

ALVARO VILLELA

Licenciado em Direito e socio do Instituto de Coimbra

A REVISÃO

NO

PROCESSO CRIMINAL

COIMBRA

Imprensa da Universidade

1897

Ao seu querido irmão Antonio

*com muita - de
intensa amizade.*

A REVISÃO

NO

PROCESSO CRIMINAL

off. =

O auctor

Á MEMORIA

DE

Meu Pae



DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O

ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA



CAPITULO I

O erro judiciario e a revisão

SUMMARY: — **1.** O movimento reformador no processo criminal e o erro judiciario. — **2.** Noção do erro judiciario: conceito tradicional; DOMENICO GIURATI; a nossa definição. — **3.** Causas do erro judiciario. Considerações geraes. *a)* Causas objectivas. Fallibilidade dos meios instructorios: 1.º da prova testemunhal; 2.º da confissão do reo; 3.º dos exames periciaes; 4.º da organização do processo e dos recursos. A treva como theatro do crime, e a esperança da impunidade como factor da delinquencia. A pena meio de defesa, mas instrumento de repressão. A traição e a calunnia. Conclusões. *b)* Causas subjectivas: 1.º prevenção judicial; 2.º prejuizos sociaes: α) o homicidio ritual; β) os processos dos animaes; γ) os crimes das multidões; δ) as superstições; ϵ) os desvarios da opinião publica. Conclusões. — **4.** O erro judiciario na evolução do processo penal. Indicações geraes. As quatro phases evolutivas do processo criminal. TARDE. *a)* O erro judiciario e o processo accusatorio — a ordalia; *b)* o erro judiciario e o processo inquisitorio — a tortura; *c)* o erro judiciario e o processo mixto — a instrução secreta e o jury; *d)* o erro judiciario e as reformas do processo penal — a suppressão do contradictorio, a arbitragem scientifica e a sentença indeterminada. — **5.** O erro judiciario e a revisão. Conceito tradicional da revisão. A revisão e o caso julgado. A revisão e os recursos ordinarios. A revisão e a graça. Definição de revisão. Conclusão.

1. Um espirito novo bafeja a criminologia, illumina a doutrina da penalidade e vae reflectir-se na sciencia do direito judiciario penal, como eco do desejo pro-

fundo de reforma, que agita tão violentamente as fibras da sociedade moderna¹.

O processo criminal começa a sair do empirismo que o tem dominado nos seculos idos. Assim o exige a intima solidariedade que prende e conjuga todas as manifestações do pensamento contemporaneo. Com razão dizia PUGLIESE, no congresso de anthropologia criminal de Paris², que era tempo de o processo criminal fazer parte dos estudos da sociologia penal, pois, se o codigo penal contém o systema de defesa contra o crime, o codigo de instrucção criminal é digno da maior attenção, porque é destinado a realizar esta defesa e tambem porque constitue a garantia da innocencia. O mesmo pensamento domina o illustre FERRI, ao traçar as reformas que, á luz da sociologia criminal, deve soffrer o systema repressivo do crime. Lê-se na sua obra genial: «Antes de tudo, se as novas theorias reduzem muito a importancia pratica do codigo penal, por outra parte augmentam muito mais a das leis do processo penal, destinadas a trazer as ameaças legislativas contra o crime ao terreno pratico e quotidiano da defesa social contra os criminosos. Porque, acerescenta, se o codigo penal é o codigo para os malfeitores, o do processo penal é para os honestos, submettidos ao julgamento e ainda não reconhecidos como criminosos³.

GAROFALO não põe duvida em affirmar que é nas leis reguladoras da instrucção criminal e dos julgamentos

¹ ENRICO CIMBALI—*La nuova fasi del diritto civile*. Roma, 1881, pag. 1.

² *Actes*, pag. 106; *Archives d'anthropologie criminelle*, vol. IV, pagg. 369 e segg.

³ *Sociologie criminelle*. Paris, 1893, pag. 431.

onde melhor se manifesta a protecção que a theoria penal dominante dispensa ao criminoso contra a sociedade¹. Esta idêa fez-lhe ver a necessidade de as reformar, e d'ahi o importante trabalho em que, de collaboração com CARELLI, começou a formular e a fundamentar as innovações compatíveis com as actuaes condições de existencia da sociedade². Em summa, a necessidade de reformar o processo criminal confessam-na todos os escriptores e sentem-na todos os povos³. A nós só nos cumpre determinar a razão e a orientação de espirito reformador, e medir, quanto possível, o seu verdadeiro alcance.

Será elle o producto desta agitação febril que sacode em convulsões e anceios a alma contemporanea, desta crise nervosa que tão accentuadamente caracteriza o nosso fim de seculo⁴, ou domina-lo-á alguma lei reguladora do movimento evolutivo das sociedades?

A resposta encontra-se na função sociologica do processo criminal. Vejamos como. O equilibrio instavel das relações sociaes e a sua tendencia para uma adaptação relativa crearam o germen dinamico da *acção social*, como coefficiente regulador do movimento oscillatorio das mesmas relações sociaes⁵. A acção social

¹ *Criminologie*. Paris, 1892, pag. 371.

² *Riforma della procedura penale in Italia*. Torino, 1889; *Scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, anno I, 1891, pagg. 18 e segg.

³ MANDUCA — *La procedura penale e la sua evoluzione scientifica*. Napoli, 1888, pag. 9.

⁴ TARDE — *Philosophie pénale*. Lyon, Paris, 1893, pag. 8.

⁵ SANCIPRIANI — *Ritologia giuridica*. Roma, 1893, pagg. 119 e segg.

especializa-se em *acção jurídica*, quando se manifesta como desenvolvimento do principio de garantia na sociedade, isto é, quando apparece «como centro dynamico de expansão e diffusão do direito»¹; a acção jurídica especifica-se em *acção judicial*, quando se converte em função protectora do mesmo direito; e, finalmente, a acção judicial individualiza-se ainda em *acção repressiva*, quando empregada para limitar ou eliminar a actividade funcional dos consociados que ameaçam a integridade e a organização social. O processo criminal é, nem mais nem menos, a realização effectiva da acção judiciaria penal². Logo, apparece-nos como manifestação do direito, que é, no dizer de ARDIGO, «a força especifica do organismo social»³, e como um factor do progresso juridico dos povos.

Mas, porque é tal a sua causa efficiente e a sua função no organismo juridico, o processo criminal anda profundamente ligado com todos os elementos organicos de cuja elaboração resulta a evolução das sociedades. E aqui se encontra a razão sociologica do facto, de observação geral, de o processo penal acompanhar as vicissitudes do espirito humano e as transformações sociaes, podendo considerar-se, como diz MANDUCA⁴, o thermometro seguro da civilização dos estados pelas suas intimas affinidades com a sua organização social, e o fundamento desta justa observação

¹ SANCIPRIANI, ob. cit., pagg. 119 e 120.

² SANCIPRIANI, ob. cit., pag. 123.

³ ARDIGO—*Opere filosofiche*, tomo IV. *Sociologia*, pag. 95.

⁴ *La procedura penale etc.*, pag. 6.

de TARDE: «Cada edade reflecte visivelmente no processo criminal, que a caracteriza, a fé fundamental que a anima, isto é, a sua crença mais universal e mais indiscutida, de fórma que a serie das transformações legislativas e judiciarias corresponde, neste ponto, ás transformações do espirito humano»¹.

Em verdade, a historia do processo penal tem seguido uma linha parallelá á evolução geral da humanidade. Na aurora dos tempos sociaes, a uma frouxa solidariedade e ao pequeno interesse do grupo pelas relações individuaes correspondia a auto-defesa individual ou familiar², que pôde, porventura, considerar-se como a phase embryogenica de todo o processo criminal, auto-defesa que uma evolução progressiva de muitos seculos reduziu a um direito sacratissimo, que as legislações penaes chamam *legitima defesa*³. A auto-defesa inicia um movimento do progresso juridico-penal correspondente ao desenvolvimento da solidariedade social. Esta começou por determinar a intervenção do poder social na regularização da vindicta privada (talião, composição)⁴ e continuou a sua obra pela transferencia successiva da acção de protecção

¹ *Philosophie pénale*, pag. 433.

² SANCIPRIANI, ob. cit., pag. 21.

³ FIORETI — *La legitima difesa*. Torino, 1894, pag. 7. Neste bello livro de FIORETI ventila-se a questão se a legitima defesa deve ser considerada como uma circumstancia ou como um direito. O auctor adopta o segundo parecer, que tambem nos parece o mais conforme á historia da penalidade e ao estado actual da sociologia criminal.

⁴ LETOURNEAU — *Évolution juridique*. Paris, 1891; LE BON — *L'homme et les sociétés*, tomo II, pagg. 385 e segg.; VON IHERING — *L'esprit du droit romain*, tomo I, pagg. 119 e segg.

juridica para o estado, completando-a com a transformação da defesa individual numa fôrma abreviada do juizo criminal e da sua execução ¹.

Seria facil mostrar como cada uma das phases evolutivas do processo criminal traduz um modo de ser especial das sociedades. Assim, á feição impressionavel e predominantemente sensível do homem e das sociedades primitivas correspondia uma reacção immediata, desregrada, contra o aggressor, medida pela affecção produzida pelo ataque, ou um processo tumultuario e precipitado, de que o *privilegium* do comicio romano ² e a *Lei de Lynch* ³ nos dão exemplos notaveis. A restricção do elemento sensível no equilibrio melhorado da vida psychologica individual e collectiva tornou em deferida a defesa immediata, produzindo maior serenidade nas apreciações e nos julgamentos.

Podéramos ainda ver como as crenças, a philosophia, e todas as manifestações do espirito de uma epoca, transluzem no direito judiciario penal. A confissão do reo, a tortura, o jury, a arbitragem scientifica, podiam ser elementos de demonstração ⁴. Não podendo, porém, demorar-nos mais sobre este ponto, limitamo-nos a assentar o principio da affinidade entre o processo criminal e o modo de ser das relações sociaes.

¹ FIORETI, ob. cit., pag. 7.

² SUMMER MAINE — *Ancien droit*, trad. de COURCELLE SE-NEUIL. Paris, 1874, pag. 352.

³ DORADO MONTERO — *Problemas jurídicos*, pagg. 67 e segg.; *Scuola positiva*, 1893, pagg. 673 e 832; SIGHELE — *La folla delinquente*. Torino, 1895, pagg. 137 e segg.; *Revue des deux mondes*, 15 de maio de 1891.

⁴ TARDE, ob. cit., pagg. 432 e segg.

Dada a verdade deste principio, nada admira que hoje se pugne pela reforma do processo criminal, que representa um producto hybridó e monstruoso dos tempos passados no meio de uma sociedade animada por um espirito novo que pretende melhorar o presente e preparar o futuro, mediante os resultados das investigações scientificas. O processo criminal tem por missão integrar, nos dominios da penalidade, o direito individual, que é uma conquista da civilização, com a necessidade da conservação social, que é o legitimo fundamento do direito de punir. Por esta razão não póde ajustar-se a muitas velharias, que as legislações consagram, nem tão pouco assimilar exaggeros de sentimentalismo que lhe pervertam a função. Repugnam-lhe por igual a reminiscencia inquisitoria, que o occulta no segredo, a crença mystica no bom senso do jury e a demasiada benevolencia pelo reo, que o sentimentalismo penal conseguiu legalizar. Um só destino o deve guiar — determinar a criminalidade do arguido, e uma só condição deve acompanhá-lo — manter um justo equilibrio entre o individuo a julgar e a sociedade que o julga ¹.

E de facto parece ser esta a orientação do espirito reformador. Lança-se mão de todos os meios que, com melhor esperanza de exito, possam assegurar a defesa social ², a liberdade individual ³, a determinação da criminalidade do arguido ⁴ e a adaptação da medida penal

¹ FERRI — *Sociologie criminelle*, pag. 433.

² FERRI, ob. cit., pagg. 431 e segg.

³ FERRI, ob. cit., pagg. 431 e segg.

⁴ SARRAUTE (PIERRE) — *Actes du deuxième congrès international d'anthropologie criminelle*, pagg. 386 e segg.; sr.

conveniente ¹ por uma bem entendida individualização da pena ². É o que se traduz das propostas de reforma relativas ás acções populares ³, á organização de juizes especiaes para o crime ⁴, á ampliação da prova perante os tribunaes criminaes ⁵, ao alargamento do seu arbitrio na apreciação dos factos criminosos e da responsabilidade dos delinquentes ⁶, aos exames periciaes ⁷, á publicidade relativa na instrução do processo ⁸, á confissão

DR. AFFONSO COSTA — *Os peritos no processo criminal*. Coimbra, 1895, pag. 176.

¹ FERRI, ob. cit., pag. 451.

² ALIMENA (BERNARDINO) — *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*. Torino, 1894, tomo I, pagg. 390 e segg.

³ FERRI, ob. cit., pag. 442; sr. DR. TEIXEIRA DE ABREU — *Theses ex universo jure*. Coimbra, 1895, pag. 21.

⁴ FERRI, ob. cit., pagg. 459 e segg.; GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 395 e segg.; TARDE — *Philosophie pénale*, pag. 458; sr. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*. Coimbra, 1895, pag. 154; etc.

⁵ GAROFALO — *Scuola positiva*, anno I, 1891, pagg. 49 e segg.

⁶ FERRI, ob. cit., pag. 463; PEDRO DORADO — *Problemas jurídicos*. Madrid, pag. 52; *Problemas de derecho penal*. Madrid, 1895, pag. 33; MAJORANA — *Teoria sociologica della costituzione*. Torino, 1894, pag. 219.

⁷ FERRI, ob. cit., pag. 456; LACASSAGNE — *Actes du premier congrès*, pagg. 30 e 31; sr. FERREIRA AUGUSTO — *Alienados criminosos, cadeias, etc.* Porto, 1894, pagg. 69 e segg.; sr. DR. AFFONSO COSTA — *Peritos no processo criminal*, pagg. 171 e segg.; *Scuola positiva*, 1891, pagg. 577 e segg.

⁸ FERRI, ob. cit., pag. 458; GAROFALO — *Riforma*, pagg. CCXXX e segg.; *Criminologie*, pag. 376; BERILLON — *Suggestions criminelles et faux témoignages suggérés* (relatorio apresentado ao congresso de anthropologia criminal de Genebra, em agosto de 1896); *Scuola positiva*, 1891, pagg. 341 e segg., 1896, pagg. 596 e segg.

do reo¹, ás applicações judiciais do hypnotismo², á substituição do jury popular³, ao character indeterminado da sentença condemnatoria⁴, ao alargamento da revisão⁵, á eliminação do direito de graça⁶, á doutrina dos recursos⁷, á suppressão da fiança como meio de obter a liberdade provisoria⁸, á indemnização ás victimas do delicto⁹, etc. Tudo isto, e muito mais, se

¹ MADDIA — *Procedura penale*, tomo I, pagg. 191 e segg.; ORESTANO — *La confessione nei giudizi penali*. Palermo, 1888; GAROFALO e CARELLI — *Riforma*, pagg. cxii e segg.; etc.

² LOMBROSO — *Archivi di psichiatria, scienze penale e antropologia criminale*, 1887, pag. 243; FERRI, ob. cit., pag. 454; sr. DR. AFFONSO COSTA — *Os peritos no processo criminal*, pag. 175; etc.

³ FERRI, ob. cit., pagg. 459, 464 e segg.; GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 387 e segg.; TARDE, ob. cit., pag. 443 e segg.; sr. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*, pag. 154; MANDUCA — *Scuola positiva*, 1891, pag. 233, 1896, pagg. 610 e segg.

⁴ SARRAUTE — *Actes*, cit.; HAMEL — *Actes du troisième congrès d'anthropologie criminelle*, pag. 62; *Scuola positiva*, 1893, pagg. 945 e segg.; THIRY — *Actes*, cit., pagg. 20 e 21; FERRI, ob. cit., pagg. 493 e segg.; etc.

⁵ PUGLIESE — *Actes du deuxième congrès d'anthropologie criminelle*, pag. 111; GAROFALO — *Scuola positiva*, 1893, pagg. 97 e segg.; FERRI, ob. cit., pag. 437; sr. DR. ASSIS TEIXEIRA — *Theses ex universo jure*. Coimbra, 1876, pag. 23; sr. DR. ARTHUR MONTENEGRO — *Theses ex universo jure*. Coimbra, 1894, pag. 27; etc.

⁶ SARRAUTE — *Actes*, cit., pag. 390.

⁷ *Scuola positiva*, 1895, pagg. 270 e segg. e 296.

⁸ GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 376 e segg.; *Scuola positiva*, 1891, pagg. 432 e segg.

⁹ GAROFALO — *Riparazione alle vittime del delitto*. Torino, 1887; FERRI, ob. cit., pagg. 492 e 503 e segg.; sr. DR. ANTONIO LUIZ GOMES — *Theses ex universo jure*. Coimbra, 1892, pag. 25.

pede em nome da sciencia e do aperfeiçoamento que se realiza nas instituições sociaes ¹.

Mas qual será o alcance de todas estas reformas? Trarão a impecabilidade da justiça? Nem por sonho.

Um *phantasma negro* acompanha sempre o organismo judiciario, como se fosse a sua sombra. É a projecção de um *quid* insito a todos os juizos humanos — a eterna fallibilidade, e chama-se — *erro judiciario*.

Sem nos collocarmos no extremo de ORANO ², que julga o erro judiciario mais desastroso que os terremotos, que as tormentas e que as epidemias, e mais lacrimoso que as guerras, reconhecemos com ORTOLAN ³ que elle constitue uma calamidade publica e que, quando não prevenido nem remediado, se transforma num factor de dissolução social. Intendemos, porisso, que era bem util estudá-lo nas suas causas, indicar o meio de o descobrir pela *revisão* e o processo de o sanar pela *reparação*. A revisão dos processos crimes e a reparação do erro judiciario farão, pois, o objecto de dois trabalhos intimamente relacionados, precedidos de um estudo muito rapido sobre a noção e causas do erro judiciario.

2. O exercicio da acção judiciaria penal está sujeito a mil desvios, em que tantas vezes é offendido o interesse individual e o interesse social. Deve orientá-lo a

¹ *Scuola positiva*, 1891, pagg. 289 e segg., pagg. 727 e segg., 1894, pagg. 242 e 817 e segg.

² ORANO — *Revisione dei giudicati penali*. Roma, 1888, pagg. 4 e 5.

³ ORTOLAN — *Éléments de droit pénal*. Paris, 1886, tomo II, pag. 634.

lei suprema da harmonia entre a liberdade individual e o interesse colectivo, no intuito de evitar, tanto quaesquer elementos desorganizadores e anarchicos, como todas as tendencias absorventes. É este o ideal da intervenção social. Não obtem, todavia, uma realização absoluta, porque o absoluto não se compadece com as acções humanas.

É relativa, é aproximativa, é provavel toda a acção da justiça. Na investigação do facto criminoso, na perseguição do delinquente, na qualificação rigorosa de um e de outro, em summa, em todo o desenvolvimento do processo criminal, serão frequentes os casos em que a justiça peque por defeito ou por excesso, sacrificando os interesses individuaes ou os interesses collectivos. E mal vae quando o desvio se accentue num dos sentidos, pois a lei da inercia pôde arrastá-lo aos mais desastrados absurdos, e a lei do rhythmo impelli-la ao extremo opposto. O processo inquisitorio com o seu cortejo de horrores e o sentimentalismo penal em favor do reo, ali estão para o comprovar.

Deixando, porém, estes exaggeros, que são proprios de um estado social doentio, podemos dizer que a justiça penal está sujeita a duas ordens de aberrações:

- a) — Condemnação de um innocente e applicação de uma pena demasiada.
- b) — Absolvição de um criminoso e applicação de uma pena insufficiente.

É evidente que a justiça penal pôde, voluntaria ou involuntariamente, commetter qualquer destas aberrações. Mas dar-se-á sempre o erro judiciario, cuja enormidade ORANO eleva acima das tormentas e das guerras, que ORTOLAN chama uma infelicidade publica

e que GONZALEZ NANDIN¹ julga o mais poderoso argumento contra a pena de morte? Estes escriptores referem-se indubitavelmente ao erro judiciario typo, segundo o conceito tradicional, que tem logar sempre que um innocente é condemnado como criminoso².

Era o erro judiciario, assim caracterizado, que devia ser remediado juridicamente; e este nem sempre, pois a revisão era limitadissima, como veremos, deixando-se á prerogativa regia do direito de graça a missão de temperar os rigores da justiça. As absolvições injustas e as condemnações insufficientes desprezavam-se em beneficio do reo.

No estado actual das sciencias penaes tem de abandonar-se o conceito tradicional do erro judiciario, para o ver em todos os desvios sensiveis da acção judiciaria penal, quer a favor, quer contra o arguido.

Por este caminho começou a seguir o notavel escriptor italiano DOMENICO GIURATI³, que todavia se desviou delle com frequencia.

Embora não apresente uma definição do erro judiciario, dá uma idéa bastante clara para mostrar que se afasta do conceito tradicional. «A idéa, diz elle, vae ser pescada num lago, cuja superficie esteja calma e limpida. Deitae ahi uma isca ou um bocado de pão. Vem um peixe apprehendê-lo. Então a agua descreve

¹ *La pena de muerte*. Madrid, 1872, pag. 46.

