moreira, 1946: 17 e 18, e 1949: 294 e 295, e 1954 a: 246, Vitor Faveiro, 1949 b: 369, e 1952 a: 105 a 107, 154 e 155, não obstante as afirmações em 1949 a: 333 e 334, João Arantes Rodrigues, 1950: 99 e 100 (“sem ser, no entanto, categorica e definitivamente”), Marc Ancel, 1950: 38 e 39, Maria Helena Nunes, 1951: 42 a 51, Adriano Vera Jardim, 1951: 355 a 357 (reportando-se a um texto de Beleza dos Santos), Constantino Cardoso, 1951: 92 a 100, Francisco Olesa Muñido, 1951: 225 a 227, Luís de Carvalho e Oliveira, 1958: 206 e 207, Joaquim Mendes Belo, 1963: 44, Jacinto Duarte, 1963: 112 e 113, 139 a 141, Rui Pena, 1965: 36 a 38, Christian Nils Robert, 1972: 104, Anabela Rodrigues, 1983: 288, e 1988 b: 53, e Carlota Almeida, 2000 a: 112. Este entendimento foi também consagrado oficialmente, logo no despacho do

pena e de medida de segurança, uma “pena de segurança” enquadrada no contexto de uma culpa pela condução da vida, que podia revestir três modalidades, a da “pena educativa” no caso dos menores de 16 aos 21 anos, a de “pena curativa” no caso dos anormais perigosos e a de “pena eliminativa” no caso dos criminosos de difícil correcção¹²³¹ ou mesmo como uma verdadeira pena que punia a “omissão permanente da vida do delinquente – do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua personalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais”, isto é, uma sanção culposa concebida no contexto de um “sistema monista ético-retributivo”.¹²³²

ministro da justiça de 28.6.1937, que advertia os magistrados do Ministério Público para o cumprimento de certas disposições da reforma prisional (Henrique Brito Câmara, 1941: 92 e 93) e, posteriormente, no parecer da Direcção Geral dos Serviços prisionais, de 27.3.1942, homologado por despacho ministerial de 30.3.1942 (in BOMJ, ano II, 1942, n. 10, p. 30), que rejeitou a aplicação do disposto no artigo 196 e seus parágrafos do Código Penal aos presos classificados de difícil correcção, que se encontrassem em cumprimento de pena prorrogada, atenta a natureza de medida de segurança da prorrogação da pena que lhes tinha sido aplicada.

¹²³¹ Cavaleiro de Ferreira, 1943: 51 a 55, 177 a 182, e 1961: 18 a 21, 33, 34 e 194.

¹²³² Eduardo Correia, 1945 a: 32 a 35, 1945 b: 298 a 306, 1949: 313 a 319, 1953 a: 211 a 213, 1961 b: 366, 1963 a: 72 e 73, 1963 b: 30 a 36, 66 a 68, 1964: 330 a 332, e 1970: 23 a 26, embora acabe por reconhecer a natureza “pragmática” do monismo da reforma prisional ou o seu “monismo ligado à fase executiva das sanções”, em Eduardo Correia, 1973: 17 e 18, e Eduardo Correia e outros, 1980: 103. Também rejeitando a natureza de medida de segurança da prorrogação das penas aplicadas aos delinquentes habituais, Olimpio da Fonseca, 1957: 57 a 63, Jorge Ribeiro de Faria, 1959: 30, e José Pizarro Beleza, 1968: 302 a 313. João Arantes Rodrigues tinha uma posição *sui generis*, defendendo *de iure condendo* a teoria da culpa na formação da personalidade, apesar do reconhecimento de que ela “parece evidenciar uma larga margem de arbitrio”, mas entendendo *de iure condito* que a lei portuguesa perfilhava o “princípio dualista ou da bifurcação da sanção criminal” (João Arantes Rodrigues, 1950: 62, 67, 68, 71 e 99). A crítica, do ponto de vista da ciência médico-legal, destas teses foi feita por Barahona Fernandes (1946: 51 e 52) e por Fernando Oliveira e Sá (1968: 378 a 384), concluindo o primeiro destes autores, com o acordo do segundo, que “subjectivar de tal maneira a culpabilidade, referindo-a à própria formação da personalidade, com todas as suas múltiplas tendências anímicas e instintivas, heredoconstitucionalmente radicadas, é uma doutrina que implica noções caracterológicas, em desacordo com a experiência dos psiquiatras e psicólogos” (Barahona Fernandes, 1946: 51 e 52). De um ponto de vista jurídico, além do problema do tratamento de certas inimputabilidades congénitas, a crítica fulcral dirigida a estas concepções era a de que elas compensavam “a menor culpa com a afirmação de uma maior intensidade do dever de configurar a personalidade de acordo com o tipo reconhecido idóneo pela ordem jurídica”, constituindo-se em uma verdadeira “doutrina da desigualdade perante o dever, que em nenhum lado é suposta pela ordem jurídica” (Adriano Moreira, 1946: 16 a 18, e 1949: 293 e 294, e, já antes, Maria Carvalho Alves, 1945: 55), ao que se aduzia que “perante uma tão grande dificuldade de apurar com certeza, se a personalidade viciosa do delinquentes foi devida à culposa orientação que ele imprimiu à sua vida, é muito fácil que haja inumeráveis enganos da parte do julgador, ao pronunciar-se sobre tão delicada questão. Logo não se deve arvorar o Estado em garante da virtude a ponto de lhe conceder o poder de punir a sua conduta interior” (Armando de Castro e Abreu, 1943: 211 a 220, e, também assim, Maria Carvalho Alves, 1945: 58, Luís de Carvalho e Oliveira, 1958: 204 e 205, e Joaquim Belo, 1963: 23 a 30). A propósito do debate sobre o “verdadeiro nó górdio do direito criminal”, o tratamento penal das psicopatias, Eduardo Correia respondeu à crítica de Barahona Fernandes, fazendo assentar “na realidade social da crença” no livre-arbitrio a necessidade da punição agravada dos criminosos por tendência ou em que se verificasse culpa na formação da respectiva personalidade, com a ressalva apenas dos casos de inteira ausência da consciência do dever da correcção da personalidade para o âmbito da inimputabilidade (“Assim, quanto maior é a tendência criminosa logo mais grave é

O tratamento jurídico-penal do delinquente perigoso imputável era ainda completado pela ponderação inovadora da anomalia psíquica contemporânea do crime não privativa da capacidade do delinquente compreender a pena. Esta ponderação repercutiu-se não só na substituição de um conceito bio-psicológico de inimizabilidade por um outro conceito predominantemente normativo, que fazia depender a imputação penal da capacidade de o delinquente compreender a pena, mas também na aplicação de uma medida de segurança de internamento em uma prisão-asilo, prorrogável por períodos sucessivos de dois anos, ao delinquente imputável afectado de anomalia psíquica para o qual fosse prejudicial o regime das prisões comuns ou que se tornasse prejudicial aos reclusos sujeitos a este regime.¹²³³

De igual modo, foram influenciados por este pensamento securitário os novos regimes da liberdade condicional e dos presos indisciplinados previstos na reforma de 1936, pois a liberdade condicional era prorrogável por períodos sucessivos de dois anos, até ao limite de dez anos, quando o libertado não merecesse confiança, não sendo em caso de infracção ocorrida antes do fim da pena ou da medida de segurança o tempo decorrido em liberdade computado para o cumprimento da pena ou da medida de segurança.¹²³⁴ No caso de infracção cometida durante o período de prolongamento da

objectivamente a pena que lhe deve corresponder se o seu portador não cumpre o dever de a corrigir. E se nem sempre a consciência desse dever de correcção é tanto maior quanto maior é a tendência para o crime, isso só prova que a gravidade objectiva da tendência aumenta e, portanto, logo objectivamente deve ser maior a punição. É verdade que pode a consciência de tal tendência desaparecer inteiramente. Mas então está-se no domínio da inimutabilidade”, Eduardo Correia, 1953 a: 210 e 211). Mais tarde, Figueiredo Dias procedeu também a uma crítica global da teoria de Eduardo Correia, identificando “o poder ser livre” que a sustentava como “mero postulado ou pressuposto que se continua a julgar o único penhor válido da subsistência da ponte entre a culpa e a liberdade e, assim, do ingrediente ético daquela” (Figueiredo Dias, 1983 b: 114) e com base nessa crítica procurando desenvolver uma teoria da culpa na formação da personalidade que simultaneamente superasse o plano em que o problema da liberdade vinha sendo discutido na doutrina através de uma fundamentação existencialista (“ético-existencial”) da liberdade humana, por um lado, e, por outro, pusesse em relevo a distinta natureza da culpa jurídica diante da culpa moral em atenção à limitação de todo o direito penal à punição de “violações do dever-ser externo-social” (Figueiredo Dias, 1971 b: 29 a 33, 47 a 49, 1983 b: 135, 136, 140 a 153, e 1987 c: 178, 181, 196 a 202, e, descrevendo o “contributo determinante” desta teoria para uma reflexão “em termos existencialístico-filosóficos” sobre o problema da “culpa de autor”, desde logo Giuseppe Bettiol, 1979: 334, 336, 337 e 341).

¹²³³ A aplicação desta medida de segurança devia ter lugar mesmo para os delinquentes declarados judicialmente habituais que tivessem anomalias psíquicas (José Beleza dos Santos, 1938: n. 2680, p. 243) e não estava sequer associada à prática de um facto ilícito-típico, mas antes ao “perigo de prejuízos de carácter penitenciário” decorrentes da manutenção do delinquente com anomalia psíquica em uma prisão comum (José Beleza dos Santos, 1938: n. 2686, pp. 338 a 340, e Figueiredo Dias, 1993: 600 e 601).

¹²³⁴ Além das especialidades aplicáveis aos delinquentes de difícil correcção, que são referidas no texto, o regime da liberdade condicional, introduzido pela Lei de 6.7.1893, mas raramente aplicado (criticando esse facto, Mendes Martins, 1903 a: 98, Diogo Leote, 1912: 370, João Bacelar, 1924: 7, e Adelino Marques e Manuel Moutinho, 1927: 223), foi alargado, permitindo-se a todos os condenados em penas

liberdade condicional após o cumprimento da pena ou da medida de segurança o internamento do arguido podia prolongar-se por mais dois anos, salvo se tivesse sido cometido um novo crime e ele fosse punido com pena superior.¹²³⁵ Tratando-se de delinquentes de difícil correcção, os presos não podiam ser postos em liberdade definitiva sem terem previamente, pelo menos três anos em liberdade condicional, cujo início se verificava após o cumprimento integral da pena e, excepcionalmente, após o cumprimento de dois terços da mesma.

Por sua vez, a categoria muito ampla dos presos indisciplinados caracterizava-se pela faculdade de sujeição ao regime de pena indeterminada dos presos de difícil correcção de quaisquer delinquentes condenados a prisão correcional ou a prisão maior, quando, mostrando-se “inadaptáveis ao regime prisional comum”, se revelassem “de difícil correcção e especialmente perigosos pela sua repulsa ao trabalho e pelo seu comportamento anterior e posterior à prisão” (artigos 54, 73 e 111 da reforma de 1936), podendo ser como tal classificados mesmo os reclusos que observassem integralmente o regulamento prisional.¹²³⁶

privativas da liberdade por mais de seis meses que beneficiassem dela quando reunidos determinados requisitos.

¹²³⁵ O libertado condicionalmente que, decorrido o período de dez anos, não oferecesse ainda confiança podia ser considerado como indisciplinado, bem como o libertado condicionalmente que fosse internado por um período de mais seis meses a dois anos na sequência da revogação da liberdade condicional podia ainda ser considerado como delinquente indisciplinado (Emídio de Almeida, 1941: 83). A reprovação da conduta social e mesmo familiar do arguido constituía motivo suficiente para justificar a revogação da liberdade condicional (“tem continuado a embriagar-se, a levar vida irregular, tornando-se por vezes implicativo e provocador. Até com a própria família arranjava questões, embora quando lúcido se mostrasse sinceramente arrependido do que fizera”, decisão do TEP de Lisboa, de 15.5.1957, in BAPIC, n. 1, p. 279). No entanto, a manutenção prolongada de uma boa conduta em liberdade, mesmo quando o delinquente se encontrasse na situação de evadido, justificava a concessão de liberdade definitiva, homologando-se a situação de facto irregular como se de uma liberdade condicional se tratasse (decisão do TEP de Lisboa, de 10.12.1956, in BAPIC, n. 5, 1959, p. 121 e 122), e o cometimento de um crime de ofensas corporais por ciúmes não implicava a revogação da liberdade condicional se o delinquente habitual no furto no período de liberdade condicional fosse trabalhador “honesto, sossegado” e trabalhasse diariamente “desde as 6 horas da madrugada até às 11 horas da noite” (decisão do TEP de Lisboa, de 16.1.1961, in BAPIC, n. 8, 1961, p. 279).

¹²³⁶ Esta foi a doutrina consagrada na Circular n. 6, da Direcção – Geral dos Serviços Prisionais, de 1.10.1937, com base em que era “preciso formar da disciplina um conceito integral, não apenas pedagógico ou carcerário, mas principalmente social” (Henrique de Brito Câmara, 1941: 95). A questão doutrinária de fundo, que estava implícita em toda a regulamentação da disciplina do recluso, era a de saber se o preso indisciplinado constituía uma categoria autónoma de direito penitenciário ou antes uma categoria de direito penal, uma espécie do género mais amplo dos delinquentes perigosos. A tese penitenciária afirmava expressamente que os indisciplinados não se confundiam com os “socialmente indisciplinados, designação que poderia aplicar-se a todos os delinquentes e a vários indivíduos que o não são”, identificando-se antes com os “indisciplinados prisionais” (José Beleza dos Santos, 1938: n. 2609, p. 354). A tese penalista, da inclusão dos presos indisciplinados entre a categoria dos presos perigosos, fundamentava-se no próprio fim da prorrogação da pena, considerando o comportamento disciplinar um sintoma, de valor diminuto e questionável, da perigosidade do recluso (“Não é de-certo para que os

Esta inovação introduzida pela reforma prisional de 1936 teve também consequências muito relevantes em relação à criminalidade política, pois, embora não bulindo com o conceito de crime político da lei vigente, a reforma diminuiu substancialmente a disparidade prevista no direito português desde 1933 entre o regime das medidas de segurança válido para os delinquentes terroristas e os autores de crime de imprensa clandestina e o válido para os autores dos restantes crimes políticos.¹²³⁷

Com efeito, o Decreto-lei n. 23.203, de 6.11.1933, tinha consagrado duas formas de tratamento diferenciado dos condenados por crimes políticos, distinguindo-os quer em função do motivo da acção criminosa quer em função da especial perigosidade da acção e, deste modo, reservando aos delinquentes que não tivessem agido por motivo

criminosos se subordinem aos regulamentos prisionais que se lhes prorroga a pena. O fim desta é readaptá-los à vida em sociedade, e não adaptá-los a um regime de clausura para os libertar quando a ele habituados”, Cavaleiro de Ferreira, 1938 a: 165, e 1943: 225 e 226, depois seguido por Emídio de Almeida, 1941: 83, e Adriano Moreira, 1954 a: 208). Esta tese não só impunha uma apreciação suplementar da perigosidade do recluso indisciplinado, como permitia a averiguação de casos de inadaptáveis ao regime prisional aos quais não convinha o regime dos delinquentes de difícil correcção (“Não se pode dizer que um preso é perigoso se a dificuldade de correcção provém mais dos meios empregados inadaptáveis à personalidade do preso do que deste”, Cavaleiro de Ferreira, 1938 a: 165, e “a inadaptabilidade é do regime aos presos e não dos presos ao regime. Não deve esquecer-se que o regime se estrutura para obter a recuperação social dos criminosos (Const. art 124) e portanto ele é que deve adaptar-se à maneira de ser destes”, Adriano Moreira, 1954 a: 209). A querela doutrinária só seria resolvida com uma intervenção do legislador em 1954.

¹²³⁷ No século XX registaram-se um agravamento do regime penal e processual penal de punição dos crimes políticos, tradicionalmente tratados com um especial favor desde o início do século anterior (no século XIX, Adolphe Chaveau e Faustin Hélie, 1845 a: 278 e 279, e, no século XX, Donnedieu de Vabres, 1938: 27 a 32, e Pierre Papadatos, 1955: 92 a 100), e uma tendência para reduzir o âmbito do conceito do crime político, isolando de entre eles os crimes de terrorismo, que foram sujeitos nas diferentes legislações europeias ao regime dos crimes comuns ou mesmo a um regime especial particularmente severo (Marcello Caetano, 1939 a: 202 e 203, e, mais tarde, Boaventura de Sousa Santos, 1967: 131, e Figueiredo Dias, 1975: 118). O conceito legal de crime político foi pela primeira vez fixado entre nós pelo parágrafo único do artigo 39 do CPP de 1929, que acolheu o critério subjectivo, limitado pelo critério objectivo, fixado na resolução de 1892 do Instituto de Direito Internacional de Genebra (Beleza dos Santos, 1936 a: 299, Marcello Caetano, 1939 a: 200, e Cavaleiro de Ferreira, 1941: 176). Depois da publicação do Decreto-Lei n. 23.203, que consagrou o critério objectivo corrigido pelo critério subjectivo da Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, de 1935, a doutrina dividiu-se, defendendo Beleza dos Santos que os conceitos do código de 1929 e do decreto de 1933 se mantiveram simultaneamente em vigor, não tendo a reforma prisional definido qualquer outro conceito e contendo ainda o CPP a regra geral do direito português, uma vez que o conceito de 1933 era mais restrito do que o de 1929 por não incluir os crimes relativamente políticos e certos crimes puramente políticos compreendidos no conceito de 1929 (Beleza dos Santos, 1938: n. 2627, p. 226, seguido por Manuel Vidigal de Oliveira, 1934: 71 a 73, e António Albino Pereira, 1941: 109 e 117), e sustentando inversamente Marcello Caetano e Cavaleiro de Ferreira que o conceito de crime político do § único do artigo 39 do CPP tinha sido revogado pelo dos artigos 1 e 7 do Decreto n. 23.203, de 6.11.1933, atenta a intenção do legislador de substituir todo o regime dos crimes políticos em 1933 e de consagrar um novo conceito de crime político, de natureza predominantemente subjectiva, intenção essa corroborada também pelas disposições dos §§ 1 e 2 do artigo 2 do Decreto-Lei n. 26.539, de 23.4.1936, e do artigo 145 da reforma prisional (Marcello Caetano, 1937: 135 a 138, e, mais claramente, 1939 a: 201 e 202, e Cavaleiro de Ferreira, 1941: 176 e 177). O legislador pôs um ponto final a esta discussão em 1945, ao revogar todo o Decreto-Lei n. 23.203 sem consagrar uma norma semelhante ao referido artigo 7.

que revelasse indignidade ou baixeza de carácter o internamento sem isolamento e em prisões especiais ou, na sua falta, em locais separados das prisões comuns e sujeitando os condenados pela prática de crimes de terrorismo e de imprensa clandestina a uma medida de segurança, ordenada pelo tribunal, de colocação do condenado depois do cumprimento da pena à disposição do governo, no local e por período que este bem entendesse.

Através da classificação dos condenados pela prática de crimes políticos como presos indisciplinados ou elementos perniciosos para os outros reclusos, a reforma prisional admitiu não só a possibilidade de os delinquentes políticos que não tivessem agido por motivo que revelasse indignidade ou baixeza de carácter serem submetidos ao regime prisional dos delinquentes comuns ou mesmo dos delinquentes de difícil correcção, mas também a de os delinquentes políticos que não tivessem sido condenados por crimes terroristas e de imprensa clandestina serem sujeitos a uma medida de segurança de duração indeterminada. Este regime, que aproximava em termos práticos a situação processual dos delinquentes terroristas e dos autores de crimes de imprensa clandestina e a dos outros delinquentes políticos, não as assimilava, contudo, mantendo-se as diferenças fundamentais entre uma e outra, que consistiam no carácter obrigatório da colocação à disposição do governo dos delinquentes terroristas e dos autores de crimes de imprensa clandestina e na inexistência de quaisquer garantias em relação ao local e ao controlo do modo de execução desta medida de segurança.

O regime prisional dos delinquentes políticos constituía assim uma solução de compromisso, que, por um lado, beneficiava os delinquentes que não se mostrassem refractários à disciplina dos estabelecimentos nem elementos perniciosos para os outros reclusos, internando-os em estabelecimento especial ou em secção separada de um estabelecimento comum, fazendo-os entrar logo em um regime prisional equivalente ao do terceiro período do regime dos delinquentes comuns, com vida em comum durante o dia, mesmo nas horas de refeições e descanso, permitindo-lhes a escolha de trabalho e só excepcionalmente os sujeitando ao isolamento, e, por outro lado, mantinha as especificidades do regime muito gravoso aplicável aos delinquentes terroristas e aos autores de crimes de imprensa clandestina, sendo ainda discutida a questão do valor

sintomático dos crimes políticos para a declaração de habitualidade.¹²³⁸

Destarte, a Reforma Prisional não só modificou a relação intrínseca entre os diferentes fins das penas, sopesando mais o fim da prevenção especial em relação aos outros,¹²³⁹ como transformou a relação entre a autoridade judiciária e a autoridade penitenciária, o novo Conselho Superior dos Serviços Criminais, que alçou a uma instituição de controlo da adequação permanente da execução da pena à personalidade do réu condenado. O modelo judiciário liberal, há muito em crise, sofreu assim mais um golpe, insistentemente exigido, aliás, pela doutrina.

A crise foi ainda agravada pelo desfasamento notório entre a prática judiciária e o novo ideário da reforma prisional. A realidade dos tribunais não correspondeu às

¹²³⁸ A doutrina variou muito ao longo do tempo a este propósito. O autor da reforma opinava no sentido de que só tinham esse valor sintomático os crimes políticos cometidos por motivos que revelassem indignidade ou baixa de carácter nos termos do regime do Decreto-Lei n. 23.203 (José Beleza dos Santos, 1938: n. 2625, p. 193, n. 2626, pp. 209 e 210, n. 2627, pp. 225 a 227, e 1951: 79 a 84, seguido por António Albino Pereira, 1941: 134 a 140, João Arantes Rodrigues, 1950: 103 e 104, e Maria Helena Nunes, 1951: 12 a 17). Mais longe ainda foi Adriano Moreira, que considerava que nenhum crime político podia ser ponderado para a declaração da habitualidade, quer o delinquente tivesse cometido apenas crimes políticos quer os tivesse cometido comuns e políticos, invocando para o efeito a intenção do legislador da reforma prisional de tratar separadamente os delinquentes comuns e os políticos e limitando a sujeição dos delinquentes políticos ao regime dos presos comuns por força da regra implícita no artigo 142 da reforma prisional aos delinquentes políticos que cometessem crimes comuns com fim político e isto somente enquanto não fossem criados os estabelecimentos especiais para este tipo de delinquentes (Adriano Moreira, 1945 a: 154 a 157, e 1954 a: 223 a 225, e, com idêntica conclusão, António Manuel Pereira, 1949: 76, e Boaventura de Sousa Santos, 1967: 130). Ao invés, Marcello Caetano e Cavaleiro de Ferreira defenderam inicialmente uma posição favorável a esta ponderação, embora manifestassem reservas *de iure condendo*. Contudo, estes autores mudariam posteriormente de opinião. Assim, Marcello Caetano manifestou, nas lições de 1937, “sérias dúvidas” sobre a tradicional exclusão dos crimes políticos para a declaração da habitualidade, considerando, por um lado, que a disposição do § 4 do artigo 5 da Lei de 20.7.1912 ainda estava em vigor e, por outro, que a reforma prisional não afastava a ponderação dos crimes políticos para a declaração da habitualidade (Marcello Caetano, 1937: 140 a 142), mas decidiu-se dois anos depois pela não ponderação dos crimes políticos, com base precisamente no argumento de que o referido § 4 do artigo 5 da Lei de 1912 ainda se mantinha em vigor, o que permitia reparar a “injustiça que poderia resultar de incluir para a declaração de habitualidade os crimes políticos” (Marcello Caetano, 1939 a: 368). Também Cavaleiro de Ferreira mudou de parecer nesta questão, defendendo nas suas lições de 1941 posição próxima da de Marcello Caetano em 1937, isto é, que o artigo 109 da reforma prisional não excluía a habitualidade criminosa, embora parecesse que devia antes ser seguido o critério da lei de 1912 (Cavaleiro de Ferreira, 1941: 178), mas ponderando nas lições de 1961 que a tradição favorável ao tratamento especial dos delinquentes políticos e a natureza distinta dos crimes comuns e dos crimes políticos exigiam que o legislador tivesse previsto, em disposição expressa, a habitualidade nos crimes políticos, o que o legislador não fez, do que se devia concluir pela não ponderação destes crimes para a declaração da habitualidade (Cavaleiro de Ferreira, 1961: 53).

¹²³⁹ Beleza dos Santos, 1945: n. 2854, p. 98, e 1953: 25, 38 e 52, Jacinto Duarte, 1963: 111, Antunes Varela, 1966 b: 29, António Leitão, 1967: 84, Mário Almeida Costa, 1972 a: 8 e 9, Soreto de Barros, 1984: 27, 28 e 31, António Almeida Costa, 1989: 419 e 420, e Figueiredo Dias, 2001: 100 e 101, mas contra Augusto d’Oliveira, 1938: 7, e António Preto, 1955: 190. Esta preponderância do fim preventivo especial era particularmente notada na própria evolução da execução da pena, que ficava condicionada pela conversão interior do delinquente, mais do que pela estrita observância dos regulamentos do

expectativas do legislador. Desde cedo, foi criticada pela doutrina a insensibilidade dos tribunais ao ideário da reforma prisional, procedendo de uma forma superficial, rotineira e empírica à classificação dos arguidos e só muito raramente recorrendo à perícia sobre a personalidade do delinquentes antes da determinação da sanção.¹²⁴⁰

Acresce que as reformas processuais e institucionais complementares da reforma prisional não foram realizadas. Nem a divisão da audiência de julgamento em dois momentos distintos, um anterior e outro posterior à declaração da culpa, de molde a permitir a individualização judicial da pena sustentada em uma “observação psico-bio-sociológica” do arguido,¹²⁴¹ nem a instituição de um serviço social alargado de assistência prisional e pós-prisional foram concretizadas.¹²⁴²

Mas a causa mais grave para aquele desfasamento foi outra. Na prática, a prisão posterior ao cumprimento da pena aplicada aos autores de crimes políticos foi prolongada indefinidamente com base em uma ordem de prisão preventiva emanada do director da PVDE ou do próprio ministro do interior, sendo conhecidos casos em que ela se manteve por mais de nove, dez e onze anos além do termo da pena judicialmente

estabelecimento prisional (José Beleza dos Santos, 1951: 62, Adriano Moreira, 1954 a: 209, Roberto Pinto e Alberto Ferreira, 1955: 88, e Roberto Pinto, 1958: 28).

¹²⁴⁰ Para a crítica da prática judiciária e a necessidade da sua alteração, Cavaleiro de Ferreira, 1938 a: 137, 162 e 164, Caetano Soares de Oliveira, 1938: 49 e 56, Ary dos Santos, 1938: 218 e 219, Vasco da Gama Fernandes, 1939: 10, 39, 40 e 52, Luiz de Pina Guimarães, 1944: 13, Augusto d’ Oliveira, 1946: 187 a 190, 200 e 201, Rodrigo Rodrigues, 1950: 37, 38, 52, 53 e 76, Maria Helena Nunes, 1951: 27 e 28, Mário Bigotte Chorão, 1960: n. 8, p. 208, Joaquim Leal de Oliveira, 1961: 90, 101 e 129, José Guardado Lopes, 1964: 42 e 43, Augusto de Seabra, 1967: n. 20, p. 78, Roberto Pinto, 1968: 260 e 261, e, em crítica directa aos Institutos de Criminologia, o próprio ministro da Justiça, Mário Júlio de Almeida Costa, 1968: 12.

¹²⁴¹ A favor desta reforma do processo penal manifestaram-se Beleza dos Santos, 1953: 52 e 53, 1958: 20 e 21, e, em termos algo distintos, 1962 b: 75, Mário Bigotte Chorão, 1960: n. 8, p. 207, Joaquim Leal de Oliveira, 1961: 82 a 89 e 132, Carlos Meira, 1963: 57 a 64 e 71, e 1966: 18 a 20, Joaquim Mendes Belo, 1963: 39 a 43, Jacinto Duarte, 1963: 241 a 246, 250 a 252, 286 a 288, Eduardo Correia, 1966 b: 287, Augusto de Seabra, 1967: n. 20, pp. 98 e 99, e n. 21, p. 112, Mário Almeida Costa, 1968: 8 e 9, mas contra Jorge Ribeiro de Faria, 1959: 28 e 29. A questão foi também discutida no âmbito da comissão nomeada para estudar a extinção das prisões comarcãs e dos julgados, por iniciativa de Eduardo Correia, que defendeu de novo a *césure* do processo penal em duas partes como pressuposto de uma reforma penitenciária racional e económica (BAPIC, n. 24, 1969, pp. 126, 127 e 140, e sobre a conexão da extinção das prisões comarcãs com a instalação de um regime efectivo de observação dos arguidos, Mário Almeida Costa, 1969 b: 16 e 17, e 1973 b: 9 e 10).

¹²⁴² A importância deste serviço social e a repercussão negativa da sua falta foram postas em relevo por Beleza dos Santos, 1932: 17 a 19, e 1950: 208, Augusto d’ Oliveira, 1938: 15, Renato Gonçalves Pereira, 1948: 252 a 257, Eduardo Correia, 1953 b: 327 e 328, 1961 b: 350 a 359, 369 a 373, e 1966 b: 289 e 290, Amândio Anes de Azevedo, 1958: 79 a 82, Jorge Ribeiro de Faria, 1959: 47 e 48, e 1960: 61 e 62, Mário Bigotte Chorão, 1960: n. 8, pp. 210 a 217, Joaquim Leal de Oliveira, 1961: 125 e 126, Roberto Pinto, 1963: 25 a 27, Jacinto Duarte, 1963: 282 a 286, e Maria Crucho de Almeida, 1971: 20 e 21. Nem mesmo o conjunto das instalações penitenciárias projectadas pela reforma foi concluído, sendo especialmente sentida a falta dos estabelecimentos para a selecção dos presos (José Beleza dos Santos, 1950: 205 a 207, e Luís Carvalho e Oliveira, 1953: 46, 50 e 51).

decretada ¹²⁴³ ou foi aplicada depois de o arguido ter sido absolvido ou despronunciado

¹²⁴³ Cfr. a ficha de Fernando Quirino na PVDE: “mandado restituir à liberdade pelo TME por ter terminado a pena, em 25.7.35. Continua à disponibilidade desta policia”, solto apenas em 22.1.1940, in Comissão, 1981: 42; a ficha de José Maria Videira: “Em 6.9.939 deu entrada nesta directoria o mandado de soltura que por despacho do Exm. Director de 22.9.939, foi determinado que se mantivesse em prisão preventiva, até que seja julgada oportuna a sua restituição à liberdade, em virtude de se tratar de um elemento perigoso e indesejável”, solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 48; a ficha de Manuel da Rosa Alpedrinha: “Foi mandado soltar em 8.6.35 pelo T.M.E. por ter terminado a pena em que foi condenado, continuando preso à ordem desta Polícia por ordem de S. Ex. o Ministro do Interior”, solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1981: 50; a ficha de António Carlos Castanheira: preso em 17.2.1934, condenado em 14.4.1935 na pena de cinco anos de desterro em local a fixar pelo governo, na multa de 10.000\$00 e na perda de direitos políticos por 5 anos, mas solto apenas em 4.10.1945, in Comissão, 1981: 81 e 82; a ficha de Virgílio Martins: “terminou o cumprimento da pena que lhe tinha sido imposta pelo T.M.E. continuando em prisão preventiva. Of. dos S.P.S. n. 237 de 8.3.938”, solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1981: 149; a ficha de Armindo de Figueiredo: condenado em 15.7.1933 na pena de dois anos de degredo, preso em 22.9.1934, de novo julgado e condenado em 31.7.1936 na pena de seis meses de prisão, dada por expiada com a prisão sofrida, mas solto apenas em 9.10.1944, in Comissão, 1981: 151; a ficha de Fernando Carvalho da Cruz: “Terminou o cumprimento da pena em 5.9.938, continuando em prisão preventiva, conforme nota dos S.I.L. de 3.9.938”, solto apenas em 15.7.940, in Comissão, 1981: 166; a ficha de Sérgio Vilariques: preso em 8.11.1934, condenado em 20.3.1935 na pena de 23 meses de prisão correccional, sendo-lhe levada em conta a prisão já sofrida, mas solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 171; a ficha de Militão Ribeiro: preso em 13.7.1934, condenado em 6.4.1935 na pena de 12 meses de prisão e solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 172; a ficha de Alfredo Caldeira: preso em 22.11.1933, condenado em 20.8.1934 na pena de 690 dias de prisão correccional e solto em 10.12.1935, mas “preso na mesma data pela S.P.S. recolhendo à 1ª esquadra”, faleceu no dia 1.12.1938 na colónia penal de Cabo Verde, in Comissão, 1981: 197; a ficha de Pedro dos Santos Soares: “Terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 16.10.936 continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 199; a ficha de José Tavares de Almeida: preso em 20.2.1935, condenado em 6.7.1935 na pena de 22 meses de prisão correccional, a que se descontou 136 dias de prisão preventiva, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1981: 205; a ficha de Manuel da Graça: preso em 8.2.1935, condenado em 4.3.1936 na pena de cinco anos de desterro com um ano de prisão no lugar do desterro, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1981: 206; a ficha de Luiz da Cunha Taborda: “terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 24.1.37, continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1981: 209; a ficha de Acácio José da Costa: “terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 6.9.936, continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 14.10.1944, in Comissão, 1981: 210; a ficha de Jaime Francisco: “terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 25.3.37, continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1981: 213; a ficha de Luiz Martins Leitão: preso em 18.5.1935, condenado primeiro a uma pena de 90 dias e depois a outra de quatro anos de prisão, solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1981: 215; a ficha de Henrique Artur Ochseberg: “terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 7.4.937 continuando em prisão preventiva conforme nota n. 999 da SPS de 3.7.937”, solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 216; a ficha de Oliver Branco Bartolo: “terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 17.4.37, continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1981: 217; a ficha de Felipe José da Costa: “Logo em 15.10.940 deu entrada nesta Policia o mandado de soltura, que, por haver inconveniente, foi determinado que se mantivesse em prisão preventiva, por despacho do Exm. Director de 24.10.940”, solto apenas em 30.12.1945, in Comissão, 1981: 218; a ficha de Américo Gonçalves de Sousa: “Terminou o cumprimento da pena que lhe tinha sido imposta pelo T.M.E., continuando em prisão preventiva. Of. n. 70 da S.P.S. de 24.1.938”, solto apenas em 15.7.1940, in Comissão, 1981: 222; a ficha de Joaquim Faustino de Campos: preso em 18.10.1935, condenado em 23.10.1936 na pena de 540 dias de prisão correccional, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1981: 225; a ficha de Tomaz Ferreira Rato: preso em 1.11.1935, condenado em 23.6.1936 na pena de vinte meses de prisão correccional, mas solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1981: 226; a ficha de Julio de Melo Fogaça: “Terminou a pena imposta pelo T.M.E. em 13.8.936, continuando em prisão preventiva”, solto apenas em 24.6.1940, in Comissão, 1981: 232; a ficha de Antonino Francisco: “Em 19.7.941, deu entrada nesta Directoria o mandado de soltura, que, por haver inconveniente, continua em prisão preventiva, em conformidade com o despacho de S. Ex. o Director de 23 do mesmo mês”, solto em 25.12.1941, in Comissão, 1982: 49 e 50; a ficha de

Armando Martins de Carvalho: “Em 8.5.940, deu entrada nesta Directoria o mandado de soltura, que em conformidade com o despacho do Exm. Director de 9.5.940, não foi dado cumprimento, por presentemente haver inconveniente na sua libertação”, solto apenas em 1.2.1942, in Comissão, 1982: 52; a ficha de Artílio Batista: “Tendo terminado o cumprimento da pena a que fôra condenado e por isso, fique apenas 6 meses em prisão preventiva e no regime anteriormente citado, visto ser mal comportado e reincidente na preparação de fugas de outros presos, conforme despacho do Exm. Director de 16.1.39”, solto em 16.7.1939, in Comissão, 1982: 73 e 74; a ficha de Carlos da Conceição Galau: preso em 16.10.1936, condenado em 27.1.1937 na pena de dois anos de prisão correcional, mas solto apenas em 6.1.1946, in Comissão, 1982: 146; a ficha de Saúl Gonçalves: preso em 19.12.1936, condenado em 17.2.1937 na pena de cinco anos de degredo, mas solto apenas em 12.1.1946, in Comissão, 1982: 163; a ficha de Francisco do Nascimento: preso pela segunda vez em 11.10.1937, condenado em 15.3.1939 na pena de três anos de degredo, tendo falecido na colônia penal de Cabo Verde em 15.11.1943, in Comissão, 1982: 204; a ficha de Domingos Alves de Oliveira: preso em 19.6.1937, condenado em 29.6.1938 na pena de quatro anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 240; a ficha de Joaquim Marques: preso em 7.7.1937, condenado em 7.12.1938 na pena de quatro anos de degredo, mas solto apenas em 12.11.1945, in Comissão, 1982: 242; a ficha de Joaquim Pires Jorge: condenado em 17.7.1939 na pena de dois anos de prisão correcional, dada por expiada com o tempo de prisão preventiva, mas “por despacho do Exmo. Director de 27.7.1939 foi determinado que continue em prisão preventiva até ulterior resolução”, solto em 24.6.1940, in Comissão, 1982: 244; a ficha de Ernesto da Graça Marques: preso em 28.10.1937, condenado em 26.4.1938 na pena de cinco anos de degredo, mas solto em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 271; a ficha de Domingos Tavares: preso em 28.10.1937, condenado em 26.4.1938 na pena de cinco anos de degredo, mas solto em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 272; a ficha de Alberto Emílio de Araújo: preso em 22.11.1937, condenado em 29.4.1939 na pena de 24 meses de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva sofrida, mas solto apenas em 16.11.1945, in Comissão, 1982: 281 e 282; a ficha de Francisco Rodrigues Barbas: preso em 17.8.1938, condenado em 12.4.1939 na pena de quatro anos de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 315 e 316; a ficha de António Manuel Bugio: preso em 28.8.1938, condenado em 6.5.1939 na pena de quatro anos de prisão correcional, mas solto apenas em 31.7.1945, in Comissão, 1982: 317; a ficha de José Duarte: preso em 3.12.1938, condenado em 29.8.1939 na pena de três anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 322; a ficha de Augusto Valdez: preso em 13.1.1938, condenado em 2.4.1938 na pena de quatro anos de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva, mas solto apenas em 1.2.1946, tendo tentado duas evasões, a primeira sendo recapturado no mesmo dia e a segunda dois meses depois, in Comissão, 1982: 342 e 343; a ficha de Augusto Alves Macedo: preso em 2.12.1939, condenado em 18.5.1940 na pena de quatro anos de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva sofrida, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 345 e 346; a ficha de Francisco Manuel Duarte: preso em 1.12.1939, condenado em 18.5.1940 na pena de dois anos de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva sofrida, mas solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1982: 348; a ficha de Manuel Afonso: preso em 11.5.1939, condenado em 3.6.1939 na pena de dois anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 367; a ficha de António Atayde e Melo: preso em 5.6.1939, condenado em 17.1.1940 na pena de dois anos e seis meses de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 377; a ficha de Joaquim Ferreira: preso em 15.9.1939, tendo sido condenado à revelia em 2.9.1938 na pena de quatro anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 380; a ficha de Ludgero Pinto Bastos: preso em 1.12.1939, condenado em 18.5.1940 na pena de vinte meses de prisão correcional, com desconto da prisão preventiva sofrida, mas solto apenas em 1.2.1943, in Comissão, 1982: 383; a ficha de José Marques: condenado em 28.8.1940 na pena de quatro anos de degredo, mas solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1984: 45; a ficha de João Pedro Leitão: condenado em 10.1.1940 na pena de três anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1984: 46; a ficha de Cândido Pólvora: condenado em 30.3.1940 na pena de três anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1984: 47; a ficha de Augusto Damas: condenado em 11.8.1940 na pena de três anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1984: 50; a ficha de Levindo da Costa: condenado em 21.8.1940 na pena de três anos de degredo, mas solto apenas em 20.2.1945, in Comissão, 1984: 57; a ficha de Manuel André Fontainhas: “Em 6.9.939 deu entrada nesta Directoria o mandado de soltura, que por despacho do Exm. Director de 22.9.939, foi determinado que se mantivesse em prisão preventiva até que seja julgado oportuna a sua restituição à liberdade, em virtude de se tratar de um elemento perigoso e indesejável”, solto apenas em 24.2.1940, in Comissão, 1984: 161; a ficha de José

pelo tribunal.¹²⁴⁴ Só em 1945 se pôs fim a esta prática policial de detenção arbitrária.

5. A reforma da jurisdição penal aduaneira e da marinha mercante

A segunda grande reforma da organização judiciária e do processo penal posterior à aprovação da nova Constituição da República consistiu na reorganização do contencioso aduaneiro, a que o legislador procedeu através da aprovação do Decreto n. 31.664, de 22.11.1941, e da concomitante revogação do antigo Decreto n. 2, de 27.9.1894.

Os órgãos com poder jurisdicional de primeira instância passaram a ser o auditor fiscal e o director de alfândega, aquele no continente e este nas ilhas adjacentes, concentrando a lei nova em juízes singulares todo o poder jurisdicional de primeira instância, incluindo o de aplicar as penas legalmente previstas de prisão até um ano e de desterro até dois anos.¹²⁴⁵

O auditor fiscal, que podia ser um juiz de direito ou delegado do procurador da República ou ainda, nos tribunais das alfândegas insulares, o respectivo director, preparava e julgava todas as infracções cometidas na área da cidade sede da respectiva

Costa Junior: “Terminou o cumprimento da pena em 19.12.1936, continuando preso como medida preventiva”, solto apenas em 8.8.1937, in Comissão, 1987: 154).

¹²⁴⁴ Cfr. a ficha de Rafael Pinto da Silva na PVDE: “Julgado pelo T.M.E. em 3.4.36, tendo sido absolvido, continuando preso à ordem desta Polícia”, faleceu na colónia penal de Cabo Verde em 22.9.1937, in Comissão, 1981: 228; e a ficha de Albino Coelho Junior: preso em 9.12.1936, despronunciado e solto pelo T.M.E em 2.4.1937, preso a 10.4.1937 pela polícia, solto em 23.4.1937 e preso de novo pela polícia em 21.7.1937, não voltando a ser apresentado em tribunal e falecendo na colónia penal de Cabo Verde em 11.8.1940, in Comissão, 1982: 157.

¹²⁴⁵ A pena de prisão aplicável conjuntamente com a da multa tinha sido suprimida pela base 3^a do Decreto n. 2, de 27.5.1911 e era agora retomada na sequência da proposta da doutrina (Renato Lopes Cantista, 1940: 115 a 119). A pena de prisão podia elevar-se a dois anos, quando a pena prevista no artigo 17 concorresse com a prevista no artigo 151, isto é, quando à pena de multa acrescia a de prisão até um ano por se verificarem determinadas agravantes e o arguido não pagava a pena de multa (Rebelo Teixeira, 1942: 124). A pena de prisão prevista no artigo 17 não podia, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, ser substituída por multa nos termos do artigo 22 do Decreto n. 1, de 15.9.1892, pois ela era imposta precisamente no caso de se verificarem as circunstâncias agravantes mais censuráveis (Lopes Cardoso, 1954: 75).

alfândega e zona urbana circundante e julgava as infracções cometidas na área da respectiva circunscrição aduaneira. As infracções cometidas na zona das restantes estâncias aduaneiras e fora delas eram investigadas e, excepcionalmente, julgadas pelos chefes de delegações e postos extra-urbanos, pelos comandantes das secções da guarda fiscal e pelos chefes das secções de finanças.

A nova secção de contencioso aduaneiro do Supremo Tribunal Administrativo tinha competência como tribunal de segunda instância, mas a secção era composta por dois juizes tirados das outras secções do tribunal e um juiz privativo, que podia ser um “licenciado em direito de reconhecida idoneidade”, de livre nomeação pelo presidente do conselho (artigo 2, § 1 do Decreto-Lei n. 31.663, de 22.11.1941).

A nova lei previa uma forma de processo comum e cinco formas de processo sumário.

O corpo de delito era feito pela autoridade fiscal instrutora, registando-se as declarações dos autuantes, dos participantes, dos arguidos e das testemunhas, e terminava com um despacho de indicição ou não indicição, que julgava subsistente o auto de notícia ou fundada a participação.¹²⁴⁶ Consagrava-se expressamente a recorribilidade do despacho de indicição, que a lei anterior omitia, sendo o processo público desde a notificação deste despacho. Só após o trânsito do despacho de indicição podia o arguido contestá-lo, indicando também testemunhas.¹²⁴⁷ A inquirição era feita pela mesma autoridade fiscal que tinha instruído o processo, diante das partes e dos seus advogados, com registo escrito dos depoimentos. Finda a produção de prova, que podia ser amplamente completada pela autoridade fiscal, os autuantes e os arguidos alegavam por escrito.

Encerrada a instrução da causa, o processo devia ser remetido ao auditor para

¹²⁴⁶ A deficiência das participações elaboradas pela guarda fiscal fronteiriça e da investigação nestes postos já tinha suscitado a proposta da doutrina de criação de um tribunal em cada posto fronteiriço, constituído por um juiz singular e pelo chefe da secção local da guarda fiscal, funcionando este como magistrado do Ministério Público (Renato Lopes Cantista, 1940: 122 e 123). Por outro lado, “sucede muitas vezes que os arguidos se conformam com o pagamento da multa e não contestam porque a constituição dum advogado no Pôrto ou Lisboa lhes acarreta muitas despesas”, pelo que o novo tribunal facilitaria também o exercício dos direitos da defesa (Renato Lopes Cantista, 1940: 126).

¹²⁴⁷ A jurisprudência decidia, com o acordo da doutrina, que a escolha entre a contestação e o recurso do despacho de indicição devia orientar-se pelo seguinte critério: sendo a prova feita no processo deficiente, devia contestar-se, de modo a reforçar a prova, e sendo ela suficiente, mas tendo sido mal valorada, devia recorrer-se do despacho de indicição. No caso de processo com mais de um arguido, em que uns agravassem e outros pretendessem contestar, o prazo da contestação começava a contar desde a data da notificação do acórdão que julgasse o agravo depois da baixa do processo (Rebello Teixeira, 1942: 129, e Guerra de Moraes, 1956: 150 e 151).

que fosse proferida sentença. O auditor controlava a regularidade do processo e a suficiência da prova produzida na instrução, podendo ordenar a baixa do processo à autoridade instrutora se o entendesse necessário. No caso contrário, o auditor dava vista ao representante da Fazenda Nacional e proferia em seguida a sentença com base na prova produzida nos autos, podendo condenar, tal como previa a lei geral, por crime diverso do da indicição, mesmo mais grave, desde que os elementos constitutivos do facto fossem factos que constassem do despacho de indicição.¹²⁴⁸

A regulamentação das formas de processo sumário era em parte inovadora. A previsão da prolação de um despacho de indicição, com “efeito de julgamento definitivo” (artigo 114), quando tivesse havido uma apreensão e não fosse conhecido o delinquente,¹²⁴⁹ ou quando a infracção não fosse punível com pena de prisão, demissão ou suspensão, os delinquentes tivessem sido notificados e não tivessem contestado ou não tivessem interposto recurso,¹²⁵⁰ decorria do direito anterior, tal como o julgamento imediato pelo próprio apreensor em caso de flagrante delito de apreensão a que não correspondesse multa superior a 100\$00, realizada dentro da zona fiscal da fronteira terrestre, em localidade em que não houvesse autoridade fiscal competente para instruir o respectivo processo.

Ao invés, a previsão do julgamento imediato pelo auditor ou, quando a infracção não fosse punível com pena de prisão, suspensão ou demissão, pela autoridade fiscal instrutora, tendo as partes declarado sujeitar-se ao julgamento, com redução a escrito dos depoimentos, era inovadora, alargando consideravelmente a competência judicativa da autoridade instrutora e admitindo ou mesmo impondo em certos casos a interposição de recurso ordinário.¹²⁵¹

Também a forma de processo sumário resultante da liquidação em qualquer

¹²⁴⁸ A doutrina não admitia a aplicabilidade em processo penal aduaneiro do disposto no artigo 448 do CPP, argumentando que a convalidação para infracção menos grave dependia de os seus elementos constitutivos constarem do despacho de indicição, embora defendendo também que o indiciado como criminalmente responsável pudesse ser condenado apenas como civilmente responsável (Lopes Cardoso, 1954: 193 e 194).

¹²⁴⁹ Se não houvesse recurso no prazo de cinco dias a contar da afixação do edital, a autoridade instrutora apenas ordenava a arrematação do produto apreendido, não devendo fixar nesse despacho qualquer multa (Rebello Teixeira, 1942: 128).

¹²⁵⁰ Neste caso, o despacho de indicição tinha o efeito de julgamento definitivo quer tivesse havido ou não apreensão. Decorrido o prazo do recurso, a autoridade instrutora fixava o montante da multa, se não houvesse lugar a recurso obrigatório.

¹²⁵¹ No caso de alguns dos réus se sujeitarem ao julgamento imediato e os restantes se oporem ou não estarem presentes, o julgamento devia ser feito de acordo com a forma ordinária (Guerra de Morais, 1956: 199).

momento da responsabilidade do arguido, a pedido deste, foi regulamentada em termos inovadores. Ao invés do direito anterior, o pedido de liquidação correspondia a uma mera “confissão dos factos”, cumprindo ao julgador decidir ainda de direito, com recurso ordinário e extraordinário dessa decisão, independentemente do valor da causa.

A lei não inovava em relação ao regime dos recursos ordinários, mantendo-se o objecto do recurso e os poderes do tribunal de recurso muito amplos, tal como no direito anterior.¹²⁵² Diferentemente, o regime dos recursos extraordinários era substancialmente alterado, ampliando-se a antiga “revisão” oficiosa, introduzindo-se um novo meio de impugnação, também designado por revisão, e alargando-se o prazo para a interposição do recurso extraordinário fundado em violências de oito para dez dias.

Assim, a anterior “revisão” oficiosa das decisões condenatórias em que fosse aplicada pena de suspensão ou demissão foi substituída por um regime amplo de obrigatoriedade do recurso ou, caso não fosse interposto este recurso, de subida oficiosa de todas as sentenças condenatórias nas referidas penas, bem como do despacho de indiciação com efeito de julgamento definitivo notificado editalmente e do despacho de não indiciação, sempre que a multa aplicável tivesse determinado valor, das decisões condenatórias e absolutórias proferidas em pedidos de liquidação e de julgamento imediato, quando não fossem proferidas pelo auditor e a multa aplicada ou aplicável, consoante os casos, tivesse determinado valor, e ainda das decisões absolutórias proferidas pelo auditor, sempre que a multa aplicável tivesse determinado valor.

Por outro lado, o novo recurso de revisão tinha lugar quando não tivesse havido recurso ordinário ou extraordinário e tivessem ocorrido violências ou injustiça notória, preterição de formalidades essenciais ou denegação de recurso ou quando, sendo caso de recurso obrigatório, não tivesse sido ordenada a subida dos autos. O recurso de revisão só podia ser interposto no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão ou do fim do prazo para subida do recurso obrigatório e era julgado nos mesmos termos do recurso extraordinário, podendo, designadamente, ser agravada até ao dobro a pena do recorrente se os factos alegados fossem absolutamente inexactos e destituídos de verdade.

¹²⁵² No entanto, firmou-se a jurisprudência de que “não é lícito, por atentatória do princípio geral da imutabilidade da acusação, a alteração da indicação para delito mais grave, em recurso exclusivamente interposto pelos indiciados” (Guerra de Morais, 1956: 160). Por outro lado, o tribunal superior manteve a prática de sindicar a suficiência dos elementos de prova produzida nos autos com vista à condenação, mesmo em relação a arguidos condenados e não recorrentes (Guerra de Morais, 1956: 175 e 206).

Os défices do direito anterior relativos à estrutura do processo comum eram agravados pela lei nova nos casos em que não havia acordo das partes no sentido de a autoridade instrutora proceder ao julgamento dos factos ou esse acordo não era legalmente admitido por o facto ser punível com pena de prisão, suspensão ou demissão e a autoridade instrutora não ser o auditor fiscal nem o director de alfândega. Nestes casos, nenhuma prova se produzia diante do auditor fiscal, decidindo ele com base apenas na prova registada nos autos e depois de ter apreciado previamente a regularidade e a suficiência da instrução.

Ao invés, em todos os restantes casos em que a lei admitia o acordo das partes para que a autoridade instrutora julgasse os factos e este acordo se verificasse, a natureza sumária do julgamento, que se seguia imediatamente à apreensão, permitia a salvaguarda dos princípios da imediação e da acusação.

A multiplicação dos meios extraordinários de impugnação da decisão final correspondia a uma tentativa frustrada do legislador de compensar aquele agravamento da posição processual do réu. Com efeito, a reserva da iniciativa do novo recurso de revisão ao representante da Fazenda Nacional anulava completamente o efeito prático deste novo meio de impugnação, confiando apenas à administração fiscal a promoção da defesa dos interesses dos réus lesados.

O alargamento do recurso obrigatório constituía, afinal, a mais significativa inovação introduzida em matéria de recursos, mas também ela foi concebida essencialmente em benefício da administração fiscal, com vista a evitar o trânsito de despachos de não indicição e de decisões absolutórias em causas com um certo valor económico, fossem as decisões proferidas pelas autoridades instrutoras ou mesmo pelos auditores. Com efeito, o recurso obrigatório do despacho de indicição com efeito de julgamento definitivo tinha um âmbito mais restrito do que o do recurso do despacho de não indicição, já que o recurso do despacho de indicição só era obrigatório quando este despacho tivesse sido notificado editalmente, com base no pressuposto de que a notificação feita ao réu era sempre suficiente para que ele assumisse a sua defesa, pressuposto que não valia para o recurso do despacho de não indicição, que se impunha mesmo tendo havido notificação do representante da Fazenda Nacional e diante da inércia deste. Por outro lado, também o recurso obrigatório das decisões condenatórias proferidas nos pedidos de liquidação e julgamento imediato tinha um

âmbito mais restrito do que o das decisões absolutórias, uma vez que o recurso da decisão absolutória era obrigatório sempre que a multa aplicável fosse superior a 5.000\$00 e só o era da decisão condenatória se a multa aplicada fosse superior a 5.000\$00.¹²⁵³

A situação processual do arguido só era verdadeiramente beneficiada pela autonomização da sua defesa em primeira instância em relação à prestação de caução, salvo quando esta lhe fosse arbitrada ou o respectivo reforço fosse exigido, e pela ampla faculdade de substituição da prisão preventiva pela prestação de caução pelos detidos em flagrante pela prática de delitos fiscais puníveis com pena de prisão ou multa que, acrescida dos direitos e impostos em dívida, fosse superior a 500\$00, pelos indiciados como autores, participantes ou encobridores de delitos fiscais a que fosse aplicável pena de prisão e pelos detidos com domicílio no estrangeiro.¹²⁵⁴ Acresce que aos arguidos com termo de identidade que deixassem de comparecer perante a autoridade instrutora sem justificação da falta também podia ser imposta a prestação de caução e, caso não a prestasse, a prisão preventiva, que só podia manter-se por despacho de um juiz de direito, fosse ele o auditor fiscal de Lisboa e do Porto ou o juiz da comarca, e pelo período de oito dias contados da captura até à notificação do despacho de indicição mesmo para os arguidos não caucionados, com a única excepção dos detidos com domicílio no estrangeiro.¹²⁵⁵ Em perfeita conjugação com estas opções, o legislador facilitou a prestação da caução, prescindindo da anterior fixação pelo máximo da multa e dos direitos. A caução passou a ser fixada em importância que não fosse inferior a metade do máximo da multa aplicável, acrescida dos direitos ou impostos em

¹²⁵³ Este reforço da posição processual da administração aduaneira correspondeu a um alargamento da incriminação penal, quer pela nova concepção subjacente ao delito de contrabando, quer devido à introdução dos novos crimes de fraude às garantias fiscais e de oposição a exames e verificações, quer ainda por força dos princípios da punição pessoal de cada agente da infracção e da equiparação da punição do crime consumado com a do tentado e do frustrado e da punição do autor com a do cúmplice e do encobridor, que substituíram o anterior regime de responsabilidade solidária pelo pagamento da multa de todos os participantes na infracção (Rebelo Teixeira, 1942: 118, Cavalheiro Manso, 1951: 238 a 243, António José de Lima, 1952: 216 e 217, Lopes Cardoso, 1954: 38 a 40, 54, 123 a 128)

¹²⁵⁴ Amadeu Martins, 1956: 140. Não era exigível a prestação de caução aos que fossem presos em flagrante delito ou transgressão fiscal punível apenas com multa, acrescida dos direitos e impostos em dívida, inferior a 500\$00. A estes suspeitos era apenas exigível a prestação de termo de identidade e residência. Ainda assim, a doutrina criticava a prestação da caução no caso em que a infracção fosse punível com multa superior a 500\$00, mas os objectos apreendidos cuja perda não fosse de decretar garantissem a multa e as outras importâncias devidas, sugerindo que aquele valor deveria ser elevado para o máximo da multa das transgressões fiscais, isto é, 5.000\$00 (Lopes Cardoso, 1954: 168).

dívida e do valor das mercadorias ou meios de transporte que não se encontrassem apreendidos, mas cuja perda a lei decretasse, sendo que aqueles direitos e impostos eram os correspondentes às mercadorias objecto da infracção se fossem regularmente desalfandegados e já não, como anteriormente, os direitos fixados pelo valor da pauta máxima, que tornavam “muitas vezes as multas incomportáveis” e, portanto, “incobráveis pelo seu exagero”, como se reconhecia no preâmbulo da lei nova. O regime das medidas de coacção favorável ao arguido era ainda completado pela imputação de toda a prisão sofrida antes da condenação, quer no caso de condenação em pena de prisão quer no de conversão da multa em pena de prisão.¹²⁵⁶

Dois anos depois de ter aprovado a reforma do contencioso aduaneiro, o legislador publicou o Decreto-Lei n. 33.252, de 20.11.1943, que aprovava o novo Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante.

O novo código realizou uma reforma importante do direito penal da marinha mercante, substituindo a distinção entre crimes, delitos e contravenções, considerada pelo legislador como uma “distinção empírica” e sem fundamento jurídico, pela distinção entre crimes marítimos e comuns, feita em função da “natureza das infracções”, sendo crimes marítimos apenas aqueles que “directamente se relacionam com o exercício da função marítima”, como se dizia no preâmbulo do diploma, ou que tivessem “uma íntima relação com a vida do mar”, como dispunha o artigo 126.¹²⁵⁷

Em consequência da referida reforma do direito penal da marinha mercante, a constituição dos tribunais marítimos foi alterada, incluindo, como anteriormente, o capitão do porto, que presidia, um oficial da marinha e um capitão da marinha mercante, mas sendo o segundo vogal substituído pelo juiz de direito no julgamento de crimes puníveis com pena maior de prisão celular ou degredo.¹²⁵⁸

A nova estrutura da forma de processo era semelhante à do CPP, embora

¹²⁵⁵ Esta doutrina foi fixada no despacho do sub-secretário de Estado das finanças, de 7.1.1943, e era seguida pelos comentadores e pelos tribunais (Lopes Cardoso, 1954: 166, e Guerra de Moraes, 1956: 162 e 166).

¹²⁵⁶ Nos termos da doutrina fixada pelo despacho do sub-secretário de Estado das finanças, de 7.1.1943 (Amadeu Martins, 1956: 141, e Guerra de Moraes, 1956: 161).

¹²⁵⁷ Sobre o sentido desta modificação da competência dos tribunais marítimos, Nascimento Rodrigues, 1964: 47. As faltas à disciplina da marinha mercante, que anteriormente integravam o ilícito criminal administrativo, passaram a ser objecto da tutela disciplinar dos superiores hierárquicos, convertendo o legislador o ilícito criminal administrativo em ilícito disciplinar (parecer da Comissão Constitucional n. 1/81, p. 111, e o parecer n. 7/82, p. 215).

¹²⁵⁸ Relacionando a introdução do juiz de direito na composição do tribunal com o alargamento da sua competência criminal, o parecer da Comissão Constitucional n. 7/82, p. 216.

fossem introduzidas muitas normas especiais com vista a “simplificar a marcha do processo”.

Assim, o processo em primeira instância dividia-se em três fases distintas, a instrução, a dedução da acusação e da contestação e o julgamento.

A instrução do processo consistia na realização do corpo de delito pelo capitão do porto, pelo delegado marítimo ou pelo capitão do navio e terminava com a remessa dos autos pelo instrutor ao capitão do porto, quando este não tivesse instruído o processo, e a posterior remessa dos autos pelo capitão do porto ao tribunal marítimo competente. Neste o promotor deduzia acusação ou promovia o arquivamento dos autos, pronunciando-se em seguida o presidente do tribunal sobre a promoção, recebendo ou não os autos para julgamento e podendo ordenar oficiosamente a realização prévia de diligências.¹²⁵⁹

O julgamento processava-se com a presença obrigatória do réu,¹²⁶⁰ mantendo-se o poder discricionário do tribunal de recolha de novos meios de prova e reduzindo-se o âmbito da leitura inicial das peças do processo de modo a que os depoimentos das testemunhas faltosas prestados na instrução só fossem lidos depois de terem deposto as presentes e se a parte não prescindisse dessa leitura. Depois de terem deposto, as testemunhas presentes podiam ser confrontadas com o seu depoimento escrito nos autos a fim de o esclarecer ou completar.

A prova produzida em julgamento não era registada e o tribunal julgava em definitivo da matéria de facto “segundo a sua consciência, com plena liberdade de apreciação” (artigo 265), podendo condenar por incriminação diversa da da acusação, ainda que mais grave, desde que os seus elementos constitutivos fossem factos da acusação, e conhecer oficiosamente das circunstâncias da reincidência e da sucessão de infracções.

¹²⁵⁹ O arguido não dispunha, pois, de qualquer fase de instrução contraditória (Nascimento Rodrigues, 1964: 83).

¹²⁶⁰ No entanto, a prisão preventiva só era obrigatória no caso do arguido a quem fosse aplicável pena maior fixa de prisão ou degredo, do arguido acusado de crime punível com pena maior e que já tivesse sido condenado duas ou mais vezes por igual crime e do preso que tivesse fugido da prisão ou a quem fosse quebrada a caução, sendo admissível a prestação de caução pelos arguidos a que fosse imputada infracção punível com pena superior a seis meses de prisão correcional e impondo-se apenas termo de identidade e residência ao arguido preso em flagrante delito por infracção punível com pena até seis meses de prisão correcional ou equivalente. Acrescente-se que, à imagem do direito comum, o prazo de oito dias de prisão preventiva até ao recebimento da acusação só começava a contar a partir do momento da apresentação do arguido à autoridade marítima, mas a detenção anterior era imputada na pena aplicada a final.

Eram admitidos embargos de esclarecimentos para o tribunal e recurso das decisões do juiz presidente e dos acórdãos do tribunal para o Supremo Tribunal Militar, sendo aplicável o regime de processamento dos recursos neste tribunal. Era obrigatória a interposição de recurso quando fosse imposta pena maior fixa de prisão celular ou degredo, quando o réu fosse declarado delinquente de difícil correcção ou quando o acórdão fosse igual ao que no mesmo processo tivesse sido anulado por errada classificação do crime, por falta de aplicação ou errada graduação da pena.

Se o desrespeito pelo princípio da imediação se mantinha em termos substancialmente idênticos aos do direito anterior, a prolação da pronúncia pelo presidente do tribunal, conjugada com a composição mais restrita deste, punha o princípio da acusação ainda mais gravemente em causa do que no direito anterior. Embora se mantivessem as restrições do direito anterior relativas ao teor do relatório final do presidente do tribunal e à fixação da ordem da votação dos membros do colectivo, o poder de influência do presidente do tribunal cresceu na medida da diminuição do número de membros do tribunal de que fazia parte.

O objecto do recurso e os poderes do tribunal de recurso eram os fixados na lei processual penal militar, permitindo o recurso para o Supremo Tribunal Militar o conhecimento officioso das nulidades da sentença recorrida e do processo pelo tribunal de recurso e, designadamente, a insuficiência da instrução probatória da causa e a coerência lógica da decisão sobre a matéria de facto. A delimitação subjectiva era feita de acordo com o princípio do não aproveitamento do recurso interposto pelo réu ao seu co-réu.

Os poderes do tribunal de recurso eram, em regra, limitados à cassação da decisão recorrida. Quando o recurso tinha a natureza de um recurso de substituição o tribunal estava limitado pela regra da proibição da *reformatio in pejus*.

Assim, no julgamento das nulidades da sentença relativas aos vícios da decisão de direito o tribunal superior mandava proferir nova sentença pelo mesmo tribunal, mas composto por diferentes membros, cabendo recurso obrigatório da segunda decisão no caso de este tribunal não se conformar com a decisão superior sobre a questão de direito e julgamento definitivo pelo tribunal superior em sessão plena.

No julgamento das nulidades da composição ilegal do conselho, da inobservância das regras de competência, da preterição de formalidades substanciais para

a boa administração da justiça ou por qualquer outro fundamento previsto no elenco legal, o Supremo Tribunal Militar podia mandar reformar o processo pelo mesmo tribunal marítimo, que seria composto por novos membros, ou por outro tribunal.

Este sistema de recursos garantia minimamente a sindicância dos gravames cometidos pela instância ao princípio da imediação, por força do amplo poder de controlo oficioso da insuficiência probatória conferido ao tribunal de recurso, bem como dos gravames cometidos ao princípio da acusação, por força do poder de conhecimento oficioso da alteração do objecto do processo e da coerência lógica da decisão sobre a matéria de facto. As garantias do recorrente eram ainda reforçadas pela proibição da *reformatio in pejus*, por força da remissão legal para as regras de julgamento em segunda instância da lei processual militar, e pelo regime da imputação da prisão preventiva, fixado nos mesmíssimos termos consagrados para o direito processual comum pelos Decretos ns. 29.636, de 27.5.1939, e 30.484, de 1.6.1940, cumulando deste modo o recorrente os benefícios das leis militar e civil.

Capítulo 9 °

A Consagração do

Paradigma Judiciário Autoritário

1. A reforma da organização judiciária e do processo penal de 1945/1948

O Estatuto Judiciário de 1944 constituiu um ponto de chegada do processo de reestruturação da organização judiciária dos últimos dezoito anos. O diploma, aprovado pelo Decreto-Lei n. 33.547, de 23.2.1944, consagrou as inovações introduzidas de um

modo casuístico pela ditadura militar e pelo Estado Novo ao longo dos anos.

A questão mais premente com que se debateu o legislador foi a dos tribunais inferiores, que constituía tradicionalmente um problema “difícil”, pois, por um lado, “não pode pensar-se na criação de tantos tribunais de comarca, servidos por outros tantos magistrados de carreira, quantos os necessários para satisfazerem as necessidades da população” e, por outro lado, a comodidade dos povos exige a existência “de mais organismos julgadores do que os tribunais de comarca existentes”. Contudo, o legislador concluiu que os julgados municipais “não teem correspondido inteiramente ao que se esperava deles”, sobretudo devido à falta de preparação técnica dos magistrados municipais, e decidiu por isso manter os julgados nos concelhos com vias de acesso à sede de comarca morosas ou difíceis, mas também prever a possibilidade de se extinguirem os julgados “quando os interesses da justiça o aconselharem” (artigo 2, § 1) e, simultaneamente, conferir o exercício dessa magistratura ao conservador do registo predial do respectivo concelho.

A competência para julgar causas crimes em primeira instância dividia-se neste novo Estatuto entre o tribunal colectivo, o juiz de direito, o tribunal de pequenos delitos e o juízo municipal.

O tribunal colectivo era composto por dois juízes de direito no mínimo e pelo conservador do registo predial, podendo o ministro da justiça designar qualquer funcionário público idóneo licenciado em direito, quando se verificassem circunstâncias impeditivas atendíveis relativas ao conservador,¹²⁶¹ e tinha competência para o julgamento dos crimes a que correspondesse processo de querela, dos crimes de carácter político, de responsabilidade ministerial e dos abusos de liberdade de imprensa, independentemente da sua forma de processo, com a única ressalva dos crimes praticados por ausentes, que eram julgados pelo juiz da comarca.

¹²⁶¹ O legislador reconheceu mais tarde, no preâmbulo do Decreto-Lei n. 37.047, de 7.9.1948, que esta solução para o problema da sobrecarga dos juizes das comarcas era conseguida “à custa da diminuição do próprio tribunal colectivo”. Além deste inconveniente, Barbosa de Magalhães (1955: 354) temia os “abusos tremendos” decorrentes do regime de substituição do conservador predial, que permitia a nomeação pelo governo de qualquer funcionário público diplomado em direito. Por sua vez, Cláudio Olympio (1944: ano 6, p. 154) receava que as habituais relações dos conservadores com as populações e com os interesses locais prejudicassem a imparcialidade do tribunal. As críticas à intervenção dos conservadores no tribunal colectivo chegaram mesmo à Assembleia Nacional, tendo os deputados Joaquim Gualberto de Sá Carneiro e Bustorff da Silva censurado esta forma de constituição do tribunal colectivo, que se tinha revelado “sem qualquer vantagem para a justiça e com manifesto incómodo para esses funcionários” (in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 88, de 13.2.1947, pp. 543 e 548).

Ao juiz de direito competia a preparação e o julgamento dos processos por infracções que não fossem da competência de um juízo especial e ao juiz dos tribunais de pequenos delitos competia julgar sumariamente os presos em flagrante delito por algum dos crimes especificados na respectiva legislação especial e a presidência a exames, autópsias e exames periciais.

O juiz municipal estava subordinado hierarquicamente ao juiz de direito da comarca a que pertencesse a sede do julgado e tinha competência para preparar e julgar, sem alçada, os processos sumários, de transgressões e de polícia correcional, salvo se tivesse de intervir o tribunal colectivo, bem como para preparar os restantes processos até à querela ou à queixa e, no caso de arguidos presos, até à pronúncia provisória.

Deste modo, o legislador criava aparentemente um novo tribunal e suprimia definitivamente um outro. Por um lado, o novo tribunal de pequenos delitos não constituía um verdadeiro órgão jurisdicional autónomo, pois as funções de titular deste tribunal e as de juiz auxiliar de investigação criminal de Lisboa e do Porto eram inerentes às de director e adjuntos da polícia de investigação criminal. Por outro, despojado de quase toda a sua competência desde 1932 e desamparado da protecção constitucional desde 1933, o tribunal de júri foi finalmente suprimido. O modelo judiciário liberal sofria o derradeiro golpe.

Foi preciso esperar pela entrada de um novo ministro para a pasta da Justiça, o Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira, para que o legislador consagrasse em forma de lei o paradigma judiciário do Estado Novo.

A consagração deste novo paradigma caracterizou-se por uma conformação do processo penal substancialmente distinta da anterior e pela introdução de uma orgânica judiciária radicalmente diferente.¹²⁶²

A renovação da estrutura do processo incidiu particularmente na introdução do princípio da acusação e no estabelecimento de uma relação de domínio funcional do Ministério Público sobre a polícia judiciária, que substituiu a polícia de investigação criminal.¹²⁶³

¹²⁶² É sintomático deste espírito de ruptura a circunstância de o legislador, desrespeitando uma previsão inserida na própria lei aprovadora do código de 1929, não ter inserido as disposições da reforma de 1945 no texto do código.

¹²⁶³ O autor material da reforma identificou três objectivos dogmáticos e de política judiciária da mesma: a restauração do princípio acusatório na promoção do processo, o impedimento da diluição da actividade de instrução por órgãos administrativos e pelas polícias, sem fiscalização superior de uma magistratura, e a ampliação da instrução contraditória (Cavaleiro Ferreira, 1986 a: 38).

O legislador considerou que a estrutura do processo estava “demasiadamente apegada a directrizes já ultrapassadas pela doutrina”, o que se tinha ficado a dever, por um lado, à preeminência do propósito do legislador do código de compilar e clarificar a legislação anterior mais do que de a reformar e, por outro, à íntima ligação dessa estrutura às instituições penais antiquadas e à organização judiciária de então.

A necessidade da reforma era justificada pela ponderação prática da “insuficiência da instrução processual” conduzida por um juiz, em face da circunstância de que um terço dos crimes cometidos não eram julgados, e da consideração teórica de que o anterior sistema processual determinara um “regresso ao tipo de processo inquisitório”, devido à acumulação da instrução e do julgamento na competência do juiz e à “redução a puro formalismo da actuação do Ministério Público”.¹²⁶⁴

A solução consagrada pelo legislador foi a de uma nova distribuição de poderes na instrução, reservando o domínio da instrução preparatória ao Ministério Público, que se encontrava sujeito aos princípios da legalidade e da verdade material e sob fiscalização hierárquica, quer oficiosa, quer provocada pelo denunciante.¹²⁶⁵ Ao

¹²⁶⁴ O preâmbulo do diploma legal identificava, com rigor, o vício fundamental do sistema anterior: “O juiz, presentemente, é ao mesmo tempo, além de julgador, acusador público, substituindo-se nessa função ao Ministério Público, e órgão de polícia criminal, enquanto dirige a recolha das provas da infracção destinadas a fundamentar a acusação. Prescindindo do facto de ser difícil desempenhar satisfatoriamente funções, pelo menos, parcialmente antagónicas, é ainda de considerar que desta sorte se desvirtua a função judicial. Há-de revelar-se oposição entre o zelo na investigação dos crimes, na procura da verdade entre os artificios, evasivas e dificuldades criadas pelos imputados e a serenidade e calma que tem de presidir a todo o julgamento”.

¹²⁶⁵ O ministério do interior ensaiou nas vésperas da reforma uma tentativa de modificação das disposições que regiam o processo preparatório, propondo a atribuição à Polícia de Segurança Pública de competência para a direcção da instrução, mas o novo ministro da justiça opôs-se-lhe, considerando-a um “pequeno e limitado remédio” e argumentando que colocaria o Ministério Público em uma relação de dependência fáctica em relação à polícia, tornando aquela magistratura de facto inútil (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 46). Ao invés, a tese defendida pelo ministro da justiça de atribuição da direcção da instrução preparatória ao Ministério Público representava uma verdadeira “carta de alforria” desta magistratura, que anteriormente não passava de uma “sombra, de uma ficção jurídica” (Francisco José Velozo, 1955: 14), por um lado, e por outro, punha fim ao “absurdo processual do juiz que prepara e julga processos” (Aquilino Ribeiro, 1946 b: 85, e também assim os deputados Armando Cândido e Joaquim Gualberto de Sá Carneiro na Assembleia Nacional, concluindo o primeiro “A calma de julgar deixa de ser perturbada pela luta de conseguir a verdade, pela veemência de investigar”, e o segundo “O decreto-lei n. 35.007 contém a inovação fundamental de subtrair a instrução do processo ao juiz. Também aplaudo essa providência, pois, alheado da fase instrutória, o juiz decidirá o feito mais serenamente”, in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 87, de 12.2.1947, p. 529, e n. 88, de 13.2.1947, p. 542, mas contra a amplitude dos poderes do Ministério Público na fase instrutória, que não se encontraria, aliás, na maior parte das comarcas do país em condições de assumir tal responsabilidade, o deputado Cancela de Abreu, in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 87, de 12.2.1947, pp. 524 e 525). O autor da reforma de 1945 caracterizou o novo processo penal como um processo que aceitava o princípio da acusação, na medida em que a prossecução penal cabia a uma entidade diferente do julgador, mas em que o objecto do processo e a prova não se encontrava na disponibilidade das partes, tendo o corpo de delito e a instrução contraditória uma “função orientadora no julgamento”, isto é,

juiz cabiam nesta fase apenas “funções de quase-jurisdição” e, designadamente, a decisão sobre a determinação e a manutenção da prisão preventiva e de outras medidas restritivas da liberdade individual,¹²⁶⁶ cessando a sua competência para determinar no final da instrução preparatória que o Ministério Público deduzisse acusação ou alterasse a acusação deduzida. Deste modo, o novo diploma revogava implicitamente o disposto no corpo do artigo 351¹²⁶⁷ e tornava inaplicável o disposto no artigo 346 do CPP à fase de instrução preparatória.¹²⁶⁸

A titularidade da instrução preparatória pelo Ministério Público era conjugada,

servindo apenas como “base para um critério seguro de ordenação da prova em julgamento” (Cavaleiro Ferreira, 1955: 43, 46 e 53, e 1986 a: 38). Também assim, Gomes da Silva (1952: 15, sistema misto “embora com predomínio do princípio acusatório”). Ao invés, Eduardo Correia (1956: 23) considerava que o tipo de processo adoptado tinha uma “estrutura delineada sobre a base de um acusatório-formal, ainda que misto com uma integração do princípio inquisitório”, pronunciando-se favoravelmente à consagração deste modelo, que se justificava “com particular razão” no nosso sistema, em que “intervindo o juiz instrutor, de novo, como julgador na fase final, poderia vir a ser dominado pelos prejuízos e posições tomadas na instrução” (Eduardo Correia, 1954: 13), mas criticando a atribuição de funções substancialmente judiciais ao Ministério Público a partir de 1945 como uma “solução perigosa, mas cuja eliminação implicaria revolucionar todo o processo penal” (Ministério da Justiça, 1966 b: 233). Diferentemente, Castanheira Neves (1968: 39, 40 e 133) considerava que, embora o sistema de 1945 tivesse tido “a intenção de realizar de uma forma mais pura o princípio da acusação”, o regime inicial do CPP de controlo da instrução preparatória pelo juiz estaria mais de acordo com os princípios da legalidade, da acusação e da publicidade, uma vez que o Ministério Público se tinha tornado um “órgão directamente dependente do Poder Executivo”. De igual modo, Figueiredo Dias sustentou que o princípio da acusação foi restaurado em 1945, “à custa, porém, de atribuir a uma magistratura dependente e hierarquicamente estruturada funções e poderes que implicam intromissões na esfera das liberdades do cidadão, sem ao mesmo tempo se ter preocupado, até ao ponto conveniente, com a concessão de formas de controlo judicial minucioso daqueles poderes e funções” (Figueiredo Dias, 1971 c: 74, e 1976 b: 106), mantendo-se por isso “a crença nos méritos do sistema dito «misto» ou «inquisitório mitigado», como resultava da insuficiente protecção do direito de defesa, na acentuada «governamentalização» do ministério público, no âmbito excessivo conferido à sua competência e na recusa de fiscalização judicial da sua actividade, nomeadamente quando ela se intromete na esfera dos direitos fundamentais das pessoas” (Figueiredo Dias, 1974: 87, 124 e 263, e 1983 a: 195). Assim, o direito processual ganhou em 1945 apenas uma “aparência liberal” (Figueiredo Dias, 1988 b: 54). Também apontando no sentido desta crítica, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 65, António Barreiros, 1981a: 82 a 87, e 1983 c: 76, Castro e Sousa, 1984 b: 182, e Anabela Rodrigues, 1988 a: 67.

¹²⁶⁶ O Ministério Público definiu, com a concordância do ministro da justiça por despacho de 17.1.1946, várias competências que só cabiam ao juiz no exercício destas funções, tais como aplicar as multas e as indemnizações a que se referia o artigo 91 do CPP, determinar a prisão correcional prevista no artigo 93 do CPP, admitir o assistente e suspender o processo nos termos do artigo 3 do CPP. Para a crítica desta decisão, Carrapêto dos Santos, 1947: 27 a 30.

¹²⁶⁷ A Procuradoria-Geral da República tomou posição, em um parecer de 4.7.1950, homologado pelo ministro da justiça, no sentido de que o artigo 351 do CPP estava revogado. Em tal caso, o denunciado podia reclamar e o juiz devia ordenar a subida dos autos à Procuradoria da República, nos termos do artigo 28 do Decreto-Lei n. 35.007, aplicável por interpretação extensiva (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 1195 e 1196). Neste sentido opinaram também, Frederico Almeida Baptista, 1958: 420, António de Campos, 1960: 213 e 214, e Manso-Preto, 1964: 61 a 64. Contra manifestaram-se Soares Carneiro, 1949: 44 e 45, Abel de Campos, 1951: 307 e 308, e Caramona Ribeiro, 1963: 321, por contraposição com a nota ao artigo 350.

¹²⁶⁸ António Silva Machado, 1946: 35, Simões Correia, 1947: 211, Silva e Sousa, 1959: 96, Caramona Ribeiro, 1963: 317, Laurentino Araújo e Gelásio Rocha, 1972: 514, e Maia Gonçalves, 1972: 508.

por um lado, com a introdução da obrigatoriedade da instrução judicial contraditória no processo de querela e da faculdade de o Ministério Público requerer essa instrução no processo correcional ¹²⁶⁹ e, por outro, com a ampliação do fim da instrução com vista à “investigação completa da verdade e até a melhor organização de defesa”. ¹²⁷⁰ Contudo, as diligências de prova na instrução contraditória encontravam-se vedadas às partes processuais quando o juiz considerasse a sua assistência “incompatível com o êxito ou finalidade das diligências” (artigo 39, § único). ¹²⁷¹

A renovação da estrutura do processo implicou também a fixação dos termos de uma nova relação de domínio do Ministério Público sobre a polícia, a que procedeu o Decreto-Lei n. 35.042, de 20.10.1945, estabelecendo uma relação de dependência funcional da polícia para com o Ministério Público. ¹²⁷²

Ponderando criticamente o isolamento institucional da Polícia de Investigação Criminal, que actuava até então à luz de leis substantivas e processuais próprias, o legislador extinguiu esta polícia e criou a Polícia Judiciária, com competência para a instrução preparatória nos crimes cometidos nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, bem como para a instrução de certos crimes mais graves, cometidos em acumulação com outros ou em diferentes localidades do país ou por organizações criminosas, encontrando-se em qualquer caso o despacho final de arquivamento ou de os autos

¹²⁶⁹ O propósito do legislador foi o de que “nos processos de querela os eventuais defeitos de inquisitorialidade da instrução sejam ainda corrigidos na fase instrutória” (Cavaleiro Ferreira, 1956 b: 174). Logo no início da vigência do novo diploma, discutiu-se se a lei exigia a produção da prova da acusação na instrução contraditória, tendo-se afastado essa opinião e considerado que a obrigatoriedade fixada na lei era apenas a da abertura da instrução, mesmo quando nenhuma diligência houvesse para requerer (Aquilino Ribeiro, 1946 a: 24, José Osório, 1947 a: 17, e Luiz da Rocha Mota, 1948: 81, e, nos tribunais, o acórdão essencial do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16.12.1948, in RJ, ano 33, 1949, pp. 214 a 216). Também não vingou a opinião de que o Ministério Público tinha apenas a faculdade e não a obrigatoriedade de requerer a instrução contraditória nos processos de querela (Raul Davim, 1946: 30).

¹²⁷⁰ O fundamento dogmático da nova concepção da instrução contraditória era o da natureza “idêntica” da instrução preparatória e da contraditória, considerando-se assim ilegítima a praxe que destinava aquela “quase exclusivamente a fundamentar uma acusação” e esta “destinada à realização de diligências favoráveis à defesa” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 b: 149 e 150). Consequentemente, a instrução contraditória “pode ser usada pelo arguido ou em favor da defesa, mas pode ser também utilizada pela acusação para acumular as provas da culpabilidade” (José Osório, 1947 a: 16, e, também nestes mesmos termos, Luiz da Rocha Mota, 1948: 75). O artifício da pronúncia provisória mantinha-se, pois, intacto na nova legislação, sendo até reforçada a natureza complementar da instrução contraditória em relação à instrução preparatória.

¹²⁷¹ Esta disposição era ignorada pelos tribunais, que admitiam a presença das partes (Adelino da Palma Carlos, 1954: 160), e foi mesmo considerada inconstitucional por violação do disposto no artigo 8, n. 10, da Constituição de 1933, quer no que toca à proibição da participação do arguido quer no que respeita à assistência do defensor (Figueiredo Dias, 1974: 433, 434 e 489) e, posteriormente, por violação do disposto no artigo 32, n. 4 da nova Constituição da República (Maia Gonçalves, 1978: 434, e Castro e Sousa, 1985: 195).

¹²⁷² Cavaleiro Ferreira, 1955: 113 e 114.

aguardarem melhor prova sob fiscalização oficiosa ou provocada do Ministério Público.¹²⁷³

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 tribunal competente “dentro do prazo de quarenta e oito horas após a detenção” (artigo 254, § 2, do CPP na redacção do Decreto-Lei n. 34.564, de 2.5.1945), que só podia ser prorrogado pelo Ministério Público pelo prazo máximo de cinco dias. Deste modo, o legislador punha de vez cobro à velha prática da detenção para averiguações.¹²⁷⁴

O prazo da prisão sem culpa formada sofria também uma redução significativa

¹²⁷³ À fiscalização da actividade da polícia suscitada pelo denunciante que tivesse a faculdade de se constituir assistentes acrescia a fiscalização oficiosa dos despachos finais de arquivamento e mandando aguardar melhor prova proferidos nos processos de querela ou correcional, através da relação trimestral enviada ao Procurador da República para confirmação ou alteração das decisões. Com esta fiscalização pretendia-se integrar no regime processual comum a investigação da polícia, de modo a evitar, como acontecia antes de 1945, “uma instrução preparatória estranha aos fins do processo penal”, isto é, a realização de actos de investigação e a tomada de decisões finais pela polícia à revelia da magistratura do Ministério Público (Cavaleiro Ferreira, 1955: 112 e 113, e Eduardo Correia, 1954: 22). Não é, pois, correcta a afirmação de António Barreiros (1981 a: 85, e 1989: 19 e 20), segundo a qual a competência da Polícia Judiciária para arquivar autos de instrução preparatória corresponderia a “uma autêntica «amnistia» por via administrativa, quanto aos crimes que não fosse oportuno investigar”.

¹²⁷⁴ A questão colocou-se logo em Maio de 1946. O Grémio da Lavoura de Santo Tirso, com o apoio de vários organismos congéneres, solicitou ao ministro o esclarecimento da competência das autoridades administrativas e, designadamente, do presidente da câmara e do regedor, em matéria de investigação criminal e de detenção em face da novíssima legislação. A Direcção Geral da Justiça emitiu uma informação a 6.5.1946, no sentido de que estas autoridades administrativas não tinham perdido a competência conferida pelo artigo 80, n. 11, do Código Administrativo, mas os presos sem culpa formada deviam agora ser presentes ao juiz no prazo máximo de 48 horas. O ministro da justiça mandou ouvir a propósito desta informação a Procuradoria Geral da República, que, em parecer votado no Conselho Consultivo a 30.5.1946, sustentou a doutrina daquela informação, com a qual também se veio a conformar o ministro, mandando comunicar a informação e o parecer aos organismos interessados e ao ministério do interior (BOMJ, ano VI, 1946, n. 37, pp. 451 a 456). Mais tarde, o ministro da justiça determinou, por despacho de 21.1.1947, que os prazos do artigo 21 do Decreto-Lei n. 35.007, que remetiam para os fixados pela nova redacção do § 2 do artigo 254 do CPP desde 1945, não deviam ser contados em duplicado pelo facto de o detido ter sido apresentado sucessivamente a diferentes autoridades (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 1235). No mês seguinte, o parecer da Procuradoria Geral da República, de 25.2.1947, que foi aprovado por despacho do ministro da justiça de 26.11.1947, esclareceu que o prazo da prisão preventiva sem culpa formada do artigo 273 do CPP se devia contar a partir do momento da apresentação do detido em juízo e que este momento coincidia com o da apresentação ao juiz para validação da prisão, que devia ocorrer no prazo máximo de cinco dias após a primitiva detenção (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 1290 e 1291). Já depois de abandonar as suas funções ministeriais, Cavaleiro de Ferreira defendeu uma interpretação mais restritiva do prazo da prisão preventiva sem culpa formada, fixando o seu termo inicial não no momento da apresentação do detido ao juiz para validação da detenção, mas no da sua colocação pela autoridade policial à disposição do Ministério Público (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 431, mas contra Rui Vieira Miller, 1965: 117 a 120, em defesa da posição inicial do ministro). Em 1979, Cavaleiro de Ferreira apresentou uma terceira interpretação, ainda mais restritiva, daquele mesmo preceito, considerando que ao prazo máximo para apresentação do detido ao juiz para validação da detenção devia adicionar-se o prazo da instrução

relativamente aos crimes cuja investigação não fosse da exclusiva competência da Polícia Judiciária nem lhe fosse deferida. Por força da fixação de um prazo máximo para realização da instrução preparatória com o réu detido de quarenta dias no processo de querela e de vinte dias nas outras formas de processo, o prazo máximo de prisão sem culpa formada em relação aos crimes que não fossem investigados por aquela Polícia passou a ser de quarenta e cinco dias.¹²⁷⁵

Simultaneamente, o legislador expurgou da competência da polícia toda a matéria de julgamento, subtraindo ao director da nova Polícia Judiciária a competência para conhecer de pequenos delitos, que o director da Polícia de Investigação Criminal tinha nos termos da legislação complementar do CPP aprovada em 1929.

A expurgação desta competência para julgamento da polícia correspondia à segunda vertente do novo paradigma judiciário. A implementação de uma nova orgânica judiciária tinha como meta fundamental a jurisdicionalização e a integração na orgânica judiciária civil dos tribunais e órgãos policiais e militares com competência penal. Além da supressão da competência jurisdicional da polícia de investigação, o legislador extinguiu igualmente, pelo Decreto-Lei n. 35.044, também de 20.10.1945, o Tribunal Militar Especial, atribuindo a sua competência a um órgão jurisdicional novo, de composição civil.

O diploma criava nas comarcas de Lisboa e Porto um tribunal criminal, um tribunal correccional e um tribunal de polícia, fixando uma forma especial de funcionamento do tribunal criminal como tribunal plenário.

preparatória com preso (Cavaleiro de Ferreira, 1979: 301, e, já anteriormente concluindo assim, Francisco Correia das Neves, 1955: 186 e 187).