² ORTOLAN, ob. cit., tomo II, pagg. 624 e segg.; GARRAUD — *Précis de droit criminel*. Paris, 1895, pag. 777; MADDIA — *Instituzioni di procedura penale*. Napoli, 1872, tomo II, pagg. 227 e segg.; etc.

³ DOMENICO GIURATI — *Gli errori giudiziari — diagnosi e cura*. Milano, 1893.

uma certa quantidade de circulos concentricos. O primeiro, que é o mais pequeno, gera instantaneamente um segundo, um tanto maior, deste nasce um terceiro, ainda maior, e o terceiro transforma-se em um quarto, mais largo do que os outros, e assim por diante, até o ultimo se confundir com a superficie verde-escura do lago. Phenomeno semelhante offerece o erro judiciario.

O primeiro circulo é formado pelo caso mais simples. Ticio innocente é condemnado em vez de Caio criminoso. O segundo circulo gira em sentido inverso, e é mais largo que o primeiro. O reo, no decurso do processo, consegue passar por innocente. No terceiro entram todos os capturados por suspeitas de crimes e depois absolvidos por falta de provas. O quarto é o mais extenso (*affollato*). Ahi estão todas as victimas, não já de juizos singulares errados, mas de aberrações systematicas, aprioristicas, historicas, religiosas, resultantes de prejuizos crucis e da imbecilidade humana¹.

Da descripção de GIURATI póde, porventura, derivar-se a seguinte fórmula synthetica: *Os tribunaes commettem um erro judiciario sempre que condemnam um innocente e absolvem um criminoso, ou accusam um individuo que depois absolvem por falta de provas.*

Esta fórmula, aliás imperfeita, não domina todo o trabalho de GIURATI. Quando o auctor tracta da reparação devida ás victimas dos erros judicarios, exclue os casos — de prisão preventiva em que o arguido não foi pronunciado ou ficou finalmente absolvido — da imposição de uma pena demasiado rigorosa — e da

¹ Ob. cit., pagg. 21 a 23.

condemnação como criminoso de um simples louco, para apenas considerar a categoria dos condemnados com sentença irrevogavel, que têm razões para provar a propria innocencia ¹.

Apparecem aqui duas especies de erros judiciarios, que se não abrangiam na descripção de pagg. 21 e segg. — a imposição de uma pena exaggerada e a condemnação de um louco como criminoso. E é notavel que, ao ventilar a questão suprema do seu livro — a cura do erro judiciario pela reparação — foge para o conceito classico, tão evidentemente acanhado. Não podemos contentar-nos com tal conceito. Estudamos os erros judiciarios para os descobrir pela revisão e para os sanar pela reparação, e porisso não ficaremos nos extremos da condemnação de um innocente ou da absolvição de um criminoso, mas adoptaremos uma fórmula generica, que possa comprehender todos os erros de facto, praticados pela justiça penal. E isto porque os tribunaes:

- a) — erram quando condemnam um innocente;
- b) — erram quando absolvem o criminoso;
- c) — erram quando applicam uma pena excessiva;
- d) — erram quando applicam uma pena insufficiente.

Todas estas modalidades de erros podem verificar-se, e, verificadas, são susceptiveis de reparação. Porisso, partindo do principio de que o erro judiciario só existe depois da sentença condemnatoria ou absolutoria, definimo-lo do modo seguinte:

«toda a condemnação ou absolvição injusta, incluindo o excesso e a insufficientencia de pena».

¹ Ob. cit., pagg. 334 e segg.

3. DOMENICO GIURATI abre o seu notavel trabalho por esta curiosa interrogação: «Fa scritto più per sostenere la infallibilità del Sommo Pontifice o per dimostrare la fallibilità di tutti gli altri uomini?»¹.

E, de facto, o confronto da pleiade de theologos que sustentam o magisterio infallivel do pontifice romano, com a phalange de philosophos que limitam, põem em duvida ou negam a possibilidade de o homem alcançar a verdade, fundamenta a pergunta de GIURATI. Sem querermos, nem de longe, percorrer o terreno escorregadio em que florescem as escolas scepticas, notaremos só que em 1892 escrevia RENOUVIER estas palavras terriveis: «a duvida reina necessariamente, cabendo apenas aos loucos e aos fanaticos o privilegio de nunca nutrirem duvida alguma»². Não nos ateramos com um tamanho exaggero de escola, mas reconhecemos com DANTE que «são curtas as azas da razão» e, porisso, impotentes, muitas vezes, para rasgar as trevas do desconhecido. Aproximemo-nos, porém, dos juizos penaes, para estudarmos a etiologia do erro judiciario.

Á primeira vista parece que devem ser raras as aberrações da justiça, e assim o pensam muitos. Pois não recáe o veredictum dos tribunaes sobre pontos de facto, cujos elementos é possivel determinar? Não vêem os juizes pelos olhos das testemunhas, não ouvem, tantas vezes, a confissão do accusado, não se acercam de homens competentes para os esclarecerem sobre as especialidades technicas, não segue o processo uma evolução

¹ *Gli errori giudiziari*, pag. 1.

² RENOUVIER, cit. por GIURATI, pag. 3.

regular, propria para formar uma convicção segura, não salta luz do debate solemne entre a accusação e a defesa, não existe um organismo judiciario devidamente hierarchizado, para prevenir o possivel desvio da acção penal?

Tudo isto existe, mas tudo isto é fallivel, e o erro judiciario acompanha ainda a mais perfeita organização dos juizos penaes. Vamos por este motivo apontar algumas das causas que o podem determinar.

Com GIURATI dividi-las-emos em a) *objectivas* e b) *subjectivas*, segundo dizem respeito aos tramites do processo ou á pessoa do julgador.

a) Os meios de que a lei lança mão para descobrir a verdade judicial, convertem-se, muitas vezes, em factores de erros judiciarios. É porisso que nós vamos analysar a fallibilidade de alguns dos meios de investigação judiciaria.

1.º *Prova testemunhal*. Disse BENTHAM que as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça¹. Todavia, a historia dos erros judiciarios, observa PINCHERLI², ahí está para demonstrar esta maxima de PASCAL: «o homem não é mais que um sujeito cheio de erros. Nada lhe mostra a verdade, tudo o engana. Os dois principios de verdade, a razão e os sentidos, mentem e enganam-se á porfia»³. PASCAL enunciava assim um principio de psychologia morbida, cada vez melhor verificado. Está hoje demonstrado que a vida psychica anda sujeita a dois estados pathologicos, em que o espirito

¹ *Tratatto delle prove giudiziarie*, tomo II, pag. 93.

² *La prove per testimoni nei processi penali*. Torino, 1895, pag. 6.

³ *Pensées*, art. 4.º, n.º 8.

ou percebe um phenomeno não existente — *estado de allucinação* — ou toma um objecto real, que o impressiona, por outro de caracteres differentes — *estado de illusão* ¹. Ora, allucinada ou illudida, a testemunha pôde fazer um depoimento falso.

Mas não param aqui os motivos que podem falsear a prova testemunhal, mesmo contra vontade do depoente. Ao lado das causas pathogenicas determinativas das allucinações ou das illusões estão os meios suggestivos de provocar um falso testemunho. Atravez das discussões que ainda se levantam no mundo scientifico sobre a importancia da suggestão simples e da suggestão hypnotica, parece divisar-se nos factos a possibilidade de suggerir um falso depoimento. «Por meio da suggestão, escreve ALIMENA, e especialmente por meio da que chamamos *suggestão retroactiva*, podem conseguir-se falsos testemunhos, suggerindo a idêa dum delicto imaginario ou dum delicto real, mas acompanhado de circumstancias imaginarias, referentes aos auctores, aos cumplices ou a quaesquer outros» ². O mesmo affirmou BERILLON no congresso de anthropologia criminal de Genebra. Dando conta ao congresso dos seus trabalhos hypnologicos, entre outras observações fez a seguinte: «que tinha provocado *allucinações retroactivas*, constituídas pela lembrança suggerida de scenas ou acontecimentos, a que os *sujets* acreditavam firmemente ter assistido, ainda que taes factos nunca tivessem existido» ³. Ao formular as suas conclusões

¹ Sr. JULIO DE MATTOS — *Allucinações e illusões*. S. Paulo, 1892, pagg. 9 a 29.

² ALIMENA, ob. cit., tomo II, pag. 157.

³ Relatorio cit.; *Scuola positiva*, 1896, pagg. 598 e 599.

decidiu-se pela possibilidade de provocar um falso testemunho, tanto no estado de vigilia como no estado de hypnotismo, e convidou o congresso a emittir um voto no sentido de substituir a instrucção secreta do processo criminal por uma instrucção contradictoria, para prevenir os perigos que podem resultar de pressões moraes, exercidas sobre pessoas dotadas de grande suggestibilidade ¹.

Mas, se a testemunha pôde depôr falsamente por alguma das razões apontadas, tambem o pôde fazer conscientemente. O perjurio é um crime, que as leis penaes previram, porque os factos o denunciaram.

De fôrma que os honestos, pela allucinação, pela illusão e pela suggestão, e os mal intencionados, pelo perjurio, podem, por meio dum falso depoimento, arrastar os tribunaes a um erro judiciario ².

2.º *Confissão do reo.* O juiz ouve muitas vezes a confissão do reo. Mas deverá attribuir-se á confissão dum accusado o valor que lhe dava o direito romano — *reus confessus in jure pro judicato habetur?* ³ Será admissivel o systema inglês, segundo o qual a confissão do accusado, embora facultativa, pôde, mesmo desacompanhada de quaesquer outras provas, sujeitá-lo á pena capital? ⁴ Deverá preferir-se a doutrina de

¹ *Scuola positiva*, cit., pag. 601.

² PINCHERLI, ob. cit., pag. 8.

³ MADDIA, ob. cit., tomo I, pag. 191; ORESTANO, ob. cit., pag. 13.

⁴ GAROFALO e CARELLI — *Riforma*, pagg. CCXXII e segg.; MITTERMAIER — *Procédure criminelle*. Paris, 1868, pagg. 402 e segg.; MADDIA, ob. e log. cit.

QUINTILIANO ¹, FILANGIERI ², MAYER ³, que consideram o confitente como um louco — *ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui confitetur de se* ⁴, e, porisso, rejeitar-se sempre a confissão dum accusado?

Apuremos alguns principios.

O interrogatorio do arguido representa uma criação do processo inquisitorio ⁵, tem sido variamente applicado pelas legislações e tem acompanhado as vicissitudes do pensamento scientifico.

Em Roma começou a apparecer na pratica do foro penal, quando, com a transformação dos *judicia publica*, o juiz passou a supprir a accusação publica e o processo escripto veio auxiliar o processo oral ⁶. Com a restauração medieval do processo inquisitorio entrou de novo o interrogatorio nos juizos penaes, e ahi tem permanecido até hoje, salvas rarissimas excepções. Na fórma inquisitoria procurava-se, pelo interrogatorio, a confissão do crime, como a rainha das provas legaes, não se vacillando, para a conseguir, no emprego da tortura mais cruel ⁷. A profunda renovação dos estudos penaes no seculo passado e o extraordinario abuso que se fazia da prova resultante do interrogatorio, levaram muitos escriptores a contestar a sua legitimidade. Entre

¹ *Inst. Orat.* v-13.

² *Scienze della legislazione*, liv. III e X.

³ *Esprit, origine, etc.*, liv. IV, cap. 12.

⁴ NAZARETH — *Elementos de processo criminal*, pag. 181.

⁵ F. HÉLIE — *Traité d'instruction criminelle*, tomo V, pagg. 694 e segg.

⁶ F. HÉLIE, ob. cit., tomo VII, pag. 695.

⁷ MADDIA, ob. cit., tomo I, pag. 191.

estes, além de FILANGIERI e MAYER, apparece BECCARIA, que via uma confusão de todas as relações em exigir que um homem fosse, ao mesmo tempo, accusador e accusado¹.

Com a doutrina de BECCARIA está de harmonia o systema seguido nos Estados Unidos da America do Norte, onde foi constitucionalmente consagrado o principio de que ninguem pôde ser obrigado a depôr contra si proprio². Este systema constitue uma derivação do systema inglês, segundo o qual a confissão do accusado é facultativa, mas a que se dão extraordinarios effeitos.

Ao character radical da doutrina de BECCARIA e da legislação norte-americana foi contraposto um systema intermediario, sustentado por grande numero de processualistas e legalizado pelos povos modernos.

Segundo este systema, a auctoridade judiciaria tem o direito de interrogar o arguido, embora não lhe seja permittido exercer sobre elle qualquer pressão physica ou moral para lhe arrancar a confissão do crime. O interrogatorio apparece como meio de defesa e como meio instructorio. Por elle o arguido pôde indicar todas as circumstancias que demonstrem a sua innocencia, justifiquem o facto incriminado ou attenuem a sua responsabilidade; e delle se aproveita a justiça na instrucção do processo, dando valor á confissão, quando ella exista, mas só no caso de ser acompanhada por outras provas que concorrentemente justifiquem o crime³.

¹ *Dei delitti e delle pene*, pag. 36.

² GAROFALO e CARELLI — *Riforma*, pag. CXXIII.

³ F. HÉLIE, ob. e vol. cit., pag. 699; MADDIA, ob., vol. e log.

Se tivéssemos de nos pronunciar, diríamos que o melhor meio de, neste ponto, respeitar a liberdade individual, seria dar ao arguido a faculdade de fazer as declarações que lhe parecessem convenientes, como acontece na Inglaterra, sem que, aliás, a confissão pudesse ter efeito condemnatorio, quando faltassem outras provas concorrentes e univocas.

A razão por que modificaríamos assim o systema inglês encontra-se nas causas que podem viciar a confissão.

Podemos, com ORESTANO¹, reduzir estas causas a tres grupos — *erro, coacção e suggestão hypnotica*.

Uma falsa percepção pôde levar a um juizo errado, á persuasão da pratica dum crime e, por fim, a uma confissão viciada, sendo facil acontecer que a confissão não passe da allucinação dum louco².

Ao lado do erro apparece o constrangimento sob varias fórmas. A estrategia dum interrogatorio habil, a ameaça dum castigo ou a esperança de salvação, o amor de familia, mil determinativos emfim, podem arrancar uma falsa confissão³.

O mesmo processo por que se obtêm falsos testemunhos, mediante a suggestão, pôde ser empregado para conseguir confissões compromettedoras e falsas⁴. Os hypnologistas apresentam casos de allucinações retro-

cit.; GAROFALO e CARELLI — *Riforma*, log. cit.; NAZARETH, ob. cit., pagg. 178 e segg.; ORESTANO, ob. cit., pagg. 11 a 29; etc.

¹ Ob. cit., pagg. 22 e segg.

² ORESTANO, ob. cit., pag. 22.

³ NAZARETH, ob. e log. cit.

⁴ ALIMENA, ob. cit., tomo II, pag. 157.

activas bastante eloquentes para mostrar a possibilidade de levar um innocente a confessar-se auctor dum crime, que não commetteu ¹.

De tudo que deixamos dicto vê-se que, ou ha de dar-se um valor muito pequeno á confissão do accusado ou considerá-la como causa frequente de erros judiciarios.

3.º *Exames periciaes.* O serviço de peritos no processo criminal representa um progresso notavel das instituições judiciarias, como a organização differenciada duma função indispensavel á boa administração da justiça ².

Póde ser dupla a missão dos peritos, segundo se lhes pede a investigação dos elementos constitutivos do facto criminoso ou a determinação do estado mental do delinquente. A necessidade dos exames periciaes, com este duplo fim, é geralmente reconhecida pelos escriptores de processo penal, já porque muitas vezes depende de conhecimentos technicos a determinação exacta do facto criminoso ³, já porque o exame biopsychologico do delinquente póde ser altamente util para a individualização do seu character e apreciação do seu grão de criminalidade ⁴.

¹ ORESTANO, ob. cit., pagg. 121 e segg.; BERILLON — Relatorio, cit.; CAMPILI — *Il grande ipnotismo e la suggestione ipnotica nei rapporti col diritto penale e civile*. Torino, 1895, pagg. 155 e segg.

² Sr. DR. AFFONSO COSTA — *Os peritos no processo criminal*, n.º 49, pag. 243.

³ MITTERMAIER — *De la preuve*, chap. xxvi; F. HÉLIE, ob. cit., tomo V, pagg. 652 e segg.; PUGLIA — *Manuale di procedura penale*. Napoli, 1890, pag. 121.

⁴ FERRI — *Sociologie criminelle*, pag. 455; LUCHINI — *Elementi di procedura penale* — *Manuali barbera*, xxii, pag. 147.

Discutam outros qual deva ser o valor probatorio das conclusões dos peritos. Da opinião daquelles que os comparam a testemunhas até á dos que lhes dão o valor dum julgamento, o campo é largo para a polemica¹. Diremos só, e pouco, do seu valor objectivo.

A possibilidade, para não dizermos probabilidade de erros, acompanha tambem este meio de investigação judiciaria.

Os exames destinados á investigação dos elementos dum facto, cujo character criminoso se pretende averiguar, recáem sobre vestigios deixados pela pratica desse facto. É por uma autopsia, pela observação do offendido doente, pela inspecção de moedas, documentos, etc., que tem de formar-se opinião, e não só opinião, mas uma especie de julgamento. E as visceras dum cadaver já em dissolução, a variação organica do doente, os elementos de analyse em summa, não poderão induzir em erro? Mas se as difficuldades aqui são grandes, que se não dirá quando o perito, ou collegio de peritos, tiver de fazer a interpretação psychologica do delinquente! Como adivinhar os segredos da sua mente? Bastaria lembrar a lucta travada entre as escolas penaes, classica, positiva e as mais ou menos eclecticas, para se medir a escabrosidade de semelhantes investigações². Com justiça escreve RIBAUDI, o finissimo observador das aberrações da justiça humana, ao concluir a sua obra notavel — *La pena di morte e Gli errori giudiziari*: «A difficuldade de re-

¹ F. HÉLIE, ob. e log. cit., pag. 653; PUGLIA, ob. cit., pag. 124; sr. DR. AFFONSO COSTA, ob. cit., pagg. 243 a 245 e 266.

² Sr. DR. AFFONSO COSTA, ob. cit., pagg. 171 e segg.

conhecer o estado mental do delinquente é uma nova fonte de erros judiciarios»¹. E, com justiça também, o DR. PAULO GARNIER, no congresso de Bruxellas², depois de ter exaltado o exame psýcho-moral do delinquente como uma conquista fecundissima do progresso scientifico, rompe neste rasgo de sinceridade: «mas se é justo reconhecer que o presente vale mais que o passado, dever-se-á concluir que no futuro a justiça esteja ao abrigo de erros lamentaveis?» Em seguida apresenta o illustre relator bem desconsoladoras estatisticas de erros judiciarios, commettidos nos exames medico-legaes feitos para determinar o estado mental dos delinquentes. Em 5 annos (1886-1890) foram condemnados em França, como criminosos, 255 alienados! Porisso reconheça-se aos exames periciaes um valor incontestavel; dellos precisa a justiça nas suas investigações melindrosissimas. Todavia, serão sempre productos duma sciencia fallivel e jámais vaticinios duma revelação incontrastavel.

4.º *Organização do processo.* O processo segue uma evolução adequada ao descobrimento da verdade. Todavia, essa evolução começa pela convergencia de elementos de erroneidade possível, capazes de se integrarem numa solução injusta. Segue-se o debate na esgrima, tantas vezes admiravel, dum duello cheio de theatralidade. Esperava-se muita luz e fizeram-se densas trevas, produziu-se a duvida e a confusão. Vae decidir um jury composto, porventura, de homens muito honestos, mas completamente alheios aos diffi-

¹ GIUSEPPI RIBAUDI, ob. cit. Roma, 1888, pag. 389.

² *Actes*, pag. 164.

ceis problemas da penalidade. O seu veredictum é, pelo menos, grosseiramente empirico. Recorre-se para um tribunal superior, esgota-se toda a hierarchia judicial, e alimenta-se a esperança de que do alto cairá o oraculo da certeza. Mas os tribunales superiores têm deante de si o corpo frio dum processo, e não sentem as palpitações de quem o organizou perante a dramatização viva do crime, podendo, porisso, dar aos factos uma significação que elles não têm. E assim se chega ao caso julgado, que a necessidade social fez considerar como a expressão da verdade — *res judicata pro veritate habetur*, que a evolução juridica explica plenamente, mas contra o qual a mesma evolução creou instituições que, sem o derruirem, o reduzem ao seu verdadeiro valor. É que entre todas as verdades moraes, a mais difficil é a referente aos delictos. O seu proscenio é, em regra, uma plaga isolada, ou, pelo menos, a *soledade* da victima. O scenario deste drama é tecido de trevas, cheio de desconhecido, e a acção, se não se occulta, disfarça-se numa gentileza ou num estreitamento amigo. A traição é irmã gêmea do crime.

A estatistica demonstra, por seu lado, que a maioria dos delinquentes é constituida pela categoria dos desconhecidos. Têm razão, porisso, aquelles que affirmam que a esperança da impunidade é um forte determinativo da delinquencia ¹.

Depois, a pena não é um premio com que se galardoa o perturbador da ordem social, mas um meio de repressão sufficiente para garantir a defesa collectiva.

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 24.

Embora a sua função deva ser inteiramente preventiva¹ e, portanto, extranha a qualquer idéa de reparação ou expiação, é necessario que appareça sempre como uma privação, adequada para imperar no espirito dos delinquentes possiveis como um motivo psicologico, que os desvie da pratica do crime². O sentimentalismo morbido que levasse a tornar appetecivel a pena aos desherdados da fortuna, converter-se-ia num factor da criminalidade³. Emquanto, porém, a pena fôr a privação da liberdade, da familia, da terra patria e até da vida, com a prisão, a penitenciaria, o exilio ou a morte por destino, o delinquente procurará sempre evitá-la, occultar-se no desconhecido, sendo só excepcionalmente que vá entregar-se voluntariamente nos braços da justiça. Esta, em regra, lueta com o desconhecido e, porisso, aventura-se a uma resolução errada.

O criminoso, porém, não se contenta com o isolamento da treva e da traição; transforma muitas vezes em calunnia a energia perversa com que movimentou o instrumento do crime, apontando á opinião publica um innocente como auctor do delicto. A seu lado apparecem os mal intencionados, que, á noticia dum delicto de origem occulta, encontram sempre a quem attribui-lo. Infelizmente, na escumalha da civilização moderna ainda cresce a planta damnninha da calunnia, como meio de vingança calculada. E a calunnia, ser-

¹ DORADO MONTERO — *Problemas jurídicos*, pag. 47.

² ALIMENA, ob. cit., tomo I, pagg. 16 e 374; sr. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*, pag. 288.

³ Sr. FERREIRA AUGUSTO, ob. cit., pagg. 189 e segg.

vida pela opinião publica e divulgada pela imprensa, converte-se numa fonte perigosa de erros judiciais.

É tempo de pôr termo a estas considerações. Todos medem o valor das causas objectivas que difficultam o descobrimento da verdade judiciaria.

b) Mais perigosas do que as causas objectivas são, porventura, as inherentes á pessoa do julgador. Apresentaremos algumas observações comprovativas desta conjectura.

1.º *Prevenção judicial.* «Triste verdade, escreve GIURATI, o espirito humano foi organizado de fórma que sente repugnancia pela verdade, emquanto o seduz perigosamente a falsidade»¹. Este pensamento pessimista dominara já BACON e LA FONTAINE, escrevendo o primeiro que os «homens amam a falsidade, não só pela difficultade de descobrir a verdade, mas por amor da mesma falsidade» e cantando o segundo:

«L'homme est de glace aux vérités

«Il est de feu pour les mensonges»

Não nos deixamos dominar por tão exaggerado pessimismo. Nem o homem é de gelo para a verdade, nem tende para o erro por simples amor do mesmo erro.

O que, porém, está psychologicamente averiguado é que, por virtude duma illusão, duma prevenção mental, o individuo pôde ver os phenomenos do mundo externo como elles realmente não são. Era assim que GALILEU via o movimento diurno nos grandes phenomenos da terra, e que LOUVILLE via o giro da eclipica em todas as observações astronomicas. É o heroe de Cervantes, que toma por gigantes os moinhos de

¹ Ob. cit., pag. 27.

vento e os rebanhos por exercitos belligerantes¹. É o viandante noturno, transido de medo, que vê em cada sombra o vulto dum homem e na menor agitação uma figuração diabolica. É finalmente o julgador, possuido da prevenção de que todo o accusado é reo dum crime. «Basta entrar num tribunal, diz SOREL, para ver que o accusado é tractado pelos magistrados como um ser inferior, que a presumpção de criminoso pesa já sobre elle»². Esta terrivel prevenção manifesta-se visivelmente não só nos modos bruscos com que os juizes tractam os arguidos, mas tambem na estrategia com que procuram obter a confissão do crime, na crença supersticiosa nas accusações, e, sobremaneira no tom apaixonado com que, nas audiencias de jury, é feito o relatorio da causa.

Para lhe evitar os effeitos vão apparecendo propostas no sentido de se conseguir que, para com o accusado, haja o respeito devido á sua categoria juridica³, de se acautelar, como já vimos, o perigo de se empregar qualquer pressão physica ou moral, de os magistrados judiciaes não fazerem tirocinio pela magistratura do ministerio publico, e, finalmente, de se abolir o relatorio presidencial.

É effectivamente no relatorio presidencial que dum modo claro se pôde medir o valor da prevenção judicial. Faremos porisso algumas considerações sobre este ponto.

A Europa continental, ao copiar da organização ju-

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 29; sr. JULIO DE MATTOS, ob. cit., pag. 21.

² SOREL—*La psychologie du juge*. Turin, 1894, pag. 11.

³ SOREL, ob. cit., pag. 12.

diciaria da Inglaterra a instituição do jury¹, apropriou do processo inglês o *resumo* presidencial. Este foi originariamente, naquella paiz, uma allocução feita ao jury pelo juiz, no fim dos debates, o que deu logar a extraordinarios abusos, principalmente em materia politica². Com o tempo a allocução transformou-se no resumo das provas resultantes dos debates, acompanhado das explicações julgadas necessarias para facilitar aos jurados o seu exame e pô-los ao abrigo de todo o erro.

No processo inglês dá-se a particularidade de aquelle resumo ser facultativo, não sendo raro encontrar casos em que os jurados, fechados os debates, declarem que o dispensam³.

Transplantada para o continente, degenerou a instituição, como aconteceu a muitas outras, produzindo os seus máos resultados uma tendencia abolicionista. Obedeceram a esta tendencia, supprimindo o relatorio presidencial, a Belgica⁴, os cantões de Vaude⁵, Genebra⁶, Neuchatel⁷ e a França⁸. Nos demais paizes existe, como entre nós⁹, aquella formalidade de processo.

¹ FERRI — *Sociologie criminelle*, pag. 465.

² MITTERMAIER, ob. cit., pag. 492.

³ MITTERMAIER, ob. cit., pagg. 508 e 509.

⁴ Decreto de 19 de julho de 1831, art. 7.º

⁵ *Codigo do processo penal* de 1 de fevereiro de 1850, artt. 377.º, 379.º, 386.º e 388.º

⁶ *Codigo do processo penal* de 27 de agosto de 1857, art. 92.º

⁷ *Lei do processo penal* de 1 de janeiro de 1862, art. 163.º

⁸ Lei de 19 de junho de 1881.

⁹ *Novissima reforma judiciaria*, art. 1144.º

Largo debate, porém, se tem levantado, e levanta ainda, sobre a sua persistência ou supressão. Invoça-se contra a sua conservação a grande difficuldade de o fazer «conciso, exacto, claro, util, simples, leal, firme e humano» como exige BERRIAT-SAINT-PRIX¹, chegando BONNEVILLE a dizer que «um resumo perfeito é a tarefa mais ardua que pôde impôr-se á intelligencia e á consciencia dum juiz honesto»², e a impossibilidade de o presidente guardar a necessaria imparcialidade, ao resumir a discussão. Intende LUCHINI que o relatorio presidencial só poderia ser imparcial, quando fosse deixada exclusivamente á iniciativa das partes a producção das provas e o juiz presidente representasse um papel passivo e neutral, — «fóra disso a imparcialidade não é mais que uma phrase, um pio desejo»³. Todavia, nem esta neutralidade, que, aliás, não tem realização em legislação alguma, seria penhor de imparcialidade. O juiz poderá ser extranho á producção das provas, mas o que não poderá nunca, é deixar de as apreciar e, apreciando-as, formar opinião e, formando opinião, manifestá-la no seu relatorio.

Entre nós tambem foi levantada a questão e proposta, senão a abolição completa do relatorio presidencial, pelo menos a sua substituição por esclarecimentos prestados aos jurados sobre qualquer duvida que por elles fosse apresentada ao juiz, sem que este pudesse dar a conhecer a sua opinião. Era neste sen-

¹ Cit. por MANDUCA — *La procedura penale*, pag. 165.

² *De l'amélioration de la loi criminelle*, vol. I, cap. x e segg.

³ LUCHINI, ob. cit., pag. 335.

tido a proposta de lei apresentada nas sessões da camara dos senhores deputados de 9 de janeiro e 17 de julho de 1861 pelo então ministro da justiça Alberto Moraes de Carvalho ¹.

A doutrina da proposta foi defendida por NAZARETH, pela razão de «os relatorios terem degenerado ordinariamente em discursos parciaes contra os accusados, a despeito da imparcialidade tão recommendada pela lei ². O abuso foi sentido pelo sr. NAVARRO DE PAIVA, ao organizar o «Projecto de codigo de processo criminal», que procurou evitá-lo, concedendo ao magistrado do ministerio publico a faculdade de, findo o relatorio, pedir licença para fazer as observações que julgasse convenientes sobre a exposição dalgum facto que lhe parecesse ter sido feita com menos exactidão ³. Esta disposição ponderadora desapareceu dos projectos de 1882 e 1886, já porque «era uma necessidade impreterivel fazer ouvir no recinto da justiça uma voz grave e placida em seguida ao ardor dos debates» ⁴, já porque «a possibilidade do abuso não pôde servir de argumento para condemnar um preceito, de cuja exacta e religiosa observancia podem advir beneficos resultados» ⁵, contentando-se com recommendar ao juiz, clareza, precisão e imparcialidade ⁶. Por estas ou outras razões, continua a vigorar o art. 1144.º da *Novissima reforma judiciaria*.

¹ *Diario do governo*, n.º 159, de 1861, pagg. 1848 e 1849.

² NAZARETH, ob. cit., pag. 279.

³ *Exposição de motivos*, pagg. xxx e xxxi e artt. 585.º a 590.º

⁴ *Motivos do terceiro projecto*, pag. 62.

⁵ *Motivos do segundo projecto*, pag. 50.

⁶ *Segundo projecto*, art. 304.º; *Terceiro projecto*, art. 341.º

Seja-nos desculpada a digressão, mas julgamos que a prevenção judicial domina muito nos nossos tribunaes, que ella é fonte permanente de erros judiciarios, e que a polemica sobre a conservação ou abolição do relatorio presidencial é bastante eloquente para a demonstrar. A parcialidade do juiz é quasi fatal, e esta fatalidade raras vezes é a favor dos accusados. Assim o confessa o sr. NAVARRO DE PAIVA: «O abuso commettido por alguns juizes que, esquecidos da sua missão, não duvidam converter-se em accusadores e, o que é mais raro, em defensores dos accusados, tem levado alguns espiritos esclarecidos a prescrever os relatorios»¹. Nós apenas apresentamos o facto e lhe damos a importancia que elle deve ter na etiologia do erro judiciario. Dada, porém, a prevenção judicial por elle traduzida, o relatorio presidencial, de perigoso, como lhe chama PESSINA, transforma-se em pouco juridico e pouco serio, como o qualifica FILIPPE MANDUCA².

2.º *Prejuizos sociaes.* Os prejuizos sociaes, além de constituirem um poderoso obstaculo ao desenvolvimento da solidariedade humana, apparecem como manancial fecundo de erros judiciarios. E quanto podem os prejuizos dentro dos tribunaes monstrem-no:

a) *O homicidio ritual.* Em plena idade media persuadiram-se os povos de que os judeus amassavam o pão paschal com sangue de christãos. A phantasia popular deu vulto á crendice originaria, e «do seculo XIII em diante, escreve GIURATI, não houve paiz na

¹ *Motivos do primeiro projecto*, pagg. xxx e xxxi; MADDIA, ob. cit., tomo II, pag. 87; PUGLIA, ob. cit., pagg. 462 e segg.

² Ob. cit., pagg. 165 e segg.

Europa, onde se não acreditasse que o rito mosaico preceituava aos judeus confeccionar o pão azymo com sangue christão». Em vão a lei mosaica estabelecia e repetia a prohibição do sangue; o erro humano foi mais forte do que todas as razões em contrario — o *homicídio ritual tornou-se um oraculo de fé judiciaria*¹. Esta fé teve a sua comprovação na tortura e a sua glorificação na fogueira. O prejuizo invadiu os tribunaes, transformando-se num confluente apreciavel da fonte subjectiva dos erros judiciaes². Póde calcular-se, porventura, o valor deste prejuizo, comparando-o com o que se passou em Lisboa em 30 de julho de 1895. Referimo-nos ao pretendido rapto de creanças. Todos se recordam de como a suggestão popular revestiu todos os caracteres dum prejuizo selvagem e produziu o attentado cruel que Lisboa presenciou.

Dirão talvez que os prejuizos populares são grosseiros demais para entrar a porta dos tribunaes. A historia, porém, desfaz todas as illusões. Os tribunaes acreditaram na acção miraculosa das ordalias, deram fé ás confissões arrancadas pela torquez do supplicio, ouviram e ouvem com respeito as decisões soberanas, proferidas pela maioria dum grupo de homens escolhidos á sorte dentre cidadãos quasi analphabetos. É que os juizes não são, como ninguem é, superiores ao seu tempo.

Parece até que os tribunaes têm chegado a perder o senso commum, como se vê dos

β) *Processos dos animacs*. Todos conhecem a historia

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 55.

² Auctor e ob. cit.; RIBAUDI, ob. cit., pagg. 127 e segg.

absurda dos processos dos animaes. Os cães, as cabras, os gallos, foram accusados, sentenciados e supplicados. A Italia, a França, a Inglaterra, a Hespanha e Portugal ahi estão para o testemunhar ¹. E não foram só os seculos idos que presencaram semelhantes espectaculos. Ainda o seculo XIX, o tão apregoado seculo das luzes, offereceu exemplos edificantes de administração da justiça aos animaes ².

E o que é notavel, é que o espirito humano, no intuito de justiça os animaes, foi além de todos os excessos de ridiculo. «Reis, imperadores e papas, escreve GIURATI, dictaram leis para perseguir, com o direito penal na mão, os animaes criminosos, e os magistrados destillaram theorias para infligir tormentos e condemnações de morte contra os pobres irracionaes, que não fizeram mais do que seguir o proprio instincto. Mas não ficaram por ahi. Estudaram ULPIANO, PAPINIANO, SCEVOLA e MODESTINO, os textos profanos e os sagrados para applicar aos animaes o direito canonico ou direito civil, consoante os casos» ³.

Sem procurarmos o fundamento desta aberração historica, como têm feito PERTILE, LESSONA, LEJEUNE, DU BOYS, ORTOLAN, ADDOSIO e GIURATI ⁴, limitamo-nos a apresentar o facto, que é proprio para fazer tremer deante dos juizos dos homens. E até onde pôde chegar

¹ GIURATI, ob. cit., pagg. 79 e segg.

² CARLO D'ADDOSIO — *Bestie delinquente*. Napoli, 1892.

³ GIURATI, ob. cit., pag. 78.

⁴ ADDOSIO, ob. cit., pagg. 233 e segg.; GIURATI, ob. cit., pagg. 80 e 81.

o seu absurdo ainda no-lo mostra o modo como têm sido tractados os

γ) *Crimes das multidões*. A punição destes crimes tem sido effectuada por meio de systemas de incrível sem-razão.

Começou pela condemnação, em massa, por um systema absurdo de responsabilidade collectiva, em que se confundia o innocente com o criminoso ¹.

Era uma enormidade á turca, que recorda a theoria selvagem de Aladino:

*Pur che il reo non si salvi, il giusto pera
E l'innocente*²...

Depois da condemnação em massa veio a dizimação preferida pelos juizos militares. «Desfilando ao acaso os amotinados, diz GIURATI, era fuzilado o que vinha em decimo logar, tocasse a quem tocasse. Em certo modo, continua, peorou o methodo de ALADINO, pois podia morrer o innocente e escapar o criminoso» ³.

A condemnação em massa e a dizimação, que constituem como que duas phases dum periodo barbaro da penalidade das multidões, mostram a que ponto podem chegar as aberrações dos tribunaes.

Não acabou, porém, com a dizimação a possibilidade de erros judiciarios na punição desta especie de delictos.

Á dizimação seguiu-se um systema menos empirico,

¹ SIGHELE — *La folla delinquente*. Torino, 1895, pagg. 110 e segg. e GIURATI, ob. cit., pag. 87.

² TASSO — *Canto II*, st. 12.

³ Ob. cit., pag. 87; SIGHELE — *La folla delinquente*, pagg. 23 e segg.

o da distincção entre a *massa* e os *chefes*, propugnado por ANTON MATTEI¹ e por BRISSOT², systema que faz recaír a responsabilidade sobre os auctores ou provocadores do tumulto que occasiona o delicto.

«A doutrina seria boa, notam GIURATI³ e SIGHELE⁴, se praticamente não confinasse com a de Caifás, o summo sacerdote dos phariseus, quando dizia que era necessario que algum morresse por todos: *neesse est ut unus moriatur pro populo*»⁵.

As legislações modernas fugiram á difficuldade de determinar quaes seriam os chefes, acceitando, em geral, o principio de punir todos os amotinados, embora aggravem a situação dos provocadores ou directores do tumulto, como fazem, por exemplo, os codigos penaes portuguez e italiano⁶.

Semelhante systema é uma sobrevivencia incomprehenhivel do velho principio da condemnação em massa. Esta sobrevivencia tem, porém, uma explicação dentro da escola penal classica, á luz da qual foram organizadas as modernas legislações penaes. Desde que o crime era antes uma entidade juridica, uma transgressão, que uma acção determinada por motivos de diferentes ordens, não se tractava de cogitar se os delictos das multidões deviam ser punidos de modo diverso dos dos individuos.

A escola positiva procurou, porisso, remediar o em-

¹ SIGHELE, ob. cit., pag. 24; GIURATI, ob. cit., pag. 88.

² BRISSOT — *Lois criminelles*, vol. I, pag. 315.

³ GIURATI, ob. cit., pag. 88.

⁴ SIGHELE, ob. cit., pag. 26.

⁵ S. João, cap. XI, v. 50.

⁶ *Codigo penal portuguez*, art. 179 e §§; *Italiano*, 189-193.

pirismo das legislações, formulando uma theoria scientifica da responsabilidade proveniente dos delictos das multidões.

O primeiro ensaio nesse sentido foi feito por PUGLIESE, num opusculo intitulado — *Del delitto collettivo* ¹.

O auctor concluia o seu trabalho sustentando a theoria da *semi-responsabilidade* daquelles que commettessem um crime arrastados pelo impeto duma multidão ². «Quando é uma multidão que se revolta, dizia elle, o individuo não procede como tal, mas como pequena gota na grande torrente, e o braço com que fere é um instrumento inconsciente».

A theoria da semi-responsabilidade era symetrica de mais para merecer a approvação da escola e, porisso, foi julgada como um expediente transitorio para, dalgum modo, tornar menos absurda a applicação da lei penal vigente. «Mas, scientificamente, escreve SIGHELE, a semi-responsabilidade é um absurdo, sobre tudo para nós positivistas, que sustentamos que todo o homem é sempre inteiramente responsavel por todos os seus actos» ³. Um pouco adeante accrescenta que o absurdo se manifesta ainda na possibilidade de confundir, com

¹ PUGLIESE — *Del delitto collettivo*. Trani, 1887.

² O *codigo sardo* de 20 de novembro de 1859, estendido a toda a Italia em 1865, estabelecia no art. 95.º uma circumstancia excusatoria chamada — *força semi-irresistivel*. Foi para tractar os crimes das multidões dum modo particular, harmonizando dalguma fórma as theorias da escola positiva com a lei vigente, que PUGLIESE formulou a theoria da semi-responsabilidade, que não seria mais que um expediente conciliatorio. SIGHELE, ob. cit., pagg. 25 e seg., 141, 142 e 222.

³ SIGHELE, ob. cit., pag. 28.

aquella theoria, os delinquentes natos com os delinquentes por paixão. Todavia, na primeira edição da sua obra adheria á fórmula de PUGLIESE, por não encontrar outra melhor ¹.

Em 1891 sustentou, porém, GAROFALO que era possível harmonizar a doutrina de SIGHELE, enquanto pretende distinguir, nas multidões delinquentes, os criminosos natos dos criminosos de ocasião, com a lei vigente, applicando a pena em todo o seu rigor aos primeiros e attenuando-a em relação aos segundos ². SIGHELE subscreve esta doutrina, embora manifeste o receio de que os juizes a não applicuem, por a lei não fazer distincção alguma ³.

Esta a doutrina provisoria da escola. De doutrina definitiva ha apenas algumas tentativas mal definidas. SIGHELE, depois de estudar a psychologia das multidões e de mostrar que a sua mentabilidade é extraordinariamente inferior, por virtude da heterogeneidade e falta de unidade organica, que nelles existem ⁴, e ainda depois de dizer que falar de delictos das multidões é falar dos seus delictos improvisados e não dos premeditados ⁵, estabeleceu um certo paralelo entre a multidão delinquente e o criminoso de ocasião ⁶.

Desta comparação derivou o corollario que aquelle que commettia um delicto, arrastado pela multidão,

¹ SIGHELE, ob. cit., pag. 142.

² *Tribuna giudiziaria*, agosto de 1891.

³ SIGHELE, ob. cit., pag. 143.

⁴ Ob. cit., pagg. 1 a 19.

⁵ Ibid., pag. 139.