¹²⁷⁵ Esta foi, como se referiu já, a doutrina defendida por último por Cavaleiro de Ferreira e era a única admissível em face da revogação parcial tácita dos artigos 337 e 273 do CPP, na redacção dada pelo Decreto-Lei n. 34.564, de 2.5.1945, operada pelo artigo 22 do Decreto-Lei n. 35.007, de 13.10.1945, mas a prática seguiu a doutrina inicialmente defendida pela Procuradoria Geral da República e pelo ministro da justiça em 1947, isto é, a de que o prazo máximo de prisão preventiva sem culpa formada nos processos relativos a crimes cuja investigação não competisse à Polícia Judiciária era de cinquenta dias, apresentando o Ministério Público, em regra, o detido ao quinto dia subsequente ao da primitiva detenção (Rui Vieira Miller, 1965: 120, Salgado Zenha, 1968: 59, Salgado Zenha e Duarte Vidal, 1974: 37). No entanto, em face das dificuldades resultantes da diminuição significativa dos prazos para a conclusão da instrução preparatória com réu preso, que já anteriormente constituíam “para os juizes quase letra morta” (José Carapêto dos Santos, 1947: 38), a lei nova foi interpretada pelo Ministério Público, na circular da Procuradoria Geral da República de 2.1.1946, como permitindo ao procurador da República prorrogar o prazo da conclusão da instrução preparatória com preso, tendo o ministro da justiça concordado com este entendimento por despacho de 17.1.1946 (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 1154), não implicando, contudo, esta prorrogação administrativa do prazo da instrução preparatória a prorrogação do prazo máximo de três meses fixado no § 1 do artigo 368 do CPP para a pronúncia definitiva nem um alargamento do prazo taxativo da detenção (Alves Branco, 1949: 162, e Rui Vieira Miller, 1965: 114).

Este tribunal era composto pelo desembargador presidente e pelos dois juizes mais antigos dos respectivos juizes criminais e tinha competência para julgar todos os crimes contra a segurança exterior e interior do Estado e os de responsabilidade ministerial, os crimes de imprensa, bem como os crimes de açambarcamento, especulação e contra a economia nacional e os processos de querela quando “em virtude da sua importância” a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, sob proposta da Procuradoria Geral da República, mandasse avocar o seu julgamento ao tribunal plenário.¹²⁷⁶

Os crimes de imprensa cometidos nas comarcas de Lisboa e do Porto eram julgados pelo tribunal plenário e no resto do país pelos tribunais comuns.¹²⁷⁷ A competência territorial do tribunal plenário para conhecer dos outros crimes do elenco legal abrangia a área do respectivo distrito judicial.

A preparação dos processos de querela ou correccionais julgados pelo plenário cabia ao juízo criminal.¹²⁷⁸

¹²⁷⁶ Logo após a entrada em vigor do novo diploma, colocou-se a questão de saber se a competência do tribunal plenário para conhecer dos crimes de açambarcamento, especulação e contra a economia nacional dependia de proposta do procurador geral da República e de decisão do Supremo Tribunal de Justiça, tendo este Alto Tribunal firmado jurisprudência em sentido positivo no acórdão de 26.6.1946 (in BMJ, n. 35, p. 302) e o artigo 28 do Decreto-Lei n. 35.809, de 16.8.1946, consagrado explicitamente esta jurisprudência. A organização dos tribunais criminais de Lisboa e do Porto, a criação do tribunal plenário e o âmbito da sua competência não deixaram de ser objecto de crítica na doutrina (“Cabe aqui perguntar porque razão se deve considerar mais respeitado e justo o veredictum do Plenário, do que o do Colectivo do Criminal ?” ... “Portanto, se há defeitos na organização dos tribunais de prova constituídos só com juizes togados, não traz o Plenário nem mais segurança, nem mais autoridade”, “Fica o Tribunal na dependência do Procurador, da sugestão da imprensa ou de qualquer outra indicação”, Cláudio Olympio, 1946: 90 e 105, e “Esta disposição verdadeiramente revolucionária sujeita ... a um regime processual fluido e de ante-mão desconhecido... Constitui, de certo modo, uma intromissão do arbítrio judicial no nosso direito positivo criminal e processual”, Pedro Veiga, 1946: 40). De outra banda, também foi criticada a circunstância de a competência do tribunal plenário não ter incluído a criminalidade prevista pelo Decreto n. 14.580, de 17.11.1927, que continuava a ser atribuída a tribunais militares especiais (Lopes Moreira, 1965: 163). Não obstante o esforço de alguma doutrina para delimitar o critério de avocação dos processos, identificando-o com a “maior dificuldade” do julgamento (Gomes da Silva, 1952: 46 e 61), a consagração desta faculdade legal permitia, como já o disse Evelyne Monteiro em termos sugestivos, uma “verdadeira «cancerização» da infracção política” (*véritable «cancérisation» de l’infraction politique*, Evelyne Monteiro, 1998: 152).

¹²⁷⁷ No entanto, também foi defendida, sem sucesso, a tese da competência do plenário para julgar os crimes contra a segurança do Estado ou de responsabilidade ministerial, cometidos pela imprensa, mesmo quando tivessem sido cometidos fora das comarcas de Lisboa e do Porto, pois “aqueles crimes não deixam de ser crimes contra a segurança do estado ou de responsabilidade ministerial pelo facto de serem cometidos pela imprensa” (Arlindo Martins, 1949: 37).

¹²⁷⁸ O artigo 14 do Decreto n. 35.044 mencionava a expressão “juizes criminais” e em torno desta expressão dividiram-se inicialmente as opiniões nos tribunais, entendendo uns que esta expressão incluía os juizes dos tribunais de comarca da área territorial de cada plenário enquanto outros defendiam que a expressão da lei apenas incluía os juizes dos juizes criminais do respectivo tribunal criminal. A querela tinha uma grande relevância prática, pois da solução dada dependia a salvaguarda do princípio da acusação, na medida em que a atribuição de competência preparatória aos juizes dos tribunais das

Das decisões finais do tribunal plenário em processo de querela e correcional cabia recurso para a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça¹²⁷⁹ e das decisões do juiz instrutor dos juízos criminais sobre liberdade provisória e sobre o despacho de pronúncia ou equivalente cabia reclamação para o próprio tribunal plenário.¹²⁸⁰

O tribunal criminal, quando não funcionava em tribunal plenário, era composto pelo juiz do juízo criminal onde corria o processo e por dois juizes dos tribunais correctionais, competindo ao juiz do juízo criminal a preparação do processo de querela e ao colectivo o respectivo julgamento. O tribunal correctional preparava e julgava os processos correctionais e de polícia correctional e o tribunal de polícia, que tinha substituído o tribunal de pequenos delitos, julgava os processos sumários e de transgressões.

A reforma da organização judiciária iniciada em 1945 ficou completa três anos depois, com a publicação do Decreto-Lei n. 37.047, de 7.9.1948, que procedeu à alteração da composição e da composição do tribunal colectivo da comarca e da competência do tribunal municipal.

Ponderando a “profunda conexão” existente entre os “princípios da oralidade, concentração e directa apreciação das provas pelo julgador” consagrados no CPP de 1929 e no CPC de 1939 e a colegialidade dos tribunais de primeira instância, que

comarcas abrangidas na área do distrito judicial do plenário diminuía significativamente a possibilidade de o juiz instrutor intervir no tribunal plenário. Contudo, na prática vingou a pior solução, intervindo apenas os juizes dos juízos criminais de Lisboa e do Porto na preparação destes processos (Arlindo Martins, 1949: 33 e 34).

¹²⁷⁹ Nos processos de policia correctional julgados pelo plenário, não eram admitidos quaisquer recursos, nem reclamações, embora tivesse sido também ensaiada uma interpretação *a contrario* do artigo 16 do Decreto-Lei n. 35.044, no sentido de que nas formas de processo que não fossem as previstas nessa norma eram admissíveis os recursos normais (Arlindo Martins, 1949: 40). Por outro lado, a manutenção em vigor do Decreto n. 12.008, de 29.7.1926, no tocante às regras do processo para julgamento dos crimes de imprensa, também suscitou o problema da delimitação do objecto do recurso nestes processos, defendendo uns que o objecto do recurso se restringia à matéria de direito, como nos restantes processos do plenário, e opinando outros que ele abarcava também a matéria de facto, como mandava o Decreto n. 12.008, com a consequência de que deviam ser escritos os depoimentos prestados no plenário (Arlindo Martins, 1949: 38).

¹²⁸⁰ O deputado Cancela de Abreu, na sua intervenção já mencionada na Assembleia Nacional, criticou esta regulamentação, considerando-a “inaceitável” e sugerindo o recurso para a Relação (in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 88, de 13.2.1947, p. 525). Por seu turno, Adelino da Palma Carlos (1954: 139) notou a “estranha anomalia” de o despacho de recebimento da acusação nos processos de crimes de imprensa admitir nas comarcas de Lisboa e do Porto apenas reclamação para o tribunal plenário e nas comarcas do resto do país admitir recurso para a Relação e para o Supremo Tribunal de Justiça. A conclusão de António Barreiros (1982 a: 826) de que a reclamação era dirigida ao mesmo tribunal que proferira a decisão não é, no entanto, exacta. A reclamação subia do juiz instrutor do juízo criminal para o tribunal plenário, que era constituído por três magistrados e do qual nem sempre fazia parte o juiz reclamado, pois só quando o juiz reclamado fosse um dos dois juizes mais antigos do juízo criminal tinha assento no tribunal que decidia a reclamação.

tornava “dispensável, por inútil ou contraproducente, a existência normal de uma 2^a instância em matéria de facto”, o legislador considerou que, se o processo sumário não merecia a intervenção dispendiosa do tribunal colectivo, a alteração radical da primitiva redacção do artigo 791 do CPC de 1939, introduzida pelo Decreto-Lei n. 29.950, de 30.9.1939, “para dar mais lata aplicação aos novos princípios legislativos e facilitar, porventura, a sua incorporação nos costumes e prática forenses”, tinha-se, no entanto, revelado prejudicial, constituindo uma causa de perturbação dos serviços judiciais. Por sua vez, a tentativa de solução ensaiada no terceiro Estatuto Judiciário, de intervenção do conservador do registo predial como terceiro membro do tribunal colectivo, tinha o custo grave da diminuição da qualidade do tribunal.

A nova solução consagrada foi a do agrupamento das comarcas, com a excepção de Lisboa e do Porto, em círculos judiciais, tendo o juiz presidente do círculo a função de presidir aos tribunais colectivos das comarcas da respectiva área. O tribunal colectivo era de novo composto exclusivamente por juízes de direito, incluindo o juiz perante o qual corresse o processo e um outro da mesma comarca ou de comarca próxima como juízes adjuntos do juiz presidente do círculo. Nas causas sujeitas a processo sumário, o juiz singular deixava de julgar definitivamente as provas, em virtude da aplicação do processo sumário a causas de valor superior à alçada do juiz singular e da reposição em vigor do sistema, previsto no texto primitivo do artigo 791 do CPC, de redução a escrito da prova produzida na audiência de julgamento quando uma das partes não prescindisse do recurso.

No tocante aos juízos municipais, o legislador, prosseguindo uma opção já anteriormente tomada, não só suprimiu vários julgados municipais, como limitou a competência destes magistrados.

Assim, os juízes municipais só tinham competência para a preparação e o julgamento dos processos sumários e de transgressões e para a preparação até final da instrução dos processos correcionais e de polícia correcional, perdendo deste modo a competência para proceder ao julgamento nos processos de polícia correcional. Previasse também que o tribunal de comarca pudesse avocar qualquer processo da competência do juízo municipal em qualquer altura.¹²⁸¹

¹²⁸¹ A restrição da competência jurisdicional dos juízes municipais era, de certo modo, contrariada pelo alargamento do objecto da forma de processo sumário, previsto no artigo 36 do novo diploma. Com efeito, esta disposição previa que fossem julgados em processo sumário os crimes previstos nos capítulos

O modelo judiciário consagrado revelava uma natureza autoritária, quer no que toca à concentração de poderes jurisdicionais em órgãos não judiciais,¹²⁸² quer no que respeita à restrição da independência da magistratura judicial à liberdade na aplicação da lei.¹²⁸³ Se Oliveira Salazar deu uma constituição civil ao levantamento militar de 28 de Maio,¹²⁸⁴ Cavaleiro de Ferreira deu-lhe um paradigma judiciário novo.

A subordinação dos demais poderes constitucionais ao poder executivo, que constituía a idiossincrasia autoritária do regime constitucional do Estado Novo, tinha o seu reverso, no plano judiciário, na subordinação completa da administração da justiça ao ministro da justiça e na concentração de poderes jurisdicionais na pessoa do ministro da justiça e em órgãos judiciários e policiais hierarquicamente subordinados ao ministro.

Assim, a Polícia Judiciária e a Polícia Internacional e de Defesa do Estado foram dotadas da faculdade de determinação e manutenção da prisão preventiva pelo prazo de três meses, consagrando-se um sistema de fiscalização estritamente administrativo-hierárquico,¹²⁸⁵ e um membro de governo tinha a faculdade de prolongar

I, II e III do título III do Livro II do CP, quando lhes não correspondesse pena mais grave do que a de prisão correcional e os infractores fossem detidos em flagrante delito, e, sob as mesmas condições, os crimes previstos no capítulo V do título IV do livro II do CP cometidos em lugar público.

¹²⁸² A censura da atribuição de poderes jurisdicionais a órgãos administrativos e policiais, verdadeiros “delegados do poder executivo”, não era nova, como se viu já, e foi reiterada depois da reorganização judiciária de 1945 por vozes autorizadas como as de Adriano Moreira (1950: 156), Barbosa de Magalhães (1955: 322 e 328), Vasconcelos Abreu (1966: 15 e 16) e Francisco Sá Carneiro (1973: 22 e 23).

¹²⁸³ A interferência directa ou indirecta do poder executivo na gestão da magistratura judicial foi severamente criticada por alguma doutrina. Barbosa de Magalhães afirmava peremptoriamente que “o Poder Judicial em Portugal está na dependência do Poder Executivo” e mesmo que “a independência política do Poder Judicial é uma verdadeira blague”, encontrando-se apenas salvaguardada a liberdade de a magistratura judicial decidir sem sujeição às ordens de outras autoridades (Barbosa de Magalhães, 1955: 324, 325, 356 e 357, e já anteriormente, 1937: XXIV, e 1940 b: 18 a 30). Mais tarde, a crítica foi reiterada por Flávio Pinto Ferreira, 1972: 464 e 465, Raul d’ Andrade, 1972: 507 e 508, José Magalhães Godinho, 1972: 518, e Francisco Sá Carneiro, 1973: 10 e 11. Com razão, concluiu Figueiredo Dias que “a situação que então se vivia acabava por revelar traços indistigíveis ... do regime político autocrático então vigente; por essa via se revivendo – assim se argumentava – os perigos de uma «justiça de gabinete» visíveis em matéria tão sensíveis como a da nomeação dos juizes pelo Ministro da Justiça e a da composição e organização do Conselho Superior Judiciário, onde se tornava decisiva, em último termo, a influência do Executivo” (Figueiredo Dias, 1994: n. 3849, p. 355).

¹²⁸⁴ Manuel Braga da Cruz, 1988: 55 e 254.

¹²⁸⁵ Os directores e subdirectores da Polícia Judiciária procediam à validação da prisão realizada pelos inspectores em Lisboa, Coimbra e Porto. Fora destas cidades as capturas realizadas por ordem dos inspectores da Polícia Judiciária eram validadas pelo juiz da comarca. Cavaleiro de Ferreira justificou esta atribuição de competência com o facto de os inspectores da Polícia Judiciária não exercerem funções junto dos vários tribunais criminais e a validação da prisão não poder ser feita por um juiz correspondente a cada secção da Polícia Judiciária. A solução da validação judicial da prisão por juizes de turno também foi afastada, pois “seria de recear, contudo, que o exercicio da função de validação das capturas em conjunto e apressadamente a degradasse a uma vazia formalidade” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 428). Eduardo Correia reconhecia a existência de um “desvio que bem poderia ser evitado pela afectação de um

o prazo máximo de três meses de duração da prisão sem culpa formada e da instrução preparatória por dois períodos de 45 dias (artigo 9 do Decreto-Lei n. 35.042, de 20.10.1945 e artigo 1, § 1, do Decreto-Lei n. 35.046, de 22.10.1945).¹²⁸⁶

magistrado a tais funções”. O autor considerava, contudo, que a “importância da anomalia esbate-se largamente” pela circunstância de para directores e subdirectores da Polícia Judiciária serem, em regra, escolhidos magistrados judiciais e de os directores e sub-directores não terem intervenção directa na instrução (Eduardo Correia, 1954: 23). Criticando este regime, Adriano Moreira (1947 a: 51) afirmava que, em face do exercício de funções de juiz de instrução pelo sub-director da PJ, “é de presumir que se frustre com facilidade o fim da exigência legal da apresentação ao juiz, desde que se cumulam na mesma pessoa a superintendência da investigação e a competência de quase jurisdição”, lembrando mais tarde (Adriano Moreira, 1950: 144, 148, 156 e 165) que “acima da importância de vagas garantias e direitos fundamentais escritos com maiúsculas, a intervenção judicial na privação da liberdade física, se a judicatura é independente e livre, constitui o mais sólido baluarte da liberdade dos cidadãos”, razão pela qual entendia que o princípio da estrita legalidade abrangia a própria detenção como acto preparatório de uma decisão definitiva e a detenção só devia competir a autoridades judiciais. Também se manifestaram criticamente neste sentido o deputado Cencel de Abreu, na sua intervenção já referida na Assembleia Nacional, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, IV Legislatura, n. 88, de 13.2.1947, p. 525, Francisco Salgado Zenha (1947: 124, 125, 128 e 129, e 1968: 61, 62 e 69), Adelino da Palma Carlos (1962: 287), Vasconcelos Abreu (1966: 16) e Francisco Sá Carneiro (1973: 23). Este último autor colocava a questão nos seus exactos termos quando afirmava que, “embora os inspectores e funcionários superiores da polícia judiciária, mas não da DGS, note-se, tenham formação jurídica e sejam da carreira judicial, não são juizes. O juiz é o membro dum tribunal. E as polícias não são tribunais”.

¹²⁸⁶ A alargamento pelo período máximo não era, na prática, um regime excepcional e podia repetir-se uma e mais vezes em relação ao mesmo suspeito, sendo frequentemente seguido da soltura do suspeito pela polícia sem qualquer comunicação ao tribunal ou abertura de processo judicial (cfr. a ficha de José dos Santos Viegas, preso em 26.5.1952 e posto à disposição do tribunal em 13.11.1952 (Comissão, 1981: 124); a ficha de Pedro dos Santos Soares, preso em 5.12.1958 e posto à disposição do tribunal em 23.5.1959 (Comissão, 1981: 200); a ficha de Américo Gonçalves de Sousa, preso em 29.9.1955 e posto à disposição do tribunal em 23.3.1956 (Comissão, 1981: 222 e 223); a ficha de Julio Melo Fogaça, preso em 28.8.1960 e posto à disposição do tribunal em 22.2.1961 (Comissão, 1981: 233); a ficha de José Gilberto de Oliveira, preso pela terceira vez em 22.10.1965 e solto em 19.4.1966 (Comissão, 1982: 51); a ficha de Fernando Vicente, preso pela segunda vez em 18.9.1963 e solto em 14.3.1964 (Comissão, 1982: 109); a ficha de Joaquim Pires Jorge, preso em 15.12.1961 e posto à ordem do tribunal em 8.6.1962 (Comissão, 1982: 245); as fichas de Aida da Conceição Paula e Luiza da Conceição Paula, presas em 2.12.1958 e postas à ordem do tribunal em 20.5.1959 (Comissão, 1982: 371 e 374); a ficha de Edmundo Silva, preso em 7.6.1958 e solto em 1.12.1958, de novo preso em 28.4.1962 e solto em 12.10.1962 e de novo preso em 4.12.1963 e solto em 8.5.1964 (Comissão, 1984: 178 e 179); a ficha do advogado Manuel Dias de Andrade, preso em 27.2.1953 e solto em 20.8.1953 e de novo preso em 12.12.1955 e solto em 30.5.1956 (Comissão, 1984: 216 e 217); a ficha de João Joaquim Machado, preso em 14.5.1962 e solto em 5.11.1962 (Comissão, 1984: 278); a ficha de Fernando Piteira Santos, preso em 12.7.1945 e posto à disposição do tribunal em 5.1.1946 (Comissão, 1984: 331); a ficha do advogado Abel Dias das Neves, preso em 13.9.1954 e posto à disposição do tribunal em 9.3.1955 (Comissão, 1985: 51); a ficha do advogado Alberto Vilaça, preso em 4.12.1958 e solto em 3.6.1959 (Comissão, 1985: 60); a ficha de Inácio Francisco das Neves, preso em 31.3.1947 e solto em 30.9.1947 (Comissão, 1985: 168); a ficha do advogado Mário Alberto Nobre Lopes Soares, preso em 12.5.1961 e posto à disposição do tribunal em 2.11.1961 (Comissão, 1985: 68); a ficha de António Simões de Abreu, cuja sexta detenção policial durou de 30.9.1961 a 30.3.1962, data em que foi solto (Comissão, 1985: 185); a ficha de Óscar dos Reis Figueiredo, cuja terceira detenção policial durou de 16.7.1958 a 2.1.1959, data em que foi posto à ordem do tribunal (Comissão, 1985: 189); a ficha de João António Honrado, cuja quarta detenção durou de 26.4.1962 a 19.10.1962, data em que foi posto à ordem do tribunal (Comissão, 1985: 194); a ficha de Lucinda Mendes, cuja segunda detenção durou de 5.12.1958 a 29.5.1959, data em que foi posta à ordem do tribunal (Comissão, 1985: 226); a ficha de Alberto da Silva Proença, cuja terceira detenção policial durou de 14.7.1954 a 5.1.1955, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1985: 272 e 273); a ficha de António Campinas, cuja segunda detenção policial durou de 28.5.1948 a 5.11.1948, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1985: 319); a ficha de Maria Clementina Ventura,

presa em 24.5.1948 e posta à disposição do tribunal em 5.11.1948 (Comissão, 1985: 346); a ficha de Joaquim Martins, preso em 28.5.1948 e solto em 5.11.1948 (Comissão, 1985: 349); a ficha de Luís Dias Amado, cuja terceira detenção policial durou 4.12.1963 até 21.5.1964, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1985: 379); a ficha de Guilherme da Costa Carvalho, preso em 20.10.1948 e posto à disposição do tribunal em 14.4.1949 (Comissão, 1985: 392); a ficha de Gilberto Coutinho, preso em 22.11.1948 e posto à disposição do tribunal em 20.5.1949 (Comissão, 1985: 399); a ficha de Albino Sousa e Silva, preso em 3.12.1948 e posto à disposição do tribunal em 20.5.1949 (Comissão, 1985: 400); a ficha de Artur Faria Borda, preso em 3.12.1948 e posto à disposição do tribunal em 20.5.1949 (Comissão, 1985: 404 e 405); a ficha de Carlos Rodrigues da Costa, preso em 27.11.1948 e entregue ao tribunal em 19.4.1949 e de novo preso em 12.6.1953 e posto à disposição do tribunal em 5.12.1953 (Comissão, 1985: 407); a ficha de Álvaro Barrerinhas Cunhal, cuja terceira detenção policial durou de 25.3.1939 a 20.9.1949, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1987: 41); a ficha de Mário Henriques da Cunha, cuja segunda detenção policial durou de 9.11.1949 a 22.4.1950, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1987: 46); a ficha de João Coentro da Silva, cuja terceira detenção policial durou de 17.2.1949 a 8.8.1949, data em que foi posto à disposição do tribunal (Comissão, 1987: 49); a ficha de Diniz Miranda, preso em 23.1.1959 e entregue ao tribunal em 15.7.1959 (Comissão, 1987: 81); a ficha de Joaquim Campino, preso em 11.3.1950 e posto à disposição do tribunal em 28.8.1950 (Comissão, 1987: 160); a ficha de José Manuel Roque, preso em 4.8.1949 e posto à disposição do tribunal em 23.1.1950 (Comissão, 1987: 53); a ficha de João Tomaz Morais, preso em 17.2.1949 e posto à disposição do tribunal em 8.8.1949 (Comissão, 1987: 63); a ficha de Sofia de Oliveira Ferreira, presa em 25.3.1949 e posta à disposição do tribunal em 21.9.1949 e de novo presa em 28.5.1959 e posta à disposição do tribunal em 13.11.1959 (Comissão, 1987: 66 a 68); a ficha de Jaime dos Santos Serra, preso em 29.3.1949 e posto à disposição do tribunal em 23.9.1949 (Comissão, 1987: 69); a ficha de Georgete de Oliveira Ferreira, presa em 28.12.1954 e solta em 17.6.1955 (Comissão, 1987: 117); a ficha de Joaquim Santos Junior, cuja quinta detenção policial durou de 16.3.1964 a 12.9.1964, tendo desta data sido solto (Comissão, 1987: 167); a ficha de Maria Augusta, presa em 14.8.1962 e posta à ordem do tribunal em 5.2.1963 (Comissão, 1987: 169); a ficha de Teófilo Alberto de Matos, preso em 6.5.1950 e posto à disposição do tribunal em 1.11.1950 (Comissão, 1987: 176); a ficha de Joaquim Farracha, preso em 15.6.1953 e solto em 11.12.1953 e de novo preso em 13.11.1958 e posto à ordem do tribunal em 7.5.1959 e ainda preso em 4.10.1965 e solto em 1.4.1966 (Comissão, 1987: 193); a ficha de Severiano Falcão, preso em 30.12.1950 e posto à disposição do tribunal em 23.6.1951 (Comissão, 1987: 198); a ficha de Salvador Amália, preso em 6.10.1951 e posto à disposição do tribunal em 31.3.1952 e de novo preso em 16.8.1962 e solto em 11.2.1963 (Comissão, 1987: 222 e 223); a ficha de Alcino de Sousa Ferreira, preso em 12.2.1951 e posto à disposição do tribunal em 6.8.1951 (Comissão, 1987: 224); a ficha de José Tavares Magro, preso em 25.1.1951 e posto à disposição dos tribunais em 21.7.1951 (Comissão, 1987: 228); a ficha de Antónia Fernandes Manuel, presa em 19.10.1952 e solta em 23.3.1953 (Comissão, 1987: 235); a ficha de Carlos Augusto Gaspar, preso em 4.10.1951 e posto à disposição do tribunal em 31.3.1952 (Comissão, 1987: 237); a ficha de Henrique Galvão, preso em 8.10.1954 e posto à disposição do tribunal em 9.3.1955 (Comissão, 1988: 29); a ficha de Agostinho Neto, preso em 17.10.1961 e solto em 9.3.1962 (Comissão, 1988: 46); a ficha de Domingos Marques Lopes, preso em 29.3.1952 e posto à disposição do tribunal em 6.9.1952 (Comissão, 1988: 56); a ficha de José de Oliveira Gouveia, preso em 5.3.1955 e posto à disposição do tribunal em 30.8.1955 (Comissão, 1988: 60); a ficha de António Correia Carvalho, preso em 29.3.1956 e solto em 17.9.1956 (Comissão, 1988: 65); a ficha de Rolando Silva Henrique, preso em 23.11.1957 e posto à ordem do tribunal em 19.5.1958 (Comissão, 1988: 73); a ficha de Marcos Rolo Antunes, preso em 19.5.1958 e posto à ordem do tribunal em 11.11.1958 (Comissão, 1988: 76); a ficha de António Santo, preso em 11.11.1952 e posto à disposição do tribunal em 11.5.1953 e de novo preso em 28.5.1959 e posto à ordem do tribunal em 13.11.1959 (Comissão, 1988: 80); a ficha de António Rodrigues Canelas, preso em 11.11.1952 e posto à ordem do tribunal em 11.5.1953 e de novo preso em 25.9.1961 e posto à ordem do tribunal em 5.2.1962 (Comissão, 1988: 83); a ficha de Daniel Faustino, preso em 24.8.1953 e posto à ordem do tribunal em 15.2.1954 (Comissão, 1988: 92); a ficha de Carlos Rodrigues da Costa, preso em 27.11.1948 e entregue ao tribunal em 19.4.1949 e de novo preso em 12.6.1953 e posto à disposição do tribunal em 5.12.1953 (Comissão, 1988: 94); a ficha de Mário Sena Lopes, preso em 18.1.1961 e posto à disposição do tribunal em 30.6.1961 (Comissão, 1988: 98); a ficha de Ilídio Dias Esteves, preso em 18.3.1953 e solto em 28.8.1953 (Comissão, 1988: 109); a ficha de Rogério Rodrigues de Carvalho, preso em 29.3.1953 e solto em 21.9.1953 e de novo preso em 29.7.1958 e posto à ordem do tribunal em 20.1.1959 (Comissão, 1988: 112 e 113); a ficha de Maria Vidal e Campos, presa em 11.6.1953 e posta à ordem do tribunal em 5.12.1953 (Comissão, 1988: 116); a ficha de Carlos

Alfredo de Brito, preso em 19.10.1956 e posto à ordem do tribunal em 13.4.1957 (Comissão, 1988: 127); a ficha de António Rebelo Cabral, preso em 14.5.1951 e solto em 7.11.1951 (Comissão, 1988: 136); a ficha de Hernâni Ramalho e Silva, preso em 7.3.1953 e solto em 21.8.1953 (Comissão, 1988: 154); a ficha de Júlio Silva Marques, preso em 15.12.1961 e posto à ordem do tribunal em 1.6.1962 (Comissão, 1988: 158); a ficha de Pedro Ramos de Almeida, preso em 24.5.1952 e solto em 18.11.1952 (Comissão, 1988: 160); a ficha de Ângelo Veloso, preso em 4.2.1955 e posto à disposição do tribunal em 14.7.1955 (Comissão, 1988: 162 e 163); a ficha de Fernando Lopes Cipriano, preso em 28.6.1954 e solto em 16.12.1954 (Comissão, 1988: 168 e 169); a ficha de Hermínio de Almeida Marvão, preso em 7.2.1955 e posto à disposição do tribunal em 14.7.1955 (Comissão, 1988: 171); a ficha de Joaquim Pereira, preso em 21.3.1955 e posto à disposição em 15.9.1955 (Comissão, 1988: 173); a ficha de António Gomes do Rego, preso em 11.2.1957 e posto à ordem do tribunal em 6.8.1957 (Comissão, 1988: 175); a ficha de Adolfo Assis Ramos, preso em 12.12.1955 e posto à ordem do tribunal em 4.6.1956 (Comissão, 1988: 178); a ficha de Armando Magalhães Vieira, preso em 30.12.1956 e posto à ordem do tribunal em 25.6.1957 (Comissão, 1988: 189); a ficha de Nuno Potes Duarte, preso em 22.6.1954 e posto à ordem do tribunal em 7.12.1954 (Comissão, 1988: 190 e 191); a ficha de António Borges Coelho, preso em 3.1.1956 e posto à ordem do tribunal em 22.6.1956 (Comissão, 1988: 192); a ficha de Mário de Araújo, preso em 26.3.1956 e posto à disposição do tribunal em 18.9.1956 (Comissão, 1988: 194); a ficha de Salvador do Pomar, preso em 24.8.1956 e posto à ordem do tribunal em 16.2.1957 (Comissão, 1988: 196); a ficha de José Parente Capela, preso em 30.12.1956 e posto à ordem do tribunal em 25.6.1957 (Comissão, 1988: 198); a ficha de Francisco Lopes Cipriano, preso em 10.6.1951 e solto em 6.12.1951, preso de novo em 20.2.1953 e solto em 7.9.1953 e de novo preso em 15.7.1954 e solto em 15.1.1955 e ainda preso em 7.1.1957 e posto à ordem do tribunal em 3.7.1957 (Comissão, 1988: 208); a ficha de Fernando Blanqui Teixeira, preso em 7.1.1957 e solto em 3.7.1957 (Comissão, 1988: 211); a ficha de Lenine Sobreiro, preso em 9.3.1957 e posto à ordem do tribunal em 30.8.1957 (Comissão, 1988: 217); a ficha de Aida Loureiro Magro, presa em 27.5.1957 e solta em 19.11.1957 (Comissão, 1988: 219); a ficha de José Carlos, preso em 11.11.1957 e posto à ordem do tribunal em 12.4.1958 (Comissão, 1988: 221); a ficha de Ivone Dias Lourenço, presa em 23.11.1957 e posta à disposição do tribunal em 19.5.1958 (Comissão, 1988: 224); a ficha de José António Pombinho, preso em 28.5.1958 e posto à ordem do tribunal em 17.11.1958 (Comissão, 1988: 234); a ficha de Belchior Alves Pereira, preso em 9.4.51 e solto em 3.10.1951 e de novo preso em 9.7.1958 e posto à ordem do tribunal em 27.12.1958 (Comissão, 1988: 237); a ficha de Joaquim Cruz Carreira, preso pela terceira vez em 26.6.1958 e posto à ordem do tribunal em 19.12.1958 (Comissão, 1988: 240); a ficha de António Terruta, preso pela segunda vez em 9.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 1.6.1959 (Comissão, 1988: 242); a ficha de Manuel João Calado, preso pela segunda vez em 22.11.1954 e solto em 6.5.1955 e pela quarta vez em 19.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 9.6.1959 (Comissão, 1988: 246); a ficha de António Bernardo Azevedo, preso em 27.1.1951 e solto em 18.7.1951 (Comissão, 1988: 248); a ficha de José da Conceição Gomes, preso em 29.6.1958 e posto à ordem do tribunal em 23.12.1958 (Comissão, 1988: 254); a ficha de José Gil Alves, preso em 22.12.1952 e posto à ordem do tribunal em 11.5.1953 (Comissão, 1988: 257); a ficha de Maria Costa Dias, presa em 3.12.1953 e posta à disposição do tribunal em 1.6.1954 e de novo presa em 5.12.1958 e posta à ordem do tribunal em 23.5.1959 (Comissão, 1988: 261); a ficha de Joaquim Gomes dos Santos, preso em 22.1.1954 e posto à ordem do tribunal em 10.7.1954 e de novo preso em 5.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 2.6.1959 (Comissão, 1988: 264); a ficha de Francisco Pinto Junior, preso em 30.6.1954 e posto à ordem do tribunal em 7.12.1954 (Comissão, 1988: 266); a ficha de Alfredo Oliveira Santos, preso pela terceira vez em 21.2.1958 e entregue ao tribunal em 11.8.1958 (Comissão, 1988: 272); a ficha de Manuel da Costa, preso pela segunda vez em 22.5.1958 e posto à ordem do tribunal em 13.11.1958 (Comissão, 1988: 274); a ficha de Adélia Correia Terruta, presa em 19.11.1956 e solta em 15.5.1957 e de novo presa em 27.11.1958 e entregue ao tribunal em 19.5.1959 (Comissão, 1988: 277); as fichas de Miguel Camilo e Luis Cartaxo, presos em 1.5.1958 e postos à ordem do tribunal em 21.10.1958 (Comissão, 1988: 279 e 281); a ficha de Mário Pedroso Gonçalves, preso em 20.5.1958 e posto à ordem do tribunal em 11.11.1958 (Comissão, 1988: 283); a ficha de Guilhermino Fernandes, preso pela segunda vez em 4.10.1958 e posto à ordem do tribunal em 21.3.1959 (Comissão, 1988: 285); a ficha de Américo Marques Pereira, preso em 21.5.1958 e posto à ordem do tribunal em 12.11.1958 (Comissão, 1988: 287); a ficha de Manuel Santos Cabanas, preso pela terceira vez em 30.10.1961 e solto em 29.4.1962 (Comissão, 1988: 289); a ficha de Manuel Pedro Falcão, preso em 16.7.1958 e posto à ordem do tribunal em 6.1.1959 (Comissão, 1988: 311); a ficha de António Alves Correia e Adriano Alves Correia, presos em 27.6.1958 e postos à ordem do tribunal em 19.12.1958 (Comissão, 1988: 313 e 315); a ficha de Constantino Marques da Silveira, preso em 26.6.1958 e posto à ordem do tribunal em 19.12.1958 (Comissão, 1988: 319); a

ficha de José Pinto Viegas, preso em 2.6.1958 e posto à ordem do tribunal em 25.11.1958 (Comissão, 1988: 321); a ficha de Faustino Pedro, preso em 15.7.1958 e posto à ordem do tribunal em 2.1.1959 (Comissão, 1988: 327); a ficha de Fernando Casquinha, preso em 15.7.1958 e posto à ordem do tribunal em 7.1.1959 (Comissão, 1988: 329); as fichas de Henrique de Faria e de Álvaro Pinheiro, presos em 22.8.1958 e posto à ordem do tribunal em 7.1.1959 (Comissão, 1988: 330 e 332); a ficha de Salvador Carvalho, preso em 14.8.1958 e posto à ordem do tribunal em 15.1.1959 (Comissão, 1988: 344); as fichas de João Gordo Mendes, António Carvalho Ribeiro e António Francisco de Moraes, presos em 3.10.1958 e postos à ordem em 21.3.1959 (Comissão, 1988: 357, 359 e 361); a ficha de José Cabrita Sequeira, preso em 4.10.1958 e posto à ordem em 21.3.1959 (Comissão, 1988: 363); a ficha de Augusto do Carmo Gaiola, preso em 4.10.1958 e posto à ordem do tribunal em 16.3.1959 (Comissão, 1988: 365); a ficha de Abílio José de Oliveira, preso em 8.8.1958 e posto à ordem do tribunal em 28.1.1959 (Comissão, 1988: 374); a ficha de Manuel Brioso Pina, preso em 14.10.1958 e posto à ordem do tribunal em 21.3.1959 (Comissão, 1988: 379); as fichas de Raul Antunes Cordeiro e de José Alves de Almeida, presos em 28.10.1958 e postos à ordem do tribunal em 20.4.1959 (Comissão, 1988: 381 e 383); a ficha de José Inácio da Cruz, preso em 7.11.1958 e posto à ordem do tribunal em 20.4.1959 (Comissão, 1988: 385); a ficha de Albertino Ferreira de Oliveira, preso em 8.11.1958 e posto à ordem do tribunal em 20.4.1959 (Comissão, 1988: 387); a ficha de Anibal Louro Bexiga, preso em 15.11.1958 e posto à ordem em 8.5.1959 (Comissão, 1988: 389); a ficha de Tomás Cardoso de Figueiredo, preso em 4.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 30.5.1959 (Comissão, 1988: 394); a ficha de Maria Gomes dos Santos, preso em 5.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 2.6.1959 (Comissão, 1988: 396); a ficha de Manuel Fernandes, preso em 8.12.1958 e posto à ordem do tribunal em 1.6.1959 (Comissão, 1988: 399); as fichas de Jorge do Carmo e de Augusto Guerreiro, presos em 8.12.1958 e postos à ordem do tribunal em 1.6.1959 (Comissão, 1988: 401 e 403); a ficha de Amaro Coelho Nunes, preso pela segunda vez em 3.10.1958 e posto à ordem do tribunal em 16.3.1959 (Comissão, 1988: 405); a ficha de José Fernandes, preso em 13.10.1954 e solto em 12.4.1955 (Comissão, 1988: 418); a ficha de Laurentino Machado, preso em 7.1.1959 e solto em 6.7.1959 (Comissão, 1988: 423); a ficha de Mário Franco de Sousa, preso em 19.1.1959 e posto à ordem do tribunal em 27.6.1959 (Comissão, 1988: 427); as fichas de Camilo Santos Costa e Jacinto Ramos Martins, presos em 20.1.1959 e postos à ordem do tribunal em 22.6.1959 (Comissão, 1988: 430 e 434); a ficha de Fernando Chambel, preso em 21.1.1959 e posto à ordem do tribunal em 22.6.1959 (Comissão, 1988: 436); a ficha de José Dias Junior, preso em 2.5.1959 e posto à ordem do tribunal em 21.10.1959 (Comissão, 1988: 471); a ficha de João Bembom Louceiro, preso em 31.5.1959 e posto à ordem do tribunal em 19.11.1959 (Comissão, 1988: 479); a ficha de Manuel Canejo Vitela, preso em 18.6.1959 e posto à ordem do tribunal em 24.11.1959 (Comissão, 1988: 481); a ficha de João Loureiro dos Santos, preso em 21.7.1959 e posto à ordem do tribunal em 11.1.1960 (Comissão, 1988: 483); a ficha de Abel Soares da Silva, preso em 10.4.1959 e entregue ao tribunal em 30.9.1959 (Comissão, 1988: 485); a ficha de António Diamantino Raimundo, preso em 3.8.1959 e posto à ordem do tribunal em 18.1.1960 (Comissão, 1988: 497); a ficha de António Curvacho Centeio, preso em 25.9.1959 e posto à ordem do tribunal em 19.3.1960 (Comissão, 1988: 501); as fichas de António Chamusquenho e de Olímpio Francisco de Oliveira, presos em 30.9.1959 e postos à ordem do tribunal em 17.3.1960 (Comissão, 1988: 503 e 505); a ficha de Pedro Soares dos Santos, preso em 12.10.1959 e entregue ao tribunal em 24.3.1960 (Comissão, 1988: 510); a ficha de Maria Barbosa Nogueira, presa em 15.10.1959 e entregue ao tribunal em 5.4.1960 (Comissão, 1988: 514); a ficha de Pedro Lobeiro do Norte, preso em 16.11.1959 e posto à ordem do tribunal em 5.5.1960 (Comissão, 1988: 522); a ficha de António Gervásio, preso em 14.6.1947 e solto em 20.11.1947 (Comissão, 1988: 544); a ficha de António Camilo, preso em 24.6.1958 e solto em 17.12.1958 (Comissão, 1988: 549); a ficha de José Mautempo Rolim, preso pela segunda vez em 28.1.1960 e entregue ao tribunal em 20.7.1960 (Comissão, 1988: 557); a ficha de Cândida Ventura, presa em 3.8.1960 e entregue ao tribunal em 23.1.1961 (Comissão, 1988: 566); a ficha de Júlio Verne dos Reis, preso em 10.8.1960 e solto em 22.1.1961 (Comissão, 1988: 568) e a ficha do advogado Telo de Macarenhas, preso em 14.11.1960 e posto à ordem do tribunal em 11.5.1961 (Comissão, 1988: 580). Acresce que o prazo máximo dos seis meses também foi ultrapassado, sendo alongado para oito meses através da aplicação no final do período de seis meses de uma sanção disciplinar que podia consistir em prisão até dois meses (artigo 359, 7.º, em conjugação com o artigo 385 da reforma prisional de 1936), mas sendo também conhecidos casos em que nenhum fundamento para o prolongamento da detenção para além dos seis meses é invocado nas fichas policiais (cfr. a ficha de Joaquim Amáro, preso em 22.4.1963 e posto à ordem do tribunal em 8.11.1963, in Comissão, 1982: 201; a ficha de Florinda Barbosa, presa em 6.11.1946 e entregue ao tribunal em 23.10.1947, in Comissão, 1985: 65, a ficha de Mary Kuhn, presa em 3.12.1946 e solta em 3.9.1947, in Comissão, 1985: 66; as

Deste modo, nos crimes cuja investigação exclusiva coubesse à Polícia Judiciária ou lhe fosse deferida, o prazo máximo da prisão sem culpa formada não só foi alargado em relação ao prazo máximo de três meses fixado no código de 1929, como a sua fiscalização foi retirada ao poder judicial. Por seu turno, em relação aos crimes cuja investigação competia à Polícia Internacional e de Defesa do Estado, o prazo máximo da prisão sem culpa formada constituía uma delimitação efectiva do arbítrio policial que reinava anteriormente neste âmbito à luz da lei processual militar.¹²⁸⁷

fichas de Alfredo Xisto e Júlio Pereira da Silva, presos em 25.3.1947 e soltos em 30.9.1947, in Comissão, 1985: 162 e 163; a ficha de Angelo Ministro, preso em 27.3.1947 e solto em 30.9.1947, in Comissão, 1985: 164; a ficha de Albertino Macedo, preso em 30.3.1947 e solto em 2.10.1947, in Comissão, 1985: 166; a ficha de Francisco Cipriano, cuja segunda detenção durou de 20.2.1953 a 7.9.1953, porque a 7.8.1953 foi punido com uma pena de privação de visitas de 30 dias, in Comissão, 1988: 208; e a ficha do padre Joaquim Pinto de Andrade, cuja quarta detenção policial durou de 5.1.1963 a 14.8.1963, in Comissão, 1988: 561, tendo a detenção a 5.1.1963 interrompido uma detenção iniciada em 12.7.1962, que continuou com a soltura a 5.1.1963 e a prisão à porta da cadeia, somando por isso ao todo 398 dias de detenção sem culpa formada nem acusação formal, in Alexandre Manuel e outros, 1974: 35 a 37).

¹²⁸⁷ O regime das medidas de coacção no âmbito da criminalidade política esteve até 1945 subordinado ao livre arbítrio da polícia. Como se verá melhor adiante, os crimes políticos eram julgados por um tribunal militar especial criado em 1933, sendo subsidiariamente aplicáveis as disposições da lei processual militar. Contudo, a detenção era, por vezes, determinada pela Polícia de Vigilância e Defesa do Estado sem a abertura de um processo judicial junto do tribunal militar competente, sendo o suspeito solto também por ordem da polícia depois de nove, dez ou mais anos de detenção policial sem autorização nem ratificação judiciais (cfr. a ficha de José Luís Lebroto, que sofreu mais de seis anos de detenção policial, in Comissão, 1981: 49; a ficha de Armando dos Santos Catel, que sofreu mais de onze anos de detenção policial, in Comissão, 1981: 164; a ficha de Ariosto Mesquita, que sofreu mais de cinco anos de detenção policial, in Comissão, 1981: 165; a ficha de Carlos de Jesus Vilhena, cuja primeira detenção policial durou mais de cinco anos, in Comissão, 1981: 174; a ficha de Joaquim Luis de Machado, cuja terceira detenção policial durou mais de quatro anos, in Comissão, 1982: 55; a ficha de Franklim Ferreira Azevedo, cuja primeira detenção policial durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 81; a ficha de António Enes Faro, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 82; a ficha de Felecissimo António Ferreira, cuja primeira detenção policial durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 85; a ficha de Eduardo Vieira Marques, que sofreu um ano e oito meses de detenção policial, in Comissão, 1982: 86; a ficha de João Batista Garrido, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 87; a ficha de Patrício Domingues Quintas, cuja primeira detenção policial durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 89; a ficha de Domingo Domingues Quintas, cuja primeira detenção durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 91; a ficha de Luiz Rebelo, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 96; a ficha de Artur Esteves, cuja primeira detenção policial durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 103; a ficha de Luis Lourenço Pires, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 104; a ficha de Manuel Gonçalves Rodrigues, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 105; a ficha de Manuel Batista Miranda, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 106; a ficha de Izidro Felisberto Canelas, cuja primeira detenção policial durou mais de três anos, in Comissão, 1982: 141, a ficha de Sebastião de Jesus Palma, cuja segunda detenção policial durou mais de dois anos, in Comissão, 1982: 148; a ficha Eurico Pinto Mateus, que sofreu mais de sete anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 212; a ficha de Francisco Batista, cuja segunda detenção policial durou onze meses e 26 dias, in Comissão, 1982: 225; a ficha de João Cruz Cebola, que sofreu mais de oito anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 252; a ficha de Adelino Fonseca, que sofreu mais de sete anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 253; a ficha de José Júlio Ferreira, que sofreu mais de sete anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 254; a ficha de Manuel Pereira dos Santos, que foi preso em 21.5.1931, “deportado” pela polícia para Cabo Verde em 6.6.1931, “entregue” pelo governador provincial à colónia penal em 20.8.1937 e solto em 20.2.1945, in Comissão, 1982: 260; a ficha de Abílio Guimarães, que sofreu mais de oito anos de

detenção policial, in Comissão, 1982: 275; a ficha de António Batista, que sofreu mais de seis anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 344; a ficha de Jaime Augusto de Carvalho, que sofreu mais de sete anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 354; a ficha de José Ventura, que sofreu mais de cinco anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 369; a ficha de Alberto Grimeja: “por despacho de S. Exa. o Ministro de 10.5.940 foi determinada sua transferência para a colónia penal de Cabo Verde”, onde sofreu mais de seis anos de detenção policial, sendo em seguida expulso do país, in Comissão, 1982: 379; a ficha de Luiz Pires Mendonça, que sofreu mais de seis anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 381; a ficha Albino Rocha, que sofreu mais de seis anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 382; a ficha de Manuel Fontes: preso em 22.12.1939, “por despacho do Exmo. Director de 10.5.940 foi determinado que deveria aguardar no colónia penal de Cabo Verde a oportunidade para ser restituído à liberdade”, sendo solto em 30.12.1945, in Comissão, 1982: 384; a ficha de João Rodrigues da Silva: preso em 14.3.1940, “deverá ser transferido para a Colónia Penal de Cabo Verde, por despacho do Exm. Director, de 22.4.940”, solto apenas em 16.11.1945, in Comissão, 1984: 48; a ficha de Artur João Simões, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 51; a ficha de João paulino de Sousa, que sofreu mais de cinco anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 54; a ficha de Pedro José da Conceição: preso em 22.7.1940, “Tendo sido notificado a abandonar o Paiz, no prazo de 30 dias, conforme despacho de S. Ex. o Ministro do Interior e tendo o mesmo declarado que não abandonaria o Paiz, conforme lhe havia sido determinado pelo Governo, foi determinado por despacho do Exm. Director de 15.2.941, que deveria ser transferido para Cabo Verde”, solto apenas em 1.2.1946, in Comissão, 1984: 56; a ficha de João Coelho Tiago: preso em 17.8.1940, “Por despacho do Exm. Director de 10.3.941, foi determinado de que devia ser transferido para o depósito de Presos de Angra do Heroísmo”, solto apenas em 26.11.1943, in Comissão, 1984: 60; a ficha de José de Sousa Guerreiro, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 62; a ficha de Manuel António Bôto, que sofreu mais de cinco anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 65; a ficha de Firmino Lopes de Matos, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 67; a ficha de Manuel Francisco Rodrigues, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 69; a ficha de José Rodrigues Reboredo, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 70; a ficha de Manuel Francisco ramos, que sofreu mais de cinco anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 72; a ficha de Artur Inácio Bastos, cuja segunda detenção policial durou mais de quatro anos, in Comissão, 1984: 94; a ficha de Julio Mateus Farinha, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 96; a ficha de Horácio Lopes Esteves, menor de treze anos, preso dezoito dias, in Comissão, 1984: 97; a ficha de Manuel Molina Vailó, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 98; a ficha de Manuel Borges do Canto, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 99; a ficha de Júlio de Mascarenhas, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 100; a ficha de Artur Rodrigues Paquete, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 101; a ficha de Mário Batista Reis, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 102; a ficha de Manuel Batista dos Reis, cuja primeira detenção policial durou mais de quatro anos, in Comissão, 1984: 103; a ficha de Alípio dos Santos Rocha, cuja primeira detenção policial durou mais de quatro anos, in Comissão, 1984: 104; a ficha de José Agostinho Cândido, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 106; a ficha de Antonio de Cisneiros Ferreira, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 107; a ficha de António Augusto Pires, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 109; a ficha de antónio Almaço, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 112; a ficha de Manuel Firmo, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 113; a ficha de Carlos Pereira Ribeiro, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 116; a ficha de António duarte Nazaré, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 117; a ficha de Alexandrino Fernandes, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 118; a ficha de Diniz Lopes da Cruz, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 123; a ficha de Manuel Bettencourt, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 132; a ficha de José Gomes, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 134; a ficha de Raul Semblano, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 135; a ficha de Armando Azevedo, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 136; a ficha de Sebastião da Encarnação Junior, cuja segunda detenção policial durou mais de dois anos, in Comissão, 1984: 159; a ficha de Gil Gonçalves, cuja segunda detenção policial durou mais de quatro anos, in Comissão, 1984: 162; a ficha de Francisco Batista da Silva, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 163; a ficha de António Ferreira da Costa, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 164; a

ficha de Júlio Correia Pinto, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 166; a ficha de Pedro Foios Teixeira, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 167; a ficha de Júlio Monteiro de Macedo, que sofreu mais de um ano de detenção policial, in Comissão, 1984: 168; a ficha de Francisco Manuel Ferreira, que sofreu mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 169; a ficha de Elio Amorim, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 171; a ficha de Josué Fernandes, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 176; a ficha de Cândido de Oliveira, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 180; a ficha de António Correia, que sofreu mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 185; a ficha de Clemente de Mendonça, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 208; a ficha de Eduardo Hipólito dos Santos, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 209; a ficha de Desidério de Miranda Junior, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 210; a ficha de Armando Annes, cuja segunda detenção policial durou mais de dois anos, in Comissão, 1984: 211; a ficha de Luiz dos Santos, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 212; a ficha de José de Sousa Machado, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 213; a ficha de José Gomes da Silva, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 214; a ficha de Manuel José da Silva, que sofreu mais de dois anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 218; a ficha de Rogério Gouveia, cuja primeira detenção policial durou mais de dois anos, in Comissão, 1984: 226. Um caso deve ser destacado, pelas consequências jurídicas que teve. Retílio Nunes Bastos, detido pela PVDE desde 24.8.1937, sem nunca ter sido apresentado em juízo ou acusado, foi o primeiro preso a beneficiar de um pedido de *habeas corpus*, tendo quase dez anos depois do início da sua detenção o STJ determinado, no acórdão de 18.6.1947 (in BMJ, n. 1, pp. 101 a 104), a sua libertação. Em certos casos particulares, a duração da prisão policial era determinada ou co-determinada pelo próprio membro do governo (a ficha de Maria Coutinho Garrido: “Por proposta de Sua Exa. o Ministro do Interior foi-lhe aplicada a pena de dois meses de prisão”, in Comissão, 1982: 424; a ficha de Maria Rabaça Loureiro: “Foi restituída á liberdade por ter terminado a pena de quatro meses de prisão por proposta do Exmo. Director Geral de Segurança Pública, com a qual concordou o Exmo. Ministro do Interior, no seu despacho de 20.8.932”, in Comissão, 1982: 425; as fichas de Hernâni Pinto, Américo da Cunha e João Pires, que sofreram cada um mais de um ano de detenção na colónia penal de Cabo Verde por ordem do sub-secretário de Estado da guerra, in Comissão, 1984: 174, 181 e 182). A detenção policial terminava por vezes com a morte do suspeito no cárcere, o que transformava a proibição constitucional da pena de morte, nas palavras de Douglas Wheeler (1978: 252) em uma “doce fachada” (cfr. a ficha de Manuel Martins, que faleceu em 20.2.1937, seis dias depois de ter sido preso, in Comissão, 1982: 209; a ficha de Carlos Eugénio Tavares, que faleceu em 31.7.1937, depois de mais de nove meses de detenção policial, in Comissão, 1982: 167; a ficha de José Lopes da Silva, que faleceu em 23.8.1937, cinco dias depois de ter sido preso, in Comissão, 1982: 257; a ficha de Francisco Domingues Quintas, que faleceu em 22.9.1937, depois de mais de um ano de detenção policial, in Comissão, 1982: 88; a ficha de Augusto d’ Almeida Martins, que faleceu em 24.9.1937, no mesmo dia em que foi detido pela polícia, in Comissão, 1982: 270; a ficha de Francisco do Nascimento Esteves, que faleceu em 21.1.1938, depois de mais de sete meses de detenção policial, in Comissão, 1982: 192; a ficha de Manuel José Barbosa, que faleceu em 22.5.1938, depois de dois meses de detenção policial, in Comissão, 1982: 309; a ficha de Porfirio Catarino, que faleceu em 17.11.1938, depois de 23 dias de detenção policial, in Comissão, 1982: 320; a ficha de António Duque, que faleceu em 30.11.1938, depois de 35 dias de detenção policial, in Comissão, 1982: 321; a ficha de António Catarino Rebelo, que faleceu em 22.1.1940, depois de sete meses de detenção policial, in Comissão, 1982: 370; a ficha de Albino Oliveira de Carvalho, que faleceu em 22.10.1941, depois de mais de quatro anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 211; a ficha de Paulo José Dias: preso em 7.7.1939, mas “por despacho do Exmo. Director de 29.2.940, foi determinado que se mantivesse em prisão preventiva, devendo ser transferido para Cabo Verde, até se esclarecer a situação internacional”, falecendo em 13.1.1943 nesta colónia penal, in Comissão, 1982: 378; a ficha de Henrique Joaquim Fernandes, que faleceu em 19.11.1945, depois de mais de seis anos de detenção policial, in Comissão, 1982: 347; a ficha de José Francisco Garcia, que faleceu em 1.9.1941, depois de mais de um ano de detenção policial, in Comissão, 1984: 61; a ficha de João Marques, que faleceu em 26.9.1942, depois de mais de três anos de detenção policial, in Comissão, 1984: 93; a ficha de João Gomes Neto, que faleceu em 5.4.1943, depois de mais de um ano e nove meses de detenção policial, in Comissão, 1984: 114; a ficha de Felisberto Fernandes Berto, que faleceu em 20.12.1941, depois de um mês e treze dias de detenção policial, in Comissão, 1984: 133; a ficha de Francisco Marquês, que faleceu em 13.5.1944, depois de um mês e quatro dias de detenção policial, in Comissão, 1984: 247; a ficha de Joaquim Teixeira de Magalhães, que

A nova detenção policial subordinada à tutela hierárquica interna das polícias constituía um sucedâneo prático da anterior detenção policial para averiguações e assemelhava-se a uma medida de coacção do direito alemão.

O novo regime legal de detenção não se identificava nem com o da *Schutzhaft*, nem com o da *Vorbeugungshaft*, mas antes com o da *polizeiliche Haft*.

A *Schutzhaft* tinha sido reintroduzida no direito alemão por um *Runderlass* do ministro do interior prussiano de 3.3.1933, a coberto da abolição de certas garantias constitucionais pelo § 1 da *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, de 28.2.1933, e era aplicada pela *Geheime Staatspolizei* aos opositores políticos do regime, mas não tinha qualquer prazo.¹²⁸⁸

faleceu em 20.2.1945, seis dias depois de ter sido detido pela nona vez, in Comissão, 1984: 274 e 275; a ficha de Luiz Montero Gamero, que faleceu em 14.3.1945, dois meses depois de ter sido detido pela terceira vez, in Comissão, 1984: 276; a ficha de António Patuleia, que faleceu em 21.6.1947, depois de treze dias de detenção policial, in Comissão, 1985: 228; a ficha de Antenor da Costa Cruz, que faleceu em 27.5.1948, depois de sete dias de detenção policial, in Comissão, 1985: 316; a ficha de António Lopes de Almeida, que faleceu em 21.1.1949, depois de quatro dias de detenção policial, in Comissão, 1987: 58; a ficha de Alberto Santos Silva, que faleceu em 19.12.1951 depois de ter sido detido em 15.2.1950 e ter tentado por duas vezes a fuga (Comissão, 1987: 164).

¹²⁸⁸ A *Schutzhaft* foi introduzida no direito prussiano pelas *Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit*, de 24.9.1848 e 12.2.1850, que previam a detenção policial de qualquer cidadão quando ela fosse necessária para sua própria protecção ou para a manutenção da segurança pública, devendo o detido ser libertado no dia seguinte ou apresentado ao juiz. Paralelamente a esta detenção policial ordinária foi também consagrada a faculdade de aplicação extraordinária da *Schutzhaft* na lei sobre o estado de sítio, a *Gesetz über den Belagerungszustand*, de 4.6.1851. Esta lei, que atribuía à polícia a faculdade de durante o estado de sítio determinar a detenção de pessoas sem os limites do parágrafo 5 da Constituição prussiana, foi posteriormente aplicada em todo o império, por força do artigo 68 da Constituição do Império. Com a declaração do estado de guerra em todo o império em Julho de 1914, foi de novo aplicada a lei de 1851, tendo, no entanto, a *Gesetz betreffend die Verhaftung und Aufenthaltsbeschränkung auf Grund des Kriegszustandes und des Belagerungszustandes*, de 4.12.1916, regulado em termos mais restritivos a *Schutzhaft* e, designadamente, imposto o controlo judicial dentro de 24 horas de qualquer detenção ordenada com base no mero perigo para a segurança do império e permitido a impugnação da decisão judicial para o *Reichsmilitärgericht* (Otto Geigenmüller, 1937: 10 e 11, Christoph Graf, 1983: 256 e 257, e Lothar Gruchmann, 1988: 545). A suspensão dos direitos fundamentais prevista na Lei de 28.2.1933 teve como objectivo essencial a consagração de uma base legal, embora indirecta e imprecisa, para a *Schutzhaft* e a revogação tácita da obrigação fixada pelo § 128 da StPO de qualquer detido ser apresentado ao tribunal e por este ouvido no dia seguinte ao da detenção (Otto Geigenmüller, 1937: 13 e 14, Werner Spohr, 1937: 11 e 12, Adolf Liepelt, 1938: 40, Helmut Schlierbach, 1938: 87, Ernst Hüber, 1939: 38, Robert von Hippel, 1941: 254, e Theodor Maunz, 1943: 49), embora a doutrina tenha mesmo prescindido deste fundamento legal e atribuído ao próprio “conceito” nacional-socialista de polícia ou à “autorização institucional” (*institutionelle Ermächtigung*) dada pelo *Führer* para a polícia desempenhar a função de um “corpo de protecção do Estado” (*Staatsschutzkörper*) a virtualidade de fundar as restrições policiais da liberdade dos cidadãos e, designadamente, a *Schutzhaft* e a *Vorbeugungshaft* (Alfred Schweder, 1937: 160 a 165, Helmut Schlierbach, 1938: 44 a 47, 54 a 57 e 85, Werner Best, 1941: 24 a 27, 30, 36 a 38, Robert Nebinger, 1943: 19 e 20, e Theodor Maunz, 1943: 27, 28 e 58). A iniciativa do ministro do interior prussiano de 3.3.1933, referida no texto, foi também adoptada em outros *Länder*, procedendo o *Erlass* do ministro do interior do império, de 12.4.1934, à unificação do regime da *Schutzhaft* em todo o império e determinando a sua aplicação “quando o detido, através do seu comportamento e, especialmente, através de uma atitude inimiga do Estado, pusesse directamente em perigo a ordem e a segurança públicas” (*wenn der Häftling durch sein Verhalten, insbesondere durch*

A *Vorbeugungshaft* também tinha sido introduzida com base na *Verordnung* de 28.2.1933, por um *Erlass* do ministro do interior prussiano, de 13.11.1933, e era aplicada pela *Kriminalpolizei* aos criminosos habituais e aos indivíduos com comportamentos asociais, não tendo um prazo limitado.¹²⁸⁹

staatsfeindliche Betätigung die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar gefährdet, in *Erlass* de 12.4.1934). O texto de 1933 previa a sua vigência temporária, mas foi apenas revisto pelo *Erlass* de 25.1.1938, que se manteve em vigor até ao final da guerra. Este texto alargou a possibilidade de aplicação da *Schutzhaft*, permitindo que ela fosse ordenada, não apenas em caso de perigo iminente ou directo para a segurança do Estado, mas também contra pessoas que através do seu comportamento colocassem, directa ou indirectamente, em perigo “a existência e a segurança do povo e do Estado” (*gegen Personen angeordnet werden, die durch ihr Verhalten den Bestand und die Sicherheit des Volkes und Staates gefährden*, § 1 do *Erlass* de 25.1.1938). Quer o texto de 1934, quer o de 1938 foram mantidos em segredo, sendo comunicados pelo ministério do interior aos órgãos superiores da *Geheime Staatspolizei* (Lothar Gruchmann, 1988: 548 a 555, 561 a 563). A *Schutzhaft* transformou-se deste modo em uma reedição das *lettres de cachet* do Antigo Regime (Olga Wormser-Migot, 1968: 59).

¹²⁸⁹ O regime prussiano foi aplicado em outros *Länder* até Dezembro de 1937. Após a unificação pessoal dos lugares de chefia do corpo militarizado do partido e das polícias do *Reich* com a nomeação de Heinrich Himmler como *Reichsführer Schutzstaffeln und Chef der Deutschen Polizei* pelo *Erlass* de 17.6.1936, alcançando-se deste modo a pretendida integração das polícias no corpo da *Schutzstaffeln* (Alfred Schweder, 1937: 144, 165 a 168, Helmut Schlierbach, 1938: 20, 29 a 31, 58 e 59, Werner Best, 1941: 96 a 101, 107 a 110, Theodor Maunz, 1943: 29 a 32, e Robert Nebinger, 1943: 121 e 122), procedeu-se por um novo *Erlass* do ministro do interior, do dia 26 daquele mesmo mês de Junho, à unificação de todas as polícias em dois corpos, a *Sicherheitspolizei*, que incluía a *Geheime Staatspolizei* e a *Kriminalpolizei*, com as suas anteriores competências, e a *Ordnungspolizei*, que incluía as restantes forças policiais (Werner Best, 1941: 66 a 74). O novo regulamento da *Kriminalpolizei* foi aprovado pelo *Erlass* do ministro do interior, de 14.12.1937, que regulamentou de modo uniforme para todo o império os poderes de vigilância e detenção da polícia e, simultaneamente, determinou a cessação da vigência dos diferentes regimes dos *Länder*. Esta ordem administrativa interna secreta, que vigorou até ao final do regime, com alterações em 1942 e 1943, alargou significativamente a competência da *Kriminalpolizei* para determinar a prisão sem prazo de qualquer cidadão, incluindo não apenas os criminosos habituais e profissionais e os indivíduos com comportamentos asociais, mas também qualquer pessoa que manifestasse “a vontade de prática de um facto criminoso grave através de comportamentos que ainda não preenchessem os pressupostos de um tipo penal determinado” (*die einen auf eine schwere Straftat abzielenden verbrecherischen Willen durch Handlungen offenbaren, welche die Voraussetzungen eines bestimmten strafbaren Tatbestandes noch nicht erfüllen*), isto é, de qualquer pessoa que praticasse actos preparatórios não puníveis (Wilhelm Krug, 1940: 15, Götz Leonhard, 1952: 30 a 32 e 79, Albrecht Wagner, 1968: 301, Karl-Leo Terhorst, 1985: 136, e Lothar Gruchmann, 1988: 725 a 727). Esta *Vorbeugungshaft* tinha muitas semelhanças com a “custódia de segurança” (*Sicherungsverwahrung*), introduzida pela *Gewohnheitsverbrechergesetz*, de 24.11.1933, tendo sido criticada pela doutrina a manutenção de ambas, sendo certo que esta última só podia ser determinada judicialmente e em um número de casos mais restritos do que aquela (Franz Exner, 1936: 433 e 434, e Wilhelm Krug, 1940: 20, mas a favor do concurso de ambos os tipos de medidas, admitindo, no entanto, que só excepcionalmente a medida policial tornava desnecessária a judicial, Hans-Jürgen Bruns, 1941: 539 e 540). A *Vorbeugungshaft*, que completava e cobria as lacunas da Lei de 24.11.1933 (Wilhelm Krug, 1940: 16, Robert von Hippel, 1941: 255, Theodor Maunz, 1943: 44 a 47, Robert Nebinger, 1943: 78, Götz Leonhard, 1952: 30, 66 e 88, Karl-Leo Terhorst, 1985: 72 a 74, Lothar Gruchmann, 1988: 719, Gerhard Werle, 1989: 95 a 97, 488 e 489, e Ralph Angermund, 1991: 160 e 161), sobrepunha-se deste modo à *Sicherungsverwahrung*, revelando-se também neste âmbito do combate à criminalidade não política a prevalência efectiva e à revelia das disposições da StPO e da GVG da polícia sobre as magistraturas, do Ministério do Interior sobre o Ministério da Justiça, de Heinrich Himmler sobre Franz Gürtner (Alfons Wenzel, 1949: 75, 103 e 137, Götz Leonhard, 1952: 67 e 68, 81 a 85, Olga Wormser-Migot, 1968: 46 e 47, Karl-Leo Terhorst, 1985: 165, 170 e 171, Lothar Gruchmann, 1988: 740 a 745, e Gerhard Werle, 1989: 512 a 514). Por outro lado, o referido *Erlass* de Dezembro de 1937 transferiu o controlo administrativo sobre a aplicação da *Vorbeugungshaft* do ministério do interior para o

Reichskriminalhauptamt, isto é, para o próprio órgão administrativo de cúpula das polícias (Ralph Angermund, 1991: 165 e 166). Assim, a *Kriminalpolizei* só formalmente manteve a natureza de um órgão auxiliar do Ministério Público, no sentido do § 152 da GVG, tirando proveito de uma grande autonomia prática, conquistada especialmente nas grandes cidades desde os anos vinte, em virtude da qual conduzia as investigações sem a direcção do Ministério Público até estarem concluídas, dando-lhe a conhecer aquelas que entendia conveniente sujeitar a julgamento e subtraindo ao seu conhecimento todas as restantes, que se entendia mais oportuno solucionar de acordo com meios extra-judiciários (Schneidenbach, 1935: 50, Wilhelm Krug, 1940: 33 a 36, 38 a 45, Alfons Wenzel, 1949: 105, 106, 133 e 134, e Gerhard Riehle, 1985: 36 e 37, 114, 120). Se a *Kriminalpolizei* ainda manteve a aparência da subordinação ao Ministério Público, a *Geheime Staatspolizei* era completamente autónoma daquela magistratura e até mesmo dos tribunais, nos termos do § 7 da *Preussisches Gesetz über die Geheime Polizei*, de 10.2.1936 (*Verfügungen in Angelegenheiten der Geheimen Staatspolizei unterliegen nicht der Nachprüfung durch die Gerichte*), que foi interpretado e aplicado na prática como a consagração explícita de um princípio de direito válido em todo o império desde a autonomização desta polícia em relação à administração pela *Preussisches Gesetz über die Geheime Polizei*, de 30.11.1933 (Otto Geigenmüller, 1937: 24 e 25, 47, 52 e 53, Adolf Liepelt, 1938: 37, Robert Nebinger, 1943: 93 a 96, 120 a 122, 125 a 133, Theodor Maunz, 1943: 39 e 40, Alfons Wenzel, 1949: 85 e 86, 98 a 101 e 107, Eduard Kern, 1954 a: 278 a 280, e 1954 b: 159, Hermann Weinkauff, 1968: 137 e 138, 143 a 145, 155 e 156, Albrecht Wagner, 1968: 195 e 196, 290, 296 a 301, Olga Wormser-Migot, 1968: 47, 96, 123, 133 e 134, Brian Chapman, 1970: 64 a 67, Jacques Delarue, 1971: 184 a 187, 236 a 243, Christoph Graf, 1983: 268, Diemut Majer, 1984: 127 a 130 e 133, Heinz Wagner, 1984: 162 a 167, Gerhard Riehle, 1985: 122 a 125, Lothar Gruchmann, 1988: 537, 538 e 544, Gerhard Werle, 1989: 509 a 515, 545 e 546, 569 a 572, Hannsjoachim Koch, 1989: 56 a 58, 87 e 88, 123 a 125, Robert Gellately, 1990: 28 a 30, 38 a 43, e Ralph Angermund, 1991: 158 e 159). As duas características fundamentais do regime jurídico da polícia no Estado de Direito liberal, isto é, a atribuição de competências negativas de prevenção e controlo da criminalidade à polícia e a subordinação estrita da actividade policial ao princípio da legalidade, foram suprimidas. O novo regime jurídico das polícias alemãs era caracterizado, por um lado, pela antecipação da actuação preventiva da polícia, no sentido da vigilância da atitude interior e da conformação activa do comportamento do cidadão à ordem de valores do poder político (*Schnüffelinstitution für nationalsozialistische Gesinnung*, Adolf Liepelt, 1938: 21, 45 a 49, e Wilhelm Krug, 1940: 12 e 13, ambos criticando esta prática, mas a favor Otto Geigenmüller, 1937: 37, Alfred Schweder, 1937: 172 a 174, 180, 184 e 185, Helmut Schlierbach, 1938: 72 a 77, Werner Best, 1941: 29 e 33, e Robert Nebinger, 1943: 11 a 14 e 19), e, por outro, pela desvinculação da prática policial em relação à lei e aos direitos fundamentais dos cidadãos (Alfred Schweder, 1937: 149, Helmut Schlierbach, 1938: 18 e 19, Robert Nebinger, 1943: 17, 18, 28 a 30, 83 e 84, e Theodor Maunz, 1943: 10, 26 e 27) e a concomitante vinculação apenas a ordens internas ou mesmo pela liberdade total de meios com vista à satisfação da tarefa atribuída pelo *Führer* à polícia (*ob ein Paragraph unserem Handeln entgegensteht, ist mir völlig gleichgültig; ich tue zur Erfüllung meiner Aufgaben grundsätzlich das, was ich nach meinem Gewissen in meiner Arbeit für Führer und Volk verantworten kann und dem gesunden Menschenverstand entspricht*, Heinrich Himmler, citado por Heinrich Rüping, 1984 a: 301). Este novo regime teve o seu ponto culminante na *Dreizehnte Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, de 1.7.1943, que conferiu às polícias competência para julgar os crimes cometidos por judeus (*Strafbare Handlungen von Juden werden durch die Polizei geahndet*, § 1), com base em um acordo secreto do ministro da justiça Otto Thierack com Heinrich Himmler, de 18.9.1942, no sentido de que os judeus, os polacos, os ciganos, os russos e os ucranianos fossem julgados pela polícia (Albrecht Wagner, 1968: 297 e 298, Olga Wormser-Migot, 1968: 179, Diemut Majer, 1984: 141 e 142, Gerhard Werle, 1989: 449, e Ralph Angermund, 1991: 186 e 187). Com este último passo dado pelo legislador nacional-socialista ultrapassou-se, em relação aos arguidos judeus, o ponto mínimo de garantias fixado pela *Polenstrafrechtsverordnung*, de 4.12.1941, que ainda reservava aos tribunais a punição, embora com a máxima discricionariedade, de judeus e polacos (*Gericht und Staatsanwalt gestalten das Verfahren auf der Grundlage des deutschen Strafverfahrensrechts nach pflichtgemäßem Ermessen. Sie können von Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Reichsstrafverfahrensrechts abweichen, wo dies zur schnellen und nachdrücklichen Durchführung des Verfahrens zweckmässig ist*, n. XII da *Polenstrafrechtsverordnung*, de 4.12.1941, e Gerhard Werle, 1989: 377 a 382, 387 a 390, 395 a 398, 402 a 404). A solução de compromisso encontrada em Dezembro de 1941 entre Himmler, que exigia a atribuição de competência jurisdicional à polícia nos territórios anexados do Leste, e Thierack, que defendia a manutenção da jurisdição dos tribunais ordinários, transformou-se em uma cedência total deste às exigências daquele a partir do acordo secreto de Setembro

Ao invés, a disposição que atribuía à Polícia Judiciária e à Polícia Internacional e de Defesa do Estado os poderes de detenção amplos assemelhava-se à “prisão policial” (*polizeiliche Haft*), prevista na *Dritte Verordnung* de 6.10.1931. Esta medida de coacção consistia na aplicação pela polícia de uma prisão até três meses aos suspeitos da prática de certos crimes, sem ordem judicial prévia nem ratificação posterior. A prisão podia, contudo, ser controlada hierarquicamente (*ist die Beschwerde im Dienstaufsichtswege zulässig*, § 8 (3) da parte sétima).¹²⁹⁰ Tal como em Portugal,

de 1942 e deu mesmo lugar à consagração legal daquelas exigências no que toca aos judeus em Julho de 1943, o que só não aconteceu no plano formal com os outros grupos étnicos já referidos por causa do receio de perturbações da ordem pública, embora fosse essa a realidade desde Junho de 1933 (Albrecht Wagner, 1968: 341, Diemut Majer, 1987: 169, e Ralph Angermund, 1991: 189 e 190). Em relação aos cidadãos alemães o legislador nacional-socialista preparou uma *Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*, que entraria em vigor em 1.1.1945, mas cuja publicação foi impedida pela evolução dos acontecimentos no plano militar. Com esta lei a polícia seria autorizada a prender por período ilimitado qualquer pessoa que, “de acordo com a sua personalidade ou modo de vida ou, em especial, por força de deficiências extraordinárias de compreensão ou de carácter, não esteja em condições de por si próprio satisfazer as exigências mínimas da comunidade popular” (*nach Persönlichkeit und Lebensführung, insbesondere wegen aussergewöhnlicher Mängel des Verstandes oder des Charakters ausserstande ist, aus eigener Kraft den Mindestanforderungen der Volksgemeinschaft zu genügen*, (2) do § 2 do artigo II, conjugado com o § 1 do artigo I, do *Entwurf des Gesetzes über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*, in Martin Hirsch e outros, 1984: 536 a 539). Por outro lado, o tribunal poderia punir com penas de prisão de duração ilimitada ou entregar à polícia qualquer pessoa que, “através de uma prática criminosa reiterada ou de acordo com o seu restante modo de vida ou a sua personalidade deixe transparecer uma tendência para actos criminosos sérios” (*durch wiederholte verbrecherische Betätigung sowie nach seiner sonstigen Lebensführung und nach seiner Persönlichkeit einen Hang zu ernsten Straftaten erkennen lässt*, (1), do § 6 do artigo III do referido projecto de lei), bem como poderia entregar à polícia qualquer pessoa que, “por preguiça ou desleixo, revele uma tendência ou inclinação para a mendicância, a vagabundagem, a vadiagem, a gatunice, a entrujice ou outros actos criminosos não sérios ou para excessos na ingestão de bebidas alcoólicas ou com base nestas razões lese grosseiramente deveres de alimentos (*aus Arbeitsscheu oder Liederlichkeit einen Hang oder eine Neigung zum Betteln oder Landstreichen, zu Arbeitsbummelei, Diebereien, Betrügereien oder anderen nicht ernsten Straftaten oder zu Ausschreitungen in der Trunkenheit betätigt oder aus solchen Gründen Unterhaltungspflichten gröbliche verletzt*, (1) do § 9 do artigo III) e ainda qualquer pessoa que, “por mau génio ou carácter belicoso, perturbe obstinadamente a paz geral através de insultos ou outros actos criminosos não sérios idênticos” (*aus Unverträglichkeit oder Streitlust den Frieden der allgemeinen durch Beleidigungen oder ähnliche nicht ernste Straftaten hartnäckig stört*, (2) do § 9 do artigo III). Deste modo, a nova lei consagraria definitivamente no plano jurídico as pretensões políticas e dogmáticas de reconhecimento explícito do predomínio da polícia sobre os tribunais no combate à criminalidade política e não política, de um direito penal do autor puro e da fusão total das medidas judiciais e policiais de segurança com as penas (Martin Hirsch e outros, 1984: 535, Diemut Majer, 1987: 182 a 185, e Gerhard Werle, 1989: 642, 651 a 659).

¹²⁹⁰ A *polizeiliche Haft* não era, pois, uma “pura prisão policial” (*reine Polizeihaft*), mas uma medida processual de coacção, com a mesma natureza da “detenção policial” (*Polizeiverwahrung*), prevista no § 127 da StPO (Otto Geigenmüller, 1937: 13, Werner Spohr, 1937: 17, Robert Nebinger, 1943: 104 a 106). O âmbito de aplicação desta prisão policial foi ainda alargado pelo § 22 da *Verordnung* de 4.2.1933 aos crimes de traição e espionagem, mantendo-se, no entanto, a sua natureza de medida processual (Walter Wagner, 1974: 43 e 44, Christoph Graf, 1983: 259, e Lothar Gruchmann, 1988: 537). Mais tarde, um *Runderlass* da *Geheime Staatspolizei*, de 9.3.1937, determinou que esta medida coactiva não fosse mais aplicada em face da introdução da *Schutzhaft*, evitando-se deste modo qualquer controlo judicial (Walter Wagner, 1974: 44, e Karl-Leo Terhorst, 1985: 7). Contudo, posteriormente, um *Runderlass des Reichsführers Schutzstaffeln*, de 19.3.1943, atribuiu à *Kriminalpolizei* competência para determinar a

esta medida de coacção correspondeu afinal a um esforço do legislador no sentido da legalização de uma prática policial muito prejudicial para os detidos fundada em uma interpretação arbitrária da expressão “imediatamente” do § 127 da StPO pelas polícias,¹²⁹¹ conferindo a lei alemã, como a portuguesa, poderes de detenção à polícia de que o Ministério Público não dispunha.¹²⁹²

prisão de qualquer pessoa durante três semanas, sem autorização nem confirmação do tribunal, não só quando houvesse perigo de fuga ou de destruição de provas, mas também quando “o objectivo de um processo de investigações da polícia criminal ficasse em perigo sem a sua determinação” (*wenn das Ziel eines kriminalpolizeilichen Ermittlungsverfahrens ohne ihre Anordnung gefährdet wäre*) ou quando “a sua determinação correspondesse ao sentimento são do povo” (*wenn ihre Anordnung dem gesunden Volksempfinden entsprach*, Götz Leonhard, 1952: 64 e 65).

¹²⁹¹ Eduard Kern, 1927: 140. A semelhança do regime português com o alemão de 1931 não fica prejudicada pela menção da polícia da Scotland Yard como o modelo para a criação da PIDE no preâmbulo do Decreto-Lei n. 35.046. Com efeito, o *Special Branch*, criado em 1883 junto do *Criminal Investigation Department* na Scotland Yard para a investigação de actividades insurreccionais dos movimentos nacionalistas irlandês e indiano e do movimento anarquista e separado daquele departamento da polícia londrina em 1919, foi depois da primeira guerra mundial incumbido da prevenção e repressão de quaisquer perturbações à ordem política constitucional, não dependendo directamente do ministro do interior, mas antes do comissário chefe da *Metropolitan Police of London*, de que continuou a fazer parte, recebendo apenas indicações de política geral daquele ministro (Hart, 1951: 113 a 117, Critchley, 1978: 47 a 50, 268, Rupert Allason, 1983: 1 a 15, Bernard Potter, 1987: 182 a 189, e Clive Emsley, 1996: 84, 85, 103 a 112, 260 e 261). Acresce que em 1945, encontrava-se em vigor em Inglaterra o *Prevention of Violence Temporary Provisions Act*, de 1939, que vigorou até 1954. Esta legislação anti-terrorista conferiu à polícia o poder de detenção pelo período de dois dias de qualquer pessoa que estivesse relacionada com a preparação ou instigação de “actos de violência destinados a influenciar a opinião pública ou a política do governo em relação a assuntos irlandeses” (*acts of violence designed to influence public opinion or Government policy with respect to Irish affairs*, 1. (1)), que podia ser alargado pelo secretário de Estado até cinco dias, fixando assim em cinco dias o limite máximo da *lawful custody* pela polícia em toda a Grã-Bretanha (Tony Bunyan, 1976: 102 a 111, 122 a 131, Brian Rose-Smith, 1979: 121, e Rupert Allason, 1983: 106 e 107). Por outro lado, o *Directorate of Military Intelligence*, ou M.I.5, que foi criado em 1909 como um serviço secreto de vigilância interna e externa, não dispunha sequer de poderes de detenção (Tony Bunyan, 1976: 152 a 157, 168 e 169).

¹²⁹² Tal como em Portugal, o Ministério Público tinha no direito alemão poderes de detenção menos extensos do que as polícias, podendo fazê-lo em flagrante delito e fora dele, quando se verificassem os requisitos da detenção preventiva ordenada pelo juiz e houvesse perigo na demora. O detido devia ser presente ao juiz o mais tardar no dia seguinte ao da detenção. Este regime sofreu, contudo, uma alteração significativa em 1935, tendo o artigo 5 da segunda *Verordnung* de 28.6.1935 alargado consideravelmente os fundamentos da prisão preventiva com a introdução do perigo de continuação criminosa (Remig Streibl, 1938: 63 a 74) e do perigo de perturbação da ordem pública (Remig Streibl, 1938: 74 a 78) com vista a libertar em parte a polícia do odioso da *Schutzhaft* (Karl Bader, 1956: 5). A *Grosse Strafprozesskommission* ainda propôs a atribuição ao Ministério Público da competência para determinar a prisão preventiva enquanto o processo se encontrasse na fase preparatória, tendo o arguido o direito de impugnar hierarquicamente a decisão logo após a prisão e de solicitar a confirmação judicial da decisão do Ministério Público quinze dias depois do início da prisão. A proposta, que previa ainda o efeito suspensivo da libertação decorrente da interposição de recurso do despacho judicial de revogação da prisão pelo Ministério Público, era justificada pela comissão com os mesmos argumentos que a generalidade da doutrina utilizava para defender a atribuição de competência decisória ao Ministério Público sobre as medidas de coacção e os meios de obtenção de prova, isto é, com fundamento na eficácia do domínio exclusivo do processo preparatório pelo Ministério Público e na incompatibilidade entre a autonomia do Ministério Público na direcção das investigações e o controlo judicial imediato da prisão e das outras medidas de coacção (Franz Exner, 1935: 7 e 8, Karl Siegert, 1935: 28, Heinrich Henkel, 1935: 37, Schwarz, 1935 a: 349 e 354, mas com o direito de o arguido impugnar judicialmente a decisão do Ministério Público um mês depois da sua prisão e hierarquicamente de imediato, Karl Peters, 1937: 43 e

A ampliação dos poderes jurisdicionais das polícias foi acompanhada por um enfraquecimento do princípio da culpa e um reforço do princípio da perigosidade como fundamento do direito sancionatório e cautelar.¹²⁹³

44, Lautz, 1938: 104 e 105, Dörffler, 1938: 271, Roland Freisler, 1938 b: 51 e 52, Eduard Kern, 1939: 20, mas com o direito de o arguido impugnar judicialmente a prisão em caso de prisão de “longa duração”, Eberhard Schmidt, 1944: 306, e Niederreuther, 1939: 203 e 204, mas contra Friedrich Oetker, 1934 a: 44 e 45). Com vista à identificação de suspeitos, a comissão propôs também a introdução de uma “prisão para identificação” (*Feststellungshaft*) pelo período de quinze dias ou, excepcionalmente, de quatro semanas, que podia ser aplicada pela polícia ou pelo Ministério Público e prolongada apenas por este, não se admitindo nem num nem noutro caso qualquer intervenção judicial (Dörffler, 1938: 277). Os poderes do Ministério Público de detenção preventiva só foram alterados no final do regime nacional-socialista, tendo o legislador consagrado, em parte, a proposta da comissão através da *Verordnung* de 13.12.1944. A partir de então, o Ministério Público podia determinar não só a realização de apreensões e buscas, mas também a prisão preventiva do arguido até à dedução da acusação, tendo o arguido a faculdade de suscitar de imediato a confirmação judicial desta decisão do Ministério Público. Já anteriormente, tinham sido aprovadas duas inovações, mas de âmbito restrito, uma relativa às condições de execução da prisão preventiva e outra relativa à competência para aplicação de medidas de coacção a determinados grupos populacionais nos territórios ocupados. Assim, a *Zweite Verordnung* de 13.8.1942 tinha consagrado a competência do Ministério Público para determinar na fase preparatória as condições da execução da prisão preventiva (§ 116 StPO), em concorrência com o juiz, e a *Verordnung* de 4.12.1941 tinha concedido ao Ministério Público a faculdade de ordenar a prisão preventiva e outros meios de coacção sem qualquer controlo judicial, mas apenas a suspeitos polacos e judeus nos territórios ocupados do leste. Em face da crescente sobreposição prática da polícia sobre o Ministério Público, designadamente, através da correcção *a posteriori* das decisões judiciais pela aplicação da *Vorbeugungshaft* e da *Schutzhaft*, a doutrina ponderou mesmo a unificação da polícia e da magistratura do Ministério Público sob a tutela do ministro do interior (Schneidenbach, 1935: 53 a 57, Klaiber, 1935: 63 a 65, Wilhelm Krug, 1940: 51 a 56, Werner Best, 1941: 27 e 28, e Theodor Maunz, 1943: 40 a 43, na sequência de reflexões do início do século de Nagler, 1909: 153, e Adolf Lobe, 1928: 24 a 26), que constituía a solução preferida por Heinrich Himmler, mas que foi combatida por Otto Thierack (Alfons Wenzel, 1949: 55 e 67, Albrecht Wagner, 1968: 292, Diemut Majer, 1984: 124, Gerhard Riehle, 1985: 28 a 35, 115 a 120, e Lothar Gruchmann, 1988: 597 e 598).