⁶ SIGHELE — *La teoria positiva della complicità*. Torino, 1894, pagg. 125 a 127; *La folla delinquente*, pagg. 128 e segg.

era sempre responsavel¹. Mas deve-lo-ia ser em todos os casos como um criminoso de occasião? O auctor reconhece a impossibilidade de estabelecer uma norma absoluta, porisso que na multidão delinquente pôde haver criminosos de todas as especies, e termina por esta conclusão tão vaga como indeterminada: «A escola positiva, em summa, vê, reconhece e examina pacientemente as infinitas causas dos delictos das multidões: tudo lhe serve para poder julgar com maior competencia; mas não tem a vaidade de querer derivar do estudo destas causas uma conclusão tão exacta, que abranja todos os casos»².

Todavia, a doutrina de SIGHELE levava naturalmente a uma conclusão mais terminante, como elle mesmo insinua³, qual era a de tractar o delinquente, segundo a sua categoria anthropologica. E então adviriam todas as difficuldades da classificação typica dos delinquentes.

Não é mais precisa a tentativa ensaiada por TARDE nos seus trabalhos sobre o assumpto⁴. TARDE reconhece, como SIGHELE, a inferioridade psychologica das multidões e distingue os instigadores dos instigados — *meneurs et menés*⁵ —, distincção que SIGHELE tambem faz sua⁶, para determinar a sua responsabilidade,

¹ *La folla delinquente*, pag. 128.

² Ob. cit., pag. 141.

³ Ob. cit., pag. 141.

⁴ *Philosophie pénale*, pagg. 323 e segg.; *Revue philosophique*, novembro, 1891; *Les crimes des foules (Actes du congrès de Bruxelles)*, pagg. 73 e segg. e 371 e segg.); *Revue des deux mondes*, novembro, 1893, pagg. 349 e segg.

⁵ *Revue des deux mondes*, log. cit., pag. 356.

⁶ Ob. cit., pag. 133, nota 2.^a

e parece chegar, simplesmente, a esta vaga conclusão: — só deve punir-se quando o exigir a temibilidade do agente ou o perigo da imitação¹. De fôrma que nenhum principio de novo alcance offerece a doutrina de TARDE relativamente á responsabilidade dos crimes das multidões.

Ultimamente tractou de leve a questão BERNARDINO ALIMENA, o qual se limitou a relacionar o assumpto com os seus principios penaes, declarando que o delicto colectivo merece, na maioria dos casos, uma verdadeira excusa, que só deixará de ser applicada quando o comportamento anterior do accusado a não justifique, e a aproveitar de TARDE a distincção entre instigadores e instigados, para, sendo possivel verificá-la, graduar por ella a responsabilidade².

Como se vê, nenhum destes escriptores tem querido arriscar uma doutrina precisa, contentando-se todos com indicações vagas. Podemos dizer com DORADO MONTERO que, apesar das suas doutrinas, a função judiciaria penal continuará neste ponto tão indeterminada como até aqui, e os juizes e os tribunaes não farão mais do que dar «passos de cego»³, o que evidentemente tem de ser aproveitado na etiologia do erro judiciario.

Mais arrojado e terminante foi DOMENICO GIURATI, que se deeide por esta maxima de Napoleão: «*les crimes de la foule n'engagent personne*» e conclue: «Tudo quanto de diverso se fizer, prescinde da investigação

¹ *Actes du troisième congrès*, pag. 90.

² ALIMENA, ob. cit., tom. II, pagg. 190 e 191.

³ *Problemas jurídicos contemporaneos*, pag. 143.

do elemento ontologico, é um erro judiciario, que se confunde nas suas origens e nos seus effectos com as condemnações dos animaes; forças brutas, forças inconscientes — aquellas e estas»¹.

De facto, a irresponsabilidade dos crimes das multidões é um corollario logico da sua natureza psychologica. Não é preciso comparar a sua força com a força bruta dos animaes, mas basta attender ao irresistivel poder suggestivo duma paixão ardente, suscitada pela grandeza da dôr ou pela tyrannia da oppressão, para comprehender a necessidade de prevenir os movimentos das multidões e a semrazão de os punir. Depois, a justiça depara com obstaculos invenciveis ao determinar a perversidade dos pretendidos criminosos, e porisso só pôde usar de criterios estabelecidos *à priori*, arriscando julgamentos perigosos, dando passos de cego, commettendo erros judicarios.

Não quer isto dizer que se não punam aquelles que se aproveitam do movimento turbilionario da multidão para dar largas á sua perversidade. Se isso se demonstrar punam-se rigorosamente semelhantes criminosos, pois os seus delictos não são das multidões, são puramente individuaes.

Conclusão, se se não quer que os tribunaes continuem o velho empirismo na punição dos crimes das multidões, commettendo grosseiros erros judicarios, reconheça-se, em principio, a irresponsabilidade por estes delictos.

ð) *As superstições.* A superstição é uma affecção morbida do estado social, que pôde desencadear-se na mais

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 103.

terrível perseguição. Indifferente emquanto representa uma criação mystica cum espirito doente, volve-se num flagello social, quando apparece como o mal endemico duma epoca.

A historia das perseguições religiosas e politicas é bastante eloquente para o demonstrar. E o eco da superstição nos tribunaes de justiça é uma causa perigosa de erros judicarios. Os exaggeros da inquisição e as condemnações por motivos politicos, são a prova evidente de que o juiz não é imperturbavel como o justo de Horacio, que permaneceria impavido perante o desmoronamento do orbe, ao ficar esmagado sob as suas ruinas,

*«Si fractus illabitur orbis
Impavidum ferient ruinae»* ¹.

nem pôde, como o sabio de Virgilio, ver com frieza stoica todos os acontecimentos humanos, pondo toda a sua felicidade em conhecer o encadeamento causal desses acontecimentos

Felix qui potuit rerum cognoscere causas ².

O julgador não se desliga dos laços que o prendem á vida, não deixa de respirar no ambiente em que se criam os prejuizos e, porisso, quando o erro é commum, o julgador não lhe escapa. Com o erro, que representa o eco judicial da superstição ou do fanatismo, relaciona-se o erro como o eco judicial da

ε) *Opinião publica*. A opinião publica, comparada por VOLTAIRE a um estrepito de mil rumores, considerada por BENTHAM como uma palavra suspeita, estigmati-

¹ *Horatius Flacus* — *Odes*, lib. III, 3.

² *VIRGILIUS MARO* — *Giorgicas*, IV ver. 490.

zada por BIZIO como a irresponsabilidade da denuncia calumniosa e banida por ELLERO do numero das provas¹, pela rapidez com que se fórma, pela facilidade com que se desnatura e transtorna, tanto pôde propalar a verdade como divulgar a mentira. Os tribunaes obedecem-lhe muitas vezes, sendo numerosos os casos de julgamentos errados, determinados pela opinião publica. Mas os desvarios da opinião publica todos os conhecem, e porisso seria ocioso demorar-nos sobre o assumpto. É bastante enumerá-la entre as causas do erro judiciario.

Seria facil continuar a apontar causas dos erros que difficultam a missão dos tribunaes. Temos, porém, necessidade de proseguir, limitando-nos a este esboço tão rapido como imperfeito. Não tivemos a pretensão de fazer um estudo completo, mas simplesmente mostrar que o erro judiciario é mais frequente do que geralmente se pensa.

4. Indicada, embora imperfeitamente, a etiologia do erro judiciario, vamos, muito syntheticamente, estudar a sua manifestação nas fórmas evolutivas do processo criminal.

Imitaremos TARDE, que, sem especializar povos nem fixar datas, mas tomando toda a humanidade, na sua evolução, como campo de observação positiva e de verificação experimental, abrangeu numa admiravel vista de conjuncto toda a historia judiciaria penal.

Para o illustre criminalista francês são quatro as phases geraes da evolução penal, caracterizadas pela

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 130 e segg.

natureza da prova principal em cada uma dellas. Para empregar esta prova vem uma fórma de processo adequado ¹.

Numa primeira phase, a pena foi *expiatoria*, a prova foi a *ordalia*, e o processo foi *accusatorio*.

Na phase immediata a pena é *intimidativa* e *exemplar*, a prova é a *tortura*, e o processo o *inquisitorio*.

Na terceira phase a pena é *correccional*, a prova é a *consciencia do jury*, e o processo é *mixto* nos paizes continentaes.

Na quarta, finalmente, o que será a pena, a prova e o processo? TARDE diz que a pena será *sanitaria*, e nós diremos que ella será *preventiva* e *educadora*. A prova será a *arbitragem scientifica*, e o processo um systema ritologico capaz de manter o equilibrio entre os direitos individuaes e o interesse collectivo e cujo resultado se aproxime o mais possivel desta fórmula de TARDE: «A cada um segundo a sua perversidade» ². O processo penal propôr-se-á, porisso, o duplo fim de garantir a innocencia e individualizar a pena, o mais possivel, pela determinação da criminalidade do delinquente.

Ainda com TARDE, notaremos que não pretendemos que o encadeamento destas quatro phases, embora irreversivel, seja invariavel. Póde faltar ou ser substituido um dos anneis da cadeia, bem como póde acontecer que esta tenha sido precedida de momentos mais antigos e que se prolongue para além do ultimo ³. E

¹ *Philosophie pénale*, pagg. 427 e segg. e principalmente pagg. 432 a 436 e 488.

² Ob. cit., pag. 502.

³ Ob. cit., pag. 489.

isto porque nos não propomos fazer um estudo completo da evolução do processo penal, mas simplesmente mostrar que, qualquer que seja a sua fôrma, é seu triste apanagio o erro judiciario. E, feita esta consideração, prosigamos.

a) No seu periodo embryonario, a justiça punitiva era abandonada, quasi por completo, á vindicta particular, como acima dissemos. Foi por uma derivação muito lenta, mas sempre progressiva, que a solidariedade social despertou a necessidade de coarctar as violencias individuaes, intervindo o estado na resolução das pendencias entre os particulares. Mas qual é a natureza desta intervenção? É corrente que esta intervenção revestia o character duma especie de arbitragem, destinada a regular o combate entre os particulares¹.

O conflicto era resolvido de modo semelhante ao que se passava na phase anterior, simplesmente entre particulares. Assim o diz LETOURNEAU na synthese final do seu trabalho sobre a evolução juridica: «Ainda que o direito de justiça fosse tirado aos particulares, o processo traduzia, o mais exactamente possivel, a serie de actos primitivamente executados pelos individuos em conflicto»². É o duello sanguinolento e desigual que se regulariza pela intervenção do estado.

Como verificar, porém, a culpabilidade do auctor do crime neste processo rudimentar? Sobrelevava a todos os meios de prova a *ordalia*, juizo de Deus. Da

¹ SUMMER MAINE, ob. cit., pag. 354.

² *L'évolution juridique*, pag. 497.

mesma fôrma que se consultava a divindade, por meio dos augures, dos oráculos e dos sacrificios, para prever o destino dos povos ou a sorte das batalhas, assim se provocava o seu juízo sobre a culpabilidade ou inocencia de um acusado, por meio do ferro em brasa, da agua a ferver, das cartas, dos dados, do duello judiciario, etc., como outras tantas revelações divinas. A innocencia era miraculosamente defendida pela mão potente do sobrenatural, manifestando-se a culpa na falta de resistencia á barbaridade da prova ou no azar do meio divinatório¹. «Estas provas, escreve RIBAUDI, incertas e perigosissimas, podiam converter todos os acusados suspeitos em outros tantos culpados»². O seu resultado não podia ser outro senão myriades de erros judiciarios.

b) O progresso social eliminou as ordalias, com as quaes — *Deus tentari videtur*³, substituindo-se ao accusatorio o processo inquisitorio. Todavia, a superstição da força, que tamanho imperio exerceu no mundo medieval, dominou o processo criminal pela *tortura*, transformando-a na sua prova caracteristica, a qual foi mantida, por um enorme poder de tradição, até ao fim do seculo XVIII, como meio de obter a confissão do reo, a rainha das provas legaes⁴.

A tortura tingiu de sangue innocente a historia judiciaria duns poucos de seculos, enchendo-a de milhares de erros judiciarios. «Por seis seculos, diz RIBAUDI, a

¹ TARDE, ob. cit., pag. 433.

² RIBAUDI, ob. cit., pag. 125.

³ DECRETAL, liv. V, tit. xxxv, capp. I e III.

⁴ TARDE, ob. cit., pag. 434.

administração da justiça foi uma nova carnificina de innocentes»¹.

A historia, cansada de tantas injustiças e animada dum novo espirito, procurou substituir esta fôrma de processo por outra que melhor traduzisse as necessidades da epoca e as indicações do sentimento e da razão. E assim, o fim do seculo XVIII assistiu ao apparecimento do processo mixto.

e) Esta fôrma de processo aproveitou do inquisitorio a instrucção secreta, e do accusatorio o debate solemne perante o jury. Offerecerá a nova combinação garantias seguras contra o erro judiciario? Encaremo-la nos seus elementos fundamentaes — a instrucção secreta e o julgamento pelo jury.

Os vicios de que póde infermar uma instrucção secreta já ninguem os desconhece. Architecta-se sobre uma denuncia, muitas vezes anonyma, um longo processo contra um individuo suspeito dum crime, sem que elle seja ouvido, a não ser em proveito da accusação, e sem que, portanto, possa apresentar, desde o principio, meios de defeza que contrabalancem as conclusões que o prejudicam. Daqui a origem da bem conhecida polemica entre os processalistas sobre a manutenção ou acabamento do segredo na phase instructoria do processo criminal.

Assim como o processo mixto é uma combinação infeliz de dois typos de processo tão differentes; assim

¹ Ob. cit., pag. 128. Este notavel escriptor fez uma larga re-
senha dos erros judiciaes que mais se evidenciaram no pe-
riodo do processo inquisitorio. É interessante e cheio de
curiosidade o seu trabalho, pois encerra a demonstração por
factos das affirmações que vamos fazendo. Vid. pagg. 129 a 219.

tambem apparecem duas escolas radicaes, que apresentam doutrinas diametralmente oppostas sobre a questão. Pretende uma a mais completa oralidade e publicidade em todos os actos do processo, e sustenta a outra o mais completo segredo até ao julgamento¹.

A primeira baseia-se na presumpção da innocencia do accusado até que uma sentença definitiva julgue o contrario, funda-se a segunda na presumpção da sua criminalidade.

Estas escolas não merecem hoje discussão. Entre ellas appareceram as escolas intermediarias, que representam uma transacção entre o segredo e a publicidade. «Os escriptores serios, dizem GAROFALO e CARELLI, não affectos da monomania revolucionaria nem da epilepsia radical, concordam todos em affirmar que *um certo segredo* é necessario na instrucção preparatoria, e que deve ser concedida uma *certa publicidade* para que o arguido possa defender-se ou provar a sua innocencia antes do julgamento². Não referiremos os systemas propostos para effectuar esta transacção, por que isso levar-nos-ia longe. Lembraremos só que o processo criminal deve satisfazer á condição suprema da harmonia entre os direitos individuaes e o interesse colectivo, e, porisso, intendemos que um systema de bem entendida publicidade relativa é o unico meio de acautelar os direitos do arguido. O segredo na instrucção preparatoria só serviria para crear surpresas ao accusado, que elle muitas vezes já não poderia re-

¹ GAROFALO e CARELLI — *Riforma della procedura penale in Italia*, pagg. CCXI e segg.

² Ob. cit., pag. 249.

mediar e que facilmente conduziriam a um erro judiciario.

Só pela publicidade relativa se póde harmonizar a imputação de criminoso do arguido com a sua possivel innocencia ¹.

Passando da instrucção ao julgamento, a causa vae ser decidida por um jury popular, que resolve soberanamente em nome da sua consciencia. Foi a anglo-manian revolucionaria que trouxe para o continente a instituição do jury, e foi a «fé optimista na infalibilidade da razão individual, do senso commum e do instincto natural» ² que o fez considerar como um oraculo de certeza judiciaria. A experiencia, porém, encarregou-se de transformar aquella fé na mais completa descrença e a admiração pelo jury nos mais rudes ataques á sua conservação no organismo judiciario. Nesta cruzada contra o jury entram os mais notaveis criminalistas do nosso tempo, sendo unisono o seu clamor quando affirmam que, entregar-lhe o julgamento das causas crimes, é pôr ao serviço da mais difficil e melindrosa função judiciaria a mais reconhecida incompetencia.

Mas a criminologia moderna já proferiu o seu *veredictum* contra o jury. Basta-nos notar que, se se lhe dirigem ataques, é porque o erro judiciario é o vicio frequente do seu veredicto ³.

¹ Póde ver-se sobre este ponto, além doutros trabalhos, os citados a pag. 16, nota 10.^a

² *Philosophie pénale*, pagg. 441 e segg.

³ São muitissimos os trabalhos sobre esta importantissima questão. Todavia, para conhecer o estado actual da sciencia bastará ler: FERRI — *Sociologie criminelle*, pagg. 459 e segg.;

E foi porque o processo mixto deu resultados contrarios aos que se esperavam, que têm apparecido as tendencias reformadoras no sentido de introduzir uma certa publicidade na instrucção do processo e de substituir o jury popular. E porisso diremos alguma coisa sobre a possibilidade do erro judiciario nas reformas do processo criminal.

d) Quando, no principio deste capitulo, nos referiamos ao movimento reformador no processo criminal, avançamos que, por maior que fosse o seu alcance, nunca poderia destruir o erro judiciario. Agora já temos elementos de demonstração. As causas objectivas e subjectivas, que apontamos como obstaculos á investigação judiciaria, não são especiaes desta ou daquella fórma de processo, mas communs a qualquer dellas. E se os systemas tradicionaes de processo criminal podiam dar occasião a aberrações judiciaes, dellas não é exempto o systema que se propõe succeder-lhes.

Não se póde dizer desde já qual será a definitiva organização futura do processo criminal. Todavia, póde divisar-se, atravez da confusão de idéas que reina sobre o assumpto, o plano geral da reforma. Num systema repressivo racional a pena será sempre um meio de defesa inteiramente preventiva e, quando possível, um meio de educação¹. Logo a administração da justiça penal deixará de ter um fim odioso de perseguição pela imposição dum mal, como diz DORADO², para

GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 387 e segg.; TARDE — *Philosophie pénale*, pagg. 443 e segg.

¹ LETOURNEAU — *Evolution juridique*, pag. 511.

² *Problemas jurídicos contemporaneos*, pagg. 45 e segg.

se transformar num systema de instituições destinadas a tornar effectiva a função da penalidade, como meio de conseguir a maxima defesa social com o minimo soffrimento individual ¹.

O producto natural desta concepção da justiça penal será, porventura, a suppressão do contradictorio no processo criminal, como prevê o citado escriptor DORADO MONTERO. «O juizo penal, escreve, deixará de ser um juizo contradictorio, uma verdadeira palestra, que parece inventada para embaralhar e entenebrececer a justiça, em vez de a illustrar... A intervenção do advogado nos juizos penaes será inteiramente desnecessaria; o accusado não precisará de defender-se, visto que ninguem o ataca» ².

A prova não será um artificio de accusação ou uma estrategia de defesa, mas simplesmente a sciencia do crime e do criminoso, e o julgamento, por fim, uma especie de arbitragem scientifica sobre o destino a dar ao arguido em face do conhecimento profundo da variação pessoal do seu character, revelado pelo estudo consciencioso do delicto com todas as circumstancias que acompanharam a sua producção. O julgamento, porém, não ultimarà a função da justiça penal, mas proferirá apenas uma sentença indeterminada sujeita a revisões posteriores ³.

Ora basta aproximar a suppressão do contradictorio

¹ GUYAU — *D'une morale sans sanction ni obligation*, pag. 211.

² Ob. cit., pagg. 50 e 51. EMILIO BRUSA — *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale*. Torino, 1887, pagg. 7 e 8.

³ HAMEL — *Scuola positiva*, 1893, pagg. 945 e segg.

da tão commum prevenção judicial, ponderar as mil difficuldades dos exames periciaes e da organização de tribunaes de sociologos criminalistas, competentes para individualizar a pena como meio de defesa adequado ao delinquente, e medir o melindre do principio da pena indeterminada, para se comprehender que a justiça penal futura ficará muito longe da impecabilidade. E é notavel que o mesmo espirito reformador prevê esta peccabilidade, propondo meios de atenuar, descobrir e remediar os erros da justiça. A sentença indeterminada, de que tractaremos adiante, é um meio de tornar menos perigosa a fallibilidade da justiça; a revisão, o processo de descobrir essa fallibilidade; e a reparação, o meio de a remediar. Estudando, porisso, a revisão e a reparação no processo criminal, julgamos dirigir as nossas attenções para um capitulo importante do direito judiciario penal.

5. A possibilidade de erros no veredicto dos tribunaes criminaes determinou o apparecimento de instituições destinadas a descobri-los para os remediar. Uma dessas instituições é a — *revisão*.

Segundo o conceito tradicional, a revisão é um recurso extraordinario, pelo qual se examina de novo, por causa dum erro de facto, um processo já ultimado por sentença passada em julgado¹.

GIUSEPPE ORANO², dividindo em *preventivos e repa-*

¹ ORTOLAN — *Eléments de droit pénal*. Paris, 1886, tomo II, pagg. 624 e segg.; GARRAUD — *Précis de droit criminel*. Paris, 1895, pagg. 777 e segg.

² *Sulla revisione dei giudicati penali*. Roma, 1888, pagg. 17 e segg.

ratorios os institutos destinados a conjurar os erros judicarios, colloca na classe dos preventivos os grãos de jurisdicção e a cassação, e na classe dos reparatorios a graça soberana e a revisão. E, effectivamente, segundo a theoria do processo penal reinante, a revisão é um verdadeiro instituto reparatorio. Por elle reentrega-se á liberdade e a todos os seus direitos aquelle que um erro da justiça havia sacrificado.

É, portanto, da natureza da revisão constituir um meio reparatorio do erro judicario, sendo seus extremos:

- 1.º — Uma sentença definitiva;
- 2.º — Um erro de facto.

Na reorganização scientifica do processo criminal, a revisão deixará de ser um simples instituto reparatorio. Como a seu tempo veremos, a sentença indeterminada é uma das reformas reclamadas pelo progresso da sociologia criminal, e a sentença indeterminada suppõe necessariamente revisões successivas, mais ou menos periodicas, que asseguram a sua justa execução. Ora, neste caso, a revisão nem é um meio extraordinario nem um meio reparatorio, mas um processo preventivo e commum de tornar effectiva a função judiciara penal.

Quanto aos extremos do recurso de revisão na actual organização do processo criminal, egualmente convém fazer algumas observações.

A existencia duma sentença definitiva ficará constituindo uma condição do processo revisorio, pela simples razão de que este, ainda mesmo quando empregado como meio de effectuar o principio da pena indeterminada, suppõe acabada ou suspensa,

durante certo periodo, a acção judicial. Numa palavra, a revisão só poderá ter logar quando esteja em execução ou possa executar-se a sentença que pôs fim ao processo que deve ser de novo examinado.

Esta condição do processo revisorio conduz-nos muito naturalmente a referir uma questão tractada pelos processualistas que estudam o assumpto ¹. É a questão das relações entre a revisão e o caso julgado. Examiná-la-emos muito rapidamente nos dois aspectos que ella offerece, isto é, a justificação scientifica do caso julgado e a conveniencia de o alterar por meio da revisão.

Dividem-se os escriptores no modo de fundamentar a irrettractabilidade dos julgados. Formularam uns a theoria do contracto judicial, para a qual o julgamento é uma especie de convenção livremente consentida — *in judiciis quasi contrahitur* ².

Esta theoria envolvia contradicção nos termos. A função judicial é por sua natureza coactiva, apparecendo o tribunal exactamente para restabelecer a harmonia na convivencia social ³.

Os doutrinarios da escola do direito natural explicavam-na por motivos de utilidade social, já que com

¹ TUOZZI — *La dottrina della revisione dei giudicati penali*. Napoli, 1883, pagg. 4 e segg.; ORTOLAN e GARBAUD, obb. e logg. citt.

² BORDEAUX — *Philosophie de la procédure civile*. Evreux, 1857, pagg. 375 e segg.; COGLIOLO — *Filosofia del diritto privato*, pag. 43; MORTARA — *Principii di procedura civile*, pag. 23.

³ MORTARA, ob. cit., pag. 25; BORDEAUX, ob. cit., pag. 337.

ella se não compadeciam os principios absolutos da philosophia do direito ¹.

É difficil de comprehender este divorcio entre a sciencia pura do direito e a vida real da humanidade. Era o defeito originario daquella escola, que fazia da sciencia uma abstracção e não a explicação positiva das realidades phenomenicas.

Mais avisadamente andam aquelles que derivam a força do caso julgado da propria missão do poder judiciario, como ella se revela na sua formação historica e no seu destino scientifico.

Com effeito, historicamente foi a *sententia judicis* e o systema ritologico que a acompanhava o primeiro *processus* de differenciação do organismo juridico. Por meio della consolidava-se o costume, que era a lei das sociedades primitivas, e do seu conteúdo não era dado discutir, como hoje não é dado discutir das leis na sua applicação — *non de legibus, sed secundum leges judicandum*. A *sententia judicis* creava assim uma norma de direito. Esta phase embryonaria da função judicial deixou, como producto evolutivo, a auctoridade inherente á sentença decisoria. A força do caso julgado apparece-nos assim como uma criação historica das primeiras edades do direito, criação assimilada na formação progressiva do organismo do mesmo direito ².

A natureza sociologica da função judiciaria conduz ao mesmo resultado. As sociedades organizam-se e, pelos meios competentes, promulgam as normas regu-

¹ Sr. HINTZE RIBEIRO — *O caso julgado*. Coimbra, 1872, pag. 21.

² COGLIOLO, ob. cit., pagg. 41 e segg.

ladoras da sua existencia. O legislador, porém, não pôde cogitar da infinidade de circumstancias que fazem variar a applicação concreta da lei, o que suppõe naturalmente a existencia duma função distincta da legislativa, que a complete, apreciando todas essas circumstancias, para a justa applicação das normas de character geral¹. E pela mesma razão que a existencia duma sociedade regularmente organizada suppõe leis certas, que regulem e garantam a sua conservação e desinvolvimento, assim tambem a concretização da lei no momento judiciario deve adquirir um valor semelhante ao da sua sancção no momento legislativo.

Estes os fundamentos scientificos da auctoridade do caso julgado, que existirá emquanto existir o tribunal como orgão necessario da vida juridica. E o tribunal existirá sempre, pois acreditamos com IHERING que a lucta pelo direito² será condão eterno da humanidade³. O tribunal exerce uma função de alto valor social; as suas decisões devem ser acatadas como a expressão da verdade — *res judicata pro veritate habetur*.

O julgado, porém, se encerra uma presumpção de verdade, não tem o valor de certeza dogmatica. A presumpção pôde ser destruida pela prova em contrario. Esta prova consiste na demonstração do erro judiciario, sendo a revisão o processo de o verificar.

¹ MORTARA — *Ordinamento giudiziario*. Firenze, pagg. 21 e segg.

² Auct. e ob. citt., pag. 15.

³ VON IHERING — *La lotta pel diritto*, trad. de RAFAELLE MARIANO. Pisa, 1875.

Quando a decisão dum magistrado era venerada como um decreto da divindade, a ninguem era licito duvidar da verdade do julgado. Compreende-se bem que a mesma fé inspiradora da ordalia devia transformar num oraculo a sentença do juiz que formulava as indicações do sobrenatural. E, caso curioso, quando a philosophia do seculo passado proclamou a infallibilidade da razão individual, tambem se declararam inviolaveis as decisões do jury. Foi a irresistivel lição dos factos que abalou e destruiu um tão absurdo exaggero doutrinario, mostrando que tambem o jury era fallivel e que tambem podia commetter erros judicarios. Adeante o veremos mais de espaço.

Mas para que demorar-nos sobre este ponto? A questão da revogabilidade do caso julgado está muito longe de ter a importancia que lhe davam os velhos escriptores. Hoje ninguem contestará que uma sentença errada deve ser emendada. É decisiva a aproximação que fizemos entre o momento legislativo e o momento judiciario. Tornar indestructivel uma sentença que ferisse a innocencia ou absolvesse a perversidade, seria o mesmo que conceber no legislador a possibilidade de promulgar leis oppressivas ou anarchicas.

A revisão é, portanto, perfeitamente compativel com a auctoridade devida ao caso julgado.

A existencia dum erro de facto será, segundo o nosso modo de pensar, sempre motivo de revisão, mas não uma condição necessaria do processo revisorio. A sentença determinada ou indeterminada, condemnatoria ou absolutoria, pôde envolver um erro de facto, e, em tal caso, a revisão é um meio legitimo de o descobrir. Nos casos, porém, de sentença condemnatoria in-

definida, dado que ella seja admittida, pôde ter logar a revisão, não só para descobrir um erro de facto, mas tambem para tornar effectivo o principio da pena indeterminada¹.

Se, em vez do principio da sentença indeterminada, se admittir o principio da sentença fixa com a possibilidade de liberdade provisoria e detenção supplementar, a revisão deverá ser o meio competente de conceder uma ou de impôr a outra, como mais tarde demonstraremos. E ainda mesmo que continuem a vigorar os actuaes systemas penaes com a liberdade condicional como excepção e sem a possibilidade de detenção supplementar, como acontece entre nós, é urgente que a revisão venha substituir quaesquer meios de alterar os julgados criminaes no sentido de perdoar, commutar ou diminuir as penas. Verifica-lo-emos no decurso deste trabalho.

Segundo o que temos dicto, a revisão no processo criminal suppõe:

- 1.º — Uma sentença definitiva;
- 2.º — A necessidade de alterar ou executar o julgado.

A titulo de determinar a natureza e os caracteres da revisão, costumam os escriptores indicar as differenças que a separam dos recursos ordinarios, principalmente da revista² e da graça soberana. Segui-los-emos.

¹ HAMEL — *Scuola positiva*, 1893, pag. 958.

² DALLOZ — *Jurisprudence générale — Répertoire, vbo. — Cassation*, n.º 1535; PASQUALE TUOZZI, ob. cit., pagg. 8 e 9; ORANO, ob. cit., pagg. 17 e segg.; MADDIA, ob. cit., tomo II, pag. 22; etc.

Estas diferenças, embora de importancia, são faceis de reconhecer. Aproximemos a revisão dos recursos ordinarios. A evolução historica do poder judiciario formou successivamente a hierarchia judiciaria, e esta explica claramente o systema dos recursos admittidos pelas legislações modernas. Os recursos não são mais que momentos successivos do processo judicial, para alcançar a presumpção de verdade, que deve encerrar o caso julgado.

O processo criminal tem por fim ver o crime e o criminoso, e os recursos, de direito e de facto ou só de direito, para empregarmos a linguagem usada, são meios de tornar mais certa esta *visão*. O caso julgado traduz a impressão judicial da mesma visão. E quando os factos demonstram que a visão foi *illusoria*, o processo criminal deve ver de novo — *rever* — o crime e o criminoso, e então apparece como instrumento de *revisão*. E aqui podem apparecer de novo os recursos para tornar mais segura a mesma revisão. Na hypothese de a justiça penal, ao ver o criminoso, não poder alcançar o gráo da sua inadaptabilidade ao meio social, por uma perfeita *visão* do seu character, deixa-lo-á dependente de novo estudo numa futura *revisão*. Logo é de intuitivo alcance a diferença entre a revisão e os recursos ordinarios. A revisão é um novo exame do facto para apreciar o crime ou determinar o character do criminoso. Os recursos podem entrar no movimento normal da justiça, tanto para *ver*, como para *rever* o crime e o criminoso.

Não é menos intuitivo a diferença entre a revisão e a graça. A graça, scientificamente, é uma reviviscencia dum estadio rudimentar da evolução politica, em que o chefe do estado condemnava, como juiz, e

perdoava, como sacerdote. Praticamente é um meio de perdoar, diminuir ou commutar as penas impostas numa sentença condemnatoria.

Modernamente, a graça decompõe-se, como veremos, num direito majestatico, resto de poder judiciario indifferenciado, e numa revisão deslocada. E porisso demonstraremos que o direito de agraciado, como acto de justiça, deve integrar-se no poder judiciario, unico scientificamente competente para exercer a acção penal. A graça será eliminada pela revisão. Na reorganização scientifica do direito e do processo penal, graça e revisão serão institutos incompativeis.

No estado actual das legislações pôde, porém, dizer-se que a graça presuppõe um delicto persistente, uma culpabilidade reconhecida, e que pela sua mesma natureza só attinge casos de condemnação, ao passo que a revisão sem distinguir entre a culpabilidade ou innocencia, entre sentenças condemnatorias ou absolutorias, é um remedio juridico, de caracter geral, para completar ou renovar a acção da justiça ¹.

Bem sabemos que são poucas as legislações que admittem a revisão em todos os casos de condemnação e menos ainda as que a alargam ás sentenças absolutorias. É certo, porém, que algumas existem e que as tendencias scientificas são para a applicação generica da revisão.

Synthetizando as considerações feitas neste numero,

¹ DALLOZ, ob. e log. cit., tomo XII, pag. 362; PUGLIA — *Manuale* cit., pag. 352; LUCHINI — *Elementi di procedura penali*, pagg. 108 e 383; TUOZZI, ob. cit., pag. 9; ORANO, ob. cit., pag. 25.

podemos formular a seguinte definição da revisão no processo criminal:

O meio legítimo de modificar os julgados criminaes pelo reexame dos processos respectivos.

Fixada esta idéa de revisão, vamos estudá-la successivamente na sua constituição evolutiva e na sua integração scientifica.



CAPITULO II

Constituição evolutiva da revisão

SUMMARIO:—**6.** Genese natural da revisão e caracter geral da sua evolução historica.—**7.** A *Revisão-graça*. Seu apparecimento no direito romano—a *supplicandi licentia* e a *retractatio*.—**8.** Reapparecimento mediéval da revisão. *Proposição de erros. Cartas de revisão*.—**9.** A *revisão-direito*. A constituinte e a assemblêa nacional. A convenção—decreto de 15 de maio de 1793. O directorio—codigo do anno IV. O imperio—codigo de instrução criminal de 1810. Propostas de reforma. Lei francesa de 5 de julho de 1867.—**10.** Correntes do direito moderno sobre revisão. Tendencias para o predominio do systema austriaco.—**11.** A revisão como meio de substituir o direito de graça, como processo para conceder a liberdade condicional ou impôr a detenção supplementar, e como fórma de executar a sentença indeterminada.—**12.** A revisão em Portugal. *Revisão-graça* no velho direito português. Leis de D. Affonso II e D. Dinis. Ordenação affonsina. *Revisio de justitia e revisio ex speciali gratia principis*.—Ordenação manuelina. Regimento do desembargo do paço de 2 de novembro de 1562—proibição da revisão crime. Regimento de 27 de julho de 1582. Ordenação filippina. ALVARO VALASCO e IGNACIO PEREIRA DE SOUSA. *Revisio ex gratia specialissima*. Lei de 3 de novembro de 1868.—**13.** A *revisão-direito* nas reformas legislativas em Portugal. Influencia do codigo francês. Reformas judicarias de 13 de janeiro de 1837 e de 21 de maio de 1841: systema adoptado.—**14.** Tentativas de reforma. Projectos de LEVY MARIA JORDÃO e dos srs. NAVARRO DE PAIVA e JULIO DE VILHENA. Reforma penal de 14 de junho de 1881. Projecto de BERNARDINO PINHEIRO.—**15.** Decreto dictatorial de 27 de fevereiro de 1895 e lei de 3 de abril de 1896. Estado legal e doutrinal da revisão entre nós na actualidade.

6. A revisão começou como começam todas as instituições sociais. Antes que se organizasse como um instituto bem definido, atravessou um periodo embryonario e phases evolutivas inferiores. Esboçaremos, porisso, o *processus* da sua formação historica, para melhor determinar os elementos da sua integração scientifica.

O apparecimento da revisão no organismo judiciario teve por causa efficiente o erro judiciario, que é triste apanagio de todas as fórmas do processo criminal. Todavia, quando a justiça era administrada em unica instancia, sob a fórma accusatoria e com a invocação da divindade pela ordalia, a revisão não podia ainda manifestar-se, pois o julgado devia ser acatado como um decreto dos deuses. Humanizada, porém, a administração da justiça, delineada a hierarchia dos tribunaes e empregada a fórma inquisitoria nas investigações do foro penal, já era possível o reexame duma sentença passada em julgado. A fallibilidade dos juizes puramente humanos, a existencia dum magistrado superior, a quem se pedisse a graça de rever ou de mandar rever um processo já findo, e a conservação escripta das peças do mesmo processo, foram outras tantas circumstancias que favoreceram a criação do tão salutar instituto da revisão.

Começou, dum modo muito precario, por uma concessão graciosa do imperante, fonte suprema de toda a justiça. No seu periodo embryonario, a revisão é, assim, uma graça do soberano e não um direito do individuo ou da sociedade. A sua evolução historica opera-se no sentido da transformação num instituto juridico.

Á medida que formos notando esta transfiguração

historica, apontaremos os elementos que devem entrar na integração final da revisão, elementos que nos vae formar a historia juridica de todas as edades e a nova orientação dos estudos penaes.

7. A edade antiga creou a instituição, que a edade media havia de restaurar e que a edade moderna transformaria completamente.

É no desenvolvimento historico do direito romano que melhor se pôde determinar o aspecto primordial da revisão. É, com effeito, em Roma que apparece e se caracteriza a *revisão-graça*. Isto só acontece, porém, num periodo adeantado da sua historia. Foi a Roma imperial que criou e definiu aquella instituição. Durante a republica, a existencia das *questiones perpetuae* com a liberdade de accusação em todos os cidadãos¹, com a publicidade, oralidade e contradictoriedade dos debates, com o juizo confiado aos *judices selecti* ou *jurati*², não deixava ver a possibilidade de erros que tornassem necessaria a revisão dos processos³.

Todavia, a transformação politica da sociedade romana reflectiu-se na administração da justiça e pre-

¹ Inst. § 1. *De public. judic.* Da liberdade de accusar eram privados os incapazes e os indignos. Póde ver-se: L. 1, 4, 8, 9, § 2 D. *De accusati* (48-2); L. 19-6 *Qui accus. non possunt* (9-1); L. 5 C. *De jud. public.* (48-1).

² Eram ainda denominados *judices in albo relati*. Escolhiam-se a principio entre os senadores e por fim entre simples cidadãos e estrangeiros — ORTOLAN — *Hist. de la légis. rom.*, pag. 202.

³ TUOZZI — *La dottrina della revisione*, pag. 11 e *Elementi di diritto giudiziario penale*, pag. 369.

parou o apparecimento da revisão. Sob o imperio, com a diminuição do interesse pelo bem commum e do amor aos cargos do estado, enfraqueceu o estimulo pela accusação dos criminosos, a qual passou a ser confiada a officiaes publicos, *curiosi, irenarchi, stationarii*¹, que, em vez dos particulares, perseguiam e apresionavam os reos e, feitas as primeiras indagações, os enviavam aos magistrados competentes, juntamente com os seus verbaes accusatorios, chamados então *notoria, elogìa, nuntiationes*². Os magistrados, perante quem aquelles officiaes deviam sustentar a accusação promovida, eram os *praesides*, os *praefecti urbi*, os *praefecti praetorio*, nomeados pelo imperador com pleno poder de julgar. *Ad curam principis*, dizia L. 1 D. *De ambitu, magistratum creatio pertinet, non ad populi favorem*³.

Creada assim a magistratura permanente para a accusação e para o juizo, e limitados, nos processos, os direitos dos cidadãos, appareceu a necessidade de reclamar contra os magistrados que commettessem erros de facto ou de direito nos seus julgamentos. Esta necessidade determinou o apparecimento da *supplicandi licentia*, supplica dirigida ao imperador, fonte de todo o poder, para, por graça, proceder, por si ou por meio dum tribunal de sua escolha, a um novo exame dum processo já findo⁴.

¹ L. 1 e segg. C. *De curiosis et stationariis* (12-23) e L. 6 D. *De custod. et exhibit. reorum* (48-3).

² FILANGIERE — *Scienza della legislazione*, lib. III, cap. IV,

³ L. 1 e seg. D. *De off. praesidis* (1-18); D. *De off. praefecti urbi* (1-12); D. *De off. praef. pract.* (1-11).

⁴ IGNACIO PEREIRA DE SOUSA — *Derevisionibus*. Olyssipone,

A *supplicandi licentia*, resolvida directamente pelo imperador ou deferida ás magistraturas superiores, de recurso extraordinario, perfeitamente revisorio, tornou-se um recurso ordinario, dando logar ao juizo de appellação, que começou a ser directamente provocado pelas partes juncto das magistraturas supramencionadas¹.

Á medida, porém, que a *supplicandi licentia* passava a constituir um recurso ordinario e porque ella legitimava a persuasão de erros nos julgados, começavam a ser dirigidas ao imperador reclamações contra as sentenças inappellaveis e contra as proferidas em juizo de appellação. Com esta segunda especie de supplica, que o imperador ou decidia directamente ou por delegação², obtinha-se a *retractatio* dos julgados, que era uma verdadeira revisão graciosa³.

De fôrma que a *supplicandi licentia*, a principio, e mais tarde a *retractatio* constituiram, na historia do direito romano, duas manifestações bem frisantes da revisão-graça.

cap. III, 1744; F. HÉLIE—ob. cit., tomo IX, pagg. 5 a 15; DALLOZ—*Répertoire*, cit., tomo VII, pag. 359; TUOZZI—*Dottrina della revisione*, pag. 12 e *Elementi, etc.*, pag. 369.

¹ TUOZZI—*Dottrina della revisione*, pag. 12.

² Esta delegação era feita, por via de regra, no Prefeito do Pretorio e, menos vezes, no mesmo juiz que havia proferido a sentença impugnada, intervindo neste caso o Questor. L. 35 C. *De appellat. et consult.* (7-62).

³ L. 33. D. *De re judicata et effectu sententiarum* (42-1) e L. 17 D. *De min. vigint. ann* (4-4). A primeira destas leis refere um caso de revisão admittido pelas legislações modernas. É a hypothese duma condemnação baseada num falso depoimento.

O caracter gracioso da revisão em Roma explica satisfatoriamente o iacto de se não marcarem taxativamente os casos em que ella podia ter logar. Á manifestação dum poder absoluto não era licito pôr limites¹. Não quer isto dizer que as leis romanas não estabelecessem certas regras geraes, tendentes a cohibir o abuso deste recurso. Assim, impunha-se uma pena aos supplicantes temerarios², não era permittido recorrer ao imperador, quando houvesse outros meios de remediar o erro dos julgados³, e prohibia-se a segunda revisão⁴.