¹²⁹³ A primeira iniciativa do legislador no sentido da introdução de um “direito penal novo” teve lugar no âmbito do combate à criminalidade económica e ocorreu logo em 1939, invocando o legislador como fundamento o “carácter inadequado às circunstâncias actuais das disposições do Código Penal, e sem correspondência na complexidade diversa da nossa economia de hoje”. O “direito penal novo” caracterizava-se pelos princípios fundamentais da equiparação dos actos preparatórios, da tentativa e da consumação (artigo 7 do Decreto-Lei n. 29.964, de 10.10.1939, artigo 2 do Decreto-Lei n. 31.328, de 21.6.1941, artigo 12 do Decreto-Lei n. 31.664, de 22.11.1941, artigo 2, do Decreto-Lei n. 31.962, de 7.4.1942), bem como da equiparação dos autores, dos cúmplices e dos encobridores (artigo 3 do Decreto-Lei n. 31.328, artigo 13 do Decreto-Lei n. 31.664, e artigo 3 do Decreto-Lei n. 31.962, já citados). Por outro lado, punia-se com base na presunção de culpa das entidades patronais (artigo 11 do Decreto-Lei n. 29.964, de 10.10.1939, e artigo 5 do Decreto-Lei n. 31.328, de 21.6.1941) e consagraram-se várias medidas de segurança de duração indeterminada (artigo 3, do Decreto-Lei n. 29.964, e artigo 7 do Decreto-Lei n. 31.328, ambos na redacção do artigo 1 do Decreto-Lei n. 32.086, de 15.6.1942, e artigo 1, § 2, do Decreto-Lei n. 32.334, de 20.10.1942). A doutrina encontrava-se dividida sobre o carácter meramente transitório e dependente da conjuntura da guerra desta legislação (Vitor Faveiro, 1949 a: 350 a 352) ou o seu carácter duradouro e independente da referida conjuntura (Adriano Moreira, 1948: 293 e 294), procurando limitar o seu efeito de alargamento da punibilidade, designadamente restringindo os actos preparatórios com dignidade penal aos actos que revelassem um propósito criminoso sério, embora divergindo na delimitação concreta do limiar mínimo da actividade punível (Almeida e Silva, 1946: 18 a 21, José Moura, 1947: 32, Adriano Moreira, 1948: 303, e Lopes Cardoso, 1954: 38 e 42). A partir da publicação do Decreto-Lei n. 35.809, de 16.8.1946, que introduziu novas penas no combate à especulação e ao açambarcamento, a doutrina passou a discutir se este diploma tinha substituído os anteriores ou não (em sentido afirmativo, Adriano Moreira, 1948: 318, e, em sentido negativo, José Moura, 1947: 13). A defesa de uma radicalização do direito português moldada nos novos princípios coube a Crispiniano da

A reforma do direito punitivo da criminalidade política realizada pelo Decreto-Lei n. 35.015, de 15.10.1945, restringiu e racionalizou o regime muito severo que vigorava desde 1933, mandando submeter os delinquentes terroristas ao regime prisional dos delinquentes de difícil correcção e prevendo a aplicabilidade das medidas de segurança da caução de boa conduta e da liberdade vigiada aos condenados em pena maior ou como reincidentes em crime doloso. Deste modo, foi uniformizado o regime prisional dos delinquentes terroristas e o dos delinquentes de difícil correcção, pondo-se fim à medida de segurança de colocação à disposição do governo dos delinquentes terroristas e eximindo-se os autores de crimes de imprensa clandestina do regime válido para os terroristas. Em simultâneo, foi suprimida a categoria dos autores de crimes políticos cometidos por motivos reveladores de indignidade ou baixa de carácter que se encontravam directamente submetidos ao regime prisional comum, impondo-se a partir de então o regime prisional de favor para todos os delinquentes políticos não terroristas independentemente daquela valoração dos motivos determinantes do crime.¹²⁹⁴

Fonseca e a Mário Costa, que advogavam a assimilação do crime tentado e dos actos preparatórios, a punição da tentativa impossível por inaptidão dos meios, a delimitação subjectivista dos actos preparatórios, a equiparação e punição da autoria, da participação e do encobrimento de acordo com a perigosidade específica do delinquentes e a introdução de um direito sancionatório parcial ou mesmo integralmente fundado em medidas de segurança (Crispiniano da Fonseca, 1933: 17 a 22, e Mário Costa, 1943: 15 a 19, 26 a 28). Nem estas propostas nem a modificação do direito positivo português constituíram um facto isolado na Europa. Além da reforma profunda que sofreu o direito penal alemão, a que adiante se fará menção, também o direito britânico da primeira metade do século XX revelou características em tudo idênticas às do modelo judiciário emergente no continente. Com efeito, o *Civil Authorities Special Powers Act (Northern Ireland)*, de 1922, que só foi revogado em 1973 com a publicação do *Northern Ireland Emergency Provisions Act*, não só equiparou totalmente a autoria e todas as formas de participação e encobrimento e a consumação, a tentativa e quaisquer actos preparatórios, como puniu a omissão de denúncia e previu mesmo uma cláusula geral aberta punitiva de qualquer “acto de tal natureza que possa ser concebido como prejudicial para a preservação da paz ou manutenção da ordem na Irlanda do Norte não especialmente previsto nestas disposições” (*any act of such a nature as to be calculated to be prejudicial to the preservation of the peace or maintenance of order in Northern Ireland and not specially provided for in the regulations*, 1. (4) do *Civil Authorities Special Powers Act (Northern Ireland)*, de 1922). Aliás, esta especialidade do direito penal britânico no âmbito da criminalidade política já tinha sido introduzida pelo famoso *Explosive Substances Act*, de 1883, que previa a equiparação total da autoria e das formas de participação.

¹²⁹⁴ A supressão desta categoria de delinquentes políticos resultava da revogação dos artigos 1 e 7 do Decreto n. 23.203 pelo referido Decreto n. 35.015, reiterada e alargada pela revogação integral daquele Decreto pelo Decreto n. 35.044, de 20.10.1945. Uma parte da doutrina ainda fez ouvir o seu protesto, entendendo que a distinção entre os delinquentes políticos sujeitos ao regime comum e os não sujeitos ao regime comum continuava em vigor, por ela estar implícita à reforma prisional, mantendo-se a doutrina daquele preceito “como se o art. 7 do decreto n. 23.203 continuasse em vigor”, não obstante a revogação “precipitada” do referido artigo (Beleza dos Santos, 1951: 82, e, já anteriormente, António Manuel Pereira, 1949: 77, seguidos por João Arantes Rodrigues, 1950: 103 e 104, e Maria Helena Nunes, 1951: 12 a 17, mas contra Olímpio da Fonseca, 1957: 114 e 115). Só anos mais tarde, o autor da reforma de 1945 se pronunciou no sentido de que depois da publicação do Decreto-Lei n. 35.015 deixou de haver

Logo em seguida, o Decreto-Lei n. 36.387, de 1.7.1947, alargou o âmbito de aplicação das novas medidas de segurança a todos os “demais condenados por crimes contra a segurança exterior ou interior do Estado” e consagrou uma medida de polícia, a da fixação pelo conselho de ministros da residência em qualquer parte do território nacional ou proibição de residência no território nacional a “indivíduos cuja actividade faça reacear a perpetração de crimes contra a segurança do Estado”.¹²⁹⁵

Com a publicação destes dois diplomas a panóplia dos instrumentos de prevenção e repressão da criminalidade política foi adaptada à reforma prisional de 1936, sujeitando-se os delinquentes terroristas ao regime do delinquente de difícil correcção, com as garantias dele decorrentes e que a colocação à disposição do governo não conhecia, e foi reforçada com a criação de medidas de segurança restritivas da liberdade, mas não detentivas, para todos os condenados por crimes contra a segurança do Estado e com uma medida policial, também restritiva da liberdade, mas não detentiva.

Este conjunto de instrumentos mostrou-se, contudo, insuficiente em 1949, quer por força das molduras penais introduzidas em 1945 na punição da criminalidade

uma definição legal de crime político, sem prejuízo de se ter mantido “fundamentalmente uma orientação objectiva, como se deduz da reforma prisional” (Cavaleiro de Ferreira, 1983: 98 e 99, e, já antes, Boaventura de Sousa Santos, 1967: 129, que relacionava, no entanto, essa orientação objectiva com os Decretos n. 32.832, de 7.6.1943, e n. 35.015, de 15.10.1945 e não com a reforma prisional).

¹²⁹⁵ A constitucionalidade desta inovação foi, aliás, censurada por Adriano Moreira (1949: 301) e Magalhães Godinho (1967: 12, e 1968: 10 e 11, e 1974: 462 a 475), pois ela estabelecia, segundo o primeiro autor, “graves medidas de restrição da liberdade física, que na Inglaterra, por exemplo, são objecto do «habeas corpus», cuja aplicação não depende do cometimento prévio de qualquer crime, nem está sujeita a apreciação jurisdicional” (Adriano Moreira, 1949: 301). O segundo autor propôs mesmo, aquando da revisão constitucional em 1971, a proibição expressa “das medidas de segurança, privativas ou restritivas da liberdade pessoal, da livre circulação e da escolha de domicílio ou de qualquer outra espécie, quer em consequência da aplicação de penas, quer como prevenção ao receio da prática de crimes contra a segurança do Estado ou de simples perigosidade política” (José Magalhães Godinho, 1973: 63). No acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23.5.1969, proferido nos autos de recurso n. 7.716 interposto pelo Dr. Mário Soares da deliberação do conselho de ministros de 19.3.1967, que lhe tinha fixado residência em São Tomé por período indeterminado, aquele Tribunal rejeitou toda a argumentação então apresentada, considerando que a deliberação do conselho de ministros ao abrigo do artigo 4 do Decreto-Lei n. 36.387, se não tinha a natureza de um acto de governo de conteúdo essencialmente político, tinha, contudo, a natureza de um acto de decretação de uma “medida de segurança administrativa ou de polícia” e, por isso, não violava o conceito orgânico-formal de função judicial adoptado pela Constituição, nem a proibição constitucional da perpetuidade das penas. Por outro lado, a Constituição não exigia a prática de um crime antes da aplicação de uma medida de segurança jurisdicionalizada ou administrativa. Ao Supremo Tribunal Administrativo só competia o controlo da existência da actividade de facto condição da aplicação da medida de segurança em causa, não podendo valorar os factos que constituíssem essa actividade com vista a ajuizar do receio de perpetração de crimes contra a segurança do estado (José Magalhães Godinho, 1974: 510 a 518). O acórdão do STA confirmou, na íntegra, a decisão governamental, tendo, por proposta do próprio presidente do conselho de ministros,

política, quer em virtude da inexistência de uma medida de segurança detentiva posterior ao cumprimento da pena para os condenados por crimes contra a segurança do Estado que não fossem terroristas e de meios de repressão das actividades de membros de associações comunistas que não constituíssem crime.

Na sequência do julgamento do processo dos cento e oito arguidos implicados em actividades comunistas, o conselho de ministros pôs “de sobreaviso o ministro da justiça, quanto ao tribunal, não fosse este, por mais alheio às realidades da segurança do estado, deixar perder o benéfico trabalho da Polícia”. Em face das molduras aplicáveis nos termos da recente reforma de 1945 e da possibilidade de suspensão da execução da pena, Cavaleiro de Ferreira foi incumbido pelo conselho de ministros de “obter, se possível ao caso em curso, legislação mais apropriada”. A solução adoptada foi a de “lançar mão de medidas de segurança, porque grande parte da doutrina lhe não aplica o princípio da irretroactividade”, sendo necessário também “incluir as disposições legais convenientes num decreto mais amplo, para não legislar com vista a um caso particular”.¹²⁹⁶

Contudo, não tendo o governo conseguido publicar o diploma antes do final do julgamento, os arguidos foram julgados e condenados de acordo com a lei vigente, alguns deles em pena de prisão correcional com a respectiva execução suspensa. Interpostos vários recursos pelos arguidos e pelo Ministério Público, o processo subiu ao Supremo Tribunal de Justiça em 26.11.1948, o esperado diploma foi publicado em Junho do ano seguinte e o recurso foi julgado a 19 de Outubro, decidindo o Supremo Tribunal, por maioria, que o novo diploma era imediatamente aplicável e, por isso, anulando todas as suspensões de pena que o tribunal de primeira instância concedera e impondo a nova medida de segurança.¹²⁹⁷

a duração da sanção sido fixada em um ano, embora, também com autorização de Marcello Caetano, tivesse sido antecipado o regresso do Dr. Mário Soares à metrópole (Marcello Caetano, 1974: 53 e 54).

¹²⁹⁶ Cavaleiro de Ferreira, 2000: 212 a 216.

¹²⁹⁷ O primeiro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que foi aplicada a nova medida de segurança não foi este de Outubro de 1949 (in BMJ, n. 15, pp. 166 a 178), mas um outro de 13 de Julho desse ano (in BMJ, n. 14, pp. 85 a 88), cuja argumentação foi reiterada e desenvolvida no acórdão de 19 de Outubro. A argumentação do STJ fundava-se, por um lado, na inadmissibilidade da suspensão da execução da pena de suspensão de todos os direitos políticos e na incindibilidade da pena de prisão correcional em relação à pena de suspensão de todos os direitos políticos e, por outro lado, na presunção absoluta de perigosidade dos delinquentes decorrente da imposição da nova medida de segurança pelo legislador. Esta argumentação foi criticada por Adelino da Palma Carlos e Vítor Faveiro, com base na interpretação da suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 175 do CP, na redacção de 1947, como uma pena acessória e não como uma pena principal e na exclusão daquela do âmbito da suspensão da execução das penas (Adelino da Palma Carlos, 1950: 473 a 478, e Vítor Faveiro, 1952 b: 192 a 195).

Assim, a prática das “actividades subversivas” de associações de carácter comunista ou que tivessem por fim a prática de crimes contra a segurança exterior do Estado ou utilizassem o terrorismo como meio de actuação, passou a ser submetida pelo Decreto-Lei n. 37.447, de 13.6.1949, a uma medida de segurança de internamento de um a três anos aplicada pelo tribunal plenário ou pelos juízos criminais de Lisboa e do Porto, consoante os arguidos fossem também incriminados pela prática de crimes contra a segurança exterior do Estado ou não, assentando desde então a política criminal do Estado Novo em dois pilares fundamentais, o regime de prisão preventiva e o sistema de medidas de segurança, ambos delimitados de modo a não permitir o arbítrio das polícias.

Acresce que o director da PIDE tinha competência para aplicar provisoriamente e propor a aplicação definitiva da medida de internamento em estabelecimento prisional aos suspeitos da prática de actividades subversivas, sendo a medida cumprida em estabelecimentos dependentes do ministério do interior e estando vedada a impugnação da medida provisoriamente aplicada. Conjugando a prisão preventiva e esta medida de segurança provisória nos processos em que os arguidos fossem incriminados por crimes contra a segurança do Estado verificava-se deste modo a possibilidade teórica de manutenção da prisão sem controlo judicial por um período máximo de um ano e seis meses.¹²⁹⁸

¹²⁹⁸ Este limite máximo seria mais tarde reduzido a um ano, por força da diminuição do limite mínimo da medida de segurança para seis meses determinada pelo Decreto-Lei n. 40.550, de 12.3.1956. O estudo dos ficheiros policiais nominativos dos presos políticos cuja detenção teve lugar entre 1945 e 1960 revela que a PIDE não aplicava provisoriamente a medida de segurança do internamento, confirmando-se deste modo os testemunhos de dois autores coevos (Maia Gonçalves, 1963: 500, e Artur Maurício, 1974: 28). A prática policial era outra: a polícia preferia à aplicação provisória da medida de segurança a prisão até seis meses, soltando em seguida o preso e voltando a prendê-lo por um novo período inferior a seis meses e assim sucessivamente (cfr. a ficha de Carlos de Jesus Vilhena, sete vezes preso e apenas um vez julgado e condenado, in Comissão, 1981: 174 e 175; a ficha de António Lobão Vital, seis vezes preso, julgado três vezes, sendo condenado duas e absolvido uma vez, in Comissão, 1981: 202 e 203; a ficha de Arlindo Gonçalves, nove vezes preso e apenas duas vezes julgado e condenado, in Comissão, 1981: 211 e 212, a ficha de António Saldanha, seis vezes preso e absolvido no único julgamento a que foi submetido, in Comissão, 1981: 238 e 239; a ficha de Antenôr Barreiros Marques, cinco vezes preso e absolvido nos dois julgamentos a que foi submetido, in Comissão, 1982: 63 e 64; a ficha de Duarte Vilhena Gusmão, cinco vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1982: 65; a ficha de Diogo Teixeira da Cunha, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1982: 66; a ficha de António Vicente de Carvalho, cinco vezes preso e apenas um vez julgado e condenado, in Comissão, 1982: 67, a ficha de Artílio Batista, seis vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1982: 73 e 74, a ficha de António do Carmo Cabrita, cinco vezes preso no espaço de um ano e dois meses e nunca julgado, in Comissão, 1982: 76; a ficha de Agostinho Trindade, onze vezes preso no espaço de menos de cinco anos e apenas duas vezes julgado e condenado, in Comissão, 1982: 107 e 108; a ficha de João Madeira, preso cinco vezes e nunca julgado, in Comissão, 1982: 142; a ficha de Joaquim Manuel Ferreira, preso seis vezes e nunca julgado, in Comissão, 1982: 145; a ficha de Carlos Mário Fernandes, nove vezes preso e apenas

três vezes julgado, sendo duas delas condenado e uma absolvido, in Comissão, 1982: 158 e 159; a ficha de David de Carvalho, seis vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1982: 207 e 208; a ficha de António Perpétua Crispim, nove vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1982: 230 e 231; a ficha de Abel Augusto de Andrade, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1982: 238 e 239; a ficha de Jaime Cortesão, duas vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1984: 53; a ficha do padre Manuel Vieitas Carvalho, seis vezes preso, mas apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1984: 121; a ficha de Edmundo Silva, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1984: 178 e 179; a ficha do advogado Manuel Dias de Andrade, quatro vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1984: 216 e 217; a ficha de Joaquim da Glória, seis vezes preso mas apenas duas vezes julgado e condenado, in Comissão, 1984: 222 e 223; a ficha de Rogério Gouveia, quatro vezes preso, mas nunca julgado e condenado, in Comissão, 1984: 226; a ficha de Joaquim Teixeira de Magalhães, nove vezes preso, mas nunca julgado e condenado, tendo falecido em 20.2.1945, seis dias depois de ter sido detido pela nona vez, in Comissão, 1984: 274 e 275; a ficha do professor catedrático Ruí Luis Gomes, preso sete vezes no período de nove anos, sendo despronunciado uma vez, condenado duas outras e solto as restantes, in Comissão, 1984: 282 e 283; a ficha de Francisco Ramos da Costa, preso cinco vezes, mas apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1984: 298 e 299; a ficha do escritor António Sérgio, preso três vezes, mas nunca julgado, in Comissão, 1984: 316, a ficha do advogado Mário Cal Brandão, preso nove vezes e julgado e absolvido apenas duas vezes, in Comissão, 1984: 318 e 319; a ficha do advogado Manuel João Palma Carlos, preso duas vezes e nunca julgado, in Comissão, 1985: 37; a ficha do advogado Humberto Dinis Lopes, preso seis vezes, sendo três vezes julgado e uma delas absolvido e duas outras condenado, e as restantes sendo solto, in Comissão, 1985: 48 a 50; a ficha do advogado António Ribeiro da Silva, preso cinco vezes e uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 55 e 56; a ficha do professor catedrático Bento de Jesus Caraça, preso duas vezes e nunca julgado, in Comissão, 1985: 64; a ficha do advogado Mário Alberto Nobre Lopes Soares, nove vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 67 e 68; a ficha do professor catedrático Mário Azevedo Gomes, três vezes preso, mas nunca julgado, in Comissão, 1985: 113; a ficha do advogado Francisco Salgado Zenha, quatro vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 172 e 173; a ficha do advogado Armando Pereira Bacelar, cinco vezes preso e apenas uma vez julgado e absolvido, in Comissão, 1985: 181 e 182; a ficha de António Simões de Abreu, seis vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 184 e 185; a ficha de Manuel Rodrigues da Silva, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1985: 187; a ficha de Manuel Soares Correia, cinco vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1985: 191; a ficha do advogado Vasco da Gama Fernandes, duas vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1985: 214; a ficha de Joaquim Gomes de Sá, preso sete vezes e apenas duas vezes julgado, sendo uma vez condenado e outra absolvido, in Comissão, 1985: 224 e 225; a ficha de Teófilo de Carvalho Santos, três vezes e nunca julgado, in Comissão, 1985: 229; a ficha do advogado José Barbosa de Magalhães Godinho, duas vezes preso, mas nunca julgado, in Comissão, 1985: 243; a ficha de Carlos Pinhão Correia, quatro vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 254 e 255; a ficha de João Camilo Rosa, seis vezes preso e julgado duas vezes apenas, sendo uma condenado e outra absolvido, in Comissão, 1985: 262 a 264; a ficha do advogado Albano Rodrigues da Cunha, quatro vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 270 e 271; a ficha de Alberto Proença, preso sete vezes e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1985: 272 e 273; a ficha do advogado Gustavo Caratão Soromenho, duas vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1985: 321; a ficha de Diogo Carlos da Silva, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1985: 414; a ficha de Carlos Aboim Inglês, cinco vezes preso e três vezes julgado, sendo uma absolvido e duas condenado, in Comissão, 1987: 59 a 61; a ficha da escritora Maria da Cunha Lamas, três vezes presa e apenas uma vez julgada e condenada, in Comissão, 1987: 123; a ficha de Virginia de Faria Moura, nove vezes presa e sendo três vezes condenada e uma vez absolvida, in Comissão, 1987: 124 a 126; a ficha de Joaquim Santos Junior, seis vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1987: 167; a ficha de Joaquim Farracha, seis vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1987: 193 e 194; a ficha de António Lobão Vital, cinco vezes preso e apenas uma vez julgado e absolvido, in Comissão, 1987: 220 e 221; a ficha de Alcino de Sousa Ferreira, seis vezes preso e julgado e condenado apenas uma vez, in Comissão, 1987: 224; a ficha de Agostinho Neto, quatro vezes preso e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1988: 45 e 46; a ficha de Mário Sena Lopes, cinco vezes preso e três vezes julgado sendo uma absolvido e duas condenado, in Comissão, 1988: 97 e 98; a ficha de Carlos Cal Brandão, cinco vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1988: 99; a ficha de Francisco Lopes Cipriano, preso cinco vezes e julgado e condenado apenas uma vez, in Comissão, 1988: 208 e 209; a ficha de Manuel dos Santos Cabanas, três vezes preso e nunca julgado, in

Por outro lado, a competência do Tribunal de Execução de Penas para a declaração da perigosidade, quando essa declaração não tivesse lugar em processo penal, conferida pelo artigo 3 do Decreto-Lei n. 34.553, de 30.4.1945, foi-lhe retirada e atribuída aos juízos criminais de Lisboa e do Porto, que eram igualmente competentes para o julgamento dos respectivos processos complementares, sendo apenas admissível reclamação das decisões dos juízos criminais para o tribunal plenário, onde podia ter assento o juiz reclamado.

A desjudiciarização completa do controlo cautelar das actividades subversivas verificou-se com a criação das medidas de “vigilância especial” (artigo 16 do Decreto-Lei n. 37.447, de 13.6.1949), aplicáveis por um órgão administrativo de coordenação das actividades de segurança pública, o Conselho de Segurança Pública. Este órgão tinha competência para impor a indivíduos condenados por crimes contra a segurança do Estado um regime de limitações da liberdade de deslocação.¹²⁹⁹ O desrespeito destas limitações era equiparado ao crime de desobediência, devendo o arguido aguardar o julgamento em prisão preventiva, distinguindo-se nesta medida do regime do direito alemão criado pelo *Erlass über die Nachüberwachung der aus Strafhaft wegen politischer Straftaten und aus Schutzhaft entlassenen Personen*, de 17.2.1938, que previa igualmente várias restrições à liberdade de deslocação e a outras liberdades e direitos fundamentais, aplicáveis pela polícia por um período indeterminado a indivíduos condenados por crimes políticos, mas cuja violação conduzia à aplicação da *Schutzhaft*.¹³⁰⁰

Comissão, 1988: 289; a ficha do advogado António Macedo, três vezes preso e nunca julgado, in Comissão, 1988: 290; a ficha do advogado Armando Adão e Silva, duas vezes preso e nunca julgado; e a ficha do padre Joaquim Pinto de Andrade, seis vezes preso no período de dez anos e apenas uma vez julgado e condenado, in Comissão, 1988: 561).

¹²⁹⁹ Adriano Moreira pronunciou-se muito criticamente sobre as medidas de “vigilância especial”, estabelecidas pelo artigo 19 do decreto n. 37.447, pois elas envolviam “sérias restrições à liberdade física dos cidadãos”, que não podiam ser consideradas como uma decorrência do dever profissional de vigilância das autoridades policiais e, por isso, não podiam dispensar a intervenção judicial. As medidas de segurança fixadas no capítulo IV já não mereciam reparo ao autor, por “respeitarem escrupulosamente o princípio da legalidade”, na medida em que dependiam de uma validação judicial (Adriano Moreira, 1949: 305 e 306).

¹³⁰⁰ Gerhard Werle, 1989: 555 a 559. A vigilância especial também podia ser ordenada em relação aos criminosos de difícil correcção quando se encontrassem em liberdade condicional, distinguindo-se do *Erlass betreffend die Planmässige Überwachung der auf freiem Fuss befindlichen Berufsverbrecher*, de 10.2.1934, do ministro do interior prussiano, que deu lugar ao *Erlass betreffend die vorbeugende Verbrechensbekämpfung durch die Polizei*, de 14.12.1937, do ministro do interior do império (Gotz Leonhard, 1952: 22 a 29, e Karl-Leo Terhorst, 1985: 88 a 90, 120 a 127). Estas disposições administrativas internas visavam um grupo de criminosos e suspeitos mais amplo do que o dos condenados de difícil correcção em liberdade condicional e previam a aplicação administrativa da

Destarte, o governo modificou profundamente o direito penal e processual português, não apenas substituindo a antiga medida de segurança no âmbito da criminalidade política de duração ilimitada e determinação mista judicial e governamental por uma outra de duração limitada e determinação judicial, completada por uma “medida de polícia” de duração indeterminada e determinação governamental, mas também aumentando o prazo máximo da prisão sem culpa formada no âmbito da criminalidade comum cuja investigação competia à Polícia Judiciária.¹³⁰¹

Vorbeugungshaft para aqueles que violassem as injunções e as restrições impostas no âmbito do plano de vigilância policial.

¹³⁰¹ Cavaleiro de Ferreira justificou, depois do 25 de Abril, a promulgação desta legislação com dois argumentos: a legislação nova reduziu para metade o prazo de três meses da prisão sem culpa formada na criminalidade não política previsto no CPP de 1929 (Cavaleiro Ferreira, 1979: 301) e limitou a seis meses a prisão ilimitada sem culpa formada na criminalidade política, que vigorava, segundo o autor, desde 1919, ano da fundação da polícia política da República, a Polícia de Informações (Cavaleiro Ferreira, 1979: 310). Os argumentos partem de uma premissa histórica errada e só em parte são correctos. Com efeito, o regime de 1945 era mais favorável ao arguido suspeito da prática de um crime político do que o do Decreto n. 4.166, de 27.4.1918, e toda a legislação posterior correlativa, por duas razões: porque previa um prazo máximo para a prisão policial e porque submetia a decisão policial à tutela ministerial. A restrição do regime de duração indeterminada da prisão preventiva na criminalidade política foi uma inovação considerável do direito de detenção provisória, que retomava, aliás, o precedente fixado pela Lei n. 453, de 21.9.1915. De igual modo, ao arguido suspeito da prática de um crime comum cuja investigação não fosse da competência da Polícia Judiciária a legislação de 1945 era também mais favorável, pois vedava a detenção policial ilimitada e diminuía o prazo da detenção sem culpa formada para metade. A partir de 1945 o despacho tabular da pronúncia provisória deixou de servir para prolongar o prazo da prisão preventiva até aos três meses nos processos não instruídos pela PJ e pela PIDE, podendo a prisão sem culpa formada manter-se apenas por quarenta e cinco dias. Nesta parte tinha razão o ministro de Salazar. Mas já não a tinha no que toca à prisão sem culpa formada do suspeito da prática de um crime cuja investigação competisse à Polícia Judiciária por duas razões: o anterior prazo de três meses de prisão sem culpa formada era prorrogável por dois períodos de quarenta e cinco dias e o controlo da prisão na instrução preparatória era meramente administrativo ou político. E por aqui se vê logo que a crítica habitualmente movida à reforma de 1945 de que o prazo de prisão sem culpa formada foi alargado de oito dias para seis meses pelo Decreto n. 35.042 e de que a PIDE tinha poderes de detenção mais amplos do que a PVDE (Salgado Zenha, 1968: 51, e 1973: 24, e Salgado Zenha e Duarte Vidal, 1974: 36, Alexandre Manuel e outros, 1974: 20, Braga da Cruz, 1988: 92 e Maria Conceição Ribeiro, 1995: 74, 75 e 224) não é correcta, porquanto se comparam dois objectos distintos: o prazo fixado pelo CPP, na versão inicial, para a detenção judicial até à pronúncia provisória na criminalidade não política investigada pela PIC e o prazo válido à luz do direito de 1945 para a detenção sem culpa formada na criminalidade grave investigada pela PJ e na criminalidade política investigada pela PIDE. Os críticos esquecem o prazo fixado em 1929 para a detenção judicial até à pronúncia definitiva e a inexistência de prazo para a detenção sem culpa formada na criminalidade política antes de 1945, como esquecem também o reconhecimento da detenção para averiguações no código de 1929 e a sua repercussão na perseguição da criminalidade política e não política. Aliás, Maria da Conceição Ribeiro contraria, ela mesmo, a sua tese em um outro texto (1996: 748), no qual sustenta que a PIDE manteve “inalterados os latos poderes de prisão e de instrução processual da sua antecessora”, o que também não é correcto, como se viu. Também não são correctas as afirmações de Braga da Cruz (1988: 93) de que a PIDE “podia prender indefinidamente quem quer que lhe aprouvesse” ou a de que tinha a “possibilidade de deter por quanto tempo entendesse”, nem as de António Barreiros (1981a: 84) de que a PIDE tinha poderes mais latos do que a PVDE, “pois, para além de poder prender preventivamente sem culpa formada durante 180 dias poderia, quanto aos crimes políticos aplicar medidas de segurança de internamento carcerário, que se traduziam pela sua sucessiva renovação numa prisão perpétua sem culpa formada”, e muito menos as de Alexandre Manuel e outros (1974: 21) de que “a PIDE, na prática, podia condenar qualquer pessoa a

A situação do arguido detido era ainda agravada pela inexistência de prazos de prisão preventiva depois da formação da culpa, confundindo-se esta com a duração do próprio processo até ao trânsito da decisão,¹³⁰² pelas limitações muito gravosas dos direitos da defesa introduzidas no regime do *habeas corpus* consagrado pelo Decreto-Lei n. 35.043, de 20.10.1945,¹³⁰³ e por uma praxe do Ministério Público e das polícias

prisão perpétua”. Estas afirmações vão-se reproduzindo na doutrina, não retratando com exactidão o quadro legal dos poderes de detenção da PIDE (*les réformes sucessives ont tendu vers la détention illimitée des délinquants politiques par la PIDE, à travers l'application de la détention provisoire et des mesures de sûreté*, Evelyne Monteiro, 1998: 159).

¹³⁰² O arguido preso, tal como o Procurador Geral da República, só podia requerer ao Supremo Tribunal de Justiça a marcação de julgamento ou das diligências necessárias para acelerar o andamento do processo. Adriano Moreira criticou esta “grave deficiência” da lei processual, que “não põe à disposição do detido qualquer meio eficiente para provocar o fim da detenção preventiva quando, formada a culpa, o julgamento se protele para além de certos prazos, ... visto que por insuficiente se deve ter a simples faculdade de requerer que se marque dia para julgamento” (Adriano Moreira, 1947 a: 53, e, fazendo suas esta crítica, também Manuel de Oliveira Matos, 1948: 137, e Francisco Correia das Neves, 1955: 189). O prazo legal fixado para o arguido requerer a intervenção do STJ devia ser contado, de acordo com estes autores, desde o início da detenção, incluindo o tempo anterior à apresentação em juízo. A prática judiciária agravava ainda mais o regime legal. O artigo 6 do Decreto n. 35.046, de 22.10.1945, tal como mais tarde o artigo 18 do Decreto-Lei n. 39.749, admitiam a prestação de caução quando os crimes não fossem puníveis com pena maior fixa ou não se verificassem os perigos de fuga, continuação perigosa ou perturbação da instrução, isto é, a mera subsistência de um destes perigos podia implicar a prisão preventiva do arguido a quem fosse imputada a prática de qualquer crime investigado pela PIDE, independentemente da sua moldura abstracta. Com base na mera possibilidade teórica de aplicação ao arguido de uma medida de segurança, a jurisprudência passou a recusar a concessão da liberdade caucionada por considerar automaticamente verificados aqueles perigos (acórdão do tribunal plenário de Lisboa, de 6.11.1969, com anotação desfavorável de Robin de Andrade, 1970: 185 e 186). A posição do arguido era ainda prejudicada pelo entendimento dos tribunais plenários sobre o ónus da prova da acusação, considerando como facto notório que o Partido Comunista era uma associação secreta ilícita e subversiva e, por isso, dispensando a acusação da prova dos factos que consubstanciassem aquelas qualificações jurídicas, tendo-se pronunciado contra esta prática o Professor João de Castro Mendes (1970: 32 a 34).

¹³⁰³ A introdução da garantia do *habeas corpus* era duplamente limitada, quer no que respeita à faculdade de o governo suspender a garantia quando bem o entendesse, quer no que toca ao objecto, que só abrangia as limitações ilegais da liberdade física, não incluindo designadamente o caso da ameaça séria dessa limitação nem o da detenção ordenada, mas ainda não cumprida (Adriano Moreira, 1945 b: 230 e 232). A “odiosa restrição” da garantia administrativa em relação à autoridade administrativa responsável pela detenção ilegal e à autoridade administrativa desobediente à ordem do Supremo Tribunal de Justiça para responder à petição do *habeas corpus* condicionavam ainda mais o efeito prático da garantia (Adriano Moreira, 1945 b: 240 e 245, e Salgado Zenha, 1947: 146 e 148). Também foi muito criticada a inexistência de um direito de o arguido ser ouvido pessoalmente pelo juiz e a falta do carácter de acção popular em favor do detido (Salgado Zenha, 1947: 135, 136, 157 a 159, e 1968: 73). Por outro lado, sendo indeferido o requerimento por manifesta falta de fundamento o advogado subscritor era condenado solidariamente com o reclamante em uma sanção pecuniária e, se tivesse ou devesse ter tido conhecimento da falta de fundamento legal da petição, em suspensão do exercício da advocacia pelo período de três meses a um ano, sendo o reclamante que se mostrasse ter tido o intuito de demorar ou prejudicar ao andamento dos autos condenado em prisão correccional por injúria ao tribunal, o que deu lugar a uma representação da Ordem dos Advogados ao ministro da justiça de protesto em relação a esta “inovação que se não coaduna com a essência do mandato judicial e que se não harmoniza com os princípios que, no direito português, o regulam” (in ROA, ano 5, 1945, ns. 3 e 4, pp. 372 a 374, e depois na Assembleia Nacional, os deputados Paulo Cancela de Abreu e Joaquim Gualberto de Sá Carneiro, in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, IV Legislatura, n. 86, de 7.2.1947, p. 507, n. 87, de 12.2.1947, pp. 527 e 528, e n. 88, de 13.2.1947, p. 545, mas em defesa da regulamentação legal, o

limitativa dos direitos do arguido na instrução preparatória, que restringia a assistência do defensor aos interrogatórios do arguido realizados nesta fase processual¹³⁰⁴ e reconhecia mesmo ao Ministério Público e aos inspectores da Polícia Judiciária competência para determinar a soltura do suspeito detido antes da apresentação ao juiz para validação da detenção.¹³⁰⁵

deputado Armando Cândido, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, IV Legislatura, n. 87, de 12.2.1947, pp. 530 e 531). A doutrina discutiu mesmo o possibilidade de sancionar o mero desconhecimento ou conhecimento imperfeito do direito pelo advogado subscritor do requerimento, que invocasse factos verdadeiros, mas que não podiam ser enquadrados nos fundamentos da lei (a favor, Arlindo Martins, 1947: 86, e contra, Adriano Moreira, 1945 b: 247 e 248, e Salgado Zenha, 1947: 151, e, mais amplamente, criticando todas as sanções previstas, Acácio Furtado, 1945: 365 a 367, e Luso Soares, na intervenção no Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, de 19.5.1958, in ROA, ano 18, 1958, pp. 416 e 417, vindo mesmo o pedido de eliminação da pena de suspensão ao advogado a ser incluído nas conclusões do Instituto da Conferência, de 15.12.1958, in ROA, ano 18, 1958, p. 424). Se o Supremo Tribunal de Justiça só “raríssimas vezes” aplicou sanções aos advogados (Artur Mauricio, 1974: 68 e 69), teve, contudo, uma prática muito restritiva na concessão do *habeas corpus*, designadamente, aceitando sem discussão a imputação criminal feita pela autoridade responsável pela detenção. Com efeito, desde o primeiro acórdão do STJ sobre um pedido de requerimento de *habeas corpus*, proferido a 14.5.1947 (in BOMJ, volume VII, p. 165, e RJ, ano 31, p. 140), firmou-se naquele Alto Tribunal a jurisprudência da insindicabilidade dos fundamentos da suspeita da prática do facto e do receio da reiteração futura de comportamentos ilícitos, procedendo, por isso, o STJ a uma apreciação “apenas de fachada” da causa (contra esta prática portuguesa, Adriano Moreira, 1947 b: 176, e 1947 a: 55 e 56, Salgado Zenha, 1947: 120 a 127, Manuel de Oliveira Matos, 1948: 125 e 126, Cavaleiro Ferreira, 1956 a: 483 e 484, Fernando Fabião, 1964: 196 e 197, Magalhães Godinho, 1967: 14 e 15, Armando Bacelar, 1972: 601 e 602, e Hans-Heinrich Jescheck, 1975: 13, mas a favor desta prática, Arlindo Martins, 1947: 93).

¹³⁰⁴ “O segredo de justiça, ora reforçado, impede a assistência de advogado às perguntas formuladas aos arguidos pelo Ministério Público” (Laurentino Araújo e Gelásio Rocha, 1972: 56). A procuradoria Geral da República, em um parecer de 2.9.1946, sustentou que os artigos 13 e 12 do Decreto n. 35.007 tinham revogado, respectivamente, os artigos 70 e 244 do CPP (BMJ n. 3, p. 95). A doutrina opunha-se unanimemente a esta praxe, rejeitando o entendimento de que os citados artigos do CPP tivessem sido revogados no que toca aos direitos dos advogados e ao segredo de justiça e argumentando que a intervenção do defensor garantia que o meio de prova em que consistiam as declarações do arguido não fosse desvirtuado (Eduardo Correia, 1946: 108, 169, 170, José Osório, 1947 b: 97, Simões Correia, 1953: 186, Francisco José Vellozo, 1955: 32 e 33, e 1971 a: 337 a 339, Cavaleiro de Ferreira, 1955: 156 e 157, 164 e 165, Ary Elias da Costa, 1958: 123, Almeida Ribeiro, 1958: 230 a 236, Araújo de Barros, 1963: 42 e 43, Fernando Fabião, 1964: 172 a 174, que excepcionava, no entanto, os interrogatórios realizados nos processo intruídos pela PIDE, Pinheiro Farinha, 1966: 222 e 246, Artur Santos Silva, 1969: 15 a 18, Eliana Gersão, 1970: 208 a 210, Figueiredo Dias, 1971 a: 172, 177 e 199, que considerava obrigatória a assistência mesmo em instrução que decorresse na DGS, Vassanta Tambá, 1972: 28 e 43, que entendia que a assistência por defensor só era obrigatória no caso de interrogatório judicial de arguido preso, J. Pires de Lima, 1972: 236 a 239, José Magalhães Godinho, 1973: 55, e Duarte Vidal e Salgado Zenha, 1974: 23). O Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados formulou, nas conclusões de apresentadas em 15.12.1958, uma relativa a este assunto, em que se estabelecia que a presença do advogado na instrução preparatória não devia ser negada todas as vezes que fosse solicitada pelo arguido (in ROA, ano 18, 1958, p. 423), e, mais tarde, o Conselho Geral da Ordem aprovou, por unanimidade, uma exposição que apresentou em Fevereiro de 1965 ao ministro da justiça, protestando contra a prática policial e requerendo a consagração expressa na lei do direito dos advogados assistirem ao interrogatório dos seus constituintes durante a instrução preparatória e do direito de com eles livremente conferenciarem (José Magalhães Godinho, 1971: 65 a 74).

¹³⁰⁵ Esta doutrina foi fixada no parecer da Procuradoria Geral da República, de 25.1.1947, que foi homologado pelo ministro da justiça (Eduardo Correia e Furtado dos Santos, 1959: 1295 e 1296). Cavaleiro de Ferreira mudou de opinião posteriormente, considerando que a captura não podia ser

Por outro lado, a jurisdição criminal extraordinária tornou-se uma jurisdição-regra, sem qualquer limitação temporal expressa ou implícita ao seu funcionamento e com a faculdade de alargamento do âmbito da sua competência material dependente do Procurador Geral da República, que se encontrava sob a dependência hierárquica do ministro da justiça, e dos conselheiros da secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, também escolhidos pelo mesmo ministro.¹³⁰⁶ Acresce que os tribunais criminais de Lisboa e do Porto eram presididos por um desembargador nomeado pelo ministro da justiça em comissão de serviço por três anos e os juizes dos tribunais correcionais e de polícia eram nomeados livremente pelo mesmo ministro entre os juizes da primeira instância de qualquer classe (artigos 1, 6 e 10 do Decreto-Lei n. 35.044, de 20.10.1945) e, não obstante idênticas cautelas terem sido tomadas em relação aos juizes dos tribunais de execução de penas de primeira e de segunda instância, garantindo a livre nomeação pelo ministro da justiça de todos estes magistrados (artigos 5 e 16 do Decreto-Lei n. 34.553, de 30.4.1945), o controlo efectivo da execução de penas era realizado pelo próprio ministro da justiça.¹³⁰⁷

subtraída à fiscalização judicial, sob pena de ela ter de ser julgada “injustificada” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 425). Também neste sentido, José Manso-Preto, 1963: 24 e 28, e Fernando Fabião, 1964: 175, mas no sentido inverso, Ary Elias Costa, 1958: 163 e 164.

¹³⁰⁶ A possibilidade de submeter qualquer processo ao tribunal extraordinário e a não limitação temporal do funcionamento do tribunal constituem as características mais salientes da jurisdição criminal autoritária (Heinrich Henkel, 1953: 78, Jean Boulrier, 1962: 17, Ingo Müller, 1989: 21, 22 e 31, Stefan Braum, 1996: 185, e Kai Drews, 1998: 120 e 144). Tal como a primeira República portuguesa, também a República de Weimar criou vários tribunais de excepção, que se caracterizaram pela sua curta duração. A “bancarota do direito escrito” diante da agudização dos conflitos sociais e da sabotagem da vida económica, por um lado, e a incapacidade manifesta dos tribunais ordinários para evitar o surgimento de movimentos de auto-justiça, por outro, deram lugar à criação de “tribunais de defesa da República”, que, no entanto, não conseguiram conter os conflitos e proteger a ordem constitucional de Weimar (Hinrich Rüping, 1991: 92 e 93). Também os tribunais de excepção criados já sob o governo do partido nacional-socialista foram inicialmente instituídos para fazer face a circunstâncias extraordinárias, constituindo a diferença fundamental entre estes e os tribunais da República de Weimar o facto de aqueles tribunais terem sido gradualmente integrados na organização judiciária comum como tribunais com uma competência quase genérica e com um funcionamento sem limitação temporal, como se verá melhor adiante.

¹³⁰⁷ Com vista a fazer cessar a interferência directa da administração na fase da execução da pena e, designadamente, a competência do Conselho Superior dos Serviços Criminais no que toca à declaração de um criminoso como preso indisciplinado, à prorrogação de penas e medidas de segurança e do ministro da justiça no que respeita à concessão e revogação da liberdade condicional, a Lei n. 2.000, de 16.5.1944, criou os Tribunais de Execução das Penas, correspondendo deste modo a uma sugestão feita por Cavaleiro de Ferreira logo em 1938 (Cavaleiro de Ferreira, 1938 a: 134). Estes tribunais teriam a competência para controlar o cumprimento das penas e das medidas de segurança e conceder a reabilitação dos condenados em quaisquer penas e dos imputáveis submetidos a medida de segurança, independentemente da revisão extraordinária da sentença, e seriam constituídos por “juizes singulares do quadro da magistratura judicial” (Base II). Estes juizes julgavam de facto e de direito, cabendo recurso somente das decisões de prorrogação de pena ou da medida de segurança ou da revogação da liberdade condicional. O tribunal de recurso era colectivo, tinha jurisdição em todo o país e julgava de facto e de

O controlo da magistratura judicial pelo ministro da justiça não se limitava à composição dos tribunais criminais mais importantes do país. O ministro da justiça determinava também a colocação dos juizes de qualquer classe “por virtude de nomeação, transferência, promoção, cessação de comissões ou regresso à efectividade de funções”, sob parecer não vinculativo do Conselho Superior Judiciário (artigo 27 do Decreto-Lei n. 35.388, de 22.12.1945), nomeava de entre todos os juizes desembargadores e os juizes de direito de primeira classe os inspectores judiciais, que exerciam funções em comissão de serviço de três anos (artigo 16 do mesmo diploma), e podia mandar inspecionar o serviço de qualquer magistrado abrangido pela classificação extraordinária e determinar que a sua apreciação fosse revista pelo Conselho em face dos resultados da inspecção (artigo 43, § único, do mesmo

direito. O decreto que regulamentou a lei já foi da lavra do novo ministro da justiça. Nele, além das regras relativas à nomeação ministerial do juiz de primeira instância já referidas, previa-se que o tribunal de recurso seria composto por um juiz desembargador ou um juiz conselheiro e por dois funcionários superiores dos serviços prisionais ou pessoas de reconhecido mérito, todos escolhidos livremente pelo ministro da justiça, e, enquanto este tribunal não fosse formado, os recursos subissem para o Tribunal da Relação. O Decreto-Lei n. 38.386, de 8.8.1951, modificou estas regras, criando um tribunal colectivo constituído pelo desembargador presidente do plenário do Tribunal Criminal de Lisboa e pelos dois juizes mais antigos do tribunal de execução de penas de Lisboa, que conheceria das decisões finais em processo de segurança ou complementares, competindo ainda recurso nos processos de segurança limitado à matéria de direito da decisão do tribunal colectivo para a secção criminal do STJ. A partir do Decreto-Lei n. 40.550, de 12.3.1956, de todas as decisões finais proferidas pelo tribunal de execução de penas cabia recurso para o tribunal colectivo de recurso e ainda para a secção criminal do STJ, sendo este limitado às questões de direito. Com a publicação do terceiro Estatuto Judiciário e na sequência de uma proposta da Câmara Corporativa nesse sentido (parecer n. 3/VIII, p. 177 e 178), os recursos destes tribunais passaram a ser julgados pelo Tribunal da Relação. A amplitude das competências dos tribunais de execução de penas e o modelo português de jurisdicionalização do processo de execução das penas realizavam, enfim, as pretensões mais exigentes da doutrina penitenciária europeia, como concluiu Robert Vouin no seu juízo sobre o juiz de execução de penas português (*Plus qu' un procès d' exécution de la peine, ce sera le procès d' un homme, qui s' ouvrira devant ce magistrat. On dirait presque: le procès de défense sociale que certains nous donnent à entrevoir dans l' avenir de notre procédure criminelle ...*, Robert Vouin, 1954: 185). Na prática, contudo, o funcionamento do sistema penitenciário foi pervertido pela interferência ministerial na fase da execução das penas, em especial de delinquentes políticos. Não obstante as cautelas tidas com a jurisdicionalização da fase processual da execução das penas e das medidas de segurança e, designadamente, a escolha discricionária pelo ministro da justiça de todos os juizes em exercício nos tribunais de execução de penas de primeira e de segunda instância, estas cautelas não se mostraram suficientes, sendo o ministro da justiça quem controlava pessoal e directamente esta fase processual. Com efeito, a concessão da liberdade condicional a arguidos condenados por crimes políticos era fiscalizada por via administrativa pelo próprio ministro da justiça depois de ele ter dado ordem expressa à Procuradoria Geral da República para que nenhuma proposta de concessão de liberdade condicional do director da cadeia ou da PIDE tivesse andamento sem que fosse apresentada previamente ao ministro da justiça, tendo igualmente ordenado aos directores das cadeias que nenhuma proposta de concessão de liberdade condicional em casos de criminalidade contra a segurança interior e exterior do Estado fosse feita sem o “visto de carácter interno” do ministro da justiça (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 277 e 278).

diploma).¹³⁰⁸

Os juízes presidentes dos círculos judiciais e os juízes dos juízes criminais de Lisboa e do Porto eram nomeados em comissão de serviço de três anos de entre os juízes de primeira classe designados pelo Conselho Superior da Magistratura e quer os juízes presidentes dos círculos quer os juízes desembargadores presidentes dos plenários criminais tinham amplos poderes disciplinares e de inspecção sobre os juízes das comarcas (artigo 5, § único, e artigo 24, 4º, do Decreto-Lei n. 37.047, de 7.9.1948), o que tinha um efeito conjugado fortemente prejudicial para a independência do tribunal.¹³⁰⁹

Estas disposições deviam ser conjugadas com o novo regime de nomeação dos membros do Conselho Superior Judiciário pelo ministro da justiça, que designava por via directa o vice-presidente e o secretário e por via indirecta os restantes.¹³¹⁰ A legislação nova culminava o processo de afastamento gradual da doutrina do Estatuto Judiciário de 1927, mantendo, por um lado, a composição do Conselho Superior Judiciário inteiramente dependente da vontade do ministro da justiça e, por outro,

¹³⁰⁸ A interferência do ministro da justiça na gestão da magistratura judicial podia até ter lugar antes de o Conselho Superior Judiciário reunir para decidir da classificação dos juízes com repercussão directa na progressão na carreira do juiz visado (Luís Azevedo, 2001: 87). Daí que o sistema de classificação tenha sido criticado, mesmo depois da sua reforma pelo Decreto-Lei n. 40.916, de 20.12.1957, como um instrumento de actuação de critérios de natureza extra-judiciária (Cláudio Olympio, 1944: ano 8, pp. 3, 19, 43 e 59, e 1946: 106, Manuel dos Santos Martins, 1972: 527 a 529, Francisco José Velozo, 1973: 48 e 49, e Roseira Figueiredo e Pinto Ferreira, 1974: 51, mas a favor Campos Costa, 1957: 5 a 7).

¹³⁰⁹ José Alberto dos Reis aplaudiu muito vivamente a reforma judiciária de 7.9.1948 no que toca à reentrada de um terceiro juiz de direito para o tribunal colectivo (“Por outras palavras, a Reforma de 1948 propõe-se manter as vantagens que o sistema iniciado em 1944 obteve sobre o sistema anterior e remover os inconvenientes de que padece o sistema do Estatuto actual. Mantém-se as vantagens, porque o tribunal colectivo só obriga a deslocar o juiz duma comarca limítrofe, em vez de deslocar os juízes de duas comarcas, como sucedia antes de 1944; evitam-se os inconvenientes, porque se procura elevar o nível do tribunal colectivo, abatido em consequência da intromissão do elemento estranho à magistratura judicial”, José Alberto dos Reis, 1949 b: 357), mas censurou, com igual vigor, o estatuto do juiz presidente (“Nestas circunstâncias, é legítimo o receio de que os dois vogais do tribunal colectivo olhem o presidente, não de igual para igual, mas de inferior para superior”, José Alberto dos Reis, 1949 b: 387). A crítica do Autor não cessava neste ponto, impugnando também as razões que motivaram o legislador a restringir a competência do tribunal colectivo em relação às causas que excedessem a alçada do juiz de direito e a reintroduzir os depoimentos escritos na audiência de julgamento no processo sumário. Os argumentos expendidos para a crítica do estatuto do juiz presidente do círculo valiam também para o juiz desembargador presidente do plenário criminal das comarcas de Lisboa e do Porto.

¹³¹⁰ A nomeação dos membros do Conselho Superior Judiciário pelo ministro da justiça foi apontada como característica de um sistema que negava a independência funcional e política do poder judicial em relação ao poder executivo, quer em Portugal (Francisco José Velozo, 1972: 257 e 277, Flávio Pinto Ferreira, 1972: 475, Manuel Salvador, 1972: 187 e 191, 308 e 309, Artur Santos Silva, 1973: 36, Olívio França, 1973: 203 e 204, José Magalhães Godinho, 1973: 220, 223 e 224, e Joaquim Roseira Figueiredo e Flávio Pinto Ferreira, 1974: 33 e 34), quer no estrangeiro (Albrecht Wagner, 1959: 92). Albrecht Wagner considerava que a nomeação ministerial dos membros do Conselho Judiciário português significava a inexistência de uma “verdadeira auto-administração da magistratura” (*keine echte Selbstverwaltung der*

reintroduzindo a competência decisória deste ministro relativamente à nomeação, promoção e transferência dos juizes e confiando-lhe mesmo a escolha dos juizes titulares dos tribunais criminais de primeira instância mais importantes do país e dos juizes conselheiros da nova secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça.

A concentração de poderes no ministro da justiça relativos ao estatuto dos magistrados judiciais e, em especial, dos que exerciam funções na jurisdição criminal, atingia o seu ponto máximo na história da ditadura militar e do Estado Novo. Pela primeira vez o governo não considerava suficiente o controlo da composição do Conselho Superior Judiciário, conjugando-a com a atribuição a este órgão de uma competência meramente indicativa relativa à nomeação, promoção e transferência dos juizes. Pela primeira vez também o governo reservava-se a faculdade de seleccionar os magistrados titulares de certos tribunais criminais comuns e os inspectores judiciais.¹³¹¹

Richterschaft, Albrecht Wagner, 1959: 92).

¹³¹¹ O direito português não conheceu, contudo, uma reforma semelhante à introduzida, três meses depois da tomada do poder pelo partido nacional-socialista, através da *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, de 7.4.1933. Esta lei, que vigorou transitoriamente até à nova *Beamtengesetz*, conferiu ao governo a faculdade de demitir os funcionários públicos, incluindo os juizes, que não fossem de ascendência ariana (*die nicht arischer Abstammung sind*, § 3, 1) ou que estivessem comprometidos politicamente com a oposição comunista ou social-democrata e não oferecessem a garantia de que defenderiam a todo o tempo e sem reservas o Estado nacionalista (*die nach bisheriger politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, dass sie jederzeit rückhaltlos für die nationalen Staat eintreten*, § 4). Na sequência da publicação desta lei foram afastados com fundamentos racionais 574 juizes e magistrados do Ministério Público (Albrecht Wagner, 1968: 225, Ulrich Schumacher, 1985: 74, Gerhard Riehle, 1985: 76, e Lothar Gruchmann, 1988: 165 a 167), cessando na prática o princípio da independência dos juizes (Eduard Kern, 1954 a: 209, e Ralph Angermund, 1991: 50). A excepção prevista na lei para os judeus veteranos da primeira guerra mundial ou cujos pais ou filhos tivessem morrido em combate, conhecida pela excepção Hindenburg, foi em larga escala anulada pelo recurso a transferências ou aposentações compulsivas com fundamento na “necessidade do serviço” (*wenn es das dienstliche Bedürfnis erfordert*) ou de “simplificação da administração” (*zur Vereinfachung der Verwaltung*), previstas nos §§ 5 e 6 da lei nova (Lothar Gruchmann, 1987: 138, Ralph Angermund, 1991: 50 a 54, e Richard Miller, 1997: 116). Mais tarde, a referida excepção foi suprimida pela *Erste Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, de 14.11.1935, de cuja aplicação resultou o afastamento de mais 239 magistrados. Com a anexação da Áustria e a publicação da *Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums*, de 31.5.1938, foram ainda afastados mais 180 magistrados (Albrecht Wagner, 1968: 225, Ulrich Schumacher, 1985: 74, Gerhard Riehle, 1985: 76, e Lothar Gruchmann, 1988: 169 a 174). Dois meses depois da publicação da lei de Abril de 1933, o § 3 da *Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts*, de 30.6.1933, fixou os requisitos racial e ideológico como condição para o ingresso na função pública, que os §§ 3 e 25 da nova *Deutsches Beamtengesetz*, de 26.1.1937, também consagraram. Simultaneamente, a *Gesetz über die Beteiligung des Stellvertreters des Führers bei der Ernennung von Beamten*, de 24.9.1935, que atribuía ao representante de Hitler, Rudolf Hess, a competência para dar parecer sobre a fiabilidade política de qualquer candidato a funcionário público, foi aplicada à nomeação e à progressão na carreira dos magistrados, pela *Verordnung* de 21.11.1935, assegurando ao partido uma preponderância efectiva sobre o sistema organizativo da classe (Ralph Angermund, 1991: 77 e 78). Acresce que a nomeação para o estágio (*Referendariat*) dependia da inscrição no NSDAP ou uma sua dependência (§ 2 da *Beamtenlaufbahnverordnung* de 28.2.1939) e os órgãos com competência disciplinar sobre os juizes eram compostos por membros escolhidos pelo ministro do interior, sob proposta do partido e em conformidade

com o parecer do representante do *Führer* (§§ 36, 41 e 109 da *Reichsdienststrafordnung*, de 26.1.1937). A alteração estrutural da composição do funcionalismo judiciário constituiu, pois, o primeiro passo para a reforma nacional-socialista da administração da justiça penal, afastando-se todos aqueles que tivessem “ascendência ou atitude não alemãs” (*Alles, was undeutsch nach Abstammung und Gesinnung war, musste aus der Strafrechtspflege ausscheiden. Nur die besten Köpfe und die heissesten Herzen, die von nationalsozialistischen Geist schon seit langem erfüllt waren oder sich ihm ehrlich erschlossen, konnte die Strafrechtspraxis gebrauchen, wenn die neue Arbeit mit altem Handwerkzeug gelingen sollte*, Wilhelm Crohne, 1936: 154). A intensificação da guerra exterior e da oposição interior conduziu à instrumentalização total do funcionalismo público e à precarização completa do vínculo profissional com o Estado a partir da *Beschluss des Grossdeutschen Reichstags*, de 26.4.1942. Esta decisão parlamentar, tomada na sequência da reacção de Hitler ao famoso caso Schlitt, reconheceu o *Führer* como “senhor supremo dos tribunais” (*oberster Gerichtsherr*), consagrando a designação que Hitler a si próprio deu a partir de 1934 e que a doutrina sancionou (Carl Schmitt, 1940: 200 e 201, e Ernst Huber, 1939: 278), e atribuiu-lhe a faculdade de confrontar, castigar e demitir, independentemente de quaisquer direitos adquiridos e de forma de processo, qualquer cidadão alemão, incluindo os juizes, que tivesse violado os seus deveres (*jeden Deutschen, sei er auch (...) Richter, mit allen ihm geeigneten Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und bei der Verletzung dieser Pflichten nach gewissenhafter Prüfung ohne Rücksicht auf sogenannte wohlerworbene Rechte mit der ihm gebührenden Sühne zu belegen und ihn besonders ohne vorgeschriebener Verfahren von seinem Rang, aus seinem Amt und seiner Stellung zu entfernen*). No direito alemão vigorava, pois, o princípio fundamental da vinculação directa do juiz à vontade do *Führer*, nos termos do qual a lei era uma ordem do próprio Hitler (*Führerbefehl*) e a autoridade do *Führer* tinha de ser garantida pela obediência íntima incondicional do juiz àquela ordem (*Der Führer gestaltet den Willen der Gesamtheit, gibt ihm Ziel und Richtung. Der Führergrundsatz bedeutet aber nicht, dass der Führer selbst jede Einzelheit zu regeln hätte. Der Führer bestimmt vielmehr die Grundgedanken: im Rahmen dieser Bestimmungen arbeiten die Beamten der Verwaltung und auch die Richter. Sie alle ordnen sich den Zielen der Führung ein*, Franz Gürtner, 1936 b: 25, *der Richter ist gebunden, jedes Gesetz, das mit dem Willen des Führers in Kraft tritt, als Recht anzuerkennen und anzuwenden, aber er hat es anzuwenden im Geiste des Führers, gemäss dem gegenwärtigen Rechtswillen, der konkreten Rechtsidee der Gemeinschaft*, Karl Larenz, 1934: 36, *nach deutscher Auffassung äussert sich der Wille des Führers nicht nur in starren, ein für allemal geltenden Gesetzen, sondern ebenso sehr in der Übertragung der Rechtspflege auf lebendige und aktive, vom Willen der Führung und einer bestimmten Weltanschauung und politischen Haltung durchdrungene Richter*, Georg Dahm, 1935 b: 16, Carl Schmitt, 1933: 44 a 46, Franz Exner, 1935: 3, Edmund Mezger, 1936: 10, Otto Geigenmüller, 1937: 50, Ernst Huber, 1939: 278 e 279, 445 e 446, Hans Frank, 1939: 53). Esta concepção da independência do juiz não era, no entanto, inconciliável, de acordo com a doutrina, com a liberdade de decisão. Com base no § 171 da *Beamtengesetz* de 26.1.1937 (*Die Versetzung eines richterlichen Beamten in den Ruhestand nach § 71 kann nicht auf den sachlichen Inhalt einer in Ausübung der richterlichen Tätigkeit getroffenen Entscheidung gestützt werden*), a doutrina considerava aquela concepção da independência como sendo compatível com a irresponsabilidade política do juiz na resolução do caso concreto (Lothar Schöne, 1937: 149, Roland Freisler, 1938 a: 99, Eduard Kern, 1938: 130, 134 a 136, Ernst Huber, 1939: 446, Wilhelm Krug, 1940: 10 e 11, Günther Kuchenhoff, 1941: 335 a 338, e Robert von Hippel, 1941: 60, 117 a 119). Contudo, na sequência do caso do juiz Fabig, um *Rundschreiben* do chefe da chancelaria imperial, Heinrich Lammers, de 12.7.1938, determinou que, segundo a interpretação do *Führer*, o referido § 171 não excluía a aposentação compulsiva de juizes por força de uma decisão judicial concreta quando ela contivesse “considerações desnecessárias” ou “incorrectas” ou “expressões lesivas” da autoridade do *Führer* (*unsachliche, zur Begründung der gefällten Entscheidung nicht erforderliche Ausführungen oder verletzende Ausdrücke*, Hermann Weinkauff, 1968: 70, Albrecht Wagner, 1968: 217, Heinz Boberath, 1975: XIV, Ulrich Schumacher, 1985: 75, Lothar Gruchmann, 1988: 191 a 200, e Ralph Angermund, 1991: 87 e 88). Do mesmo modo, a doutrina considerava que a garantia da inamovibilidade não tinha sido esvaziada de conteúdo depois da aprovação do § 2 da *Verordnung* de 1.9.1939, que permitia a atribuição pelo ministro da justiça ao juiz de processos determinados e mesmo de tarefas do Ministério Público (Wilhelm Töwe, 1940 a: 4 e 5, e Günther Kuchenhoff, 1941: 334 e 335). Por outro lado, a prática, a partir de Maio de 1942, da “antevisão” e da “revisão” (*Vor- und Nachschau*) dos processos pelos superiores hierárquicos com o juiz titular e, a partir de Outubro de 1942, do envio das “cartas aos juizes” (*Richterbriefe*), isto é, de cartas anónimas e confidenciais dirigidas pelo Ministério da Justiça aos magistrados dos tribunais inferiores, criticando as suas decisões e, designadamente, a severidade ou a brandura das penas aplicadas, redundava em uma interferência directa do poder executivo no exercício da

A orientação da reforma do processo penal conjugava-se com este reforço da autoridade. Se a pretendida introdução do princípio da acusação foi moldada à imagem do modelo do código alemão de 1877 no que respeita à direcção da instrução preparatória pelo Ministério Público, à obrigatoriedade da instrução judicial nos

administração da justiça ou, nas palavras do próprio ministro da justiça Georg Thierack, em uma “muito clara direcção dos juizes, que eu me permito executar e pela qual também acredito poder responder” (*das ist eine ganz glatte Richterlenkung, die ich mir erlaube durchzuführen und die ich auch verantworten zu können glaube*, Günther Kochenhoff, 1941: 320 a 322, Götz Leonhard, 1952: 13, Albrecht Wagner, 1959: 78 a 80, Eberhard Schmidt, 1947: 411 a 413, e 1964: 266 e 280, Eduard Kern, 1954 a: 261, mas 276, e 1954 b: 60 e 69, Hubert Schorn, 1959: 57 a 62, 86 a 88, Hermann Weinkauff, 1968: 156 a 159, 164 a 166, Albrecht Wagner, 1968: 209 a 213, Wolf-Peter Koch, 1972: 61 e 62, Heinz Boberath, 1975: XVIII a XXIV, 335 a 343, que inclui a citação de Thierack e, entre outras, uma “carta” muito significativa, em que são directamente criticadas 41 decisões de arquivamento e condenação, Klaus Marxen, 1975: 212 a 214, Ingo Müller, 1980: 80 a 82, Ulrich Eisenhardt, 1984: 365 a 367, Udo Reifner, 1983: 17 e 18, Alexander von Brünneck, 1983: 112 a 120, Heinrich Rüping, 1984 a: 298 a 300, e 1991: 106 a 108, Günter Spendel, 1985: 181, Gerhard Riehle, 1985: 136 a 138, Diemut Majer, 1987: 106 e 107, Hannsjoachim Koch, 1989: 113 a 119, 132 e 133, e Ralph Angermund, 1991: 231 a 245). O direito português conheceu limitações de natureza política, mas não rática para o exercício da magistratura. Assim, logo em 1931 o governo, ponderando que até então tinha adoptado “contemporizações e tolerâncias”, mas que estava “agora convencido de que a própria independência pátria seria comprometida se não se desse fim à crescente ousadia dos criminosos adversários”, e tendo a “certeza de que os opositores do seu pensamento e da execução nacional que àquele tem dado vivem em perfeito entendimento com as forças comunistas da desordem e da anarquia”, determinou o afastamento temporário, a reforma, a aposentação ou a demissão, consoante os casos, dos magistrados, funcionários e empregados civis e militares do Estado ou das autarquias locais que manifestassem a sua “oposição à política nacional, ordeira e reformadora do Governo da República, não dando suficientes garantias do leal cumprimento dos deveres do seu cargo” (artigo 1 do Decreto n. 20.314, de 16.9.1931). O órgão competente para a decisão era o conselho de ministros, não sendo o funcionário ouvido previamente, tal como no já referido Decreto n. 10.734, mas sendo o recurso da decisão interposto para o mesmo conselho de ministros. Com a mudança de ministro na pasta da justiça procedeu-se a uma nova regulamentação das infracções disciplinares de carácter político, através do Decreto n. 21.942, de 5.12.1932, que revogou o diploma de Setembro do ano anterior. O novo processo disciplinar admitia a defesa prévia do arguido, competindo a decisão disciplinar em primeira instância ao ministro e em segunda e última instância ao conselho de ministros. Este regime do controlo por via disciplinar e *a posteriori* da dissidência política foi mantido pelo Decreto-Lei n. 23.203, de 6.11.1933, nos seus precisos termos, e completado dois anos depois pela introdução de um controlo preventivo, prevendo-se que não podiam ser nomeados ou contratados para quaisquer cargos públicos e seriam aposentados ou reformados os “que tenham revelado ou revelem espírito de oposição aos princípios fundamentais da Constituição Política, ou que não dêem garantia de cooperar na realização dos fins superiores do Estado” (artigo 1 do Decreto-Lei n. 25.317, de 13.5.1935). Simultaneamente, determinou-se o regresso ao sistema repressivo extra-disciplinar do Decreto n. 20.314, competindo a demissão, a reforma ou aposentação e a exclusão de concurso público ao conselho de ministros, para o qual eram interpostos os recursos pelos visados. No ano seguinte, passou a ser exigida para a admissão a concurso, a nomeação efectiva ou interina, o assalariamento, a recondução, a promoção, a comissão de serviço, a concessão de diuturnidades e a transferência voluntária, em relação aos lugares do Estado, dos serviços autónomos e dos corpos administrativos, incluindo os lugares das magistraturas, uma declaração de honra do candidato de integração na “ordem social estabelecida pela Constituição” e de “activo repúdio do comunismo e de todas as ideias subversivas” (artigo 1 do Decreto-Lei n. 27.003, de 14.9.1936, substituído pelo artigo 5 do Decreto-Lei n. 49.397, de 24.11.1969). Comentando criticamente estes condicionalismos de natureza política, logo em 1935, Caetano Gonçalves (1935: 322 e 323), e, bastante mais tarde, Salgado Zenha, 1968: 92, Roseira Figueiredo, 1972, 12 a 17, e Sá Carneiro, 1973, 11 a 16. Com toda a propriedade pode, pois, concluir recentemente Figueiredo Dias que os regimes europeus que se tornaram permeáveis à ideologia autoritária mantiveram a “independência formal” dos juizes, “mas furtando-lhes a independência material, institucional e pessoal” (Figueiredo Dias, 1983 a: 200).

processos por crimes mais graves e sua admissibilidade nos restantes, aos fundamentos limitados para a sua rejeição, à restrição da participação das partes processuais na instrução judicial e à competência distinta do Ministério Público no final da instrução preparatória e da instrução contraditória, a influência directa do direito alemão mais recente também se fazia sentir no que concerne à solução consagrada para o problema fundamental do controlo do exercício dos poderes do Ministério Público na fase da instrução preparatória. A supressão de um controlo judicial efectivo do exercício destes poderes e, sobretudo, da abstenção de acusar, e a consagração de um controlo estritamente hierárquico das decisões processuais do Ministério Público retomavam a solução defendida quase unanimemente pela doutrina alemã e consagrada pelo legislador alemão em 1942.¹³¹²

O vício fundamental da regulamentação do processo preparatório no direito

¹³¹² O legislador português não consagrou a solução do código austríaco de 1873 da dedução da acusação pública pelo acusador particular (§§ 48 e 49), mas também não consagrou integralmente a solução do código alemão de 1877, pois só admitiu a sindicância da decisão de arquivamento do acusador público pelo superior hierárquico, pondo de parte a sindicância judicial do despacho confirmativo do superior hierárquico pelo Tribunal da Relação, ao invés do que permitiam os §§ 169 a 175 da lei alemã. A solução preferida foi a do artigo 9, § 2 (3) da *Verordnung* de 13.8.1942, que aboliu o recurso judicial e manteve apenas a faculdade de impugnação da decisão de arquivamento dentro da hierarquia do Ministério Público. Sem prejuízo do que adiante se dirá em relação à nova organização judiciária, no plano da reforma processual foi neste particular aspecto da supressão do controlo judicial da abstenção de dedução de acusação pelo Ministério Público que o legislador português consagrou uma solução em tudo idêntica à dada pelo legislador nacional-socialista e defendida pela maioria da doutrina germânica. O desaparecimento do papel do lesado no processo penal era uma exigência do novo direito (*Für ein völkisches Rechtsdenken verschwindet der einzelne, auch als Verletzter, in der Gemeinschaft, das einzelne Rechtsgut in der Ganzheit der völkischen Friedensordnung*, Georg Dahm, 1935 b: 20), que se conjugava com as críticas tradicionais apontadas ao regime da “acusação privada” (*Privatklage*) (Graf zu Dohna, 1929: 228) e do “processo para compelir a acusação” (*Klageerzwingungsverfahren*) (Adolf Lobe, 1928: 44 e 45). Daí, a *Grosse Straßprozesskommission* ter proposto a substituição deste procedimento pela impugnação para o superior hierárquico do magistrado do Ministério Público e a abolição da “acusação privada” (*Privatklage*) e da “acusação acessória” (*Nebenklage*) (Roland Freisler, 1938 b: 47, e Lautz, 1938: 107 e 108), com a excepção das causas relativas a crimes contra a honra, em que o ofendido teria poderes quase idênticos aos anteriormente reconhecidos na StPO, salvo no que toca a alegações sobre a pena no final da audiência (Ernst Schäfer, 1938: 494). A favor da abolição da “acusação particular” (*Privatklage*) e da “acusação acessória” (*Nebenklage*) pronunciaram-se Heinrich Henkel, 1935: 43, e 1937: 244 a 249, Schäfer, 1937: 35, Karl Peters, 1937: 55 e 56, Georg Dahm, 1935 c: 408, e 1937: 73, Niethammer, 1937: 88, mas contra Hellmuth Mayer, 1934: 315. A divisão da doutrina em torno do futuro do *Klageerzwingungsverfahren* revelou-se mais equilibrada, pronunciando-se contra este processo, Karl Siegert, 1935: 21, Georg Dahm, 1935 c: 409, Wilhelm Töwe, 1936 d: 278, Dörffler, 1937 b: 118, Heinrich Henkel, 1937: 240 a 242, Karl Peters, 1937: 46, Niederreuther, 1939: 199 e 200, Eduard Kern, 1939: 21, e Eberhard Schmidt, 1944: 310 e 311, com a excepção dos arquivamento com fundamento na falta de uma “necessidade retributiva do lesado” (*Vergeltungsbedürfnis des Verletzten*), e a favor da sua manutenção, Hellmuth Mayer, 1934: 314, Friedrich Oetker, 1935 c: 375 a 378, com excepção do arquivamento “por consideração do bem público” (*aus Rücksicht des Staatswohls*), e von Gemmingen, 1937: 252. Richard Busch (1939: 199) defendia a substituição deste processo por um controlo judicial facultativo suscitado pelo arguido ao tribunal de julgamento. Em 1942, o recurso a esta faculdade legal

alemão mantinha-se e era até agravado na reforma portuguesa pelo modo de organização dos tribunais com competência criminal.

Com efeito, o juiz do juízo criminal que dava a pronúncia podia fazer parte do plenário, com a excepção do juiz mais novo e, fizesse ou não parte deste, o despacho de pronúncia era recorrível apenas para o próprio tribunal plenário. Acresce que nos processos de querela que não eram julgados pelo tribunal plenário intervinha sempre o juiz que tinha dado a pronúncia, quer em Lisboa e no Porto, onde o juiz do juízo criminal presidia ao tribunal colectivo, composto por mais dois juizes dos tribunais correcionais, quer no resto do país, onde o juiz titular do processo fazia parte do colectivo, não presidindo. A posição processual do réu era, contudo, menos grave em relação a estes processos, pois o despacho de pronúncia era recorrível para o Tribunal da Relação.

Por sua vez, os processos correcionais e de polícia, quando não eram instruídos pelo juiz de direito que os julgava, eram-no pelo juiz municipal, que, no final da instrução, os remetia ao juiz de direito para prolação de pronúncia ou de despacho de recebimento da acusação e designação de data para julgamento.

O princípio da acusação tinha, pois, uma consagração meramente formal, que resultava não só do modo como os tribunais com competência criminal se encontravam organizados, mas também da manutenção expressa pelo legislador dos poderes do juiz previstos no artigo 346 do CPP no final da instrução contraditória. O efeito conjugado da consagração do exercício desta faculdade pelo juiz instrutor e da participação deste no julgamento da causa esvaziava de conteúdo a nova garantia do princípio da acusação.

Esta consagração formal do princípio da acusação ia de par com um agravamento do défice na realização do princípio da imediação. De facto, o legislador introduziu três inovações muito relevantes ao regime da prova na fase de julgamento que transformaram significativamente o modo de produção e valoração da prova.

A alteração ao artigo 422 do CPP, aprovada pelo Decreto-Lei n. 34.564, de 2.5.1945, afastava o adiamento por falta da testemunha notificada e não prescindida, tornando o adiamento unicamente dependente da apreciação pelo juiz da necessidade do depoimento oral da testemunha faltosa. A regra clássica do direito português, que já tinha sido implicitamente posta em causa em 1929, era agora claramente rejeitada,

era irrelevante em termos estatísticos, pelo que a referida *Verordnung* de 13.8.1942 só consagrou uma

estabelecendo-se deste modo a regra diametralmente oposta da determinação judicial, oficiosa e arbitrária, da leitura do depoimento das testemunhas faltosas.

Por outro lado, a proibição da inquirição por deprecada das testemunhas já ouvidas nos autos ou de testemunhas que não tivessem sido oportunamente indicadas para serem ouvidas na instrução contraditória, quando esta tivesse sido requerida ou ordenada, prevista pelo novo § 4 do artigo 401 do CPP,¹³¹³ e a proibição da instância directa, introduzida na nova redacção dada ao artigo 435 do CPP,¹³¹⁴ agravaram ainda mais aquele défice.

Os recursos, cujo regime se mantinha, não resolviam estes défices. Ao invés, a não sindicância de actos jurisdicionais praticados pelo Ministério Público e pelas polícias criou uma contradição intrínseca do sistema, pois este atribuía o exercício de poderes jurisdicionais, que afectavam a posição processual e os direitos e as liberdades do arguido e do assistente, a órgãos de cujas decisões não era admissível a interposição de recurso. A solução do controlo meramente hierárquico do exercício dos poderes jurisdicionais do Ministério Público e das polícias revelava a opção por uma solução de natureza autoritária.

Quer o problema da legitimidade do assistente para acusar em crimes públicos quando o Ministério Público se abstinha,¹³¹⁵ quer o do caso julgado do despacho de

situação de facto (Ulrich Schumacher, 1985: 131).

¹³¹³ A doutrina criticou abertamente esta inovação do Decreto-Lei n. 36.387, de 1.7.1947, concluindo que a nova disposição legal era “nefasta” (Adelino da Palma Carlos, 1954: 168). Mais tarde, Cavaleiro de Ferreira ainda interpretou extensivamente este preceito no sentido de que os depoimentos das testemunhas prestados na instrução contraditória podiam ser lidos na audiência de julgamento (Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 244).

¹³¹⁴ Esta nova redacção da disposição legal, que também foi introduzida pelo Decreto-Lei n. 36.387, foi igualmente objecto de crítica cerrada da doutrina, que não só se encontrava “em desacordo com os princípios enunciados no decreto n. 35.007” (Eduardo Correia, 1948: 171), como tinha “os maiores inconvenientes” (Adelino da Palma Carlos (1954: 172) e constituía um “grave prejuízo” para o exercício do mandato judicial (Ângelo d’ Almeida Ribeiro, 1958: 225 e 226), salientando estes dois últimos autores, no entanto, a prática tolerante de muitos juízes, que ignoravam a nova disposição. Na sequência das conclusões do Instituto da Conferência da Ordem dos Advogados, de 15.12.1958 (in ROA, vol. 18, 1958, p. 423), e do parecer favorável da Câmara Corporativa (parecer n. 9/VII, pp. 261 a 265), a Lei n. 2.096, de 23.5.1959, viria a modificar de novo estas disposições, repondo o direito anterior, isto é, determinando que as testemunhas fossem perguntadas pelos representantes das partes que as tivessem produzido, podendo no final a parte contrária fazer directamente as perguntas que entendesse necessárias para o esclarecimento da verdade.

¹³¹⁵ A jurisprudência e parte da doutrina admitiam abertamente que o controlo exclusivamente hierárquico do Ministério Público era insuficiente e, por isso, propugnavam a legitimidade da acusação do assistente por crime público quando o Ministério Público não a não deduzisse (Adelino da Palma Carlos, 1954: 156, Ary Elias da Costa, 1958: 29 a 36, 180 e 183, Manuel Martins, 1959: 158 e 159, Vassanta Tambá, 1959: 10 a 18, António de Campos, 1960: 223 e 224, Castanheira Neves, 1968: 134 e 151, e Figueiredo Dias, 1971 d: 5, e 1974: 124, 125, 135 e 526), recuperando uma posição já assumida na doutrina diante da Novíssima (Luís da Cunha Gonçalves, 1913: 385 e 386). Contra, com base na natureza pública da acção

arquivamento do Ministério Público,¹³¹⁶ tornaram-se em dilemas momentosos para a doutrina e para os tribunais, que mereceram da jurisprudência soluções pragmáticas, visando mais a salvaguarda dos direitos das partes do que a coerência teórica com os pressupostos dogmáticos do sistema processual vigente.

Se ressumbra a filiação dogmática do novo direito penal português do início da década de quarenta em um “direito penal da vontade e do perigo” (*Willens- und Gefährdungstrafrecht*) defendido na doutrina e concretizado pelo legislador alemão,¹³¹⁷

penal e na existência de um sistema de reclamação dos particulares, Raúl Davim, 1946: 36, Vitor Faveiro, 1946: 9 e 13, Abel de Campos, 1951: tomo I, p. 194, tomo II, pp. 82 a 88, e 404 a 407, e tomo III, pp. 652 a 654, Manuel Falcão, 1953: 318, Eduardo Correia, 1954: 7 e 15, 1956: 216, e 1959: 308 e 309, e Cavaleiro de Ferreira, 1955: 121 e 133). Uma terceira posição, intermédia, era defendida por Campos Costa (1955: 302 a 305), que considerava que o assistente podia deduzir acusação por crimes públicos, mas o juiz não a podia receber, devendo antes mandar subir os autos ao procurador da República se concordasse com a acusação particular. O juiz só podia receber a acusação particular se o procurador mandasse o delegado acusar também. Os fundamentos teóricos desta posição assentavam no carácter público da acção penal, mesmo nos crimes particulares, e na existência de uma sistema de fiscalização do exercício da acção penal pelo Ministério Público que oferecia mais garantias aos particulares do que a própria acção penal privada (Campos Costa, 1956 c: 195 a 198, 209 e 210), aproximando-se, em termos práticos, da posição do segundo grupo de autores.

¹³¹⁶ A doutrina invocava como argumento fundamental neste sentido a verificação no caso do despacho do Ministério Público de arquivamento dos mesmos “fundamentos normativos” que justificavam o caso julgado do despacho judicial de arquivamento, isto é, a liberdade e a segurança do arguido, sendo certo que os poderes decisórios de arquivamento do Ministério Público o alçavam a uma posição semelhante à da autoridade judicial e distinta da antiga Polícia de Investigação Criminal (Eduardo Correia, 1966 a: 50 e 68, e 1971: 37 e 38, João Alcides de Almeida, 1966: 40 a 43, Castanheira Neves, 1968: 159 e 160, e Figueiredo Dias, 1974: 411 a 418, mas contra, Cavaleiro de Ferreira, 1956 b: 163, e Mário Fernandes Afonso, 1964: 155 a 163). Paredes meias com este problema foi discutido um outro, o da interrupção da prescrição em virtude da actividade instrutória do Ministério Público, nos termos do artigo 125 do Código Penal, que foi objecto do Assento de 17.5.1961 (in BMJ, n. 107, pp. 345 a 351). A doutrina nele fixada, no sentido do reconhecimento daquela interrupção, mereceu o aplauso da doutrina (Eduardo Correia, 1962 b: 374).

¹³¹⁷ O *Preussische Justizministerium*, o *Reichsrechtsamt der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, a *Akademie für Deutsches Recht* e ainda a *Amliche Strafrechtskommission für das kommende Strafrecht*, criada pelo ministro da justiça Franz Gürtner, destacaram-se pelas suas propostas de reforma da lei penal substantiva, que colocavam como fundamento do novo direito a vontade criminosa activa (*betätigte verbrecherische Wille*) e não a verificação do resultado com o principal argumento de que esta verificação dependia de circunstâncias sobre as quais a vontade do agente nenhuma influência tinha. As consequências práticas mais relevantes deste pensamento eram a da defesa de uma teoria subjectiva da tentativa, da equiparação da punição da tentativa, mesmo inidónea, com a consumação, transformando-se a distinção entre os actos tentados e os actos preparatórios na “linha de defesa do Estado” (*Verteidigungslinie des Staates*), da irrelevância da desistência do prosseguimento na execução do crime, relevando apenas o arrependimento activo, da abolição da distinção entre a autoria e as diferentes formas de participação, optando-se por um conceito extensivo de autor, do alargamento do âmbito do crime omissivo impróprio e da fundamentação da medida da pena em um juízo total sobre a desconformidade da personalidade do agente com as concepções do novo direito (Roland Freisler, 1934: 13 e 14, 22 e 23, e 1935: 34 a 37, 1936 a: 89, 90, 117 a 120, 137 a 140, Friedrich Schaffstein, 1934 b: 609 a 612, Georg Dahm, 1935 b: 17 e 18, mas contra em 1940: 54 a 58, Franz Gürtner, 1936 b: 26 e 27, Edmund Mezger, 1936: 11 e 12, 1938: 52 a 55, 107, 108, 118, 119, e 1942: 247 a 250, Eduard Kohlrausch, 1936: 388 a 397, e Donnedieu de Vabres, 1938: 94 a 102). A crítica não se fez esperar (August Finger, 1934: 281 a 287, 1935: 49, 54 a 56, 109, 110 e 120, Friedrich Oetker, 1934 b: 53 a 61, August Schoetensack, 1934: 66 a 69, e, em termos globais, Johannes Nagler, 1940: 147 a 151, 222 a 224, e 1941: 29 a 31, 34 e 41).

não pode, contudo, identificar-se o âmbito da reforma do direito penal português com a do direito penal alemão, orientado para a punição de “tipos de autor” (*Tätertypen*)¹³¹⁸

Contudo, o legislador alemão não só introduziu um conceito geral de crime de empreendimento, em que se equiparava a consumação e a tentativa (*Unternehmen im Sinne des Strafgesetzbuches ist die Vollendung und der Versuch*, § 87 do StGB, na redacção do artigo 1 da *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und Strafverfahrens*, de 24.4.1934, e Schwarz, 1934: 362 e 363), como consagrou a faculdade da punição da tentativa e da cumplicidade com a mesma moldura penal prevista para o facto consumado do autor, inicialmente, na *Verordnung gegen Gewaltverbrecher*, de 5.12.1939, discutindo ainda a doutrina se o âmbito da inovação se restringia aos crimes nela previstos (contra esta restrição Georg Dahm, 1940: 5, e a favor dela, Johannes Nagler, 1941: 25 e 33). A concretização radical deste pensamento ocorreu com a publicação da *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten*, de 4.12.1941, em que se punia com a pena de morte a mera “intenção inimiga da Alemanha” (*eine deutschefeindliche Gesinnung*) que se manifestasse por qualquer comportamento do agente (*durch ihr sonstiges Verhalten*), estabelecendo como fundamento de todo o direito penal aplicável aos polacos e aos judeus nos territórios anexados do leste o “dever de obediência” (*Gehorsamspflicht*, Gerhard Werle, 1989: 372 a 379). Mais tarde, o legislador alemão consagrou com carácter geral os novos princípios da equiparação facultativa das formas imperfeitas de realização do crime com a consumação e a autoria, através da *Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Angleichung des Strafrechts*, de 29.5.1943, que modificou os §§ 44 e 49 da RStGB nesse sentido (sobre esta modificação, Hermann Roeder, 1944: 304 a 306, 311 a 314).

¹³¹⁸ A teoria dos “tipos de autor”, que consistia fundamentalmente na substituição linguística da descrição do facto no tipo legal por uma descrição do agente, assentava na crítica da formulação legal dos tipos e da doutrina da tipicidade feita pela escolha de Kiel (Georg Dahm, 1935 a: 35, e 1938 b: 256 a 266, e Friedrich Schaffstein, 1938: 333 e 334). Os críticos procuravam resolver deste modo as insuficiências do texto da lei propondo a substituição da determinação formal do bem jurídico típico pela identificação de um “padrão” (*Leitbild*) do agente, correspondendo a uma verdadeira “interiorização da valoração jurídico-penal” (*Verinnerlichung der strafrechtlichen Wertung*, Roland Freisler, 1936 a: 80 a 83, 1936 b: 508 e 510, e 1940: 24). No plano do direito constituído, a teoria foi consagrada em vários textos legais, cujos exemplos emblemáticos foram os §§ 2 e 4 da *Verordnung gegen Volksschädlinge*, de 5.9.1939, e o novo § 20 a do StGB, introduzido pela *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung*, de 24.11.1933 (Leopold Schäfer e outros, 1934: 58 e 59, Lothar Gruchmann, 1988: 843, 906 a 909, e Gerhard Werle, 1989: 93 a 95, 244 a 253, 258 e 259). Por outro lado, a teoria dos tipos de autor teve uma repercussão fundamental na validade da lei penal, implicando a substituição do princípio da territorialidade pelo princípio da pessoalidade. Esta substituição, a que o *Reichsgericht* procedeu mesmo sem lei expressa, mas com o aplauso da doutrina (Georg Dahm, 1935 b: 29, e Edmund Mezger, 1938: 35 e 160, e 1943: 41 a 43, mas contra Helmut von Weber, 1940: 275 a 278), foi proposta pela *Strafrechtskommission* (Reimer, 1935: 221 e 222) e formalmente consagrada pela *Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts*, de 6.5.1940, que visava a punição dos alemães que no estrangeiro violavam a *Gesetz zum Schutze des deutschen Blut und der deutschen Ehre*, de 15.9.1935, bem como a ampliação da punição dos estrangeiros que no estrangeiro cometiam crimes contra os interesses do Estado alemão. A situação dos arguidos julgados por factos cometidos no estrangeiro piorou muito, porque não se previa a proibição de dupla condenação pelos mesmos factos julgados no estrangeiro nem a imputação da pena já sofrida no estrangeiro na pena aplicada internamente, fazendo depender a perseguição penal apenas de um juízo de oportunidade do Ministério Público, no caso dos crimes cometidos por alemães no estrangeiro, e de um juízo de idêntica natureza do ministro da justiça, no caso dos crimes cometidos por estrangeiros no estrangeiro. Assim, as decisões estrangeiras eram desprovidas de qualquer eficácia jurídica pré-definida, dependendo a sua eficácia apenas de um juízo político discricionário (Klaus Marxen, 1975: 227 e 228, Günter Spendel, 1985: 183 e 184, e Markus Mayer, 1992: 29 a 34). A evolução legislativa dividiu a própria doutrina, tendo-se formado duas correntes sobre o futuro da teoria dos tipos de autor. A corrente extremista, protagonizada por Friedrich Schaffstein (1936: 34 a 36), Roland Freisler (1936 b: 517, 530 a 532), Edmund Mezger (1936: 15 e 16, 1941: 362 e 363, e 1943: 46 a 48) e Ferdinand Kadecka (1944: 19 a 21), defendia a generalização desta teoria e, portanto, a fusão gradual do tipo normativo de autor com o tipo criminológico de autor, admitindo mesmo a criação, a título excepcional, do tipo de agente pelo legislador, independentemente do tipo criminológico. A corrente contrária, encabeçada por um dos

através de penas infamantes (*Ehrenstrafe*),¹³¹⁹ tal como não pode ser identificado o novo paradigma judiciário português com o da reforma do processo penal do legislador nacional-socialista, que teve o seu ponto de partida na aprovação das duas famosas leis de alteração do StGB e da StPO, de 28.6.1935.¹³²⁰

A libertação do processo penal dos “preconceitos individualistas liberais” transformou o processo penal ordinário alemão em um processo judicial relativo à honra do acusado, que constituía simultaneamente um instrumento de “limpeza da comunidade” (*Reinigung der Gemeinschaft*)¹³²¹ e de identificação dos criminosos como “traidores” (*Verräter*) e “inimigos da comunidade popular” (*Feinde der Volksgemeinschaft*).¹³²² A acção ilícita criminal era a “conduta contra a mundividência

iniciadores desta doutrina, Georg Dahm, rejeitava este direito como um “sonho horrível” (*hässlicher Traum*, Georg Dahm, 1944: 18), admitindo apenas a normatização de alguns tipos criminológicos de autor, que se encontrassem suficientemente definidos pela ciência criminológica e permitissem a sua descrição típica rigorosa. A teoria do tipo devia constituir um elemento restritivo adicional à tipicidade (Georg Dahm, 1940: 30, 37, 39, 42 a 45, mas 49). Criticando expressamente esta doutrina, Nagler, 1940: 141 a 143, Wilhelm Gallas, 1941: 391 a 397, Paul Bockelmann, 1941: 421 e 422, e von Gemmingen, 1944: 62 a 64, e, em face do direito português, Cavaleiro Ferreira, 1941: 111 a 114 (“não é contudo necessária uma tipologia do autor ao lado da tipologia dos crimes para interpretação das normas incriminadoras”), e Eduardo Correia, que depois da crítica da formulação mais radical (1943: 13 a 20), defendia a utilidade de uma formulação do tipo normativo de autor como uma “reunião necessária de facto e elementos caracteriológicos” com vista a excluir a imputação culposa quando o facto não se adequasse à personalidade do autor (Eduardo Correia, 1943: 22 e 23). Do ponto de vista retrospectivo, reconhecendo a esta teoria uma duplicidade característica, que não só suprimia o princípio da tipicidade da lei penal, mas também funcionava como instrumento de alargamento da punibilidade, Klaus Marxen, 1975: 208 a 211, e 1984 b: 80 e 81, Marlis Dürkop, 1984: 111, 116 a 118, Heinrich Rüping, 1984 b: 817, e 1991: 98, e Hans Hattenhauer, 1994: 706 e 707.