Fóra destas restricções, e principalmente desde o imperador Constantino e seus successores, o direito romano admittiu a revisão em todos os casos, concedendo a todos os condemnados recorrer á auctoridade do principe para obter a permissão de ser reexaminado o seu processo⁵.

Synthetizando o que temos dicto, podemos formular do modo seguinte o systema do direito romano sobre a revisão:

- 1.º—A revisão era uma graça do imperador.
- 2.º—Podia ser concedida em todo e qualquer caso de erro judiciario.

¹ L. 1 cod. *De sententiis praefectorum praetorio* (7-47); L. 5 cod. *De precibus imperatori offerendis*: Nov. 119, cap. IV; DALLOZ, ob. e log. cit.

² L. 19 C. *De appel. et consult.* (7-62).

³ L. 3 C. *Ut lite pend.* (1-21).

⁴ L. 5 C. *De precib. imper. offerendis* (1-19).

⁵ *Recueil général des sénatus-consultes, lois, décrets et arrêtés*. Paris, année 1867, pag. 419; DALLOZ, ob. e log. cit.

3.º — Era um recurso extraordinario que só podia ter logar na carencia doutros meios de remediar a injustiça de uma sentença condemnatoria.

4.º — Em geral, conhecia della um tribunal differente daquelle que havia proferido a sentença revidenda.

Importava fixar estes caracteres romanos da revisão, já porque elles transparecem, mais ou menos, nas legislações posteriores, já mesmo porque alguma utilidade nos prestarão no decurso deste trabalho.

8. A queda do imperio romano do occidente, com as successivas invasões das tribus do norte, que delle vieram apoderar-se, accidentou o movimento evolutivo dos povos europeus, por virtude da existencia de costumes e instituições diversas nos conquistados e nos conquistadores e das differenças do seu estado de civilização.

O producto deste encontro de instituições differentes foi, no que respeita ao systema da judicatura, um regresso a uma fôrma rudimentar da administração da justiça penal. Prevaleceu o systema barbaro, que era profundamente semelhante ao dos primeiros tempos de Roma. Era publica a accusação, publico o debate, e o juizo confiado aos *pares* ou aos *boni homines*, que formavam a sua convicção pela confissão ou por depoimentos testemunhaes, quando aquella faltasse, podendo recorrer-se ao juramento do accusado e dos *conjuradores* e até ao *juizo de Deus*, com a cruz, a agua a ferver, o ferro quente ou o duello. Com semelhante fôrma de processo não appareceu a necessidade da revisão, sendo ainda certo que, naquelles tempos de barbaria,

a melhor garantia da innocencia era a força individual¹.

Todavia, na elaboração medieval foi-se operando, pouco e pouco, a integração monarchica, apoiada pela renovação do estudo do direito romano, o que naturalmente devia fazer lembrar a *supplicandi licentia* e a *retractatio*, fórmulas romanas da revisão. Além disso, dava-se uma serie de factos na renovação das sociedades europêas, que facilitavam e tornavam necessario o instituto da revisão. Por um lado, a existencia duma magistratura permanente, mais ou menos hierarchizada, a instrução escripta e o systema das provas legaes, tornavam facil o exercicio da revisão. De facto, a subordinação hierarchica dos tribunaes era propria para suggerir a idéa dos recursos, o processo escripto tornava sempre possivel reconstruir a physionomia da causa, e a decisão pelas provas legaes permittia determinar a justeza judicial das condemnações. Por outro lado, o character secreto da fórmula processal inquisitoria, a extensa prohibição de appellar nas causas crimes, o modo de obter a confissão do reo, como a rainha das provas legaes, a incerteza das jurisdicções, a tantas vezes exaggerada severidade das penas e outras mil aberrações que, nos ultimos seis seculos, perverteram a função do processo criminal, tornaram imperiosa a necessidade da revisão, que foi geralmente admittida e legalmente sancionada em obediencia ao tão verdadeiro principio: *rebus ipsis dictantibus, usu exigente, et humana necessitate jus oritur*².

¹ TUOZZI — *Dottrina della revisione*, pagg. 13 e 14.

² Cit. *Recueil*, pagg. 419 e 420, nota; TUOZZI, ob. cit., pagg. 13 e 14.

Apontadas as circumstancias que naturalmente deviam fazer renascer a revisão, importa determinar o caracter que ella revestiu no seu reaparecimento.

A tendencia politica das sociedades europêas para o absolutismo monarchico e a cultura do direito imperial, favoravel á sua implantação, concorreram para dar á instituição, no seu reaparecimento medieval, a feição que a caracterizava em Roma. Se o throno era a fonte de toda a justiça, a elle devia pedir-se a graça de remediar a injustiça. A graça foi, com effeito, a fórma da revisão no seu renascimento. Como tal se nos apresenta na antiga França ¹, na Italia ² e na legislação de muitos outros povos ³, bem como no velho direito portuguez, do que daremos especial noticia.

Em França, já no seculo xiv se havia generalizado o systema de pedir a rescisão das sentenças, obtendo-se facilmente cartas de graça, para a *proposição de erros*. Esta facilidade degenerou em abuso, que pretenderam cohibir Philippe de Valois, Carlos VII e Luiz XI, com os edictos de 1340, 1453 e 1479, todos tendentes a limitar a faculdade de obter cartas de graça para tal effeito ⁴. Todavia, a descoberta frequente de erros judiciaes augmentou a necessidade de recorrer ao chefe do estado para os reparar, pelo que as ordenanças de 1539 ⁵ e de 1663 ⁶ admittiram

¹ BÉDARRIDE — *Études de législation*. Paris, 1867, pagg. 139 e segg.; DALLOZ, ob. cit., pagg. 359 e 360.

² TUOZZI, ob. cit., pag. 15.

³ PEREIRA DE SOUSA, ob. cit., pag. 6.

⁴ BÉDARRIDE, ob. cit., pagg. 140 e 141; TUOZZI, ob. cit., pagg. 14 e 15.

⁵ Art. 127.º

⁶ Tit. xxxv, art. 32.º

legalmente a proposição de erros. Por fim, a ordenança de 1670 estabeleceu amplamente as *cartas de revisão* por injustiça de condenação, sem designação de termos nem de motivos ¹, determinando o regulamento de 1738 que estas cartas deviam ser dirigidas ao conselho do rei em fórmula de recurso ².

Identica era a sua natureza nos antigos estados italianos. «Por este tempo, escreve TUOZZI, havia-se desenvolvido tambem na Italia o systema das supplicas para a rescisão dos julgados. Isto foi adoptado por quasi todos os estados italianos, mas nunca (póde geralmente affirmar-se) foram determinados os casos de rescisão» ³.

O mesmo se dava em Portugal, onde a revisão crime, embora legalmente prohibida, podia, por *graça especialissima*, obter-se em qualquer caso — *specialissima quae dicitur*, escrevia MELLO FREIRE — *nullis cancellis invenitur circumscripta* ⁴.

O que fica dicto é sufficiente para caracterizar a revisão, segundo as legislações vigentes antes das modernas revoluções liberaes. Nestas legislações a revisão era:

- 1.º — uma graça regia e não um direito do individuo;
- 2.º — possivel em quaesquer casos de erros judicia-
rios;
- 3.º — mais uma funcção do poder politico indifferen-
ciado do que uma attribuição do poder ju-
diciario.

¹ Tit. XVI, art. 8.º

² DALLOZ, ob. cit., n.º 1526, pag. 360.

³ Ob. cit., pagg. 15 e 16.

⁴ *Institutiones juris civilis lusitani*, lib. IV, tit. XXIII, § 28, nota.

Vamos agora determinar o destino da revisão no periodo revolucionario e as modificações que ella tem soffrido até á actualidade.

9. A grande transformação social do fim do seculo passado attingiu a revisão, iniciando a sua transfiguração, depois duma impensada tentativa de supressão, num instituto juridico.

No fervor da revolução, a assemblêa constituinte supprimiu implicitamente a revisão com o decreto de 3 de novembro de 1789, supressão que a assemblêa nacional claramente reconheceu no decreto de 19 de agosto de 1792¹. Por decreto de 15 de maio de 1793 creou a Convenção o *direito* de revisão para o caso unico de duas condemnações inconciliaveis, proferidas pelo mesmo facto contra dois individuos diferentes². Todavia, o directorio abstraiu por completo da revisão no codigo do anno IV, que, não se occupando della especificadamente, declarava no art. 595.º que, para o futuro, se não seguiriam outras regras nem outras fórmãs de processo criminal, alem das estabelecidas no mesmo codigo³. Permaneceram as coisas neste es-

¹ Pelo primeiro destes decretos eliminou a constituinte o conselho do rei, que, segundo o regulamento de 1798, conhecia das cartas de revisão, e pelo segundo auctorizou a assemblêa nacional o tribunal de cassação a julgar os pedidos de revisão, feitos *anteriormente* ao decreto de 1789. DALLOZ, ob. cit., n.º 1530, pag. 360; *Recueil cit.*, pag. 420, nota *a*.

² BÉDARRIDE, ob. cit., pag. 145; DALLOZ, ob. cit., n.º 1531, pag. 361.

³ DALLOZ, ob. cit., n.º 1532; F. HÉLIE, ob. cit., pag. 516; RIBAUDI, ob. cit., pag. 222.

tado até á promulgação do código de instrucção criminal de 1808.

As razões determinativas da supressão da revisão são facéis de encontrar. O enthusiasmo pelo jury como base da organização judiciaria proveniente da revolução, fê-lo considerar como incompativel com o reexame do seu veredictum. Assim o exigiam as idéas philosophicas e politicas do tempo. O jury não só era manifestação genuina da soberania popular, mas ainda órgão do bom senso natural — o melhor indicador da verdade. Intendia-se, porisso, que seria difficil ao jury cair num erro judiciario. E, suppondo mesmo a peccabilidade do jury, os legisladores abolicionistas receavam, como nota BERLIER¹, que, admittindo a revisão, ainda pelos motivos mais razoaveis, iriam atacar o fundamento de todo o processo criminal. «É provavel, diz LEGRAVERAND², que os partidarios do sistema temessem, alem disso, que o respeito devido aos órgãos da lei e aos arestos dos tribunaes fosse affectado por uma disposição que, depois de cumpridas todas as formalidades e percorridas todas as vias judiciarias, offerecesse ainda um meio de impugnar e destruir um julgado definitivo de condemnação». Depois, a substituição duma fórmula de processo vicioso e todo escripto por outra mais bem organizada e mais racional e, em parte, oral, não só tornava desnecessaria a revisão, mas difficultava o seu exercicio³.

Dentro em pouco, porém, a lição irresistivel dos factos veio mostrar a falsidade do exaggero doutrina-

¹ *Exposé des motifs*, n.º 10.

² *Législation criminelle*, tomo II, pag. 488.

³ TARBÉ, cit. por DALLOZ, n.º 1532.

rio, que tornava o jury quasi infallivel, e provar que tambem a nova fôrma de processo podia levar ao erro judiciario. Em 1793 foi a consciencia publica abalada pela descoberta da condemnação dum innocente na hypothese de duas sentenças condemnatorias inconciliaveis pelo mesmo facto, o que levou a Convenção a promulgar o já citado decreto de 15 de maio de 1793 ¹. Estava dado o primeiro passo para o restabelecimento da revisão. E, embora o directorio intencionalmente a omittisse no codigo do anno IV, o movimento estava iniciado, podendo suspender-se mas não destruir-se. Assim aconteceu. O legislador de 1808 já não acreditou na infallibilidade do jury.

Admittindó que as condemnações erroneas seriam mais raras, considerou, todavia, o novo systema de julgamentos, porisso mesmo que saía da mão dos homens, tambem sujeito a erros ². Esta a razão por que o codigo de instrucção criminal já admittiu os tres casos de revisão:

- 1.º — A inconciliabilidade de duas sentenças de condemnação pelo mesmo facto ³;
- 2.º — O apparecimento da pessoa reputada morta por occasião do crime ⁴;

¹ Eis os termos do art. 1.º do decreto: «Se um accusado foi condemnado por um delicto e outro accusado foi tambem condemnado pelo mesmo delicto, de fôrma que as duas condemnações não possam conciliar-se e sejam a prova da innocencia duma ou da outra parte, a execução dos dois julgamentos será suspensa, ainda mesmo que algum delles tenha sido impugnado no tribunal de cassação.

² *Recueil*, pag. 219, nota 2.

³ *Code d'instruction criminelle*, art. 443.º

⁴ *Code*, cit., art. 444.º

3.º—A condemnação por falso testemunho ouvido contra o reo ¹.

Este código, como é fácil de ver, revela que os seus auctores se não desprenderam por completo do optimismo revolucionario a respeito do jury, nem do prejuizo commum, que via incompatibilidade entre elle e a revisão. Nota-se o receio de abalar as jurisdicções com o reexame dos arestos dos tribunaes. BERLIER, depois de ter insinuado, na exposição de motivos, a possibilidade de erros nos julgamentos pelo jury, escreve estas palavras bem significativas: «N'y aura-t-il en ce cas aucun remède? Ne faut-il pas réparer, autant que possible, la peine qui aura été infligée par erreur? Mais à quels caractères reconnaîtra-t-on l'erreur et quels seront les preuves ou indices suffisants pour admettre la revision? C'est ici qu'une grande circonspection est nécessaire; car tout excès serait nuisible, et sans des limites tracées avec sagesse et précision, ce ne serait plus la justice appliquée à quelques espèces, mais l'arbitraire planant sur toutes et tendant sous de frivoles prétextes à tout remettre en question. L'écueil a été aperçu et évité. Vous ne trouverez pas inscrites dans le projet de loi, comme moyens de revision, ces déclarations collusoires et banales par lesquelles un homme poursuivi et condamné pour un crime se charge sans aucun risque du crime d'autrui. Mais en parcourant avec soin tous les points du vaste horizon que présente cette matière, trois cas seulement ont été recueillis comme dignes de fixer votre attention» ².

¹ *Code*, cit., art. 445.º

² F. HÉLIE, ob. cit., tomo IX, pag. 517.

Este trecho traduz perfeitamente as idéas que presidiram á redacção do código francês. A revisão apparecia como uma necessidade da justiça, mas o temor do abuso limitou-a a um acanhadissimo numero de hypotheses. Isto fez com que o systema daquelle código fosse demasiado incompleto, quer pelo numero de casos, quer pela sua natureza, quer até pela interpretação que era necessario dar-lhe.

Effectivamente, reduzir a tres os casos em que a justiça podia ser sacrificada por um erro digno de reparação, era dar pouca importancia ás mil circumstancias de facto que podem transviar a acção dos tribunaes. «Alem de poucos, diz DOMENICO GIURATI, os casos de revisão eram extranhos, de difficil verificação, dos quaes poderia dizer um antigo romano: «*quod semel, vel bis accidit praetereunt legislatores*»¹. Mas se o systema era imperfeito pelo pequeno numero de casos de revisão, nem ao menos podiam ser attenuados os seus effeitos, mediante uma interpretação latitudinaria. Assim o indica dum modo explicito a citada passagem de BERLIER, e assim o entenderam os processalistas que commentaram o código francês. Eis o que escreve F. HÉLIE: «É necessario distinguir entre os casos formulados pela lei e a applicação que delles pôde ser feita: não é permittido saír destes casos; são especies, não generos, que restringem no circulo do facto previsto a applicação da revisão; ir além, seria entrar num caminho perigoso, onde as presumpções seriam substituidas ás provas e a verosimilhança á verdade»².

¹ Ob. cit., pag. 246.

² Ob. e vol. cit., pag. 519.

Todavia, se os principios proclamados pela revolução levaram a este resultado, occasionaram uma transformação importante na natureza do instituto. A revisão, nos poucos casos em que podia ter logar, deixou de ser uma graça soberana para revestir o caracter dum direito. Foi uma conquista notavel, foi a grande mudança soffrida pela instituição ¹.

Esta substituição da revisão-graça pela revisão-direito era um corollario natural das tendencias politicas da revolução franceza. Em primeiro logar, os limites oppostos á auctoridade real e a separação dos poderes não comportavam qualquer ataque dirigido á força do caso julgado por uma auctoridade extranha ao poder judiciario. Daqui o motivo por que a revisão passou a ser concedida pelo tribunal de cassação, que não concede graças, mas aprecia petições de ordem juridica. Depois, os principios revolucionarios, que tanto miravam á salvaguarda dos direitos individuaes, não podiam consentir que prevalecesse como um favor uma tão efficaz garantia da innocencia. Por fim, porque a revisão passou a ser um direito, foi que se marcaram taxativamente nas leis os casos da sua concessão, pois

¹ O instituto reparatorio que no direito inglêz substitue a revisão no processo criminal das nações continentaes, ainda hoje conserva um character gracioso. Em rigor, na Inglaterra não existe a revisão. Todavia, pôde obter-se, em vida do condemnado ou depois da sua morte, uma decisão do parlamento, que é uma especie de acto de *perdão*, por que se reintegra o mesmo condemnado, no todo ou em parte, nas suas honras e bens, ou por que se lhe rehabilita a memoria. Desta decisão não resulta nenhuma inducção desfavoravel contra a justiça da sentença. *Recueil*, cit., pag. 421, nota a.

á graça não é logico marcar limites, e, muito menos, limites tão acanhados.

Apesar, porém, da mencionada transformação, ficou um resquicio do velho systema sobre revisão. É a intervenção necessaria do ministro da justiça no processo a seguir para a sua concessão¹. O motivo desta especie de anomalia foi, no dizer de HÉLIE, a necessidade de conter o recurso nos seus justos limites e o receio de abalar a auctoridade dos julgados com pedidos destituídos de fundamento².

Resumindo agora o systema do codigo francês, temos:

- 1.º — A revisão é um direito e não uma graça;
- 2.º — Só pôde ser requerida num limitado numero de casos, taxativamente marcados na lei;
- 4.º — É concedida pelo tribunal supremo.

Convem notar ainda as modificações introduzidas neste systema, para mais claramente medir a sua influencia nas legislações e tentativas de reforma no estrangeiro.

Os factos accusaram depressa a insufficiencia da lei. Em 1806 foi condemnado a trabalhos forçados um tal Sebastião Eldemberg. Numa segunda accusação contra elle movida verificou-se a sua innocencia em

¹ Dos artt. 443.º, 444.º e 445.º do *codigo de instrucção criminal* infere-se que o tribunal de cassação não pôde conceder a revisão sem que o ministro da justiça, de officio, a requerimento do condemnado ou do procurador geral, ordene a este funcionario que a requeira ao referido tribunal. Vid. cassação de 21 de novembro de 1819, cit. por HÉLIE, ob. e tom. cit., pag. 530.

² Ob. cit., pag. 529.

ambas as causas. Não se dava, porém, nenhum dos casos de revisão admittidos pelo código. Que fazer, pois? Foi dirigida uma petição ao imperador e instaurado um processo perante o seu conselho privado. A 14 de março de 1813 apresentou o grande juiz o seu parecer ao conselho, segundo o qual devia recorrer-se a cartas de revisão graciosa. Objectou-se com o respeito devido á ordem das jurisdicções e com a auctoridade do caso julgado, surgindo a idéa de enviar o negocio ao conselho de estado para ser proposta uma medida legislativa. Nesta altura o imperador cortou a questão. «Os direitos dum innocente, diz BÉDARRIDE, pareceram-lhe superiores a todas as considerações»¹. Mandou passar cartas de revisão graciosa, investindo o tribunal de cassação do direito de annullar o julgamento, se a innocencia de Eldemberg fosse bem reconhecida, ou de o enviar perante um tribunal de assentada, caso assim não acontecesse². Eldemberg foi absolvido³.

O imperio napoleonico caíu, e logo em 1815 foi apresentada ás camaras uma petição para, por uma lei, ser consentida a revisão em todos os casos. A petição ficou sem effeito. Ainda o não permittiam as idéas dominantes sobre a força dos julgados e sobre o valor judicial do jury popular.

Nem ao menos foi imitado o expediente de Napoleão. Justificavam-no pelo absolutismo do seu governo, mas oppunham-lhe a symetria da divisão dos poderes

¹ BÉDARRIDE, ob. cit., pagg. 149 e 150.

² Decreto de 20 de dezembro de 1813.

³ BÉDARRIDE, ob. e log. cit.; DOMENICO GIURATI, ob. cit., pagg. 149 e segg.

e a ordem natural das jurisdições, como garantias das liberdades conquistadas. Houve, é certo, alguns jurisconsultos que, sobre o procedimento do imperador, tentaram levantar uma *theoria juridica*. Assim o fez o illustre penalista CARNOT, quando escreveu: «Se sua majestade, usando do poder soberano de que está revestido, ordena a revisão dum processo fóra dos casos determinados pelo código de processo, os tribunaes devem apressar-se em deferir ás suas ordens, porque, tendo elle o direito de fazer graça, tem necessariamente o de ordenar a revisão dos processos a que não possam applicar-se as regras *communs*»¹. Era *sophistica*, mas inspirada por um alto sentimento de justiça a argumentação de CARNOT. Foi nullo o seu effeito.

Todavia, a necessidade de reformas continuou a ser sentida, devido ao que appareceram propostas em 1822, 1836, 1851 e 1864, até que a lei de 5 de julho de 1867 veio modificar um pouco o *systema* do código de 1808. Mas era deveras pequeno o alcance daquellas propostas e pequenas foram também as *innovações* da lei. A proposta de 1822 apenas pretendia que se determinasse o processo a seguir no caso do art. 443.^o do código de instrução criminal, quando um dos condemnados já tivesse fallecido². A de 1836 limitava-se a indicar a necessidade e o meio de desaggravar a a memoria das victimas de erros judicarios, quando, na *hypothese* do mesmo art. 443.^o, tivessem já morrido ambos os condemnados por sentenças inconciliaveis³.

¹ Cit. por GIURATI, ob. cit., pag. 251.

² Estas e as demais propostas encontram-se transcriptas varias vezes no cit. *Recueil*, pagg. 420 e 421.

³ *Recueil*, pag. 420, nota c.

As de 1851 e de 1864 simplesmente generalizavam o principio da desaggravação da memoria do condemnado já fallecido aos tres casos de revisão admittidos pelo codigo ¹. A lei de 5 de julho de 1867 pouco mais fez do que sancionar este principio ² e resolver a questão que se ventilava na vigencia do codigo — se a revisão tambem podia ter logar em materia correccional.

Alguns escriptores, como LEGRAVERAND ³, CARNOT ⁴ e BOURGUIGNON ⁴, attendendo de preferencia á letra da lei, sustentavam a negativa; outros, porém, como TRÉBUTIEN ⁵, HAUS ⁶ e HÉLIE ⁷, decidiam-se pelo alargamento das disposições sobre revisão aos julgados correcionaes. A lei citada acabou com todas as duvidas, pois o art. 443.º por ella modificado diz claramente: «a revisão poderá ser pedida em materia criminal ou correccional».

Póde dizer-se, porisso, que o systema do codigo de instrucção criminal prevalece, com a differença de que as suas disposições são explicitamente applicaveis em materia correccional e extensivas á rehabilitação da memoria do condemnado já morto.

Segundo se vê da exposiçào de motivos que acom-

¹ *Recueil*, cit., pag. 420, nota *d* e 421.

² Artt. 444.º, n.º 3 e 446.º do *codigo de instrucção criminal* modificados pela lei de 1867.

³ Ob. cit., tomo II, pag. 495.

⁴ *Commentaire sur le code d'instruction criminelle*, pag. 443.

⁵ *Cours de droit criminel*, tomo II, pagg. 583 e segg.

⁶ *Principes de droit pénale*, tomo III, nota ao n.º 1211.

⁷ Ob. cit., vol. IV, § 749.º

panhava a proposta de que resultou a lei de 1867, o governo, antes de a fazer, ventilou a questão da ampliação dos casos de revisão. Deu-lhe, comtudo, uma solução negativa com o receio de voltar á legislação perigosa da ordenança de 1760 e de esquecer o principio da lei moderna, que só poderia conceder a revisão, quando houvesse a certeza dum erro da justiça, e essa certeza nunca existiria fóra dos tres casos indicados pelo codigo. Por outro lado, a crença mystica nas decisões do jury e a fé optimista na nova ordem do processo, convenceram-no da inutilidade, e não só do perigo, de augmentar os casos de revisão ¹.

10. O systema do codigo francês informou uma das correntes geraes que dominam as legislações modernas em materia de revisão. Convem, porisso, indicar as principaes correntes do direito moderno neste ponto, para fazer a sua analyse comparativa e determinar a que tende a predominar.

Podemos, talvez, reduzi-las a duas extremas e duas intermediarias. Chamamos correntes extremas: *a*) a que só admitte a revisão em favor do condemnado e num certo numero de casos, taxativamente marcados na lei; *b*) a que a alarga a todos os casos de erro judiciario, tanto em beneficio do innocente condemnado, como em prejuizo do criminoso absolvido. Denominaremos correntes intermediarias as duas combinações das correntes extremas: *a'*) a que, limitando a revisão á hypothese de condemnações injustas, a admitte em todos os casos em que seja possivel demonstrar a exis-

¹ BÉDARRIDE, ob. cit., pagg. 162 e segg.

tencia dum erro judiciario; b') a que admite sempre a revisão em favor do condemnado e só algumas vezes contra o absolvido.

A primeira corrente extrema, que se formou no direito francês depois do periodo revolucionario, influiu, atravez do codigo de instrucção criminal, antes ou depois de modificado pela lei de 1867, em muitas das legislações modernas. Nota-se esta influencia, além doutros, no codigo de processo criminal napolitano de 1819¹, no codigo sardo de 1859, applicado ás provincias italianas meridionaes em 1860 e alargado a toda a Italia em 1866², no codigo hespanhol de 11 de fevereiro de 1881³ e nas nossas RR. JJ. de 13 de janeiro de 1737⁴ e de 19 de maio de 1841⁵.

A segunda corrente extrema apparece na ordenança austriaca de 29 de julho de 1843⁶ e é adoptada pelo codigo de processo penal do imperio austro-hungaro de 23 de maio de 1873⁷. Este codigo não se limita, porém, a estabelecer uma fórmula generica. Aponta casos de revisão a favor do condemnado ou contra o absolvido, e depois disso é que enuncia o preceito de que o reexame do processo tambem tem lugar sempre que novos factos ou novos meios de prova, sós ou junctos ás provas anteriormente produzidas, forem

¹ Art. 611.º

² Artt. 688.º a 694.º

³ Artt. 854.º a 861.º

⁴ Artt. 402.º a 407.º

⁵ Artt. 1263.º, 1264.º, 1265.º e 1268.º

⁶ Artt. 359.º e segg.

⁷ Artt. 352.º e segg.

sufficientes para demonstrar a erroneidade da sentença condemnatoria ou absolutoria ¹.

A primeira corrente intermediaria desenvolveu-se, como vimos, no direito romano, reapareceu no antigo direito de muitos estados europeus e foi consagrada ultimamente no cantão suizo de Appenzel pela lei de 25 de abril de 1888 ², na Belgica pela lei de 13 de maio de 1892 ³ e em Portugal pelo decreto de 27 de fevereiro de 1895, convertido na lei de 3 de abril de 1896 ⁴.

Finalmente, a segunda corrente intermediaria domina a ordenança prussiana de 3 de janeiro de 1849 e o codigo do processo penal allemão de 1 de fevereiro de 1877 ⁵. Este codigo só admitte a revisão dos processos crimes, em que a sentença foi absolutoria, nas quatro hypotheses seguintes:

- 1.^a—Quando fôr reconhecido como falso um documento escripto produzido em favor do accusado por occasião dos debates;
- 2.^a—Quando uma testemunha ou um perito, scientemente ou por negligencia, tiver feito um depoimento falso ou apresentado um parecer errado em favor do reo;
- 3.^a—Quando os julgadores tenham prevaricado ao proferir o *verdictum*;
- 4.^a—Quando o accusado, depois da sua absolvição,

¹ Artt. 352.º, 353.º, n.º 2 e 355.º, n.º 2.

² *Annuaire de législation étrangère*, 1881, pag. 447.

³ DOMENICO GIURATI, ob. cit., pagg. 271 e segg.

⁴ Adcante apontaremos as tentativas de reforma que precederam esta legislação.

⁵ Artt. 399.º e segg.

haja feito, judicial ou extrajudicialmente, uma confissão digna de fé relativamente ao facto punivel¹.

Dada a existencia destas diversas correntes sobre a revisão no moderno direito judiciario penal, vem naturalmente a questão — se, no movimento das legislações, ellas caminham parallelamente ou se alguma tende a predominar.

O systema francês e o systema austriaco formam os polos oppostos de todas estas correntes, parecendo dar-se uma tal ou qual attracção para o systema austriaco, que será, porventura, o destinado a prevalecer. Sem querermos determinar, por emquanto, a sua base scientifica, indicaremos simplesmente como as legislações se vão aproximando delle.

A primeira corrente intermediaria, dominante na Suissa, na Belgica e em Portugal, não fez mais do que aproveitar um dos elementos do systema austriaco — a permissão do meio revisorio em quaesquer casos de erros judicarios. E é notavel que em Portugal e na Belgica² dominava anteriormente o systema francês, afastando-se delle com as ultimas reformas. Na Italia, embora persistam as disposições do codigo sardo, o qual limita a revisão aos casos classicos do codigo francês, de ha muito que se pugna pela sua reforma. Hoje nenhum escriptor daquelle país defende a doutrina anachronica do codigo do processo penal. Os menos radicaes, como TUOZZI³, ANTONIO GALATEO⁴ e

¹ Art. 402.º

² *Recueil*, cit., pag. 421, nota a.

³ Ob. cit., pagg. 58 e segg.

⁴ *Diritto*, 31 de maio de 1887.

ORANO¹, propõem o augmento dos casos de revisão, chegando GALATEO a enumerar vinte e quatro. Mas aquelles que não têm medo do phantasma, que se chama *arbitrio judicial*, vão mais longe e sustentam a necessidade de adoptar uma fórmula generica como a legislação austro-germanica. Assim pensam entre outros, CASORATI², RIBAUDI³, GREGORACE⁴ e GIURATI⁵.

Devemos notar que estes escriptores defendem a adopção duma fórmula generica sómente em favor dos injustamente condemnados. A sua preferencia é, pois, pelo systema das legislações belga e portuguesa.

O systema do codigo allemão, na parte relativa á revisão em beneficio do condemnado, confunde-se com o do austriaco, e, no que respeita á revisão em prejuizo do absolvido, é inconsistente. Com effeito, permittir illimitadamente a revisão na primeira hypothese e restringi-la tanto na segunda, attendendo mais aos direitos do individuo do que aos da collectividade, envolve uma contradicção, que o sentimentalismo penal póde explicar, mas que a sociologia criminal não justifica. A antinomia do systema resolver-se-á, talvez, pela adopção da doutrina do codigo austriaco. Parece, pelo menos, ser esta a tendencia logica das legislações. O decreto da convenção de 15 de maio de 1793 restaurou a revisão *pro reo*, admittindo-a num só caso. O codigo de instrucção criminal de 1808 ampliou-a a

¹ Ob. cit. pagg. 59 e segg.

² *Procedura penale e le sue riforme*. Milano, 1881, pagg. 405 e segg.

³ Ob. cit., pag. 388.

⁴ *Della ripazione degli errori giudiziari*, pag. 80.

⁵ Ob. cit., pag. 259.

tres hypotheses, duas que dão a incerteza da injustiça da condemnação e uma que offerece uma simples presumpção. A ordenança austriaca de 1843, a ordenança prussiana de 1849, o código austro-hungaro de 1874, o proprio código allemão de 1877, a lei suissa de 1880, a lei belga de 1892 e finalmente a lei portuguesa de 1896, estenderam-na a todos os casos. De fórma que o movimento tem-se operado numa linha de progressiva generalização. Igual deve ser o processo da admissão pelas legislações da revisão *pro societate*.

Entre o systema do código francês, que a desconhece por completo, e o systema do código austro-hungaro, que a permite de um modo geral, é uma transição natural o systema do código allemão, que a restringe a um pequeno numero de casos em harmonia com a theoria penal classica, que considerava muito mais grave o perigo duma condemnação injusta do que o duma absolvição iniqua.

Basta, porisso, que os legisladores se convençam de que a liberdade do criminoso é tão funesta como a oppressão do innocente, para pôrem de lado o systema prohibitivo da revisão *pro societate* e o systema mixto da sua admissão mais limitada do que a da revisão *pro reo* e seguirem um systema commun ás duas especies de revisão ¹.

Ora, se é certo que, relativamente á revisão a favor dos condemnados, as legislações tendem para a adopção duma formula generica, é logico que obedeçam

¹ FERRI, ob. cit., pag. 437; GAROFALO — *Scuola positiva*, 1893, pagg. 97 e segg.; PUGLIESE — *Archivio di psichiatria, scienze penali ed anthropologia criminale*, vol. VII, pagg. 47 e segg.

á mesma tendencia no que respeita á revisão das sentenças absolutórias.

1 1. Comparando as legislações modernas sobre revisão com a noção que demos do erro judiciario, vê-se facilmente que pôde haver modalidades deste que a revisão não alcança. Condemnação de innocentes, absolvição de criminosos e applicação de penas excessivas ou insufficientes, tudo isto pôde ter logar sem que a revisão appareça como meio reparatorio. A revisão emprega-se sómente, e nem sempre, nos casos extremos de condemnação dum innocente ou absolvição dum criminoso.

A outras instituições, porém, se tem recorrido para dalgum modo evitar os inconvenientes dos erros judi-
ciarios. O *direito de graça*, a *liberdade provisoria* e a *detenção suplementar*, taes são essas instituições.

A graça soberana, que foi o primeiro recurso invocado contra a injustiça das condemnações, tem-se manifestado sob o triplice aspecto de *perdão*, *reducção* e *commutação* das penas.

Embora a palavra perdão envolva a idéa de culpa, o que é certo é que historicamente, e ainda hoje, o perdão se manifesta como meio de subtraír um innocente ao cumprimento da pena. Comtudo a impropriedade da graça, que é sempre um favor, para sanar os erros desta natureza fez com que a revisão viesse substituir esta sua manifestação. A substituição será completa quando a revisão fôr permittida em todos os casos de condemnação dum innocente.

O perdão tem exercido e exerce ainda outra função, qual é de dispensar de parte de pena a um verdadeiro criminoso. Esta subespecie de graça, quando não é um

acto arbitrario, baseia-se na desnecessidade do cumprimento da pena na sua totalidade, por se ter operado a regeneração do delinquente. Todavia o direito penal moderno já começou a substituir esta manifestação do direito de graça. Em vez duma libertação definitiva por meio do perdão, intendeu-se que era mais conveniente conceder ao condemnado uma libertação condicional, verdadeiro estado de prova, em que melhor se poderia verificar o seu estado moral.

O apparecimento da instituição da liberdade provisoria deve-se ás doutrinas da escola correccionalista, que affirmou a possibilidade da regeneração de todos os criminosos, e á influencia da escola penitenciaria, que procurou adequar o systema prisional á emenda do delinquente. A liberdade provisoria ou condicional constitue, como é bem sabido, o ultimo periodo do systema penitenciario progressivo ou irlandês. Este systema prepõe-se incutir no espirito do criminoso horror ao delicto, despertando-lhe a reflexão e avivando-lhe o remorso, num periodo de isolamento diurno e nocturno, fazer-lhe nascer o antegosto da liberdade num periodo de isolamento nocturno e de trabalho em commum durante o dia, mostrar-lhe o verdadeiro valor da convivencia social num periodo intermediario de trabalho diurno fóra da penitenciaria ou num estabelecimento agricola, «como periodo de convalescença para rehabilitar os pulmões ao ar livre»¹, e, finalmente, pô-lo á prova num periodo de liberdade condicional, findo o qual a ultima parte da pena se considerada expiada, se o liberto não tiver commettido um

¹ FERRI, ob. cit., pag. 548.

novo delicto ¹. O principio tem sido reconhecido por um grande numero de legislações ² e tem sobre a graça a incontestavel vantagem de fazer voltar para a prisão os mal comportados.

Actualmente a liberdade condicional é concedida e revogada administrativamente. Todavia já começa a pugnar-se pela sua attribuição ao poder judiciario ³ e a propria auctoridade administrativa procede por meio duma especie de revisão, pela qual modifica a sentença respectiva em harmonia com todas as indicações que possam attestar o estado moral do condemnado ⁴. Com mais razão ainda a mesma concessão e revogação serão effectuadas sob a fórma dum processo revisorio, quando competirem a um tribunal de justiça. De modo que a revisão está destinada a substituir o actual processo de conceder a liberdade condicional, que, por sua vez, viera substituir uma das manifestações da graça soberana.

O perdão total da pena, facto muito vulgar na historia da graça e motivado, porventura, pela existencia de qualidades pessoas no condemnado capazes de fazerem presumir o seu bom comportamento futuro, en-

¹ SILVA MATTOS — *Reforma penitenciaria*, 1885, pagg. 58 e segg.; FERRI, ob. cit., pagg. 547 e segg.

² *Liberdade condicional*. Carta de lei de 6 de julho de 1893. *Relatorios do governo e das commissões de legislação criminal de ambas as camaras*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1893, pagg. 3 e segg., 15 e segg. e 23 e segg.; CATASTINI — *Liberazione condizionale in Italia*. Roma, 1892; GARRAUD — *Précis de droit criminel*, pagg. 212 e segg.

³ *Actes du troisieme congrès d'anthropologie criminelle*, pag. 63; *Scuola positiva*, 1893, pag. 52.

⁴ Lei de 6 de julho e regulamento de 16 de novembro de 1893

contra hoje um substitutivo efficaz na *condemnação condicional*, que bem pôde apparecer como o resultado da revisão do processo ultimado por uma *condemnação effectiva* ¹.

A *redução e commutação* das penas, como modalidades do exercicio do direito de graça, tendem egualmente para a sua conversão em um bem organizado processo de revisão. A *redução* da pena imposta a um criminoso suppõe que a perversidade do seu character é inferior áquella de que se convenceram os julgadores no acto da *condemnação*, implicã a modificação do julgado respectivo e, portanto, deve ser precedida duma nova apreciação dos factos, que traduzem a feição moral do delinquente, e effectuada por meio dum segundo julgamento. Tudo isto é da attribuição do poder judiciario e proprio dum reexame do processo e não da alçada de qualquer outro poder do Estado ou possivel por um procedimento arbitrario. A *commutação* baseia-se num motivo identico e deve realizar-se dum modo semelhante. Se num systema penal se admittem penas de differente intensidade ou duração, é para melhor adaptar o meio repressivo ao character do delinquente e, por isso, a substituição duma por outra dessas penas não constitue um acto indifferente, mas o resultado duma analyse precisa dos factos que possam justificar a mudança da medida penal. Os legisladores vão ponderando estas razões, pois são muitos já os países onde se encontra regulado o exercicio do direito de graça na sua triplice fórma de *perdão, redução e commutação*, no sentido de o assemelhar, func-

¹ FERRI, ob. cit., pagg. 561 e segg.

cionalmente, a um processo revisorio¹. Por este motivo dizia SARRAUTE, no segundo congresso de anthropologia criminal, que a graça não passava duma *revisão deslocada*², duma verdadeira função de magistratura judicial, como pensa AVENEL³. Fundamentado é, por isso, o parecer de que a revisão substituirá a graça como meio de alterar os julgados criminaes, perdoando, reduzindo ou commutando penas.

A graça e a liberdade provisoria são instituições destinadas a remediar erros da justiça lesivas dos direitos individuaes e como taes functionalmente affins da revisão *pro reo*. Da que nós chamamos revisão *pro societate* aproxima-se a *detenção suplementar*, considerada pelos escriptores como um dos institutos complementares do regimen penitenciario. A impossibilidade de medir, no momento judicioario da condemnação, a curva da regeneração do delinquente, determinou, a favor deste, o apparecimento da liberdade preparatoria, e, em beneficio da sociedade, aquella instituição. «O momento, escrevia BONNEVILLE, em que a sociedade, ferida pelo crime, faz pesar a sua mão represiva sobre o criminoso, e áquelle em que, judiciariamente satisfeita, vae entregar o mesmo criminoso á

¹ LEGOUX — *Droit de grace en France*. Paris, 1865, pagg. 28 e segg.; MALAGUZZI — *Il diritto di grazia*, 1891, pagg. 31 e segg.; BONNEVILLE — *Diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*. Paris, 1847, pagg. 114 e segg.; Lei hespanhola de 18 de junho de 1870; EMILIO BRAVO — *La gracia de indulto*. Madrid, 1889, pagg. 208 e segg.; Decreto de 18 de maio de 1893.

² *Actes*, cit., pag. 390.

³ *Revue des deux mondes*, 15 de junho de 1889.

liberdade, são duas épocas igualmente graves, igualmente solennes, que exigem garantias analogas. Da mesma fórmula que, antes de *condemnar*, a sociedade deve investigar escrupulosamente a *culpabilidade*; assim, antes de *pôr em liberdade*, deve verificar a realidade da *emenda*. Quando se entrega á sociedade um homem *não emendado*, provoca-se voluntariamente a eventualidade, se não a quasi certeza duma reincidência; e como a obrigação de emendar entra no numero das condições que tornam legitimo o direito de punir, desde que a emenda não foi produzida pela pena, desde que, portanto, a liberdade pôde comprometter a segurança publica e o proprio futuro do condemnado, é, para a sociedade, um dever de justiça perfazer esta obra não acabada ou, ao menos, tentar um ultimo esforço neste sentido»¹.

Depois destas e doutras considerações congeneres, propunha o grande escriptor, um pouco a medo², a detenção suplementar³, que aliás encontrava consagrada no então vigente código penal da Prussia para «os ladrões e outros delinquentes que, em virtude das suas inclinações viciosas, podessem tornar-se perigosos, quando entregues á sociedade»⁴.

O mesmo principio foi seguido entre nós pelos redactores do projecto de código penal de 20 de outubro

¹ *Institutions complémentaires*, etc., pagg. 250 a 252.

² Ob. cit., pag. 249.

³ Ob. cit., pagg. 255 a 257, 261 a 263.