¹³¹⁹ Quer no âmbito dos trabalhos da *Akademie für Deutsches Recht*, quer no dos trabalhos da *Amtliche Strafrechtskommission* se mantiveram as penas principais de reclusão (*Zuchthaus*), prisão (*Gefängnis*) e prisão simples (*Haft*), que passaram a ser distinguidas sobretudo de acordo com o “tipo de autor” (*Dabei wird nicht ausschliesslich an die Schwere des Taterfolges angeknüpft, sondern auch an den Typus des Täters, der diesen als mehr oder minder unwürdiges Glied der gemeinschaft erscheinen lässt*, Erik Wolf, 1935: 549), associando sempre a “perda da honra” à aplicação da primeira daquelas penas e ocasionalmente no caso da segunda pena (Erik Wolf, 1935: 554 a 556). Acresce que o projecto preparado pela comissão oficial consagrava também, na sua segunda edição, um sistema de penas principais infamantes: a publicação da sentença, a proibição do exercício da profissão, a “declaração de desonra” (*Ehrloserklärung*) e a “proscrição” (*Ächtung*), que correspondia praticamente a uma pena de morte civil (Roland Freisler, 1934: 20 a 22, e 1936 a: 112 e 113, 142 a 146, Rietzsch, 1935: 138 a 141, e Fritz Goetze, 1936: 568 a 574). A repercussão jurídica do conceito de honra na ideologia nacional-socialista não se limitou ao sistema de penas, tendo-se verificado também nas próprias sugestões de reforma da organização judiciária e do processo penal (Wolf-Peter Koch, 1972: 31 e 32, 83 e 84, Klaus Marxen, 1975: 185 a 191, Hinrich Rüping, 1976: 94 e 95).

¹³²⁰ A tese contrária sustentam Salgado Zenha, Fernando Abranches-Ferrão e Duarte Vidal, afirmando que a reforma da instrução criminal de 1945 importou os “figurinos do III Reich alemão” (Salgado Zenha, 1968: 58, e 1973: 14, Fernando Abranches-Ferrão e Salgado Zenha, 1971: 34 e 38, e Salgado Zenha e Duarte Vidal, 1974: 24). Esta tese foi ainda concretizada nos estudos de 1968 e de 1973 de Salgado Zenha, em que se defendeu que a referida lei alemã de 28.6.1935 de alteração do StPO constituiu a fonte da reforma portuguesa de 1945. Esta tese será em seguida rebatida no texto.

¹³²¹ Georg Dahm, 1936: 4, e Roland Freisler, 1938 b: 13.

¹³²² A doutrina considerava não só que o traidor constituía a “imagem primordial do criminoso” (*Das*

nacional-socialista alemã” (*Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung*)¹³²³ e a condenação penal passou a ter o significado de uma declaração do Estado sobre a posição participante do autor na vida da comunidade (*ein Ausspruch über die gliedmässige Stellung des Täters in der Gemeinschaft*), justificando-se deste modo a ampliação funcional do objecto do processo penal.¹³²⁴ Assim, os novos

Urbild des Rechtsbrechers ist der Verräter. Sein Vergehen ist nicht äussere Tat und der Schaden, den er anrichtet. Was ihn Aussenseiter macht, ist zunächst seine Gesinnung, die Betätigung eines gefährlichen, die Gemeinschaft sprengenden Willens, das Wirksamwerden einer Haltung, die die Gemeinschaft von innen her zerstört, und die Verletzung einer besonderen Treupflicht, Georg Dahm, 1935 b: 17, e 1935 a: 46 a 49), mas também que o crime de traição era o pior de todos os crimes (da die Treue zum eigenen Volk die obeste Pflicht jedes Deutsche ist, die von ihm jedes Opfer bis zum Einsatz des Lebens verlangt, ist die Verletzung dieser Treue das schwerste Verbrechen, Franz Gürtner, 1936 a: 17, Rietzsch, 1935: 123, Roland Freisler, 1936 a: 114).

¹³²³ Os dois princípios fundamentais da mundividência nacionalsocialista consistiam, por um lado, no carácter sagrado do sangue e do espaço vital alemães como instrumentos para a formação de “uma comunidade de sangue e de destinos” (*Blut und Boden sind heilige Güter des deutschen Volkes. Blut ist Lebensquell, Boden der Lebensraum eines Volkes. Gleiches Blut schafft Blutsgemeinschaft, Heimatboden Schicksalsgemeinschaft. Nur aus Blut- und Schicksalsverbundeneinheit erwächst wahre Volksgemeinschaft*, Thierack, 1934: 25 a 27, e Adolf Hitler, 1976: 292 a 296, Carl Schmitt, 1933: 45, Ernst Huber, 1939: 153 a 156, Roland Freisler, 1936 a: 39 e 40, e 1940: 33, Karl Larenz, 1934: 16 e 17, 1942: 154 e 155) e, por outro lado, no carácter congregador do dever de fidelidade de cada alemão para com o Estado e o Führer (*Jeder Deutsche hat die Treuepflicht gegenüber Führer, Volk und Staat. Treue ist vornehmstes deutsches Erbgut. Sie ist Grundpfeiler des Staatsgefüges und verbürgt den festen Zusammenhalt des Volkes nach innen und nach aussen*, Thierack: 1934: 25 a 27, e Adolf Hitler, 1976: 303, Carl Schmitt, 1933: 36, Hans Frank, 1939: 57, Roland Freisler, 1940: 34, e Karl Larenz, 1934: 39 e 40, e 1942: 192). Por isso, o primeiro dever ético e jurídico de cada alemão era o da fidelidade ao Führer e ao partido (os princípios 3 a 6 da parte geral e 13 a 19 da parte especial dos *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, da *Reichsrechtsamt der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, 1935: 20 a 25, e 1936: 41 a 52) e o segundo era o da defesa da pureza da raça (*Wahre die Reinheit des Blutes*, Roland Freisler, 1938 a: 57, e os princípios 20 a 26 dos referidos *Leitsätze* da *Reichsrechtsamt der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, 1936: 55 a 61). Correlativamente, o primeiro escopo da política nacional-socialista era o de afastar qualquer influxo de outras raças e, sobretudo, de judeus, no povo alemão e, assim, contribuir para a elevação eugénica do povo alemão (*L'eliminazione totale dell' ebreo dallo spazio vitale tedesco è una parte logicamente necessaria della nostra politica razziale per la quale è positivamente altrettanto importante l' elevazione eugenica della sostanza del nostro popolo tedesco*, Hans Frank, 1939: 31 e 32, e Diemut Majer, 1987: 156 a 164). Para o efeito, o legislador publicou as famosas leis de “pureza racial”: a *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*, de 14.7.1933, que previa a castração voluntária ou coerciva de pessoas portadoras de certas doenças genéticas, a *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*, de 15.9.1935, que proibia e punia o casamento e a manutenção de relações sexuais entre alemães e judeus ou o emprego de alemães em casas de judeus e da qual já se disse que constituía um “produto infeliz de uma teoria racial totalmente desprovida de conteúdo ético” (*das traurige Produkt einer ethisch völlig entseelten Rassentheorie, stellte einen einzigen, noch heute brennenden Schlag ins Antlitz der deutschen Ehre dar*, Eberhard Schmidt, 1965: 434), e a *Gesetz zum Schutze der Erbgesundheitsrecht des deutschen Volkes*, de 18.10.1935, que proibia o casamento com pessoas portadoras de doenças infecciosas ou de doenças psíquicas. Sobre os antecedentes e a aplicação destas três leis, que vigoraram até ao final do regime nacional-socialista, Robert Gellately, 1990: 159 a 161, 196 a 203, e Richard Miller, 1997: 191 a 196, 208 a 213.

¹³²⁴ Thierack, 1934: 30, Edmund Mezger, 1936: 9 e 10, Albrecht Hoffmann, 1936: 36 e 37, Irmgard Sprengel, 1937: 70, Rudi Neumann, 1938: 19 e 20, Wilhelm Beese, 1938: 19 a 21. A teoria da ilicitude penal assentava na nova concepção “orgânico-concreta” do direito, isto é, na identificação ontológica do direito com a força criadora e ordenadora da própria vida da comunidade (*Recht und Leben als gestaltende, ordnende Kräfte sind nach unserer Auffassung, wenn wir sie als Zielsetzungen des*

diplomas aboliram o princípio da proibição da analogia em direito penal,¹³²⁵

Gemeinschaftsstrebens ansehen, eins, Roland Freisler, 1943: 15, Carl Schmitt, 1931: 13 e 52, Karl Engisch, 1938: 135, e Karl Larenz, 1938: 29 a 33, e 1942: 187 a 189), transformando-se a natureza do direito de um limite da força em um mero instrumento da força (*Kräften Wege freigegeben – das ist der Kern unseres organisch-konkreten Rechtstrebens*, Roland Freisler, 1943: 20, e Carl Schmitt, 1933: 21) e as disposições da lei em “apelos à luta” (*Kampfrufe*, Roland Freisler, 1938 a: 61). Por esta razão, a ciência do direito encontrava-se, tal como todos e cada um dos alemães, estreitissimamente ligada à tarefa do *Führer*, sendo-lhe vedada, como a estes, qualquer crítica ao legislador (*La critica al legislatore è vietata alla scienza del diritto, così come lo è ai membri del popolo, strettissimamente legati al loro Führer dal dovere delle fedeltà e dell' obbedienza*, Hans Frank, 1939: 58, e Roland Freisler, 1938 a: 88 e 89) e ficando deste modo definitivamente superada a separação entre a esfera política e a científica (*È superata la separazione fra la sfera politica e quella scientifica. Le conclusioni del pensiero giuridico, dell' indagine giuridica e della dottrina giuridica non possono pertanto non concordare sempre col governo e com la condotta politica*, Hans Frank, 1939: 64 e 65, Friedrich Schaffstein, 1934 a: 6, 23 e 25, Heinrich Henkel, 1934: 23, e Roland Freisler, 1938 a: 92). Com a referência do direito ao espírito do povo e a identificação expressa do espírito do povo com o acto criador do *Führer* era por fim ultrapassada a querela entre o positivismo e o jusnaturalismo (Karl Larenz, 1934: 34, 36, 37 e 44, e 1942: 182 e 190), bem como a luta entre as escolas criminológicas (Edmund Mezger, 1942: 238 e 239).

¹³²⁵ Correspondendo a uma tendência para a supressão do princípio da divisão de poderes e a uma expectativa crescente em relação à capacidade de intervenção do juiz na realidade, verificadas nos anos do primeiro pós guerra na doutrina alemã (Georg Dahm, 1933: 169 a 171), a admissão da analogia no direito penal representava a verdadeira “condição para a reforma do direito penal” (*Vorbedingung für eine Neugestaltung des Strafrechts*), completando a função prática da lei de mera expressão de um ordem jurídica distinta, identificada com a própria lei vital do povo e manifestada na vontade do *Führer* (*Das Gesetz bedeutet zunächst keine Begrenzung der Staatsgewalt, sondern eine Richtlinie für die Auslegung. Es hat seine praktische Bedeutung als Anweisung für die Durchsetzung des übergesetzlichen Rechts in der Praxis und seine innere Würde als Ausdruck des völkischen Lebengesetzes und als Kundgebung des Führerwillens*, Georg Dahm, 1935 b: 13). A reforma nacional-socialista visava deste modo pôr fim à separação “artificial” do crime nas categorias da tipicidade e da ilicitude (*die unnatürliche Aufspaltung des Verbrechens in Tatbestand und Rechtswidrigkeit*, Georg Dahm, 1935 a: 23 e 34, e Friedrich Schaffstein, 1934 b: 606 a 609, reflectido no princípio 7 da parte especial das *Leitsätze* do *Reichsrechtsamt der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, 1936: 27 e 28) e mesmo à separação entre a ilicitude e a culpa (Friedrich Schaffstein, 1936: 31 e 33, reflectido no princípio 6 da parte especial das *Leitsätze* do *Reichsrechtsamt der Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*, 1936: 24 e 25). A consciência popular devia também delimitar o âmbito das causas de justificação da legítima defesa e do estado de necessidade, sem dependência da ponderação relativa do valor dos bens jurídicos em confronto (Roland Freisler, 1934: 18, e Klee, 1935: 77 e 78, 89, 90, 93 a 95), e conduzir à “interiorização e eticização da culpa penal” por via da consideração da consciência da ilicitude ética como a parte essencial do dolo (*Verinnerlichung und Versittlichung des Schuldbegriffs*, Roland Freisler, 1936 a: 70 e 71, e 1940: 20, e Franz Gürtner, 1936 b: 28, mas muito crítico neste ponto, Dohna, 1935: 99 e 100). As principais críticas dirigidas a este discurso filosófico pelos professores Erich Schwinge e Leopold Zimmerl da universidade de Marburg, que imputavam a tendência irracionalista e casuística dos protagonistas da escola de Kiel, Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, à influência da filosofia fenomenológica de Husserl e ao pensamento ordinalista concreto de Carl Schmitt, consistiam precisamente na destruição da estrutura clássica da doutrina penal e, designadamente, da separação entre ilicitude e tipicidade e entre ilicitude e culpa, e na distanciação entre a teoria e a prática judiciária e mesmo entre aquela e o sentimento jurídico (*Mit philosophischen Spekulationen, mit Vertröstung des Richters auf die “Wesensschau”, mit Deduktionen, die im Allgemeinen stecken bleiben und nicht bis zu den Erfahrungstatsachen hingelangen – damit ist unserer Zeit wenig gedient*, Erich Schwinge e Leopold Zimmerl, 1937: 9 a 17, 27 a 32, 81 a 83, 119 a 111, e *Hinter dieser irrationalistischen Lehre steht eine Auffassung über die Aufgaben von Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung, die mit dem geläuterten und hochentwickelten Rechtsempfinden des deutschen Volkes nicht in Einklang gebracht werden kann*, Erich Schwinge, 1938: 31 a 39, 57 a 60), de que os autores visados se defenderam (Georg Dahm, 1938 b: 268 a 274, e Friedrich Schaffstein, 1938: 335 e 336, e, conciliando a manutenção das categorias penais clássicas e o pensamento ordinalista concreto, Karl Engisch, 1938: 141 a 148). A doutrina mais comedida manifestou-se no sentido da referência obrigatória da actividade criadora do juiz

ao “pensamento fundamental” de uma lei penal positiva como único meio de evitar um direito livre (*Für das Strafrecht wird gefordert, dass dieses Rechtsempfinden des Volkes mindestens in den Grundgedanken eines Strafgesetzes sich offenbart hat, wenn es dem Richter als Grundlage für eine Bestrafung dienen soll. Damit glauben wir, ist der Weg in das Freirecht, d. h. in eine Rechtsfindung nach dem freien Ermessen des Richters, versperrt*, Franz Gürtner, 1936 a: 18), razão pela qual se falava em uma “analogia de direito limitada” (*beschränkte Rechtsanalogie*, Walter Becker, 1935: 436) ou apenas em uma “analogia da lei” (*Gesetzesanalogie*, Philipp Allfeld, 1936: 309), mas a doutrina mais radical defendia que a previsão legal não consagrava, em rigor, a analogia como fonte de direito, antes o próprio “sentimento jurídico são” do povo, pois a correspondência deste “sentimento jurídico” com o pensamento fundamental da lei devia ser testada com referência à totalidade da ordem jurídica ou à totalidade das concepções jurídicas nacional-socialistas (*der Richter soll in erster Linie die autoritativen Willenskundgebungen des Führers und die im Parteiprogramm der NSDAP enthaltenen Grundforderungen als Ausdruck des gesunden Volksempfindens anschauen, tut er das, wird es nicht fehlgehen können*, Roland Freisler, 1936 a: 77 e 78, *die Ermittlung des Grundgedankens eines Strafgesetzes muss sich stets aller Hilfsmittel bedienen, daher auch des Rückgriffs auf das ganze der Rechtsordnung und das ganze der nationalsozialistischen Rechtsauffassung*, Edmund Mezger, 1938: 25 e 26). O resultado do novo processo lógico de aplicação da lei era ainda agravado pela interpretação, que vingou no *Reichsgericht* e em alguma doutrina, de que a “aplicação correspondente” de uma lei penal podia mesmo afastar a subsunção do caso a uma lei positiva que o previsse expressamente (Edmund Mezger, 1938: 30, e 1943: 36 e 37, mas contra Schwarz, 1935 b: 247 e 248). O recurso à nova disposição tinha, contudo, limites, que a doutrina procurou definir, apontando como exemplos paradigmáticos o da não punição analógica do dano negligente (Wilhelm Sauer, 1935: 181) e o da não punição com penas que o tipo penal não previsse (Schwarz, 1935 b: 249, Emil Niethammer, 1936: 764, e Edmund Mezger, 1938: 27, e 1943: 33). Entre nós, na década de trinta, também Crispiniano da Fonseca, Adelino da Palma Carlos, Mário de Castro, Ary dos Santos e Vasco da Gama Fernandes defenderam a extensão analógica dos factos lesivos da ordem social não previstos nos tipos da parte especial (Crispiniano da Fonseca, 1933: 16, Adelino da Palma Carlos, 1934: 71 a 79, 1936: 43 a 45, e 1937: 6, 21 a 23, 31 e 32, mas contra, em 1962: 271, Ary dos Santos, 1938: 204 e 205, e, de um modo mais radical, com base na adesão a uma teoria orgânica-vital e totalitária do direito, Mário de Castro, 1937: 26, 27, 50 a 52), tendo mesmo sido ponderada a supressão completa da parte especial do Código Penal (Francisco Maia Loureiro, 1934: 294 a 296). Embora não se tenha pronunciado expressamente sobre a admissibilidade da analogia, também Cavaleiro Ferreira considerou que o direito penal tinha ganho uma “feição idónea” com a admissão de “uma super-legalidade expressa palpavelmente no sentimento são do povo, numa determinada *Weltanschauung*” e que a reforma penal alemã, em que “a separação rígida da «lex lata» e «lex ferenda» esmaece em cores difusas”, constituiu uma “condigna resposta” ao “menosprezo da defesa do estado, da família, dos interesses morais, das forças económicas da nação, patente na velha legislação penal” (Cavaleiro de Ferreira, 1938 b: 260 e 261). Ao invés, Marcello Caetano rejeitou peremptoriamente a incriminação analógica *de iure condendo*, pois “deixe-se aos tribunais a faculdade de incriminar para além das normas, e ruirá o último obstáculo oposto à desordem jurídica e à ilimitação do Poder” (Marcello Caetano, 1939 a: 136 a 138, e 1939 b: 9 e 10). Uma posição intermédia foi defendida por José Beleza dos Santos, que admitia a analogia “mesmo em matéria de incriminação e aplicação de penas”, quando cercada de várias garantias e, nomeadamente, da garantia de que o facto contrariava uma “norma geral de conduta sancionada pela direito, explícita ou implicitamente,” e não era praticado “no exercício de um princípio reconhecido pela lei ou pelo direito natural” e da garantia de que o agente actuava com dolo directo (Beleza dos Santos, 1936 a: 174 a 177, não obstante a posição restritiva do direito positivo, Beleza dos Santos, 1929: 111, 112, 117, 122 a 125), e por António da Mota Veiga, que aceitava a incriminação analógica fundada em uma “verdadeira analogia de tipos, analogia relativa aos elementos que formam a estrutura dos tipos em particular” e na “consciência da anti-socialidade ou da imoralidade da conduta por parte do autor do facto omissivo” (António da Mota Veiga, 1939: 184 e 185, 192 a 199), considerando, no entanto, que o teor da lei alemã era, no que respeita à exigência de a nova incriminação ser abrangida pela ideia fundamental da disposição legal, “insuficiente e porventura atentatória mesmo da necessária certeza das decisões”, e, no que concerne à exigência de que a punição correspondesse ao “sentimento são popular”, “inadmissível”, equivalendo a “dar funesto golpe no ideal da certeza jurídica e da segurança dos indivíduos” (António Mota da Veiga, 1939: 211, 213 e 214). Nos anos quarenta, a defesa de uma transformação radical do direito português com base na incriminação e punição analógicas coube a Vasco da Gama Fernandes (1940: 26), Renato Gonçalves Pereira (1942: 6), e, sobretudo, a Mário Costa, que advogou não só a perseguição das condutas análogas às dos tipos legais, mas também a criação jurisprudencial de novas

consagrando o novo princípio *nullum crimen sine poena*,¹³²⁶ e atribuíram ao Ministério Público a competência para acusar e ao tribunal para condenar os actos não puníveis que fossem contrários ao “sentimento são do povo” (*eine Tat, die nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient*, artigo 1 da primeira lei e artigo 1 (1.) a) da segunda Lei de 28.6.1935).¹³²⁷

Por outro lado, a descoberta da verdade e a realização do fim do processo penal ficavam confiados à discricionariedade do tribunal de acordo com o princípio

sanções penais adequadas ao caso (Mário Costa, 1943: 21 a 26). Na universidade verificou-se um regresso às teses clássicas na década de quarenta, rejeitando-se *de iure condendo* e *de iure condito* a analogia incriminadora e defendendo-se antes a criação de tipos mais flexíveis (Cavaleiro de Ferreira, 1941: 94 a 98, Manuel Duarte Gomes da Silva, 1947: 199 a 204, e Abel de Andrade, 1949: 66 e 67), com a excepção de Eduardo Correia, que advogou, com recurso à teoria dos “tipos normativos de agente”, a incriminação por analogia na condição da “existência de uma consciência da ilicitude, pelo menos no sentido duma representação de que o facto se aproxima muito daqueles que a moral e o espírito das leis proibem e punem” e da verificação de que “o agente desse facto tenha uma personalidade que a ele se adapte, ou que se adapte, duma maneira geral, à criminalidade” (Eduardo Correia, 1949: 139). Este autor reconhecia, no entanto, que o direito positivo português vedava este entendimento (Eduardo Correia, 1949: 150). Ainda na década de cinquenta se ouviu a voz de Ricardo Lopes, pugnando pela modificação do artigo 18 do CP no sentido da consagração da punição analógica dos factos que a moral considerasse criminosos (Ricardo Lopes, 1956: 7 e 8).

¹³²⁶ Como era pretensão expressa do ministro da justiça Franz Gürtner (1936 b: 22). Como também concluiu a *Akademie für Deutsches Recht*, “a lei penal não é mais a magna carta do indivíduo diante dos ataques ilícitos do poder penal estatal, mas antes ela protege a totalidade dos interesses populares e estatais” (*Das Strafgesetz ist nicht mehr die Magna Charta des Individuums vor regelwidrigen Angriffen der staatlichen Strafgewalt, sondern es schützt die Gesamtheit der Volks- und Staatsinteressen*), razão pela qual “a norma jurídica não é apenas o direito legal, mas verdadeiramente a consciência jurídica do povo” (*Rechtsnorm ist nicht allein das gesetzte Recht, sondern das Rechtsbewusstsein des Volkes überhaupt*) (Roland Freisler, 1934: 11). Só deste modo se poderia pôr fim, segundo a doutrina, à “declaração de falência da administração judiciária” (*Bankrott-Erklärung der Rechtspflege*, August Finger, 1935: 121 a 125) diante das lacunas frequentes e incompreensíveis da lei penal. Ao invés, em clara defesa do princípio clássico ainda se ouviu a voz de Robert von Hippel, 1941: 82 e 83.

¹³²⁷ A nova redacção dada pela primeira Lei de 28.6.1935, a *Gesetz zur Änderung des StGB*, ao § 2 do StGB, que correspondia quase integralmente à do texto proposta pela *Strafrechtskommission* na segunda leitura do projecto do novo código penal, com a modificação apenas da palavra *Volksanschauung* pela palavra *Volksempfinden* (Schäfer, 1935: 213 e 214), não coincidia inteiramente com a disposição paralela introduzida pela segunda lei daquela data, a *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, nos novos §§ 170 a e 267 a da StPO, sendo estas previsões mais restritivas do que aquela, pois faziam depender o recurso à analogia não só da necessidade de punição do facto omissivo de acordo com o sentimento popular são e da verificação do pressuposto da correspondência do pensamento legislativo no caso em concreto, mas também da circunstância de o resultado do procedimento analógico poder contribuir “para a vitória da justiça” (*der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann*). Criticando esta disparidade das disposições substancial e processual, a *Grosse Strafprozesskommission* votou a supressão da disposição processual (Georg Dahm, 1938 a: 310), o que afastaria definitivamente a interpretação, sustentada precisamente com base na menção à justiça do caso concreto, de que a nova disposição podia ser aplicada a favor do arguido (Edmund Mezger, 1938: 28, e 1943: 35). No entanto, as disposições mantiveram-se intocadas e foram mesmo aplicadas aos judeus e polacos dos territórios ocupados a leste, embora aí de modo expressamente instrumentalizado às necessidades políticas (*Polen und Juden werden auch bestraft, wenn sie gegen die deutschen Strafgesetze verstossen oder eine Tat begehen, die gemäss dem Grundgedanken eines deutschen Strafgesetzes nach den in den eingegliederten Ostgebieten bestehenden Staatsnotwendigkeiten Strafe verdient*, I.II da *Verordnung* de 4.12.1941).

fundamental fixado por Adolf Hitler, logo em Fevereiro de 1933 no *Reichstag*, da “elasticidade da jurisdição com vista à conservação da sociedade” (*Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft*).¹³²⁸ Destarte, manteve-se a faculdade discricionária do *Amtsgericht*, do *Schöffengericht* e do *Landgericht*, quando funcionasse como instância de recurso, indeferirem os requerimentos de produção de prova¹³²⁹ e consagrou-se um elenco amplo de fundamentos para o indeferimento dos requerimentos apresentados na *Strafkammer*, no *Schwurgericht*, no *Reichsgericht* e no *Volksgerechtshof* (artigo 1, n. 3 da segunda Lei de 28.6.1935) e, por fim, a abolição de qualquer limitação da faculdade de indeferimento pelo tribunal dos requerimentos de prova (§ 24 da *Verordnung* de 1.9.1939).¹³³⁰

¹³²⁸ Wolf-Peter Koch, 1972: 51, Hinrich Rüping, 1976: 92, e Wolfgang Seller, 1985: 64 e 65. Por isso, a *Grosse Strafprozesskommission*, instituída pelo ministro Franz Gürtner em 1936, tinha como pensamento orientador da reforma a elasticidade do processo penal (*der Leitgedanke der technischen Ordnung des Strafverfahrens aber sollte m. E. die durch Verantwortungsklarstellung zu ermöglichenden Festigkeit und Elastizität des Verfahrens sein*, Roland Freisler, 1938 b: 13). A revolução política visava “ultrapassar a justiça formal, que é a inimiga da verdadeira justiça” (*wird sie zur Überwinderin der Formalgerechtigkeit, die der Feind der wahren Gerechtigkeit ist*, Roland Freisler, 1938 a: 8). Deve, contudo, ser tomada em consideração a divisão nítida existente entre os membros da referida comissão, encontrando-se uma facção radical, identificada com o presidente do *Volksgerechtshof* Otto Thierack, o representante do partido Graf von der Goltz, o procurador geral Lautz, o presidente do LG Vacano e o director do LG Wilhelm Töwe, e uma facção moderada, constituída, entre outros, pelo presidente da comissão, o ministro Franz Gürtner, pelo Professor Kohlrausch, pelo presidente do OLG Martin, pelo membro do *Reichsgericht* Niethammer e pelo director ministerial Schäffer. Estas facções confrontaram-se abertamente aquando da segunda leitura do projecto (Wolf-Peter Koch, 1972: 200 a 204).

¹³²⁹ Depois da modificação radical da organização judiciária alemã realizada pela reforma Emminger e da consequente aplicação do princípio da discricionariedade judicial na admissão dos meios de prova presentes na audiência, com a excepção dos processos julgados no *Reichsgericht* e no *Schwurgericht*, o n. 1 da *Gesetz zur Abänderung der StPO*, de 22.12.1925, restringiu aquela faculdade discricionária aos julgamentos de contravenções (*Übertretungen*) e de acusações particulares (*Privatklage*). A inovação introduzida em 1925 foi, contudo, afastada pelo n. 11 da *Gesetz zur Abänderung der StPO*, de 27.12.1926, regressando-se ao regime anterior a 1924, mas com a restrição do indeferimento dos meios de produção de prova dilatórios (criticando este regime, August Hegler, 1927: 246). A discricionariedade judicial foi reintroduzida nos processos relativos ao crime de difamação pelo § 4 do capítulo III da parte oitava da *Vierte Verordnung zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens*, de 8.12.1931, e, já sem qualquer limitação relativa à natureza do ilícito, pelo § 1 do artigo 3, do capítulo 1, da 1ª parte da *Verordnung* de 14.6.1932 (criticando este regime, Siegert, 1933: 46, e Friedrich Oetker, 1934 a: 49). A lei de 28.6.1935 reiterou, assim, os termos da de 14.6.1932, que eram, na sua substância, os que já resultavam do regime de 1924 (Robert von Hippel, 1941: 59), com a novidade da abolição do dever de produção dos meios de prova presentes na audiência no tribunal de júri e na *Grosse Strafkammer* (Schwarz, 1935 b: 275, e Wilhelm Töwe, 1940 a: 16).

¹³³⁰ Esta abolição, que era uma exigência da doutrina mais radical (Franz Exner, 1935: 9 e 12, Karl Siegert, 1935: 30 e 31, Heinrich Henkel, 1935: 40 e 41, Hans-Joachim Simon, 1935: 62, e Wilhelm Töwe, 1940 a: 16 e 17), correspondia a uma aplicação da regra vigente nos tribunais extraordinários, o § 13 da *Verordnung* de 6.10.1931, à jurisdição criminal ordinária, ao que se opuseram as vozes mais moderadas (Hellmuth Mayer, 1934: 329, Friedrich Oetker, 1934 a: 48, Schwarz, 1935 a: 364 e 365, Karl Peters, 1937: 51 e 52, Eduard Kern, 1939: 21, e Eberhard Schmidt, 1944: 296). A *Grosse Strafprozesskommission* já tinha proposto a equiparação do regime da produção da prova nos tribunais que julgavam as causas mais graves e nos que julgavam as restantes e a supressão do catálogo legal. O legislador consagrou esta solução em 1939, com uma diferença significativa. A comissão sugeriu também que fosse atribuída ao

O tribunal podia proceder à condenação em alternativa do arguido, com o propósito expressamente fixado pelo legislador de evitar absolvições injustas (*Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung*, artigo 2 da primeira lei e artigo 1, n. 2, da segunda Lei de 28.6.1935)¹³³¹ e o tribunal de recurso podia condenar em pena mais grave do que a anteriormente aplicada, mesmo que o recurso tivesse sido interposto pelo réu condenado ou em seu benefício pelo Ministério Público (artigo 1, n. 4, a) e b) da segunda Lei de 28.6.1935).¹³³²

presidente do tribunal a competência exclusiva para decidir da admissibilidade dos requerimentos de prova, com fundamento em que o presidente do tribunal devia exercer a sua função com total liberdade (*Der Vorsitz soll als Führer in der Hauptverhandlung frei und kraftvoll wirken können*, Niethammer, 1938: 149, 168 e 169), mas o legislador conferiu aquela competência a todo o tribunal. O *Reichsgericht* tentou conciliar o sentido da disposição de 1939 com a modificação do § 244, n. 2 da StPO, introduzida em 1935, tendo-se firmado a jurisprudência segundo a qual o tribunal de primeira instância tinha o dever de realizar todas as diligências que entendesse necessárias para a descoberta da verdade e por isso o tribunal superior podia controlar os fundamentos da decisão de indeferimento, mas somente quando eles fossem arbitrários (Graf zu Dohna, 1944: 332 e 333). A doutrina moderada ensaiou uma interpretação ainda mais restritiva, considerando que a generalização da regra do § 245 em 1939 não implicava a admissibilidade do livre arbítrio em todos os tribunais, mas antes a manutenção do dever oficioso de descoberta da verdade e da obrigatoriedade da fundamentação da decisão de indeferimento de modo a permitir o controlo pelo tribunal superior da antecipação ilícita do resultado da prova (Graf zu Dohna, 1944: 334 e 336).

¹³³¹ O texto da lei, que correspondia à proposta da *Strafrechtskommission* para o novo código penal (Karl Schäfer, 1935: 215 a 218), previa dois casos distintos, o de ter sido feita prova de que o arguido tinha violado apenas uma só lei penal, mas a determinação do facto só fosse possível em termos alternativos, e o de ter sido feita prova que o arguido tinha violado uma de várias leis penais, mas a determinação do facto só fosse possível em termos alternativos, punindo-se neste segundo caso com a lei mais favorável. Esta lei foi publicada na sequência da decisão dos senados penais reunidos do *Reichsgericht*, de 2.5.1934, que manteve a posição restritiva clássica daquele tribunal da admissibilidade da “condenação alternativa” apenas no caso de indeterminação de duas modalidades de cometimento de um mesmo crime, punível com a mesma pena (sobre a posição clássica, Graf zu Dohna, 1929: 179 e 180, e Robert von Hippel, 1941: 83). A doutrina criticou esta tese precisamente com o fundamento de que permitia a absolvição de pessoas notoriamente culpadas e de que estava comprometida com os princípios liberais e formalistas novecentistas (*Der Richter befindet sich hier selbst in der peinlichen Alternative zwischen der Szylla einer Verdachtstafe und der Charybdis eines unberechtigten Freispruches!*, Max Grunhüt, 1934: 328 e 329, e Ernst Schulze, 1936: 42 a 50). A lei nova admitia a condenação em alternativa sem quaisquer limites, não dependendo da proximidade dos tipos legais e nem mesmo da natureza acessória da participação ou sequer da identidade do facto histórico, tendo a doutrina ensaiado uma interpretação restritiva da disposição legal (Schwarz, 1935 b: 257 a 260, Graf zu Dohna, 1936: 577 e 578, Ernst Schulze, 1936: 66, 69, 70 e 85, e Edmund Mezger, 1938: 32 a 34, e 1943: 38 a 40). Os problemas colocados por esta nova faculdade legal em face dos §§ 264 e 266 da StPO eram resolvidos com o desprezo destas últimas disposições (Ernst Schulze, 1936: 90 a 93). A *Grosse Strafprozesskommission* manifestou muitas dúvidas sobre a manutenção desta disposição, mas decidiu propor uma disposição que consagrava o direito vigente (Georg Dahm, 1938 a: 339 a 341). O novo regime legal da *Wahlfeststellung*, que constituía um artifício prático para afastar o funcionamento do princípio *in dubio pro reo* (Donnedieu de Vabres, 1938: 106), não evitou a discussão teórica na doutrina sobre o abandono definitivo deste princípio (a favor, Karl Siegert, 1933: 47, e 1935: 31 e 32, e Roland Freisler, 1936 a: 78, e contra, Heinrich Henkel, 1935: 40, e Robert von Hippel, 1941: 385, 386 e 535).

¹³³² Esta supressão correspondia a uma exigência generalizada da doutrina, mesmo da mais liberal, desde há cerca de trinta anos. Depois de aprovado o novo código de processo penal a pretensão da doutrina foi primeiro formulada no manual sobre os recursos de Anton von Kries (1880: 112 a 118) e, depois, na dissertação de Keber (1892: 110 a 116), cuja solução consistia na admissibilidade de um recurso de

Esta política processual teve o seu reverso no plano organizatório e judiciário, reforçando-se substancialmente os poderes do Ministério Público e rejeitando-se a participação popular na administração da justiça.¹³³³

Assim, o processo preparatório passou a ser inteiramente dirigido pelo Ministério Público a partir da segunda Lei de 28.6.1935, determinando aquele magistrado quando devia ser realizada uma instrução judicial prévia e não podendo o juiz opor-se-lhe.¹³³⁴

adesão do Ministério Público até ao final da audiência no tribunal de recurso (Keber, 1892: 118 e 119). Com base nesta dissertação surgiram outros trabalhos, tendo-se-lhe seguido Karl Thode, invocando argumentos processuais (1896: 46 a 52), históricos (1896: 53 a 57) e até humanitários (1896: 58 e 59), Norden, 1909: 792, 793 e 795, propondo a manutenção da regra, mas admitindo o recurso de adesão do Ministério Público, Graf zu Dohna, 1911: 7, e 1929: 188, Rolf Lauckner, 1913: 91, Hans Gerber, 1913: 156, Kronecker, 1925: 442, e Eugen Schiffer, 1928: 240 e 241, e, depois da tomada de poder pelo partido nacional-socialista, Konrad Moser, 1933: 113 a 115, Alois Pabst, 1934: 61, Erich Fischer, 1934: 74 a 77, Alfons Haas, 1934: 81 a 84, e, ainda nas vésperas da lei nova, Otto Thierack, 1935: 5. As novas disposições deixavam toda a discricionariedade ao juiz do tribunal de recurso, fosse ele de apelação ou de revista, que decidia independentemente da limitação do âmbito do recurso pelo recorrente à questão da culpa ou à questão da pena. A única limitação decorria da satisfação dos requisitos formais da interposição do recurso pelo recorrente (Irmgard Sprengel, 1937: 72 a 74).

¹³³³ A magistratura do Ministério Público representava para o poder político nacional-socialista a força avançada na transformação da justiça e na realização do novo Estado alemão (*Die Staatsanwaltschaft ist also insofern die soldatische Truppe in der Justiz. Auf sie kann auch die Führung der Rechtspflege nicht verzichten*, Roland Freisler, 1938 b: 54). Por isso, era imperioso assegurar que nela só fossem admitidos homens fieis ao novo regime (*Zugleich wird die Justizverwaltung, auf dem schon betretenen Wege der Auslese der Besten weiterschreitend, dafür sorgen müssen, dass mit den Aufgaben des Staatsanwalts Männer betraut werden, die, durchdrungen vom Geist des neuen Staats ..., auf der Höhe der Aufgaben ihres Amtes stehen*, Lautz, 1938: 117, e, já anteriormente, Heinrich Henkel, 1935: 42). Com a publicação da *Dritte Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich*, de 24.1.1935, os magistrados do Ministério Público passaram a estar exclusivamente subordinados ao ministro da justiça do império e com a da nova *Deutsches Beamtenengesetz*, de 26.1.1937, adquiriram um estatuto semelhante ao de um funcionário de designação política (Ulrich Schumacher, 1985: 72, e Gerhard Riehle, 1985: 41, 76 a 80), podendo ser suspensos a qualquer momento e aposentados depois de decorridos cinco anos do período de suspensão, sem processo disciplinar nem possibilidade de impugnação judicial (§§ 44 (1) e 77 da referida lei).

¹³³⁴ A *Grosse Strafprozesskommission* propôs mesmo a abolição da instrução judicial prévia (Lautz, 1938: 98), de acordo com aquele que era o voto do trigésimo quinto *Deutsche Juristentag*, em 1928, e com a doutrina maioritária (Graf zu Dohna, 1929: 149 e 150, Franz Exner, 1935: 7, Karl Siegert, 1935: 21, Heinrich Henkel, 1935: 37 e 38, Hans-Joachim Simon, 1935: 62, Schwarz, 1935 a: 33, e 1935 b: 271, Niederreuther, 1939: 204 e 205, Eduard Kern, 1939: 20, e Eberhard Schmidt, 1944: 307, mas contra Friedrich Oetker, 1934 a: 43 e 44, e Robert von Hippel, 1941: 278, 496 e 497, sendo ainda defendida uma posição intermédia de admissão da instrução judicial prévia em casos excepcionais, Karl Peters, 1937: 42 e 43, e Walter Becker, 1937: 179 a 181). O Ministério Público transformava-se deste modo no “senhor absoluto da causa no processo preparatório” (*unbeschränkten dominus litis im Vorverfahren*, Heinrich Henkel, 1935: 37), pondo-se fim ao “emaranhado muito elaborado de travões recíprocos” das magistraturas judicial e do Ministério Público (*ein wohldurchdachtes Geflecht gegenseitiger Hemmnisse der beiden staatlichen Funktionen*, Franz Exner, 1935: 5) e à tutela judicial dos direitos do arguido de acesso aos autos, de assistência às diligências de prova e de contacto com o defensor (Wilhelm Töwe, 1936 b: 88 a 92, 96 a 98, 102 a 104, e Niederreuther, 1939: 193 a 195). Alguma doutrina defendia mesmo a atribuição ao Ministério Público da faculdade de inquirição de testemunhas sob juramento no processo preparatório, com a aplicação das sanções pecuniárias e detentivas no caso de falta das testemunhas (Franz Exner, 1935: 7, Karl Peters, 1937: 40, e Schwarz, 1935 a: 357, 360 e 361, e, com dúvidas quanto

A faculdade de arquivamento do processo pelo Ministério Público foi alargada, por aquele mesmo diploma de 28.6.1935, aos crimes cometidos pela vítima do crime de extorsão, pela *Verordnung* de 6.5.1940, aos crimes cometidos por um cidadão alemão no estrangeiro ou por um cidadão estrangeiro no território nacional e aos cometidos no estrangeiro pelos quais o arguido já tivesse sido condenado no estrangeiro, e pela *Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege*, de 13.8.1942, que suprimiu a necessidade de acordo do juiz com o arquivamento nos termos do § 153, n. 2, da StPO e admitiu o princípio da oportunidade em todos os delitos dependentes de queixa.¹³³⁵ O princípio da oportunidade foi finalmente consagrado, sem quaisquer restrições, pela quarta lei de simplificação do processo penal, a *Verordnung zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Kriegs*, de 13.12.1944. Este diploma previa não só que o Ministério Público podia prescindir da dedução da acusação quando a perseguição penal em tempo de guerra não fosse necessária para defesa do povo (*wenn die Verfolgung im Kriege zum Schutze des Volkes nicht erforderlich ist*, § 8, n. 1, da *Verordnung* de 13.12.1944), mas também que o Ministério Público notificaria o queixoso do arquivamento do processo quando o entendesse necessário (*wenn es für geboten hält*, § 9, n. 1, da mesma

ao juramento das testemunhas, Niederreuther, 1939: 200 e 201, mas contra Roland Freisler, 1938 b: 51, Lautz, 1938: 106 e 107, e Eduard Kern, 1939: 20). O efeito desta modificação foi perverso em face da dependência total do Ministério Público em relação às polícias, que procediam, especialmente nas grandes cidades, a todas as diligências de prova e organizavam autonomamente os autos do processo preparatório com base nos quais o Ministério Público no final decidia acusar ou arquivar, violando frontalmente o § 163 da StPO (Graf zu Dohna, 1929: 137, Schneidenbach, 1935: 50, e Alfons Wenzel, 1949: 101 e 103).

¹³³⁵ As alterações do direito positivo de 1940 e de 1942 já tinham sido propostas pela *Grosse Strafprozesskommission* (Lautz, 1938: 101, 102 e 108), que acompanhava a opinião comum na doutrina (Georg Dahm 1935 c: 404 e 405, Franz Exner, 1935: 8, Heinrich Henkel, 1935: 38 e 39, e 1937: 235 a 238, Wilhelm Töwe, 1936 c: 150 a 152, 155 e 156, Karl Peters, 1937: 46, e Niederreuther, 1939: 199 e 206, mas crítico, Robert von Hippel, 1941: 338 e 342). Uma solução compromissória era defendida por Eberhardt Schmidt, que se pronunciou a favor da manutenção do princípio da legalidade em relação aos crimes, da reposição da limitação da *Verordnung* de 6.10.1931 relativamente às transgressões e do condicionamento do arquivamento dos delitos à inexistência de interesse público na perseguição criminal e da necessidade retributiva do lesado. No tocante à dispensa da concordância do juiz, o autor manifestou-se também em sentido favorável, propondo mesmo que ao Ministério Público fosse nos casos de arquivamento com base no princípio da oportunidade concedida competência para aplicar sanções pecuniárias (*Geld-Ordnungsstrafe*), cujo montante poderia, no entanto, ser impugnado hierarquicamente (Eberhardt Schmidt, 1944: 308 e 309). Só Siegert se pronunciou abertamente no sentido radical da supressão do princípio da legalidade (Karl Siegert, 1935: 25), tendo também Friedrich Oetker (1935 c: 371 a 373 e 381) considerado o princípio da oportunidade já vigente ao abrigo de uma lei não escrita (*das ungeschriebene, aber einem gesunden Staats- und Rechtsleben unentbehrliche Gesetz "Salus publica suprema lex est"*), que o autor propunha que fosse explicitada na forma de uma lei escrita. O legislador viria a secundar esta tese.

Verordnung).¹³³⁶ O instituto do arquivamento do processo pelo Ministério Público por razões de oportunidade, inicialmente determinado pela crítica da doutrina à “punição excessiva” (*Vielstraferei*) resultante da aplicação rigorosa do princípio da legalidade, tornou-se, com a consolidação do poder do partido nacional-socialista e a intensificação da guerra, em um dos principais instrumentos de realização da política criminal do Estado nacional-socialista.¹³³⁷

Concomitantemente, o princípio da determinação concreta da competência foi levado às suas consequências últimas pela *Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige Strafverfahrensrechtliche Vorschriften*, de 21.2.1940, que previa a total disponibilidade das regras da competência funcional pelo Ministério Público. Assim, o Ministério Público podia acusar diante do juiz singular quando considerasse a sua competência penal suficiente (*dessen Strafgewalt für ausreichend*) ou diante da *Strafkammer* quando entendesse adequado em face da dimensão e do significado do caso ou de outras razões (*dies mit Rücksicht auf den Umfang oder die Bedeutung der Sache oder aus anderen Gründen angezeigt ist*, § 4).¹³³⁸ A nova regulamentação ressaltava, no entanto, o poder de o juiz singular recusar a abertura da fase de julgamento quando entendesse que a pena ou a medida de

¹³³⁶ O legislador abandonou deste modo as reservas da *Grosse Strafprozesskommission* em relação à total liberdade de decisão do Ministério Público. A comissão propendia para o alargamento dessa liberdade, mas ainda considerava que a discricionariedade total do Ministério Público “poderia ferir e provavelmente feriria mortalmente a igualdade jurídica e a segurança jurídica no povo e no país” (*die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit im Volk und Land tödlich treffen könnte und wahrscheinlich würde*, Roland Freisler, 1938 b: 49).

¹³³⁷ Karl Bader, 1956: 4 e 5, Thomas Weigend, 1978: 30 a 34, e Wolfgang Wohlers, 1994: 250 a 252. Acresce que desde a aprovação do *Erlass über das Gnadenrecht*, de 1.2.1935, em que o *Führer* se atribuiu a faculdade de subtrair à perseguição penal qualquer facto criminoso, e da *Gnadenordnung*, de 6.2.1935, que transferiu a competência para concessão de perdão dos *Länder* para o *Reich* e investiu o Ministério Público como órgão de fiscalização dos processos de concessão, a competência primeira e última para decidir se um crime devia ser julgado e a pena aplicada devia ser executada ficou confiada ao poder político e à magistratura de acusação, vinculada hierarquicamente ao ministro da justiça (Alfons Wenzel, 1949: 97, e Ulrich Schumacher, 1985: 107, 117).

¹³³⁸ Esta regulamentação já tinha sido proposta pela *Grosse Strafprozesskommission* e estava intimamente relacionada com a futura supressão da divisão clássica entre crimes, delitos e contravenções e com o aumento planeado das molduras penais de modo a permitir a punição no âmbito de uma mesma moldura penal das formas imperfeitas e acessórias de realização do ilícito criminal. A uniformização das molduras penais implicava a necessidade de o juízo de competência se determinar em concreto e não em abstracto, como até então era em regra (Graf von der Goltz, 1938: 129, e Grau, 1938: 186 e 187), tendo o diploma de 1940 consagrado a tese pura da “perspectiva concreta” (*konkrete Betrachtungsweise*) e, desse modo, constituído uma verdadeira ruptura com o direito anterior, não obstante as modificações introduzidas em 1931 e 1932 já referidas (Roland Freisler e outros, 1941: 596 e 597, 608 e 609, e Wilhelm Töwe, 1941: 350 e 351, mas crítico, Eberhard Schmidt, 1944: 265). Uma disposição semelhante, de liberdade total do Ministério Público, foi consagrada no regime penal dos crimes cometidos por judeus e polacos contra interesses alemães nos territórios ocupados do leste (2. IV, da *Verordnung* de 4.12.1941).

segurança previsivelmente aplicáveis ultrapassariam a sua competência.¹³³⁹ Este regime manteve-se mesmo depois da publicação da *Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege* e da *Verordnung über die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses im Strafverfahren*, ambas de 13.8.1942, que suprimiram o despacho judicial de sindicância da acusação e de abertura da fase de julgamento e regulamentaram em termos novos o *Zwischenverfahren*.¹³⁴⁰ O novo regime previa expressamente a faculdade de o presidente do tribunal recusar a abertura da fase de julgamento por incompetência do tribunal, bem como de suscitar a tomada de uma decisão de admissão

¹³³⁹ O efeito nocivo da disponibilidade das regras de competência pelo Ministério Público não era evitado por esta faculdade do juiz, pois a *Verordnung zur Regelung der Gerichtsverfassung*, de 20.3.1935, conferiu ao presidente do *Landgericht* a anterior competência do *Präsidium* do tribunal na distribuição dos processos e na determinação da composição das *Strafkammer*, substituindo um órgão judiciário colectivo autónomo por um órgão singular subordinado a directivas do ministro da justiça, tendo mais tarde a *Gesetz über die Geschäftsverteilung*, de 24.11.1937, abolido os *Präsidien*, à imagem do que a *Verordnung* de 18.4.1936 já tinha decidido para o *Volksgerichtshof*. Deste modo, o Ministério da Justiça não só podia escolher, através do Ministério Público, o tribunal mais conveniente à pretensão da acusação, como podia interferir, através do presidente do tribunal, na distribuição do processo dentro do tribunal e na colocação dos magistrados judiciais nas diferentes câmaras, cessando aquela que era uma das garantias fundamentais da administração da justiça consignadas na GVG, a “auto-administração judiciária” (*gerichtliche Selbstverwaltung*) (Eduard Kern, 1927: 133 e 140, 1954 a: 206, 225 e 277, e 1954 b: 102, Eberhard Schmidt, 1965: 446, Hermann Weinkauff, 1968: 70 e 124, Albrecht Wagner, 1968: 207 e 208, Walter Wagner, 1974: 20, Alexander von Brünneck, 1983: 112, e Ulrich Schumacher, 1985: 73).

¹³⁴⁰ A abolição do controlo judicial da acusação do Ministério Público na fase do *Zwischenverfahren* constituía, do ponto de vista da *Grosse Strafrechtskommission*, o correlato processual de um princípio ideológico, o da insindicabilidade judicial das decisões da liderança política (*Nach heutiger Auffassung könne eine Entschliessung der durch den Staatsanwalt verkörperten Volksführung ebensowenig wie jede andere Entschliessung der politischen Führung der Kontrolle eines gerichtlichen Organs unterworfen werden*, Graf von der Goltz, 1938: 120). Contudo, em atenção aos interesses da defesa e da protecção da honra, sobretudo nos processos em que não era admitido um recurso da decisão sobre a matéria de facto, a comissão entendeu propor apenas a supressão da decisão “positiva” de abertura da fase de julgamento e a manutenção da decisão “negativa”, isto é, da faculdade de o tribunal rejeitar a abertura desta fase processual quando o presidente do tribunal tivesse reservas e lhas colocasse. A *Grosse Strafprozesskommission* foi sensível “às experiências excelentes” realizadas no *Volksgerichtshof*, em que um regime semelhante já vigorava desde 1934 (Otto Thierach, 1938: 92, e Dörffler, 1937 b: 112). A favor da abolição desta fase processual e do controlo judicial prévio da acusação, Karl Siegert, 1935: 25, e Eduard Kern, 1939: 21. Ao invés, defendendo a manutenção desta fase processual como meio indispensável de defesa do arguido, Friedrich Oetker, 1934 a: 45 e 46, e 1935 e: 80 a 83, e Schwarz, 1935 a: 35 a 38. A maioria da doutrina pronunciava-se no sentido da restrição desta fase a um controlo negativo dos pressupostos formais e, para alguns também dos pressupostos materiais, da acusação, Franz Exner, 1935: 8 e 12, Heinrich Henkel, 1935: 39 e 40, Karl Peters, 1937: 45 e 46, Johannes Nagler, 1938: 355 a 360, 366 a 369, Freisler, 1937 b: 16 e 17, Niederreuther, 1939: 207 a 213, Richard Busch, 1939: 201 e 202, Robert von Hippel, 1941: 502 a 507, e Eberhard Schmidt, 1944: 312 a 314 e 317. A outra consequência muito significativa da supressão do “despacho de abertura” (*Eröffnungsbeschluss*) seria a de que o momento processual a partir do qual o arguido tinha livre acesso aos autos e ao seu defensor era pela *Grosse Strafprozesskommission* antecipado para o momento imediatamente anterior ao da dedução da acusação pelo Ministério Público (Neubert, 1938: 262 e 263). Na comissão, já tinha sido defendida a realização obrigatória do interrogatório do arguido no final do processo preparatório (*Schlussgehör*) em alguns casos, o que, como sustentava há muito a doutrina, substituiria na prática a instrução judicial prévia (Karl Siegert, 1935: 27, Dörffler, 1937 b: 115, e Eberhard Schmidt, 1944: 304). O legislador não foi, contudo, tão longe.

ou rejeição da acusação pelo tribunal se tivesse dúvidas sobre a procedência da acusação em termos de facto ou de direito.¹³⁴¹ Deste modo, a abertura da fase de julgamento dependia de um juízo tácito do presidente do tribunal ou de um juízo expresso de todo o tribunal sobre a admissibilidade da acusação, o que neste segundo caso deixava os membros do tribunal e não apenas o seu presidente comprometidos com a posição processual do Ministério Público.

A estrutura do processo ordinário também foi profundamente modificada pela consagração da faculdade de o tribunal proceder à leitura dos depoimentos das testemunhas, peritos e co-réus recolhidos pelas polícias e pelo Ministério Público na fase preparatória do processo, quando não fosse possível a sua inquirição judicial em tempo previsível (*kann er aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden*, artigo 4 da *Verordnung* de 29.5.1943), por um lado,¹³⁴² e dos depoimentos prévios recolhidos pelo juiz quando as partes estivessem de acordo, por outro lado. Este alargamento das excepções à realização do princípio da imediação na audiência de julgamento implicou uma transformação da estrutura do processo, no sentido da predominância efectiva da fase preparatória dirigida pelo Ministério Público sobre a fase de julgamento.¹³⁴³ Acresce que o Ministério Público podia a qualquer momento alargar o objecto do processo, mesmo à imputação de novos crimes (§ 7, do artigo 9 da *Verordnung* de 13.8.1942), exigindo-se apenas que o tribunal fosse o competente e o arguido estivesse presente e prescindindo o legislador da verificação do consentimento do arguido, exigida pela disposição do § 265 da StPO na sua versão inicial.

O reforço dos poderes do Ministério Público não se confinou, no entanto, à forma de processo ordinário, tendo-se alargado também às formas de processo

¹³⁴¹ Esta previsão permitia ao juiz presidente controlar o juízo do Ministério Público de determinação concreta da competência do tribunal, quer no caso de uma qualificação mais grave dos factos pelo tribunal quer no caso da expectativa de uma pena fixada no âmbito da qualificação atribuída aos factos na acusação, mas em quantidade superior à da competência do tribunal, tal como a *Grosse Strafprozesskommission* tinha sugerido (Graf von der Goltz, 1938: 130 a 132, e Grau, 1938: 191).

¹³⁴² Na sequência de uma sugestão de Schwarz (1935 a: 367), a *Grosse Strafprozesskommission* já tinha feito uma proposta neste sentido, considerando mesmo a recusa legal de depoimento da testemunha como um destes fundamentos (Niethammer, 1938: 172 a 176). O legislador preferiu deste modo a solução da comissão à proposta radical de Friedrich Oetker (1935 a: 23 a 25), especialmente concebida para os *Monstreprozesse*, que implicava a rejeição clara dos princípios da mediação e da oralidade.

¹³⁴³ Eberhard Schmidt, 1944: 298 e 299, Klaus Geppert, 1979: 119, Gerald Grünwald, 1982: 355 e 356, Ulrich Schumacher, 1985: 167, e Stefan Braun, 1996: 192. Eberhard Schmidt criticava especialmente a segunda inovação, na medida em que ela não fosse uma medida de urgência condicionada pela guerra e permanecesse em vigor depois da guerra.

especiais. Quer o processo para julgamento de réus ausentes, quer o processo de “ordem penal”, quer ainda o “processo rápido” (*Schnellverfahren*) foram profundamente modificados.¹³⁴⁴

A segunda Lei de 28.6.1935 previa a realização do julgamento imediato dos ausentes quando o “sentimento de justiça popular” exigisse a imediata condenação do ausente (*wenn das Rechtsempfinden des Volkes die alsbaldige Aburteilung der Tat*

¹³⁴⁴ O legislador nacional-socialista não procedeu, contudo, à grande reforma dos processos relativos aos crimes contra a honra e à introdução de um novo procedimento criminal para reposição da honra, que a *Grosse Strafprozesskommission* e parte da doutrina tinham proposto. A referida reforma consistia não só na consagração do dever de investigação oficiosa da verdade da imputação feita ao ofendido nos processos por crimes contra a honra, mesmo quando o arguido devesse ser absolvido, com algumas excepções de ordem processual e política, mas também na faculdade de o ofendido requerer a determinação da falsidade da imputação (*Feststellungsantrag*) e a sua consignação na sentença. O tribunal deferia o requerimento quando houvesse um interesse legítimo do ofendido e da comunidade na determinação da falsidade e no final consignava na parte decisória da sentença a prova da falsidade da imputação ou a falta de prova da veracidade da imputação. Esta decisão não tinha apenas efeitos *inter partes*, mas podia ser impugnada por terceiros prejudicados em qualquer altura e independentemente da natureza da fórmula utilizada com base em novos factos (Ernst Schäfer, 1937: 32 a 38, e 1938: 195 a 497, 501 a 504). As duas inovações mais significativas da comissão eram, contudo, a da introdução de uma nova forma de processo, o “processo de determinação” (*Feststellungsverfahren*), e a da transformação do juiz singular em um juiz de paz (*Friedensrichter*), dotado de uma nova competência conciliatória e admonitória. O “processo de determinação” tinha como objectivo a reposição da honra, quando o arguido já tivesse sido absolvido em um processo criminal, o processo penal tivesse sido arquivado ou não pudesse sequer ser aberto, por exemplo, por morte ou imunidade do autor das ofensas ou prescrição do procedimento criminal. Neste caso, o Ministério Público podia, a pedido do ofendido, requerer a abertura de um processo não criminal diante do *Amtsrichter*, do *Schöffengericht* ou da *Strafkammer*, quando considerasse que a determinação judicial da verdade ou falsidade da imputação feita ao ofendido era exigida por “um interesse público no esclarecimento da verdade” ou por um “interesse do ofendido considerado importante do ponto de vista da comunidade popular” (*ein vom Standpunkt der Volksgemeinschaft anzuerkennendes wichtiges Interesse des Verletzten*, Ernst Schäfer, 1938: 505 e 506, e 1937: 38 a 42, e Georg Dahm, 1937: 66 a 72). Sempre que o Ministério Público rejeitasse a apresentação do caso em um tribunal criminal, o ofendido podia ainda apresentar queixa junto do *Friedensrichter*. Este magistrado procedia, em uma audiência não pública e contraditória, a uma tentativa de conciliação das partes e, fracassando esta, à regulação do conflito através de sanções não criminais, como a “multa de paz” (*Friedensbusse*) e um regime de prova. As decisões deste magistrado transitavam, em regra, de imediato, mas podiam ser revistas em face de novas provas ou ainda impugnadas por um recurso de anulação (*Nichtigkeitsbeschwerde*) interposto pelo Ministério Público para a *Strafkammer* (Niethammer, 1937: 90 a 99, Kohlrausch, 1938: 541, 546, 550 a 555, e Albrecht Hoffmann, 1936: 40 a 42, mas com reservas relativamente ao *friedenrichterliche Verfahren*, Strauss, 1936: 212 e 213, Niederreuther, 1939: 220 e 221, e Robert von Hippel, 1941: 269). Já no final do regime nacional-socialista o legislador consagrou restrições significativas do “processo de acusação particular” (*Privatklageverfahren*) inspiradas nas propostas da comissão, impondo nuns casos e permitindo em outros a suspensão do processo pelo prazo de um mês quando fosse previsível que a paz voltasse a reinar entre as partes no final desse período (*wenn es zur erwarten ist, dass während dieser Zeit unter den Beteiligten wieder Frieden eintritt*, artigo 8, § 1 (2), da *Verordnung* de 13.8.1942) e facultando a resolução dos casos que não tivessem dignidade penal (*wenn die Tat nicht so ernst ist, dass ihre strafrechtliche Ahndung unerlässlich ist*, artigo 8, § 2 (1), da *Verordnung* de 13.8.1942) através de uma “decisão de paz” (*Friedenspruch*), irrecorrível e que podia consistir na aplicação de uma admoestação ou de uma multa, na imposição de condutas ao acusado para reparação da honra do lesado ou ainda na prestação de uma caução para garantia da “cidadania de paz” (*Friedensbürgschaft*), isto é, da não repetição dos factos entre o acusado e o ofendido durante o período de vigência da caução.

verlangt, artigo 6, n. 1, da segunda Lei de 28.6.1935),¹³⁴⁵ sendo o Ministério Público o único intérprete do “sentimento de justiça popular” previsto pela lei.¹³⁴⁶ No entanto, a lei facultava, além dos meios de impugnação ordinários,¹³⁴⁷ dois meios extraordinários, o de revisão, nos termos gerais, e um outro de natureza semelhante, que tinha lugar quando se não verificassem os pressupostos do primeiro, mas o réu ausente condenado justificasse a sua ausência com motivos procedentes ou outras circunstâncias tornassem necessária a renovação do julgamento (*sonstige Umstände vorliegen, die eine Erneuerung der Hauptverhandlung als notwendig erscheinen lassen*, artigo 6, n. 1, da lei por último referida).¹³⁴⁸

O processo de “ordem penal” foi alargado aos delitos que pudessem ser punidos com seis meses de prisão pela *Verordnung* de 1.9.1939 e mesmo aos crimes que pudessem ser punidos com seis meses de prisão pela *Verordnung* de 13.8.1942,¹³⁴⁹ em

¹³⁴⁵ A *Grosse Strafprozesskommission* reformulou a condição, considerando que o conceito do “sentimento de justiça popular” era “demasiado indeterminado” e constituía um critério de determinação da medida concreta da pena, mas não da forma de processo. No entanto, a fórmula escolhida, de que o julgamento imediato fosse “necessário do ponto de vista da comunidade popular” (*vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus geboten sein muss*, Rempe, 1938: 464 e 465), não se distinguia substancialmente da anterior.

¹³⁴⁶ A decisão do Ministério Público vinculava inteiramente o juiz, que não podia sequer proceder a diligências com vista a confirmar a própria ausência física do arguido. Uma das inovações mais significativas propostas pela *Grosse Strafprozesskommission* era precisamente a da introdução do controlo judicial da ausência física do arguido, mantendo-se, no entanto, a exclusividade da competência do Ministério Público para interpretar o “ponto de vista da comunidade popular” por força da necessidade da ponderação centralizada e hierarquicamente difundida dos “especiais interesses do Estado” na realização do julgamento em cada um destes processos (*Aus der Fülle der Sachen muss vergleichend und abwertend das richtige Mass für die Bewertung der Tat unter diesem Gesichtspunkt gewonnen werden. Das kann nur an zentraler Stelle geschehen, der auch etwaige besondere Anliegen des Staates na dem Verfahren gegen einen Flüchtigen bekannt sind. Aus diesen Erwägungen überträgt der Entwurf die Entscheidung über das staatliche Interesse an dem Staatfinden der Hauptverhandlung dem Staatsanwalt, der erforderlichenfalls durch Weisungen gelenkt werden kann*, Rempe, 1938: 465 e 466).

¹³⁴⁷ Tal como a doutrina tinha proposto (Thierack, 1935: 3, Oetker, 1936: 34, e Schwarz, 1936: 319 a 325, mas contra Strauss, 1936: 220 e 221), também a *Grosse Strafprozesskommission* se pronunciou no sentido da manutenção dos recursos de apelação e de revista do direito então vigente, rejeitando a introdução de um recurso unificado (Stolzenburg, 1938: 359).

¹³⁴⁸ A comissão manteve e ampliou mesmo o âmbito de aplicação destes meios de impugnação, tendo, por um lado, afastado expressamente a proposta de supressão da cláusula geral referente às “outras circunstâncias” justificativas da impugnação pelo ausente com base no sucesso do recurso extraordinário previsto pelo § 16 da *Verordnung* de 21.3.1933 contra as decisões transitadas dos *Sondergerichte* e, por outro lado, introduzido a faculdade de o ausente interpor posteriormente à sua notificação pessoal da decisão e no prazo da revisão os recursos ordinários quando eles não tivessem ainda sido interpostos na sua ausência (Rempe, 1938: 472 a 474, e Doerner, 1938: 449 e 450).

¹³⁴⁹ Depois do ensaio das Leis de 21.10.1917 e de 11.3.1921, que previam a aplicação transitória do *Strafbefehl* em processos de transgressão e de delitos sem limite quanto às penas de multa, a grande reforma de 4.1.1924 admitiu esta forma de processo para julgamento de delitos a que fosse aplicável pena até três meses de prisão, alargando a anterior previsão de prisão até seis semanas, o que já tinha merecido a oposição da doutrina (Johannes Nagler, 1924: 427 e 428, e Eduard Kern, 1924: 254). Não obstante considerar esta forma de processo como indispensável para evitar a ruptura da administração da justiça

clara dissonância sistemática com as opções do legislador de 1877, quer do ponto de vista da complexidade dos factos que podiam ser sujeitos a esta forma de processo especial, quer da gravidade da pena aplicável.¹³⁵⁰

A mesma *Verordnung* de 1.9.1939 revogou a condição da apresentação voluntária do suspeito ou da sua prisão em flagrante delito para julgamento do arguido nos termos do “processo rápido” e sujeitou a aplicabilidade desta forma de processo para julgamento de delitos apenas à dupla condição de o caso ser simples e ser necessário o julgamento imediato por razões especiais (*der Sachverhalt einfach und die sofortige Aburteilung aus besonderen Gründen geboten ist*, § 22), competindo este juízo exclusivamente ao Ministério Público.¹³⁵¹ O alargamento da competência do juiz

penal, a *Grosse Strafprozesskommission* recusou peremptoriamente o alargamento do seu âmbito aos crimes que fossem punidos com seis meses de prisão, bem como a exclusão do juiz desta forma de processo, invocando a desnecessidade comprovada estatisticamente daquele alargamento e, no que respeita a esta exclusão, a perturbação resultante da confusão de funções jurisdicionais e de acusatórias no magistrado do Ministério Público (Crohne, 1938: 457 e 458). O legislador de 1942 respeitou este limite, mas ultrapassou aquele (a favor, mas apenas para o tempo da guerra, Wilhelm Töwe, 1940 a: 15, de acordo com a sua posição crítica anterior, 1936 a: 62).

¹³⁵⁰ Joachim Erbe, 1979: 77. Ao invés do processo de “ordem penal”, o processo de transgressões sofreu uma transformação gradual no sentido da sua policIALIZAÇÃO. A competência das autoridades policiais e administrativas para conhecer de determinadas transgressões e impor coimas foi sendo sucessivamente alargada, sobretudo a partir de 1933 e no âmbito das infracções económicas. A cominação de coimas para condutas também censuradas criminalmente e a possibilidade discricionária conferida a estas autoridades de processarem, elas mesmo, as infracções ou de as encaminharem para o tribunal permitiu o desvio do conhecimento de uma parte substancial desta criminalidade pelas autoridades policiais e administrativas, sendo os suspeitos julgados sem forma de processo e punidos com as coimas e as penas acessórias previstas na lei, na maioria dos casos sem a garantia da sindicância judicial ulterior (Heinrich Henkel, 1953: 85).

¹³⁵¹ A reforma Emminger, se procedeu a um alargamento extraordinário do âmbito de aplicação desta forma de processo, manteve, no entanto, a apresentação voluntária ou a detenção provisória do arguido como condição da utilização desta forma de processo. Ao invés, a *Verordnung* de Agosto de 1939 correspondeu ao momento culminante de um processo legislativo iniciado com base no artigo 48, n. 2 da Constituição de Weimar e cujo objectivo essencial foi o de não condicionar a aplicação do processo previsto no § 212 da StPO à verificação da condição de apresentação voluntária ou de detenção provisória do arguido. A *Verordnung*, de 28.3.1931, alargou a aplicabilidade desta forma de processo a certos crimes políticos e a todos os crimes da competência do *Amtsgericht* que tivessem sido cometidos em lugares públicos e em reuniões ou através de publicações sem aquelas condições (*wenn der Beschuldigte sich weder freiwillig stellt noch infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gericht vorgeführt wird*, § 14, da *Verordnung* de 28.3.1931), tal como o fez a *Vierte Verordnung*, de 8.12.1931, aos crimes de difamação, que o Ministério Público decidisse perseguir (*wenn der Beschuldigte sich weder freiwillig stellt noch infolge einer vorläufigen Festnahme dem Gericht vorgeführt wird*, o § 5 do capítulo III da parte oitava da *Vierte Verordnung*, de 8.12.1931). Um mês depois da tomada do poder pelo partido nacional-socialista, o presidente von Hindenburg aprovou de novo um diploma, a *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes*, de 4.2.1933, em que repunha em vigor e agravava as disposições da primeira *Verordnung* de 1931. Tendo constatado o aumento da utilização desta forma de processo e a diminuição dos recursos interpostos das decisões nela proferidas, a *Grosse Strafprozesskommission* fez uma apreciação muito positiva da aplicação das referidas modificações do direito positivo, propondo uma solução semelhante à que viria a ser consagrada em Setembro de 1939 (Crohne, 1938: 453 a 455), com a distinção fundamental, que já tinha sido sugerida na doutrina (Wilhelm Töwe, 1936 a: 56), de o juiz poder rejeitar a abertura da audiência de julgamento quando entendesse que o processo especial não se adequava

singular aos crimes puníveis com dois anos de reclusão (*Zuchthaus*) e cinco anos de prisão (*Gefängnis*) ou prisão simples (*Haft*), determinado pela *Verordnung* de 21.2.1940, e, posteriormente, a cinco anos de reclusão (*Zuchthaus*), determinado pela *Verordnung* de 13.8.1942, implicou um aumento muito considerável do âmbito de aplicação desta forma de processo,¹³⁵² que foi, contudo, compensado pela possibilidade prevista no § 30 da *Verordnung* de 21.2.1940 de o juiz recusar a sua competência em qualquer momento até à prolação da decisão e reenviar o processo para o processo ordinário.

Em conformidade com este reforço crescente dos poderes do Ministério Público, o legislador prescindiu, seis anos depois da tomada do poder pelo partido nacional-socialista, da participação popular na administração da justiça penal. A *Verordnung über Massnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege*, de 1.9.1939 viria pôr fim à intervenção dos juízes leigos, sendo a competência do tribunal de escabinos integralmente atribuída ao juiz singular e a do tribunal de júri à *Strafkammer*, agora composta apenas por três juízes togados,¹³⁵³ e

à natureza do ilícito penal em causa.

¹³⁵² Quer o aumento excepcional da competência do juiz singular quer a ampliação do âmbito de aplicação do processo de “ordem penal” surgiram na sequência de uma ordem expressa dada pelo *Führer* em 21.3.1942. A intensificação das dificuldades nas frentes da guerra exigia um “trabalho rápido e sem fricções da administração da justiça” (*reibungslose und schnelle Arbeit der Rechtspflege*), razão pela qual foi publicado o *Erlass des Führers über die Vereinfachung der Rechtspflege*, em que se determinavam aquelas alterações. O aumento da competência do juiz singular representou um “corte radical” com a tradição, que a doutrina censurou com veemência (Robert von Hippel, 1941: 174, 175 e 711, e Eberhard Schmidt, 1944: 302).

¹³⁵³ Deste modo se abandonou um pressuposto fundamental da reforma do processo penal proposta pela *Grosse Strafprozesskommission* e do ideário do partido nacional-socialista, que era o da participação de juízes leigos fiéis ao regime, em cuja escolha o partido tivesse não só uma influência fáctica, mas também jurídica (Wilhelm Töwe, 1935 b: 15 e 16, e 1937: 114 e 115, Hans-Joachim Simon, 1935: 63, Strauss, 1936: 14, Creifelds, 1937: 186 e 187, Lautz, 1937: 54, e Roland Freisler, 1937 a: 35 a 37, e 1938 b: 45 e 46). A reforma do método de selecção dos juízes leigos chegou a ser efectuada pela *Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes*, de 13.12.1934. Em reacção a uma decisão do *Reichsgericht*, nos termos da qual a interferência de um representante ministerial na escolha dos juízes leigos constituía fundamento de anulação da decisão, esta lei de 1934 modificou a composição do órgão que escolhia os juízes leigos, que passou a ser composto pelos presidentes das comunidades e das associações do círculo ou pelos seus representantes e pelo chefe do círculo do NSDAP ou pelo seu representante, garantindo uma influência directa do partido na escolha dos juízes leigos (Robert von Hippel, 1941: 141, e Eduard Kern, 1954 a: 205, e 1954 b: 78). A doutrina discutiu mesmo a adopção pelos tribunais criminais do método de selecção dos juízes leigos do *Volksgeschichtshof* (contra, Wilhelm Töwe, 1937: 115, e a favor, Schaffheutle, 1937: 125, tendo Walter Becker, 1938: 204, defendido uma posição intermédia de adopção daquele método nos futuros tribunais ordinários com competência política), embora também se tenha ouvido a defesa das regras clássicas de escolha dos jurados (Robert von Hippel, 1941: 162) e mesmo da instituição do júri, com as distinções características do direito anterior a 1924 entre a decisão sobre a culpa e a decisão sobre a pena e entre a direcção da audiência e a decisão sobre a culpa (Friedrich Oetker, 1934 a: 37 a 40, e, posteriormente em conjugação com o *Führerprinzip*, em 1935 b: 345 e 346, e 1935 d: 24 a 29, mas contra Wilhelm Töwe, 1935 a: 384, 389 e 390, e 1935 b: 16 e 19, Schwarz, 1935 a: 47, e Strauss, 1936: 216).

cabendo das decisões finais do primeiro apenas o recurso de apelação para a *Strafkammer* e das decisões desta apenas o recurso de revista (*Revision*) para o *Reichsgericht*.¹³⁵⁴

Também a reforma da organização judiciária realizada pelo legislador português não pode ser identificada com a nova jurisdição criminal alemã, não obstante os elementos que as aproximam.

O tribunal plenário não pode ser equiparado aos dois tribunais extraordinários com competência criminal instituídos pelo nacional-socialismo, o *Sondergericht*, criado pela *Verordnung* de 21.3.1933,¹³⁵⁵ e o *Volksgerichtshof*, criado pela *Gesetz zur*

Contudo, o legislador foi nesta matéria muito além da *Grosse Strafprozesskommission*, pois esta ainda propunha a manutenção do *Schöffengericht* e dos juízes leigos na *Strafkammer* (Grau, 1938: 188 e 189). A necessidade da dispensa do “elemento popular”, já sentida durante a fase final do regime de Weimar, acentuou-se com o início da segunda guerra mundial, tendo, afinal, o legislador nacional-socialista generalizado a solução da *Verordnung* de 9.8.1932 do governo von Papen.

¹³⁵⁴ Contudo, o § 1 do artigo 7 da *Verordnung* de 13.8.1942, e o § 13 da *Vierte Verordnung* de 13.12.1944, impuseram, respectivamente, nos recursos de *Berufung* e de *Beschwerde* e no da *Revision* uma admissão preliminar do recurso pelo tribunal recorrido, cuja decisão, por sua vez, não admitia impugnação. Só os recursos interpostos pelo Ministério Público não estavam sujeito a estas limitações.

¹³⁵⁵ Este tribunal surgiu na sequência de vários outros criados depois da primeira guerra mundial, não constituindo uma particularidade do regime nacional-socialista. A sucessão destes tribunais durante a República de Weimar não só transformou o processo penal em instrumento de luta política, como teve “uma certa eficácia imunizadora” em relação às posteriores iniciativas do legislador nacional-socialista (Heinrich Henkel, 1953: 77 e 78, Wolf-Peter Koch, 1972: 14, Michael Hug, 1976: 124 a 127, Ingo Müller, 1980: 67 e 68, e Wolfgang Sellert, 1985: 72 e 73). A *Verordnung über Sondergerichte gegen Schleichhandel und Preistreiberei*, de 27.11.1919, criou o primeiro tribunal extraordinário da República de Weimar, o *Wuchergericht*, instituído junto de cada *Landgericht* e composto por três juízes togados, designados pela administração judiciária do *Land* ou pelo presidente do *Oberlandesgericht* ou do *Landgericht* por delegação daquela, e dois jurados, escolhidos por classes de entre os consumidores, os produtores e os consumidores. O tribunal tinha competência para julgar determinados crimes económicos. O artigo V desta *Verordnung* consagrava o carácter provisório deste tribunal, que funcionou até 1.4.1924. A doutrina discutiu a conformidade da instituição deste tribunal com a Constituição de Weimar (Eduard Kern, 1927: 198 a 201, 258 a 260). Na sequência das tentativas do partido nacional-socialista de incitação das forças armadas à desobediência e de participação em organizações paramilitares, a *Verordnung betreffend die zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nötigen Massnahmen*, de 30.5.1920, criou um tribunal composto por três membros civis com capacidade para o exercício de funções judiciais e dois membros militares, todos nomeados pela autoridade militar e com competência para julgar actos de desobediência, insurreicção e participação em organizações paramilitares e parapoliciais. Este tribunal foi substituído por um outro, com uma composição exclusivamente civil e uma competência mais ampla, pela *Verordnung des Reichspräsidenten über die Bildung ausserordentlicher Gerichte*, de 29.3.1921, que constituiu o modelo de todos os posteriores diplomas sobre tribunais criminais extraordinários criados até 1933 (Michael Hug, 1976: 26 e 37). O novo tribunal extraordinário era composto por um juiz togado e dois outros membros, que deveriam reunir os requisitos para o exercício da magistratura judicial, sendo todos designados pelo presidente do *Landgericht*. O tribunal tinha competência para julgar, mesmo retroactivamente, determinados crimes e delitos e, designadamente, os de utilização de explosivos e armas. O § 21 desta *Verordnung* previa ainda o carácter transitório deste tribunal, tendo este diploma sido revogado pela *Verordnung* de 23.7.1922. Na sequência da declaração do estado de excepção em todo o império a 26.9.1923, foi publicada nesta mesma data a *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für das Reichsgebiet nötigen Massnahmen*, que suspendeu algumas liberdades e garantias constitucionais e determinou a criação de novos tribunais criminais extraordinários, com a competência

Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens, de 24.4.1934.¹³⁵⁶

O *Sondergericht* foi instituído inicialmente em cada círculo de um *Oberlandesgericht*¹³⁵⁷ e era composto por apenas três juízes togados,¹³⁵⁸ escolhidos

para julgar os crimes previstos na Lei de 29.3.1921 e outros. A doutrina discutiu a constitucionalidade da criação dos tribunais extraordinários, uma vez que a proibição do artigo 105 da Constituição de Weimar não se encontrava no elenco das normas que o presidente podia suspender (Carl Schmitt, 1924: 64 e 65). Não obstante, o ministro da justiça determinou, por força daquela *Verordnung* do presidente, a criação dos referidos tribunais extraordinários em Cottbus, Hamburg e Berlin, prevendo as respectivas *Verordnungen* de 2.10.1923, 23.10.1923 e de 13.11.1923, que os tribunais fossem compostos por um juiz togado, que presidia, e dois membros que deviam reunir os requisitos para o exercício da função judicial, sendo designados pela administração da justiça do *Land*. Quer o § 20 da primeira *Verordnung*, quer o § 3 da segunda e da terceira previam o carácter provisório destes tribunais, que só foram extintos em 29.12.1929. Por outro lado, a *Verordnung des Reichspräsidenten über die beschleunigte Aburteilung von Straftaten*, de 17.12.1923, conferiu à *Strafkammer* competência para julgar determinados crimes graves de acordo com uma forma de processo especial, ressalvando a competência dos *Sondergerichte*. O § 9 desta *Verordnung* previa o carácter temporário desta *Verordnung*. A oposição a este diploma fê-lo sucumbir menos de dois meses depois, tendo sido revogado pela *Verordnung* de 13.1.1924. Mais tarde, já nas vésperas da tomada do poder pelo *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter-Partei*, o presidente von Hindenburg autorizou, pela *Verordnung* de 6.10.1931, o governo a criar tribunais criminais extraordinários e o governo von Papen, de que já fazia parte o ministro da justiça Franz Gürtner, aprovou a *Verordnung* de 9.8.1932, que criou sete *Sondergerichte*, prevendo o § 19 deste diploma o carácter provisório dos mesmos. A inteira disposição da competência destes tribunais pelo Ministério Público transformava-os em instrumentos de combate político (Siegert, 1933: 43, e Ulrich Schumacher, 1985: 50), de tal modo tendo sido a oposição que lhes foi feita que o diploma foi revogado quatro meses depois pelo governo Schleicher através da *Verordnung* de 19.12.1932. A *Verordnung* de 21.3.1933, referida no texto, foi, tal como a de Agosto de 1932, publicada pelo ministro Franz Gürtner com base no capítulo II da sexta parte da terceira *Verordnung* de von Hindenburg, de 6.10.1931, e ainda previa expressamente o carácter temporário deste tribunal (§ 18 da *Verordnung* de 21.3.1933).

¹³⁵⁶ Este tribunal também teve o seu antecedente em um tribunal extraordinário criado durante a República de Weimar. O *Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, criado pela *Verordnung zum Schutze der Republik*, de 26.6.1922, era composto por sete membros, sendo três juízes do *Reichsgericht* e quatro juízes leigos, todos escolhidos pelo presidente da República, e tinha competência para julgar, mesmo retroactivamente, certos crimes políticos, incluindo o de alta traição, sendo aplicáveis as disposições válidas para o julgamento pela *Strafkammer*. O diploma aprovado pelo governo com base no artigo 48 da Constituição foi sujeito ao *Reichstag*, que deliberou aprovar uma lei sobre o mesmo objecto com alterações. A *Gesetz zum Schutze der Republik*, de 21.7.1922, modificou a composição do tribunal para nove juízes, sendo três juízes do *Reichsgericht* e os restantes juízes leigos. O § 27 desta lei previa a vigência por cinco anos da mesma, tendo o tribunal sido extinto pela *Gesetz zur Abänderung des Gesetzes zum Schutz der Republik*, de 31.3.1926. A escolha dos membros do tribunal por critérios políticos, a competência retroactiva do tribunal e a disposição das regras de competência pelo Ministério Público mereceram a crítica da doutrina e permitiram a instrumentalização política do *Staatsgerichtshof*, tendo o legislador nacional-socialista mais tarde tirado proveito da experiência desta instituição da República de Weimar (Eduard Kern, 1927: 315 a 324, 330 a 332, e 1954 a: 178 e 179, Ulrich Schumacher, 1985: 41 e 42, e Klaus Marxen, 1994: 81).

¹³⁵⁷ Se em 1933 o legislador se manteve fiel à tradição descrita da transitoriedade dos tribunais criminais extraordinários, a reforma dos tribunais extraordinários, realizada já durante a segunda guerra mundial pela *Verordnung* de 21.2.1940, revelava uma natureza muito distinta das anteriores, pois já não se baseou no diploma de Hindenburg e não previa o carácter provisório destes tribunais. Esta modificação radical da natureza dos tribunais extraordinários conjugava-se com a reforma dos tribunais comuns de 1.9.1939, que não só aboliu a participação do povo na administração da justiça, como visou o aumento do número dos tribunais extraordinários, que já podiam ser instituídos em cada *Landgericht* e não apenas, como até então, junto dos OLG.

¹³⁵⁸ Em regra, o presidente do tribunal era um *Landgerichtsdirektor* (Albrecht Wagner, 1968: 245). Na sequência de uma ordem directa do *Führer* expressa no ponto III do *Erlass über die Vereinfachung der Rechtspflege*, de 21.3.1942, a *Verordnung* de 13.8.1942, previa, contudo, que o presidente deste tribunal,

pelo órgão colectivo que presidia ao *Landgericht*, em cujo círculo o tribunal tivesse sede.¹³⁵⁹ O tribunal tinha competência para conhecer das actividades de organizações e pessoas de orientação ideológica comunista, crimes de propaganda contra o governo e de subversão do regime, crimes de incêndio, envenenamento ou explosão, certos crimes económicos e certos crimes de imprensa.¹³⁶⁰

No processo aplicável neste tribunal não se procedia a qualquer instrução judicial, mas apenas a uma instrução preparatória conduzida pelas polícias e pelo

tal como o da *Strafkammer* e do *Strafsenat* do *Oberlandesgericht*, podiam decidir sozinhos quando a participação dos outros juízes fosse desnecessária em face da simplicidade da questão de facto e da questão de direito e o Ministério Público concordasse (*wenn er wegen der einfachen Sach- und Rechtslage die Mitwirkung der Beisitzer für entbehrlich hält und der Staatsanwalt zustimmt*, art. 4).

¹³⁵⁹ Mais tarde, a *Verordnung* de 21.2.1840 previu a designação dos juízes pelo presidente do *Oberlandesgericht*, a quem competia também a distribuição dos processos.

¹³⁶⁰ O propósito inicial da criação dos *Sondergerichte* foi o de reprimir os actos de violência alegadamente cometidos por membros de organizações comunistas. A *Verordnung* de 28.2.1933, que estabelecia os principais ilícitos criminais da competência do novo tribunal, previa expressamente, no seu intróito, que as disposições nela contidas se destinavam à “defesa contra actos de violência comunista perigosos para o Estado” (*zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte*). Contudo, esta competência limitada foi mais tarde ampliada a todos os opositores do regime e perturbadores da ordem pública com base no entendimento de que a menção aos actos de membros ou pessoas ligadas ao partido comunista não fazia parte integrante da disposição legal e constituía apenas a motivação da decisão do legislador (Otto Geigenmüller, 1937: 27 e 28, Werner Spohr, 1937: 14, Adolf Liepelt, 1938: 39, Helmut Schlierbach, 1938: 42 e 43, Robert von Hippel, 1941: 254, e Theodor Maunz, 1943: 59). A partir da aprovação da *Verordnung über die Erweiterung der Zuständigkeit der Sondergerichte*, de 20.11.1938, quaisquer crimes podiam ser da competência do tribunal especial, bastando para tanto que o Ministério Público entendesse que o julgamento imediato pelo tribunal especial era necessário em face da gravidade e da censurabilidade do facto ou da perturbação da ordem pública causada, tendo este diploma suprimido definitivamente o princípio do juiz legal (a favor da inovação, Ernst Huber, 1939: 280, mas contra Eduard Kern, 1939: 15 a 17, e Eberhard Schmidt, 1944: 264 e 265). Conjugando esta faculdade do Ministério Público com a outra, já referida, de co-determinar a composição do tribunal, que lhe foi atribuída a partir de 13.8.1942, o legislador transformou este tribunal em um meio poderoso de instrumentalização política do processo penal (Alfons Wenzel, 1949: 95, 126 e 127, e Hubert Schorn, 1959: 110 e 111), razão pela qual o Ministério da Justiça dava indicação de que, sendo possível, se devia dar preferência à dedução da acusação nestes tribunais (Ulrich Schumacher, 1985: 136 e 137) e o Ministério Público deduzia preferencialmente acusação neles (Gerhard Riehle, 1985: 134). Contudo, a restrição da lei aos crimes impedia o pleno aproveitamento deste tribunal. Assim, a *Verordnung* de 1.9.1939 alargou esta faculdade do Ministério Público aos delitos, prevendo que estes podiam ser julgados pelo *Sondergericht* quando o Ministério Público considerasse que o facto punha em perigo grave a ordem pública e a segurança (*wenn sie der Auffassung ist, dass durch die Tat die öffentliche Ordnung und Sicherheit besonders schwer gefährdet wurde*, § 19). Estas previsões legais foram ainda alargadas no ano seguinte pela *Verordnung* de 21.2.1940, que admitia a sujeição a julgamento de quaisquer crimes e delitos pelo *Sondergericht* quando fosse necessário em face da gravidade e da censurabilidade do facto, da perturbação causada na comunidade ou do perigo sério para a ordem pública ou segurança (*mit Rücksicht auf die Schwere oder die Verwerflichkeit der Tat, wegen der in der Öffentlichkeit hervorgerufenen Erregung oder wegen ernster Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit geboten ist*, § 14 da *Verordnung* de 21.2.1940). O legislador foi-se deste modo afastando da proposta da *Grosse Strafprozesskommission* de eliminação dos *Sondergerichte* e de atribuição da sua competência aos senados dos *Oberlandesgerichte* (Otto Thierach, 1938: 82), tendo a oposição interna e a guerra externa tornado indispensável a manutenção de uma jurisdição criminal extraordinária para punição de crimes que pusessem em causa a ordem pública e o regime político.

Ministério Público,¹³⁶¹ e não tinha lugar a prolação da decisão judicial de sindicância dos indícios suficientes do crime e de abertura da fase de julgamento.¹³⁶² O tribunal tinha poderes discricionários sobre a admissibilidade dos meios de prova do acusado e muito amplos sobre a modificação do objecto do processo, podendo recusar quaisquer meios de prova sempre que os considerasse desnecessários¹³⁶³ e podendo condenar por factos totalmente diferentes dos da acusação, mesmo que eles determinassem a incompetência do tribunal, com a excepção de serem competentes tribunais superiores.¹³⁶⁴

As semelhanças entre o tribunal plenário e o *Sondergericht* verificavam-se na regulamentação de duas questões cruciais, além da reserva preferencial da instrução preparatória às polícias: o regime da prisão preventiva, no período de 1933 a 1940, e o regime dos recursos, no período de 1940 a 1942. Por um lado, o presidente do tribunal decidia sobre a prisão preventiva do arguido e a reclamação dessa decisão era interposta para o próprio *Sondergericht* (§ 9 da *Verordnung* de 21.3.1933).¹³⁶⁵ Por outro, inicialmente não eram admitidos quaisquer recursos ordinários da decisão final,¹³⁶⁶ mas

¹³⁶¹ Tal como já previam o § 18 da *Verordnung* de 29.3.1921, o § 17 da *Verordnung* de 2.10.1923, o § 3 da *Verordnung* de 13.11.1923, § 6 da *Verordnung* de 17.12.1923, e o § 12 da *Verordnung* de 9.8.1932. O esforço de guerra exigiu, no entanto, a aceleração do processo mesmo nos tribunais extraordinários, razão pela qual o § 5 da *Verordnung gegen Volksschädlinge*, de 5.9.1939, determinou que em todos os processos dos *Sondergerichte* se devia proceder a julgamento “imediate e sem observância de prazos quando o agente fosse detido em flagrante delito ou a sua culpa fosse de outro modo notória” (*die Aburteilung sofort ohne Einhaltung von Fristen erfolgen, wenn der Täter auf frischer Tat betroffen ist oder sonst seine Schuld offen zutage liegt*, § 5).

¹³⁶² A restrição já tinha sido consagrada pelo § 8 da *Verordnung* de 27.11.1919 no processo aplicável nos *Wuchergerichte*, pelo § 5 da Lei de 18.12.1919 no processo aplicável no *Reichsgericht* para julgamento dos criminosos de guerra, pelo § 18 da *Verordnung* de 29.3.1921, pelo § 13 da *Wuchergerichtsverordnung*, de 29.7.1923, pelo § 17 da *Verordnung* de 2.10.1923, o § 3 da *Verordnung* de 13.11.1923, § 6 da *Verordnung* de 17.12.1923, e o § 13 da *Verordnung* de 9.8.1932. A *Verordnung* de 21.2.1940, que consagrava estas mesmas regras, inovou, no entanto, ao prever a possibilidade de o Ministério Público retirar a acusação até ao início da audiência de julgamento.

¹³⁶³ A restrição também já tinha sido anteriormente consagrada pelo § 10 da *Verordnung* de 27.11.1919 no processo aplicável nos *Wuchergerichte*, pelo § 18 da *Verordnung* de 29.3.1921, o § 17 da *Wuchergerichtserordnung*, de 28.7.1923, o § 17 da *Verordnung* de 2.10.1923, o § 3 da *Verordnung* de 13.11.1923, § 6 da *Verordnung* de 17.12.1923, e o § 14 da *Verordnung* de 9.8.1932.

¹³⁶⁴ O § 11 da *Verordnung* de 27.11.1919 já previa esta possibilidade, mas condicionava-a ao acordo do Ministério Público e do acusado, tal como o fazia o § 16 da *Wuchergerichtsverordnung*, de 28.7.1923. O § 15 da *Verordnung* de 9.8.1932 reintroduziu esta faculdade do tribunal, mas sem a condição do diploma de 1919.

¹³⁶⁵ Uma disposição precisamente igual continham o § 13 da *Verordnung* de 27.1.1919, o § 17 da *Verordnung* de 29.3.1921, o § 20 da *Wuchergerichtsverordnung*, de 8.7.1923, o § 16 da *Verordnung* de 2.10.1923, o § 3 da *Verordnung* de 13.11.1923, e o § 10 da *Verordnung* de 9.8.1932. A *Verordnung* de 21.2.1940 suprimiu a reclamação da decisão do presidente do tribunal para o tribunal, só a mantendo quando a prisão tivesse sido ordenada por um juiz que não fosse membro do tribunal.

¹³⁶⁶ Esta mesma limitação já previam o § 14 da *Verordnung* de 27.1.1919, o n. III das *Ausführungsbestimmungen zu § 2 der Verordnung vom 30.5.1920*, com esta mesma data também, o § 19

apenas um recurso de revisão amplo (§ 16 da *Verordnung* de 21.3.1933) e só a partir da aprovação da *Verordnung* de 21.2.1940 se introduziu um recurso restrito à matéria de direito, que veio ainda a ser alargado à matéria de facto pela *Verordnung*, de 13.8.1942.¹³⁶⁷

No entanto, ao invés do direito português, este recurso só podia ser interposto pelo Ministério Público e o tribunal superior tinha amplos poderes de produção de prova que ultrapassavam os fixados no § 354 da StPO.

Com efeito, a *Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmachtstrafverfahrens und des Strafgesetzbuchs*, de 16.9.1939, previa uns “embargos extraordinários” (*ausserordentliche Einspruch*) contra quaisquer decisões criminais transitadas em julgado, que podiam ser interpostos, dentro de um ano após o trânsito, pelo procurador geral junto do senado especial do *Reichsgericht* ou do do *Volksgerichtshof*,¹³⁶⁸ quando houvesse reservas graves contra a correcção da decisão (*schwerwiegende Bedenken gegen die Richtigkeit des Urteils*, § 3). A mera interposição do recurso implicava automaticamente a caducidade da decisão recorrida (*wird die Entscheidung, gegen die er sich richtet, hinfällig*, § 1 (2), da *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Änderung ...*, de 17.9.1939), interrompendo-se de imediato a execução das penas em curso e procedendo-se necessariamente a uma nova audiência de julgamento segundo as disposições válidas para a primeira instância, na medida em que fosse conveniente.¹³⁶⁹ O “recurso de nulidade”

da *Verordnung* de 29.3.1921, o § 20 da *Wuchergerichtsverordnung*, de 28.7.1923, o § 18 da *Verordnung* de 2.10.1923, o § 3 da *Verordnung* de 13.11.1923, § 7 da *Verordnung* de 17.12.1923, e o § 17 da *Verordnung* de 9.8.1932.

¹³⁶⁷ A revisão ampla, que foi mantida nas reformas de 1940 e de 1942, era considerada pela doutrina como um meio de impugnação mais próximo do recurso de revista (*Revision*) do que do recurso extraordinário de revisão (*Wiederaufnahme*), pois permitia a anulação da decisão de direito errada e a sindicância das violações de regras processuais importantes, tais como as dos §§ 244, n. 2 e 155, n. 2 da StPO (Grebe, 1941: 48).

¹³⁶⁸ Os senados especiais do *Reichsgericht* e do *Volksgerichtshof* eram constituídos pelos respectivos presidentes e por quatro juizes, sendo dois destes juizes no *Reichsgericht* e três no *Volksgerichtshof* cidadãos escolhidos pelo próprio *Führer*, pelo período de dois anos e sob proposta do ministro da justiça ((3) dos §§ 4 e 5 da *Gesetz zur Änderung von Vorschriften ...*, de 16.9.1939). Contudo, na prática Hitler nomeava os membros do tribunal sem a participação do ministro da justiça (Herbert Schorn, 1959: 20).

¹³⁶⁹ Este recurso extraordinário constituía “uma ordem do *Führer* na sua qualidade de senhor supremo dos tribunais do povo alemão” (*eine Anordnung des Führers in seiner Eigenschaft als obersten Gerichtsherrn des deutschen Volkes*, Roland Freisler e outros, 1941: 577). Parte da doutrina alemã considerou mesmo que a autoridade de qualquer decisão judicial decorria da confirmação tácita da mesma pelo *Führer*, sempre que no caso concreto essa confirmação expressa não lhe tivesse sido recusada através dos embargos extraordinários (*Die Autorität jedes Spruches des Strafrichters beruht auf dem Grundgedanken, dass der Führer die Verurteilungen des Richters durch seine Belehrung mit der Urteilsmacht des Führers bestätigt hat, wenn er die Bestätigung nicht im Einzelfall durch den*

(*Nichtigkeitsbeschwerde*), criado pela *Verordnung* de 21.2.1940, só era interposto de decisões criminais do *Amtsgericht*, da *Strafkammer* e do *Sondergericht* para o *Reichsgericht*, no prazo peremptório de um ano e pelo procurador geral junto daquele tribunal.¹³⁷⁰ Além destas diferenças, os dois novos meios de impugnação

ausserordentlichen Einspruch entzieht, Roland Freisler, 1940: 33, Albrecht Hoffmann, 1936: 48 e 49, e Ernst Huber, 1939: 278, mas contra Wilhelm Töwe, 1940 b: 237, e Günther Küchenhoff, 1941: 331 e 332). O efeito prático desta querela repercutia-se na interpretação das disposições da lei. Por força daquela argumentação, o novo meio de impugnação só formalmente se encontrava limitado pelo requisitos temporal e material referidos, considerando a doutrina radical que o prazo era indicativo e a verificação do fundamento material não tinha sequer de ser alegada, estando o tribunal de recurso impedido de verificar a existência destes requisitos legais (Roland Freisler e outros, 1941: 579 e 581). Este meio de impugnação, que se inspirou no § 362 da StPO austríaca (*ausserordentliche Wiederaufnahme*) (Estl, 1939: 246 a 249, Wilhelm Töwe, 1940 b: 236 e 237, e Schoetensack, 1940: 259), serviu de instrumento de interferência directa na acção da justiça, em particular em processos com significado político, permitindo ao presidente do *Volksgerichtshof* alçar-se a instância de controlo dos senados a que ele não presidia (Günther Küchenhoff, 1941: 329, Eberhard Schmidt, 1947: 408, Alfons Wenzel, 1949: 129 e 130, Karl Bader, 1956: 9, Hubert Schorn, 1959: 19 e 20, Jean Boulrier, 1962: 19 e 20, Hermann Weinkauff, 1968: 136, Albrecht Wagner, 1968: 270, Walter Wagner, 1974: 43, Volker Grünberg, 1977: 53 a 57, 203 e 204, Ingo Müller, 1984: 64 a 66, Diemut Majer, 1984: 125, Gerhard Riehle, 1985: 147 a 149, e Ulrich Schumacher, 1985: 173, 184 e 185).

¹³⁷⁰ Em face da insuficiência do regime de recursos das decisões da *Strafkammer*, foi-se firmando desde o final do século XIX no *Reichsgericht* uma jurisprudência que permitia a sindicância das violações das regras de experiência e das leis do pensamento com base no conceito de norma do § 337 da StPO (Siegfried Selke, 1961: 19 a 22 e 91, e Erich Schwinge, 1960: 161 a 165, 190 e 191, 196 a 202). Confrontada com uma sindicância cada vez mais ampla dos tribunais superiores, a doutrina seguiu um de dois caminhos: ou propunha, como fez Karl Peters, a contenção da jurisprudência do *Revisionsgericht*, ou sugeria, como Mannheim, a consagração legal da nova jurisprudência. A tese de Karl Peters era a de que o *Revisionsgericht* devia controlar apenas as decisões valorativas tomadas pelo juiz independentemente da produção da prova na audiência de julgamento de acordo com os princípios da oralidade e da imediação (*Nur dort, wo der Richter seine Feststellungen losgelöst von der unmittelbar-mündlichen Verhandlung trifft, wo er sich nicht auf Aufgaben des Beschuldigten, auf Zeugenaussagen, auf Augenscheinnahme stützt, wo es also nicht auf den unmittelbaren Eindruck ankommen, ist Raum für die revisionsrichterliche Nachprüfung*, Karl Peters, 1938: 70 a 72, 81, 84 e 85, e, já antes, 1937: 64 a 66, e Fritz Hartung, 1938: 90 a 92, 99 a 191). O desrespeito deste limite implicava não só a perversão dos princípios da oralidade e da imediação, como também que os tribunais superiores “só podiam prestar um pior serviço” do que o da primeira instância (*nur schlechtere Arbeit leisten können*). A esta doutrina do “método da prestação” (*Leistungsmethode*) permaneceram indiferentes os tribunais alemães, utilizando sempre que necessário as leis do pensamento e da experiência como um meio para sindicat todos os vícios graves das decisões recorridas, sem, contudo, formular critérios gerais. O âmbito do objecto do recurso continuou sujeito às variações de um direito judiciário pragmático e de difícil percepção (*unübersichtlichen apokryphen Revisionsrichterrechts*, Gerhardt Fezer, 1975, pp. 172 e 186, e *pragmatische, am Einzelfall orientierte Handhabung der Sachrüge*, Ulrike Sassenberg-Walter, 1987: 85). Por sua vez, Mannheim advogava a introdução de uma “violação dos autos” (*Aktenwidrigkeit*), nos termos restritos previstos pelo § 281 n. 5 da StPO austríaca, como um novo fundamento da revista (*Revision*), de modo a garantir a realização da justiça material (Mannheim, 1925: 195 a 199, e, com proposta semelhante, Max Alsberg, 1930: 86 a 88, 96 a 98, e Schwarz, 1936: 329 e 330, mas contra Oetker, 1936: 40 e 41, e Karl Peters, 1938: 81 e 82). Mannheim fazia notar, contudo, que em uma outra conjuntura política e económica, que permitisse a melhoria da qualidade da justiça da primeira instância, ele preferiria um recurso de revista limitado à função de defesa da unidade da aplicação do direito (Mannheim, 1925, 235 e 236). A *Grosse Strafprozesskommission* seguiu a linha de orientação de Mannheim e Alsberg e propôs a consagração de uma *Urteilsrüge* ampla, que incluía a sindicância oficiosa dos vícios graves da matéria de facto (*wenn aber andere Gründe das Urteil in seinem Inhalt so sehr erschüttern, dass eine neue Verhandlung und Entscheidung in der Sache unerlässlich ist*) das decisões finais proferidas nos processos relativos à criminalidade grave (Lehmann, 1938: 396, e Dörffler, 1937 a:

extraordinários distinguiam-se ainda em virtude de a *Nichtigkeitsbeschwerde* ter um objecto menos amplo, que incluía apenas a correcção da aplicação da lei (*wegen eines Fehlers bei der Anwendung des Rechts auf die festgestellten Tatsachen*, § 34 da *Verordnung* de 21.2.1940), e a interposição do recurso não implicar a automática sucumbência da decisão recorrida, tal como a procedência do recurso não implicava necessariamente a decisão da causa pelo tribunal de recurso, admitindo-se o reenvio do processo quando a matéria de facto fixada na decisão recorrida não fosse suficiente. A ampliação do objecto da *Nichtigkeitsbeschwerde* em 1942 à correcção da decisão sobre os factos provados e à determinação da pena (*wenn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der in der Entscheidung festgestellten Tatsachen oder gegen den Strafausspruch*, art. 7, § 2, da *Verordnung* de 13.8.1942) e a concomitante admissibilidade de produção de prova no *Reichsgericht* afastou este meio de impugnação do recurso de revista (*Revision*) e aproximou-o dos “embargos extraordinários” (*ausserordentliche Einspruch*).¹³⁷¹ Esta concentração de meios de

156 a 158, e a favor Robert von Hippel, 1941: 602 e 603), invocando expressamente como fundamento a própria prática dos tribunais superiores (Lehmann, 1938: 399 e 400). Além desta faculdade o *Revisionsgericht* poderia sindicar, também oficiosamente, os vícios processuais, tal como já acontecia na prática, por exemplo, com os pressupostos processuais (Lehmann, 1938: 388 e 389), e deveria sujeitar a apreciação dos vícios substantivos a um critério mais apertado do que o da causalidade do vício para a decisão, exigindo-se, além deste, um outro critério, o da injustiça do resultado final (Lehmann, 1938: 390). No que toca às decisões finais proferidas nos processos relativos à pequena e média criminalidade, a comissão propunha a manutenção do recurso de apelação, mas interposto para a *Strafkammer*, não se admitindo, em regra, a interposição sucessiva dos dois recursos pelo mesmo sujeito processual, tal como já tinha consagrado a *Verordnung* de 14.6.1932 (Stolzenburg, 1938: 361 a 365). Por fim, a comissão propunha o alargamento dos fundamentos para a revisão de sentença, quer aos casos de absolvições e arquivamentos quer aos de modificação significativa da pena aplicada e de agravo causado pelos fundamentos da decisão (Doerner, 1938 : 430 a 432, 436 e 437, e a favor Adolf Lobe, 1938: 253 e 254), esconjurando o perigo de um “relaxamento demasiado forte do caso jugado” (*eine zu starke Lockerung der Rechtskraft*) com a vinculação do Ministério Público às exigências do “sentimento jurídico do povo” (*diese Voraussetzungen werden nicht auf die Schwere der Straftat, sondern etwa darauf abzustellen sein, ob das Rechtsempfinden des Volkes die Wiederaufnahme verlangt*, Doerner, 1938: 433). O sucesso desta reforma global era intimamente ligado pela comissão à consagração da nova exigência da valoração dos meios de prova na fundamentação das decisões, que, por sua vez, se mostrava um imperativo em face da maior discricionariedade conferida ao juiz pelo direito substantivo (Georg Dahm, 1938 a: 331 a 335, e, já anteriormente, 1931: 16 a 21, e, Robert von Hippel, 1941: 363 a 365). Condicionado pela guerra e pela oposição interna, o legislador modificou o direito positivo no sentido da consagração parcial destas propostas, aprovando as já referidas *Verordnungen* de 1.9.1939 e de 13.8.1942.

¹³⁷¹ O fundamento muito amplo de impugnação retirou a esta modalidade de recurso a natureza de meio excepcional de quebra do caso julgado, concorrendo em parte com o *ausserordentliche Einspruch* e competindo a escolha entre cada um destes meios de impugnação apenas ao acusador público e de acordo com as circunstâncias do caso concreto (Schoetensack, 1940: 262 e 263, e Günther Kuchenhoff, 1941: 329). Embora a introdução da *Nichtigkeitsbeschwerde* se tenha ficado a dever à influência da instituição paralela vigente no direito austríaco de 1873 (Roland Freisler e outros, 1941: 599, e Estl, 1939: 234, 236 e 237), a reserva da interposição deste recurso a uma magistratura hierarquicamente subordinada ao ministro da justiça, que se compreendia no modelo austríaco de 1873 em função da configuração do recurso como um meio de defesa da unidade do direito, que em caso algum podia prejudicar o condenado,

impugnação extraordinários no Ministério Público, que teve o seu ponto culminante na modificação do § 359 da StPO, nos termos da qual a revisão do processo em prejuízo do arguido podia ter lugar “quando a nova perseguição fosse necessária para defesa do povo” (*wenn die neue Verfolgung zum Schutze des Volkes notwendig ist*, artigo 6 da *Dritte Verordnung* de 29.5.1943), reflectia não só o propósito de aumentar as possibilidades de intervenção do Estado, como também o de anular a auto-tutela dos interesses das partes.¹³⁷²

O tribunal plenário foi, tal como o *Volksgesichtshof*, declarado pelo legislador como tribunal ordinário. No artigo 41 do Decreto-Lei n. 35.004, o legislador português procedeu precisamente como fez o legislador alemão na Lei de 18.4.1936.¹³⁷³ Contudo,

não se justificava no direito alemão em face do propósito de criar um meio de correcção da decisão do caso concreto, mesmo em desfavor do condenado, tendo-se revelado como um instrumento de manipulação da justiça mais eficaz do que os “embargos extraordinários”, sobretudo a partir de 1942 (Hermann Weinkauff, 1968: 137, Albrecht Wagner, 1968: 271 e 272, Reinhardt Traulsen, 1974: 178 e 179, Volker Grünberg, 1977: 192 a 194, 202, 203 e 205, e Gerhard Riehle, 1985: 154 e 155, Ulrich Schumacher, 1985: 197 a 199, e Lothar Gruchmann, 1988: 1081 a 1085, mas concluindo diferentemente, pela utilização maioritária deste recurso em benefício dos arguidos, Lengemann, 1974: 75).

¹³⁷² Defendendo já antes esta evolução do direito positivo, embora ainda de forma restrita e cautelosa, Otto Thierack, 1935: 12, e Karl Peters, 1937: 63. Depois de consagrada em forma de lei, Georg Dahm (1944: 4 e 5) classificou esta modificação como o ponto culminante do processo de substituição do “pensamento de expiação” (*Sühngedanke*) pelo “pensamento de protecção” (*Schutzgedanke*), censurando abertamente esta evolução e os “fanáticos da instrumentalização” (Georg Dahm, 1944: 15 e 16). Tornava-se deste modo dispensável a introdução de um “órgão de reparação de ilícito notório” (*Wiedergutmachungsstelle für offensichtliches Unrecht*), proposta no *Denkschrift des National Sozialistischen Rechtswahrerbundes zum Entwurf einer StPO*, que consistia em um órgão político com competência para decidir em segunda e última instância todas as impugnações das decisões judiciais que violassem notoria e gravemente o sentimento são do povo. Este documento, que foi elaborado por uma comissão composta, entre outros, pelo Professor Carl Schmitt, o procurador geral Lautz e o director do LG Wilhelm Töwe, propugnava a abolição de todos os recursos ordinários, como consequência lógica da implementação do *Führerprinzip* na audiência de julgamento, concentrando todas as decisões interlocutórias e a decisão final no presidente do tribunal e concedendo aos restantes juizes do tribunal colectivo apenas um voto consultivo. O “órgão de reparação” funcionaria como válvula de escape do sistema judiciário para resolução dos casos de decisão notoriamente injusta e um outro órgão, também político, desempenharia a função de defesa da unidade do direito, sanando os conflitos de interpretação mais graves. As propostas ultra-radicais do *Denkschrift* foram quase unanimemente rejeitadas pela doutrina (*eine unerträgliche Verschlechterung der Rechtspflege*, Georg Dahm, 1935 c: 397 a 401, Karl Peters, 1937: 68 e 1938: 64 e 65, Richard Busch, 1938: 88, 91 a 94, Eduard Kern, 1939: 21 e 22, e Niederreuther, 1939: 216, mas a favor Hans-Joachim Simon, 1935: 61) e mesmo pelos membros mais extremistas da *Grosse Strafprozesskommission* (*eine durch nichts gerechtfertigte Entmündigung der deutschen Rechtspflege*, Roland Freisler, 1937 b: 20 e 21, e 1938 b: 36 e 37). Igual sorte teve a proposta da *Akademie für Deutsches Recht* de a unidade do direito e a correcção da interpretação da consciência popular serem asseguradas pela intervenção, em última instância, do *Führer* da Academia, tendo a sua decisão força obrigatória geral (Roland Freisler, 1934: 10 a 12). Sobre o fracasso do *Führerprinzip* na reforma do processo penal e, designadamente, na tomada das decisões judiciais, Eduard Kern, 1954 b: 96, e Wolfgang Sells, 1985: 65 e 66.

¹³⁷³ Também o legislador alemão qualificou expressamente como tribunal ordinário o *Volksgesichtshof*, não obstante a natureza extraordinária do propósito com que foi criado e das competências e faculdades de que foi munido, traduzindo-se, por isso, a nova designação legal apenas em uma “mudança de nome” (*Namensänderung*, Alfons Wenzel, 1949: 91, e Ingo Müller, 1989: 24). Guiada por este exemplo, a

as diferenças entre ambos sobrelevam a este facto.

O *Volksgerichtshof* era composto, em cada uma das secções, por dois juízes togados e três juízes leigos, escolhidos pelo chanceler, sob proposta do ministro da justiça,¹³⁷⁴ e era competente para julgar em primeira e última instância os crimes de traição e, a partir da *Verordnung* de 21.2.1940, outros crimes políticos e económicos e, da *Verordnung* de 29.1.1943, outros crimes de protecção de interesses militares.¹³⁷⁵ O processo diante deste tribunal seguia regras em tudo idênticas às aplicáveis no *Sondergericht*, com as especialidades de que a instrução judicial prévia podia ter lugar quando o acusador ou o tribunal a considerassem necessária, sendo ela realizada por um juiz de instrução nomeado pelo ministro da justiça,¹³⁷⁶ e de que a escolha do defensor devia ser aprovada pelo presidente do tribunal e a aprovação podia ser retirada a

doutrina alemã chegou mesmo a propor a integração formal dos “tribunais especiais” (*Sondergerichte*) na organização judiciária ordinária, sugerindo a adopção de uma outra designação (*Volksgerichte*), mas a manutenção das especialidades organizativas e processuais deste tribunal (Walter Becker, 1938: 197 a 205).

¹³⁷⁴ A imagem da restrição da composição dos tribunais ordinários de primeira e de segunda instância e do *Sondergericht* introduzida pela *Verordnung* de 13.8.1942, a *Verordnung zur weiteren Anpassung der Strafrechtspflege an die Erfordernisse des totalen Krieges*, de 13.12.1944, previu, no entanto, a possibilidade de este tribunal funcionar com dois juízes togados e um ou dois juízes leigos quando o presidente do tribunal e o Ministério Público considerassem desnecessária a composição completa do tribunal.

¹³⁷⁵ Este tribunal era considerado pela *Grosse Strafprozesskommission* como “o protótipo de um tribunal nacional-socialista” (*Prototyp eines nationalsozialistischen Gerichtes*), tendo sido proposto por aquela comissão que os membros leigos dos senados dos *Oberlandesgerichte* fossem escolhidos do mesmo modo e fosse transferida para estes a competência dos *Sondergerichte*. A confiança política nos membros destes tribunais tornava dispensável a existência de uma segunda instância (*Die besondere Art der Auswahl der Berufs- und Laienrichter dieser verhältnismässig wenigen Gerichte ermöglicht hier zugleich die Einziginstanzlichkeit*, Roland Freisler, 1938 b: 45 e 46). Não obstante a selecção dos juízes togados de acordo com critérios de eficiência técnica e a nomeação dos juízes leigos em termos representativos da sociedade e das várias regiões do *Reich* (Klaus Marxen, 1994: 58 a 61), o *Volksgerichtshof* funcionou sistematicamente como um instrumento de aniquilação dos opositores políticos internos e dos separatistas checos e austríacos, faltando-lhe a imparcialidade mínima de um tribunal (Hubert Schorn, 1959: 67 e 68, Jean Boulter, 1962: 19, Albrecht Wagner, 1968: 365, Olga Wormser-Migot, 1968: 73 e 74, Ulrich Eisenhardt, 1984: 369 e 370, Heinrich Rüping, 1984 a: 304 e 305, e 1984 b: 819 e 820, Bernd-Rüdiger Sonnen, 1984: 43 e 54, Günter Spindel, 1985: 191, Hannsjoachim Koch, 1989: 229 a 232 e 240, e Klaus Marxen, 1994: 18, 37, 38, 43, 44 e 87). Em consonância com este entendimento, o legislador alemão declarou, em sessão solene do *Bundestag*, de 25.1.1985, por voto unânime, nulos e de nenhum efeito todos os julgamentos deste tribunal.

¹³⁷⁶ Já a *Verordnung über den Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, de 29.7.1922, que regulamentou a respectiva lei, previa a realização de uma instrução judicial conduzida por um juiz escolhido pelo ministro da justiça e a prolação do despacho judicial de abertura da fase de julgamento apenas nos casos em que o arguido tivesse requerido a instrução judicial ou a produção de prova ou se tivesse oposto à abertura desta fase processual ou ainda em que o juiz presidente tivesse dúvidas sobre a abertura desta fase, competindo então ao tribunal proferir aquele despacho. A *Grosse Strafprozesskommission* recomendou a manutenção desta especialidade na futura organização do *Volksgerichtshof*, salientando, no entanto, que ele não actuaria como se de uma instrução judicial prévia se tratasse, mas antes a requerimento do Ministério Público (Otto Thierach, 1938: 89).

qualquer momento. 1377 1378

¹³⁷⁷ A *Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft*, de 7.4.1933, proibiu a inscrição como advogados e previu a possibilidade da revogação da autorização do exercício da advocacia de pessoas de ascendência não ariana e a comunistas, com a excepção dos advogados admitidos antes de 1.8.1914 ou que tivessem combatido na primeira guerra mundial, tendo a *Fünfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, de 27.9.1938, proibido expressamente a todos os judeus o exercício da advocacia (*Juden ist der Beruf des Rechtsanwalts verschlossen*, artigo I, § 1) e, simultaneamente, criado o lugar de “consultor judeu” (*jüdische Konsulent*, artigo III, § 8) para a representação e a consulta jurídica de judeus, ocupado exclusivamente por juristas judeus escolhidos pela administração judiciária e a ela subordinados hierarquicamente. Estes “consultores” mantiveram-se em actividade até ao final do regime, embora não fossem, em regra, admitidos em processos criminais de natureza política ou em processos atinentes à “pureza racial” (Lothar Gruchmann, 1988: 185 e 186). Por outro lado, o início, a progressão e a conclusão da formação dos advogados estagiários tornou-se totalmente dependente da aprovação do ministro da justiça, depois da publicação da *Zweites Gesetz zur Änderung der Rechtsanwaltsordnung*, de 13.12.1935, que também atribuiu a este membro do governo e ao *Reichsführer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen* a competência para nomear o presidente e os membros do principal órgão colectivo da *Reichs-Rechtsanwaltskammer* e para nomear o presidente e confirmar os membros do principal órgão colectivo da *Rechtsanwaltskammer* em cada círculo de um OLG, operando-se deste modo uma “quase que transformação dos advogados em funcionários públicos” (*quasi Verbeamtung der Rechtsanwälte*, Gerhard Riehle, 1985: 162) ou mesmos em suplentes da acusação pública (Eberhard Schmidt, 1947: 410, e Hubert Schorn, 1959: 116 e 117). Não obstante a “limpeza da advocacia alemã” (*Bereinigung des Anwaltstandes*, Karl Siegert, 1935: 23) ter constituído por si só uma garantia de que os defensores em processo penal não sabotariam, como no passado, a actividade instrutória do tribunal (*Die Zeit liegt noch nicht allzuweit zurück, in der ein nicht unerheblicher Teil der Verteidiger seine Aufgabe weniger darin erblickte, an der Findung des Rechtes mitzuwirken, als das Gericht zu sabotieren und im öffentlichen Ansehen herabzusetzen. Allein diese meist rassistisch jüdischen und politisch marxistischen Verteidiger sind nicht mehr*, Roland Freisler, 1938 b: 66), os juizes do *Volksgerichtshof* e o próprio organismo disciplinar da classe controlavam de tal modo a conduta dos advogados admitidos a representar acusados naquele tribunal que tornavam o exercício da defesa ilusório (Walter Wagner, 1974: 32 e 37). Ainda assim, a *Grosse Strafprozesskommission* recomendou a manutenção do regime especial de escolha e afastamento do defensor na futura organização do *Volksgerichtshof*, manifestando, contudo, confiança na tutela disciplinar como meio dissuasor de práticas obstrucionistas por advogados de raça ariana (*Allgemein wird aber von jedem Anwalt deutschen Blutes erwartet und gefordert, dass er an der grossen Aufgaben des Volkes im Sinne der nationalsozialistischen Bewegung mitarbeitet, dass sich freilich Fälle einer absichtlichen Obstruktion des Verfahrens wiederrollen sollten, ist bei dem heutigen Stand der anwaltlichen Berufsdisziplin nicht zu erwarten*, Neubert, 1938: 260 e 263). Além desta, a comissão propunha algumas especialidades, tais como a produção antecipada de prova no processo preparatório sem o arguido, mesmo estando preso, e sem o defensor, a busca domiciliária nocturna sem autorização do visado, a faculdade de o Ministério Público manter secretos os fundamentos do despacho de arquivamento e o rol de testemunhas da acusação e o afastamento discricionário do arguido da audiência de julgamento (Otto Thierach, 1938: 91 a 95, e Lautz, 1938: 116).

¹³⁷⁸ O tribunal plenário também não pode ser equiparado às *Sections Spéciales* junto das *Cours d' Appel*, criadas pela Lei de 14.8.1941 do governo de Vichy. Estes tribunais eram compostos por três juizes do tribunal superior e dois juizes da primeira instância, sendo os de Paris designados discricionariamente pelo ministro da justiça, e tinham competência para julgar todas as infracções “cometidas com intenção comunista ou anarquista” (*commises dans une intention d' activité communiste ou anarchiste*). As decisões das secções especiais eram irrecorríveis e imediatamente executórias. A competência territorial destes tribunais foi inicialmente limitada à zona ocupada, criando-se as secções especiais militares para a zona não ocupada. Posteriormente, a competência das secções especiais civis foi alargada pela Lei de 18.11.1942 a todo o território continental francês. O direito português também não conheceu tribunais, como o *Tribunal d' Etat*, criado pela Lei de 7.9.1941, composto por doze pessoas escolhidas pelo governo, que não eram magistrados de carreira, excepção feita ao presidente do tribunal, e com competência para julgar, sem recurso, todos os actos, “de natureza a perturbar a ordem, a paz interior, a tranquilidade pública, as relações internacionais ou, de uma maneira geral, a prejudicar o povo” (*tous actes qui, quelle qu' en soit la qualification, ont été de nature à troubler l' ordre, la paix intérieure, la tranquillité publique, les relations internationales, ou, d' une manière générale, à nuire au peuple*

Em conclusão, se a regulamentação inicial dos *Sondergerichte* e do *Volksgerichtshof* aprovada pelo ministro da justiça nacional-alemão Franz Gürtner não se diferenciou da introduzida pelo ministro do partido popular-alemão Heinze e pelo ministro social-democrata Gustav Radbruch, respectivamente, em 1922 e 1923, ela distinguiu-se substancialmente da que Cavaleiro de Ferreira publicou em Portugal.

français), e muito menos tribunais, como as *Cours Martiales*, criadas já na fase final do governo de Vichy pela Lei de 20.1.1944, compostos por três juízes anónimos, cuja identidade era conhecida apenas do membro do governo que os nomeava, e com competência para julgar, sem recurso, os detidos “em flagrante delito de actividade terrorista homicida, por meio de armas ou explosivos” (*flagrant délit d’activité terroriste meurtrière, au moyen d’armes ou d’explosifs*). Sobre a natureza e as características destes tribunais, Donnedieu de Vabres, 1947: 665 a 668, Yves-Frédéric Jaffré, 1963: 38 a 47, 62 a 64, Alain Noyer, 1966: 114 a 118, Robert Charvin, 1968: 376 a 379 e 482, Iga-Iga Eric, 1991: 80 e 81, e Jean-Pierre Royer, 1996: 735 a 744.

2. O reforço interno do específico modelo consagrado

A introdução de um novo paradigma judiciário, mantendo-se em vigor o código publicado à luz de um outro paradigma, não podia deixar de criar dificuldades. Uma década depois da reforma do processo penal comum de Cavaleiro de Ferreira, o legislador repudiava abertamente o modelo consagrado no CPP, considerando que este código “não serve hoje suficientemente o direito substantivo”.¹³⁷⁹ A estratégia seguida pelo governo não foi, contudo, a de substituir o modelo judiciário consagrado em 1945, mas antes a de procurar reforçar os contornos próprios deste modelo judiciário.

A necessidade de proceder à “integração de facto da própria Polícia Judiciária no espírito e disciplina do Ministério Público” justificou a aprovação do Decreto-Lei n. 39.351, de 7.9.1953, nos termos do qual a Polícia Judiciária foi convertida em “organismo auxiliar do Ministério Público, dependente do Ministro da Justiça e sujeito à orientação e fiscalização directas da Procuradoria-Geral da República” (artigo 24), devendo “obediência, nos mesmos termos que todos os serviços do Ministério Público, à Procuradoria-Geral da República em todo o país”. A subordinação hierárquica desta polícia ao Ministério Público,¹³⁸⁰ que se caracterizava também pela extensão ao director, ao sub-director e aos inspectores da polícia dos deveres e das incompatibilidades do Ministério Público e pelo exercício do cargo de director por um ajudante do procurador geral da República, concluía um processo de integração da polícia com competência de investigação criminal no processo comum, reforçando a posição processual do Ministério Público no controlo da instrução preparatória.

Este reforço da posição de domínio do Ministério Público sobre a polícia não se estendeu, contudo, à Polícia Internacional e de Defesa do Estado. O Decreto-Lei n.

¹³⁷⁹ O preâmbulo do Decreto-Lei n. 40.033, de 15.1.1955.

¹³⁸⁰ Cavaleiro de Ferreira, 1955: 106 e 111.

39.749, de 9.8.1954, que procedeu à reforma desta polícia e ao alargamento da esfera de acção desta polícia ao ultramar, definiu a relação hierárquica da PIDE para com o ministro do interior, no continente, ou para com o ministro do ultramar, na acção da PIDE nas províncias, como exactamente equiparada à existente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

O ministro da justiça opôs-se à “evolução diferenciada” da PIDE relativamente à PJ, defendida pelo ministro do interior e consagrada no novo diploma.¹³⁸¹ Cavaleiro de Ferreira considerava que a instrução preparatória nos processos da PIDE assumia uma forma puramente administrativa, não havendo qualquer relação funcional da PIDE com o Ministério Público. A criação de uma verdadeira “instrução preparatória não pertencente à estrutura do processo penal” foi censurada pelo ministro da justiça, que propunha, ao invés, a subordinação hierárquica expressa da PIDE ao Ministério Público.¹³⁸² O confronto das duas opiniões sobre a evolução do direito processual, que reflectiam duas perspectivas distintas sobre a evolução política do regime, agudizou-se, tendo o ministro da justiça sido exonerado a seu pedido no dia 7.8.1954.¹³⁸³ O Professor Antunes Varela, que sucedeu ao Professor Cavaleiro de Ferreira, não assinou o decreto contestado e foi o presidente do Conselho que assumiu a pasta da justiça interinamente do dia 7.8.1954 até ao dia 14 do mesmo mês e assinou o decreto de reforma da PIDE.

O novo diploma mantinha e ampliava até os poderes jurisdicionais da polícia, designadamente atribuindo ao director, ao sub-director e ao inspector superior da PIDE, bem como ao inspector adjunto, ao inspector, ao sub-inspector e ao chefe de brigada, quando exercessem funções de chefia ou se encontrassem fora da sede, as competências do juiz durante a instrução preparatória relativas à liberdade ou manutenção da prisão preventiva e à aplicação provisória das medidas de segurança nos processos em que a PIDE procedesse à instrução.¹³⁸⁴ Deste modo, desaparecia na PIDE a divisão de poderes

¹³⁸¹ Cavaleiro de Ferreira, 1979: 309 e 311, e 2000: 339.

¹³⁸² Cavaleiro de Ferreira, 1955: 117, e 2000: 341.

¹³⁸³ O pedido de exoneração já tinha sido dirigido ao presidente do conselho no dia 10.7.1954 (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 397), tendo sido aceite a 19.7.1954, embora sem data prevista para a sua efectivação. A recusa expressa e por escrito de Cavaleiro de Ferreira em 7.8.1954 em assinar o novo diploma da PIDE precipitou a exoneração, que teve lugar nesse mesmo dia (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 403 e 404).

¹³⁸⁴ É, pois, incorrecta a tese defendida por Braga da Cruz, segundo a qual com a publicação do Decreto-Lei n. 39.739, de 9.8.1954, a PIDE ganhou competência para determinar e não apenas para propor, como anteriormente, a aplicação de medida de segurança até 180 dias (Braga da Cruz, 1988: 91 e 92). Contudo, a tese ganhou novos defensores, tendo sido posteriormente reiterada por Fernando Rosas (1992: 127), Maria da Conceição Ribeiro (1995: 75) e Evelyne Monteiro (1998: 159), chegando-se mesmo a afirmar que esta medida de segurança era “aplicável de maneira discricionária pela PIDE” (*applicable de manière*

entre o funcionário subalterno, que procedia à captura, e o funcionário superior, que validava a captura.¹³⁸⁵

Acresce que a confirmação da prisão pelo director da PIDE dentro de 48 horas não implicava a realização prévia de interrogatório do detido, pelo que não constituía uma verdadeira validação, mas uma mera “fiscalização interna de serviço”,¹³⁸⁶ introduzida com vista a evitar a necessidade da validação pelo juiz da comarca da prisão realizada fora de Lisboa, Porto e Coimbra.¹³⁸⁷

Por outro lado, a fiscalização administrativa exclusiva do não exercício da acção penal nos processos da PIDE converteu o princípio da legalidade em um verdadeiro princípio da oportunidade. Em face da atribuição dos poderes do procurador geral da república de orientação geral e concreta relativamente à investigação criminal na fase da instrução preparatória ao ministro do interior, por força do disposto no artigo 2 do novo diploma, os órgãos superiores do Ministério Público deixaram de poder sindicar o não exercício da acção penal.¹³⁸⁸ Se a solução do controlo do não exercício da

discrétionnaire para la PIDE, Evelynne Monteiro, 1998: 160).

¹³⁸⁵ No parecer dado sobre o projecto do ministério do interior, o ministro da justiça afirmou mesmo que a competência para determinar a prisão preventiva fora de flagrante delito era concedida com tal magnanimidade às autoridades administrativas “que mais fácil se antolha fazer a enumeração dos que não são autoridade” (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 342). Esta argumentação do ministro da justiça foi acompanhada por um parecer da Procuradoria Geral da República, elaborado pelo ajudante do procurador geral Eduardo Arala Chaves e votado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria no dia 11.2.1954 (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 364 e 365), e por um parecer do Professor Eduardo Correia (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 380 a 382). Ambos os pareceres notavam criticamente a autonomia da PIDE em relação ao Ministério Público e sublinhavam a necessidade de consagrar abertamente o princípio da subordinação daquela polícia a esta magistratura. Abandonado o ministério, Cavaleiro de Ferreira criticou publicamente a nova competência dos subinspectores e dos chefes de brigada, por entender que era “mais do que duvidosa a sua inclusão naquele conceito de «autoridade» que constitui limite constitucional à possibilidade de atribuição legal de competência para ordenar capturas” (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 407, cuja crítica foi reiterada por Adelino da Palma Carlos, 1962: 288, Maria Leonor da Palma Carlos, 1964: 369 e 376, Fernando Fabião, 1964: 148, Eliana Gersão, 1970: 194 e 200, e Salgado Zenha e Duarte Vidal, 1974: 29).

¹³⁸⁶ Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 430.

¹³⁸⁷ A situação foi ainda agravada pelo Decreto-Lei n. 43.582, de 4.4.1961, que alargou consideravelmente o âmbito da competência própria dos inspectores adjuntos e inspectores que dirigissem delegações e subdelegações na metrópole ou no ultramar, dos inspectores adjuntos e inspectores do ultramar quando em diligência fora das sedes das respectivas delegações e dos subinspectores e chefes de brigada que no ultramar tivessem funções de chefia, pois todos estes funcionários já não tinham sequer a obrigação de submeter à apreciação do director as decisões que tivessem tomado. Esta obrigação só se mantinha para os inspectores adjuntos e inspectores da metrópole quando se encontrassem em diligência fora da sede da direcção, os subinspectores e os chefes de brigada da metrópole e do ultramar que se achassem nas mesmas condições e os subinspectores e os chefes de brigada da metrópole que exercessem funções de chefia.

¹³⁸⁸ Cavaleiro de Ferreira, 1955: 118 (“O não exercício da acção penal só é fiscalizável administrativamente, deixando por isso de obedecer ao princípio da legalidade, para se orientar segundo o princípio da oportunidade, sendo inaplicáveis todas as disposições de direito comum relativas à fiscalização pelos órgãos superiores do Ministério Público”).

acção penal pelas polícias realizado pelo Ministério Público já denotava a opção por uma solução de natureza autoritária, o afastamento de ambas as magistraturas, a judicial e a do Ministério Público, do controlo do exercício dos poderes jurisdicionais pela PIDE significava um reforço muito considerável da natureza autoritária do modelo judiciário consagrado.

O ministro da justiça de Salazar fracassou na sua oposição ao acréscimo dos poderes jurisdicionais das polícias, como também já tinha falhado na sua tentativa de abolir a medida de segurança aplicada aos membros de associações comunistas,¹³⁸⁹ mas foi bem sucedido na tentativa de limitação dos efeitos dos dois instrumentos fundamentais da política criminal do Estado Novo, as medidas de segurança privativas da liberdade e a prisão preventiva.

Dois meses antes de se ter demitido, Cavaleiro de Ferreira fez publicar uma reforma extensa do Código Penal, através do Decreto-Lei n. 39.688, de 5.6.1954, com o propósito expresso de clarificar o sistema das penas e integrar no texto do código o regime das medidas de segurança.

Contudo, o diploma inovava ao fixar o limite máximo de três anos para a medida de segurança do internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola e considerar este regime extensível a “quaisquer medidas de internamento previstas em legislação especial” (artigo 70, § 2, do Código Penal, na redacção do Decreto n. 39.688, de 5.6.1954). Assim, se a prorrogação ilimitada da pena de prisão aplicada aos delinquentes imputáveis perigosos em razão de anomalia mental, aos delinquentes de difícil correcção, aos presos indisciplinados e aos delinquentes menores se mantinha intocada, o limite máximo do internamento dos vadios e equiparados era diminuído para

¹³⁸⁹ A execução desta nova medida de segurança constituiu um fracasso do ponto de vista do ministro da justiça. Em uma informação ao conselho de ministros datada de 19.7.1952, o ministro da justiça considerava que “os objectivos que se propunha o Dec-Lei 37.447, pelos seus artigos 20, 21 e 22, se encontram inteiramente falseados”, pois “sem aquisição ou construção dum estabelecimento prisional adequado, sem organização dum sistema prisional reeducativo, a medida de segurança nivelou pelo pior todos os indivíduos sujeitos a medida de segurança”. Depois de “reconhecer o fracasso da tentativa feita”, o ministro sugeriu mesmo a abolição da medida de segurança, uma vez que, “em vez de diminuir a atracção do comunismo, acresce-a, porque facilita ao partido a melhor maneira de organizar o ensino e de exercitar a disciplina. Indivíduos que normalmente, e sem condenação em medida de segurança, se manteriam relativamente inócuos, tornam-se verdadeiros chefes ou condutores” (Cavaleiro de Ferreira, 2000: 220 e 221). Este “equivoco fundamental”, que resultava da inexistência de estabelecimentos próprios adequados para a execução das medidas de segurança de internamento de delinquentes políticos, foi, aliás, claramente identificado pela doutrina (Raúl Castro, 1970: 3), revelando-se a medida de segurança do internamento destes delinquentes como uma verdadeira “segunda pena” que até era cumprida no mesmo estabelecimento prisional em que tinha sido cumprida a primeira.

metade e a anterior prorrogação do respectivo internamento proibida, sendo também proibida a prorrogação do internamento dos suspeitos de actividades subversivas.¹³⁹⁰

Cumulando esta tendência manifesta para a restrição do âmbito do direito securitário da reforma prisional o novo diploma fixava um conceito mais restrito de preso habitual, fazendo depender a relevância da reiteração criminosa da prática de crimes da mesma natureza, e um conceito mais limitado de preso indisciplinado, cuja perigosidade dependia não apenas da sua conduta prisional, mas também do seu comportamento anterior e posterior à prisão, resolvendo assim o legislador a anterior querela doutrinária sobre a legitimidade do preso indisciplinado como categoria autónoma de

¹³⁹⁰ As medidas de segurança aplicáveis a vadios e equiparados tinham sido estabelecidas em 1945. Com efeito, o Decreto-Lei n. 35.042, de 20.10.1945, criou, na esteira do que já vinha sendo defendido por alguma doutrina portuguesa (Alfredo Ary dos Santos, 1931: 326 e 327, e 1938: 55 e 56, Adelino da Palma Carlos, 1933: 63, e Mário Costa, 1943: 38 a 42, mas contra Joaquim de Azevedo Barbosa, 1933: 86 e 87), “um direito pré-delitual de medidas de segurança” (Peter Hünfeldt, 1971: 204, e, já antes, Augusto Alves de Mira, 1950: 33 e 34, e Vitor Faveiro, 1952 a: 31 e 173) ou, como também foi designado, uma forma sancionatória de certos “tipos normativos de agente” (Eduardo Correia, 1949: 153 e 154). A inovação em 1945 consistiu não só na substituição da tutela criminal dos vadios e equiparados por uma tutela securitária, mas também no alargamento do âmbito tradicional dos indivíduos equiparados a vadios às prostitutas que fossem causa de escândalo social ou desobedecessem continuamente às prescrições policiais, aos que mantivessem casas de prostitutas quando desobedecessem repetidamente às prescrições regulamentares e policiais, aos suspeitos de serem receptadores que violassem as determinações legais e policiais, aos suspeitos de favorecimento de corrupção de menores ou de aliciamento de prostitutas, aos condenados por crimes de associação de malfeteiros ou por crime cometido através dela e aos condenados como reincidentes cujo modo de vida fizesse temer o cometimento de novos crimes, sendo os seus comportamentos sancionados com as medidas de segurança de caução de boa conduta pelo prazo de dois a cinco anos, liberdade vigiada por igual prazo ou internamento em casa de trabalho ou colónia agrícola por um período de um a seis anos, prorrogável por períodos de dois anos. A restrição introduzida em 1954, que foi justificada pelo autor da reforma com o argumento de que “uma duração maior do internamento faria suspeitar que a medida de internamento seria utilizada como meio de eliminação, e não de efectiva resocialização durante o seu decurso” (Cavaleiro de Ferreira, 1961: 196), teve também como consequência a inadmissibilidade da alteração do estado de perigosidade de vadio para delinquente de difícil correcção, com base no § único do artigo 164 e no artigo 400 e § 2 da reforma prisional (cfr. o acórdão do STJ de 29.1.1964, in BMJ, n. 132, p. 302, mas contra o acórdão do STJ de 30.10.1968, in BAPIC, n. 23, 1968, pp. 156 e 157). Mais tarde, Eduardo Correia, ponderando que a acção criminosa, enquanto negação de valores, “pode indiferentemente operar-se através de uma conduta isolada ou através de uma forma de vida” (Eduardo Correia, 1963 a: 75 e 76), propôs, no projecto de Código Penal, a incriminação da “associalidade perigosa” e, designadamente, da vadiagem, de acordo com um tipo mais restrito do que o da lei vigente, que “constitui, por demasiado amplo, um atentado contra a liberdade das pessoas” (Ministério da Justiça, 1979: 323, com o acordo de Figueiredo Dias, 1976 a: 87, 88 e 93). O regime legal das medidas de segurança foi ainda objecto de uma crítica radical por Faria Costa, em virtude de ele não fixar um limite máximo para o montante da quantia da caução de boa conduta e não admitir as modalidades de hipoteca ou de fiança, o que podia tornar-se mesmo em uma “forma hábil” de submeter o delinquente sempre a liberdade vigiada e esvaziava o instituto “por completo do ténue sentido de ajuda que ainda se poderia descortinar na admissão da caução mediante «fideiussione solidale» para se cingir à fria rigidez de poder económico”. Por outro lado, o prazo mínimo exagerado da caução de boa conduta poderia ser “contraproducente face à ressocialização e reequilíbrio do delinquente” e a sua substituição de modo automático pela liberdade vigiada poderia implicar “uma total inadequação em face do delinquente”, não se justificando “um salto tão gravoso tanto mais que a não prestação de caução pode resultar de manifesta incapacidade económica” (Faria Costa, 1980: 141 a 143).

direito penitenciário.

Paralelamente, o novo diploma previa o desconto de metade de toda a prisão preventiva sofrida pelo réu no cumprimento da pena de prisão maior, sendo a prisão contada “desde a primitiva detenção, seja qual for a autoridade que a tenha ordenado” (artigo 99 do Código Penal, na nova redacção).¹³⁹¹

Este sucesso não iria, contudo, subsistir por muito tempo, pois, já com um novo ministro na pasta da justiça, o governo aprovou o Decreto-Lei n. 40.550, de 12.3.1956, que restringiu expressamente aos vadios e equiparados o limite máximo de três anos da medida de segurança do internamento e agravou o regime da medida de segurança aplicável aos suspeitos da prática de actividades subversivas.¹³⁹²

A fixação de um limite temporal para a medida de segurança era genericamente considerada pelo governo como uma garantia injustificada, pois “não devem conceder-se garantias individuais aos elementos socialmente perigosos por forma e com extensão excessivas, em termos de poderem constituir uma ameaça para os cidadãos honestos, que devem ser eficazmente defendidos contra os anti-sociais ou a-sociais”. A excepção aberta para os vadios e equiparados, que o legislador estava pronto a reconhecer, era justificada pela conveniência em aguardar os resultados da experiência iniciada em 1954, remetendo um juízo final para os estudos do futuro Código Penal.

Ao invés, no tocante aos suspeitos de actividades subversivas, o governo estabeleceu expressamente a faculdade de aplicação de medida de segurança de internamento por período indeterminado, de seis meses a três anos, prorrogável por

¹³⁹¹ Não obstante o teor claro da lei nova, ainda foi defendida nos tribunais uma tese, segundo a qual o artigo 99 do Código Penal na sua nova redacção não tinha revogado o disposto no artigo 628, § 1 do CPP, que não foi, no entanto, acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça (cfr. acórdão do STJ de 2.1.1966, in BAPIC, n. 18, 1966, pp. 21 a 24). Outra questão, que já se colocava antes da reforma de 1954 e se continuou a colocar depois dela, foi a da ponderação como atenuante da metade do tempo da prisão preventiva não descontado na pena de prisão maior (sobre a querela na jurisprudência e com posição favorável à ponderação, Manuel de Oliveira Matos, 1948: 146 e 147, mas contra Francisco Correia das Neves, 1955: 219 a 221).

¹³⁹² Não é, por isso, correcta a afirmação de Evelynne Monteiro (1998: 145), segundo a qual “ neste decreto-lei, opositor político veio completar a longa lista dos aparentados aos vadios, sendo, no entanto, a medida de segurança que lhe dizia respeito ilimitada” (*dans ce décret-loi, l'opposant politique est venu compléter la longue liste des apparentés aux vadios, la mesure de sûreté qui le concernait pouvant être, au contraire, illimitée*), pois a sujeição a medidas de segurança dos suspeitos da prática de actividades subversivas não foi então introduzida, mas sete anos antes. Menos sustentável ainda é a tese defendida por esta autora, segundo a qual a aplicação sistemática desta medida de segurança pelos tribunais aos detidos durante o processo e aos condenados constituiu “um exemplo de raciocínio por analogia em matéria de penalidade” (*un exemple de raisonnement par analogie en matière de pénalité*), tal como aquele que permitiu a já referida lei alemã de 28.6.1935. Com efeito, quer a aplicação provisória da medida de

períodos sucessivos de três anos, ainda que a acusação deduzida em processo penal contra o suspeito tivesse sido julgada improcedente, aproximando o regime desta medida de segurança do regime da *Schutzhaft* do direito alemão.¹³⁹³

Tal como o internamento no novo direito português, a *Schutzhaft* não tinha qualquer limitação temporal e podia ser determinada independentemente da existência de um processo criminal e da verificação dos pressupostos da prisão preventiva. Tal como o internamento no direito português, a medida preventiva do direito alemão podia ser ordenada posteriormente a uma condenação ou mesmo a uma absolvição judicial. Tal como o internamento, a *Schutzhaft* sofrida durante a pendência de um processo

segurança quer a sua aplicação na decisão final do juízo estavam legalmente previstas, dependendo da verificação de requisitos expressamente fixados pela lei.

¹³⁹³ A nova disposição legal consagrou aquela que já era a prática judiciária, como se comprova pela ficha policial de António Domingos Jubileu, que foi julgado pelo tribunal plenário de Lisboa no dia 6.11.1949, “tendo sido absolvido, mas declarado sujeito à medida de segurança estabelecida no art. 20 do Decreto-Lei n. 37.447, de 13.6.949” (Comissão, 1981: 72). Aliás, é sintomática neste sentido a linguagem usada pelos próprios tribunais depois da nova legislação de 1956, como se verifica, por exemplo, na ficha policial de Manuel Silva Junior (“Ficou desligado do 2.º Juízo Criminal de Lisboa em 4.3.958, o qual a partir desta data ficou à disposição desta Polícia para medida de segurança. Ofício do 2.º Juízo Criminal de Lisboa n. 286 de 29.2.958”, in Comissão, 1982: 139), revelando a associação da medida de segurança à disposição do condenado pela polícia uma continuidade prática dos métodos de prevenção da criminalidade política antes e depois das reformas de 1956. A crítica radical desta inovação foi feita por Adelino da Palma Carlos, na sua lição proferida no concurso para professor extraordinário da Faculdade de Direito de Lisboa, em 22.10.1956, censurando não só a “flutuação dos conceitos enunciados” na lei como também o agravamento da desjurisdicionalização das medidas de segurança, a possibilidade da sua eternização e da sua aplicação mesmo quando a culpa do agente não tivesse ficado provada (Adelino da Palma Carlos, 1962: 289 e 290). Em um escrito anónimo publicado no n. 127 do BMJ, o então procurador adjunto no STJ, Maia Gonçalves, saiu em defesa dos preceitos do diploma legislativo de 1956, justificando a aplicação perpétua da medida de segurança e no caso de absolvição com a possibilidade da manutenção da perigosidade do agente nesses casos e invocando a natureza provisória das medidas de segurança decretadas pelas polícias e o número “reduzidíssimo ou mesmo nulo” de casos em que estes poderes tinham sido usados pelas polícias (Maia Gonçalves, 1963: 500 a 503), ao que o Professor Palma Carlos respondeu que “não sabe se elas têm sido aplicadas em pequeno ou em grande número, nem isso o preocupa. Sabe que podem sê-lo – e é isto que lhe repugna” (Adelino da Palma Carlos, 1964: 12). Também muito críticos Cavaleiro de Ferreira, 1961: 203, por referência à p. 196, Salgado Zenha, 1964: 6, 15 e 16, e 1969: 146, e José Magalhães Godinho, 1973: 59 a 63, e um grupo de setenta e cinco advogados, que logo em 1956 apontava a inconstitucionalidade da introdução “subreptícia e camuflada, entre nós, de verdadeiras penas corporais perpétuas para os não adeptos dum regime” (ROA, ano 24, p. 200). Contudo, os acórdãos do STJ de 23.1.1957 e de 4.3.1964 (in respectivamente, BMJ n. 63, pp. 434 a 446, e n. 135, pp. 251 a 258), que apreciaram a questão, afirmaram expressamente a constitucionalidade dos artigos 7 e 8 do Decreto-Lei n. 40.550. Em 1961, o legislador apagou em definitivo quaisquer traços do antigo regime de favor para com o criminoso político, modificando o artigo 141 da reforma prisional e pondo assim fim ao regime de vida em comum durante o dia, mesmo nas horas de refeição e do descanso destes criminosos. A conformação concreta do regime penitenciário aplicado a estes presos passou a ficar totalmente dependente da cada director dos estabelecimentos prisionais e das características do preso e do estabelecimento prisional (“com as adaptações impostas pela personalidade dos delinquentes e pelas especiais exigências de disciplina ou segurança de cada estabelecimento”, artigo 4 do Decreto-lei n. 43.960, de 12.10.1961).

judicial era imputada no cumprimento da sanção decretada pela sentença judicial.¹³⁹⁴

Embora tivessem o mesmo objectivo de prevenção e combate aos inimigos políticos dos respectivos regimes políticos e os mesmos efeitos práticos e dependessem do mesmo pressuposto da verificação da perigosidade em relação ao agente de actividades políticas subversivas, o internamento e a *Schutzhaft* possuíam, no entanto, naturezas distintas. Ao invés da sindicância estritamente administrativa da *Schutzhaft*,¹³⁹⁵ o internamento dos suspeitos de actividades subversivas no direito português era sempre subordinado a uma fiscalização judicial, o que lhe conferia uma natureza judiciária distinta da natureza administrativa da *Schutzhaft*.¹³⁹⁶

¹³⁹⁴ Sobre a natureza da *Schutzhaft* e as características do seu regime referidas no texto, Otto Geigenmüller, 1937: 41 a 43, 56 e 57, Werner Spohr, 1937: 19 a 22, 34 a 36, Wilhelm Krug, 1940: 71 e 72, 84 e 85, Robert Nebinger, 1943: 79, Theodor Maunz, 1943: 50 e 51, e, depois do fim da guerra, Alfons Wenzel, 1949: 105, Eduard Kern, 1954 a: 278, Hermann Weinkauff, 1968: 137, 138, 143 a 145, Albrecht Wagner, 1968: 303 a 305, Ingo Müller, 1980: 81, Diemut Majer, 1984: 132, Karl-Leo Terhorst, 1985: 6, Lothar Gruchmann, 1988: 584 a 587, 599 a 604, 612 a 626, Gerhard Werle, 1989: 569 a 572, Hannsjoachim Koch, 1989: 58, 87, 88 e 236, Robert Gellately, 1990: 28, 39, 40, 182, 230 e 259, Hinrich Rüping, 1991: 106, Ralph Angermund, 1991: 182 e 183, e Kai Drews, 1998: 146 e 147.

¹³⁹⁵ Esta sindicância tinha um significado prático muito limitado devido ao funcionamento das regras de confirmação oficiosa da ordem de prisão. A doutrina não admitia sequer a interposição de uma acção de indemnização ou a participação criminal com fundamento na detenção ilegal pela polícia e nem mesmo o controlo judicial da competência da polícia para considerar verificados os pressupostos da sua intervenção e, designadamente, a natureza política da prisão (Otto Geigenmüller, 1937: 45 e 46, Werner Spohr, 1937: 22 a 31, Helmut Schlierbach, 1938: 89 a 93, Eduard Kern, 1939: 6 a 13, e Robert Nebinger, 1943: 88, mas contra Günther Kuchenhoff, 1941: 316 a 318).

¹³⁹⁶ A adopção de medidas de internamento de opositores políticos não foi, aliás, uma particularidade dos direitos português e alemão, tendo-se verificado também desde o início da década de vinte na Grã-Bretanha e desde o final da de trinta em França. Em 1922, na sequência do reconhecimento do Estado livre da Irlanda e da separação dos seis condados da província setentrional do Ulster, que permaneceram no seio da Grã-Bretanha, foi aprovado o *Civil Authorities Special Powers Act (Northern Ireland)*, que vigorou até 1973 naquela província e com base no qual foi aprovada nos anos de 1956 e 1957 legislação conferindo às polícias, forças militares e aos membros do governo da Irlanda do Norte competência para determinar restrições à liberdade individual. Em 1956, foram aprovadas as *Regulations* ns. 11 (1) (*arrest and remand in custody*), 11 (2) (*detention of an arrested person*), e 12 (1) (*internment*) e em 1957 a *Regulation* n. 10 (*arrest for interrogation purposes during 48 hours*). Esta *Regulation* permitia a detenção por qualquer oficial da RUC por quarenta e oito horas de qualquer indivíduo para interrogatório quando essa detenção fosse “necessária para a salvaguarda da paz a manutenção da ordem” (*for the perservation of the peace and the maintenance of order*). A *Regulation* n. 11 (1) autorizava qualquer polícia, membro das forças armadas ou pessoa habilitada pela “autoridade civil”, isto é, pelo ministro do interior da Irlanda do Norte ou pelos seus delegados, a deter por período indeterminado qualquer pessoa que tivesse agido ou se encontrasse a agir de maneira prejudicial à salvaguarda da paz e à manutenção da ordem. Na prática, esta detenção durava, em regra, cerca de 12 horas. A *Regulation* n. 11 (2) previa que qualquer pessoa detida ao abrigo da *Regulation* n. 11 (1) podia ser mantida sob detenção por tempo indeterminado em uma prisão ou em outro local por ordem da autoridade civil. Na prática, esta detenção durava, em regra, até vinte e oito dias e era ordenada com vista a permitir à polícia a conclusão do seu inquérito. A *Regulation* n. 12 (1) atribuía ao ministro do interior da Irlanda do Norte o poder de ordenar limitações da liberdade de movimentos e o internamento por período indeterminado de qualquer pessoa, com o mesmo fundamento da *Regulation* n. 11 (1). Na prática, a duração deste internamento durava por vários anos. Cada ordem do ministro devia prever a existência de um *committee* (“comissão”), composto por um juiz e dois assessores não togados, que apreciavam as queixas do detido e podiam recomendar a sua libertação. O detido não tinha o direito de comparecer diante da “comissão”, nem de questionar as

Ainda assim, a adopção destas medidas legislativas não evitou a insatisfação do poder político com a lei processual penal. O modelo consagrado no código vigente não satisfazia já os propósitos da política criminal e, nomeadamente, não assegurava a realização atempada da justiça penal.

O legislador identificou claramente as matérias necessitadas de revisão como sendo as respeitantes à responsabilidade civil conexas com a criminal, às notificações, ao processo de ausentes e aos recursos.¹³⁹⁷ Embora se previsse para breve a aprovação de um novo Código Penal e se fizesse depender deste a elaboração de uma nova lei processual, o legislador decidiu intervir de imediato, em face da urgência da correcção do “formalismo exagerado na tramitação de certas formas de processo, especialmente do correcional”.

A forma de processo correcional foi a elegida para se proceder a uma revisão

testemunhas de acusação nem de apresentar testemunhas de defesa. Toda a prova, mesmo a produzida anonimamente, era admissível diante da “comissão”. Esta faculdade de internamento por período indeterminado e por ordem ministerial foi, de novo, utilizada no início da década de setenta, embora sob outra designação (Brian Rose-Smith, 1979: 108, 110 e 112), como se verá adiante. Em França, mais de oitenta anos depois da promulgação da última lei de segurança geral que tinha previsto medida semelhante, o Decreto-Lei de 18.11.1939 reintroduziu o internamento administrativo das “pessoas perigosas para a defesa nacional e a segurança pública” (*individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique*), tendo esta medida sido também aplicada pelo governo de Vichy aos judeus, aos autores de crimes antieconómicos, aos resistentes e aos ouvintes da rádio-Londres através das Leis de 3.9.1940, 2.6.1941, 18.7.1941 e 28.10.1941 (Alain Noyer, 1966: 101 e 113, e Robert Charvin, 1968: 224). Após o início da guerra na Argélia em Novembro de 1954, a Lei sobre o estado de urgência de 3.4.1955, que só vigorou até Dezembro desse ano, atribuiu ao ministro do interior e, na Argélia, ao governador geral competência para fixar a residência em determinado local aos indivíduos cuja actividade fosse considerada perigosa para a ordem pública, prevendo, no entanto, que essa fixação não podia conduzir à criação de campos de internamento. Logo após, a Lei de 16.3.1956, que constituiu a base de toda a regulamentação ulterior dos poderes especiais das forças militares e civis na Argélia (Alain Noyer, 1966: 136), e um decreto do dia seguinte conferiram ao governador geral e, por delegação deste, aos prefeitos e às autoridades militares daquela colónia o poder de fixar residência vigiada ou não a “toda a pessoa cuja actividade se considere perigosa para a segurança ou a ordem públicas” (*toute personne dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité ou l'ordre public*). Em face da escalada da violência e da contestação no território metropolitano, a Lei de 26.7.1957 previu, também, a faculdade de o ministro do interior fixar residência a qualquer pessoa que fosse condenada pela prática de certos crimes violentos ou contra a segurança do estado. Contudo, esta medida não se revelou ainda suficientemente eficaz. Três dias depois da promulgação da Constituição gaullista, a *Ordonnance* n. 58-916, de 7.10.1958, 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” (*toute personne dangereuse pour la sécurité publique en raison de l'aide qu'elle porte aux rebelles algériens*), que podia ser determinada pelo ministro do interior ou pelos prefeitos, no primeiro caso por período indeterminado e no segundo pelo período máximo de quinze dias. O diploma de 1958, que revogou tacitamente o anterior, consagrou, deste modo, aquela que já era a interpretação do *Conseil d'État*, em face dos diplomas de 1956 e 1957, nos termos da qual a faculdade de ordenar o internamento em estabelecimento designado pela administração estava incluída na de fixar a residência ao suspeito (Georges Burdeau, 1966: 158, e Robert Charvin, 1968: 226). A partir desse ano de 1958, quer na metrópole quer na Argélia, todos os suspeitos, mesmo que tivessem sido absolvidos em processo judicial, podiam ser internados por decisão política ou administrativa. A vigência da medida do internamento administrativo só cessou a 31.5.1963.

que respondesse ao estrangulamento crescente da justiça penal. De entre as hipóteses alternativas de simplificação dos termos do processo correcional ou de diminuição do âmbito deste, o governo optou pela segunda, com dois fundamentos: o de que “nos quadros do processo correcional pode ter lugar a aplicação de penas relativamente graves” e o de que a divisão das formas do processo tinha carácter “meramente convencional” e assentava em “considerações pragmáticas”.

Assim, o Decreto-Lei n. 40.033, de 15.1.1955, fixou a forma do processo de polícia correcional para os crimes puníveis com pena de prisão, de desterro ou de multa até um ano ou até 40.000\$00, exceptuando, no entanto, da forma de processo sumário os crimes puníveis com pena superior a seis meses de prisão, multa ou desterro.¹³⁹⁸

A adopção desta medida mostrou-se, no entanto, insuficiente e dois anos depois o legislador insistia na “necessidade urgente de simplificar os termos de algumas formas de processo criminal e de acelerar o andamento da justiça penal” e no propósito de “provocar algumas experiências práticas” antes de proceder à reforma de conjunto do processo penal. Desta feita, o legislador optou por alterar os termos do processo correcional e do de difamação ou injúria, aprovando o Decreto-Lei n. 41.075, de 17.4.1957.

A alteração do processo de difamação consistiu na assimilação quase integral ao processo de polícia correcional, na consagração da doutrina do assento de 30.6.1954, no sentido da não aplicação nesta forma de processo do disposto no artigo 397 do CPP, e na introdução da possibilidade de arquivamento do processo com a aceitação pelo acusador particular das explicações do arguido.

A alteração do processo correcional restringiu-se afinal à previsão da possibilidade de o despacho de pronúncia remeter para os factos descritos na queixa,

¹³⁹⁷ Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n. 40.033, de 15.1.1955.

¹³⁹⁸ A publicação do diploma de 1955, se, por um lado, se repercutiu positivamente na normalização do serviço e na diminuição da pendência acumulada nos juízos correcionais de Lisboa e do Porto (Antunes Varela, 1960: 15 e 16), veio, por outro lado, suscitar um problema novo atinente ao âmbito da prisão preventiva, considerando a maioria da doutrina que a ampliação do processo de polícia teve como consequência indirecta a diminuição do âmbito da prisão preventiva fora de flagrante delito, só sendo esta admitida nos processos por infracções puníveis com pena superior a um ano de prisão (Cavaleiro de Ferreira, 1956 a: 398, Ary Elias da Costa, 1958: 137, Fernando Fabião, 1964: 65, Eliana Gersão, 1970: 190, e Eduardo Correia, 1971: 14 a 16, mas contra, com dúvidas, Diogo Fernandes, 1970: 26). A prática ia, contudo, noutro sentido, seguindo o parecer do Conselho Superior da Procuradoria Geral da República, de 23.5.1955, que sustentava a manutenção do âmbito da prisão preventiva de acordo com o teor literal do artigo 254, § 1, n. 2, do CPP, devendo o arguido ser restituído à liberdade sem dependência

“praticamente o assimilando formalmente ao despacho equivalente ao de pronúncia no processo de polícia correcional, no qual o juiz normalmente se limita a designar dia para julgamento”.¹³⁹⁹

Embora não constituíssem a reforma da lei processual penal repetidamente anunciada pelo legislador, as medidas aprovadas em 1955 e 1957 apontavam já o sentido da opção do legislador para esta reforma. Com efeito, quer a simplificação do formalismo da pronúncia no processo correcional operada pelo diploma de 1957, quer o alargamento do âmbito do processo de polícia consagrado pelo decreto de 1955 representavam um indicador seguro de que “a evolução natural do processo parece ser a fusão do processo correcional com o processo de polícia correcional”.¹⁴⁰⁰

Contudo, em vez da almejada reforma do processo penal, o legislador concentrou a sua atenção no processo civil e procedeu à publicação de uma nova versão do Código de Processo civil, aprovada pelo Decreto-Lei n. 44.129, de 28.12.1961, que viria a ter uma repercussão considerável na reforma da organização judiciária criminal onze anos depois.¹⁴⁰¹

de caução no prazo do § 2 do artigo 254 do CPP (BMJ, n. 50, p. 235).

¹³⁹⁹ Parecer da Câmara Corporativa n. 18/IX, p. 84.

¹⁴⁰⁰ Como concluiria a Câmara Corporativa anos mais tarde em relação ao sentido da reforma legislativa do processo penal (parecer n. 18/IX, p. 84). A aproximação entre estas duas formas de processo seria ainda de algum modo promovida pela Lei n. 2.138, de 14.3.1969, que aboliu o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça dos acórdãos das Relações proferidos sobre recursos interpostos em processo correcional que não fossem condenatórios, vedando assim os recursos para o STJ dos acórdãos das Relações que versavam sobre recursos interpostos de despacho de pronúncia ou não pronúncia e os recursos dos acórdãos absolutórios das Relações. Seguindo o parecer da Câmara Corporativa, o legislador autorizou os recursos de todos os acórdãos condenatórios das Relações e não apenas, como pretendia o governo, dos acórdãos que condenassem em pena de prisão superior a seis meses não convertida em multa (parecer da Câmara Corporativa n. 18/IX, pp. 82 a 85).

¹⁴⁰¹ Por outro lado, a importante reforma do direito penal relativo às infracções antieconómicas e contra a saúde pública realizada pelo Decreto-Lei n. 41.204, de 24.7.1957, pôs fim à tentativa de introdução de um “direito penal novo” no início dos anos quarenta, mas não foi acompanhada por uma reforma do Tribunal dos Géneros Alimentícios, que fracassou. Em face do parecer da Câmara Corporativa n. 46/VI, favorável à extinção deste tribunal, o legislador ponderou esta possibilidade, mas acabou por afastá-la. Embora considerasse a solução da extinção como a mais conforme com “o espírito do próprio texto constitucional vigente”, o legislador optou em sentido contrário, por razões de “oportunidade” mais do que de “razoabilidade”, uma vez que a manutenção de um tribunal especial “constitui ainda, como a experiência demonstra, o processo mais eficaz de garantir a severidade com que devem ser punidos os respectivos infractores”, sendo certo que essa severidade de julgamento não podia abrandar em face da frequência desta prática criminoso. A permanência do Tribunal dos Géneros Alimentícios suscitou, no entanto, dúvidas sobre a manutenção da sua competência para julgar infracções contra a economia e a aquisição de competência para julgar os delitos de matança clandestina e outras infracções contra a saúde pública que anteriormente eram julgadas pelos tribunais comuns, discutindo a doutrina também a aplicabilidade da forma de processo prevista no Decreto n. 20.282, de 5.9.1931, completado pelo Decreto n. 27.485, de 15.1.1937, no julgamento das infracções contra a saúde pública. Se a manutenção da competência do juiz presidente do tribunal para a instrução do processo, a não obrigatoriedade da presença do arguido na audiência de julgamento e a admissibilidade do recurso directo das decisões finais restrito a matéria de

A alteração da lei do processo civil visou, entre outros objectivos, resolver as graves deficiências apontadas ao funcionamento do tribunal colectivo, isto é, a perversão das respostas aos quesitos em função de uma solução de direito pré-concebida, a posição de supremacia do corregedor presidente do tribunal sobre os adjuntos que afectava a liberdade de decisão destes e a falta de controlo da decisão sobre a matéria de facto.¹⁴⁰²

Para obstar à primeira destas três deficiências, que constituíam “as questões centrais do processo de declaração”,¹⁴⁰³ o governo decidiu separar as alegações sobre a matéria de facto da discussão sobre a resolução da questão jurídica, diferindo as alegações sobre o direito para momento posterior à definição dos factos provados, e alterar a redacção do artigo 655 do CPC na parte em que mandava o tribunal colectivo apreciar as provas “de modo a chegar à decisão que lhe parecer justa”, que permitia o entendimento “falso e perigoso” de que o tribunal colectivo devia responder aos quesitos, não de harmonia com a prova produzida, mas com a solução jurídica que os

direito para o Supremo Tribunal de Justiça quando a multa fosse superior a 6.000\$00, excluídos os adicionais, eram geralmente aceites pela doutrina, já a subsistência da condenação de preceito do arguido era discutida (Cavaleiro de Ferreira, 1956 b: 100, Artur Santos Vicente, 1957: 31, Antero Cabral e Abel dos Santos, 1958: 52, 53, 88, 90 e 92, Eduardo Arala Chaves, 1961: 104, 105 e 113, e Pinheiro Farinha, 1963: 49 e 51), embora também fosse defendida a tese da abolição total da antiga forma de processo para todas as infracções previstas no Decreto-Lei n. 41.204 (Flamino Santos Martins, 1959: 43). Ao invés, as infracções antieconómicas eram, em regra, de conhecimento dos tribunais comuns e os termos do processo aplicável passaram a ser depois da publicação do Decreto-Lei n. 35.044, de 20.10.1945, os previstos no CPP e na legislação complementar (Abel dos Santos, 1946: 30, e Eduardo Manso, 1946: 14, mas contra, defendendo uma interpretação restritiva da disposição do artigo 41 do Decreto-Lei n. 35.044, Pedro Veiga, 1947: 172 a 174, 189 a 196). O artigo 41 do Decreto-Lei n. 37.047, de 7.9.1948, que conferiu ao Tribunal da Relação competência para julgar em última instância os recursos em processos de açambarcamento, especulação e contra a economia nacional, quando o valor da mercadoria objecto da infracção ou o preço da transacção ilícita não fosse superior a 2.000\$00, foi também expressamente revogado pelo Decreto-Lei n. 41.204, pelo que a competência dos tribunais de recurso, nos processos por crimes antieconómicos, passou a ser regulada pela alçada prevista pela lei geral para os delitos julgados em processo de polícia correcional (Antero Cabral e Abel dos Santos, 1958: 59, e Fernando Santos e Benedito Santos, 1974: 101). Com razão, em 1973, os autores do Anteprojecto do novo CPP punham em dúvida a constitucionalidade do Tribunal dos Géneros Alimentícios, afirmando mesmo que “não é o facto de existir anteriormente à promulgação da Constituição” que o punha a salvo da crítica, sendo “difícil de compreender a forma por que é constituído o mesmo tribunal, e menos se compreende o processo ali aplicável e muito especialmente o regime do recurso das suas decisões” (nota ao artigo 47).

¹⁴⁰² Estas três “deficiências” foram apontadas pelo próprio ministro da justiça, o Professor Antunes Varela (1957: 9). Sobre elas também, Carlos Pinto Coelho, 1938: 77, e 1941: 281 a 283, 288 a 291, Carlos Pires, 1940: 237, Barbosa de Magalhães, 1940 c: 330 e 331, e 1955: 354, Alberto dos Reis, 1949 a: 245, 1949 b: 369, 370, 387 e 388, e 1951: 569 a 571, Campos Costa, 1956 b: 131, Tito Arantes, 1957: 279 a 284, Lopes Cardoso, 1958: 224, Vasco da Gama Fernandes, 1958: 22, Avelino de Faria, 1958: 167 a 169, e Soares da Veiga, 1961: 116 e 117.

¹⁴⁰³ Antunes Varela, 1961 b: 20.

membros do colectivo considerassem justa.¹⁴⁰⁴

Para resolver o segundo problema pensou-se na fixação de dois juízes ambulantes em cada círculo judicial, o sistema da dupla corregedoria, cabendo a elaboração da decisão final por sorteio a qualquer um deles ou ao juiz da comarca, que com eles compunha o tribunal colectivo,¹⁴⁰⁵ mas as dificuldades do tesouro impediram a introdução da reforma.¹⁴⁰⁶

Para solucionar o terceiro vício considerou-se a solução da admissão do voto de vencido e a da motivação das respostas aos quesitos,¹⁴⁰⁷ tendo sido expressamente afastadas a solução da gravação dos depoimentos, por representar “uma incoerência dentro das ideias justificadamente aceites pela nossa legislação processual” e por “falta manifesta de viabilidade prática”, a solução da repetição da produção da prova no Tribunal da Relação, por carência de quadros nos tribunais de segunda instância, e ainda a solução do registo escrito dos depoimentos, por prejudicar a celeridade processual e constituir uma “incoerência” a possibilidade de o tribunal superior alterar a apreciação da prova oral feita directamente por três juízes com base apenas em simples depoimentos escritos.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁴ Antunes Varela, 1957: 10, e 1961 b: 21. Na revisão ministerial do projecto da comissão, apontava-se também esta motivação para a modificação legislativa (BMJ, n. 123, pp. 111 e 116).

¹⁴⁰⁵ Antunes Varela, 1957: 12. Já em 1940 Barbosa de Magalhães (1940 c: 330 e 331) considerava a introdução do tribunal colectivo uma garantia aparente, pois quem julgava verdadeiramente era o presidente do colectivo, mantendo-se a crítica actual quinze anos depois (Barbosa de Magalhães, 1955: 354) e mesmo trinta anos depois (Ary dos Santos, 1970: 200 a 206). A solução ponderada em 1961 já tinha sido considerada em 1944 e inspirou de algum modo o Decreto-Lei n. 41.337, de 28.10.1957, que regulamentou a composição e o funcionamento dos tribunais colectivos cíveis nas comarcas de Lisboa e Porto. O legislador tentou neste diploma evitar o “duplo mal” causado pela composição do tribunal colectivo, isto é, a carga excessiva de trabalho para os juízes que são adjuntos no colectivo e a falta de colaboração activa destes, e, do mesmo passo, realizar uma “experiência cuja lição pode ser altamente proveitosa, quer em relação à jurisdição criminal de Lisboa e Porto, quer em relação aos tribunais de província”. Entre a opção de colocar os corregedores das varas como adjuntos uns dos outros nos julgamentos do colectivo e a opção de criar novos juízes com a tarefa exclusiva de ser adjuntos do corregedor no colectivo, o governo optou por esta segunda, de modo a garantir uma “intervenção mais activa e interessada” dos adjuntos na audiência. A solução da introdução de novos juízes exclusivamente afectos ao serviço dos tribunais colectivos, com a possibilidade da decisão final de direito caber por sorteio a estes membros do colectivo, cujos objectivos o governo entendeu terem sido plenamente alcançados (Antunes Varela, 1960: 19), não foi, no entanto, alargada, como inicialmente se pretendia, pelas razões que constam do texto.

¹⁴⁰⁶ Antunes Varela, 1961 b: 22.

¹⁴⁰⁷ Antunes Varela, 1957: 13.

¹⁴⁰⁸ Antunes Varela, 1961 b: 23 e 24. A possibilidade do uso de gravadores nos tribunais foi ponderada com base em vários ensaios e experiências feitas na década anterior em vários tribunais do Porto e de Luanda e em um relatório apresentado pelo Professor Pessoa Vaz ao ministro da Justiça (Pessoa Vaz, 1973: 179 e 180). Contudo, a introdução do sistema de gravação da prova produzida na audiência foi considerada pelo próprio ministro da justiça como uma “simples aventura condenada a malogro certo”. Uma ponderação dos vários problemas organizatórios e humanos que traria o registo da prova foi feita

Seguindo em parte o parecer da comissão, o governo decidiu manter o sistema vigente da prova oral não registada apreciada por um tribunal colectivo, mas quis pôr termo ao “ilogismo” constituído pela redução a escrito dos depoimentos prestados nas acções de processo sumário em que o valor da acção excedesse a alçada do juiz de direito.¹⁴⁰⁹ Assim, o novo artigo 791 do CPC mandou julgar a matéria de facto nas acções com processo sumário com valor excedente à alçada dos juizes de direito por um tribunal colectivo de três juizes, excepto quando ambas as partes declarassem expressamente que o dispensavam.

A opção pelo alargamento do sistema vigente, que era justificada com um voto de fé do governo nas qualidades dos membros da magistratura judicial, foi, no entanto, acompanhada pela introdução de duas medidas de cautela, o dever de fundamentação das respostas aos quesitos, que visava evitar “as tentações do puro arbítrio individual”,¹⁴¹⁰ e o voto de vencido nos acórdãos do colectivo, que defendia o julgador

com parecer favorável por Carlos Pires (1940: 238) e Fernando Mouga (1955: 5 e 6), mas com prognóstico negativo, por Campos Costa (1956 b: 140 a 142), Pedro Pitta (1957: 296), e Lopes Cardoso (1958: 217 a 223). Campos Costa propunha, em substituição da garantia irrealista do registo integral da prova, a fixação de um dever de fundamentação da decisão do tribunal sobre a matéria de facto, “com a obrigação de narrar todos e quaisquer pontos, fundamentais ou não, que tenham concorrido para a formação do seu livre convencimento” e ainda o relato por extracto dos próprios depoimentos das testemunhas “nos pontos em que estes concorreram para a formação da sua convicção”. Lopes Cardoso, embora admitisse como “solução excepcional” a gravação da prova quando ela não pudesse ser prestada na presença do tribunal colectivo, entendia que a solução legal vigente do registo da prova no processo sumário “punha na mão do réu a arma mais segura e a maneira mais fácil de diferir a condenação, eternizando a demanda”, devendo por isso ser alargada a intervenção do tribunal colectivo aos processos sumários em que a causa excedesse a alçada e uma das partes não quisesse o julgamento definitivo da matéria de facto pelo juiz singular. Para evitar os abusos resultantes da irrecorribilidade da decisão do tribunal colectivo em matéria de facto o autor propunha ainda a alteração da redacção do artigo 665 do CPC, a separação do julgamento das provas e da discussão de direito e a introdução da publicidade do vencimento nos tribunais de primeira instância (Lopes Cardoso, 1958: 220, 224 e 225). Ao invés, Pedro Pitta (1957: 296 a 298), que também reconhecia a impossibilidade da introdução do registo da gravação da prova por falta de recursos, insistia na necessidade de manter o resumo dos depoimentos como a garantia essencial das partes, o que tornava dispensável o tribunal colectivo e permitia o recurso integral da decisão sobre a matéria de facto. As soluções propostas por Campos Costa e Lopes Cardoso foram parcialmente acolhidas pelo governo.

¹⁴⁰⁹ A redução a escrito dos depoimentos prestados nestas acções foi mesmo considerada, na revisão ministerial do projecto da comissão, como “um desvio flagrante ao regime da oralidade, que não invalidava o princípio da imediação (visto que se mantinha o contacto directo do julgador com os meios ou instrumentos probatórios), mas que prejudicava em larga medida o princípio da concentração” (BMJ, n. 123, pp. 209 e 210). A maioria da comissão revisora votou que o tribunal colectivo interviesse sempre que a causa admitisse recurso ordinário, mas na revisão ministerial foi consagrada a faculdade de as partes prescindirem do colectivo.

¹⁴¹⁰ A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra tinha dado um parecer sobre o artigo 653 do projecto de alteração do CPC, no qual sugeria a aplicação desse preceito mesmo a decisões não colegiais e a decisões não recorribéis, a fixação de um dever mais alargado de exposição concisa dos motivos de facto em que a decisão se fundava, quer no que respeitava aos factos provados quer aos factos não provados, e a atribuição às partes da faculdade de reclamação da motivação (Eduardo Correia, 1961 a: 184 e 185, e 1962 a: 79 e 80). A comissão de revisão do código rejeitou por unanimidade a inovação, por

contra o perigo “da comodidade assente no anonimato das decisões”.¹⁴¹¹

O governo ponderou que a abolição dos depoimentos escritos nas acções sumárias e a concomitante extensão da intervenção do tribunal colectivo às acções sumárias de valor superior à alçada do tribunal de comarca não podia conciliar-se com a divisão judicial do país, em face da sobrecarga de serviço dos corregedores e do novo esforço que a fundamentação das respostas aos quesitos iria exigir aos magistrados,¹⁴¹²

“inutilidade da motivação, uma vez que à Relação está praticamente interdita a censura da decisão do Colectivo” (BMJ, n. 123, p. 113). O governo decidiu consagrar o dever de motivação, embora com uma amplitude menor do que a proposta pela Universidade de Coimbra, invocando em abono da inovação legislativa as vantagens da consagração de um dever de motivação, independente da garantia do recurso (“O verdadeiro escopo da lei é antes o de obrigar indirectamente os juizes: primeiro, a um exame atento e a uma anotação cuidadosa de toda a prova produzida; depois, a uma recapitulação mental de toda a actividade instrutória no momento da resposta a cada quesito; e, por fim, a um apuramento dos raciocínios ou dos puros juízos intuitivos que estão na base das suas conclusões”, Antunes Varela, 1962: 9, e 1961 b: 29). A solução enfrentou, contudo, dificuldades práticas na sua efectivação, que já tinham sido antevistas pela doutrina (Barbosa de Magalhães, 1958: 72 e 73). Os tribunais seguiram uma prática restritiva do dever de motivação, acolhendo a sugestão que constava do texto da revisão ministerial do projecto de indicação sucinta dos meios de prova (BMJ, n. 123, p. 114), mas dividindo-se os autores entre o apoio (Santos Silveira, 1970: 84, 85, 216 e 217) e a crítica às fórmulas muito genéricas utilizadas nos tribunais (Francisco Velozo, 1961: 295, 296 e 305, e Gonçalves Salvador, 1962: 88 e 90, considerando estes autores exigível a indicação das razões determinantes da escolha dos meios de prova e das máximas de experiência em que se fundamentou a apreciação da prova, embora se afastasse a obrigação de o magistrado escrever o depoimento da testemunha e de justificar a exclusão dos meios de prova não decisivos). Mais recentemente, Teixeira de Sousa (1984: 144 a 147) criticou a concepção restritiva do dever de motivação, pois “assim não se assegura a racionalidade da fundamentação, a qual deve ser perceptível por uma demonstração lógica e por uma argumentação consensual”, propondo uma solução de compromisso, em que se impunha “a indicação do conteúdo da fonte probatória” quando a prova não tivesse sido registada e se admitia a mera remissão para os meios de prova quando esta tivesse sido registada. Não obstante a discussão doutrinária e as divergências práticas em torno do novo preceito, o artigo 653 do CPC foi utilizado pela doutrina penalista para colmatar uma lacuna do CPP. O Supremo Tribunal de Justiça tomou posição em sentido contrário a este entendimento pela primeira vez no acórdão de 24.7.1963 (in BMJ, n. 129, pp. 334 a 346), afastando a existência de uma lacuna no regime das respostas aos quesitos do CPP e invocando a proibição no CPP do voto de vencido no tocante à matéria de facto. Os argumentos foram refutados unanimemente pela doutrina (Eduardo Correia, 1967: 31 e 32, Castanheira Neves, 1968: 51 e 54, 106 a 109, Figueiredo Dias, 1974: 205 e 206, Rodrigo Santiago, 1983: 498 e 505, Castro e Sousa, 1985: 286, Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 265, e Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues, 1986: 549). A motivação da decisão sobre a matéria de facto era imprescindível, pois evitava a sentença “suicida”, favorecia o autocontrolo do juiz e a discussão nos tribunais colectivos, estimulava a recolha jurisprudencial de regras de experiência e o respeito das regras da lógica e realizava a função essencial de possibilitar o seu controlo pelo particular por ela visado e pelo público (Eduardo Correia, 1961 a: 185 e 186). Se o cumprimento do dever de motivação não permitia o reexame da causa pelo tribunal de recurso, o seu incumprimento ou cumprimento defeituoso e, designadamente, a violação das regras da lógica e da experiência, permitiam, contudo, a anulação da decisão recorrida (Eduardo Correia, 1967: 29, Castanheira Neves, 1968: 51, e Figueiredo Dias, 1974: 203). Por fim, a motivação apresentava a grande vantagem prática de “travar” condenações com base exclusiva nas declarações prestadas na fase de instrução (Rodrigo Santiago, 1983: 507).

¹⁴¹¹ Antunes Varela, 1961 b: 29 e 30. A verdade é que esta solução proposta pela comissão foi aceite “sem grande convicção”, como se confessava na revisão ministerial do projecto da comissão (BMJ, n. 123, p. 115).

¹⁴¹² Com efeito, esperava-se que a reforma tivesse como consequência, por um lado, uma sobrecarga do trabalho dos magistrados judiciais da primeira instância (parecer da Câmara Corporativa n. 3/VIII, p. 159), e por outro, um alívio do trabalho das Relações, pois a reforma teria “o efeito indirecto de evitar a

pelo que se impunha a remodelação dos círculos judiciais existentes, com vista ao aumento do número de juizes.

Para o efeito, o governo procedeu à elaboração de um novo Estatuto Judiciário, uma vez que a organização dos círculos judiciais tinha assento nos mapas anexos ao Estatuto. Contudo, tendo as Leis n. 2.048, de 11.5.1951, e n. 2.100, de 29.8.1959, convertido, respectivamente, a organização dos tribunais e o estatuto dos juizes dos tribunais ordinários em matéria da reserva da Assembleia Nacional, houve necessidade de submeter à Assembleia as bases gerais do novo diploma. Assim, a Assembleia aprovou a Lei n. 2113, de 11.4.1962 e, na sequência desta, o governo publicou o Decreto-Lei n. 44.278, de 14.4.1962, que integrava o novo Estatuto Judiciário.

A lei pouco tinha de inovadora, considerando a Câmara Corporativa que “a maior parte dos preceitos expressos nas suas bases constitui direito vigente” e que o governo apenas tinha pretendido “uma espécie de ratificação politica” do direito vigente.¹⁴¹³

Os três problemas fundamentais, que foram objecto de discussão parlamentar, a manutenção da magistratura municipal, a composição e a competência do tribunal plenário e a independência da magistratura judicial, não obtiveram qualquer solução.

O problema dos julgados municipais persistiu sem solução, mantendo o legislador, embora contrafeito com a má qualidade da justiça concelhia, estes tribunais “nos concelhos onde o serviço judicial não justifique a existência de uma comarca própria, mas a comodidade dos povos exija um órgão judiciário” (Base I, 1 e 2).¹⁴¹⁴

Entre a alternativa da extinção imediata dos 44 julgados existentes e a da substituição de todos eles por tribunais de comarcas, o governo rejeitou ambas em face dos inconvenientes para as populações e dos custos para o erário público de cada uma delas e decidiu prosseguir a opção política anteriormente tomada da eliminação gradual

interposição de numerosos recursos, já que o julgamento oral tornará praticamente imodificável a decisão da matéria de facto tomada em 1.ª instância” (mesmo parecer n. 3/VIII, p. 178).

¹⁴¹³ Parecer da Câmara Corporativa n. 3/VIII, pp. 160 e 161.

¹⁴¹⁴ O governo diria mesmo, no preâmbulo do novo Estatuto Judiciário, que tinha perfeita consciência de que esta não era “uma forma perfeita e muito menos ideal de administração da justiça”, reiterando a crítica da impreparação dos magistrados titulares destes tribunais e concluindo mesmo que “muitos julgados são praticamente dirigidos pelo chefe da secção”. A posição de reserva do governo foi, aliás, secundada pela Câmara Corporativa em face das deficiências de estrutura e funcionamento destes tribunais (parecer n. 3/VIII, pp. 164, 165 e 172). Mais tarde, também Adelino da Palma Carlos (1972: 16 e 17) viria a desferir violento ataque à magistratura municipal, que, segundo o autor, abria as portas aos

dos julgados, por um lado extinguindo desde já os julgados que registassem movimento reduzido e, por outro, convertendo alguns julgados integrados em comarcas de muito movimento em tribunais de comarca. Com a supressão de dez julgados municipais e a criação de oito novas comarcas procurou-se aliviar o movimento das comarcas em que se integravam os julgados extintos. Esta multiplicação do número de comarcas e as novas exigências decorrentes da reforma do processo civil implicaram, por seu lado, a criação de seis novos círculos judiciais, embora com o custo do adiamento mais uma vez da introdução da dupla corregedoria, “quer pelo encargo inoportável que a medida constituiria para o Tesouro, quer principalmente porque os quadros da magistratura se haveriam de ressentir em larga escala das promoções prematuras que a inovação arrastaria consigo”.

Também a composição do tribunal plenário se manteve nos termos do direito vigente. A proposta do governo de alteração dos vogais deste tribunal, passando a sê-lo o juiz mais antigo da comarca e o juiz a que tivesse sido distribuído o processo da instrução preparatória, que agravaria ainda mais o défice do princípio da acusação nos processos julgados neste tribunal, foi rejeitada. Por sua vez, a proposta da Câmara Corporativa de que as reclamações em matéria de liberdade e pronúncia fossem julgadas por juízes distintos do juiz reclamado não foi acolhida.¹⁴¹⁵ A redacção final do Estatuto previa apenas que os juízes vogais eram os juízes presidentes mais antigos, segundo a escala de antiguidade da classe, dos juízes criminais da comarca sede do tribunal.

A competência do tribunal plenário foi alargada aos crimes de imprensa cometidos fora da comarca de Lisboa e do Porto, na sequência do parecer da Câmara Corporativa, tendo-se esclarecido, também por iniciativa desta Câmara, que o conhecimento dos crimes antieconómicos pelo tribunal plenário dependia de avocação determinada pelo Supremo Tribunal de Justiça.¹⁴¹⁶ O critério orientador do Supremo Tribunal de Justiça para determinação da avocação dos processos ao tribunal plenário era agora mais amplo, uma vez que acrescentava a “conveniência da justiça” ao anterior critério da “importância” da causa (Bases XIII e XIV da Lei n. 2.113, de 11.4.1962, e artigo 37, al. c).do novo Estatuto).

incompetentes, propondo a transformação destes tribunais em tribunais de comarca.

¹⁴¹⁵ Parecer da Câmara Corporativa n. 3/VIII, p. 174 (“De facto, esta reclamação tem a natureza intrínseca de um verdadeiro recurso, e é contra o princípio geral da estrutura dos recursos que tome parte na decisão deles precisamente a entidade de quem se recorreu”).

¹⁴¹⁶ Parecer da Câmara Corporativa, n. 3/VIII, pp. 175 e 176.

3. A tentativa de renovação do modelo consagrado: a Lei n. 2/72, de 10.5

Na sequência da revisão constitucional, aprovada pela Lei n. 3/71, de 16.8, foram consagradas algumas inovações importantes relativamente aos dois pilares do sistema de prevenção e repressão da criminalidade do modelo judiciário vigente, a prisão preventiva e as medidas de segurança, mantendo-se intactos os fundamentos da organização judiciária existente.¹⁴²³

O novo texto constitucional, que correspondia na sua substância à proposta de lei n. 14/X, apresentada pelo governo,¹⁴²⁴ procedeu à revisão do regime da prisão preventiva em obediência a uma política criminal compromissória, que visava a

que as mesmas fossem “em absoluto proibidas” (Marcello Caetano, 1967 b: 611). Igualmente crítico, Pedro Soares Martinez pôs em destaque “os termos tão pouco rígidos “ com que se definia a garantia da inamovibilidade dos juízes (Soares Martinez, 1971: 68). Foram ainda objecto da crítica de Manuel Salvador, Artur Santos Silva, Joaquim Roseira Figueiredo e Flávio Pinto Ferreira, além da possibilidade de transferência excepcional do juiz, as comissões de serviço para funções não judiciais, as classificações extraordinárias por mérito, as nomeações de juízes, obrigatórias para os designados, para certos cargos judiciários e a composição do Supremo Conselho Disciplinar (Manuel Salvador, 1972: 183, 295 a 303, Artur Santos Silva, 1973: 38 e 39, Roseira Figueiredo, 1972: 16 e 17, e Roseira Figueiredo e Flávio Ferreira, 1974: 42 e 43, 54 a 57, 72 e 73).

¹⁴²³ Apesar da amplitude das alterações propostas pelo governo, a revisão manteve, como concluiu a Câmara Corporativa, “intacta a lei fundamental no que ela tem de mais característico e identifiante” (parecer da Câmara Corporativa n. 22/X, p. 49) e, designadamente, no que toca à manutenção dos tribunais especiais com competência criminal. A Câmara Corporativa não recomendou a aprovação do projecto de lei n. 6/X, apresentado pelos deputados Francisco Sá Carneiro, Mota Amaral e Pinto Balsemão, entre outros, que previa a abolição dos tribunais criminais especiais, por a Câmara entender que não era necessária “uma medida tão drástica” já que havia dois “limites práticos e actuantes à proliferação” destes tribunais. Por um lado, a criação ou manutenção deste tipo de tribunais causava “danos políticos” aos regimes quando eles fossem criados ou mantidos sem que circunstâncias “muito particulares” os justificassem. Por outro, a Assembleia Nacional tinha competência sobre a matéria de organização judiciária, permitindo que os deputados estabelecessem um regime para aqueles tribunais “que os aproximam, tanto quanto possível e necessário, do ordenamento judiciário comum” (parecer da Câmara Corporativa n. 23/X, p. 306). Na mesma ocasião, a Câmara também manifestou a sua oposição a que fosse retirada a competência dos tribunais militares para conhecer dos crimes acidentalmente militares e à alteração das regras sobre a publicidade do processo. Votaram vencidos a não aprovação do projecto na generalidade os procuradores Maria de Lourdes Pintasilgo, Diogo Freitas do Amaral e André Gonçalves Pereira.

¹⁴²⁴ Actas da Câmara Corporativa, n. 61, de 3.12.1970.

liberalização do regime vigente, sem prejuízo da manutenção de um regime de detenção policial especial vigente para a criminalidade investigada por autoridades não judiciais.

Com efeito, o legislador constituinte não só consagrou mais abertamente o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva, que não deveria ser ordenada nem mantida quando pudesse “ser substituída por quaisquer medidas de liberdade provisória legalmente admitidas”, como restringiu o âmbito da admissibilidade da prisão preventiva fora de flagrante delito aos crimes dolosos puníveis com pena de prisão superior a um ano, em que se verificasse uma “forte suspeita da prática do crime”, consagrando o entendimento de Cavaleiro de Ferreira em face da publicação do Decreto-Lei n. 40.033, de 15.1.1955.¹⁴²⁵

A aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva estava associada a uma nova forma de responsabilização do arguido, nos termos da qual a violação das condições a que se encontrava subordinada a liberdade provisória poderia ter como consequência a prisão preventiva do mesmo, independentemente da natureza e da moldura da pena prevista para o crime indiciado.¹⁴²⁶ Por outro lado, a autorização

¹⁴²⁵ Diário das Sessões da Assembleia Nacional, n. 101, de 16.6.1971, pp. 2332 a 2335. O relator do parecer da Câmara Corporativa, o Professor Afonso Queiró, sugeriu uma restrição mais significativa da prisão preventiva sem culpa formada, prevendo-a apenas para os casos de crime doloso punível com pena maior e de crime punível com pena de prisão superior a um ano quando fosse praticado por pessoa judicialmente declarada como perigosa ou no período de execução de qualquer medida penal ou ainda quando a conduta do suspeito posterior ao facto revelasse perigo de fuga (Afonso Queiró, 1973: 276 a 278). Deste modo, a prisão preventiva sem culpa formada dos suspeitos da prática de crimes puníveis com pena superior a um ano de prisão em relação aos quais se verificasse perigo de continuação criminosa ou perigo de perturbação da instrução, a prisão preventiva de delinquentes perigosos sem a suspeita da prática de crimes puníveis com pena superior a um ano de prisão e a prisão preventiva de vadios e equiparados sem a suspeita da prática de crimes, que o direito vigente previa, ficariam desprovidas de fundamento constitucional. A Câmara não acompanhou o relator, omitindo no parecer final esta sugestão e recomendando a adopção do texto governamental (parecer n. 22/X, p. 106). Radicalmente distintos da proposta do governo eram o projecto de lei n. 6/X, que restringia a prisão preventiva aos casos de flagrante delito ou crime doloso punível com pena maior, sendo a duração máxima da prisão sem culpa formada de setenta e duas horas, improrrogáveis (Actas da Câmara Corporativa, n. 62, de 19.12.1970), e a proposta de modificação do artigo 8 da CRP apresentada por José Magalhães Godinho, que completava o texto do projecto de lei n. 6/X com a proibição expressa da prisão para averiguações ordenada por agentes da autoridade fora do âmbito do disposto no artigo 254 do CPP (José Magalhães Godinho, 1973: 53 e 54).

¹⁴²⁶ A versão final do texto constitucional ficou a dever-se à adopção da sugestão da Câmara Corporativa, que era mais ampla do que a da proposta do governo. Enquanto esta ligava implicitamente a manutenção da prisão preventiva à violação das condições da liberdade provisória e, portanto, a aplicação da prisão preventiva depois da violação daquelas condições só tinha lugar nos casos que admitiam a prisão preventiva, o parecer da Câmara separava as duas questões, de modo que o não cumprimento das condições a que ficasse subordinada a liberdade provisória podia determinar a prisão preventiva do arguido em qualquer caso e, portanto, também no caso de inadmissibilidade de prisão preventiva (parecer n. 22/X, p. 110). O legislador constituinte foi manifestamente influenciado pelas recentes reformas introduzidas no direito alemão pela Lei de reforma da StPO e da GVG, a *Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes*, de 19.12.1964, e, em especial, no direito

para prisão fora de flagrante delito ainda podia ser levada a efeito “mediante ordem por escrito da autoridade judicial ou de outras autoridades expressamente indicadas na lei”, dando cobertura constitucional à previsão legal de competência de quaisquer órgãos policiais, mesmo subalternos, para determinar a prisão preventiva fora de flagrante delito. Simultaneamente, a nova garantia constitucional de revalidação da prisão preventiva sem culpa formada e do controlo subsequente da manutenção da prisão, com prévia audiência do detido em ambos os casos, não era ligada à reserva judicial do exercício desta competência, podendo a revalidação e a manutenção da prisão ser determinadas por autoridade policial ou administrativa legalmente competentes.¹⁴²⁷

francês pela Lei de reforma do CPP, a *Loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, n. 70.643, de 17.7.1970. Embora ambas tenham consagrado novas medidas de controlo judiciário em alternativa à prisão preventiva, a lei alemã previa apenas que a suspensão da execução da decisão que ordenasse a prisão preventiva fosse condicionada à aplicação de certas medidas restritivas da liberdade de movimentação e que a prisão preventiva fosse executada no caso de o arguido violar grosseiramente aquelas limitações ou de proceder de modo a não merecer a confiança nele depositada, ao invés da lei francesa, que previa a sujeição do arguido a prisão preventiva quando ele se subtraísse voluntariamente às obrigações do controlo judiciário, independentemente da pena de prisão aplicável ao crime imputado ao arguido. Os novos poderes “exorbitantes”, a “omnipotência” do juiz de instrução francês, cuja decisão não era motivada nem recorrível e podia submeter a uma medida de controlo não aplicável na sentença quaisquer arguidos, mesmo domiciliados e sem antecedentes criminais, foram censurados na doutrina (Couvrat, 1971: 112 e 113, e Larocque, 1971: 140, e Jean Pradel, 1971: 171 e 172), que, por outro lado, louvou o fim do “dogma da separação entre a instrução e o julgamento” resultante da “transposição por vezes quase-absoluta da suspensão da pena, da liberdade condicional e de certas interdições pronunciadas a título principal” para o regime do controlo judiciário. Aquela transposição permitiria ao juiz encontrar soluções mais adequadas à personalidade do delinquente logo na fase instrutória do processo, que não prejudicassem, antes favorecessem a aplicação futura de sanções não detentivas (Jean Pradel, 1971: 170, e Raymond Charles, 1972: 187 e 188). Apesar das dificuldades e limitações inerentes a cada um destes regimes, a ideia da prevalência dos substitutos legais da detenção preventiva e, designadamente, do controlo judiciário, mereceu também a adesão do autor do relatório geral do VIII congresso internacional de direito comparado sobre a “detenção antes de julgamento”, o Professor Eduardo Correia (1971: 46 e 47).

¹⁴²⁷ Com efeito, a Câmara Corporativa reconheceu expressamente que “tanto vale dizer-se que a prisão poderá ser ordenada pela «autoridade competente» (segundo a lei ordinária) como dizer-se que o poderá ser «por ordem de autoridade judicial ou de autoridades expressamente indicadas na lei». A necessidade de admitir que outras, que não apenas a autoridade judicial, possam ordenar a prisão preventiva resulta especialmente de se não preverem providências sucedâneas dessa que dispensem o mandato judicial, especialmente no domínio dos delitos que atentem contra a segurança e a ordem pública.” Contudo, esta atribuição de poderes jurisdicionais a autoridades não judiciais seria compensada pela consagração de um sistema de “contrôle tanto quanto possível exercido por autoridades independentes e distintas das que podem decretar a prisão”, mas não necessariamente por tribunais, admitindo mesmo a Câmara a verificação de “desvios de uma tal directriz” que só podiam conceber-se “como excepcionais ante muito sérias razões, todas referidas a impreteríveis exigências processuais, no específico domínio de segurança e de ordem pública” (parecer n. 22/X, p. 107). Não foi este, no entanto, o texto apresentado pelo relator do parecer, que afirmava expressamente a necessidade de “um contrôle por autoridades independentes e distintas das que podem decretar a prisão”, pelo que o novo preceito constitucional devia prever a sujeição obrigatória da manutenção da prisão preventiva sem culpa formada a decisão judicial no prazo máximo de setenta e duas horas (Afonso Queiró, 1973: 279 e 282). O projecto de lei n. 6/X ia ainda mais longe, vedando a determinação por autoridade não judicial da prisão preventiva fora de flagrante delito e prevendo que a decretação de todas as medidas restritivas da liberdade, incluindo a prisão preventiva,

Ao invés, a reforma do regime das medidas de segurança obedecia a um desígnio liberal uniforme do legislador constituinte no sentido de equiparar, tanto quanto possível, as garantias do cidadão a quem fosse aplicável uma medida de segurança com as que a lei constitucional previa para o cidadão a quem fosse aplicável uma pena. Assim, as medidas de segurança foram submetidas ao princípio da legalidade, de acordo com a proposta da Câmara Corporativa, e o processo de segurança subordinado à garantia da instrução contraditória.¹⁴²⁸ Coroando o referido esforço de equiparação das medidas de segurança e das penas, o legislador constituinte proibiu “as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade pessoal com carácter perpétuo, com duração ilimitada ou estabelecidas por períodos indefinidamente prorrogáveis”, com a ressalva das que se fundassem em anomalia psíquica e tivessem fim terapêutico.¹⁴²⁹

dependia de ordem judicial e que toda a prisão podia ser substituída por caução (Actas da Câmara Corporativa, n. 62, de 19.12.1970).

¹⁴²⁸ De acordo com a Câmara Corporativa, o princípio da legalidade tinha no âmbito das medidas de segurança a função de assegurar, “pelo menos, a anterioridade da lei que fixa os pressupostos da aplicação da medida de segurança e, portanto, os índices da perigosidade” (parecer da Câmara Corporativa n. 22/X, p. 94, em conformidade com a versão inicial do parecer de Afonso Queiró, 1973: 269).

¹⁴²⁹ A fundamentação apresentada na proposta governamental para esta proibição foi a de que “é e será sempre difícil averiguar com um mínimo de garantias, perante alguém que se encontre segregado das formas normais da vida comunitária, se a perigosidade continua ou não. E tal dificuldade agravar-se-á, até se transformar em verdadeira impossibilidade, à medida que aquela segregação for durando. O respeito devido ao valor das pessoas não autoriza que se mantenham medidas privativas ou restritivas da liberdade quando não possa formar-se convicção séria de que a manutenção das mesmas se justifica. E a prática, aliás, tem mostrado o bem fundado destas razões e também a pouca utilidade de um sistema da prorrogabilidade ilimitada das medidas de segurança” (Actas da Câmara Corporativa, n. 61, de 3.12.1970). O governo mostrava-se, pois, determinado a promover a alteração constitucional por força da ineficácia prática e do efeito contraproducente do sistema de medidas de segurança de duração ilimitada. Além da crítica doutrinária à categoria teórica do preso indisciplinado, a que adiante se fará menção, a proposta do governo foi também incentivada pelas conclusões dos trabalhos sobre delinquentes habituais do Grupo Consultivo Europeu para a prevenção do crime e tratamento dos delinquentes (José Guardado Lopes, 1957: 83, e 1959: 86), e pela apresentação no início da década de sessenta do Projecto de Código Penal, do Professor Eduardo Correia, em que se defendia a pena relativamente indeterminada como uma sanção ao abrigo da censura da inconstitucionalidade da pena absolutamente indeterminada (Eduardo Correia, 1963 a: 74), sendo aquela mais conforme com a concepção ético-retributiva da culpa referida à personalidade e com a “vantagem de não fortalecer a administração penitenciária numa atitude de passiva indiferença (se o delinquent não se corrige tanto pior para ele)” (Eduardo Correia, 1963 b: 46 e 47, e, de novo, em 1964: 343 e 344, e 1970: 32, e a favor José Pizarro Beleza, 1968: 309 a 315, Figueiredo Dias, 1971 b: 37 e 38, e 1983 b: 213, e 1983 c: 37 a 39, Anabela Rodrigues, 1983: 291 a 293, e Costa Andrade, 1983: 211, mas já com reservas no que toca à legitimidade da pena que ultrapassa o máximo da moldura penal abstractamente fixada para o facto, Figueiredo Dias, 1984: 794, e 1993: 560 a 563, António Almeida Costa, 1989: 443, e Carlota Almeida, 2000 a: 122 a 124 e 152, e abertamente contra David Augusto Fernandes, 1968: 132 a 136, o voto de vencido de Manuel Gomes da Silva, junto ao parecer n. 54/X, da Câmara Corporativa, in Actas da Câmara Corporativa, 1973, p. 2709, e Teresa Beleza, 1983: 11, 16 e 27, e, já antes do projecto, João Arantes Rodrigues, 1958: 182). Acresce que a indeterminação absoluta das penas se tornou também objecto da censura da doutrina médico-legal (“a pena indeterminada

A revisão constitucional desencadeou um processo de renovação do direito ordinário, tendo a Assembleia Nacional iniciado este processo com a aprovação de uma lei de bases da organização judiciária, a Lei n. 2/72, de 10.5, que foi seguida pela publicação de vários decretos pelo governo concretizando aquelas bases quer no âmbito do direito penal substantivo e processual quer no da organização judiciária.¹⁴³⁰

(numa administração penitenciária fatalmente contaminada pelos defeitos dos homens, mesmo que teoricamente perfeita) é altamente perigosa para o próprio homem, e naturalmente também, nessa medida, para a sociedade”, Fernando Oliveira Sá, 1968: 387). A solução restritiva já tinha, aliás, merecido o acordo de princípio do próprio ministro da justiça, Professor Antunes Varella, que, no entanto, salientava que o ponto crucial da reforma era “o da firmeza com que ela necessita de ser aplicada, em dois ou mais momentos sucessivos: primeiro, na fixação do limite máximo da pena, por parte do tribunal que aprecia a infracção; depois, nas propostas de prorrogação que, até ser atingido esse limite, teriam de ser elaboradas pelos serviços prisionais, relativamente a reclusos muitas vezes perigosos, cuja presença pode ser incómoda no estabelecimento em que se encontram internados” (Antunes Varella, 1966 a: 17). A reserva ministerial tinha, contudo, mais do que uma natureza teórico-dogmática, verdadeira natureza política, pois a defesa de uma pena relativamente indeterminada no âmbito de um sistema monista visava, além do tratamento positivo da criminalidade especialmente perigosa, um efeito negativo muito relevante, que era o da rejeição por princípio da aplicação de medidas de segurança a delinquentes políticos, uma vez que se tratava de delinquentes imputáveis. Esta mesma vertente negativa da opção monista ficou bem patente logo na primeira sessão de discussão do projecto de Eduardo Correia de 1963, quando foi colocada por Guardado Lopes e Maia Gonçalves a questão da necessidade de um desvio ao sistema monista para os delinquentes políticos ou mesmo da manutenção da solução da prorrogação da pena aplicada a estes delinquentes e aos vadios e equiparados. Eduardo Correia defendeu que “não parece que se tenha de modificar a estrutura monista sobre a qual assenta o Projecto, em homenagem a um caso particularíssimo como é o dos crimes políticos”. A afirmação do princípio monista implicaria, segundo Eduardo Correia, a remissão para a parte especial de qualquer solução especial que o governo pretendesse consagrar para os delinquentes políticos (Ministério da Justiça, 1965: 24). As reservas de natureza política terão constituído a razão por que o projecto não encontrou aceitação oficial, como já foi notado por Figueiredo Dias (2001: 125).

¹⁴³⁰ A proposta de lei n. 17/X do governo foi apresentada na sessão de 23.2.1972, tendo sido discutida na generalidade nas sessões seguintes. Na sessão do dia 26, o presidente da Assembleia interrompeu a discussão para pedir um parecer “urgente” da Câmara Corporativa sobre a proposta de alteração à proposta do governo apresentada pelo deputado Sá Carneiro nesse dia na mesa da assembleia (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, pp. 3262 e 3263). A Câmara Corporativa pronunciou-se no sentido da rejeição da proposta na sua generalidade, com base em “violação da Constituição no aspecto processual”, abstendo-se deste modo de apreciar as propostas na especialidade. Na sessão de 17.3.1972, foi reaberta a discussão na generalidade e o deputado relator da comissão de administração e política geral e local colocou a questão prévia da não admissão à discussão e votação na especialidade das propostas de alteração apresentadas por Sá Carneiro. Depois de um debate aceso, a questão prévia foi aprovada por 65 votos a favor e 20 contra, tendo faltado à chamada para a votação 36 deputados (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, p. 3400). Na sessão do dia seguinte, foram ainda enviadas à mesa duas propostas de emenda e aditamento dos deputados Mota Amaral e Sá Carneiro aquando do início da discussão na especialidade das bases da proposta do governo. A discussão restringiu-se à primeira proposta sobre a sujeição dos processos dirigidos pela Direcção Geral de Segurança aos futuros juizes de instrução criminal, tendo ela sido rejeitada. A partir desta votação, a discussão findou praticamente, sendo as restantes propostas de emenda dos deputados da oposição rejeitadas uma após outra e aprovadas as bases do governo, com uma pequena emenda sugerida pela Câmara Corporativa. A mais emblemática medida defendida por Sá Carneiro foi a da extinção dos tribunais plenários, passando a sua competência, que já tinha sido restringida pela base XXXVIII da Lei n. 5/71, de 5.11, no que toca aos crimes de imprensa, para os tribunais colectivos de Lisboa e do Porto. Só o deputado Pinto Balsemão se pronunciou em defesa desta proposta na votação na especialidade, embora com a “convicção de que pouco adiantará ser breve ou não o ser” (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, p. 3422). A proposta de Sá Carneiro previa ainda a escolha pela magistratura judicial dos seus membros para os

As duas opções fundamentais do legislador consagradas na nova lei foram a da criação de juízes de instrução criminal, com competência para exercer as “funções jurisdicionais” durante a instrução preparatória, conduzir a instrução contraditória e dar a pronúncia nos feitos instruídos pela Polícia Judiciária, e a da possibilidade de instituição de tribunais colectivos nos juízos correcionais e de polícia nas comarcas de Lisboa e do Porto. A primeira opção, que consubstanciava a reintrodução de uma magistratura já conhecida no processo penal português, tinha um carácter restritivo, quer no que toca às competências jurisdicionais atribuídas ao novo magistrado,¹⁴³¹ quer no que respeitava ao âmbito territorial da solução, que se restringia às comarcas de maior movimento processual. A justificação desta última restrição era a de que nessas comarcas se concentrava a investigação da Polícia Judiciária, que interessava especialmente controlar, atenta a atribuição de poderes jurisdicionais àquela polícia.¹⁴³² Contudo, admitia-se que o sistema evoluiria para uma generalização desta magistratura.¹⁴³³

diversos cargos judiciais e a eleição dos presidentes do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações de entre os juízes que compunham estes tribunais e por estes juízes, determinava a formação do Conselho Superior Judiciário com uma maioria de membros eleita pelos juízes, proibia as comissões de serviço para cargos judiciais e a transferência do magistrado judicial sem o seu acordo e restringia a admissibilidade da suspensão, da colocação na inactividade, da aposentação e da demissão de juízes às decretadas no âmbito de um processo disciplinar, com a ressalva das normas relativas a promoções e a limites de idade e incapacidade física (Bases XI e XII da proposta de alteração à proposta de lei n. 17/X, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, 1972, p. 3263). Ao invés, a proposta do governo nada mudava a propósito da independência do poder judicial (Francisco Sá Carneiro, 1973: 16).

¹⁴³¹ O regulamento dos juízos de instrução criminal, aprovado pelo Decreto-Lei n. 343/72, de 30.8, estabeleceu que as “funções jurisdicionais” dos juízes de instrução compreendiam a validação e a manutenção das capturas, a decisão sobre a liberdade provisória, a aplicação provisória de medidas de segurança, a admissão do assistente e a condenação em multa e imposto de justiça. Em conformidade com o disposto na lei de bases, o Decreto-Lei n. 414/73, de 21.8, alterou o Estatuto Judiciário, incluindo esta regulamentação das funções desempenhadas pelos juízes de instrução criminal.

¹⁴³² Por esta razão, a Portaria de 14.9.1972 criou juízos de instrução em Lisboa, Porto, Coimbra e Funchal, que substituiriam as subdirectorias da PJ de Lisboa e do Porto, a inspeção de Coimbra e a brigada do Funchal nas funções jurisdicionais por elas exercidas.

¹⁴³³ Assim se pronunciou a Câmara Corporativa (parecer n. 33/X, p. 82), como também o fizeram alguns deputados da maioria e, designadamente, o deputado Cotta Dias (*Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, 1972, p. 3417). Os procuradores Adelino da Palma Carlos e Arala Chaves votaram vencidos o parecer da Câmara, porque entendiam que os juízos de instrução se justificavam não só para os feitos instruídos pela PJ, como também para os instruídos pela DGS e outros organismos com competência instrutória especializada. Esta opinião foi reiterada pouco tempo depois por Palma Carlos nestes termos: “não há, estou certo disso, um jurista solvável que compreenda por que se dão aos arguidos de certos crimes garantias que não são concedidas aos arguidos doutros crimes” (Adelino da Palma Carlos, 1972: 27). Na discussão na Assembleia Nacional, esta questão foi debatida até à exaustão, tendo-se destacado na defesa das propostas de Sá Carneiro e Mota Amaral os deputados Homem Ferreira, Pinto Balsemão e Pinto Machado, e na oposição a elas os deputados Ramiro Queirós e Duarte de Oliveira. Segundo Sá Carneiro, o propósito do governo era o de cobrir a “lacuna de constitucionalidade” que constituía a concessão do exercício de poderes jurisdicionais às polícias, mas a solução dada apresentava-se como uma “incongruência” por não prever o controlo dos processos instruídos pela DGS e mesmo por “não

Deste modo, a instrução preparatória dos processos da competência da Direcção Geral de Segurança, criada pela Decreto n. 49.401, de 24.11.1969, e regulamentada pelo Decreto-Lei n. 368/72, de 30.9, permanecia à revelia do controlo jurisdicional e mesmo do Ministério Público, com a circunstância agravante de que a assistência de advogado constituído aos interrogatórios do arguido podia ser interdita quando houvesse “inconveniente para a investigação ou a natureza do crime” o justificasse, devendo o advogado constituído ser substituído por um defensor nomeado oficiosamente ou por duas testemunhas “qualificadas” e obrigadas a segredo de justiça (artigo 10 do Decreto-Lei n. 368/72).¹⁴³⁴

cobrirem todas as autoridades instrutórias, designadamente o Ministério Público” (Sá Carneiro, 1973: 19), razão pela qual o deputado tinha, na sua proposta de alteração à proposta n. 17/X, sugerido a criação de juízos de instrução para a realização da instrução “de todos e quaisquer processos criminais”, incluindo a prolação do despacho de pronúncia ou equivalente, sendo a instrução contraditória em “todas as suas fases” (Base I, ns. 1 e 2, in Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, p. 3262). Também o deputado Mota Amaral apresentou, sem sucesso, uma emenda à proposta do governo no sentido de os processos da DGS serem submetidos ao controlo do juiz de instrução (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, p. 3409). A ideia subjacente a estas duas propostas já tinha, aliás, sido defendida no artigo 8, n. 10, do fracassado projecto de lei n. 6/X de revisão da Constituição, que previa uma “instrução judiciária escrita, preparatória e contraditória”, com o direito de assistência de um defensor (in Actas da Câmara Corporativa, n. 62, de 19.12.1970), e tinha sido advogada por Francisco José Velozo, com base na revogação das disposições inquisitórias do Decreto-Lei n. 35.007 e do CPP pela revisão constitucional de 1951, que teria tornado não só a instrução contraditória obrigatória em todos os processos como toda a instrução contraditória (Francisco José Velozo, 1971 a: 343 a 349, e, em termos algo distintos, 1986: 396). Os deputados da maioria invocaram a natureza especial dos crimes investigados pela DGS para justificar a manutenção do regime em vigor e a circunstância de esta reforma parcial ir mesmo além da Constituição, que não exigia a legalização da prisão pelo poder jurisdicional, sendo “inexigível o óptimo, a perfeição total” por falta de possibilidades materiais e humanas “de resolver o problema integralmente dentro do Ministério da Justiça” (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, pp. 3261, 3411 e 3413), ao que o deputado Mota Amaral opunha que “o facto de se prescindir da intervenção de um órgão com as garantias de imparcialidade e independência, como é a do juiz do tribunal comum, vem deixar um instrumento que é possível utilizar de uma forma opressiva das próprias consciências totalmente nas mãos do Executivo” (Diário das Sessões da Assembleia Nacional, 1972, p. 3411). Concluindo também que a nova regulamentação dos juizes de instrução era “insuficiente para lograr uma verdadeira democratização do processo penal - quer, sobretudo, do respeitante a crimes políticos, quer mesmo do relativo a crimes comuns”, Figueiredo Dias, 1974: 265 e 266, e 1983 a: 196.

¹⁴³⁴ Este regime especial foi repudiado em uma exposição dirigida por quatrocentos e cinco advogados ao presidente do conselho de ministros, em 11.11.1972, tendo a exposição sido despachada “no sentido de que o assunto seria estudado oportunamente” (Moitinho de Almeida, 1972: 109). No exílio, Marcello Caetano justificou a manutenção de certas especialidades do regime processual da instrução dirigida pela DGS em relação ao novo regime processual comum com as reservas colocadas pela polícia (“A polícia, porém, levantou objecções a que se aplicassem certos preceitos, como o da faculdade de assistência de advogado aos interrogatórios dos detidos. E fundamentava-se na prática em todo o mundo quanto a crimes de traição e contra a segurança do Estado, agora particularmente necessária por serem, por via de regra, correligionários dos arguidos, militantes ou simpatizantes do partido os advogados convocados pelos terroristas ou comunistas detidos, de tal modo que nunca mais um destes abriria a boca para dizer fosse o que fosse. Aceitaram-se as razões e ficou sendo facultativa a presença do advogado mas sempre obrigatória a de testemunhas”, Marcello Caetano, 1974: 77). A inconstitucionalidade ou a “constitucionalidade mais do que duvidosa” desta disposição foi logo salientada por Caldeira Marques (1973: 513 e 516), Azevedo e Silva (1973: 518, 519 e 522), Augusto Rocha (1973: 525 e 526), Figueiredo Dias (1974: 493) e Luso Soares (1974: 84). Figueiredo Dias dirá mais tarde que as reformas introduzidas

Assim, o ministro do interior mantinha, em relação à Direcção Geral de Segurança, os poderes que a lei conferia ao ministro da justiça e ao procurador-geral da República relativamente à Polícia Judiciária, por um lado,¹⁴³⁵ e por outro, as funções jurisdicionais que a lei comum atribuía ao juiz durante a instrução preparatória no tocante ao interrogatório de arguidos presos, à validação e manutenção de capturas e à decisão sobre a liberdade provisória eram desempenhadas indistintamente pelo director geral, pelo subdirector geral, pelos inspectores superiores, pelos directores de serviço e pelos inspectores-adjuntos.

Se os poderes do ministro do interior eram os mesmos que o diploma regulador da PIDE de 1954 tinha fixado e o de 1961 tinha mantido, a relação entre os órgãos dirigentes da DGS e os funcionários subalternos dirigentes da instrução preparatória era distinta da estabelecida naqueles diplomas, regressando ao modelo inicial de 1945. Com efeito, a divisão clara de tarefas entre os órgãos dirigentes da DGS, aos quais incumbia a validação e a manutenção da captura, e os inspectores, aos quais competia a direcção da instrução preparatória, permitia de novo a realização do pensamento originário do autor da reforma de 1945, atribuindo o exercício das funções jurisdicionais a autoridades distintas da entidade instrutória.¹⁴³⁶

A segunda opção fundamental consagrada na nova lei de bases de alargamento do tribunal colectivo aos juízos correcionais e de polícia correspondia ao aproveitamento para o processo penal dos resultados da experiência da última reforma

no final do anterior regime representavam “algumas conquistas no sentido da liberalização”, mas que, no tocante às “especialidades relativas aos julgamentos políticos, o combate fracassou” (Figueiredo Dias, 1979: 164).

¹⁴³⁵ Deve, contudo, ser realçado o facto de que, no âmbito do Ministério da Justiça, o controlo por via ministerial da actividade com relevância processual do Ministério Público estava vedado em face do entendimento do titular da pasta à data da publicação dos diplomas reformadores, o Professor Mário Júlio de Almeida Costa, segundo o qual “a superintendência do Ministro da justiça não assume – não deve assumir – um carácter casuístico de instruções relativas a processos concretos. Pelo contrário, efectiva-se – e somente se deve efectivar – sob a forma de directrizes genéricas quanto ao modo de actuar em matéria de prevenção e repressão criminal e de interpretação abstracta de normas legais” (Mário Almeida Costa, 1969 a: 13), reiterando, aliás, o entendimento já expresso por Cavaleiro de Ferreira nas suas lições (1955: 84). Embora notando-se que o regime de comissão de serviço dos quadros superiores do Ministério Público “não favorecia o sentimento de independência, antes se integrava na ideia-mestra de assegurar a hierarquização real”, já se disse retrospectivamente “que na prática os comandos superiores se mostravam bem ténues e de nenhum modo com atropelo da liberdade de consciência dos magistrados”, Eduardo Arala Chaves, 1980: 82).

¹⁴³⁶ Assim, quer pelo que vai dito no texto, quer pelo que adiante ainda se dirá no que toca à restrição do prazo máximo da prisão preventiva na instrução preparatória, não é correcta a tese comum na doutrina, segundo a qual a reforma consubstanciada na substituição da PIDE pela DGS teve uma natureza “meramente semântica” ou constituiu uma “modificação puramente aparente” (Alexandre Manuel e

do processo civil, com base no entendimento de que “a organização judiciária do sector criminal e o próprio processo penal estão atrasados relativamente à evolução da organização judiciária destinada a servir a jurisdição cível e o processo cível”.¹⁴³⁷ Esta opção estratégica de aproximação entre o processo civil e o penal era motivada, por um lado, por uma associação do princípio da oralidade a um juízo definitivo da matéria de facto do tribunal de primeira instância e, por outro lado, por uma apreciação muito crítica das possibilidades técnicas e organizativas de implementação das alternativas ao tribunal de colectivo e, designadamente, do registo da prova na primeira instância ou da repetição da prova na segunda instância.¹⁴³⁸

Assim, o tribunal colectivo dos juízos criminais era constituído pelo juiz corregedor do juízo criminal por onde corria o processo, que presidia, e por dois juízes adjuntos, que fossem titulares de outros juízos criminais, dos juízos correcionais ou do tribunal de polícia e, à semelhança do que ocorria nos juízos dos tribunais cíveis de Lisboa e do Porto, o tribunal colectivo dos juízos correcionais e do tribunal de polícia era constituído pelo juiz do juízo por onde corria o processo, que presidia, e por dois titulares de outros juízos correcionais ou de polícia. No entanto, ao invés da jurisdição cível, o julgamento da matéria de facto e de direito competia sempre ao tribunal

outros, 1974: 21, Luso Soares, 1974: 77 e 78, António Barreiros, 1982 a: 828, Maria Carrilho, 1985: 436, Manuel Braga da Cruz, 1988: 47, e Damião Cunha, 1993: 54).

¹⁴³⁷ Parecer da Câmara Corporativa n. 33/X, pp. 86 a 88.

¹⁴³⁸ Parecer da Câmara Corporativa n. 33/X, pp. 55 e 56. A Câmara Corporativa procedeu a uma crítica muito severa do tribunal colectivo, imputando-lhe uma “tendência para a autocracia no domínio das provas”, a “frustração da colegialidade”, “a perturbação no serviço das comarcas” e a “antecipação do julgamento das questões de direito”, mas concluiu que “a experiência dos corregedores-adjuntos que não são titulares de qualquer tribunal resultou numa melhoria da qualidade do serviço” e, portanto, também na jurisdição criminal, “a intervenção do tribunal colectivo, acrescida da imposição de justificar as respostas aos quesitos em termos de representar breve extracto da prova ouvida e da sua identificação,” constituía a escolha “mais consentânea com as realidades” (parecer n. 33/X, pp. 57, 85, 88 e 89). A proposta do governo de alargamento do âmbito de intervenção do tribunal colectivo foi criticada quer pelo seu carácter vago (Sá Carneiro, 1973: 18), quer pela “verdadeira onipotência dos tribunais em matéria de apreciação da prova” resultante de os Tribunais de Relação estarem “praticamente inibidos” de sindicar a decisão sobre a matéria de facto da primeira instância, em processo penal tal como em processo civil (os votos de vencido dos procuradores Adelino da Palma Carlos e Trigo Negreiros no parecer n. 33/X, pp. 97 e 98, reiterando o primeiro os votos de vencido nos pareceres ns. 51/VI, pp. 433 e 434, e 3/VIII, p. 196). Por outro lado, a ineficácia da obrigatoriedade da fundamentação das respostas aos quesitos, já experimentada no processo civil, em face da própria insuficiência das fórmulas utilizadas e da impossibilidade de a Relação alterar as respostas com base na motivação, não oferecia “nenhuma espécie de garantia”, sugerindo alguns que se procedesse ao registo da prova de modo a permitir a sua ampla sindicância pelo tribunal de recurso ou mesmo à repetição do julgamento (o voto de Palma Carlos no parecer da Câmara Corporativa n. 33/X, p. 98, Roseira Figueiredo, 1972: 36 a 38, e Sá Carneiro, 1973: 17 e 18). Já em 1957 Palma Carlos tinha votado vencido na admissão dos tribunais colectivos na jurisdição do trabalho, por a experiência na jurisdição civil ter mostrado que estes tribunais, munidos do poder de decidir da matéria de facto “praticamente sem recurso”, decidiam “sem prova e até contra a prova”, sendo

colectivo e o encargo da elaboração do acórdão ao presidente do tribunal.¹⁴³⁹

A concretização das alterações constitucionais ficou concluída com a publicação dos diplomas que procederam à reforma do direito penal substantivo e processual, o Decreto-Lei n. 184/72, e o n. 185/72, ambos de 31.5.1972, e o Decreto-Lei n. 450/72, de 14.11.¹⁴⁴⁰

A opção do legislador constituinte de limitação da duração das sanções criminais teve consequências não só no direito das medidas de segurança, mas também no das penas criminais. No tocante a estas, a liberdade condicional deixou de poder exceder a duração da pena imposta e, quando revogada, o condenado tinha apenas de completar o cumprimento da pena, não se descontando o tempo que passou em

“gerais os clamores contra o sistema” nessa altura (parecer da Câmara Corporativa n. 51/VI, p. 433).

¹⁴³⁹ Em conformidade com o disposto na lei de bases, o Decreto-Lei n. 202/73, de 4.5, e o n. 414/73, de 21.8, alteraram o Estatuto Judiciário e os mapas a ele anexos, regulamentando a composição dos tribunais colectivos dos juízos criminais, dos juízos correcionais e dos juízos de polícia das comarcas de Lisboa e do Porto, sendo os juízes dos juízos correcionais vogais nos colectivos dos juízos criminais de Lisboa e do Porto, os juízes dos juízos correcionais e do Tribunal de Execução de Penas vogais nos colectivos dos juízos correcionais de Lisboa, os juízes dos juízos correcionais e do Tribunal de Recurso das Avaliações vogais nos colectivos dos juízos correcionais do Porto, os juízes dos juízos de polícia vogais nos colectivos destes juízos de Lisboa e os juízes dos juízos de polícia e os juízes do Tribunal de Execução de Penas vogais nos colectivos dos juízos de polícia do Porto. Simultaneamente, o primeiro daqueles diplomas criou seis novas comarcas, reclassificou várias comarcas, restaurou dois julgados municipais, reorganizou os círculos judiciais e criou alguns outros novos, com os objectivos de “descongestionar os tribunais comarcãos” e de corresponder “a imperativos de progresso local”. O diploma criou também um novo Tribunal da Relação em Évora e ampliou os quadros das restantes Relações, associando esse facto não apenas à publicação do Código Civil de 1966 e a reformas legislativas posteriores a esta data, mas também a reformas “próximas de promulgação”, que tornavam necessário dotar os tribunais superiores do número de magistrados adequado às novas realidades e criar uma nova Relação. O ministro da justiça, Professor Mário Júlio de Almeida Costa, voltou a referir-se aos trabalhos em curso de reforma da “legislação processual” ainda nesse ano, na ocasião do acto de posse dos magistrados do novo Tribunal da Relação de Évora (Almeida Costa, 1973 a: 6). A criação de um novo Tribunal da Relação e a ampliação dos quadros das restantes Relações facilitaria a provável introdução de um segundo grau de jurisdição em matéria de facto, defendida no âmbito destes trabalhos de reforma. Com efeito, o referido ministro tinha constituído uma comissão para proceder ao estudo das principais e mais urgentes alterações a introduzir no Código de Processo Civil, da qual faziam parte os Professores Adelino da Palma Carlos, Castro Mendes e Pessoa Vaz. Segundo este último Professor, o governo mostrava o “maior interesse” na ideia da necessidade da consagração de um segundo grau de jurisdição em matéria de facto (Pessoa Vaz, 1973: 168 e 169, e 1986: 724).

¹⁴⁴⁰ Estes diplomas foram publicados sem prejuízo da continuação dos trabalhos de reforma do direito penal iniciados com a apresentação do Projecto de Código Penal do Professor Eduardo Correia. Com efeito, o governo tinha a intenção de apresentar na Assembleia Nacional uma proposta de lei das “bases gerais sobre a definição das penas criminais e das medidas de segurança”, como efectivamente veio a fazê-lo (BAPIC, n. 29, pp. 155 a 171), não contendo aquela iniciativa com a necessidade de “complementar, ao nível da legislação ordinária, as recentes alterações constitucionais com reflexos na lei penal substantiva e adjectiva”, atendendo também a que “é sentida a oportunidade de certas actualizações imediatas de tais ramos do direito, sem prejuízo da incentivação e do desejo daquela reforma mais ampla” (Mário Almeida Costa, 1972 a: 7). A motivação fundamental de ambos os trabalhos de reforma penal era a da “acentuação do princípio do respeito da pessoa humana e do valor educativo do tratamento penal, com o objectivo precípuo de recuperação dos sentenciados” (Mário Almeida Costa, 1972 a: 11).

liberdade.¹⁴⁴¹ No que respeita àquelas sanções, todas as medidas de segurança privativas da liberdade como tal consideradas pelo Código Penal e por legislação especial foram de novo submetidas ao prazo máximo de três anos, improrrogável, regressando-se ao regime introduzido em 1954 e parcialmente abandonado em 1956. A aplicação provisória de medidas de segurança privativas de liberdade foi proibida, com excepção do internamento em manicómio criminal, repondo em vigor o princípio consagrado em 1945 e abandonado em parte em 1949 e inteiramente em 1956.

A prorrogação ilimitada da pena de prisão foi abolida, tal como o foram as medidas de segurança privativas da liberdade aplicáveis a delinquentes políticos, limitando-se a prorrogação da pena a dois períodos sucessivos de três anos e tornando-a aplicável apenas aos delinquentes habituais e por tendência e aos delinquentes imputáveis perigosos em razão de anomalia mental, com o consequente desaparecimento da categoria dos presos indisciplinados e da possibilidade de aplicação de uma pena indeterminada a qualquer condenado em pena de prisão ou prisão maior.¹⁴⁴² Contudo, aos delinquentes imputáveis perigosos em razão de anomalia

¹⁴⁴¹ Não obstante o regime da liberdade condicional ter sido concebido na reforma prisional de 1936 como o segundo pilar do sistema de repressão da criminalidade, a par da prorrogação da pena de prisão, convertendo-se a liberdade condicional, ao menos no que toca aos delinquentes de difícil correcção, em um modo de cumprimento da pena com a finalidade específica da readaptação do delinquente à vida em liberdade (Cavaleiro de Ferreira, 1938 a: 134, Sliwowski, 1939: 375 e 376, José Beleza dos Santos, 1952: 405 e 407, e 1953: 33, e António Almeida Costa, 1989: 418 e 419), os tribunais mantiveram uma prática muito restritiva (Álvaro Lopes-Cardoso, 1963: 76 a 80). Com a reforma de 1972 a liberdade condicional passou a ser considerada “uma última fase da execução da pena de prisão, pelo que a respectiva aplicação se alargou necessariamente, permitindo mais perfeita individualização do tratamento penitenciário, em regime de cura livre” (Mário Almeida Costa, 1973 b: 8), perdendo deste modo a sua anterior natureza de medida de segurança, que lhe era reconhecida não só pela doutrina (Joaquim Silva Cunha, 1944 b: 200, Vitor Faveiro, 1949: 369, José Beleza dos Santos, 1952: 403, e 1955 a: X e XI, Robert Vouin, 1954: 185 e 186, Roberto Pinto e Alberto Ferreira, 1955: 231, Cabral Moncada, 1957: 52, 56 a 58, Rui Pena, 1965: 34, e Raúl Castro, 1970: 6), mas também pelo próprio legislador no preâmbulo do diploma reformador do Código Penal de Maio de 1972 (também assim, de um ponto de vista retrospectivo, António Almeida Costa, 1989: 420 a 423, 427, 430 e 431, Figueiredo Dias, 1993: 532, e Anabela Rodrigues, 2000: 133 e 134). Simultaneamente, a liberdade condicional perdeu também a natureza de gravame para o recluso, que levava mesmo a que “alguns reclusos temiam ser postos em liberdade condicional, por mais graciosa que ela fosse, porque nunca mais os largavam” (Cabral Moncada, 1957: 70). Destarte, a jurisprudência dos tribunais superiores fixou-se depois de 1972 no sentido de que tinham sido revogados tacitamente pelo Decreto-Lei n. 184/72 os preceitos contidos nos artigos 119, 120, 132, 162 e 394, que impediam a concessão de liberdade definitiva a reclusos sem primeiramente terem sido submetidos à liberdade condicional (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.1972, in BAPIC, n. 30, 1973, pp. 63 a 69, e acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.12.1972, in BAPIC, n. 30, 1973, pp. 75 a 78), e de que os reclusos que estivessem prestes a atingir o termo da segunda prorrogação da pena por três anos já não podiam ser submetidos nem a liberdade vigiada, nem a liberdade condicional (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.12.1972, in BAPIC, n. 30, 1973, pp. 70 a 74).

¹⁴⁴² Este inovação resultou não só da verificação a partir da década de cinquenta de uma situação de ruptura manifesta do sistema prisional, decorrente da proliferação dos delinquentes de difícil correcção e da manutenção de taxas elevadas de reincidência, e da constatação de dificuldades práticas no

mental podia ser ainda aplicada uma medida de segurança, de duração limitada, se se mantivesse a sua perigosidade após as duas prorrogações de pena por três anos, consagrando-se deste modo um sistema dualista de reacções criminais.¹⁴⁴³ A abolição das medidas de segurança de internamento de delinquentes políticos foi, por sua vez, acompanhada pela incriminação das actividades antes tipificadas como pressuposto da

funcionamento do regime progressivo de correcção destes delinquentes (Luís Carvalho e Oliveira, 1953: 51 e 52, José Guardado Lopes, 1956: n. 57, pp. 110 a 113, e 1961: 29, o que motivou as sugestões apresentadas pelo autor em um outro texto, José Guardado Lopes, 1964: 42, e 43, Roberto Pinto, 1958: 34 a 37, António Leitão, 1960: 44 a 46, e 1967: 94 e 95, Cavaleiro de Ferreira, 1961: 60, Joaquim Leal de Oliveira, 1961: 100, 101, 105, 124, 125, 128 a 131, Augusto de Seabra, 1967: n. 20, pp. 88 e 89, e Eduardo Correia e outros, 1980: 23), mas também da crítica explícita dirigida à categoria dos delinquentes indisciplinados pela doutrina e, em especial, por Adriano Moreira (“Positivamente não pode afirmar-se senão que abrange os delinquentes por tendência e habituais, cuja individualização judicial não tenha sido possível. Mas não há dúvida que aos organismos prisionais fica uma grande margem de arbítrio”, Adriano Moreira, 1954 a: 211) e por Cavaleiro Ferreira (“A extensão da categoria legal de presos indisciplinados, a que por sua vez se equiparam ainda diversos tipos legais de delinquentes (menores, anormais, asociais), torna bastante complicado o sistema legal, e parece conduzir-nos em linha recta, à admissão da pena indeterminada quanto à generalidade das penas de prisão; ao mesmo tempo que diminui o relevo duma classificação de delinquentes, porquanto afinal, praticamente todos, e não só certos tipos (habituais e por tendência), podem vir a ser sujeitos a idêntico regime”, Cavaleiro de Ferreira, 1961: 43; “Com esta categoria entra no direito positivo a pena indeterminada, com a aplicação genérica aos delinquentes que, independentemente do seu enquadramento em qualquer tipo específico de delinquentes perigosos, como perigosos podem, a posteriori, ser classificados”, Cavaleiro de Ferreira, 1961: 73; “Esta possibilidade de modificação da pena determinada em pena indeterminada ou de segurança pelo reconhecimento judicial, durante a execução da pena, da perigosidade do condenado, tem enorme extensão. Destrói naturalmente o benefício da delimitação dos tipos legais de delinquente perigosos, e não nos parece por isso defensável”, Cavaleiro de Ferreira, 1961: 75). Esta particularidade do direito penitenciário português mereceu mesmo o reparo de autores estrangeiros (Hans-Heinrich Jescheck, 1966: 455 e 456, Paul Cornil, 1966: 219, e Peter Hünnerfeld, 1971: 216). Após a modificação legislativa de 1972, a discussão sobre a natureza da prorrogação da pena no caso dos delinquentes habituais e por tendência continuou, inclinando-se a jurisprudência, desde o acórdão fundamental do Tribunal da Relação, de 11.12.1972 (in BAPIC, n. 30, 1973, pp. 63 a 69), para a consideração de que se tratava de uma pena e de que o sistema penal era monista, em face da nova redacção do artigo 67 do Código Penal e da limitação a seis anos da prorrogação de pena (na doutrina, também assim, Maia Gonçalves, 1980: 71 e 192, e, mais tarde, Maria João Antunes, 1993: 30, mas contra, Bernardo Sá Nogueira, 1977: 178, 179, 213 e 214, invocando a substituição da prorrogação da pena por uma de duas medidas de segurança prevista no n. 3 do artigo 72 do Código Penal e a tramitação em processo complementar diante do TEP).

¹⁴⁴³ O problema voltaria a colocar-se a propósito da disposição do artigo 124, § 2, do projecto de Código Penal de Eduardo Correia. Logo na primeira sessão da comissão revisora, a 5.12.1963, foi por José Guardado Lopes notado que ela representava um “desvio” em relação ao sistema monista das reacções criminais do projecto (Ministério da Justiça, 1965: 9), tendo Eduardo Correia mais tarde, na sessão de 12.5.1964, justificado o desvio com o argumento de que “não encontrou outra maneira de dar resposta a exigências de defesa social, legítimas na medida em que são determinadas pela existência de uma anomalia psíquica” (Ministério da Justiça, 1966 b: 274). Não obstante a “incompatibilidade absoluta entre o disposto no § 2 e o sistema pretendidamente monista que o projecto consagra”, os membros da comissão aprovaram, com a abstenção do Professor Gomes da Silva, a referida disposição. Como concluía Figueiredo Dias, “aqui, o projecto renuncia à sua convicção fundamental de um direito penal da culpa em favor de considerações pragmáticas que de outro modo não poderiam ser atendidas” (*Aquí, el proyecto renuncia a su convicción fundamental de un derecho penal de culpa, en favor de consideraciones pragmáticas que de otro modo no podrían ser atendidas*, Figueiredo Dias, 1971 b: 37, e, também assim, Peter Hünnerfeld, 1971: 266 a 270, e Lopes Rocha, 1983 b: 15 e 16).

aplicação das medidas de segurança.¹⁴⁴⁴

A nova directriz constitucional da liberdade provisória como regra e não como sucedâneo da prisão preventiva foi concretizada desde logo no plano sistemático, sendo a organização das matérias da prisão, do interrogatório do arguido, da caução e do termo de identidade modificada no sentido de a lei tratar primeiramente o interrogatório do arguido e a liberdade provisória e só depois a prisão preventiva.¹⁴⁴⁵ No plano substantivo, o direito novo modificou quer os pressupostos das medidas cautelares quer os limites temporais da prisão preventiva.

A caução devia ser ordenada não apenas para os arguidos a quem fosse imputada a prática de crimes dolosos puníveis com pena de prisão por mais de seis meses ou outra pena a que correspondesse pelo menos processo correcional,¹⁴⁴⁶ mas, diferentemente do direito anterior, também quando ao arguido fosse imputada a prática de crime negligente punível com pena de prisão superior a seis meses ou quando fosse aplicável medida de segurança privativa da liberdade em processo de segurança ou complementar. Assim, a imposição da prestação de caução em casos que anteriormente não permitiam a aplicação da prisão preventiva teve a consequência indirecta do alargamento do âmbito desta, sempre que fossem violadas as condições da caução.

Com efeito, a prisão preventiva fora de flagrante delito dependia ou da forte suspeita da prática de um crime punível com pena de prisão superior a um ano, conjugada com o perigo de fuga, o perigo de perturbação da instrução ou da ordem pública ou o perigo de continuação da actividade criminosa, ou da violação pelo arguido das condições a que se encontrasse subordinada a liberdade provisória, podendo mesmo neste último caso ser aplicada a prisão preventiva ao arguido que fosse punível com

¹⁴⁴⁴ Contudo, o governo manteve as “medidas administrativas de segurança” aplicáveis no ultramar, como se verá adiante.

¹⁴⁴⁵ O ministro da justiça, Professor Mário Júlio de Almeida Costa, justificou a alteração nestes termos: “A nova sistematização acabada de referir assenta nos seguintes postulados: logo que, com base na denúncia ou no resultado de diligências probatórias, a instrução preparatória seja dirigida contra pessoa determinada, é obrigatório, em princípio, interrogá-la como arguido; este deve ficar sujeito, desde o primeiro interrogatório, a determinadas obrigações; a prisão preventiva só deve ser mantida em casos restritos e, mesmo em tais casos, quando a sua finalidade – que é a de garantir o cumprimento pelo arguido daquelas obrigações – não possa ser assegurada pela liberdade provisória mediante termo de identidade ou caução” (Mário Almeida Costa, 1972 b: 16).

¹⁴⁴⁶ Assim se conjugava o disposto no artigo 271 com a estatuição do artigo 269, § 4, de modo que o detido em flagrante por crime punível com prisão superior a seis meses e inferior a um ano devia prestar caução e não apenas termo de identidade e residência (Alfredo José de Sousa, 1973: 166, e Messias Bento, 1973: 625).

pena de prisão igual ou inferior a um ano,¹⁴⁴⁷ o que correspondeu à extensão aos arguidos que tivessem violado as condições da liberdade provisória do regime vigente desde 1945 para os arguidos que fossem delinquentes de difícil correcção, vadios ou equiparados e para os que desobedecessem aos mandados da justiça.

No entanto, o regime muito gravoso vigente desde 1945 no âmbito dos crimes contra a segurança do Estado da determinação da prisão preventiva independentemente da moldura da pena, com base apenas na subsistência do perigo de fuga, de continuação da actividade criminosa ou de perturbação da instrução, foi suprimido. Por outro lado, o regime geral da inadmissibilidade da liberdade provisória foi restringido aos casos de o crime imputado ao arguido ser punível com pena superior a oito anos de prisão maior ou, sendo o arguido reincidente, vadio ou equiparado, de o crime doloso ser punível com pena de prisão superior a um ano, aliviando o regime vigente desde 1945 da obrigatoriedade da prisão preventiva quando ao arguido fosse imputada a prática de um crime punível com pena maior temporária de dois a oito anos de prisão ou quando o arguido fosse um delinquente de difícil correcção ou um vadio ou equiparado.

A regulamentação dos prazos da prisão preventiva constituiu o momento de chegada de um processo evolutivo de reconhecimento da acusação do Ministério Público como o momento central da fase instrutória. Se em 1945 o despacho tabular da pronúncia provisória tinha deixado de servir para prolongar o prazo da prisão preventiva até aos três meses nos processos não instruídos pela PJ e pela PIDE, em 1972 o legislador prescindiu abertamente da pronúncia provisória e conferiu à notificação ao arguido da acusação ou do pedido de instrução contraditória pelo Ministério Público a função anteriormente desempenhada por aquele despacho, com a consequência inelutável de o decurso do prazo de vinte dias desde a captura nos processos por crimes

¹⁴⁴⁷ Alfredo José de Sousa, 1973: 166 a 168, Messias Bento, 1973: 609, 610, 626, e 627, Allen Gomes, 1973: 17, 25, 26, e 40, e Armindo Costa, 1975: 148 e 149. Eram os casos do arguido suspeito da prática de um crime punível com pena igual ou inferior a seis meses de prisão sujeito a termo de identidade e residência que não cumprisse as obrigações dos ns. 1 e 2 do artigo 269 do CPP (Alfredo José de Sousa, 1973: 166, e Messias Bento, 1973: 626 e 627), do arguido detido em flagrante pela prática de um crime punível com pena igual ou inferior a um ano de prisão, mas superior a seis meses de prisão, em relação ao qual houvesse perigo de continuação de uma actividade criminosa pela qual ele já tivesse sido constituído arguido e colocado na situação de liberdade provisória com caução (Alfredo José de Sousa, 1973: 167, e Messias Bento, 1973: 626) e do arguido detido por crime punível com prisão por mais de seis meses e menos de um ano, em que o juiz julgasse indispensável a prestação de caução e esta não fosse prestada ou em que o juiz julgasse insuficiente a prestação de caução e indispensável a prisão por perigo de fuga, perturbação do processo ou da ordem pública ou perigo de continuação criminosa (Alfredo José de Sousa, 1973: 166, e Allen Gomes, 1973: 17, 25, 26, e 40, mas contra Messias Bento, 1973: 626, e Armindo Costa, 1975: 149).

puníveis com pena correcional de prisão superior a um ano e de quarenta dias nos processos por crimes puníveis com pena de prisão maior implicar a libertação do arguido, caso não fosse deduzida a acusação nem requerida a abertura da instrução contraditória.

Assim, quer o prazo da prisão preventiva até à notificação do arguido no processo por crime punível com pena correcional, quer o prazo da prisão no processo por crime punível com pena maior, quer ainda os prazos da prisão nos processos cuja investigação fosse da competência exclusiva da PJ ou a ela fosse deferida ou da competência da DGS eram mais curtos do que os previstos pelo direito anterior até à pronúncia provisória, ficando o arguido menos tempo detido sem ter visto fixada a sua culpa pelo Ministério Público e, portanto, diminuindo também o período da disponibilidade das polícias sobre a liberdade do arguido. Com a fixação da culpa pelo Ministério Público no final da instrução preparatória e a transferência da direcção da instrução para um juiz terminava também a disponibilidade do Ministério Público sobre a liberdade do arguido. Esta inovação era particularmente significativa no caso dos processos da Direcção Geral de Segurança, que, tal como a Polícia Judiciária, tinha agora apenas três meses para ultimar a instrução preparatória com o arguido preso, ou seja, metade do tempo que a lei anteriormente conferia.¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴⁸ Este regime não era mais grave do que os de outros países europeus que estavam ou tinham estado envolvidos em conflitos armados internos. Em França, a prática desde o início do século XX da *garde à vue* pela polícia por vinte e quatro horas, prolongadas por mais vinte e quatro horas pelo magistrado do Ministério Público, que foi consagrada legalmente no novo código de processo de 1958, sofreu uma evolução muito sinuosa, tendo em matéria de crimes contra a segurança do Estado sido alargada para cinco dias pela *Ordonnance* n. 60-121, de 13.2.1960, e para quinze dias pela *Ordonnance* n. 62-429, de 14.4.1962, e posteriormente modificada para dez dias fora de estado de urgência e quinze dias em estado de urgência pela *Ordonnance* n. 62-23, de 15.1.1963, e para seis dias fora de estado de urgência e doze dias em estado de urgência pela Lei n. 70-643, de 17.7.1970, tendo esta última revisão do limite máximo do prazo obedecido à opção política clara de não redução significativa dos poderes policiais nos momentos de excepção constitucional e de melhoria substancial nos momentos de normalidade constitucional (Raymond Charles, 1972: 149). O conflito na Argélia suscitou, no entanto, medidas excepcionais aplicáveis apenas a suspeitos argelinos. A *Ordonnance* n. 60-118, de 12.2.1960, criou o lugar de “procurador militar”, nomeado pelo ministro do exército entre os funcionários das colectividades públicas licenciados em direito e com competência para determinar a prisão preventiva do arguido argelino por um mês, sem o apresentar a um juiz, sendo este prazo, nos termos do Decreto n. 60-505, de 30.5.1960, prorrogável por mais um mês pelo general comandante da zona se ocorressem “circunstâncias excepcionais”. Acresce que, como o início do prazo de prisão não estava claramente fixado naqueles diplomas, a prática era a de o contar, não do dia da detenção, mas do dia da apresentação do detido ao procurador militar, admitindo-se também a renovação do prazo se fosse aduzido um novo *chef d'inculpation* (Robert Charvin, 1968: 464 e 465). A vigência dos diplomas de 1960 relativos ao “procurador militar” só cessou a 30.6.1962, data do referendo argelino dos acordos de Evian, celebrados a 19.3.1962. Na Grã-Bretanha, o agravamento do conflito armado na Irlanda do Norte no início dos anos setenta suscitou um reforço das disposições excepcionais de detenção policial e o afastamento, primeiro nos seis condados da Irlanda do Norte e depois em toda a Grã-Bretanha, do regime geral de apresentação em 48

horas de qualquer detido à autoridade judiciária, fixado pela *section 38* do *Magistrate's Courts Act*, de 1952, pela *section 20* do *Summary Jurisdiction (Scotland) Act*, de 1954, e pela *section 132* do *Magistrate's Court Act (Northern Ireland)*, de 1964. A 9.8.1971 foram postas de novo em vigor as já mencionadas *Regulations* n. 10, 11 (1), 11 (2) e 12 (1) de 1956 e 1957, tendo sido feitas até 7.11.1972 mais de 1250 detenções sob a *Regulation* n. 11 (2) e ordenado o internamento indeterminado de 796 pessoas. Os tribunais comuns não controlavam o mérito de nenhuma destas decisões de detenção ou de internamento, mas apenas a existência de excesso de poder, decorrente da verificação de má-fé ou de motivo ilícito para a detenção ou internamento e da ausência de suspeita sincera e ainda de desrespeito pelas formalidades prescritas. A 7.11.1972 começou a vigorar a *Detention of Terrorists Northern Ireland Order*, de 1972, que revogou as *Regulations* n. 11 (2) e 12 (1) e instituiu um novo sistema de “custódia provisória” (*interim custody*) e “detenção” (*detention*). No ano seguinte, o *Northern Ireland Emergency Provisions Act*, de 1973, revogou a *Civil Authorities Special Powers Act (Northern Ireland)*, de 1922, as respectivas *Regulations* n. 10 e n. 11 (1), e a *Detention of Terrorists Order*, de 1972, consagrando, no entanto, as disposições essenciais desta. Assim, o novo diploma não só autorizou a polícia a deter pelo período máximo de 72 horas, como conferiu ao secretário de Estado para a Irlanda do Norte a faculdade de proferir uma “ordem de custódia provisória” (*interim custody order*), por um período máximo de 28 dias, de qualquer suspeito da prática de actividades terroristas (*comission or attempted comission of any act of terrorism or in the direction, organisation or training of persons for the purpose of terrorism*, Sch. I, 11. (1) do referido *Act*), e criou o lugar de “comissário” (*comissioner*), que era um magistrado ou um *barrister*, *advocate* ou *solicitor* com dez anos de prática nomeado pelo secretário de Estado para a Irlanda do Norte com competência para prolongar aquela detenção. Em audiência, que podia ser ou não aberta ao suspeito e ao seu advogado, mas que era sempre fechada ao público, o “comissário” procedia à verificação sumária dos indícios dos factos imputados, designadamente à inquirição de testemunhas e ao interrogatório compulsivo e sob juramento do arguido, e decidia o prolongamento da detenção pelo período que entendesse necessário à protecção do público (*his detention is necessary for the protection of the public*, Sch. I, 12 (b) e 24 do referido *Act*). A decisão admitia impugnação diante de um tribunal especialmente criado para o efeito, o *Detention Appeal Tribunal*, composto no mínimo por três membros, todos eles escolhidos pelo secretário de Estado, devendo estes membros ter as mesmas qualificações que os “comissários”. O procedimento no tribunal de recurso obedecia às mesmas disposições da audiência do “comissário”. O secretário de Estado podia solicitar ao “comissário” que procedesse à “revisão” (*reference for review*) do caso de qualquer arguido detido e devia fazê-lo em relação aos detidos há mais de um ano desde a ordem de detenção inicial ou há mais de seis meses desde a última revisão, mas também podia determinar, com ou sem condições, a libertação de qualquer detido sob ordem do “comissário” e voltar a detê-lo sob a ordem de detenção inicial, pelo que esta detenção constituía, em termos práticos, um substituto legal do internamento administrativo por período indefinido introduzido ao abrigo do *Civil Authorities Special Powers Act (Northern Ireland)* em 1922 (Brian Rose-Smith, 1979: 112). A par do agravamento do regime da detenção policial vigente na Irlanda do Norte verificou-se também um agravamento do regime vigente no resto da Grã-Bretanha. O *Prevention of Terrorism Temporary Provisions Act*, de 1974, alargou em toda a Grã-Bretanha o poder da polícia de detenção de qualquer suspeito pela prática de actos de terrorismo ou de pertencer ou de qualquer modo colaborar com associações proibidas pela polícia para sete dias, sendo a prorrogação posterior às 48 horas ordenada pelo secretário de Estado. Este regime só foi modificado em 1989 com a introdução de uma revisão interna da detenção policial de doze em doze horas a realizar por um inspector ou por um superintendente “que não tenha estado directamente envolvido no assunto em ligação com o qual a pessoa em questão foi detida” (*an officier who has not been directly involved in the matter in connection with which the person in question is detained*, Sch. 3, 4 (a) e (b) do *Prevention of Terrorism Temporary Provisions Act*, de 1989). Deste modo, passaram a vigorar em todo o Reino Unido três regimes de detenção policial muito distintos, um para a generalidade dos crimes, outro para a criminalidade terrorista aplicado na Inglaterra, na Escócia e no País de Gales e outro ainda para a criminalidade terrorista aplicado na Irlanda do Norte, constituindo mesmo uma prática policial a detenção ao abrigo das disposições de 1973 com vista a recolha de meios de prova (Brian Rose-Smith, 1979: 108 a 113, 133 e 134). A natureza híbrida do magistrado e do tribunal criados pela legislação em vigor na Irlanda do Norte não se mostrou ainda suficiente para conter a criminalidade, tendo o *Northern Ireland Emergency Provisions Amendment Act*, de 1975, suprimido o *Detention Appeal Tribunal* e substituído o “comissário” por um “conselheiro” (*adviser*), com as mesmas qualificações do “comissário”, mas sem a sua competência decisória. A partir de então, ao secretário de Estado para a Irlanda do Norte competia a prolação quer da *interim custody order* quer da *detention order*, devendo ser ouvido o “conselheiro” no período máximo de 14 dias após a primeira daquelas

O novo prazo da prisão preventiva criado pela lei para o período que mediava entre a notificação ao arguido da acusação ou do pedido de instrução contraditória do Ministério Público e o despacho de pronúncia correspondia, por seu turno, a uma protelação do momento do controlo jurisdicional obrigatório da prisão preventiva sem culpa formada. Deste modo, a mera dedução da acusação provisória e a sua notificação ao arguido permitiam ao Ministério Público alargar *ope legis* o prazo da prisão sem culpa formada. Acresce que os dois prazos fixados de três meses para os crimes julgados em processo correcional e quatro meses para os crimes julgados em processo de querela, somados aos prazos já decorridos desde a captura até à notificação do arguido, elevavam consideravelmente a duração máxima da prisão preventiva sem culpa formada pelo tribunal, mesmo em relação aos crimes investigados pela Polícia Judiciária e pela Direcção Geral de Segurança, cujo prazo máximo da prisão sem culpa formada subia de 180 para 210 dias, nos casos de admissibilidade de liberdade provisória, e para 270 dias, nos casos de inadmissibilidade de liberdade provisória, dependendo, em qualquer caso, a prorrogação da prisão de despacho fundamentado do juiz instrutor e de audiência das partes.

Este agravamento efectivo dos prazos máximos da prisão preventiva sem culpa

decisões, sob pena de cessação da detenção. O “conselheiro” já não procedia necessariamente a uma audiência oral, nem o suspeito tinha o direito de apresentar testemunhas, devendo apenas o “conselheiro” informar o secretário de Estado sobre se “em sua opinião a pessoa detida está relacionada com actividades terroristas e a detenção daquela pessoa é necessária para a protecção do público” (*whether or nor in his opinion the person detained has been concerned in terrorist activities and the detention of that person is necessary for the protection of the public*, Sch. I, 7 (1), do referido *Act* de 1975), com base em “qualquer informação seja oral ou escrita que lhe seja posta à disposição ou que seja por ele obtida e em quaisquer requerimentos sejam orais ou escritos feitos pela pessoa detida” (*any information whether oral or in writing which is made available to, or obtained by, him and to any representations whether oral or in writing made by the person detained*, Sch I, 7 (2) do *Act* de 1975). Após a elaboração de um relatório pelo “conselheiro” o secretário de Estado proferia a ordem de detenção (*order of detention*), que não tinha limite máximo de duração. Contudo, esta decisão tinha de ser proferida no prazo máximo de dez semanas desde a prolação da *interim custody order*, sob pena de cessação da mesma. A revisão da ordem de detenção só podia ser requerida pelo detido um ano depois da ordem de detenção ou seis meses depois da última audição do “conselheiro” pelo secretário de Estado. Este regime só foi revogado pelo *Northern Ireland Emergency Provisions Act*, de 1998. Simultaneamente, o *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act*, desse ano, sujeitou os detidos por actos terroristas na Irlanda do Norte ao regime válido para os detidos por actos terroristas no resto da Grã-Bretanha, uniformizando assim o regime da detenção policial válido para a criminalidade terrorista em todo o Reino Unido. Só com a aprovação do *Terrorism Act*, de 2000, se estabeleceu o limite máximo das 48 horas para a detenção policial, tendo sido mantida a revisão interna da detenção policial e consagrada a obrigatoriedade de a prorrogação da detenção ser determinada, se necessário com limitações graves ao direito do suspeito ao contraditório, por uma “autoridade judicial” (*judicial authority*, Sch. 8, 29 (4) do *Act* de 2000), que é um juiz escolhido pelo *Lord Chancellor* na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte e um *Sheriff* na Escócia. Contudo, admite-se uma prorrogação tácita da detenção policial, que deverá terminar no prazo máximo de sete dias

formada era compensado pela disposição, segundo a qual os prazos da prisão preventiva no caso de incumprimento das obrigações inerentes à liberdade provisória eram os prazos mínimos estabelecidos quando a infracção cometida não admitisse a prisão preventiva, e pelo desconto obrigatório e integral da prisão preventiva sofrida na duração das penas de prisão, prisão maior ou desterro e da medida de segurança privativa da liberdade.¹⁴⁴⁹

A regulamentação nova da prisão preventiva e o reforço do controlo da magistratura do Ministério Público sobre a Polícia Judiciária e a Direcção Geral de Segurança conjugavam-se, aliás, com a abertura da instrução preparatória ao arguido, facultando-lhe o acesso aos autos quando não houvesse nisso inconveniente e equiparando assim o arguido e o assistente, com a obrigatoriedade do interrogatório do arguido antes da dedução da acusação, sob pena de nulidade desta, com a obrigatoriedade de assistência do defensor a todos os interrogatórios do arguido preso, sob pena de nulidade do mesmo, e a faculdade de o arguido não preso se fazer assistir de advogado nos respectivos interrogatórios e ainda com o direito do defensor de conhecer as declarações prestadas pelos arguidos e pelos assistentes e os autos das diligências de prova a que pudesse assistir e de incidentes em que devesse intervir na instrução preparatória.¹⁴⁵⁰

contados desde a prisão inicial, dentro do qual compete à “autoridade judicial” decidir sobre a manutenção da detenção.

¹⁴⁴⁹ A alteração correspondeu à pretensão há muito feita sentir por alguma doutrina (Flamino dos Santos Martins, 1959: 157, Salgado Zenha, 1969: 44 a 47, e José Guardado Lopes, 1969: XXVII e XXVIII) e já tinha sido ensaiada no perdão concedido aquando da visita de Sua Santidade o Papa Paulo VI à Cova da Iria em 13.5.1967, prevendo o Decreto-Lei n. 47.702, de 15.5.1967, o desconto por inteiro no cumprimento da prisão maior de toda a prisão preventiva sofrida pelos réus condenados por decisões já proferidas à data da publicação deste diploma. Ao converter esta disposição excepcional em regra em 1972, o legislador português foi influenciado pelo novo direito francês, pois a recentíssima Lei n. 70.643, de 17.7.1970, previa igualmente a imputação integral e obrigatória de toda a prisão preventiva no cumprimento da pena, pondo fim à “violação indirecta do princípio da legalidade” consubstanciada na sujeição do detido a períodos de detenção mais longos do que o correspondente ao limite máximo da pena aplicável pelo facto que lhe era imputado que podia resultar da soma da pena aplicada com a detenção sofrida (Martial Larocque, 1971: 144 e 145). Mas o sistema português era ainda lacunoso, pois, embora determinasse a imputação da medida de segurança provisória na execução da medida definitiva, não previa o desconto da prisão preventiva na medida de segurança de internamento, que podia ser aplicada independentemente da condenação do réu, nem o desconto da medida de segurança provisoriamente aplicada na pena de prisão. No entanto, a jurisprudência dos tribunais superiores já admitia, por força “dos mais elementares critérios de justiça”, a imputação da medida de segurança provisória na pena de prisão, considerando aquele tempo como prisão preventiva para efeitos do cumprimento da pena (cfr. o acórdão do STJ de 6.7.1966, in BAPIC, n. 21, 1967, pp. 151 e 152).

¹⁴⁵⁰ A inovação fundamental da obrigatoriedade do interrogatório do arguido antes de dedução da acusação foi inspirada no *Schlussgehör* do direito alemão, consagrado no novo § 169 b da StPO, na redacção do artigo 2, n. 1, da *Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG*, de 19.12.1964, e no diálogo entre o juiz de instrução e o arguido, timidamente introduzido no direito francês (Martial Larocque, 1971:

A reintrodução expressa do artigo 351 do CPP, que colocou não só o problema da vigência integral do artigo 346, mas até a dúvida sobre o eventual abandono pelo legislador da estrutura do processo introduzida em 1945, devia, pois, ser conjugada quer com o propósito claro de retomar “o sentido da evolução iniciada” em 1945, como se dizia no preâmbulo do Decreto n. 185/72, quer com a abolição da pronúncia provisória e o reforço substancial da posição processual do Ministério Público na instrução preparatória.¹⁴⁵¹

O pomo da discórdia na doutrina residia precisamente nesta questão. Enquanto Adelino da Palma Carlos, Francisco Sá Carneiro, Brochado Brandão, Salgado Zenha, Abranches Ferrão e Duarte Vidal advogavam uma “rejudicialização” integral da instrução criminal, como única alternativa para resgatar o sistema vigente à censura da inconstitucionalidade e, simultaneamente, dar cumprimento às garantias constitucionais

143, e Raymond Charles, 1972: 188), através da notificação verbal ao detido das razões especiais que determinaram a detenção e da recolha das “observações” do detido pelo juiz (artigo 145, §§ 3 e 4, da Lei n. 70-643, de 17.7.1970). Se esta inovação do direito português foi considerada um “ótimo legislativo” (Figueiredo Dias, 1974: 493) e o direito de conhecimento de certos autos de diligências de prova logo que a instrução preparatória fosse dirigida contra pessoa determinada uma solução “muito mais satisfatória” do que a da lei anterior (Figueiredo Dias, 1974: 498), a restrição do direito de presença do arguido e do seu defensor em actos da instrução preparatória foi muito censurada. A conjugação da ausência do arguido com a possível relevância da prova anteriormente recolhida na audiência de julgamento era “insuportável e de legitimidade constitucional mais do que duvidosa”, embora o vício resultasse essencialmente do valor processual conferido àquela prova. Por seu turno, a ausência do arguido nas diligências da instrução preparatória que não contendessem com direitos e liberdades fundamentais do arguido, não podendo deixar de ter-se por “legítima à luz das exigências jurídico-constitucionais do direito de defesa”, tornava-se “de duvidosa conveniência processual” pelo facto de aquelas provas puderem ser valoradas ulteriormente (Figueiredo Dias, 1974: 432, 433 e 491). Quantos às diligências de prova da instrução preparatória que pudessem contender com liberdades fundamentais do arguido, qualquer restrição do direito de assistência do defensor redundava em um “ataque frontal ao núcleo essencial das «necessárias garantias de defesa», asseguradas pelo art. 8 n. 10 da ConstP” (Figueiredo Dias, 1974: 491), razão pela qual se defendeu que em quaisquer exames ao arguido e em quaisquer diligências de busca e apreensão em coisas do arguido ele tinha o direito de se fazer acompanhar de defensor (Armando Bacelar, 1972: 600, Figueiredo Dias, 1974: 492, e Castro e Sousa, 1985: 196 e 197). A deficiente regulamentação do direito do defensor de comunicar com o arguido preso, que constava do artigo 274 do CPP e foi reiterada em 1972, foi também objecto da crítica da inconstitucionalidade, em virtude de a incomunicabilidade total do arguido preso com o seu defensor antes do primeiro interrogatório frustrar na prática o direito de o arguido ser assistido por um defensor (Armando Bacelar, 1972: 600, Figueiredo Dias, 1974: 502, e Hans-Heinrich Jescheck, 1975 b: 9 e 10).

¹⁴⁵¹ Defenderam que o artigo 346 se encontrava “em pleno vigor” Laurentino Silva Araújo e Gelásio Rocha, 1972: 514. Ao invés, Figueiredo Dias considerava que o legislador tinha tido o propósito limitado de reformar o CPP de acordo com as novas previsões constitucionais e não o de introduzir uma nova estrutura do processo, como resultava da manutenção da competência do Ministério Público para arquivar sem controlo do juiz, e, por isso, concluía que os artigos 346 e 351 do CPP continuavam a valer só para a fase da instrução contraditória, mas agora com o sentido de que a opinião do juiz nunca seria vinculante para o Ministério Público (Figueiredo Dias, 1974: 88, 141, 142, 256 e 526). A solução do controlo da abstenção pelo juiz de instrução só seria possível “à custa de uma alteração do próprio espírito do sistema” (Figueiredo Dias, 1974: 266). Também defenderam, depois da reforma de 1972, a vigência do

da reserva da função judicial aos tribunais e da contraditoriedade da instrução,¹⁴⁵² Figueiredo Dias considerava que o modelo judiciário vigente “não corresponde já à realidade da vida jurídica portuguesa actual”, que o tinha ultrapassado com soluções pragmáticas mais justas,¹⁴⁵³ mas que a censura da inconstitucionalidade ainda podia ser evitada encontrando-se reunidas duas condições fundamentais: a da recorribilidade dos actos praticados por entidades instrutórias não jurisdicionais relativos “ao direito de defesa do arguido e à tutela das suas liberdades fundamentais”¹⁴⁵⁴ e a do poder de direcção do Ministério Público sobre toda a actividade policial da Direcção Geral de Segurança processualmente relevante.¹⁴⁵⁵

No entanto, a realização plena do princípio da acusação exigia mais. Os princípios fundamentais de uma nova estrutura do processo, que iriam mais tarde inspirar o código de processo do regime democrático, foram então claramente expostos por Figueiredo Dias na crítica dirigida em 1971 ao direito então vigente, consistindo eles na necessidade de uma fase de investigação do Ministério Público, dotado de um poder de direcção sobre todas as polícias, com vista apenas à recolha de elementos de prova para a tomada de decisão de acusação ou de arquivamento dos autos, no controlo do juiz de instrução no que toca aos actos realizados naquela fase pré-processual que dissessem respeito a direitos e liberdades fundamentais do arguido e na irrelevância da prova produzida diante do Ministério Público e das polícias para o julgamento da causa.¹⁴⁵⁶

artigo 346 apenas no âmbito da instrução contraditória, Pinheiro Farinha e outros (1972: 368) e Maia Gonçalves (1972: 508).

¹⁴⁵² Salgado Zenha, 1968: 62, 64, 70 e 93, e 1973: 9 e 16, Abranches Ferrão e Salgado Zenha, 1971: 40 e 41, Adelino da Palma Carlos, 1972: 26 e 27, Francisco Sá Carneiro, 1973: 19 a 21, Brochado Brandão, 1973: 19, 27 e 29, e Duarte Vidal e Salgado Zenha, 1974: 24, 25 e 30.

¹⁴⁵³ Figueiredo Dias, 1971 a: 164, e 1974: 385. Era o caso das soluções jurisprudenciais dadas a partir do memorável acórdão da Relação do Porto de 16.10.1970 (in ROA, ano 32, pp. 392 a 401) aos problemas da tomada de declarações ao arguido sem a assistência de defensor na instrução preparatória realizada pela Polícia Judiciária e da recorribilidade dos despachos do director e dos subdirectores da Polícia Judiciária sobre a validação das capturas em instrução preparatória. As peças principais do processo em que foi proferido o referido acórdão, desde o despacho do subdirector da Polícia Judiciária do Porto de 10.3.1969 ao acórdão do STJ de 9.12.1971, que confirmou em definitivo a doutrina do Tribunal da Relação, encontram-se publicadas na ROA, ano 32, pp. 331 a 483. Da solução da jurisprudência diria Hans-Heinrich Jescheck que ela constituiu “um passo decisivo para os princípios do Estado de Direito vinculativos segundo o direito internacional” (*ein entscheidender Durchbruch zu den nach internationalen Recht verbindlichen Grundsätzen des Rechtsstaats*, Hans-Heinrich Jescheck, 1975 b: 9).

¹⁴⁵⁴ Figueiredo Dias, 1971 a: 221, e 1974: 265, 387. Esta foi também a posição defendida por Pires de Lima (1972: 227 e 228) em um parecer junto ao aludido processo da Relação do Porto.

¹⁴⁵⁵ Figueiredo Dias, 1971 a: 178, e 1974: 402.

4. O Anteprojecto de Código de Processo Penal de Adriano Vera Jardim e Manuel Maia Gonçalves (1973)

Nem a proposta da rejudicialização da instrução, nem a construção de Figueiredo Dias sobre a instrução foram acolhidas pelo poder político, tendo, contudo, surgido um estudo, o “Anteprojecto de Código de Processo Penal”, que consagrava, com limitações, aquela doutrina. O anteprojecto foi elaborado em 1973 pelo conselheiro Adriano Vera Jardim e pelo procurador geral-adjunto Manuel Maia Gonçalves, a solicitação do então ministro da justiça, Professor Mário Júlio Brito de Almeida Costa.¹⁴⁵⁷

O texto estava dividido em três livros, um primeiro com disposições gerais sobre a acusação e a defesa, um segundo, com as regras sobre a fixação da competência do tribunal e um terceiro livro com a regulamentação das várias formas de processo comum e dos processos especiais, da execução das penas, dos recursos, da revisão e do *habeas corpus*, totalizando 619 artigos.

Os tribunais com competência penal eram os mesmos da lei vigente, mas as respectivas competências eram alteradas. Os tribunais colectivos na província e os juízos criminais de Lisboa e do Porto tinham competência para julgar os crimes a que correspondesse processo de querela e os recursos interpostos das decisões dos juízes dos tribunais de comarca proferidos em processos de transgressões e sumários.¹⁴⁵⁸ Os tribunais criminais de Lisboa e do Porto podiam ainda funcionar em plenário, mas a sua competência era reduzida, competindo-lhes julgar apenas os crimes contra a segurança do Estado, os crimes de responsabilidade ministerial e as infracções contra a segurança e o crédito do Estado cometidas em país estrangeiro a que fosse aplicável a lei

¹⁴⁵⁶ Figueiredo Dias, 1971 a: 190 e 191, e 1971 d: 30 e 31.

¹⁴⁵⁷ Figueiredo Dias foi convidado em 1972, depois da publicação dos decretos de Maio, para participar nos trabalhos de uma reforma limitada do processo penal, mas recusou, porque “entendia que reformas limitadas só poderiam piorar a situação das coisas” (Figueiredo Dias, 1981: 89).

¹⁴⁵⁸ Previa-se, contudo, a nomeação pelo Conselho Superior Judiciário de um juiz distinto do recorrido para integrar o colectivo no caso de recurso interposto da sentença do juiz do tribunal de comarca.

portuguesa.¹⁴⁵⁹

Os juízos correcionais em Lisboa e no Porto tinham competência para julgar os crimes a que coubesse a forma de processo correcional e os tribunais de polícia as infracções a que correspondesse o processo de transgressões e o processo sumário. O juiz da comarca tinha competência para julgar as infracções a que correspondessem as formas de processo correcional, de transgressões e sumário. Contudo, o julgamento em processo correcional era sempre efectuado por um tribunal colectivo, se fosse deduzido pedido de indemnização que excedesse a alçada do tribunal da comarca em matéria civil.¹⁴⁶⁰

Previam-se as formas comuns do processo de querela, correcional, de transgressões e sumário, extinguindo-se, tal como já se prenunciava desde 1955, a forma de processo de polícia correcional e incluindo-se no âmbito do processo sumário as infracções referidas pelo artigo 36 do Decreto-Lei n. 37.047, de 7.9.1948.¹⁴⁶¹

As formas especiais eram a do processo de ausentes, com a regulamentação do CPP e do Decreto-Lei n. 42.756, de 23.12.1959,¹⁴⁶² o processo por difamação, calúnia e injúria, também com a mesma regulamentação do CPP e do já referido Decreto-Lei n. 41.075, de 17.4.1957, e os processos por infracções cometidas por magistrados no exercício das suas funções ou estranhas a estas e de reforma de autos, que foram

¹⁴⁵⁹ Os autores afirmavam, em uma nota explicativa ao artigo 36, que a disposição do artigo 37, al c) do Estatuto Judiciário “não nos parece de manter e cremos que a mesma nunca foi aplicada” e justificavam a proposta por a referida disposição permitir “um tratamento processual diferenciado para as infracções que refere, dado que o regime de recurso é diferente, subtraindo-se a 2.ª instância”, por ela poder “conduzir a reparos quanto à imparcialidade do tribunal e não se vê – e isto é fundamental, que o plenário (...) possa estar melhor preparado para o julgamento do feito e em que é que possa haver, pela atribuição da competência ao mesmo Tribunal «conveniência da justiça»”. Os autores concluíam que era mesmo “duvidoso” que o tribunal plenário devesse ser mantido.

¹⁴⁶⁰ A inovação correspondia a uma concretização, minimalista e instrumentalizada a fins extra-penais, da segunda grande opção da nova lei de bases da organização judiciária de instituição de tribunais colectivos nos juízos correcionais e de polícia, como, aliás, resultava da fundamentação apresentada pelos autores nas notas aos artigos 27 e 352: a introdução do tribunal colectivo constituía uma “generalização do que a lei actual – Dec-lei n. 46.327, de 10 de Maio de 1965, já estabelece nos casos de acidente de viação”.

¹⁴⁶¹ Os autores julgaram “conveniente e oportuno fundir os processos correcionais e de polícia em um só”, invocando razões de simplificação do processo e optando pela designação de processo correcional para a nova forma de processo apenas por “melhor evidenciar o fim da pena” (nota ao artigo 60). No entanto, o novo processo correcional aproximava-se mais do processo de polícia da lei vigente do que do correcional, pois o número de testemunhas era o previsto para o processo de polícia, o prazo para a notificação do despacho que designasse dia para julgamento era o do processo de polícia e competia às partes tomar a iniciativa da declaração de não prescindir de recurso, como sucedia no processo de polícia.

¹⁴⁶² O legislador publicou o Decreto-Lei n. 42.756, de 23.12.1959, com vista a obviar à perda do “carácter intimidativo” do processo de ausentes, mas sem alterar os princípios fundamentais deste. Assim, procedeu-se apenas ao encurtamento de prazos e à redução da “injustificada” multiplicidade de formas processuais de julgamento de réus ausentes.

adaptados às alterações introduzidas nas formas comuns.

Apesar de invocar o ensinamento de Figueiredo Dias relativamente ao princípio da acusação como princípio estruturante do processo penal, o anteprojecto afastou-se da opção política consagrada na Lei n. 2/72 e da doutrina de Figueiredo Dias, reintroduzindo a magistratura da instrução com uma conformação próxima daquela que ela tinha tido entre 1911 e 1926. A rejudicialização da instrução não era, no entanto, integral, pois o juiz de instrução partilhava com o Ministério Público e com as polícias a titularidade da instrução preparatória, competindo esta titularidade ao juiz de instrução em todos os processos por infracções puníveis com uma das penas previstas no artigo 55, ns. 1 a 4 do Código Penal, à polícia judiciária nos casos em que por lei lhe fosse deferida e, nos restantes casos, ao Ministério Público.¹⁴⁶³ Contudo, consagrava-se, em adesão à doutrina de Figueiredo Dias, “o poder de direcção e fiscalização das actividades processuais” das polícias pelo Ministério Público, não só quando lhe competisse a instrução preparatória, mas sempre que lhe coubesse a dedução da acusação (artigo 12). Nos processos em que não interviesse o juiz de instrução, o juiz da comarca procedia ao primeiro interrogatório do arguido preso e decidia sobre a legalidade da prisão, pronunciava-se sobre a acusação deduzida e presidia à instrução contraditória.¹⁴⁶⁴

O carácter secreto da instrução era restringido, por força do aumento dos poderes de consulta e intervenção do defensor na instrução preparatória, sendo integralmente adoptadas as soluções do Decreto-Lei n. 185/72, de 31.5. A regulamentação dos pressupostos da liberdade provisória e da prisão preventiva e dos prazos desta obedecia do mesmo modo ao referido diploma de Maio de 1972. A

¹⁴⁶³ Esta “alteração substancial” ao direito vigente foi justificada pelos autores, na nota ao artigo 35, com a necessidade de consagrar maiores garantias no processamento dos crimes mais graves: “se o sistema do dec-lei n. 35007 nos parece perfeitamente aceitável, entendemos que, relativamente àqueles crimes que impõem maiores garantias, a própria instrução preparatória deve ser feita pelo juiz (de instrução, não o de julgamento)”.

¹⁴⁶⁴ Os autores entendiam que deveria vir a ser instalado um juiz de instrução junto de cada tribunal de círculo, com vista a que a instrução contraditória nos processos de querela nunca fosse presidida pelo juiz que iria intervir no julgamento, e reconheciam que seria “ótimo” que o mesmo ocorresse nas outras formas de processo, mas consideravam a solução, “pelo menos, de momento impraticável” (nota ao artigo 35). Os autores faziam também o voto de que “a desejável eficiência na luta contra a criminalidade deve vir a impor a criação de juizes de instrução ou de organismos afins (inspecções da Polícia Judiciária) em cada distrito ou em distritos federados, com competência para a instrução em crimes mais graves ou praticados por associação de criminosos e quando a determinadas classes de infracções (moeda falsa, estupefacientes, etc), dotados de rápidos meios de acção e podendo praticar diligências em todo o território nacional” (nota ao artigo 178).

liberalização da instrução preparatória era acompanhada por um reforço do controlo do não exercício da acção penal pelo Ministério Público e por uma restrição do âmbito da instrução contraditória.

No final da instrução preparatória, o controlo do não exercício da acção penal nos crimes públicos e semi-públicos competia ao ofendido constituído assistente que deduzia acusação, sendo esta submetida ao juiz de instrução e havendo lugar a recurso da decisão deste magistrado para o Tribunal da Relação.¹⁴⁶⁵ Não se tendo constituído assistente, o ofendido podia reclamar para o procurador da República. Por outro lado, reforçava-se o controlo hierárquico oficioso através do envio ao procurador da República de cópias de todos os despachos de abstenção de acusar, embora se vedasse a impugnação hierárquica da decisão do procurador da República de mandar acusar ou continuar as averiguações.¹⁴⁶⁶

A instrução contraditória continuava a ser obrigatória no processo de querela, sendo a faculdade de requerer a instrução contraditória nas restantes formas de processo restringida. Nos processos relativos a crimes puníveis com pena até um ano de prisão, o direito de o acusado requerer a abertura da instrução foi suprimido, restando neste caso apenas a possibilidade de o juiz determinar a realização de diligências complementares de prova quando as julgasse necessárias para receber ou rejeitar a acusação.

O problema fundamental da divergência entre o juiz e o Ministério Público sobre o destino dos autos no final da instrução contraditória, sobre os factos considerados provados ou sobre a qualificação destes, merecia a solução consagrada no artigo 351 do CPP, de acordo com a reposição do teor deste preceito feita pelo Decreto-Lei n. 185/72, de 31.5, esclarecendo o anteprojecto que a solução do artigo 346 do CPP só valia para o encerramento da instrução contraditória.¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶⁵ Aderindo expressamente à doutrina de Figueiredo Dias da legitimidade do assistente para deduzir acusação por crime público desacompanhado do Ministério Público, os autores justificaram, em nota ao artigo 15, o afastamento da solução de submeter o próprio despacho do Ministério Público a recurso com as seguintes considerações: “Entende-se porém que não deve ser admitido recurso do próprio despacho do MP, por não ser entidade judicial. Pareceu melhor sistema submeter o caso a decisão judicial, com recurso para a Relação e solução vinculativa para o MP”. O artigo 309, n. 4 previa, é certo, uma “reclamação” para o juiz de instrução, mas esta não era distinta da acusação deduzida pelo denunciante que se tivesse constituído assistente.

¹⁴⁶⁶ Os autores justificavam a necessidade deste reforço do controlo hierárquico oficioso com o propósito de que fosse revogado o artigo 28 do Decreto-Lei n. 35.007, “que é objecto de críticas vivas e pouco aplicado na prática” (nota ao artigo 308).

¹⁴⁶⁷ Os autores ponderaram a possibilidade de “solucionar a divergência entre o juiz e o Ministério Público fazendo intervir sempre o tribunal superior, através de um recurso obrigatório”, mas desistiram da ideia, porque “o sistema seria complicado e moroso” (nota ao artigo 325).

Deste modo, a intervenção obrigatória do juiz de instrução nos processos de querela mais graves, presidindo a toda a instrução e dando a pronúncia, se não bulia directamente com o princípio da acusação, relegava o Ministério Público para o papel de um mero auxiliar do juiz de instrução, a quem cabia a dedução da acusação e a promoção dos autos, e diminuía o conteúdo útil da instrução contraditória.

Ao invés, nos processos em que não intervinha o juiz de instrução, a concessão ao juiz da comarca da competência para conhecer a acusação-reclamação do assistente contra o arquivamento total ou parcial do Ministério Público no final da instrução preparatória, a presidência da própria instrução contraditória pelo mesmo magistrado que julgava a causa e os amplos poderes deste magistrado de determinação do conteúdo da acusação no final da instrução contraditória agravavam ainda mais o défice de realização do princípio da acusação, criando uma disparidade gritante entre os processos onde a actividade do juiz de instrução garantia a salvaguarda do princípio da acusação, embora com os custos já referidos, e os restantes onde aquela actividade era desenvolvida pelo juiz da comarca em prejuízo do princípio da acusação.¹⁴⁶⁸

O regime de leitura do depoimento das testemunhas faltosas na audiência de julgamento, bem como a proibição legal de envio de deprecadas para inquirição de testemunhas já ouvidas na instrução preparatória mantinham-se nos precisos termos consagrados na reforma de 1945, com a particularidade de já nem sequer se prever a possibilidade de o apresentante da testemunha faltosa requerer a leitura do seu anterior depoimento, competindo apenas ao tribunal o exercício da faculdade discricionária de determinar essa leitura. O artigo 385 do anteprojecto concluía o processo de afastamento da regra clássica do direito português iniciado em 1927, reduzindo à sua expressão mais simples e linear o pensamento do legislador da reforma de 1945.¹⁴⁶⁹

No que respeita ao comparecimento do réu, não se verificavam alterações substanciais ao regime previsto na lei vigente, mas afastava-se a aplicação do regime da

¹⁴⁶⁸ Os autores afastaram a solução da citação directa nos processos correcional, de transgressões e sumário, atribuindo expressamente ao juiz da comarca o poder de se pronunciar sobre a acusação, porque a citação directa não estava “na nossa tradição” e “não dá garantias ao arguido”. Em nota ao artigo 33 reconheciam a violação do princípio da acusação, que justificaram com um argumento de ordem organizatória: “é certo que, em princípio o juiz deve ser apenas juiz de julgamento e, assim, a função de receber ou rejeitar a acusação poderia caber sempre ao juiz de instrução, mas a nossa organização não consente esta solução”.

¹⁴⁶⁹ O entendimento de que o tribunal exercia neste âmbito uma faculdade discricionária, que não estava dependente de qualquer requerimento das partes, resulta claramente da justificação dada pelos autores

ausência em relação aos réus evadidos antes e durante o julgamento.¹⁴⁷⁰ Contudo, a nova regra do julgamento do réu ausente pelo tribunal que o julgaria caso o réu não fosse revel impunha a realização do julgamento do réu ausente pelo tribunal colectivo quando lhe fosse imputado facto sujeito a processo de querela.

O novo regime da condenação por factos novos era consideravelmente mais flexível do que o fixado no direito vigente, agravando ainda mais, quando conjugado com o amplo poder de instrução oficiosa do processo com novas provas, o défice de realização do princípio da acusação nas formas de processo correcional e de transgressões.

No caso de descoberta de factos que constituíssem circunstâncias agravantes que não constassem da pronúncia ou ainda de novos factos que revelassem a existência de uma continuação criminosa com os referidos na acusação, em relação à qual a lei vigente era omissa, a audiência de julgamento era suspensa e os factos novos eram incluídos na acusação, podendo o réu apresentar novas provas quanto a esses factos.¹⁴⁷¹ Também se admitia a consideração de todas as circunstâncias agravantes que resultassem de documento com força probatória plena, além das circunstâncias da reincidência e da sucessão de crimes quando resultassem das declarações do réu.¹⁴⁷² Ao invés, o tribunal só podia considerar factos resultantes da discussão, não alegados, que tivessem o efeito de dirimir a responsabilidade desde que não representassem modificação substancial dos factos da pronúncia.¹⁴⁷³

Supletivamente, a acusação pública ou a do assistente podiam ainda ser

para a eliminação da expressão final do artigo 439 do CPP, considerando-a até “manifestamente desnecessária” (nota ao artigo 385).

¹⁴⁷⁰ A fundamentação dada pelos autores para esta inovação era a de que “o caso de evasão antes ou durante o julgamento é o de mais flagrante ausência injustificada. O réu não ignora que contra ele está ou vai correr o julgamento; não comparece porque não quer e está a desrespeitar comandos que lhe impõem determinados deveres processuais. A notificação edital afigura-se, assim, formalidade desnecessária, pois ir-se-ia dar conhecimento ao réu daquilo que ele, afinal, já sabe. Também se não justifica a possibilidade de requerer novo julgamento, pois que não compareceu porque não quis e teve a faculdade de produzir toda a prova que lhe poderia aproveitar” (nota ao artigo 449).

¹⁴⁷¹ A “estreita conexão com os factos que constam da pronúncia” justificava a inclusão destes factos no objecto do processo, sem que houvesse diminuição de garantias para o acusado, em virtude da sua possibilidade de contrariar esses factos com novas provas recolhidas após a suspensão da audiência de julgamento (nota ao artigo 392). Tratava-se da solução idêntica à proposta por Eduardo Correia de aplicação analógica do artigo 443 do CPP a estes casos (Eduardo Correia, 1948: 168 e 169).

¹⁴⁷² Em nota ao artigo 395 os autores advogavam o entendimento de que o § 2 do artigo 447 do CPP já devia ser assim interpretada “de harmonia com as disposições gerais de direito e com o preceito do art. 544 do Cód. de Proc. Penal”. Tratava-se da doutrina firmada por José Mourisca (1934: 14 e 15).

¹⁴⁷³ A restrição correspondia à interpretação que vinha sendo feita de modo uniforme pelo Supremo Tribunal de Justiça e consagrava a doutrina, já exposta, de Beleza dos Santos e de Eduardo Correia.

supridas quando se mostrasse que o réu tinha praticado alguma infracção cujos elementos constitutivos só em parte constassem da pronúncia ou despacho equivalente, não se revelando a nova infracção diversa, mas em parte coincidente e mais grave. A acusação defeituosa por imperfeita descrição dos elementos constitutivos do crime imputado tornava-se deste modo passível de aperfeiçoamento até final da audiência de julgamento, sendo reformada a acusação e seguindo-se depois os termos correspondentes à nova infracção.¹⁴⁷⁴

A prova era registada “por forma sucinta” no processo de querela e de ausentes e, quando as partes não prescindissem do recurso, no processo correcional julgado pelo juiz singular, no processo de transgressões e no processo sumário. Ao invés, a prova produzida no julgamento diante do tribunal colectivo em processo correcional nunca era registada.

As respostas aos quesitos formulados em processo de querela eram fundamentadas (“declarando com precisão e sucintamente os motivos do seu voto”, artigo 417), mas já não o eram as decisões sobre a matéria de facto do tribunal colectivo e do juiz singular em processo correcional.¹⁴⁷⁵

O incremento das garantias ao nível da primeira instância era contrabalançado por um regime de recursos restritivo, resultante da admissibilidade expressa da limitação do âmbito do recurso, da supressão dos recursos obrigatórios e da diminuição dos graus de recurso. Assim, o anteprojecto previa apenas um grau de recurso no processo de transgressões e no processo sumário para o tribunal colectivo da comarca ou, nas comarcas de Lisboa e do Porto, para os juízos criminais. O tribunal de recurso procedia nestes casos a um novo julgamento da causa, mas só podia conhecer das

¹⁴⁷⁴ Os autores justificavam este alargamento substancial dos poderes do tribunal com um princípio geral que entendiam estar subjacente ao § único do artigo 338 do CPP, considerando que as garantias da defesa se encontravam satisfeitas porque “se faz regressar o processo à fase anterior à pronúncia” (nota ao artigo 391). A solução engendrada pelos autores era distinta da concebida por Eduardo Correia, que também tinha concluído que o regime dos artigos 446 e seguintes não permitia o conhecimento dos “delitos que sejam só em parte simultaneamente realizados pelos elementos de facto que preenchem o tipo legal por que se acusou o arguido” (Eduardo Correia, 1948: 402), mas a apreciação esgotante do objecto processual podia ainda ser alcançada por via da aplicação analógica do artigo 443 do CPP, com o adiamento por tempo indispensável da audiência de julgamento, se fosse necessário.

¹⁴⁷⁵ A fundamentação das respostas aos quesitos devia, na perspectiva dos autores, “individualizar as fontes dessas respostas” (nota ao artigo 410), isto é, os depoimentos que sustentavam a convicção dos julgadores: “pretende-se assim que o tribunal tenha de referir, uma por uma, as provas em que alicerça a decisão de facto, evitando-se a forma genérica, quase sem significado, que os tribunais vêm empregando em processo civil” (nota ao artigo 417).

provas já apreciadas em primeira instância.¹⁴⁷⁶

Do mesmo modo, estabelecia-se um só grau de recurso no processo correcional, para o Tribunal da Relação, quer o tribunal recorrido fosse constituído por um colectivo de juizes quer por um juiz singular.¹⁴⁷⁷ A diferença entre um e outro caso consistia em que o recurso da decisão do juiz singular admitia, querendo alguma das partes, impugnação da matéria de facto e o recurso da decisão do tribunal colectivo se limitava estritamente à questão de direito.

No processo de querela consagrava-se um duplo grau de recurso, conhecendo o Tribunal da Relação, de direito e de facto, do acórdão final da primeira instância e conhecendo o Supremo Tribunal de Justiça, apenas de direito, do acórdão final da Relação.

Além de sindicar a deficiência, a obscuridade ou a contradição das respostas dadas pelo tribunal colectivo aos quesitos e a suficiência dos quesitos por este formulados, anulando a decisão recorrida, o Tribunal da Relação podia modificar as respostas do tribunal colectivo quando constassem do processo todos os elementos de prova que tivessem servido de base às respostas aos quesitos, quando os elementos fornecidos pelo processo impusessem uma resposta diversa insusceptível de ser destruída por qualquer outra prova ou quando um documento novo superveniente destruísse a prova em que a resposta assentava.

A decisão sobre a matéria de facto podia ainda ser alterada pelo Tribunal da Relação quando se procedesse nele a novo julgamento, que tinha lugar sempre que o réu condenado em qualquer uma das penas dos ns. 1 a 4 do artigo 55 do Código Penal impugnasse aquela decisão relativamente a elementos essenciais da infracção ou a qualquer circunstância qualificativa ou quando o réu tivesse sido condenado na pena do n. 5 do artigo 55 do Código Penal e a decisão do tribunal de primeira instância em matéria de facto não tivesse sido tomada por unanimidade em relação a algum elemento do crime ou sua circunstância qualificativa.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁶ As vantagens desta inovação eram de uma dupla natureza: “evita-se o sistema da prova escrita em tais processos” e “evita-se a subida de tais recursos às Relações, o que alivia o trabalho imenso que pesa sobre estas” (nota ao artigo 533).

¹⁴⁷⁷ Contudo, os acórdãos da Relação que em qualquer forma de processo aplicassem medida de segurança, decretassem amnistia, perdão ou comutação de pena, constituíssem ofensa de caso julgado ou fossem contrários aos assentos do Supremo Tribunal de Justiça eram recorríveis para este Alto Tribunal.

¹⁴⁷⁸ A norma do artigo 38, al. b), era contraditória com a do artigo 538, n. 1, al. a), pois nesta previa-se a livre interposição de recurso de decisões finais em processo de querela para a Relação e naquela admitia-

No julgamento observavam-se as regras aplicáveis em primeira instância, mas só se procedia à inquirição das testemunhas já produzidas em primeira instância e através do presidente e não se admitiam alegações orais. A matéria de facto dada como provada não era objecto de despacho interlocutório, mas apenas relatada no acórdão.¹⁴⁷⁹

Deste modo, acentuava-se na instância de recurso a disparidade entre os arguidos julgados em processo de querela e os julgados pelas outras formas de processo. Além da reserva ao réu condenado em processo de querela da faculdade de impugnação da matéria de facto e da realização de um segundo julgamento da matéria de facto no Tribunal da Relação, ao réu querelado eram ainda concedidas duas outras garantias adicionais relevantes para o recurso, também elas novas face ao direito vigente, consubstanciadas no registo da prova produzida em julgamento e na fundamentação das respostas aos quesitos.

Ao invés, no processo correcional com intervenção do tribunal colectivo falhavam todas estas garantias e no processo correcional com intervenção do juiz singular subsistiam a garantia do registo da prova, quando uma das partes o pedisse, e, subsequentemente, o recurso da decisão sobre a matéria de facto. No processo de transgressões e no processo sumário o réu podia socorrer-se da garantia da repetição do julgamento da matéria de facto diante do tribunal da comarca. No processo de réu ausente o julgamento pelo tribunal colectivo, quando fosse o competente, o registo da prova e, em certos casos, a repetição da audiência de julgamento constituíam as garantias do réu.

Os benefícios decorrentes destas garantias eram ainda reforçados pela recente revisão do regime de imputação da prisão preventiva na pena de prisão maior, mas eram

se a existência de restrições à recorribilidade para a Relação no processo de querela. A nota explicativa ao artigo 38 parecia esclarecer a contradição no sentido de que não haveria recurso para a Relação sempre que se tivesse verificado unanimidade na instância quanto à matéria de facto, sendo então o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça o único recurso admissível. Contudo, a proibição expressa de voto de vencido na decisão sobre a matéria de facto vedava, afinal, este entendimento e inutilizava a regulamentação especial do recurso do réu condenado na pena do n. 5 do artigo 55 do Código Penal.

¹⁴⁷⁹ Os autores admitiam que a faculdade de proceder a novo julgamento provocaria “grande perturbação” nas Relações, mas entendiam que o aumento do número de juízes desembargadores e a criação de secções criminais nas Relações resolveria o problema. A ideia inicialmente ponderada de alargar esta faculdade da realização de um novo julgamento ao processo correcional quando interviesse o tribunal singular, prevendo um recurso amplo deste tribunal para o tribunal colectivo, foi afastada, “não só porque acarretaria um enorme aumento de serviço para os Tribunais Colectivos, como porque, nesse caso, da decisão destes não devia haver recurso e pode ser chocante deixar de sujeitar uma decisão em processo penal a um tribunal superior, salvo, é claro, tratando-se de processo sumário ou de transgressões” (notas aos artigos 556 a 557).

contrariados, no processo de querela, pela possibilidade da *reformatio in pejus*, despoletada em termos idênticos aos consagrados desde 1969, ou no visto inicial ao Ministério Público no tribunal de recurso ou mesmo oficiosamente, pelo tribunal, alterando a qualificação dos factos da pronúncia e agravando a pena em conformidade. Por seu turno, se os condenados em penas de prisão beneficiavam, como os outros, da imputação obrigatória e integral da prisão preventiva na pena definitiva, a *reformatio in pejus* verificava-se também no processo correccional e no de réus ausentes, ficando excepcionadas apenas as formas de processo de transgressão e sumário, atenta a circunstância de o tribunal de recurso não ser de grau superior ao tribunal recorrido.¹⁴⁸⁰

A repetição do julgamento da matéria de facto no tribunal de recurso, que permitia a sindicância ampla dos gravames resultantes de uma muito débil realização do princípio da imediação no primeiro julgamento, ficava, pois, reservada aos réus julgados em processo de querela e condenados em qualquer uma das penas dos ns. 1 a 4 do artigo 55 do Código Penal e aos julgados em processo de transgressões e em processo sumário, encontrando-se o réu condenado na pena do n. 5 do artigo 55 do Código Penal impossibilitado de fazer uso da faculdade prevista no artigo 563, por força da proibição expressa do voto de vencido em relação à decisão sobre os quesitos, e o réu julgado na forma de processo correccional em uma posição cuja fragilidade só era diminuída pela intervenção do tribunal colectivo quando fosse simultaneamente julgado com a causa crime um pedido cível de valor superior ao da alçada cível do tribunal de comarca. O condicionamento da intervenção do tribunal colectivo em função da vontade do lesado revelava, afinal, que a composição reforçada deste tribunal não constituía uma garantia especificamente concebida em benefício dos réus julgados em processo correccional.

¹⁴⁸⁰ Aliás, os autores preferiam a introdução do recurso subordinado em matéria penal à manutenção da solução da Lei n. 2139, conservando no articulado a solução desta lei por ser “uma posição recente da Assembleia Nacional” (nota ao artigo 530).

Capítulo 10 °

A Revolução de 25 de Abril de 1974

e a transição para o novo CPP de 1987

1. A nova Constituição da República e a adaptação gradual do direito ordinário

Na sequência da aprovação da Lei Constitucional n. 3/74, de 14.5, sobre a estrutura constitucional provisória, que previa o exercício exclusivo da função jurisdicional por “tribunais integrados no Poder Judicial” e proibia a existência de tribunais com competência específica para o julgamento de crimes contra a segurança do estado (artigo 18 da Lei n. 3/74, de 14.5),¹⁴⁸¹ da publicação do programa do governo provisório no Decreto-Lei n. 203/74, de 15.5, em que se fixava o princípio da “reforma do sistema judicial, conducente à independência e dignificação do poder judicial”, e da elaboração do plano de acção do ministério da justiça aprovado em conselho de ministros de 20.9.1974, que considerava como objectivos prioritários para a dignificação do processo penal a simplificação do processo, a fusão dos processos correcional e de polícia, a instituição do júri nos crimes mais graves e a possibilidade de condenação em indemnização civil do réu apesar da absolvição da acusação, o

¹⁴⁸¹ Na assembleia constituinte, o artigo 18 da Lei n. 3/74 foi interpretado como tendo fixado um conceito material da função jurisdicional, “um nexo indissolúvel entre tribunais e função judicial; os tribunais existem para exercê-la e ela apenas pode ser exercida através deles; a função jurisdicional, por natureza exige órgãos com características precisas, os tribunais. Vai-se, pois, do elemento material – a função jurisdicional – para o elemento orgânico – os tribunais”. Por outro lado, a integração dos tribunais no “Poder Judicial” tinha “uma importante consequência”, que era a de que “todos os tribunais devem encontrar-se, pelo menos, nas mesmas condições em que se encontravam os tribunais ordinários, os tribunais comuns de jurisdição ordinária, na Constituição de 1933; que os seus juízes devem ter a plenitude das garantias da magistratura; e que devem estar ligados administrativamente a um único ministério, o Ministério da Justiça” (o deputado Jorge Miranda na sessão de 16.12.1975 da assembleia constituinte, in *Diário da Assembleia Constituinte*, n. 96, 17.12.1975, p. 3097). Em consonância com este entendimento, a publicação da Lei n. 3/74 implicou a inconstitucionalidade superveniente dos tribunais

governo provisório procedeu a uma reorganização do Conselho Superior Judiciário e a uma revisão do processo penal comum.

Assim, logo em 18 de Junho de 1974 teve lugar aquela reorganização, seguida a 3 de Novembro de 1975 da revisão do processo penal.

O Conselho Superior Judiciário, na nova composição fixada pelo Decreto-Lei n. 261/74, de 18.6, regressou ao sistema misto de nomeação e eleição dos seus membros, sendo a maioria dos membros eleita pelos juizes. Simultaneamente, as promoções de juizes por mérito e as classificações extraordinárias foram abolidas e determinou-se a cessação de todas as comissões de serviço iniciadas antes de 25.4.1974, mantendo-se, contudo, os magistrados nos seus lugares até nova nomeação.¹⁴⁸²

O novo tribunal de júri, criado pelo Decreto-Lei n. 605/75, de 3.11, era composto por três juizes e oito jurados e intervinha apenas a requerimento da acusação ou da defesa nos processos de querela, tendo competência para declarar provados os factos mesmo que não estivessem compreendidos entre os da acusação, desde que tivessem por efeito diminuir a pena, e determinar a pena concreta.¹⁴⁸³ A decisão do júri sobre a matéria de facto era recorrível apenas para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento nos vícios previstos no artigo 712, ns. 1 e 2 do CPC, não intervindo nenhum dos membros do júri no novo julgamento.

A outra importante inovação do diploma de Novembro de 1975 foi a da unificação dos processos correcional e de polícia. A nova forma de processo iniciava-se com um inquérito policial, no qual se procedia a uma anotação sumária dos

plenários (parecer da Procuradoria-Geral da República, n. 124/76, de 25.11.1976, in BMJ, n. 270, p. 26) ou a sua “extinção ou supressão” (Joaquim Roseira Figueiredo e Flávio Pinto Ferreira: 1974: 88).

¹⁴⁸² A doutrina não deixou de criticar o facto de a base dos eleitores na eleição dos membros do Conselho ser mais restrita do que a estabelecida pelo próprio Decreto n. 11.751, o que constituía uma “restrição injustificada e incoerente” (Roseira Figueiredo e Flávio Ferreira, 1974: 94 e 95). Do mesmo modo, a manutenção da competência do ministro da justiça para as nomeações, promoções e colocações de juizes também foi censurada por se tratar de preceito “gravemente lesivo da independência institucional da magistratura” (Roseira Figueiredo e Flávio Ferreira, 1974: 97, 113 a 119).

¹⁴⁸³ A doutrina criticou a composição e o sistema de votação do júri (Martins de Almeida, 1977: 147, 148, 169 e 170), bem como a respectiva competência (Martins de Almeida, 1977: 149 e 168, e Reis Figueira, 1984: 15, 18 e 19), fazendo uma interpretação restritiva da competência dos jurados, no sentido de que a determinação da medida concreta da pena competia apenas aos juizes do colectivo se os factos impusessem a convolação para um crime punível com pena de prisão simples e de que a competência para qualificar juridicamente os factos e determinar os limites da indemnização era, do mesmo modo, exclusiva dos juizes togados. Antes mesmo da publicação do Decreto-lei n. 605/75 se tinham erguido vozes desaconselhando a reintrodução do júri (Estelita Mendonça, 1975: 42) ou aconselhando-a no formato de um tribunal misto de juizes togados e leigos, tendo estes últimos competência decisória apenas em matéria de facto (Roseira Figueiredo e Flávio Ferreira, 1974: 126 e 127). A multiplicidade de

depoimentos do arguido e das testemunhas ouvidas, tendo o Ministério Público competência para avocar, corrigir e completar a investigação policial e para a autorização da realização de diligências que respeitassem a direitos fundamentais. O denunciante com a faculdade de se constituir assistente podia, em relação a crimes públicos e semi-públicos, reclamar hierarquicamente do despacho do Ministério Público de arquivamento dos autos ou de que estes aguardassem melhor prova ou mesmo requerer o julgamento com base na prova recolhida no inquérito.¹⁴⁸⁴

A instrução preparatória conduzida pelo juiz só tinha lugar no novo processo correcional se o arguido tivesse sido preso e como tal ouvido em auto, não sendo caso de o julgar em processo sumário.

O juiz de julgamento procedia ao seu recebimento do processo, tendo a faculdade de rejeitar a acusação do Ministério Público ou do ofendido somente nos casos de não punição do facto, extinção da acção penal ou inimputabilidade do arguido. Para evitar o abuso deste novo sistema de “citação directa” previa-se não apenas o recurso do despacho que designava data para julgamento quando se tratasse de crime doloso e o Ministério Público não tivesse deduzido acusação, mas também a condenação final do acusador particular que tivesse sido litigante temerário em multa e indemnização ao réu.

A aceleração e simplificação das formas de processo menos graves não implicou, contudo, um nivelamento pelo mínimo das garantias processuais. Se o prazo da contestação do acusado era o do antigo processo de polícia, os prazos para dedução de acusação pública e particular e o número das testemunhas admitidas eram os do antigo processo correcional e o prazo de contestação do acusado podia ainda ser alargado por determinação judicial. Acresce que a proibição, em regra, da interposição de recurso do despacho de recebimento da acusação e a restrição do âmbito da sindicância da instrução pelo juiz de julgamento constituíam inovações em relação a ambas as formas de processo e provocavam uma verdadeira antecipação do controlo

pareceres encontrou o seu melhor reflexo nas propostas das comissões de reforma judiciária criadas pelo Decreto-Lei n. 261/74, de 18.6 (Eduardo Arala Chaves e outros, 1975: n. 248, pp. 173, 207 a 210).

¹⁴⁸⁴ O artigo 387 do CPP na redacção que lhe foi dada em 1975 consagrou, portanto, a teoria da legitimidade da acusação do ofendido que pudesse constituir-se como assistente por crimes públicos no caso de abstenção do MP. O assento do Tribunal Pleno n. 8/79 (in DR, de 5.11.1979), que fixou jurisprudência obrigatória no sentido de que o ofendido não assistente que formulasse acusação nos termos do artigo 387 do CPP não tinha legitimidade para recorrer da decisão judicial que a não recebesse,

realizado pelo tribunal superior nos termos do artigo 397 do CPP, na anterior versão, sendo certo que o recurso da decisão final era admissível para a Relação, que conhecia da matéria de facto e de direito, e para o Supremo Tribunal de Justiça, que conhecia apenas desta, como anteriormente acontecia com o processo correcional.¹⁴⁸⁵

O problema mais grave colocado pela nova forma de processo era outro. A restrição dos poderes de sindicância do inquérito pelo juiz de julgamento afastava, em princípio, a censura da violação do princípio da acusação nos casos em que não tivesse tido lugar a instrução preparatória, mas a manutenção do domínio do juiz sobre a instrução preparatória, nos casos em que ela ocorria, colocava o problema grave da diferenciação do juiz competente para a direcção daquela fase processual da fase de julgamento.

O legislador encetou várias tentativas contraditórias para resolver este problema, logo após a aprovação a 2 de Abril de 1976 pela Assembleia Constituinte da nova Constituição da República.

A Constituição continha na parte II um título, o sexto, designado “Tribunais”,¹⁴⁸⁶ em que se previa a existência de tribunais de comarca, que eram, em regra, os tribunais judiciais de primeira instância, de Tribunais da Relação, que eram, em regra, os tribunais de segunda instância e de um Supremo Tribunal de Justiça, que funcionava como tribunal de instância nos casos em que a lei determinasse.¹⁴⁸⁷

foi por isso criticado, já que retirava ao ofendido não assistente o direito de sustentar a acusação que ele podia deduzir (António Barreiros, 1981a: 467 e 468, e Castro e Sousa, 1985: 246).

¹⁴⁸⁵ Assim, não procede a tese de Cavaleiro Ferreira (1986 b: 63, 144 e 147) de que o legislador de 1975 extinguiu efectivamente o processo correcional e procedeu a uma mera alteração da designação do processo de polícia correcional.

¹⁴⁸⁶ A apresentação do parecer da sexta comissão sobre o título dos tribunais ocorreu na sessão de 11.12.1975. O parecer e o articulado proposto, de que foi relator o deputado António José Sousa Pereira, estão publicados no Diário da Assembleia Constituinte, n. 95, de 13.12.1975, pp. 3079 e 3080. Segundo Cunha Rodrigues (1977: 38), verificou-se um “certo desinteresse por parte dos deputados” em relação a este título da Constituição e “o diagnóstico da situação jurídica raramente foi tentado e, quando o foi, recorreu-se preferencialmente a argumentos extraídos das características do regime deposto, em prejuízo de uma análise serena de factos e sintomas ligados à instituição”. O autor considera que “três vectores sensibilizariam a maioria dos deputados à Assembleia Constituinte no que se refere à organização judiciária: os tribunais como garantes da liberdade e da democracia; a operacionalidade do sistema judicial perante as tarefas exigidas por uma sociedade em construção; a abolição das arcaicas e opressivas estruturas de paternalismo governamental em relação aos magistrados”. Também Monteiro Dinis (1981: 98) conclui que este título teve um “tratamento muito ligeiro e relativamente célere”, tendo sido discutidas sobretudo três questões: a unidade das magistraturas e dos tribunais, o sistema de governo da magistratura e o grau de autonomia do Ministério Público.

¹⁴⁸⁷ Na discussão na generalidade do parecer da sexta comissão, na sessão de 16.12.1975, da Assembleia Constituinte, o deputado Jorge Miranda esclareceu, como se viu já, que, na sequência da Lei Constitucional n. 3/74, o texto elaborado pela Comissão estabelecia não só um conceito material de tribunal, definido pelo objecto da função jurisdicional, mas também o princípio da exclusividade do

A nova lei fundamental admitia a existência de tribunais com competência específica e de tribunais especializados para o julgamento de determinadas matérias,¹⁴⁸⁸ mas proibia a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.¹⁴⁸⁹

A regulamentação da participação popular na administração da justiça consagrava em parte o direito ordinário já vigente. O júri era composto pelos juizes do tribunal colectivo e por jurados e tinha a competência para julgar, a pedido das partes, os crimes mais graves.¹⁴⁹⁰ O legislador constituinte previu ainda a possibilidade de

exercício da função jurisdicional pelos tribunais. Este entendimento foi posteriormente confirmado pelo deputado Manuel Vieira na discussão sobre o artigo 1 do parecer da comissão, que foi aprovado por unanimidade. No entanto, como decorria da intervenção dos deputados José Luís Nunes e Barbosa de Melo, o texto aprovado não excluía a atribuição pela lei de poderes jurisdicionais a órgãos que não fossem tribunais, tais como as comissões arbitrais (Diário da Assembleia Constituinte, n. 96, de 17.12.75, pp. 3097, 3109 e 3110). No que respeita aos graus de jurisdição, embora tivesse sido proposta pelos deputados Jorge Miranda e Fernando Amaral uma redacção para o artigo 6 do parecer da sexta comissão, em que não se mencionava a existência de três instâncias, mas apenas o princípio da “unidade de todos os tribunais”, com a consequência da submissão de todos os tribunais, salvo os tribunais militares e o Tribunal de Contas, à disciplina dos tribunais judiciais, esta proposta não foi aprovada, tendo sido, ao invés, aprovada a proposta da comissão, que vinculava o legislador à consagração de três instâncias (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, de 18.12.1975, pp. 3135 e 3139). Por outro lado, a fixação da regra do funcionamento dos tribunais de comarca como tribunais de primeira instância ficou a dever-se à intenção de deixar em aberto a possibilidade de as decisões dos tribunais municipais e dos tribunais “populares” serem recorríveis para o tribunal de comarca (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, de 18.12.1975, p. 3145).

¹⁴⁸⁸ O sentido do preceito do n. 2 do artigo 6 do parecer da sexta comissão foi esclarecido na sessão de 17.12.1975, pelo deputado Manuel Vieira. Os tribunais com competência específica eram os que tinham competência para julgar “um tipo de determinadas matérias” e os tribunais especializados eram aqueles em que “o julgador deve ter conhecimentos técnicos especiais” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, de 17.12.1975, p. 3138). O deputado Fernando Amaral fez ainda uma proposta de supressão da menção aos tribunais especializados, por entender que “todos os tribunais de competência específica têm de ser fatalmente tribunais especializados”, mas a proposta foi rejeitada, tendo sido aprovado o texto da comissão (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, de 17.12.1975, pp. 3140 e 3141).

¹⁴⁸⁹ Logo na sessão de 27.8.1975, aquando da discussão do n. 7 do artigo 19 do articulado da segunda comissão, os deputados Costa Andrade e José Luís Nunes deixaram claro que o sentido da norma consagrada naquele número era o de proibir toda e qualquer jurisdição criminal de excepção e os desaforamentos fora dos casos previstos na lei (Diário da Assembleia Constituinte, n. 37, pp. 1054 a 1056). Mais tarde, aquando da discussão do artigo 6 do parecer da sexta comissão, os deputados Jorge Miranda, Carlos Bacelar e Fernando Amaral propuseram que a proibição constitucional se referisse à existência e não apenas à criação, como constava do parecer, de tribunais com competência exclusiva para julgamento de crimes determinados, proposta que veio a ser aprovada (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, de 18.12.1975, pp. 3098, 3141 e 3142). A supressão dos tribunais com competência exclusiva para certos crimes não era, contudo, imediata, devendo ser cumprida, “pelo legislador ou pelos tribunais”, logo em seguida à entrada em vigor da Constituição (parecer da Comissão Constitucional, n. 27/77, p. 240).

¹⁴⁹⁰ O texto da comissão foi votado por unanimidade, tendo o PPD retirado a sua proposta de restrição da competência do júri ao julgamento da matéria de facto e os deputados do CDS revisto a proibição expressa do tribunal de júri incluída no respectivo projecto de Constituição. Os deputados não queriam consagrar constitucionalmente a distinção “absolutamente ultrapassada” entre a matéria de facto e a matéria de direito e pretenderam deixar em aberto a possibilidade de ser conferida ao júri a competência para decidir da graduação da pena (Diário da Assembleia Constituinte, n. 97, pp. 3150 a 3154).

criação de juizes populares e de estabelecimento de “outras formas de participação popular na administração da justiça”.¹⁴⁹¹

Acresce que o legislador constituinte reconheceu as mesmas garantias da inamovibilidade e da irresponsabilidade e sujeitou ao mesmo estatuto todos os juizes dos tribunais judiciais, que constituiu em um corpo único da magistratura judicial. A proibição do exercício de outras funções públicas ou privadas remuneradas e da nomeação para comissões de serviço estranhas à actividade judicial sem autorização do Conselho Superior da Magistratura, por um lado,¹⁴⁹² e, por outro, a atribuição exclusiva da competência no tocante à nomeação, colocação, transferência, promoção e ao exercício da acção disciplinar a este Conselho, que deveria incluir membros de entre si eleitos pelos juizes, sanaram os principais vícios da anterior organização da magistratura judicial.¹⁴⁹³

¹⁴⁹¹ Foram expressamente rejeitadas quer a proposta do deputado Afonso Dias de instituição imediata de tribunais populares de bairro, de aldeia e de zona e de tribunais populares de trabalho quer a do deputado Luís Catarino de tornar imperativa a criação dos juizes populares (Diário da Assembleia Constituinte, n. 98, de 19.12.1975, pp. 3171, 3174 e 3181). A doutrina concluiria que o carácter restritivo da regulamentação constitucional ficou a dever-se ao receio dos constituintes diante de “uma concepção emocional de justiça popular” e a reservas atinentes à praticabilidade do sistema (Cunha Rodrigues, 1977: 56 e 57), resultando das disposições constitucionais “claramente o repúdio da chamada «justiça popular» e o primado de uma autêntica organização judiciária integrada, sim, por elementos populares” (José Luís Nunes, 1977: 839), de modo que esta regulamentação constitucional “pouco expressiva” da justiça popular não impediu a consagração de uma “estrutura judiciária duplamente aberta” no tocante à intervenção da comunidade na actividade judicial e na gestão das magistraturas (Laborinho Lúcio, 1986: 294).

¹⁴⁹² O preceito constitucional correspondia ao artigo 18 do articulado da sexta comissão, que foi aprovado por unanimidade. A proposta de eliminação do artigo 18, n. 2, do deputado Luís Catarino, admitindo comissões de serviço sem qualquer autorização, e a dos deputados Fernando Amaral e Carlos Bacelar, vedando toda e qualquer comissão de serviço, foram retiradas em favor da “posição de equilíbrio” da comissão, cuja defesa coube ao deputado José Luís Nunes (Diário da Assembleia Constituinte, n. 98, de 19.12.1975, p. 3196).

¹⁴⁹³ O artigo 16 do articulado proposto pela sexta comissão previa expressamente que o Conselho Superior da Magistratura fosse eleito na proporção de dois terços por todos os juizes e nele houvesse representação dos juizes de todas as instâncias, com o que a comissão visava “abrir caminho a uma real independência dos tribunais e dos juizes, sem, por outro lado, se contribuir para a criação de uma classe fechada ou elitista” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 94, de 12.12.1975, p. 3053). A proposta foi contrariada pelo PCP e pelo PS, que sugeriram o primeiro apenas a previsão da inclusão de juizes eleitos no Conselho Superior da Magistratura e o segundo somente a reserva de lei para determinação da composição do Conselho. Os deputados Fernando Amaral e Barbosa de Melo defenderam ainda a manutenção da maioria de juizes eleitos no seio do Conselho, mas fez vencimento, por unanimidade, a sugestão do deputado José Luís Nunes de que o Conselho deveria ter um número indeterminado de juizes, eleitos pelos juizes e de entre os juizes (Diário da Assembleia Constituinte, n. 98, de 19.12.1975, pp. 3189 e 3192). A “grande prudência nesta matéria” justificava-se pela necessidade de “permitir a correcção de soluções que se afigurem menos adequadas, sem pôr em causa a Constituição” (José Luís Nunes, 1977: 839 e 840). Fora do meio parlamentar foram apresentadas propostas de reforma integral da administração da magistratura judicial, que previam, designadamente, a organização de um Conselho Superior Judiciário apenas com juizes eleitos por três anos entre os membros do Supremo Tribunal de Justiça, das Relações e dos tribunais de primeira instância, um por cada corpo e por cada distrito judicial (Estelita Mendonça,

No tocante à estrutura do processo penal e às garantias processuais, a nova Constituição continha algumas disposições imperativas no artigo 32, encimadas por uma disposição programática nos termos da qual o processo criminal asseguraria todas as garantias de defesa.¹⁴⁹⁴

Assim, o processo penal devia ter uma estrutura acusatória,¹⁴⁹⁵ competindo toda a instrução a um juiz¹⁴⁹⁶ e encontrando-se a audiência de julgamento e os actos

1975: 46 e 47, e, em termos algo semelhantes, Lúcio Teixeira, 1975: 55), ou a sua organização com juízes eleitos e nomeados, sendo o presidente do STJ eleito pelos juízes deste tribunal e os presidentes dos Tribunais da Relação eleitos por todos os juízes do respectivo distrito e devendo ter assento no Conselho, mas sem poderes disciplinares, o bastonário da Ordem dos Advogados e representantes eleitos dos juízes de primeira instância e dos funcionários judiciais (Roseira Figueiredo e Flávio Ferreira, 1974: 122 e 123). Até à primeira revisão constitucional a regulamentação do preceito constitucional evoluiu de um ensaio de autogoverno na sua “expressão máxima” pelo Decreto-Lei n. 926/76, de 31.12, com um Conselho presidido pelo presidente do STJ e composto apenas por magistrados judiciais e funcionários de justiça, para a conformação de um “autogoverno mitigado”, nos termos da Lei n. 85/77, de 13.12 (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 410), com o presidente da República a presidir ao Conselho e a introdução de seis membros estranhos à magistratura, o que, contudo, não satisfaz ainda a necessidade sentida nos meios políticos de “fazer entrar os juízes em estado de graça democrática” (Mário Raposo, 1982: 324 e 329, e, no mesmo sentido, Cunha Rodrigues, 1994: 29 a 33) e justificou modificações ulteriores do preceito constitucional.

¹⁴⁹⁴ A apresentação do parecer da segunda comissão sobre o título dos direitos e deveres fundamentais ocorreu na sessão de 12.8.1975, sendo relator o deputado Manuel da Costa Andrade. O articulado proposto está publicado no Diário da Assembleia Constituinte, n. 30, de 13.8.1975, pp. 785 a 790. O artigo 19, n. 1, do articulado foi aprovado sem discussão e com apenas uma abstenção (Diário da Assembleia Constituinte, n. 37, p. 1049). A doutrina reconheceu que o preceito era “eminentemente programático”, mas “sem prejuízo de um eminente conteúdo normativo imediato a que se pode recorrer directamente, em casos-limite, para inconstitucionalizar certos preceitos da lei ordinária” (Figueiredo Dias, 1981: 51 e 81, e também Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 39, e Cavaleiro de Ferreira, 1986 a: 29).

¹⁴⁹⁵ O n. 5 do artigo 19 do articulado da segunda comissão foi aprovado na Assembleia Constituinte, sem discussão e com apenas uma abstenção (Diário da Assembleia Constituinte, n. 37, p. 1054). No entanto, aquando da discussão sobre o artigo 2 do parecer da sexta comissão, os deputados José Luís Nunes e Fernando Amaral esclareceram que o texto proposto pela comissão para aquele artigo pressupunha, “em rotura com uma série de aspectos do nosso passado próximo absolutamente condenáveis”, a prevalência do “princípio do impulso” na administração da justiça, cabendo a iniciativa processual às “partes”, quer no processo civil quer no penal. Se ao tribunal competia a resolução do conflito, às “partes tomadas em sentido muito lato” competia a definição do objecto do conflito submetido ao tribunal, “a qualificação prévia de que existe conflito” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 96, de 17.12.1975, p. 3113). Logo após a decisão dos constituintes, Figueiredo Dias considerou a consagração deste princípio “uma declaração de indiscutível conteúdo prático-normativo que vale por todo um programa processual penal”, reconhecendo duas vertentes deste programa: por um lado, “o reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso” e, por outro, “o reconhecimento do princípio da acusação, segundo o qual terá de haver uma diferenciação material (e não simplesmente formal) entre o órgão que instrui o processo e dá a acusação e o órgão que a vai julgar” (Figueiredo Dias, 1976 b: 108, e, igualmente, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 36, 50, 68 a 70, Figueiredo Dias, 1979: 167, Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues, 1986: 537 a 539, e Germano Marques da Silva, 1990: 62 a 65).

¹⁴⁹⁶ A redacção do artigo 19, n. 4, do articulado da segunda comissão, que correspondia ao artigo 39, n. 3, do projecto do PPD, previa que a instrução fosse da competência de um juiz ou estivesse “a ele submetida”. Esta parte final foi suprimida por proposta dos deputados José Luís Nunes, Oliveira e Silva e Romero de Magalhães, por se temer que ela permitisse a manutenção do “sistema de instrução em vigor, predominantemente da competência do Ministério Público” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 38, de

instrutórios que a lei determinasse subordinados ao princípio do contraditório.¹⁴⁹⁷

Simultaneamente, a prisão preventiva foi restringida aos casos de flagrante delito ou indiciação pela prática de um crime doloso punível com pena maior, de penetração irregular em território nacional e de pendência de um processo de extradição ou expulsão, ficando vedada a sua aplicação em virtude da violação pelo arguido das condições a que se encontrasse subordinada a liberdade provisória.¹⁴⁹⁸ A prisão sem culpa formada foi submetida a uma validação judicial obrigatória, que deveria ter lugar no prazo máximo impreterível de quarenta e oito horas, e a prisão depois da formação da culpa ficou vinculada a prazos máximos obrigatórios a fixar pela lei.¹⁴⁹⁹

28.8.1975, p. 1049). Os deputados proponentes pretendiam “uma instrução dirigida por um juiz e não uma instrução submetida à competência do juiz”, proposta com a qual o deputado Costa Andrade se mostrou inteiramente de acordo. Só os deputados Vital Moreira e Luís Catarino levantaram objecções relativas à praticabilidade da proposta, que veio a ser aprovada, com apenas quatro votos contra e dezasseis abstenções (Diário da Assembleia Constituinte, n. 38, de 28.8.1975, p. 1051). Em uma disposição constitucional transitória previu-se, contudo, que nas comarcas onde não houvesse juízos de instrução e enquanto estes não fossem criados a instrução criminal competiria ao Ministério Público “sob a direcção de um juiz”, o que foi esclarecido pelo deputado Barbosa de Melo no sentido de que “os actos do Ministério Público serão passíveis sempre de controle jurisdicional, e não de controle hierárquico, como vinha acontecendo desde há muitos anos em Portugal” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 129, de 31.3.1976, p. 4275). Esta disposição transitória foi aprovada por unanimidade.

¹⁴⁹⁷ Na Assembleia Constituinte foram defendidos dois entendimentos diferentes do princípio do contraditório, o entendimento maximalista do deputado José Luís Nunes, de que este conceito coincidia com o “oferecimento essencial das provas” pelas partes e com a “igualdade das partes nas suas relações entre si, nas suas relações recíprocas com o tribunal e nas suas relações com o Ministério Público”, e o entendimento minimalista do deputado Fernando do Amaral, de que “ninguém poderá ser ferido nos seus interesses por uma decisão judicial sem primeiro ser ouvido” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 96, de 17.12.1975, pp. 3115 e 3116). Não obstante a declaração de voto do deputado Costa Andrade, após a aprovação do artigo 19, n. 5, da proposta da comissão, de que a aprovação da sujeição da audiência de julgamento ao princípio do contraditório implicava a “sua efectiva submissão a todas as implicações decorrentes deste princípio” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 38, 28.8.1975, p. 1054), não foi aprovado o princípio da subordinação da administração da justiça ao princípio do contraditório, previsto no artigo 4 do parecer da sexta comissão, precisamente porque se pretendeu deixar em aberto a possibilidade de o juiz carrear oficiosamente para os autos meios de prova novos (Diário da Assembleia Constituinte, n. 95, de 16.12.1975, pp. 3115 e 3117, e n. 96, de 17.12.1975, p. 3132). Assim, os constituintes distinguiram claramente a questão da definição do objecto do processo da questão da determinação dos meios de prova, tomando em relação àquela uma decisão francamente limitativa dos poderes do tribunal e deixando a resolução desta outra questão em aberto, por entenderem que ao juiz deviam ser atribuídos pelo legislador poderes de investigação de novos meios de prova.

¹⁴⁹⁸ O conceito constitucional de pena maior foi objecto de discussão, coincidindo com o da pena maior mais leve conhecida pelo direito positivo em 1976, isto é, a pena de dois a oito anos de prisão. Em síntese, sobre esta discussão e, designadamente, sobre a constitucionalidade do artigo 51 do Decreto-Lei n. 402/82, de 29.9, e da Lei n. 41/85, de 14.8, José Sousa e Brito, 1986: 30 a 34.

¹⁴⁹⁹ A Constituição não reservou, contudo, ao juiz a competência para ordenar a prisão preventiva fora de flagrante delito, como concluiu o parecer da Procuradoria Geral da República, de 7.7.1978 (DR, II.^a série, de 24.7.1978) e parte da doutrina (Figueiredo Dias, 1976 b: 104 e 105, José Rodrigues dos Santos, 1980: 30, e António Barreiros, 1981a: 370, mas contra Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1984: 199 e 200, e Castro e Sousa, 1985: 77, afirmando aqueles autores que a Constituição era omissa em relação à questão, mas que “dadas as exigentes condições a que está submetida, não se vê justificação para admitir que ela possa ser determinada por outrem que não um juiz”). Consequentemente, o novo regime orgânico da Polícia Judiciária, aprovado pelo Decreto-Lei n. 364/77, de 2.9, previa, no seu artigo décimo, a

Os constituintes optaram, deste modo, pela integração plena da fase de instrução no processo, concebendo a instrução como uma fase prévia à dedução da acusação sob a direcção efectiva de um juiz, e consagraram uma estrutura do processo penal, em que a definição do objecto do processo só às “partes em sentido amplo” e, portanto, aos acusadores público e particular e ao acusado, deveria competir, admitindo, no entanto, a integração daquela estrutura por um princípio inquisitório na investigação das provas.

Com a nova regulamentação constitucional, a delimitação recíproca de competências da magistratura judicial e do Ministério Público na fase preparatória do processo tornou-se um problema instantâneo, tendo o governo procurado resolvê-lo com a publicação do Decreto-Lei n. 321/76, de 4.5, que atribuía ao juiz julgador a direcção efectiva da instrução preparatória nas comarcas onde não houvesse juízes de instrução.¹⁵⁰⁰ Dois meses depois, o Decreto-Lei n. 618/76, de 27.7, estabeleceu uma nova solução, a de que a direcção da instrução preparatória competia, na ausência do juiz de instrução, ao juiz de uma comarca vizinha, que ficava impedido de intervir no julgamento, sendo a instrução realizada, mesmo nas comarcas onde existisse juiz de instrução, pelo Ministério Público ou pela polícia.¹⁵⁰¹

Por outro lado, a Comissão Constitucional decidiu que não violava a nova

competência do director-geral, dos directores adjuntos, subdirectores, directores de serviço, inspectores e subinspectores que chefiassem subinspecções para ordenar a prisão sem culpa formada, devendo a prisão ser submetida a validação judicial no prazo máximo de vinte e quatro horas ou, quando este prazo terminasse em um domingo ou dia feriado, no prazo máximo de quarenta e oito horas.

¹⁵⁰⁰ A doutrina defendeu a inconstitucionalidade desta disposição, por violação da estrutura acusatória do processo, e a sua imediata revogação (Figueiredo Dias, 1976 b: 108, e, já depois da revogação, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 68 a 70). Do mesmo modo, Gomes Canotilho e Vital Moreira (1978: 100) afirmavam que o princípio acusatório impunha que, fosse a instrução realizada por um juiz ou transitoriamente dirigida por ele, em qualquer dos casos o juiz de instrução devia ser diferente do juiz de julgamento. O entendimento destes autores era, aliás, o sancionado pela discussão tida na Assembleia Constituinte. Com efeito, aquando da discussão sobre o n. 3 do artigo 10 do articulado das disposições transitórias, o deputado Barbosa de Melo esclareceu o sentido da opção da décima primeira comissão: “entendeu-se que esta última expressão «sob a direcção de um juiz» nunca poderia, no fundo, pôr em causa o princípio da divisão de poderes que está aqui: ser um quem dirige a instrução, quem realiza a instrução, e outro aquele que julga a própria instrução” (Diário da Assembleia Constituinte, n. 129, de 31.3.1976, p. 4276).

¹⁵⁰¹ Na sequência dos acórdãos da Comissão Constitucional ns. 4 e 5, de 19.4.1977 (in Apêndice ao Diário da República, de 6.6.1977), a resolução n. 128/77, de 13.5.77, do Conselho da Revolução (Diário da República, 1ª série, de 8.6.1977), declarou a inconstitucionalidade orgânica, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 1, n. 5, deste Decreto-Lei. A doutrina considerava, no entanto, que o artigo 1, n. 4, ao prever a mera direcção da instrução por um juiz nas comarcas onde existissem juízes de instrução, padecia também de inconstitucionalidade material, por violação dos princípios da acusação e da autonomia do Ministério Público (Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 73 a 75, Rodrigues Maximiano, 1981: volume 6, p. 105, e Castro e Sousa, 1985: 185).

Constituição a existência de uma fase pré-processual com fins análogos aos da instrução judicial, dirigida pela polícia ou pelo Ministério Público, desde que respeitasse duas condições essenciais: a de que nela não houvesse qualquer interferência na esfera dos direitos fundamentais do réu, que, a ter de verificar-se, implicaria a abertura imediata da fase processual da instrução judicial, e a de que aquela fase pré-processual se destinasse apenas a criar a convicção do titular da acção penal, mas não a do julgador, não implicando o deferimento do arguido a julgamento qualquer pré-juízo de suspeição do juiz sobre o arguido. A Comissão Constitucional aderiu, pois, de pleno à doutrina de Figueiredo Dias, já explanada em 1971, sobre a conformação da fase de investigação no âmbito de um processo com uma estrutura acusatória.¹⁵⁰²

Assim, a regulamentação do inquérito policial não violava directamente a Constituição senão em um ponto concreto, que era o da atribuição ao Ministério Público de competência para a autorização da realização de diligências que respeitassem a direitos fundamentais. Em relação às provas produzidas no decurso do inquérito, elas não deveriam integrar os autos do processo, de modo a não influenciar o julgador, sendo esta interpretação a única conforme à Constituição.

Na sequência destas decisões, o governo publicou dois diplomas em Agosto e Novembro de 1977 com o propósito de expurgar as normas da lei ordinária que enfermavam de inconstitucionalidade. Em Agosto, o Decreto-Lei n. 354/77, de 30.8, atribuiu a direcção da instrução nas comarcas onde não existisse juízo de instrução criminal ao juiz titular do tribunal, ficando este impedido de intervir no julgamento e designando o Conselho Superior da Magistratura um juiz de uma comarca próxima para proceder a julgamento.

Em Novembro, o Decreto-Lei n. 377/77, de 6.9, aprovou várias alterações ao diploma de 1975, procedendo à reformulação do inquérito policial, que passou a ser

¹⁵⁰² A doutrina da Comissão Constitucional foi fixada pela primeira vez no acórdão n. 6, de 5.5.1977 (in Apêndice do Diário da República, de 6.6.1977) e posteriormente repetida em muitos outros. Em todos eles, a Comissão ressaltou a vigência do disposto no artigo 327 do CPP, admitindo a faculdade de o arguido requerer a abertura da instrução judicial contraditória em qualquer processo correcional, mesmo quando não tivesse ocorrido a instrução preparatória. Acresce que o arguido tinha durante o decurso do inquérito policial o direito de ser assistido por um defensor, nos mesmos termos da fase processual da instrução (acórdãos n. 6 de 5.5.1977, e n. 15, de 26.5.1977, in Apêndice ao Diário da República, de 6.6.1977, e de 25.10.1977). Em sentido favorável à constitucionalidade do inquérito preliminar pronunciaram-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, 1978: 100, embora com reservas em face do artigo 32, n. 1 da CRP, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1976: 44 a 61, e 1983: 70 a 81, e Castro e Sousa, 1985: 164, e, em sentido contrário, com base em uma identidade material entre o inquérito e a instrução, Germano Marques da Silva, 1980: 182 a 187, e 1990: 48 a 53, António Barreiros, 1981 c: 521 e 522,

designado por inquérito preliminar, e ao reforço dos poderes de controlo do juiz.

O inquérito preliminar era aberto pelo Ministério Público nos processos relativos aos crimes puníveis com as penas previstas no artigo 56 e nos ns. 2 e 3 do artigo 57 do Código Penal, salvo se o arguido estivesse preso. Tal como tinha julgado a Comissão Constitucional, a lei nova vedou ao Ministério Público a autorização durante o inquérito de diligências que respeitassem a direitos fundamentais,¹⁵⁰³ mas, contrariando a jurisprudência da Comissão, não proibiu totalmente o aproveitamento posterior da prova produzida no inquérito, tendo antes determinado que os depoimentos das testemunhas fossem registados em auto à parte, que acompanhava o requerimento para julgamento e era arquivado após o trânsito em julgado do despacho que designava dia para julgamento.¹⁵⁰⁴

A realização do inquérito preliminar pelo Ministério Público tornava-se facultativa, mesmo nos casos em que era obrigatória a instrução preparatória judicial, erigindo o legislador como critério para a realização do inquérito preliminar a prossecução do objectivo limitado de “concorrer para formar a convicção das referidas

Alberto de Sá e Mello, 1982: 39 e 40, e Cavaleiro de Ferreira, 1984: 453, e 1986 b: 108.

¹⁵⁰³ Simultaneamente, o legislador concretizou as inovações introduzidas pelo texto constitucional no regime das medidas de coacção, restringindo o âmbito da prisão preventiva fora de flagrante delito aos crimes puníveis com prisão maior e o da caução obrigatória aos crimes puníveis com prisão superior a um ano e fixando o prazo da prisão preventiva depois da culpa formada em metade da duração máxima da pena prevista no tipo mais grave imputado ao arguido, com o limite inultrapassável de dois anos, e no caso de recurso da decisão condenatória no período fixado na decisão recorrida. O prazo da prisão preventiva antes da formação da culpa manteve-se fraccionado em dois períodos distintos, um da detenção até à notificação da acusação ou do pedido de abertura da instrução ao arguido, que era idêntico ao fixado em 1972, e outro desde aquela notificação até ao despacho de pronúncia, que sofria um agravamento de trinta dias em relação aos crimes julgados em processo correcional puníveis com pena superior a dois anos de prisão. A doutrina discutiu, no entanto, a possibilidade de manutenção da prisão preventiva em flagrante delito por crime punível com prisão até dois anos, tendo-se o ministro da justiça pronunciado em despacho de 16.1.1979 em sentido favorável (BMJ, n. 282, pp. 5 a 8, mas contra Borges de Pinho, 1979: 29 a 40, e 1981: 31, José Rodrigues dos Santos, 1980: 17 a 19, e Castro e Sousa, 1984 a: 56, e 1985: 91). Se a resolução desta questão ainda se manteve no plano da discussão doutrinária, uma outra, mais premente, foi decidida por via legislativa, que foi a da incriminação da recusa da prestação de caução nos casos em que não era admissível a prisão preventiva, bem como da recusa da declaração da identidade e da residência pelo arguido em liberdade provisória, com ou sem caução. Com a criação do tipo penal do artigo 285-A do CPP, pelo Decreto-Lei n. 377/77, de 6.9, o governo contornou, afinal, a vontade do legislador constituinte.

¹⁵⁰⁴ A prática nos tribunais afastou-se do propósito do legislador, pervertendo-o, pois o relatório final do inquérito e até a prova pessoal constante do auto à parte eram lidos e utilizados na audiência de julgamento. Carlos Codeço (1979: 132) deu logo notícia desta prática, que se manteve ao longo dos anos (Borges de Pinho, 1981: 43, e Castro e Sousa, 1984 b: 171). Nos tribunais surgiram assim duas doutrinas, a que defendia a permanência das diligências de prova do inquérito nos autos para julgamento, com excepção da prova pessoal, após o trânsito em julgado do despacho de designação da data para julgamento, e a tese do arquivamento total das diligências de investigação do inquérito, sem que a querela jurisprudencial tenha sido definitivamente resolvida. Para a defesa da primeira tese Borges de Pinho,

autoridades sobre se o processo deve ou não ser introduzido em juízo”, nos termos propostos por Figueiredo Dias e acolhidos pela Comissão Constitucional, e destarte tornando inequívoca a natureza pré-processual do inquérito preliminar e da prova nele colhida.

No que toca ao reforço dos poderes do juiz, o legislador reafirmou expressamente a faculdade de o arguido requerer a instrução contraditória em processo correcional, esclarecendo que esse requerimento implicava a caducidade do despacho judicial de recebimento da acusação e a remessa dos autos ao juízo de instrução criminal, e consagrou a faculdade de o juiz de julgamento apreciar os elementos indiciários aquando do recebimento da acusação.¹⁵⁰⁵ Se a reformulação do inquérito preliminar e da instrução preparatória ia no sentido do reforço do princípio da acusação, vedando ao juiz o controlo da omissão do Ministério Público e confiando à reclamação hierárquica do denunciante e à acusação do assistente aquele controlo,¹⁵⁰⁶ a concessão ao juiz de julgamento do poder de sindicância preliminar do mérito da acusação apontava claramente em sentido contrário, verificando-se uma orientação contraditória da reforma.

A publicação da primeira lei orgânica dos tribunais judiciais, a Lei n. 82/77, de

1981: 43, e Marques Borges e Proença Fouto, 1978: 32 e 33, e para a defesa da segunda, Carlos Codeço, 1979: 94 a 98, e Castro e Sousa, 1985: 170.

¹⁵⁰⁵ Ainda que por vezes criticando de *iure condendo* a inovação, a doutrina reconheceu que a lei nova introduziu “o princípio da apreciação judicial dos resultados do inquérito preliminar” (Carlos Codeço, 1979: 52, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1983: 109, Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 217 e 218, e Marques da Silva, 1980: 182, e 1990: 50). As vozes discordantes de António Barreiros e Castro e Sousa defendiam posições contraditórias nos seus próprios termos. António Barreiros afirmava que “passou a ser possível ao juiz exercer um controlo de mérito sobre o requerimento para julgamento em processo correcional. A situação manteve-se, no entanto, distinta da que existe para o processo de querela, na medida em que o juízo de fundo ... tem apenas em vista analisar se existe prova suficiente para admissão do feito em juízo” (António Barreiros, 1981a: 97 e 494, e 1989: 48 e 49) e Castro e Sousa concluía que “não se trata aqui de um verdadeiro juízo do julgador sobre o mérito do requerimento acusação, mas tão-só de um despacho com a referida função saneadora, ordenadora e comprovativa da admissibilidade do requerimento por virtude de os factos nele referenciados, e indiciados pelas declarações constantes do «auto à parte», serem abstractamente subsumíveis a qualquer tipo de crime” (Castro e Sousa, 1984 b: 168).

¹⁵⁰⁶ A jurisprudência defendeu maioritariamente que, após a entrada em vigor da Constituição de 1976, competia ao juiz a decisão de arquivamento do processo ou de mandar os autos aguardar melhor prova, quer no final da instrução preparatória quer da contraditória. A doutrina estava dividida. Rodrigues Maximiano (1981: volume 6, pp. 119 e 129), Castro e Sousa (1984 b: 253 e 259) e Germano Marques da Silva (1988: 174) consideravam que só ao Ministério Público competia aquela decisão, estando revogado tacitamente o artigo 346 do CPP e só podendo o juiz convidar o Ministério Público a alterar a sua posição, sem qualquer sanção no caso de recusa. Maia Gonçalves (1978: 446), Carlos Codeço (1979: 123 e 124), António Barreiros (1981 a: 327 a 331, 1982 b: 127, e 1983 b: 177), Luso Soares (1981: 138) e Cavaleiro de Ferreira (1986 b: 201 e 218) entendiam que o artigo 346 estava ainda em vigor. Borges de Pinho (1981: 47, 53, 63 e 167, e 1983: 135) e Figueiredo Dias (1988 a: 23) defendiam que o artigo 346 se mantinha em vigor apenas no que respeitava à instrução contraditória.

6.12, e do respectivo regulamento, o Decreto-Lei n. 269/78, de 1.9, veio agudizar esta contradição.¹⁵⁰⁷

A lei previa a existência de tribunais de instrução criminal, com competência para proceder à instrução preparatória e contraditória e para exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito preliminar e ao processo de segurança, mas o regulamento instituiu um número muito restrito de juízos de instrução, abrangendo a área da sua jurisdição um círculo judicial, com excepção dos tribunais de instrução de Lisboa, Ponta Delgada e Sintra, que abrangiam várias comarcas. Realizando inteiramente o propósito dos constituintes de 1976, a lei orgânica era, pois, defraudada pelo regulamento de 1978, que criou uma situação caótica nos tribunais de instrução, incapazes de acorrer às necessidades da prática em todos os processos em que a investigação se não restringisse à fase de inquérito preliminar.¹⁵⁰⁸

¹⁵⁰⁷ Na sessão de 7.10.1977, a proposta de lei do governo foi discutida e aprovada na generalidade por 102 votos a favor, do PS, do PCP e de dois deputados independentes, com 65 votos contra, do PSD e do CDS (Diário da Assembleia da República, n. 142, de 8.10.1977, p. 5244), e, depois da discussão e aprovação na especialidade em apenas cinco dias, foi aprovada em votação final global por 115 votos a favor, do PS e do PCP, com 69 votos contra, do PSD e do CDS (Diário da Assembleia da República, n. 143, de 15.10.1977, p. 5269). A oposição às propostas do governo centrou-se em questões de oportunidade e de mérito. No tocante às primeiras, o deputado Menéres Pimentel considerou que as cinco “modificações estruturais” da organização judiciária impostas pela Constituição, isto é, a proibição de tribunais com competência exclusiva para julgamento de certa categoria de crimes, a unidade do estatuto dos juizes dos tribunais judiciais, “um certo autogoverno das duas magistraturas”, a instituição do júri no processo criminal e a jurisdicionalização da instrução criminal, já tinham sido consagradas, com a excepção da manutenção de alguns tribunais criminais especiais “de menor significado relativo” e da revisão do estatuto dos juizes, não se justificando a apresentação da lei orgânica dos tribunais judiciais e da do Ministério Público, mas apenas a da lei sobre o estatuto dos magistrados judiciais. Por outro lado, a reforma judiciária devia ser acompanhada pela definição das linhas fundamentais da reforma das leis do processo, o que não acontecia. Em relação às questões de mérito colocadas durante a discussão, destacaram-se a da integração dos tribunais administrativos, fiscais e aduaneiros nos tribunais judiciais, a da separação das duas magistraturas, a da composição do Conselho Superior da Magistratura e a da criação dos juizes sociais.

¹⁵⁰⁸ António Barreiros, 1981 b: 69, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1983: 114, Borges de Pinho, 1983: 136 e 137, Castro e Sousa, 1984 b: 185 e 186, Cunha Rodrigues, 1988: 22, 23, 43 e 44, e Souto Moura, 1988: 96, e, nos meios políticos, os próprios ministros da justiça, Menéres Pimentel, 1983 a: 29, e Mário Raposo, na sua intervenção na sessão plenária da Assembleia da República de 15.5.1986 (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 69, pp. 2572 e 2573), a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, no seu parecer aprovado por unanimidade naquela mesma sessão de 15.5.1986 (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 98, pp. 3697 a 3700), e os deputados Costa Andrade, José Magalhães, Odete Santos e Armando Lopes, nas respectivas intervenções nas sessões plenárias da Assembleia de 17.7.1986 e de 21.7.1986 (Diário da Assembleia da República, IV Legislatura, 1985-1986, I série, n. 98, pp. 3715, 3716 e 3718, e n. 99, p. 3729). A situação de ruptura, que já se tinha instalado com a subtracção à Polícia Judiciária da direcção da instrução preparatória resultante da publicação do Decreto-Lei n. 364/77, de 2.9 (Marques Borges e Proença Fouto, 1978: 85 e 86), só era sustentável porque os juízos de instrução delegavam nas polícias a realização da maior parte dos actos da instrução e, por vezes, a própria instrução, de acordo, aliás, com a doutrina de um parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 25.11.1976, homologado por despacho do ministro da justiça de 16.2.1977, em que se defendeu uma

Acresce que a lei orgânica impunha expressamente que, em matéria criminal, as funções de instrução e as de julgamento pertencessem a juizes diferentes, mas, contrariando a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça, determinava que a prolação do despacho de pronúncia coubesse ao juiz de julgamento.

Destarte, a garantia constituída pela existência de tribunais de instrução, cuja efectivação prática tão elevados custos tinha, ficava em grande parte desprovida de conteúdo útil.¹⁵⁰⁹

A lei orgânica também regulamentou em termos inovadores a intervenção popular na administração da justiça. Se ao tribunal de júri, composto pelo tribunal colectivo e por oito jurados, era conferida uma competência mais limitada do que a fixada em 1975, julgando todo o tribunal apenas a matéria de facto no processo de querela quando a sua intervenção tivesse sido pedida por alguma das partes e perdendo, portanto, a competência relativa à determinação da pena, a lei nova admitia, por outro lado, a criação pela assembleia de freguesia de julgados de paz, com competência territorial na respectiva freguesia. O julgado de paz, para o qual podia ser nomeado qualquer cidadão, que reunisse determinados requisitos, tinha competência para o julgamento de transgressões e contravenções às posturas da freguesia, sempre com recurso para o tribunal de comarca.¹⁵¹⁰

interpretação “pragmática” da Constituição, nos termos da qual a instrução preparatória devia ser dirigida e não feita pelo juiz de instrução. Mais tarde, o legislador acabou por consagrar, na Lei n. 25/81, de 21.8, aquela prática da delegação de actos instrutórios, com a excepção do interrogatório do arguido, mas vedando a delegação genérica da instrução. A inovação suscitou a crítica da doutrina em face do perigo da transformação dos juizes de instrução em “fantasmas distantes e com a actividade predominantemente formal” e da atribuição do controlo efectivo da instrução à polícia (Adélio Pereira André, 1982: 795 a 799, Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 166, Ferreira Antunes, 1983: 65, e António Barreiros, 1985: 42 e 43).

¹⁵⁰⁹ A doutrina criticou quase unanimemente a competência do juiz de julgamento para dar a pronúncia, considerando que ela violava o princípio da acusação (Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1983: 113, e Figueiredo Dias, 1983 a: 230, Castro e Sousa, 1985: 261, Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 162, e Anabela Rodrigues, 1988 a: 79). Embora não abertamente, António Barreiros pronunciou-se em defesa da previsão normativa (António Barreiros, 1983 b: 176, e 1985: 42) e também a aceitou Adélio Pereira André (1982: 802 e 803). Rodrigues Maximiano (1981: volume 6, pp. 113, 114 e 119) defendeu a compatibilidade constitucional da competência do juiz de julgamento para dar a pronúncia, se conjugada com uma interpretação restritiva do artigo 351 do CPP e com a cessação da vigência do artigo 346 do CPP e do § 2, do artigo 44 do decreto n. 35.007. Ao invés, Luso Soares (1981: 138) defendia que o poder conferido pelo artigo 346 do CPP o era apenas ao juiz de instrução.

¹⁵¹⁰ O Decreto-Lei n. 539/79, de 31.12, que estabeleceu a organização e o funcionamento dos julgados de paz, previa que o juiz de paz sindicasse o auto de notícia ou o inquérito preliminar, com base no qual era acusado o arguido. O arguido era, em princípio, julgado sem defensor oficioso, não era admitida a constituição como assistente e o representante da acusação podia ser uma pessoa idónea nomeada pelo juiz, na falta de pessoa designada pelo Conselho Superior do Ministério Público. A prova produzida não era registada. A Assembleia da República recusou a ratificação do diploma, pela resolução n. 177/80, de 22.5, com fundamento em que a institucionalização destes tribunais, além de poder resultar na atribuição de funções jurisdicionais a uma pessoa sem preparação e dependente da maioria política na assembleia de

Por fim, a lei extinguiu os tribunais municipais e a competência criminal dos tribunais marítimos, convertendo-se os julgados municipais em comarcas e os tribunais municipais de Lisboa e do Porto nos juízos de polícia das respectivas comarcas, mantendo-se ainda expressamente as auditorias fiscais.¹⁵¹¹

O processo de supressão dos tribunais com competência criminal que não pertenciam à organização judiciária comum, que já tinha sido iniciado com a extinção do Tribunal Colectivo dos Géneros Alimentícios pelo Decreto-Lei n. 551/76, de 13.7, só ficou concluído com a publicação do Decreto-Lei n. 173-A/78, de 8.7, que suprimiu a competência das auditorias fiscais para conhecer os ilícitos criminais, mantendo apenas a competência das auditorias para conhecer os ilícitos contravencionais aduaneiros.¹⁵¹²

freguesia, duplicava desnecessariamente a jurisdição da comarca. A crítica da opção política do legislador de 1977, que descaracterizava o julgado de paz em uma magistratura facultativa e não electiva, com uma competência extremamente limitada e sempre sob o domínio do juiz de direito, foi feita por Gomes Canotilho e Vital Moreira (1978: 405) e Reis Figueira (1984: 24 e 39), concluindo este último autor, já depois do fracasso da tentativa de regulamentação dos julgados de paz, que “o entusiasmo dos Constituintes pela justiça popular correspondeu à fase mais exaltada do processo político e encontra-se presentemente algo esgotado”.

¹⁵¹¹ Os tribunais marítimos deixaram de facto de funcionar logo após a entrada em vigor da Constituição, ficando deste modo prejudicada a ressalva do artigo 10 do Decreto-Lei n. 677/75, de 6.12. Este diploma que tinha procedido à revisão da matéria disciplinar do Código de 1943, manteve expressamente em vigor a competência dos tribunais marítimos em matéria penal. Na discussão da proposta de lei orgânica, a extinção da competência criminal dos tribunais marítimos reuniu o consenso do governo e da oposição, ao invés do problema da manutenção da competência contravencional destes tribunais (Diário da Assembleia da República, n. 141, p. 5211, e n. 142, p. 5232). A resolução n. 34/82, de 10.2, do Conselho da Revolução (Diário da República, I^a série, de 22.4.1982), decidiu a questão, declarando inconstitucional o artigo 83, n. 3, da nova lei orgânica dos tribunais, na sequência do parecer n. 7/82, da Comissão Constitucional, com base no argumento de que a competência dos oficiais da armada, que não ofereciam garantias de independência para julgar as transgressões, violava o disposto no artigo 206 da Constituição (parecer n. 7/82, pp. 238 a 248).

¹⁵¹² Este diploma de 1978 foi publicado na sequência de duas Resoluções fundamentais do Conselho de Revolução: a resolução n. 289/77, de 22.11 (Diário da República, I^a série, de 9.11.1977), que declarou a inconstitucionalidade orgânica do decreto de reestruturação dos tribunais fiscais aduaneiros, proveniente do Ministério das Finanças e registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n. 1271/77, e a resolução n. 188/78, de 24.5 (Diário da República, I^a série, de 13.9.1978), que declarou a inconstitucionalidade das normas constantes do n. 1 do artigo único do Decreto-Lei n. 198/77, de 17.5, e da al. a) do artigo 2 da Lei n. 16/77, de 25.2, na parte em que atribuíam aos juízes dos tribunais de primeira instância das contribuições e impostos competência para a instrução relativa aos crimes previstos no Decreto-Lei n. 619/76, de 27.7. A primeira resolução foi antecedida pelo parecer n. 27/77, da Comissão Constitucional, e a segunda pelo parecer n. 28/77. Naquele parecer concluiu-se que, em face do conceito material de tribunal fixado pelos artigos 205 e 206 da Constituição e da proibição prevista no artigo 213, n. 3, era “apodítico” não poder manter-se a competência de autoridades administrativas para instruir e julgar crimes fiscais, embora pudesse manter-se a competência dos tribunais fiscais para julgamento de infracções que não tivessem a natureza de crimes e, transitoriamente, a competência das auditorias fiscais para o conhecimento dos crimes cometidos até à data da entrada em vigor do diploma em apreço (parecer n. 27/77, pp. 233, 234, 237 e 240). No parecer n. 28/77, reiterou-se a conclusão relativa à inconstitucionalidade da competência criminal dos tribunais fiscais, mas com uma fundamentação diferente da anterior, assente na natureza não judicial das decisões daqueles tribunais, sendo-lhes por isso vedada a aplicação de penas privativas da liberdade, em face do artigo 27, n. 2 da Constituição. A Comissão ponderou ainda que o estatuto dos juízes dos tribunais fiscais não oferecia

Em face do fracasso do propósito dos constituintes de jurisdicionalização da instrução criminal,¹⁵¹³ a Lei Constitucional n. 1/82, de 12.8, que aprovou a primeira revisão da Constituição de 1976, procedeu a uma alteração substancial do sentido da anterior opção constitucional, restringindo o conteúdo essencial do conceito constitucional de instrução à garantia da reserva ao juiz de todos os actos de investigação criminal que se prendessem directamente com os direitos fundamentais, bem como à faculdade de o arguido suscitar uma apreciação judicial sobre a decisão de o submeter a julgamento, podendo, contudo, o juiz de instrução delegar a prática de

garantias de protecção dos direitos fundamentais, violando a competência destes juizes para a instrução relativa às infracções tributárias o disposto no artigo 32, n. 4 da CRP (parecer n. 28/77, pp. 259 e 261). A diferente linha argumentativa dos pareceres reflectia uma dissonância essencial relativamente ao sentido da reserva constitucional da função jurisdicional, com implicação directa na questão magna da admissibilidade de um direito de mera ordenação social, com sanções aplicáveis pela autoridade administrativa e recorríveis para os tribunais, como se verificaria na discussão sobre a inconstitucionalidade das disposições do Decreto-Lei n. 232/79, de 24.7, que instituiu aquele ilícito (parecer n. 4/81, pp. 254 a 260). Nos termos da doutrina firmada pela Comissão Constitucional nos pareceres n. 27/77 e n. 28/77, o Decreto-Lei n. 173-A/78 previa a competência das auditorias apenas para os crimes cometidos até ao fim da primeira sessão legislativa. Mais tarde, a Comissão Constitucional pronunciou-se ainda, no acórdão n. 443, de 31.3.1982 (in BMJ n. 317, pp. 101 a 107), no sentido da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 55, n. 6 do Contencioso Aduaneiro de 1941, por violação da reserva da função jurisdicional aos tribunais, na parte em que atribuía aos comandantes da guarda fiscal competência para instruir processos por delitos fiscais aduaneiros, proferir despacho de indiciação e julgar os delitos. Não obstante a jurisprudência da Comissão sobre a proibição constitucional, logo em 1983 foi ponderado o regresso de tribunais especiais para este tipo de criminalidade em face da intensificação do contrabando (Lopes Rocha, 1983 c: 130 e 131).

¹⁵¹³ O propósito do legislador constituinte de 1976 de impor “um juiz de instrução” e não “um juiz da instrução” era considerado por Figueiredo Dias (1981: 54), nas vésperas da revisão constitucional de 1982, como “notoriamente excessivo”, concluindo mesmo o autor que aquele propósito “corta em demasia, disso não tenho dúvidas, a liberdade do legislador ordinário na conformação da instrução processual”. A solução da Constituição, que fazia temer a ruptura do sistema, deveria ser substituída, ainda segundo Figueiredo Dias, por uma outra, que atribuísse ao juiz apenas uma instrução contraditória e rápida, intermédia entre a fase de investigação do Ministério Público e o julgamento (Figueiredo Dias, 1981: 88, 92 e 93). A concepção de juiz de instrução da Constituição era tão criticável como a da lei de 1972, devendo o juiz de instrução exercer somente as funções que directamente se prendessem com as liberdades fundamentais durante a instrução preparatória (Figueiredo Dias, 1976 b: 107, e 1979: 165 e 166). Simultaneamente, o pensamento de Figueiredo Dias afastou-se das sugestões de Franco Cordero de “redução do processo ao debate” e de “restituição ao Ministério Público do seu papel de parte”, dirigindo uma fase “pré-processual” de recolha de prova “sem eficácia probatória” (Franco Cordero, 1966: 157 a 160, 175 a 178, 209 a 215, e 222 a 225, e 1979: 455 e 456), e do *Progetto Preliminare* italiano, de 1978, de construção de uma fase pré-processual de investigação, por força dos seus “inevitáveis inconvenientes ao nível da sua exequibilidade prática”, concebendo, ao invés, o inquérito como uma fase processual (Figueiredo Dias, 1988 a: 7 e 8). Também Anabela Rodrigues concluiu que a opção pela integral jurisdicionalização da investigação esqueceu que não havia a concatenação legal mínima entre o juiz de instrução, o Ministério Público e o juiz de julgamento, não se verificavam condições materiais para a solução funcionar e a magistratura do Ministério Público era autónoma no novo quadro constitucional (Anabela Rodrigues, 1988 a: 64 e 67). Ainda no sentido da proposta de Figueiredo Dias, pronunciaram-se Jorge Miranda (1980: 36) e Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade (1981: 52). Ao invés, Francisco Sá Carneiro (1979: 38) manifestou-se de novo no sentido da jurisdicionalização de toda a instrução, nela incluindo a instrução preparatória, admitindo, no entanto, que a situação transitória prevista no n. 3 do artigo 301 do texto inicial da Constituição “está para durar”.

actos instrutórios que se não prendessem directamente com os direitos fundamentais.¹⁵¹⁴

A última modificação das formas de processo do anterior CPP foi a introduzida pelo Decreto-Lei n. 402/82, de 23.9, na sequência da revisão constitucional de 1982 e da publicação do novo Código Penal. Este diploma procedeu à eliminação da categoria da prisão maior e, consequentemente, a uma nova delimitação das formas de

¹⁵¹⁴ Foram apresentadas três propostas de alteração do texto constitucional, uma da comissão eventual, outra do PCP e a terceira da AD, tendo sido aprovada a primeira por 145 votos a favor e 42 contra, rejeitada a segunda e aprovada a terceira por 94 votos a favor, com 37 votos contra e 43 abstenções. Os deputados Costa Andrade e Vital Moreira reconheceram que a proposta que fez vencimento correspondia à eliminação do princípio da jurisdicionalização integral da instrução criminal, considerando este deputado que a solução adoptada comportava riscos e aquele que ela garantia todos os interesses em jogo e, designadamente, “o interesse da comunidade na justa e eficaz repressão da criminalidade” e “o interesse da repressão em condições de salvaguarda de todos os direitos dos arguidos” (Diário da Assembleia da República, n. 121, de 11.6.1982, pp. 4178 a 4181, e n. 125, de 23.7.1982, pp. 5285 e 5286). A Lei 1/82 foi interpretada de três formas distintas, considerando uns que ela apenas constitucionalizava a solução da Lei n. 25/81, de 21.8, sem modificar o conceito constitucional de uma instrução judicializada (António Barreiros, 1982 b: 128, Cunha Rodrigues, 1984: 36 a 38, e Cavaleiro de Ferreira, 1986 a: 151, e 1986 b: 87, 108, 122), afirmando outros que ela implicava uma revisão daquele conceito constitucional no sentido da diminuição das garantias da defesa, com o alargamento da solução da Lei n. 25/81 (Adélio Pereira André, 1982: 795, 814 a 817, Rui Pinheiro e Artur Maurício, 1983: 117 a 119, Borges de Pinho, 1983: 134, e Castro e Sousa, 1984 b: 188 e 189, e 1985: 189 e 190), e defendendo ainda outros que ela implicava aquela revisão, mas sem que houvesse diminuição das garantias da defesa (Figueiredo Dias, 1988 a: 24, Anabela Rodrigues, 1988 a: 68, Germano Marques da Silva, 1990: 57 a 59, e, em termos próximos, Francisco José Velozo, 1986: 396 a 400). É de notar que a posição de António Barreiros não permaneceu inalterada. Este autor considerava em 1982 que, com a excepção da validação da prática das deprecadas do juiz de instrução, tudo tinha ficado na mesma, não encontrando o legislador ordinário na constituição uma orientação de política criminal para o novo CPP (António Barreiros, 1982 b: 128). Após a publicação do novo Código Penal, António Barreiros passou a falar de uma “incomunicação axiológica” entre a nova lei penal e a lei processual penal vigente, contrapondo o “liberalismo substantivo” à “autoridade processual” e, sobretudo, a transferência do “tónus repressivo do sistema” para fases pré-processuais, não directamente fiscalizadas pelo poder judicial. A “revisão do estatuto epistemológico do processo penal”, com base nas “grandes escolhas” do novo Código Penal e, designadamente, na retroacção dos fins das penas e do contraditório às fases iniciais do processo, foi então defendida pelo autor (António Barreiros, 1983 a: 10 a 12, e 1983 c: 86 e 90, e, de igual modo, Mário Gomes Dias, 1983: 69 a 72, 75 e 76). O instrumento técnico para realização deste objectivos seria o da rejeição da duplicidade da instrução e do inquérito e a consagração do inquérito como “forma-regra de averiguação pré-acusatória” e de uma instrução judicial facultativa, intervindo o juiz também no inquérito para autorizar diligências relativas a direitos fundamentais do arguido (António Barreiros, 1983 c: 94 e 103, e 1985: 13), com o que o autor abandonava a sua posição anterior da jurisdicionalização integral da instrução (António Barreiros, 1981b: 69 e 126). Já depois da publicação do novo CPP, o autor afirmou mesmo que, na ausência de “sinais claros de legitimação” no texto constitucional, se devia proceder à constitucionalização de uma “política criminal liberta de armaduras protectionistas actualmente dispensáveis”, de que era exemplo a reserva da instrução para o juiz, de modo a constitucionalizar o domínio do Ministério Público sobre o inquérito (António Barreiros, 1988 a: 437, 439 e 443). Diferentemente, Figueiredo Dias (1988 a: 24) e Anabela Rodrigues (1988 a: 68) consideravam que a revisão constitucional tinha consagrado um novo conceito de instrução que se identificava com a garantia da reserva judicial de todas as funções que directamente se prendessem com as liberdades fundamentais do arguido, com a consequente atribuição das funções investigatórias de natureza policial a outros órgãos. Em termos algo semelhantes, Germano Marques da Silva (1990: 57 a 59) admitia que o conceito constitucional de instrução tinha sido restringido, definindo-o por via de uma “interpretação actualista” em termos semelhantes aos propostos por Figueiredo Dias. O Tribunal Constitucional sancionou expressamente, no acórdão n. 7/87, de 9.1.1987 (in Diário da República, I Série, de 9.2.1987), o entendimento destes autores, afastando-se das considerações dos conselheiros Vital Moreira e Monteiro

processo correcional e de querela. O âmbito do processo de querela foi restringido aos crimes puníveis com pena de prisão superior a três anos ou com pena de demissão e, concomitantemente, o do processo correcional e do processo sumário foi alargado aos crimes puníveis com pena até três anos de prisão, com a consequência de a prisão preventiva fora de flagrante delito poder ter lugar quer no processo de querela quer no correcional. O legislador consagrava, contra o parecer da doutrina, a prática que se tinha instalado nos tribunais.¹⁵¹⁵

2. O Anteprojecto de Código de Processo Penal de Maia Gonçalves (1983)

Logo após a publicação do novo Código Penal, o ministro da justiça, Dr. Menéres Pimentel, solicitou ao então juiz desembargador Maia Gonçalves a elaboração de um anteprojecto do novo código de processo penal. O magistrado desempenhou-se da sua tarefa, apresentando um “Anteprojecto de Código de Processo Penal” elaborado com base em uns trabalhos preparatórios realizados por uma comissão nomeada pelo

Diniz, que defendiam a segunda das três teses atrás referidas.

¹⁵¹⁵ Após a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 655/75, os tribunais continuaram a aplicar a forma de processo sumário apenas aos crimes puníveis com prisão não superior a seis meses e às transgressões, uma vez que os artigos 67 e 556 do CPP não tinham sido modificados, não obstante a abolição da forma de processo de polícia. Posteriormente, o Decreto-Lei n. 377/77 mandou aplicar o processo sumário no julgamento das infracções a que correspondesse processo correcional, sem qualquer menção à limitação prevista no artigo 67 do CPP, pelo que os tribunais e alguma doutrina passaram a considerar o âmbito desta forma de processo alargado a todos os crimes a que fosse aplicável o processo correcional (Marques Borges e Proença Fouto, 1978: 16, António Barreiros, 1978: 93 e 94, e 1989: 324 e 325, e Borges de Pinho, 1981: 71 e 72). O diploma de 1982 consagrou, pois, o sentido da evolução da prática jurisprudencial. A doutrina censurou esta inovação, tendo Figueiredo Dias criticado esta opção como simultaneamente excessiva, porque previa a aplicação de uma pena de prisão até três anos com um formalismo muito simplificado, que dispensava toda a investigação, e insuficiente, porque não respondia adequadamente ao problema da pequena criminalidade, sobretudo não sendo caso de aplicação de pena de prisão (Figueiredo Dias, 1983 a: 234). Também Castro e Sousa considerou que a modificação legislativa de 1982 não se harmonizava com “a ideia mestra da legislação processual penal portuguesa posterior à Revolução de 1974 que aponta para o reforço das garantias dos arguidos” (Castro e Sousa, 1985: 25, e, já antes, 1984 a: 52 e 53). Cavaleiro de Ferreira salientou que a evolução verificada não correspondia à tradição nacional, que só admitia este processo sumário relativamente a crimes puníveis com pena até seis

segundo governo constitucional para a feitura de um novo código de processo penal e presidida pelo Professor Eduardo Correia.¹⁵¹⁶

O anteprojecto estava dividido em dois livros, o primeiro com disposições sobre os princípios do processo penal e o estatuto das partes processuais e o segundo com disposições sobre os meios de prova, as medidas de coacção, as formas de processo, os recursos, a execução das penas e a responsabilidade por imposto de justiça e custas, totalizando 558 artigos.

O anteprojecto previa a existência de apenas uma forma de processo comum e de onze formas especiais, incluindo-se nestas o processo sumário, o processo de ausentes, o processo por difamação e injúria, o processo por infracções cometidas por magistrados, o de reforma de processos perdidos e o novo processo de revisão e confirmação de sentenças estrangeiras,¹⁵¹⁷ mas omitindo-se a forma de processo de transgressões, em harmonia com a opção política de eliminação da categoria das transgressões e de introdução do ilícito de mera ordenação social.¹⁵¹⁸

A forma de processo comum correspondia aos processos de querela e correcional do direito vigente, só no julgamento se distinguindo os casos em que intervinha o juiz singular, o tribunal colectivo e o júri. A justificação dada para a inovação era a de que a coexistência das duas formas de processo estava a ser fonte de frequentes conflitos de competência, especialmente após a entrada em vigor do novo Código Penal, sendo certo que as diferenças de formalismo entre estas formas de processo, que respeitavam sobretudo a prazos e ao número de testemunhas, constituíam

meses de prisão, nem à natureza e aos trâmites desta forma do processo (Cavaleiro Ferreira, 1986 b: 64 e 154).

¹⁵¹⁶ Os estudos preparatórios elaborados no âmbito dessa comissão foram “Uma Sugestão de Plano do Futuro Código de Processo Penal” e “Livro I. Do Processo em Geral (Fundamentos do Processo Penal)”, ambos de Figueiredo Dias, “Livro IV. Da Tramitação do Processo em Primeira Instância. Título I. Do Processo Preliminar”, de Robin de Andrade, “Esboço Inicial para um Ante-projecto do Código de Instrução Criminal” e “Da Sessão ou Audiência de Julgamento, Recursos”, ambos de Hernâni de Lencastre, “Do Processo de Ausentes”, de Almeida Simões, e “Das Execuções”, de Maia Gonçalves. Estes trabalhos não chegaram a ser discutidos, segundo informa Figueiredo Dias (1983 a: 193).

¹⁵¹⁷ O autor do anteprojecto ponderou a criação de uma forma de processo sumário com citação directa fora de flagrante delito aplicável em todos os casos de crimes particulares. O propósito era o de “simplificar a tramitação de muitos processos, designadamente a do processo especial por difamação e injúrias”. Contudo, esta inovação foi afastada por poder conduzir à “situação intolerável de alguém poder, sem mais, fazer submeter outrem a um julgamento” (Maia Gonçalves, 1983: 21). Manteve-se, pois, o processo sumário para os casos de flagrante delito, com a recente alteração do direito vigente relativa ao alargamento do âmbito do objecto desta forma de processo a crimes puníveis com pena até três anos de prisão. O processo de segurança, o processo complementar, o processo gracioso, o processo de extradição e o processo de expulsão de cidadão estrangeiro seriam objecto de lei especial.

¹⁵¹⁸ Maia Gonçalves, 1983: 27.

“divergências facilmente ultrapassáveis”.¹⁵¹⁹

O processo iniciava-se com um inquérito, cuja realização competia ao Ministério Público ou à Polícia Judiciária, mas sob a direcção do Ministério Público, visando a comprovação da existência de um crime e a determinação dos seus agentes.¹⁵²⁰ O juiz de instrução exercia as funções jurisdicionais durante o inquérito e, designadamente, as relativas à validação da captura, à manutenção da prisão preventiva e à aplicação provisória de medidas de segurança.¹⁵²¹

O inquérito terminava quando o juiz de instrução o avocasse ou quando o Ministério Público deduzisse acusação ou determinasse o arquivamento dos autos. Neste último caso, o denunciante podia reclamar para o procurador geral distrital. Além deste controlo, o procurador geral adjunto podia determinar oficiosamente a reabertura de qualquer processo arquivado, com a excepção dos da Polícia Judiciária, mantendo-se a comunicação da relação trimestral dos arquivamentos à Procuradoria Geral Distrital, com o aperfeiçoamento proposto no anteprojecto de 1973 da junção de cópia dos despachos de abstenção.¹⁵²²

A instrução criminal, que prosseguia o mesmo fim do inquérito e também era secreta, tinha lugar nos processos por crimes que não admitissem liberdade provisória,

¹⁵¹⁹ Maia Gonçalves, 1983: 26.

¹⁵²⁰ O Anteprojecto adoptava, no seu artigo 61, n. 3, precisamente os termos da solução proposta por Figueiredo Dias no artigo 36, n. 3, do seu articulado de 1977 sobre os “fundamentos do processo penal”: “Sem prejuízo da competência do juiz de instrução criminal, cabe ao Ministério Público a direcção do inquérito preliminar, pertencendo-lhe igualmente o poder de direcção e de controlo das actividades exercidas em vista do processo por quaisquer entidades não judiciais, nomeadamente policiais, que devam efectuar aquele inquérito ou praticar actos a ele pertencentes”.

¹⁵²¹ A estrutura do processo comum no projecto de 1982 assentava, nas palavras do seu autor, em “um sistema que se aproxima do Decreto-Lei n. 35.007, de 13 de Outubro de 1945, mas em que se dá ao arguido a faculdade de, nos casos mais graves em que a sua liberdade provisória não fosse admissível ou pudesse ser posta em risco, requerer, logo que fosse ouvido, a abertura da instrução, a funcionar desde logo como contraditória”, com o que se procurava “encontrar um ponto de equilíbrio entre a premência de rapidez e eficácia das investigações e a exigência, feita na Constituição da República, de que a instrução seja judicial e contraditória” (Maia Gonçalves, 1983: 20). Com a divisão da fase instrutória em duas fases, uma sob o controlo do Ministério Público e outra do juiz de instrução, e a reserva ao juiz dos actos relativos a liberdades fundamentais mesmo na primeira fase processual, o autor seguia a sugestão já feita em 1977 nos articulados de Hernâni Lencastre (1977: 4) e de Robin de Andrade (1977: 6 e 7).

¹⁵²² Deste modo, o autor afastou-se das propostas dos articulados de Figueiredo Dias e de Robin de Andrade de 1977. Figueiredo Dias sugeria que o denunciante com faculdade de se constituir assistente pudesse recorrer do despacho de abstenção, que não tivesse acusado por todos os alguns dos factos denunciados, para o tribunal imediatamente superior ao competente para julgamento, sendo o Ministério Público obrigado a deduzir acusação se o tribunal de recurso assim o decidisse (Figueiredo Dias, 1977: 39). Diferentemente, Robin de Andrade propunha que o denunciante que se tivesse constituído como assistente pudesse requerer a abertura da instrução contraditória no processo de querela ou deduzir acusação no processo correcional caso o Ministério Público se abstivesse de acusar ou o inquérito não

quando o arguido a pedisse. Requerendo o arguido a abertura da instrução até dois dias depois de ter sido ouvido como tal ou, quando não fosse ouvido como tal, até ao termo do inquérito, o inquérito em curso considerava-se “realizado por delegação do juiz de instrução, enquanto não for por este advogado” (artigo 273). Durante a instrução o arguido podia consultar os autos, apresentar memoriais e requerer a realização de diligências de prova, mas não podia assistir a estas diligências.

A instrução findava com a prolação pelo juiz de um despacho, que verificava a existência ou não de indícios suficientes da prática do crime e da identidade dos seus autores.¹⁵²³

O agente do Ministério Público junto do tribunal de julgamento deduzia acusação ou abstinha-se de acusar, podendo o assistente também acusar, independentemente da posição do Ministério Público.¹⁵²⁴

O despacho de pronúncia no processo com intervenção do tribunal colectivo ou do júri e o despacho de designação de data para julgamento no processo julgado por juiz singular, que consubstanciava igualmente um despacho de sindicância e recebimento material da acusação, competiam ao magistrado que julgava a causa, podendo o juiz ordenar que o processo voltasse com vista ao Ministério Público para inclusão de factos diversos dos apontados pelo Ministério Público de que resultasse uma alteração substancial dos factos ou para dedução da acusação, quando o Ministério Público se tivesse abtido de acusar.¹⁵²⁵ Se é certo que o anteprojecto previa que o juiz

tivesse sido concluído dentro do prazo de noventa dias contados da notícia da infracção no processo de querela e quarenta e cinco dias no processo correcional (Robin de Andrade, 1977: 15).

¹⁵²³ O Anteprojecto afastou-se da solução proposta por Hernâni de Lencastre, nos artigos 38 e 39 do seu articulado sobre a fase de “pré-instrução” e instrução, e por Robin de Andrade, nos artigos 45 a 50 do seu articulado sobre “o processo preliminar”. Ambos os articulados destes autores previam a realização de uma audiência contraditória na instrução com vista à produção da prova e à prolação do despacho de formação da culpa, sendo esta audiência obrigatória no processo a que correspondesse pena maior e facultativa nos restantes processos no projecto de Hernâni de Lencastre e sempre facultativa no projecto de Robin de Andrade. Este último autor subdividia, aliás, a fase de instrução em uma fase preparatória e outra contraditória, tendo aquela lugar apenas no processo de querela e sempre que o Ministério Público o pedisse ou a acusação tivesse sido deduzida pelo assistente e esta mediante requerimento do arguido. No processo de querela o requerimento do arguido podia ser apresentado após a dedução da acusação pelo Ministério Público ou pelo assistente ou a prolação da pronúncia e no processo correcional somente no caso de dedução de acusação pelo assistente.

¹⁵²⁴ Era a posição expressamente consagrada no artigo 38, n. 2, al. a), do articulado apresentado em 1977 por Figueiredo Dias (1977: 39), que agora era reproduzida no artigo 63, n. 2, al. b), do projecto de Maia Gonçalves.

¹⁵²⁵ Este dado do direito positivo, que o anteprojecto acolhia, contrariava a opinião defendida anteriormente pelo autor, no artigo 35, al. c) do anteprojecto de 1973 e na sua nota justificativa, e era pelo próprio ministro da justiça considerado uma “grosseira violação da constituição” (Menéres Pimentel, 1983 b: 15).

que tivesse dirigido a instrução ou que tivesse participado nesta ou no inquérito em actividade judicial que implicasse a recolha ou apreciação da prova ficava impedido de intervir no julgamento, consagrando deste modo a doutrina do artigo 23, n. 2 do articulado de Figueiredo Dias de 1977, os poderes de sindicância da acusação pelo tribunal de julgamento frustravam aquele princípio, prejudicando gravemente a imparcialidade do tribunal de julgamento. Acresce que o Anteprojecto retomava rigorosamente as soluções muito amplas do Anteprojecto de 1973 no que respeitava ao poder do tribunal para modificar o objecto do processo e a qualificação jurídica dos factos constantes da acusação, tornando consideravelmente mais flexível este poder.¹⁵²⁶ A fidelidade ao princípio da acusação, afirmada pelo artigo 5, n. 3 do anteprojecto, era, pois, contrariada por uma estrutura do processo que pervertia na sua raiz aquele princípio.

Do mesmo passo, a concretização dos objectivos expressamente enunciados da simplificação do formalismo processual e do aumento da rapidez da fase instrutória¹⁵²⁷ fracassava por completo em virtude da duplicação desnecessária do momento processual da indiciação do arguido, repartindo-o entre o juiz da instrução e o juiz de julgamento, com a correspondente duplicação dos meios de recurso, já que quer o despacho de encerramento da instrução quer o de recebimento da acusação admitiam recurso.¹⁵²⁸

Ao invés, a observância do princípio da imediação era substancialmente melhorada no julgamento dos crimes que fossem puníveis com pena de prisão.

Apesar de se manterem a limitação do direito vigente relativa à inquirição das testemunhas residentes fora da comarca já ouvidas no processo, a faculdade do confronto das testemunhas com os respectivos depoimentos prestados anteriormente nos autos e a leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas que tivessem falecido ou estivessem impossibilitadas de comparecer em julgamento e o motivo da falta tivesse ocorrido depois de a testemunha ter sido oferecida, previa-se mais restritivamente que

¹⁵²⁶ Germano Marques da Silva considerava, com razão, que esta regulamentação enfraquecia o princípio da acusação (1990: 369 e 370).

¹⁵²⁷ Maia Gonçalves, 1983: 19.

¹⁵²⁸ A outra inovação consagrada com vista à consecução daqueles objectivos também não prometia uma grande eficácia prática. Quando o arguido confessasse sem reservas todos os factos da acusação e o Ministério Público e o assistente não lhe deduzissem oposição, o tribunal podia determinar a passagem imediata à fase de alegações, considerando-se como provados os factos da acusação. Contudo, o único benefício previsto para o réu era o da redução do imposto de justiça quando os factos fossem confessados

no direito vigente e no anteprojecto de 1973 que a leitura do depoimento de qualquer testemunha faltosa só poderia ter lugar quando o julgamento não pudesse ser adiado ou fosse impraticável a sua comparência, o que obrigava, em regra, à verificação de um adiamento antes da leitura do depoimento no caso de testemunhas que não estivessem impossibilitadas de comparecer.¹⁵²⁹

No julgamento com júri, a votação dos jurados não era precedida de qualquer relatório da prova do juiz presidente, omitindo-se a faculdade de os jurados consultarem o processo e prevendo-se apenas a possibilidade de eles solicitarem ao juiz presidente esclarecimentos para o “bom entendimento dos quesitos” (artigo 392, n. 2) e já não os que entendessem necessários, como permitia o direito vigente.

A observância do princípio da imediação era ainda muito incentivada pela nova regulamentação do processo de ausentes. Esta forma de processo sofria uma “remodelação total”, que tinha em particular atenção a crítica recente de Eduardo Correia e o facto desta forma de processo beneficiar “os réus mais afortunados ou mais expeditos na fuga à justiça”.¹⁵³⁰

Diferentemente do articulado de Simões de Almeida de 1977, em que se optava pela realização de uma audiência para recolha de provas, com intervenção de um defensor, no caso de não ter sido possível notificar o arguido do despacho de pronúncia ou de marcação de dia para o julgamento, e de um julgamento sem a presença do arguido e sem registo da prova, no caso de ele ter sido notificado para julgamento por um crime punível com pena de prisão e não comparecer nem justificar a falta,¹⁵³¹ no

na contestação.

¹⁵²⁹ O Anteprojecto de 1982 ficava, no entanto, aquém do regime do articulado de Hernâni de Lencastre de 1977, que realizava melhor o princípio da imediação. Neste articulado, só se admitia a valoração em julgamento da prova produzida antecipadamente diante do juiz de instrução e com a presença dos diferentes sujeitos processuais, podendo também as testemunhas que depois de arroladas tivessem ficado impedidas de comparecer em julgamento e as testemunhas entretanto falecidas ser substituídas por novas testemunhas. Em nenhuma outra circunstância era admitida a leitura dos depoimentos das testemunhas ou das declarações do arguido prestados antes da audiência de julgamento. Esta sugestão conjugava-se, aliás, com a proibição de valoração de prova introduzida por Robin Andrade na sua proposta de articulado para a tramitação do “processo preliminar”. Com efeito, as peças escritas do inquérito ficavam na posse do Ministério Público, não sendo juntas aos autos, que começavam com a dedução da acusação, e não podendo ser invocados em juízo quaisquer depoimentos das testemunhas ou declarações do suspeito produzidos no inquérito.

¹⁵³⁰ Maia Gonçalves, 1983: 28.

¹⁵³¹ Neste caso, o arguido poderia recorrer da sentença, em recurso circunscrito à matéria de direito, ou requerer novo julgamento, desde que alegasse e provasse que não tinha sido por sua vontade que tinha faltado ou demonstrasse que se verificavam “outros fundamentos que tornem necessária a renovação do processo” (Simões de Almeida, 1977: 5). A proposta do autor, que confessadamente se inspirava em um

Anteprojecto de 1982 restringia-se o julgamento na ausência do réu aos casos de bagatelas penais, em que o crime não fosse punível com pena de prisão e “em que o princípio do contraditório não é imperioso”.¹⁵³²

Nos restantes casos, o processo ficava suspenso até que o arguido fosse detido ou comparecesse, podendo determinar-se o arresto dos bens do acusado suficientes para garantia do pagamento da indemnização e das custas e a anulação dos actos de disposição de bens do faltoso praticados após o cometimento do crime com vista a prejudicar aquele pagamento. A prova susceptível de se perder até ao julgamento ou que só pudesse vir a produzir-se no julgamento mediante deslocação difícil ou dispendiosa da testemunha era logo registada.

A regulamentação dos recursos, embora “conjectural”,¹⁵³³ era mais generosa do que a do direito vigente, permitindo uma sindicância mais ampla da decisão de facto, apesar da abolição dos recursos obrigatórios.

Assim, seguindo as soluções propugnadas por Hernâni de Lencastre, nos artigos 68 e 69 do seu articulado sobre a audiência de julgamento e os recursos, o Anteprojecto previa a possibilidade de o Tribunal da Relação alterar a matéria de facto quando em processo julgado por juiz singular tivesse sido registada a produção da prova na instância e não se tivesse prescindido do recurso nesta matéria,¹⁵³⁴ bem como em processo julgado pelo tribunal colectivo nos termos permitidos pelo processo civil para a alteração da matéria de facto constante das respostas aos quesitos. No caso de impugnação da decisão do júri sobre a matéria de facto o recurso era interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça com algum dos fundamentos previstos no artigo 712 ns. 1 e 2 do CPC. No entanto, a manutenção do regime da *reformatio in pejus* pelo tribunal superior introduzido em 1969 continuava a constranger o uso pela

trabalho cedido por Eduardo Correia, tinha uma especial preocupação em observar as limitações decorrentes da resolução de 21.5.1975 do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

¹⁵³² Maia Gonçalves, 1983: 28.

¹⁵³³ Esta regulamentação era “conjectural”, porque considerada dependente da reforma do processo civil (Maia Gonçalves, 1983: 22).

¹⁵³⁴ Embora se entendesse que o registo da prova durante o julgamento era matéria que devia ser revista “em face das conclusões a que se chegar no processo civil” (Maia Gonçalves, 1983: 22), mantinha-se o regime do direito vigente de registo da prova produzida na audiência com intervenção de um juiz singular, a requerimento de alguma das partes. O autor do anteprojecto fez menção de que se tinha deste modo abandonado a ideia do anteprojecto de 1973 com fundamento em que “sucede ainda que os mais perfeitos meios técnicos de gravação, mesmo de gravação integral, como por todos os quadrantes é reconhecido, não conseguem reproduzir com um mínimo de fidelidade globalmente aceitável tudo aquilo que o julgador deve levar em conta, desde a conformação da personalidade do delinquente até à situação da vítima” (Maia Gonçalves, 1983: 22).

defesa do direito ao recurso.

3. A desconstrução jurisprudencial da estrutura do processo consagrado no Código de Processo Penal de 1929

A reforma legislativa da organização judiciária característica do anterior modelo judiciário ficou concluída em Julho de 1978, com a supressão da competência das auditorias fiscais para conhecer os ilícitos criminais. Ao invés, a desconstrução da estrutura do processo consagrado no Código de 1929 prolongou-se muito para além daquela data e ficou a dever-se à actividade dos órgãos jurisdicionais máximos de fiscalização da constitucionalidade, a Comissão Constitucional, o Conselho da Revolução e o Tribunal Constitucional.

A desconstrução da estrutura do processo consagrado no Código de 1929 teve três fases distintas: uma primeira, atinente à censura pela Comissão Constitucional e pelo Conselho da Revolução da violação do princípio da imediação por vários preceitos fundamentais do CPP do 1929, uma segunda, respeitante à censura pelo Tribunal Constitucional da deficiente garantia do duplo grau de jurisdição pelo CPP, e uma terceira fase, referente à censura pelo Tribunal Constitucional do regime de alteração da qualificação jurídica na primeira e na segunda instância previsto pelo CPP de 1929. No final desta fase, as características essenciais da estrutura do processo do CPP de 1929 relativas à concretização dos princípios da acusação e da imediação e da garantia do recurso tinham sido profundamente modificadas.¹⁵³⁵

O início da primeira fase do referido processo de desconstrução teve lugar com a publicação da resolução n. 62/78, de 19.4, do Conselho da Revolução,¹⁵³⁶ que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade dos §§ 1, 2 e 3 do artigo

¹⁵³⁵ Os acórdãos da Comissão Constitucional e do Tribunal Constitucional que se citam foram seleccionados por terem sido os primeiros a decidir as questões em causa ou por as terem decidido com força obrigatória geral. Só quando a especial relevância do conteúdo doutrinário da decisão o justifique se citam acórdãos que tenham abordado uma questão já decidida por um outro acórdão.

418 do CPP, por violação do artigo 32, ns. 1 e 5, da Constituição, na sequência do parecer n. 12/78, da Comissão Constitucional.¹⁵³⁷ O estudo do Professor Eduardo Correia sobre a necessidade de reforma do CPP relativamente a réus presentes, ausentes e contumazes, em curso de publicação na data da prolação do parecer n. 12/78, influenciou decisivamente a Comissão, de que, aliás, o Professor Eduardo Correia fazia parte. Naquele estudo, cuja argumentação o Parecer reproduziu, o autor viria a concluir que o regime legal “esqueceu as exigências do princípio da imediação” e contrariava “frontalmente” o princípio do contraditório, razão pela qual devia ser revogado.¹⁵³⁸ Esta doutrina foi reforçada pelo acórdão n. 164, de 10.7.1979, também da Comissão Constitucional,¹⁵³⁹ tendo aquele parecer e este acórdão marcado o início da concretização judicial do princípio das garantias da defesa e da tutela constitucional do princípio da imediação em face da nova Constituição.

Assim, na sequência do parecer n. 18/81, da Comissão Constitucional,¹⁵⁴⁰ o Conselho da Revolução aprovou também a resolução 146-A/81, de 29.6,¹⁵⁴¹ declarando, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da mais importante disposição do CPP sobre o aproveitamento em julgamento da prova anteriormente realizada, o artigo 439 do CPP. Esta disposição, “na medida em que permite a leitura em audiência de julgamento de depoimentos de testemunhas de acusação que não compareçam naquela audiência e às quais o arguido não tenha tido previamente a possibilidade jurídica de interrogar ou fazer interrogar”, padecia de inconstitucionalidade, não tanto por força do princípio do contraditório, mas dos princípios da oralidade e da imediação. Estes princípios, tutelados constitucionalmente como “reflexos” das garantias da defesa consagradas no artigo 32, n. 1, da Constituição, eram violados sempre que, “sem fundamento bastante para além da falta da testemunha, e sem ter tido previamente possibilidade de a interrogar ou fazer interrogar, o arguido ouvir depoimentos contra

¹⁵³⁶ Diário da República, I^a série, de 10.5.1978.

¹⁵³⁷ Parecer n. 12/78, pp. 79 a 84.

¹⁵³⁸ Eduardo Correia, 1977 b: n. 3599, p. 211, e n. 3693, pp. 365 e 366.

¹⁵³⁹ O acórdão n. 164, da Comissão (in BMJ, n. 291, pp. 318 a 328) declarou inconstitucional a norma constante do último período do primeiro parágrafo do artigo 61, n. 4, do Código da Estrada, que fazia equivaler à condenação o pagamento voluntário da multa feito depois de instaurado o processo, na parte em que permitia “a aplicação da inibição da faculdade de conduzir como efeito automático do pagamento”. A aplicação desta sanção sem que fosse precedida de uma audiência de julgamento, a que o arguido pudesse estar presente, assistido por um defensor, e onde pudesse estabelecer-se o contraditório, violava o artigo 32 da Constituição e “o princípio constitucional de defesa”.

¹⁵⁴⁰ Parecer n. 18/81, pp. 147 a 160.

¹⁵⁴¹ Diário da República, I^a série, de 3.7.1981.

si dirigidos e que são validamente aceites como meios de prova”.¹⁵⁴² Esta decisão veio a ser esclarecida pelo acórdão n. 449, de 22.6.1982, da Comissão Constitucional,¹⁵⁴³ que, confrontada com a tarefa da definição dos sentidos possíveis da expressão “possibilidade jurídica de interrogar ou fazer interrogar”, considerou como a “interpretação que melhor se casa com o parecer desta Comissão” a de que o depoimento da testemunha prestado na instrução preparatória só pode ser aproveitado na audiência de julgamento quando ela estivesse absolutamente impossibilitada de comparecer e essa testemunha tivesse sido reinquirida durante a instrução contraditória com a assistência do arguido ou sem ela, tendo neste caso o arguido sido devidamente notificado para o efeito. A realização da instrução contraditória só por si não confere ao réu a possibilidade de interrogar as testemunhas da acusação ouvidas na fase de instrução preparatória, pelo que também não podem ser lidos os seus depoimentos em julgamento.¹⁵⁴⁴

¹⁵⁴² Parecer n. 18/81, p. 157. Figueiredo Dias, que foi o relator deste parecer, já tinha censurado, em face da Constituição de 1933, a limitação do direito de presença do arguido na instrução preparatória, quando conjugada com o aproveitamento das provas aí recolhidas na audiência de julgamento (Figueiredo Dias, 1974: 432 e 433: “o defeito não estará tanto na limitação deste direito de presença, quanto no valor processual directamente conferido a provas recolhidas na instrução preparatória e não renovadas autonomamente em julgamento”). A questão podia ser observada de outro ponto de vista. Salientando mais a incompatibilidade da limitação do direito de presença do arguido com o disposto no artigo 32, n. 1 da Constituição, Castro e Sousa, 1985: 196. A doutrina e a jurisprudência alemãs adoptam uma posição mais restritiva, considerando que a garantia da audição judicial, prevista pelo artigo 103, I, da *Grundgesetz* não impõe o princípio da imediação nem o da oralidade (Albert Bleckmann, 1997: 1186, 1190 e 1191, e Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, 1998: 363). No entanto, em processo penal o réu tem o direito de estar presente na audiência de julgamento e de nela se defender pessoalmente, salvo no recurso de revista (Ekkehart Stein, 1998: 429).

¹⁵⁴³ BMJ, n. 320, pp. 277 a 288.

¹⁵⁴⁴ A jurisprudência do Tribunal Constitucional prosseguiu no sentido da firmada pela Comissão Constitucional, censurando três situações de manifesta desprotecção do réu em virtude do menosprezo pelos motivos da ausência do réu à audiência de julgamento. Depois de o acórdão n. 259/90, de 3.10.1990 (Diário da República, II^a série, de 21.1.1991), não ter julgado inconstitucional a norma constante do artigo 576 do CPP, uma vez que o princípio da acusação e o do contraditório eram salvaguardados pela possibilidade de o arguido julgado à revelia questionar em segundo julgamento toda a prova produzida no primeiro e até apresentar nova prova, o acórdão n. 212/93, de 16.3.1993 (Diário da República, II^a série, de 1.6.1993), julgou inconstitucional a norma constante do corpo do artigo 566, na medida em que permitia que o arguido fosse dispensado de comparecer no julgamento e que este se realizasse como se ele estivesse presente, apesar de o arguido ter justificação para a sua falta e de não ter manifestado vontade em não comparecer. A disposição violava as garantias de defesa e os princípios do contraditório e da imediação, este “constante no princípio do estado de direito democrático”. No acórdão n. 443/95, de 6.7.1995 (Diário da República, II^a série, de 7.11.1995), o Tribunal declarou também a inconstitucionalidade do artigo 571, § 5, na medida em que permitia a realização do segundo julgamento, requerido pelo réu, à revelia do réu se ele não comparecesse em julgamento e independentemente do motivo que o réu tivesse para a nova ausência, por violação das garantias da defesa, do princípio do contraditório e dos princípios da verdade material e da imediação “que estão ínsitos no processo criminal de um Estado de direito como exigências fundamentais do respeito pela dignidade da pessoa humana”. Face ao internamento hospitalar do arguido comprovado nos autos, no acórdão n. 339/97, de 23.4.1997 (Diário da República, II^a série, de 3.7.1997), o Tribunal declarou ainda a inconstitucionalidade da norma

A segunda fase de desconstrução da estrutura do processo consagrada no CPP de 1929 iniciou-se com a prolação do acórdão n. 40/84, de 3.5.1984,¹⁵⁴⁵ do Tribunal Constitucional, em que este Alto Tribunal julgou inconstitucional por violação do artigo 32, n. 1 da Constituição a norma constante dos artigos 561 e 651, § único, do CPP de 1929, do artigo 20 do Decreto-Lei n. 605/75, de 3.11, e do assento do Supremo Tribunal de Justiça n. 4/79, de 28 de Junho, segundo a qual em processo sumário o recurso restrito à matéria de direito tinha de ser interposto logo depois da leitura da sentença.

Neste acórdão, cujo juízo de inconstitucionalidade foi mais tarde declarado com força obrigatória geral pelo acórdão n. 8/87, de 13.1.1987,¹⁵⁴⁶ o Tribunal, adoptando o entendimento de Figueiredo Dias, considerou que o artigo 32, n. 1 da Constituição era uma norma programática, mas que tinha um conteúdo normativo imediato a que se podia recorrer para declarar a inconstitucionalidade de preceitos da lei ordinária. Assim, o artigo 32, n. 1 da Constituição consagrava o princípio da defesa do arguido ao longo de todo o *iter* processual, sendo a faculdade de recorrer uma expressão directa daquele princípio.¹⁵⁴⁷ Este direito constitucional à interposição de recurso no processo penal, reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal, tinha uma consequência imediata. O direito de recorrer implicava a possibilidade de escolher entre a interposição e a não interposição de um recurso e, portanto, um tempo mínimo para informação e

do § 1 do artigo 566 do CPP de 1929, na dimensão em que impedia que fosse “decretado um ulterior adiamento da audiência de julgamento quando o arguido, notificado da nova data para julgamento e tendo manifestado a vontade de estar presente, venha a faltar na data marcada, por estar comprovadamente impossibilitado de comparecer por motivo justificado”, considerando que deviam valer no caso razões idênticas às adoptadas no acórdão n. 212/93. Contudo, após a publicação da Lei Constitucional n. 1/97, de 20.9, que aprovou a quarta revisão constitucional, o Tribunal voltou a apreciar a norma constante do artigo 566, § 1, do CPP de 1929, no acórdão n. 415/99, de 29.6.1999 (Diário da República, II^a série, de 13.3.2000), tendo concluído desta feita pela sua não inconstitucionalidade, em face da alteração do parâmetro constitucional, o novo n. 6 do artigo 32 da Constituição, que visou “pôr termo ao inadmissível protelamento indefinido das audiências penais, obtido pelos arguidos à custa de sucessivas faltas, mesmo justificadas”. Assim, a notificação pessoal ao arguido faltoso por impedimento temporário com a cominação da realização do julgamento à revelia depois do segundo adiamento é suficiente para garantia da sua defesa, mesmo que as faltas à primeira e à segunda audiências pudessem ser justificadas. Com esta decisão abandonou-se definitivamente a doutrina sedimentada desde 1989 da restrição do julgamento do arguido na sua ausência aos casos de “fraca ressonância social” ou puníveis com “sanções leves” ou em que houvesse conveniência pessoal do arguido (Paulo Albuquerque, 1997: 223 e 224).

¹⁵⁴⁵ Diário da República, II^a série, de 7.7.1984.

¹⁵⁴⁶ Diário da República, I^a série, de 9.2.1987.

¹⁵⁴⁷ Ao invés, no direito constitucional alemão, o direito a uma protecção jurídica efectiva (a *Rechtsweggarantie*), previsto pelo artigo 19, n. 4, da *Grundgesetz*, respeita apenas aos actos do poder executivo, não do poder judicial, pois trata-se de “uma garantia através dos juízes, não contra os juízes” e seria “despropositado querer mobilizar a jurisprudência contra a jurisprudência” (Konrad Hesse, 1999: 150). A sindicância da conformidade constitucional das disposições do processo penal tem, por isso, assentado essencialmente na garantia da audição judicial, prevista pelo artigo 103, I, da *Grundgesetz*.

reflexão do arguido, resultando por isso inconstitucional a referida norma que não concedia ao arguido qualquer tempo de reflexão.¹⁵⁴⁸

Após esta afirmação de princípio, a primeira secção do Tribunal Constitucional voltou a abordar, no acórdão n. 55/85, de 25.3.1985,¹⁵⁴⁹ a questão do direito constitucional ao recurso em processo penal a propósito da constitucionalidade do artigo 469 do CPP de 1929, na interpretação que lhe era dada pelo Supremo Tribunal de Justiça no sentido de que aquele artigo vedava a fundamentação das respostas aos quesitos em processo penal.

Após ter considerado que tal dever de fundamentação não era imposto pelo artigo 210, n. 1 da Constituição, introduzido pela Lei Constitucional 1/82,¹⁵⁵⁰ o Tribunal retomou os argumentos do acórdão n. 40/84 relativos ao conteúdo normativo imediato do princípio consagrado no artigo 32, n. 1 da Constituição, aduzindo desta feita que “no plano garantístico e no rigor dos princípios tão importante é reconhecer-se ao arguido o direito de recorrer da solução que tenha sido encontrada para a questão de facto como da solução que haja sido dada à questão de direito”. Pela primeira vez afirmava-se peremptoriamente que “uma norma jurídica que materialmente impeça o arguido de submeter a tribunal de recurso a decisão sobre matéria de facto do tribunal que primeiro o julgou entra em litígio com o princípio de defesa proclamado no n. 1 do artigo 32 da Constituição”.

O réu recorrente alegava que, sendo proibida a motivação, o direito ao recurso da decisão de facto ficava desprovido de sentido útil e que, por essa via, se vedava ao arguido em termos substanciais o direito de recurso. O Tribunal ponderou que num processo de tipo oral como o de querela, onde não havia registo documental da prova, “a dispensa de explanação do fio lógico explicativo das opções tomadas, ao nível da questão de facto, pelo tribunal colectivo estorva o consciente exercício, nesse plano, do

¹⁵⁴⁸ Também a doutrina e a jurisprudência alemãs consideram que se verifica uma violação da garantia de audição judicial, prevista pelo artigo 103, I, da *Grundgesetz*, sempre que ao visado não é concedido um tempo de preparação razoável para a tomada de uma posição no processo (Ekkehart Stein, 1998: 429).

¹⁵⁴⁹ Diário da República, II^a série, de 28.5.1985.

¹⁵⁵⁰ Com efeito, do teor da discussão parlamentar decorre que os constituintes não pretenderam consagrar um princípio vinculante. Depois de ter sido afastada a proposta da Aliança Democrática e a do deputado Jorge Miranda, foi aprovada por unanimidade a proposta do deputado Costa Andrade, que visava a consagração de um “imperativo, dir-se-á, débil, mas que traduz uma certa exigência na plano dos princípios”, deixando-se ao legislador a decisão última sobre as “possibilidades concretas de ir implementando a fundamentação” (Diário da Assembleia da República, de 22.7.1982, p. 5206). Os deputados temiam não só a paralisação dos tribunais, mas também os custos monetários da

direito de recurso e cria sérios entraves à acção do tribunal de recurso, quase sempre impedido de criticar a decisão de facto, e consequentemente de a alterar”. Contudo, aquele Alto Tribunal concluiu que, não obstante a motivação da decisão de facto ser “um pressuposto do efectivo exercício do direito de recurso de decisão de facto”, não havia “uma relação de necessidade absoluta entre a motivação e o direito de recorrer de facto”, porquanto no plano dos princípios outros meios haveria, alguns até mais eficazes, como a redução a escrito da prova, capazes de assegurar o exercício do recurso em matéria de facto.

O Tribunal deu-se conta de que deste modo o recurso em processo de querela ficava praticamente limitado a um recurso de direito. No entanto, este era um problema que, no entendimento do Tribunal, não tocava ao artigo 469 do CPP 1929, mas antes à constitucionalidade do sistema processual-penal no seu conjunto, por este não consagrar mecanismos de garantia de uma reavaliação da decisão de facto pelo tribunal de recurso, isto é, o problema colocado dizia respeito a uma omissão do legislador, que não era sindicável naquela sede. Assim, nada impunha a consideração da motivação como uma imposição constitucional decorrente das garantias de defesa consagradas no artigo 32, n. 1 da Constituição, pelo que podia concluir-se pela não inconstitucionalidade do artigo 469 do CPP de 1929, na interpretação que lhe era dada pelo Supremo Tribunal de Justiça.¹⁵⁵¹

O Tribunal Constitucional resolvia deste modo a polémica que dividia há

implementação da proposta, por ela estar associada, no seu entendimento, à introdução da gravação da produção da prova (Diário da Assembleia da República, de 22.7.1982, p. 5203 a 5207).

¹⁵⁵¹ Ao invés, a doutrina e a jurisprudência alemãs consideram que da garantia constitucional de audição judicial decorre um dever de fundamentação das decisões judiciais, que só é satisfeito quando se possa concluir que o tribunal tomou conhecimento e ponderou as alegações das partes. Não há, contudo, um dever de o tribunal se pronunciar sobre todas as alegações das partes na motivação da decisão, nem um direito do condenado à impugnação da decisão sobre a matéria de facto com base na maior probabilidade de uma outra versão dos factos. A fundamentação deve revelar que o tribunal na tomada da decisão “não perdeu de vista” a argumentação das partes (Ekkehart Stein, 1998: 429) e deve permitir a um interveniente processual cuidadoso perceber quais os pontos de vista e os factos que o tribunal considerou relevantes para a decisão, de modo a que a decisão não o atinja “como um raio vindo de um céu sereno” (Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, 1998: 363). Assim, o controlo constitucionalmente exigível da decisão sindicada pode incluir, por um lado, os vícios absolutos de valoração, isto é, a violação de leis da lógica e de regras da experiência comum e a violação directa de princípios constitucionais, como a presunção da inocência, e, por outro, os vícios relativos, ou seja, as insuficiências e as omissões na fixação dos factos provados (Christof von Schledorn, 1997: 25 a 27, 106 a 111, 135, 141 e 142, e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, 1998: 275 e, diante do ordenamento belga, François Rigaux, 1966: 388 a 392, e Marc Verdussen, 1995: 444 a 451). Esta perspectiva culminou na corrente da doutrina que considera que qualquer erro ou contradição que ocorra na valoração e motivação da decisão representa um erro de direito, constituindo a vinculação do juiz aos conhecimentos criminológicos o parâmetro constitucional para aferição daquele erro (Karl Peters, 1978: 46 e 52, e 1985: 644).

muito a jurisprudência e a doutrina claramente a favor da primeira, reconhecendo, por um lado, dignidade constitucional ao princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal e, por outro, apartando a questão da constitucionalidade do artigo 469 do CPP de 1929 da outra, mais genérica, da garantia dos mecanismos de reapreciação da matéria de facto no processo de querela, questão esta que se deixava sob a névoa de uma inconstitucionalidade anunciada. Não obstante este anúncio, as questões colocadas em seguida ao Tribunal Constitucional relativas a esta temática disseram respeito à admissibilidade constitucional de restrições ao princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal, surgindo apenas em 1989 um processo que suscitou a apreciação da constitucionalidade, entre outras, da norma do artigo 665 do CPP de 1929, com a interpretação consagrada no assento do Supremo Tribunal de Justiça de 2.6.1934.

A primeira decisão que abordou o problema das restrições constitucionais ao princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal foi o acórdão n. 199/86, de 4.6.1986.¹⁵⁵² Este acórdão julgou inconstitucional as normas dos artigos 253, n. 1 e 255, n. 1 e 2 do CPC, na redacção anterior ao DL 242/85, de 9.7, em conjugação com o artigo 83, parágrafo 7, do CPP de 1929.

O Tribunal decidiu que a obrigatoriedade da notificação das decisões penais era “um elemento integrante do próprio princípio do Estado de Direito Democrático”, reconhecido pelo artigo 2 da Constituição. Acrescia que a dispensa de notificação das decisões penais e a ficção de que se consideravam notificadas com o depósito na secretaria, começando a contar desde essa data o prazo para recurso, violava o direito constitucional ao recurso em processo penal, reconhecido pelo artigo 32, n. 1 da Constituição, porquanto, ao ficcionar o conhecimento da decisão pelo notificando, a lei fazia correr um prazo para recurso cujo início o arguido desconhecia. Assim, o Tribunal estabeleceu a doutrina de que a lei não podia disciplinar esta matéria de forma arbitrária (“se a lei prevê a possibilidade de recurso de certas decisões penais, não pode, depois, regular o recurso de tal forma que o retira na prática a um grande número de pessoas”), sob pena de incompatibilidade com o artigo 32, n. 1 da Constituição, como ocorria no caso das normas em apreço.

A possibilidade de restrição por via da lei ordinária do direito ao recurso em

¹⁵⁵² Diário da República, II^a série, de 25.8.1986.

processo penal voltou a ser debatida no acórdão n. 31/87, de 28.1.1987.¹⁵⁵³

Perante a recusa implícita de aplicação do comando contido no n. 2, segunda parte, do artigo 390 do CPP de 1929 pelo Tribunal da Relação de Évora, com fundamento na sua inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional admitiu que a faculdade constitucional de recorrer em processo penal fosse “restringida ou limitada em certas fases do processo e que, relativamente a certos actos do juiz, possa mesmo não existir, desde que, dessa forma, se não atinja o conteúdo essencial dessa mesma faculdade, ou seja, o direito de defesa do arguido”. O direito de defesa impunha, segundo aquele Alto Tribunal, a faculdade de recorrer da sentença condenatória, bem como de actos judiciais que durante o processo tenham como efeito a privação ou a restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido. Destarte, a norma que prescrevia a irrecorribilidade do despacho que designava dia para julgamento quando o Ministério Público tivesse deduzido acusação em processo correcional não era inconstitucional, pois aquele despacho não era um acto judicial dos que se inseria na garantia constitucional do artigo 32, n. 1 da Constituição, ao que o Tribunal acrescentava que a Constituição “não estabelece qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento, sem que previamente tenha havido uma completa e exaustiva verificação da existência de razões que indiciem a sua presumível condenação”.¹⁵⁵⁴

Ainda a propósito da norma do artigo 469 do CPP de 1929, na interpretação que lhe era dada pela jurisprudência, a segunda secção do Tribunal Constitucional repetiu em um outro acórdão, o n. 61/88, de 9.3.1988,¹⁵⁵⁵ o juízo de não inconstitucionalidade da primeira secção, afastando a aplicação do disposto no artigo 210, n. 1 da Constituição às respostas aos quesitos, por estas não consubstanciarem uma decisão, mas um pressuposto da decisão. Mesmo quando se entendesse que elas consubstanciavam uma decisão, o Tribunal considerou que só se impunha constitucionalmente a exigência de motivação no tocante a um núcleo essencial de

¹⁵⁵³ Diário da República, II^a série, de 1.4.1987.

¹⁵⁵⁴ A doutrina deste acórdão foi retomada no acórdão 353/91, de 4.7.91, que não julgou inconstitucional a norma constante dos artigos 647, parágrafo 4, e 371, corpo, do CPP de 1929, na parte em que limitavam o direito de recurso do despacho de pronúncia às situações em que o arguido estivesse preso ou caucionado. Também aqui o Tribunal ponderou que a decisão judicial não atingia o conteúdo essencial do direito de defesa e não discriminava os cidadãos que não dispusessem de meios para prestar caução, uma vez que estes podiam recorrer do despacho de pronúncia, sendo dispensados da prestação daquela caução, ao abrigo dos artigos 272 e 274 do CPP de 1929.

decisões judiciais, uma vez que, como era já doutrina aceite pelo Tribunal, o princípio consagrado no artigo 210, n. 1 da Constituição tinha natureza programática. As respostas aos quesitos em processo de querela não se incluíam naquele núcleo, pois ao tempo da revisão constitucional não era essa a prática judicial e a motivação da decisão de facto não era um corolário necessário da noção de Estado de Direito.

Apesar da consagração constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal, como uma consequência das garantias de defesa do arguido, o Tribunal reconhecia, no entanto, que, “tratando-se de matéria de facto, há razões de praticabilidade e outras decorrentes da exigência da imediação da prova que justificam não poder o recurso assumir aí o mesmo âmbito e a mesma dimensão que em matéria de direito”. Assim, atentos os limitados poderes de cognição das Relações em processo de querela, em face do artigo 665 do CPP de 1929, e o carácter sucinto que a motivação sempre teria, o Tribunal entendia que “resulta necessariamente desvalorizada a função que tal motivação poderia desempenhar numa perspectiva de efectivação do direito ao recurso”, pelo que concluía que a dispensa de motivação das respostas aos quesitos não era uma “mácula processual insanável”, embora a exigência legal da motivação constituísse, a ser implementada, “melhor direito”.¹⁵⁵⁶

Na sequência deste acórdão, o Tribunal Constitucional, recorrendo aos argumentos anteriormente expendidos, veio a estabelecer expressamente, no acórdão n. 178/88, de 14.7.1988,¹⁵⁵⁷ a doutrina de que, “por maioria de razão, tem de admitir-se que, mesmo no processo penal, o legislador não está constitucionalmente obrigado a prever um triplo grau de jurisdição”. O Tribunal apreciou nesse acórdão a constitucionalidade da norma constante do artigo 646, n. 6 do CPP de 1929, na redacção dada pelo DL 402/82, de 23.9, com a sobreposição interpretativa do assento do Supremo Tribunal de Justiça de 20.5.1987, na parte em que dispunha não haver recurso

¹⁵⁵⁵ Diário da República, II^a série, de 20.8.1988.

¹⁵⁵⁶ Seguiram-se ainda sobre esta mesma questão os acórdãos 207/88, de 12.10.88, e 304/88, de 14.10.88. Em todos estes acórdãos houve vários votos de vencido. Salienta-se o voto de vencido de Luís Nunes de Almeida, no acórdão 61/88, que, além de considerar que as respostas aos quesitos se incluíam entre as decisões cuja motivação o artigo 210, n. 1 da Constituição impunha, advertia para a circunstância de que a motivação, embora não permitindo um reexame da matéria de facto em sede de recurso, pelo menos permitia a anulação do julgamento pelo Tribunal da Relação, constituindo, pois, um meio “indispensável para assegurar o efectivo exercício do direito de recurso em matéria de facto”. Além disso, a inconstitucionalidade de uma norma devia ser apreciada no âmbito do seu contexto legal, pelo que não podia pretender-se, como se decidiu no acórdão 55/85, que a disposição do artigo 469 do CPP não seria inconstitucional por serem concebíveis outros meios para garantir o exercício do direito de recurso em matéria de facto.

dos acórdãos absolutórios das Relações proferidos sobre recursos interpostos em processo correcional. Sendo constitucionalmente admissível nos termos expostos no acórdão n. 31/87 a restrição ao princípio do duplo grau de jurisdição, então, concluía o Tribunal, até por maioria de razão, não se descortinava assento constitucional para a exigência de um triplo grau de jurisdição.

Após esta fase inicial em que se procedeu ao reconhecimento do princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal como um princípio com dignidade constitucional, assente nas garantias de defesa do arguido e com limites e restrições atinentes quer ao âmbito das decisões recorríveis, quer à legitimidade dos recorrentes, quer ainda ao regime de interposição e subida dos recursos, a primeira secção do Tribunal Constitucional foi finalmente chamada a decidir da compatibilidade do sistema de recursos consagrado pelo Código de 1929 com a Constituição.

A decisão teve por objecto a apreciação do recurso da matéria de facto em processo de querela, seguindo-se-lhe outras sobre o recurso em processo correcional e em processo com intervenção do júri. O acórdão n. 219/89, de 15.2.1989,¹⁵⁵⁸ que constitui um marco fundamental na evolução da jurisprudência constitucional relativa ao princípio do duplo grau de jurisdição em processo penal, julgou pela primeira vez inconstitucional a norma do artigo 665 do CPP de 1929, com a sobreposição interpretativa do assento de 29.6.1934.

Após ter decidido de novo pela não inconstitucionalidade da norma do artigo 469 do CPP de 1929, na interpretação que lhe era dada pela jurisprudência, sustentando tal juízo nos argumentos do acórdão n. 55/85, aquele Alto Tribunal acrescentou, em jeito de réplica aos argumentos expendidos nos votos de vencido que alguns conselheiros haviam pronunciado em anteriores decisões sobre a matéria, que para ser inconstitucional a norma do artigo 469 teria de funcionar “como causa impeditiva de reapreciação pelas relações, e no plano da matéria de facto, das decisões anteriormente proferidas pelos tribunais de primeira instância”. Uma vez que tal norma não constituía “o núcleo duro deste particular capítulo do sistema processual penal, não é ela que proíbe, ao cabo e ao resto, o rejuízo, ao nível fáctico, de feito penal em primeira mão apreciado e julgado pelos tribunais colectivos criminais”, e nessa medida, “e só por isso”, a norma do artigo 469 do CPP, na interpretação que vedava a fundamentação das

¹⁵⁵⁷ Diário da República, II^a série, de 30.11.1988.

respostas aos quesitos, não devia ser julgada inconstitucional.

Ao invés, a norma do artigo 665, com a sobreposição do assento de 1934, era inconstitucional, pois situava-se “como que no centro do sistema processual penal que impede as relações de reapreciarem ao nível da decisão de facto e por via de recurso as decisões condenatórias proferidas por tribunais colectivos”, resultando a ofensa à Constituição “imediatamente” da norma do artigo 665 em virtude “do seu papel determinante na definição da capacidade cognitiva das relações”. Em seguida, com vista a demonstrar a asserção feita, o Tribunal passou a relacionar o dito artigo 665 com o disposto no artigo 466 do CPP, concluindo que, se houvesse registo da prova produzida em julgamento, a norma do artigo 665 não seria inconstitucional, pois a Relação poderia realizar uma reapreciação plena da prova. Contudo, atendendo a que a prova em processo de querela não era registada e considerando as limitações decorrentes do assento de 1934, as Relações só “excepcionalmente e em casos pontuais” encontrariam nos autos elementos susceptíveis de infirmar os factos dados como provados pelo colectivo. Além disso, os poderes cognitivos das Relações em muito pouco se alargavam com a possibilidade de anulação do julgamento com base em deficiências ou contradições das respostas aos quesitos, nos termos do artigo 712, n. 2 do CPC; também aqui aplicável. Destarte, em face da insuficiente capacidade cognitiva das Relações em matéria de facto, o Tribunal julgou inconstitucional a disposição do artigo 665 do CPP.

Um ano volvido, o Tribunal, na sua segunda secção, voltou a pronunciar-se sobre a matéria, desta feita em sentido inverso ao anteriormente firmado. Com efeito, no acórdão n. 124/90, de 19.4.1990,¹⁵⁵⁹ aquele Alto Tribunal não julgou inconstitucional a norma constante do artigo 665, do CPP de 1929, com a sobreposição interpretativa do assento de 1934, invocando as limitações práticas e o cepticismo quanto à possibilidade de repetição da prova na Relação e a perda da imediação com o registo da prova, bem como o sistema de registo da prova no novo CPP de 1987 como argumentos que apontavam para que o recurso da matéria de facto não pudesse ser senão uma “válvula de segurança contra erros notórios na apreciação da matéria de facto ou outros vícios de idêntica gravidade e alcance”. Atentas as possibilidades de anulação das decisões pela Relação e a recorribilidade do acórdão da Relação proferido em recurso de decisão do colectivo e ainda a jurisprudência que admitia que o Supremo Tribunal de Justiça

¹⁵⁵⁸ Diário da República, II º série, de 30.6.1989.

pudesse mandar ampliar a matéria de facto, impunha-se concluir que a norma sob apreciação constituía uma válvula de segurança suficiente e, portanto, não era inconstitucional.

Do acórdão n. 124/90 veio o Ministério Público interpor recurso para o plenário do Tribunal, com base na contradição com anterior decisão do Tribunal, dando assim azo a nova apreciação da questão. No acórdão n. 340/90, de 19.12.1990,¹⁵⁶⁰ julgou-se então inconstitucional o artigo 665 do CPP de 1929, com a sobreposição interpretativa do assento de 1934. O Tribunal salientou desta feita que a resposta ao problema da constitucionalidade da norma do artigo 665 só podia ser encontrada conjugando este artigo com o disposto nos artigos 466 e 469 do CPP. Desta conjugação resultava que, não sendo a prova produzida perante o colectivo reduzida a escrito e não sendo as respostas aos quesitos fundamentadas, o artigo 665 não garantia, senão em casos excepcionais, uma reapreciação da matéria de facto pelas Relações, pelo que era incompatível com o artigo 32, n. 1 da Constituição. A esta declaração de inconstitucionalidade foi, no acórdão n. 401/91, de 30.10.1991,¹⁵⁶¹ atribuída força obrigatória geral, com os argumentos expendidos no acórdão n. 340/90.¹⁵⁶²

Na sequência da decisão relativa ao recurso em matéria de facto no processo de querela, o Tribunal debateu-se também com a questão paralela no âmbito do

¹⁵⁵⁹ Diário da República, II^a série, de 8.2.1991.

¹⁵⁶⁰ Diário da República, II^a série, de 19.3.1991.

¹⁵⁶¹ Diário da República, I^a série, de 8.1.1992.

¹⁵⁶² Na reunião da comissão revisora do CPP, de 22.11.1991, ponderou-se, a pedido do Ministro da Justiça, “a influência dessa decisão no quadro geral dos processos pendentes” e “a possibilidade de uma intervenção legislativa que clarificasse as situações processuais decorrentes da declaração de inconstitucionalidade”. Perante a eventualidade de se “criar um nó de difícil ultrapassagem”, a comissão concordou na necessidade de uma intervenção legislativa, que deveria ter por base a doutrina expressa no artigo 410 do CPP vigente, “admitindo-se em casos contados a renovação da prova oficiosamente determinada” (Actas da Comissão Revisora do Código do Processo Penal, n. 14, pp. 2, 7 a 9). Na reunião seguinte, de 9.12.1991, foi apresentada uma proposta de nova redacção dos artigos 518 e 665 do CPP de 1929 e de adição de um novo artigo 665-A, pelo Dr. Cunha Rodrigues, e uma proposta alternativa pelo Dr. Manso-Preto, tendo sido aprovada, quase na íntegra, a primeira. A solução que fez vencimento previa o recurso da decisão do júri sobre matéria de facto e o recurso da decisão final do tribunal colectivo com base nos documentos, nas respostas aos quesitos e em quaisquer elementos constantes dos autos, por si sós ou conjugados com as regras da experiência comum, bem como a faculdade de o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal da Relação anularem a decisão recorrida com os fundamentos do artigo 712, n. 2, do CPC ou quando considerassem existir erro notório na apreciação da prova. Nos recursos interpostos das decisões finais do tribunal colectivo, as Relações podiam ainda determinar oficiosamente a renovação da prova quando tivessem razões para crer que esta poderia evitar a anulação da decisão recorrida. Esta solução, que não vingou junto do governo, deveria ser aplicada aos processos regulados pelo CPP de 1929, em que ainda não tivesse sido proferida decisão pelo tribunal de recurso competente (Actas da Comissão Revisora do Código do Processo Penal, n. 15, pp. 4 a 17).

processo correccional e do processo com júri. No acórdão n. 161/92, de 5.5.1992,¹⁵⁶³ não se julgou inconstitucional a norma do artigo 665 no que dizia respeito ao processo correccional, porquanto a garantia do duplo grau de jurisdição em processo penal era compatível com o mero registo da prova produzida na audiência de julgamento, ainda que não houvesse renovação da produção da prova em segunda instância, mas no acórdão n. 261/94, de 23.3.1994,¹⁵⁶⁴ o Tribunal julgou inconstitucional o artigo 666 do CPP de 1929, na interpretação que vedava o recurso da matéria de facto interposto da primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça, invocando para tanto os argumentos constantes do acórdão n. 401/91.¹⁵⁶⁵

O último passo na jurisprudência constitucional sobre o princípio do duplo grau de jurisdição consistiu no apuramento da constitucionalidade da norma do artigo 665, do CPP de 1929, sem a sobreposição normativa do assento de 1934.

Nos autos em que tinha sido proferido o acórdão n. 236/91, do Tribunal Constitucional, concedendo provimento ao recurso do arguido e anulando a decisão do Supremo Tribunal de Justiça por inconstitucionalidade do artigo 665 do CPP, na interpretação do assento de 1934, depois da remessa dos autos ao Supremo para cumprimento do acórdão do Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 665 do CPP de 1929 sem a sobreposição interpretativa do assento de 1934 era inconstitucional, por se manterem as limitações que condicionaram a declaração de inconstitucionalidade, isto é, a falta de registo da prova e a não fundamentação das respostas e, por isso, recusou a aplicação da dita norma por inconstitucional, criando então uma norma nova de acordo com o espírito do sistema. Esta norma, construída pelo conselheiro Manso-Preto, completava o disposto no artigo 665 do CPP de 1929 com os poderes de anulação contemplados no artigo 712, n. 2, do CPC, o poder de sindicância do erro notório na apreciação da prova, previsto no artigo 410, n. 2, al. c) do novo CPP, e a possibilidade de renovação da prova nos termos em que ela era consagrada no novo CPP, correspondendo, pois, a norma criada integralmente à aprovada pela comissão de reforma do CPP na referida reunião de

¹⁵⁶³ Diário da República, IIª série, de 20.8.1992.

¹⁵⁶⁴ Diário da República, IIª série, de 26.7.1994.

¹⁵⁶⁵ Ao invés, o *Bundesverfassungsgericht* e a doutrina alemães concluem que a limitação do recurso de revista (*Revision*), que é o recurso interposto das decisões dos tribunais criminais mais importantes, à questão de direito não viola a garantia do artigo 103, I da *Grundgesetz* (Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, 1998: 275).

9.12.1991.

Interposto de novo recurso para o Tribunal Constitucional, este veio a pronunciar-se, em plenário, no acórdão n. 190/94, de 23.2.1994,¹⁵⁶⁶ pela confirmação do acórdão recorrido, julgando inconstitucional a norma do artigo 665 do CPP de 1929, sem a sobreposição interpretativa do assento de 1934. Para tanto ponderou que o artigo 665, na redacção inicial, conjugado com a não fundamentação das respostas aos quesitos, enfraquecia de modo intolerável o poder das Relações, tornando-o dependente dos elementos de prova que não pudessem ser alterados pela prova produzida em audiência de julgamento, razão pela qual a disposição daquele artigo era inconstitucional. No entanto, quer neste acórdão, quer no acórdão n. 430/94, de 24.5.1994,¹⁵⁶⁷ que também se debruçou sobre a questão, o Tribunal arredou da sua apreciação a norma construída pelo Supremo Tribunal de Justiça para ocupar o vazio resultante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 665 do CPP, sem a sobreposição do assento de 1934.

Ao invés, no acórdão n. 680/95, de 29.11.1995,¹⁵⁶⁸ o Tribunal apreciou expressamente a norma do artigo 665 do CPP, sem a sobreposição do assento de 1934, integrada pelas disposições do novo CPP que disciplinavam o recurso de decisões proferidas por juiz singular. Esta norma, nos termos em que fora construída pela Relação de Lisboa e, depois, adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça, admitia a renovação da prova no tribunal de recurso nos processos julgados em primeira instância por tribunal colectivo, mas condicionava esta possibilidade à existência de um pedido do réu de documentação da prova antes do seu interrogatório em primeira instância e à indicação pelo recorrente, a seguir às conclusões, das provas que ele entendia necessário renovar, com indicação dos factos que elas se destinavam a esclarecer e das razões que justificavam a sua renovação. Por outro lado, a norma criada restringia os fundamentos do recurso ao erro notório na apreciação das provas que resultasse do texto da decisão ou à insuficiência dos factos provados.

Após ter salientado que não havia uma imposição constitucional de reapreciação de toda a prova por um tribunal de recurso, nem através do registo da prova produzida na primeira instância, nem por intermédio da repetição da prova em

¹⁵⁶⁶ Diário da República, II^a, de 12.12.1995.

¹⁵⁶⁷ Este acórdão também foi proferido pelo plenário (Diário da República, II^a, de 10.1.1995).

¹⁵⁶⁸ Diário da República, II^a série, de 22.5.1996.

segunda instância, o Tribunal Constitucional, recorrendo à filosofia do novo CPP, invocou o “papel central que cabe ao dever de fundamentação do acórdão” dos tribunais colectivos e de júri. Contudo, a norma criada pela Relação não só estabelecia uma exigência que se traduzia num “ónus muito gravoso”, na medida em que a possibilidade do registo da prova não era legalmente admissível na data do julgamento pelo colectivo, como impossibilitava o controlo efectivo do erro notório na apreciação da prova e da insuficiência dos factos, atenta a circunstância de na data do julgamento nem as respostas aos quesitos formulados pelo tribunal colectivo nem a decisão sobre os factos provados na sentença de primeira instância serem fundamentadas. A norma criada só admitia, afinal, o recurso de “decisões de facto não fundamentadas, não admitindo, nomeadamente, a possibilidade de as relações apreciarem todos os elementos probatórios por si sós ou conjugados com as regras da experiência comum ou poderem determinar officiosamente a renovação da prova”, revelando com esta argumentação o Tribunal Constitucional a sua adesão tácita à norma criada pelo já mencionado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.1991.

A posição do Tribunal ficou definitivamente esclarecida com a prolação do acórdão n. 264/98, de 5.3.1998,¹⁵⁶⁹ em que julgou nos mesmos autos em que já tinha sido proferido o acórdão n. 430/94 não inconstitucional a norma do artigo 665 do CPP de 1929, sem a sobreposição do assento de 29.6.1934, completada pela norma construída pelo conselheiro Manso-Preto, afirmando inequivocamente que “a norma enunciada vai ao encontro das mais prementes garantias de defesa constitucionalmente garantidas”. Em complemento desta decisão, o acórdão n. 71/99, de 3.2.1999,¹⁵⁷⁰ concluiu igualmente pela não inconstitucionalidade da norma constante do artigo 665 quando, em recurso interposto pelo assistente de uma decisão absolutória, o tribunal de recurso só tivesse podido proceder ao apuramento da deficiência, obscuridade ou contradição entre as respostas aos quesitos, da insuficiência da matéria de facto provada e mesmo da existência de elementos de prova, constantes dos autos, que implicassem resposta diferente aos quesitos ou erro notório na apreciação da prova.

A terceira e última fase de desconstrução da estrutura do processo consagrada no CPP de 1929 iniciou-se com a prolação do acórdão n. 179/97, de 5.3.1997,¹⁵⁷¹ que

¹⁵⁶⁹ Diário da República, II^a série, de 9.11.1998.

¹⁵⁷⁰ Diário da República, II^a série, de 5.8.1999.

¹⁵⁷¹ Diário da República, II^a série, de 19.4.1997.

declarou inconstitucional a norma do artigo 447, n. 1, do CPP de 1929, na parte em que permitia ao tribunal de primeira instância alterar a qualificação jurídica dos factos pelos quais o réu estava acusado e pronunciado para uma incriminação mais grave, sem prevenir o arguido dessa nova qualificação.¹⁵⁷² Invocando a jurisprudência já fixada pelo acórdão n. 173/92, de 7.5.1992,¹⁵⁷³ para uma disposição semelhante do CJM, o Tribunal Constitucional ponderou que “a faculdade de alteração da incriminação constante da acusação, quando consentida sem que o arguido tenha sido oportunamente prevenido da possibilidade de tal alteração, de modo a dar-lhe a oportunidade de modificar a sua defesa tendo em conta o novo enquadramento jurídico, pode implicar um grave prejuízo para a defesa, em violação do princípio constante do artigo 32, n. 1 da Constituição”. Destarte, o tribunal consagrou expressamente a “interpretação correctiva conforme à Constituição” do artigo 447, n. 1, defendida por Mário Silva Tenreiro,¹⁵⁷⁴ com base na sugestão já antiga de Eduardo Correia e de Silva e Sousa de adopção da doutrina consignada no § 265 da StPO alemã para evitar o prejuízo resultante para o réu da modificação inesperada da qualificação jurídica.¹⁵⁷⁵

Esta jurisprudência do Tribunal Constitucional sofreu ainda uma precisão com a prolação do acórdão n. 7/99, de 18.11.1998,¹⁵⁷⁶ em que o Tribunal não julgou

¹⁵⁷² Já anteriormente o Tribunal se tinha pronunciado sobre duas questões fundamentais que buliam com a concretização do princípio do contraditório na estrutura do processo consagrada pelo CPP de 1929, a questão do visto do Ministério Público no tribunal superior e a da alteração da qualificação jurídica pelo tribunal de recurso, em ambas tendo concluído por um juízo de não inconstitucionalidade das normas sindicadas quando entendidas de modo a salvaguardar o conteúdo útil daquele princípio. Assim, no acórdão n. 150/93, de 2.2.1993 (Diário da República, II^a série, de 29.3.1993), o plenário do Tribunal resolveu em definitivo um diferendo entre a primeira (acórdão n. 150/87, de 6.5.1987, in Diário da República, II^a série, de 18.9.1987) e a segunda secções (acórdão n. 398/89, de 18.5.1989, in Diário da República, II^a série, de 14.9.1989) sobre a constitucionalidade da norma do artigo 664 do CPP de 1929, não a julgando inconstitucional quando interpretada no sentido de o réu dever ser notificado do visto do Ministério Público junto do tribunal de recurso sempre que nele o Ministério Público se pronunciasse em termos de poder agravar a posição do réu. Invocando esta doutrina, no acórdão n. 22/96, de 16.1.1996 (Diário da República, II^a série, de 17.5.1996), o Tribunal Constitucional não declarou inconstitucional a norma constante do artigo 447 do CPP de 1929, conjugada com a do artigo 667, § 1, n. 1, do mesmo código, na medida em que permitiam ao tribunal superior condenar, em um recurso interposto pelo réu, por infracção diversa da da acusação, ainda que fosse mais grave, desde que os seus elementos constitutivos constassem do despacho de pronúncia ou equivalente e atendendo a que *in casu* o tribunal superior tinha notificado os réus para se pronunciarem sobre o parecer do Ministério Público em que se propugnava a alteração da qualificação jurídica dos factos. A doutrina do acórdão n. 150/93 foi submetida de novo à apreciação do plenário, depois da alteração da composição do Tribunal, tendo sido mantida pelo acórdão n. 533/99, de 12.10.1999 (Diário da República, II^a série, de 22.11.1999), com base nos anteriores argumentos.

¹⁵⁷³ Diário da República, II^a série, de 18.9.1992.

¹⁵⁷⁴ Mário Silva Tenreiro, 1987: 1035.

¹⁵⁷⁵ Eduardo Correia, 1948: 111 a 114 e 147, e Silva e Sousa, 1949: 322, 324 a 326.

¹⁵⁷⁶ Diário da República, II^a série, de 10.3.1999.

inconstitucional a norma do artigo 448 do CPP de 1929, quando interpretada no sentido de permitir ao tribunal de primeira instância, sem prévia advertência do arguido, condená-lo por um crime menos grave do que o da pronúncia quando estivessem “implícitos na acusação os respectivos factos integradores do tipo”. Assim, a redução da matéria de facto da acusação por supressão de algum dos elementos nela contidos não exige a comunicação prévia ao arguido referida no acórdão n. 179/97 para satisfação do princípio do contraditório.¹⁵⁷⁷

A posição dualista do Tribunal Constitucional, que aceita a livre alteração da qualificação jurídica dos factos da pronúncia se constituir um desagravamento da responsabilidade criminal do arguido e simultaneamente rejeita a modificação sem prévio aviso da qualificação jurídica dos factos da pronúncia que tenha o efeito de agravar a sua responsabilidade penal, não é consistente com os dois princípios do Estado de Direito em que a fundamentação das decisões judiciais penais se sustenta, porquanto a posição do Tribunal não respeita integralmente o princípio da legitimação da função estatal de dizer o direito através da vinculação exclusiva do juiz à lei (artigo 203 da Constituição), e observa apenas em parte o princípio da legitimação das restrições aos direitos do arguido através da garantia do “direito de ser ouvido” (artigos 20, n. 1, e 32, ns. 1, 5 e 10 da Constituição). Dito de outro modo, a doutrina actual do Tribunal não cumpre completamente a *staatsinterne Richtigkeitsfunktion* e a *staatsexterne Richtigkeitsfunktion* da motivação das decisões judiciais.¹⁵⁷⁸

Se o “direito de ser ouvido” implica o direito de o arguido se pronunciar, antes da prolação da decisão, sobre o objecto do processo, tanto de um ponto de vista fáctico

¹⁵⁷⁷ Quer o acórdão n. 179/97, quer o acórdão n. 7/99, continham juízos em tudo consonantes com a jurisprudência já firmada pelo Tribunal em face dos preceitos correspondentes do novo CPP. Assim, o primeiro acórdão reitera a doutrina do acórdão n. 279/95, de 31.5.1995 (Diário da República, II^a série, de 28.7.1985), que julgou inconstitucional o artigo 1, al. f) do CPP, quando interpretado nos termos do assento n. 2/93, permitindo a condenação do arguido, sem prévia advertência, por crime mais grave com base nos factos da pronúncia, e o segundo acórdão retomou a doutrina do acórdão n. 330/97, de 17.4.1997 (Diário da República, II^a série, de 3.7.1997), que não julgou inconstitucionais as normas constantes dos artigos 358 e 359 do CPP, quando interpretadas no sentido de permitirem a condenação do réu por crime menos grave resultante da redução da matéria de facto da acusação, uma vez que “o arguido defende-se contra todos os factos constantes da acusação, não havia que reformular a defesa, foi plenamente assegurado o princípio do contraditório”. Mais tarde, o assento n. 3/2000 (Diário da República, I^a série, de 11.2.2000), reformulou o anterior n. 2/93, no sentido de que, quer na vigência inicial do código quer na posterior a 1995, o tribunal podia proceder a uma alteração do enquadramento jurídico dos factos constantes da acusação ou da pronúncia, ainda que em “figura criminal mais grave” desde que tenha dado conhecimento dessa possibilidade e, se requerido, prazo ao arguido para organizar a sua defesa.

como jurídico, a vinculação exclusiva do juiz à lei exige o esclarecimento racional da motivação do juiz e, conseqüentemente, a igual ponderação pelo juiz dos pontos de vista favoráveis e desfavoráveis ao arguido, constituindo-o na obrigação de também ouvir as partes sobre uma perspectiva jurídica nova mais favorável ao arguido.¹⁵⁷⁹

A vigência deste princípio constitucional, como a de qualquer outro, não é absoluta e está submetida a limites de praticabilidade e razoabilidade. As restrições ao dever do tribunal de ouvir as partes sobre o direito devem ser definidas através do critério valorativo da inexigibilidade, assim se recuperando aquele que era o sentido da proposta da doutrina e da própria fundamentação do acórdão n. 173/92 e aquele que é ainda hoje o entendimento pacífico e uniforme sobre o § 265 da StPO alemã.¹⁵⁸⁰ A delimitação entre a modificação da qualificação constitucionalmente legítima e a constitucionalmente censurável deve, pois, fazer-se, não pelo critério do agravamento da pena aplicável ao arguido, mas antes pelo critério da exigibilidade do conhecimento

¹⁵⁷⁸ Jürgen Brüggemann, 1971: 129, 130, 133 a 136, 145 a 147, 173 a 176, Hinrich Rüping, 1976: 162, 180 e 181, Michelle Taruffo, 1979: 31 a 37, Jörg Lücke, 1987: 45 e 46, 58 a 60, 78 a 83, e Andrea Schmidt, 1994: 197 e 198, 250 e 251.

¹⁵⁷⁹ Os fundamentos deste dever do tribunal são há muito discutidos na doutrina, que retira da garantia constitucional da audição judicial o direito de o arguido visado por uma decisão judicial se pronunciar, antes da prolação da decisão, sobre o objecto do processo, devendo este direito ser efectivado de modo a que ele tenha tido a oportunidade de influenciar efectivamente a construção da vontade do tribunal (Albert Bleckmann, 1997: 1186 e 1191) e o tribunal não possa fundamentar a sua decisão com factos ou conclusões relativas à prova em relação aos quais o arguido não tomou posição e, designadamente, com factos notórios ou factos do conhecimento officioso do tribunal sem que sobre estes o arguido se tenha pronunciado. A regra *iura novit curia* não obsta a este imperativo constitucional, pois o direito não está nunca pré-determinado, mas é o “resultado de um processo complexo de concretização”, no qual as partes são chamadas a participar (Eberhardt Schmidt, 1964: 195 e 196, Helmut Bröll, 1964: 56, 159 a 161, Günter Lachnitt, 1965: 183, Dahs jun., 1965: 17 a 19, 22, 31, 96, Jürgen Brüggemann, 1971: 157 a 161, Winfried Plötz, 1980: 227, 228, 272 e 273, Hans Dahs e Hans Dahs, 1987: 39 e 40, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, 1998: 274, e Ekkehart Stein, 1998: 429, e, entre nós, além do já mencionado texto de Silva e Sousa, Germano Marques da Silva, 1994 a: 270 a 273, e 1994 b: 109 a 113, mas contra a Revista de Legislação e Jurisprudência, 1906: 166, diante da Novíssima, e Beleza dos Santos, nos textos já referidos, Frederico Isasca, 1992: 104 e 105, 1994: 375 a 378, 382 a 385, e 1995: 241 a 245, e Mário de Brito, 1996: 45, diante dos Códigos de 1929 e 1987). O dever do tribunal de audição do arguido é considerado como uma decorrência do princípio da igualdade de armas (Helmut Bröll, 1964: 70, 95, 144, 161) ou do direito de o arguido não ser tratado como um objecto (Hinrich Rüping, 1976: 155 e 156) ou mesmo do princípio do Estado Social de Direito (Dirk Steiner: 1995: 177, e Andreas Kielwein, 1985, 134 e 135). Daí que Martin Niemöller (1988: 65 e 66) já tenha qualificado a disposição do § 265, n. 1 da StPO como uma “norma abstracta para evitar o perigo” (*abstrakte Gefahrvermeidungsnorm*), que não se esgota na defesa do interesse da defesa

¹⁵⁸⁰ Os limites do dever de ouvir as partes sobre a perspectiva jurídica do tribunal são objecto de grande unanimidade na doutrina. Este dever do tribunal não se verifica sempre, pois é restringido ao caso em que as partes não podiam contar com a nova perspectiva jurídica do tribunal nem isso lhes era exigível. Assim, não existe aquele dever de ouvir as partes quando lhes era exigível contar com aquela modificação da posição do tribunal, como, por exemplo, quando a decisão de modificação da qualificação jurídica se enquadra nas correntes de jurisprudência existentes à data da prolação da decisão ou quando ela corresponda a uma tese defendida pelo tribunal em anteriores decisões (Dahs jun., 1965: 33 a 35, Hinrich Rüping, 1976: 157 e 158, e Andreas Kilwein, 1985: 131 e 132.)

pelo arguido da possibilidade de o tribunal modificar a qualificação dos factos imputados. Deste modo, nem todas as modificações com a consequência de uma imputação menos grave são legítimas, exigindo a *staatsinterne Richtigkeitsfunktion* que todas as modificações cuja previsibilidade não fosse exigível ao arguido, mesmo quando possam ter uma imputação menos grave como consequência, sejam previamente comunicadas ao arguido. Por outro lado, nem todas as modificações com a consequência de uma imputação mais grave são ilegítimas, satisfazendo plenamente a *staatsexterne Richtigkeitsfunktion* que de entre aquelas só as modificações cuja previsibilidade não fosse exigível ao arguido devam ser comunicadas previamente ao arguido.

A restrição da liberdade do tribunal de julgamento decorrente da jurisprudência constitucional só se compreende se se tiver em conta que o Tribunal Constitucional sancionou a estrutura do processo resultante da primeira lei orgânica dos tribunais judiciais.

Com efeito, no mesmo acórdão em que este Alto Tribunal julgou pela primeira vez inconstitucional o sistema de recursos do processo de querela, decidiu a questão da participação no julgamento do juiz que proferiu o despacho de pronúncia no sentido da sua conformidade com a Constituição. Deste modo, o acórdão n. 219/89, de 15.2.1989, abriu a porta à intervenção em julgamento de um juiz que apreciou a prova da instrução e formulou um juízo sobre a existência de indícios suficientes para sujeição do arguido a julgamento, colocando em risco sério a imparcialidade do juiz de julgamento.¹⁵⁸¹ A posição restritiva do Tribunal Constitucional em relação à faculdade de o juiz de

¹⁵⁸¹ O acórdão do Tribunal Constitucional foi confirmado por um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, proferido a 22.4.1994 (in RPCC, 1994, pp. 405 a 414). O Tribunal Europeu ponderou que a decisão de rejeição parcial da acusação e de pronúncia na parte restante com base em um exame dos indícios suficientes sobre a culpa dos arguidos apenas consistia em uma apreciação da existência de “um começo de prova suficiente para poder impor a um indivíduo o ónus de um julgamento” e não de “suspeitas particularmente reforçadas”. Contudo, o Tribunal também reconheceu que, para poder proferir o despacho de pronúncia, o juiz tinha alcançado “um conhecimento aprofundado do processo”, mas este conhecimento “não implicava um prejuízo que impedisse de o considerar como imparcial no momento do julgamento sobre o fundo”. Defendendo a doutrina deste acórdão, Henriques Gaspar na anotação feita na RPCC, concluía que a decisão de pronúncia não dava lugar a “qualquer espécie de aparência de preconceito ou prejuízo, objectivamente fundado, em relação ao juiz do processo”. Ao invés, considerando a doutrina deste acórdão “críticável”, Sylvie Josserand, 1998: 153 e 154, e “algo contraditória”, Pierre Crocq, 1996: 303. A doutrina do acórdão do Tribunal Europeu resulta de um equívoco sobre a natureza do despacho de pronúncia, tal como ele era regulamentado pelo código de 1929. O Tribunal Europeu introduziu uma diferença de grau no juízo indiciário que a lei portuguesa não conhecia, nem legitimava, degradando o despacho de pronúncia em um despacho de verificação

juízo modificar a qualificação jurídica dos factos compreende-se, pois, como uma medida de cautela contra um juiz que pode ter sido influenciado pela prova da instrução e que pode já ter formulado um preconceito sobre a culpa do arguido antes de o ouvir.¹⁵⁸²

Deste modo, a restrição constitucional dos poderes do juiz de julgamento só se justifica materialmente porque tem implícito o sancionamento pelo próprio Tribunal Constitucional de uma deficiência fundamental da estrutura do processo na primeira instância. Idêntica aporia se verifica, aliás, com a jurisprudência sobre o duplo grau de jurisdição em face do CPP de 1929. A censura dirigida pelo Tribunal Constitucional ao sistema de recursos consagrado neste código é o resultado do sancionamento por este mesmo Tribunal de uma prática censurável de não motivação das respostas aos quesitos.

O Tribunal Constitucional sempre defendeu uma de três posições nesta questão, todas evitando concluir pela inconstitucionalidade da prática dos tribunais de não motivação das respostas aos quesitos. O Tribunal ou considerava que a fundamentação não fazia parte do “núcleo duro” da regulamentação da garantia de recurso, como se dizia no acórdão fundamental n. 219/89, ou que havia outros meios de garantia em pura teoria além do dever de motivação, deixando implícita a censura vaga de uma inconstitucionalidade por omissão do sistema, como acontecia no acórdão n. 55/85, ou desvalorizava o valor intrínseco da própria garantia do dever de fundamentação, em face do carácter sucinto que a fundamentação sempre teria, como se dizia no acórdão n. 61/88.

Com base no pressuposto, repetido em cada um destes acórdãos, de que as respostas aos quesitos não eram fundamentadas, o Tribunal concluiu pela insuficiência da sindicância do sistema de recursos. Para salvar a prática dos tribunais da não motivação das respostas aos quesitos o Tribunal Constitucional condenou, afinal, o sistema de recursos em processo de querela e com intervenção do tribunal colectivo do CPP de 1929 como incompatível com a Constituição da República.

A aporia imanente à jurisprudência do Tribunal Constitucional é ainda mais

superficial da culpa do arguido e, deste modo, ignorando a sua natureza de despacho de verificação de indícios sérios, seguros ou “particularmente reforçados” da culpa do arguido.

¹⁵⁸² Tivesse o Tribunal Constitucional tomado uma outra posição relativamente a esta questão e também outra deveria ser a conclusão relativamente à liberdade de qualificação jurídica dos factos. A consagração da melhor doutrina, a da inadmissibilidade da intervenção em julgamento do juiz da pronúncia, teria permitido reconhecer ao juiz de julgamento o poder de modificação da qualificação jurídica dos factos, com a condição fundamental da exigibilidade do conhecimento dessa possibilidade pelas partes.

flagrante se se atentar em que desde o primeiro acórdão que apreciou a constitucionalidade do sistema de recursos do novo CPP, o acórdão n. 322/93, de 5.5.93,¹⁵⁸³ se deixou claro “o papel central” que cabe ao dever de fundamentação da decisão da matéria de facto, o que permitiu concluir pela constitucionalidade do sistema consagrado, como se dirá mais tarde no acórdão n. 680/95, de 29.11.1995. Naquele acórdão inicial de 1993, cujo juízo foi mantido, após a alteração da composição do Tribunal, pelo acórdão n. 573/98, de 13.10.98,¹⁵⁸⁴ o Tribunal ponderou as regras fundamentais do regime da produção de prova, a estrutura da audiência, o sistema de *césure*, as regras de deliberação do colectivo e a estruturação da sentença para concluir que a revista alargada prevista para os acórdãos proferidos pelo tribunal colectivo não violava a Constituição em face das garantias que o processo diante do colectivo já oferecia.

No entanto, para obstar à crítica feita nos votos de vencido de que o Supremo Tribunal de Justiça só muito dificilmente podia censurar os vícios de facto, por o vício ter de resultar do texto da decisão e, em regra, a fundamentação das decisões consistir apenas numa mera remissão genérica para os meios de prova,¹⁵⁸⁵ o Tribunal considerou que “a dificuldade de o Supremo Tribunal de Justiça despistar o vício invocado como fundamento do recurso, relativo ao fundamento do facto, a partir do texto da decisão recorrida, por si ou conjugada com as regras da experiência comum, tem mais propriamente a ver com a completude ou incompletude da fundamentação do acórdão recorrido do que com o facto de o vício ter de concluir-se a partir do texto da decisão”. A fundamentação “completa” da decisão tornava-se, pois, no efectivo sustentáculo, “o pressuposto – que se afigura inelutável - da constitucionalidade” do sistema de recursos, como se reconheceu no acórdão n. 680/98, de 2.12.98.¹⁵⁸⁶ Este último acórdão, que julgou inconstitucional o artigo 374, n. 2, do novo CPP, conjugado com o artigo 410, n. 2, quando interpretado no sentido de que a enumeração dos meios de prova utilizados na primeira instância era suficiente para a fundamentação da decisão sobre a matéria de facto, se por um lado veio repor no seu devido lugar o princípio da motivação,

¹⁵⁸³ Diário da República, II^a Série, de 29.10.93. Este foi o primeiro acórdão que apreciou a constitucionalidade das normas conjugadas dos artigos 410 e 433 do novo CPP.

¹⁵⁸⁴ Diário da República, II^a série, de 13.11.98. Este acórdão foi votado pelo plenário, com sete votos a favor e seis contra.

¹⁵⁸⁵ Os argumentos expostos nos votos de vencido já antes tinham sido apresentados por Artur Marques (1988: 305).

¹⁵⁸⁶ Diário da República, II^a série, de 5.5.99.

rejeitando uma prática minimalista dos tribunais, por outro, constitui o ponto de chegada de um processo aporético de afirmação da doutrina radicalmente contrária à introduzida pelo acórdão fundamental de 1985 e sempre sustentada pelo Tribunal em face do código de 1929. A duplicidade de critérios do Tribunal em face do CPP de 1929, em que a fundamentação da decisão sobre a matéria de facto foi degradada para um plano subalterno, e em face do CPP de 1987, em que ela desempenha um papel central no sistema das garantias de recurso, é evidente.

A conclusão impõe-se: se o Tribunal Constitucional tivesse censurado, como fazia a doutrina, a não motivação das respostas aos quesitos, atribuindo a este instrumento de garantia da defesa a importância que diante do novo CPP lhe veio a reconhecer, teria feito cessar uma prática censurável dos tribunais criminais e, do mesmo passo, salvo o sistema de recursos dos acórdãos do tribunal colectivo e do tribunal de júri estabelecido pelo código de 1929. A primeira destas conclusões tirou-a finalmente aquele Alto Tribunal, no acórdão n. 13/2000, de 11.1.2000,¹⁵⁸⁷ da segunda secção, e no acórdão n. 251/2000, de 12.4.2000,¹⁵⁸⁸ do plenário, ao abandonar a doutrina da constitucionalidade da não motivação das respostas aos quesitos.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁷ Diário da República, II^a série, de 15.11.2000.

¹⁵⁸⁸ Diário da República, II^a série, de 7.11.2000.

¹⁵⁸⁹ A decisão da segunda secção de Janeiro de 2000 foi votada por três votos a favor e dois contra e a do plenário de Abril de 2000 foi votada favoravelmente por apenas sete conselheiros, tendo-se oposto seis. Quer à luz do texto constitucional vigente à data da prolação do acórdão sindicado, quer à luz do texto actualmente em vigor, a questão só devia ter tido a decisão que teve, como resulta claro do estudo da evolução da jurisprudência constitucional realizado.