⁴ Dizia o art. 5.º daquelle código que semelhantes criminosos não deviam ser postos em liberdade, ainda que tivessem cumprido a sua pena, antes de provarem como poderiam viver por algum meio honesto. Ob. cit., pag. 268.

de 1881. «Assim como, dizia o tão notavel relatorio deste projecto, o alarme desaparece com o melhoramento do criminoso e subsiste emquanto este melhoramento se não realiza, do mesmo modo a pena deverá *cessar* logo que elle exista, e deverá *prolongar-se* emquanto senão demonstrar: desta consideração nasceram agora na sciencia penal duas instituições indispensaveis consagradas no projecto — a *liberdade preparatoria* e a *detenção suplementar*»¹. Em harmonia com estas idêas dispunha o projecto: «todo o condemnado a prisão ou degredo de 2.^a ou 3.^a classe², que findo o tempo marcado na sentença não mostrar algum arrependimento, terá um *supplemento de pena*, que será dum terço mais desse tempo, e poderá ser levado ao dobro nos reincidentes»³.

BONNEVILLE attribuia a imposição da detenção suplementar ao ministro do interior ou ao prefeito, segundo o detido estivesse nas prisões centraes ou departamentaes, e portanto a uma auctoridade administrativa, que, em todo o caso, devia ouvir o parecer da commissão das prisões e do ministerio publico⁴. Mais avisadamente, porém, andou a commissão organizadora do projecto de 1861, attribuindo-a ao juizo de primeira instancia da localidade do estabelecimento penal⁵, pois reconheceu que tal imposição vinha alterar o julgado criminal e, portanto, só pelo poder judiciario devia ser feita. É evidente, comtudo, que tanto BON-

¹ *Codigo penal português*. Lisboa, 1864, tomo I, pag. 93.

² *Codigo penal português, Projecto*, art. 82.^o

³ *Projecto*, cit., art. 155.^o

⁴ Ob. cit., pag. 256.

⁵ *Projecto*, cit., art. 155.^o, § unico.

NEVILLE como a nossa commissão faziam depender o prolongamento da pena duma especie de revisão do julgado. E, de facto, a permanecerem os systemas penaes vigentes, segundo os quaes o juiz, ao condemnar o reo, deve fixar a duração da pena, quando não é a propria lei que a fixa, e, porisso, a continuar a ser indispensavel muitas vezes a detenção supplementar, embora, em geral, as legislações a não reconheçam, deve tornar-se da competencia exclusiva do poder judiciario por meio dum processo de revisão, visto entrar na sua função a coneretização individual dos meios de repressão.

A graça, a liberdade provisoria e a detenção supplementar constituem meios de deslocar o limite maximo da duração da pena comminada na sentença condemnatoria e, porisso, processos de, em certo modo, tornar esta sentença indeterminada. Mercê de semelhantes instituições, a detenção do delinquente póde encurtar-se ou prolongar-se, consoante o seu estado moral. Por esta fórma tempera-se o rigor do principio, dominante nas legislações penaes, da quantidade fixa da pena a impor a um accusado e opera-se a transição para o principio opposto das penas indeterminadas, parcialmente applicado por algumas legislações americanas¹ e defendido, com mais ou menos amplitude, por bastantes escriptores contemporaneos².

¹ FERRI, ob. cit., pagg. 498 e 499; *Actes du troisième congrés*, etc., pag. 62.

² FERRI, ob. cit., pagg. 493 e segg.; *Scuola positiva*, 1893, pagg. 945 e segg.; 1896, pag. 545; *Actas do congresso de Roma*, pagg. 4, 32 e segg. e 415; *Actas do congresso de Paris*, pagg. IV, 79 e segg. e 380 e segg.; *Actas do congresso de Bru-*

Este principio baseia-se na impossibilidade de determinar, no momento da condemnação, a medida penal sufficiente exigida pelas necessidades da defesa social. Porisso, os seus propugnadores intendem que os tribunaes criminaes, quando se convençam de que é indispensavel segregar o accusado do meio social, devem limitar-se a applicar-lhe o meio penal conveniente, deixando dependente de ultteriores deliberações e decisões a execução plena da sentença. E, apesar dalgumas divergencias, parece destinada a prevalecer a doutrina sustentado por HAMEL, segundo o qual aquellas decisões devem ser confiadas a uma auctoridade judiciaria, que as tomará mediante um processo semelhante ao processo ordinario — «après une procédure à l'instar de la *procédure ordinaire*»¹. Taes decisões apparecem como verdadeiras revisões do processo da condemnação indeterminada, para individualizar a pena, em harmonia, o mais possivel, com todos os factos que manifestem o character do condemnado.

Quando, pois, os legisladores adoptem o principio das penas indeterminadas, como o melhor meio de adaptar aos criminosos a mais adequada medida de repressão, a revisão será o meio de praticamente o tornar effectivo.

Com as considerações feitas neste numero tivemos apenas em vista indicar alguns dos elementos que devem entrar na integração scientifica da revisão, como era proprio dum capitulo em que estudamos a sua formação evolutiva. Apontamos tendencias que, segundo

xellas, pagg. v, vii, x, 14 a 27, 56 a 64, 65 a 67, 185 a 194, 394 e segg.

¹ *Scuola positiva*, anno cit., pagg. 958.

eremos, o futuro realizará por completo, e que nos auctorizam a prever que a revisão será, na reorganização scientifica do processo criminal, o unico meio legitimo de alterar as sentenças condemnatorias ou absolutorias transitadas em julgado.

12. A grande e incontestavel cooperação do direito romano na evolução juridica em Portugal e as causas geraes que concorreram para o apparecimento da revisão no direito historico dos povos modernos, fizeram com que esta instituição entrasse de ha muito no nosso direito judiciario penal. Começa a manifestar-se ahi com o mesmo caracter que revestira em Roma, uma *graca* do principe em beneficio do innocente condemnado.

As nossas leis sobre revisão de processos tiveram principio no reinado de D. Affonso II, parecendo certo que já anteriormente se lançava mão deste recurso, para remediar os erros das primeiras sentenças¹.

Effectivamente, a primeira e unica lei daquelle reinado sobre o assumpto não estabeleceu o recurso de revisão, mas limitou o seu exercicio, impondo penas áquelles que a pedissem sem motivo sufficiente. «Co-biçando noos, dizia essa lei, poer cima aas demandas, e nam chegar demanda a demandas, e que per esto ajam as demandas fim qual devem, estabelecemos que se algum trover a nosso juizo aquelle, que ouve demandado, depois da sentença dos nossos juizes, que-

¹ *Memoria sobre a fórma dos juizos nos primeiros seculos da monarchia portuguesa*, por JOSÉ VERISSIMO ALVARES DA SILVA, no tomo VI das de LITTER., pagg. 35 e segg., § XXXIX.

*rendo-lhe Nós fazer mercê que lhe conheçam d'erro algum, se o hy houver, e depois for vencido e achado, que a sentença que guainhou a outra parte contra elle, he boa, e qual devia, por esto, por que constringeo seu adversario como non devia, ... seja penado, etc. ...*¹.

Como claramente resulta do seu contexto, a lei não só demonstra a existencia anterior da revisão, mas tambem define o seu character, apresentando-a como uma *mercê do rei*. E é de notar que só do arbitrio do soberano dependia a sua admissão, pois não se especificava caso algum em que a revisão podesse ter lugar.

Menos indeterminadas foram duas leis de D. Dinis, uma de 24 de abril e outra de 7 de junho de 1340². Estas leis, depois de acautelarem o abuso nos pedidos de revisão, admittem-na nos termos seguintes:

- 1.º — «Se as sentenças forem dadas por falsas testemunhas, ou por falsos estormentos, ou por falsas cartas, ou por outra maneira que a sentença seja nenhuma»³.
- 2.º — «Vendo El-Rei primeiramente todo o feito, ou o mandar ver, e achar que ha em elle tal erro, que se deva de correger, entam mande de certa ciencia, que se corregua»⁴.

Apparece aqui uma distincção importante, qual é a de se apresentarem casos de revisão motivada especi-

¹ Transcripta na *Ordenação affonsina*, liv. III, tit. cviii, § 1.º

² *Mem.*, cit., § XL; *Ord.*, cit., §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º

³ *Ord.*, cit., § 3.º

⁴ *Ord.*, cit., §§ 3.º e 5.º

ficadamente ao lado da revisão concedida por mera graça regia.

Esta distincção accentua-se na ordenação affonsina, a qual aos casos de revisão justificada accrescentou o de suborno dos juizes¹ e tornou dependente duma graça especial a revisão dos processos, que se não encontrassem em qualquer daquelles casos: «ou nós por graça especial mandarmos rever as ditas sentenças, e processos, donde sahirem, a qual revista será feita nos ditos casos por nosso mandado especial e doutra guisa nom»². No antigo fôro era conhecida tal distincção sob os titulos de *revisio de justitia* e *revisio ex speciali gratia principis*³.

A ordenação manuelina reconheceu as duas especies de revisão, dispondo, todavia, que a de graça especial fosse requerida dentro de dois mezes a contar da publicação da sentença⁴.

Depois della appareceu o Regimento do Desembargo do Paço de 2 de novembro de 1562, que é de especial importancia para o nosso assumpto⁵. Com effeito, foi este regimento o primeiro diploma que entre nós se referiu á revisão crime. E é notavel que se referiu a ella exactamente para a prohibir, ou antes, para a restringir a um caso muito especial: «Item não receberão outro si (os Desembargadores do Paço) as ditas peti-

¹ *Ord.*, cit., § 6.º; *Mem.*, cit., § XL.

² *Ord.*, cit., § 6.º

³ IGNACIO PEREIRA DE SOUSA — *De revisionibus*, cap. IV; n.º 5; *Mem.*, cit., § XL.

⁴ *Ord. man.*, liv. III, tit. 78, pref. e § 3.

⁵ *Collec. de extr.* de DUARTE NUNES DE LEÃO. Coimbra, 1796, pagg. 28 e segg.

ções de revista, quando se pedir de sentenças dadas em casos crimes, quando pelas sentenças, de que se pedir revista, não for julgada, além da pena crime, tanta fazenda ou bens, que excedão as quantias abaixo declaradas¹, porque então se poderão receber as ditas petições no que tocar á dita fazenda e bens sómente»².

Este facto fez-nos presumir que, se não a lei, pelo menos a praxe, permittia anteriormente o exercicio da revisão no crime. E foi esta uma das razões por que mencionamos a nossa mais antiga legislação sobre *revisitas*, embora ella se refira ao processo civil, como por uma parte claramente o dão a intender os textos e, por outra, o testemunha o logar das ordenações affonsina e manuelina onde a materia está regulada — o 3.º livro, o qual contém a fórma do processo civil³. Á falta de legislação especial recorrer-se-ia, porventura, ao que estava estabelecido para a revisão civil. Mas, ainda mesmo que isto não tenha succedido, aquella referencia serve para nos mostrar a tendencia existente no nosso velho direito para pedir o reexame das sentenças definitivamente julgadas.

Segundo o regimento, pois, a revisão crime era prohibida, admittindo-se apenas no caso de condemnação pecuniaria superior a certa quantia. Igual doutrina foi consagrada pelo novo regimento do desem-

¹ Estas quantias eram: 60\$000 réis em causas moveis e 100\$000 réis em immoveis. Reg. de 2 de novembro de 1562, § 117.º

² *Regimento*, cit., § 114.º

³ COELHO DA ROCHA — *Ensaio*, pag. 123.

bargo do paço de 27 de julho de 1582¹ e pela ordenação filippina². Num e na outra reaparece a doutrina do § 114.º do regimento de 1562.

A disposição proibitiva da ordenação era diversamente interpretada pelos nossos velhos jurisconsultos.

ALVARO VALASCO³, ao enumerar os casos em que a revisão devia ser recusada, reproduzia a doutrina da ordenação, acompanhando-a de duas observações dalgum interesse, uma relativa á possibilidade jurídica da revisão das sentenças que impozessem, além da pena crime, uma condemnação pecuniaria, respeitante a outra á sua applicação pratica.

Eis a primeira observação do notavel reinicola: «Sed vidi aliquando dubitari, qui fieri potest ut concedatur revisio de sententia criminali, quoad poenam pecuniariam bonorum tantum, cum non possit relevari poena civilis bonorum, quin poena criminalis laedatur, quoad praesumptionem justitiae; quia unica est condemnatio, quae non potest judicari injusta, quoad poenam pecuniariam tantum, quin non offendatur altera pars sententiae, qua non conceditur revisio, cum sequatur ex eisdem probationibus»⁴. Á difficuldade levantada por VALASCO tentou responder IGNACIO PEREIRA DE SOUSA, distinguindo entre a pena corporal e a pena pecuniaria impostas na mesma sentença, e dizendo que a pena corporal nem sempre andava acompanhada de pena

¹ *Systema dos regimentos reaes*, tomo VI, pagg. 265 e segg.; *Reg.*, cit., § 33.º

² Liv. III, tit. 95, § 11.º

³ *Decisionum, consultationum, ac rerum judicatarum*, tomo I, Consultatio LI, pagg. 83 e segg.

⁴ Ob. e log. cit., § 52.º

pecuniaria e que o juizo revisorio tinha exactamente por fim determinar se a pena pecuniaria devia ou não ter logar ¹. É bem de ver, porém, que a difficuldade de VALASCO ficava de pé, pois era filha duma grave incoherencia da ordenação. Punia o delinquente com uma pena corporal e com uma pena pecuniaria, motivadas pelo mesmo facto criminoso, e suppunha que só podia haver injustiça na imposição da segunda. Deixemos, comtudo, a incoherencia e filiamo-la na averiguada superioridade historica do respeito á propriedade relativamente ás garantias da integridade pessoal ².

Quanto á applicação pratica da revisão crime, escrevia VALASCO: «Et ideo raro vidi concedi revisionem in causa criminali, etiam quoad poenam pecuniariam, ratione supradicta» ³.

A esta observação responde tambem PEREIRA DE SOUSA, affirmando que havia muitos exemplos de concessão de revisão em causas crimes, mesmo naquellas em que se tinha imposto simplesmente uma pena corporal ⁴, o que aliás é confirmado por MENDES DE CASTRO ⁵ e MELLO FREIRE ⁶.

Não convem que passemos adiante sem referir uma interpretação subtil e curiosa dada por PEREIRA DE

¹ Ob. cit., pagg. 60 e 61.

² *La scienza del diritto privato — Rivista critica di studi giuridici e sociali*, 1896, pagg. 87 e segg.; F. MAGRI — *I reati contro la proprietà*. Livorno, 1895, pagg. 2 e segg.

³ Ob., log. e §§ citt.

⁴ Ob. cit., pag. 61.

⁵ *Practica lusitana*, lib. III, cap. xx, n.º 9.

⁶ Ob. cit., lib. IV, pag. 265.

Sousa ao texto prohibitivo da revisão crime. O erudito escriptor, lembrando que a revisão fôra introduzida para que a verdade triumphasse do erro, que os juizes, por mais sabedores que fossem, podiam errar «*imbecillitate humana, affectione aliqua, vel per sordes*», e que era mais grave o prejuizo causado por uma condemnação crime, onde podia apparecer a pena capital, a tortura, a mutilação, o açoite, etc., do que o produzido por uma condemnação civil, onde apenas se tracta de interesses pecuniarios, achava duro o preceito da ordenação e, porisso, procurava dar-lhe uma interpretação que tornasse menos saliente o absurdo.

Para isto tentou descobrir, por detrás da lei, uma distincção, que a sua letra de modo algum auctorizava: «Non ita, dizia elle, meo quidem judicio, indistincto accipienda est et generaliter intelligenda (ordinatio) de omnibus sententiis latis in causis criminalibus, sed facienda erit differentia inter sententias, quarum executiones (licet revisioni subjacerent) omnino essent irretractabiles, et utiliter non possent revocari, et illas, quarum executiones possunt postea commode revocari per sententiam revisionalis instantiae, ita ut in prima specie intelligenda tantummodo sit revisionis prohibitio, aliter vero in secundo casu»¹. Tal distincção não passou dum generoso desejo de attenuar os effeitos duma lei absurda. Nenhum dos reinicolas a perfilhou², e o proprio PEREIRA DE SOUSA declara que

¹ Ob. cit., pagg. 58 e 59.

² PEGAS — *Ad ordinat.* Tomo II, pag. 184; MENDES DE CASTRO, ob. cit., cap. 20; MELLO FREIRE, ob. cit., lib. IV, tit. XXIII, § 28.º, nota.

sempre era mais seguro pedir a revisão, nas causas crimes propriamente dictas, só mediante dispensa da ordenação por *graça do rei*¹.

Mas, se a lei prohibia a revisão crime, acima della estava a pessoa do soberano, que podia dispensá-la e permittir, portanto, o reexame dos processos criminaes. Assim aconteceu. Ao lado da *revisio de justitia* e da *revisio ex speciali gratia principis*, começou a apparecer uma terceira especie de revisão, concedida por mercê especialissima dos reis, nos casos em que a lei a prohibia expressamente. Esta especie de revisão foi denominada por THOMÁS PINHEIRO DA VEIGA — *revisio principis ex gratia specialissima*². Em que ella consistia di-lo SOUSA claramente: «Ideirco oportet, quod revisio ex gratia specialissima illa est, cujus concessio semper Supremo Principi reservata censetur in illis speciebus in quibus alias minime revisio erat competitura, neque illius supplicatio in Senatu aulico admittenda, attenta expressa, sive interpretativa ordinationis regiae sanctione». Enumerando em seguida os casos em que, por lei, a revisão devia ser recusada, acrescenta: «Omnia tamen cessabunt quando princeps ex plenitudine suae potestatis, certa scientia ac ex gratia specialissima, justa et gravi causa interveniente aliud voluerit³. Tal era o estado da revisão crime na vigencia da ordenação filippina.

Por lei de 3 de novembro de 1768 foi de novo re-

¹ Ob. cit., pagg. 61 e 62.

² *Tyrocinium senatoris* (manuscripto cit. por PEREIRA DE SOUSA, pag. 7).

³ Ob. cit., pag. 312.

gulada a doutrina das revistas, sem que, comtudo, soffresse qualquer modificação de importancia a parte relativa ás causas crimes, como se vê do art. 4.º, o unico que tracta desta materia: «Determino que debaixo da denominação de — *revista de graça especialissima* se não possam intender nem julgar comprehendidos senão os dois casos: ou de ser a revista reprovada por direito, *como succede nas causas crimes*, ou de ser passado o termo estabelecido pela lei para a revisão das causas civeis». Esta lei, esclarecida pelo decreto de 5 de novembro de 1768, foi o ultimo diploma do antigo regimen sobre revisão de processos. Apurando agora os principios vigentes no nosso velho direito sobre o instituto que estudamos, encontra-se:

1.º — A revisão crime era uma graça especialissima dos reis ¹;

2.º — Podia ser concedida *«justa et gravi causa interveniente»*², e, portanto, sem limitação de casos ³.

Antes de terminar o presente numero, devemos observar, para evitar equivocos sobre o que deixamos escripto, que o systema das revistas do nosso antigo direito representava um todo homogenio, que as reformas legislativas deste seculo differenciaram em duas instituições bem definidas — a *revista* e a *revisão*.

¹ MELLO FREIRE, ob. cit., lib. IV, tit. XXIII, §§ 26.º, 27.º e 28.º, e lib. V, tit. XXI, § 2.º; PEREIRA E SOUSA — *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, nota 495; Sr. ALVES DE SÁ — *Supremo Tribunal de Justiça*. Lisboa, 1892, pagg. 30 e 31.

² PEREIRA DE SOUSA, ob. e log. cit.

³ MELLO FREIRE, ob. cit., lib. IV, tit. XXIII, § 28.º, nota.

Com effeito, no direito anterior a revista não só podia ser motivada por nullidades do processo ou por nullidades da sentença, o que hoje constitue o seu objecto especifico ¹, mas ainda pelo perjurio das testemunhas, pelo suborno dos juizes e pela falsidade das provas, factos que os modernos codigos de processo criminal consideram casos de verdadeira revisão ², e até por quaesquer outras graves razões que o soberano julgasse attendiveis, o que vae de accordo com o systema daquellas legislações que alargam o recurso de revisão a todos os casos de erros judiciarios.

Além disso, se a revista de justiça e de graça especial devia ser pedida no prazo de dois mezes a contar da publicação da sentença, a revista de graça especialissima, unica applicavel nas causas crimes, podia ser requerida a todo o tempo, como a principio o intendia a praxe e depois o estabeleceu expressamente a lei ³. Esta possibilidade deixou de acompanhar a revista propriamente dicta na sua transformação num recurso ordinario, mas apparece na revisão como um dos seus elementos constitutivos. Vamos agora ver como se opera o desdobramento das duas instituições e se integra a revisão entre nós.

¹ Decreto de 19 de maio de 1832, art. 1.º, n.º 3, e § 1.º; Lei de 19 de dezembro de 1843, art. 1.º, §§ 1.º e 2.º; *Codigo do processo civil*, art. 1159.º

² *Codigo francês*, art. 443.º, n.º 3; *Codigo italiano*, art. 690.º; *Codigo austriaco*, art. 353.º, n.º 1; *Codigo allemão*, art. 399.º, n.ºs 2 e 3; *Nova reforma judiciaria* de 13 de janeiro de 1837, artt. 404.º e 407.º; *Novissima reforma judiciaria* de 21 de maio de 1841, artt. 20.º, n.ºs 3 e 4, 1265.º e 1268.º

³ Lei de 3 de novembro de 1768, art. 4.º

13. A profunda transformação social iniciada pela França no fim do seculo passado produziu naquelle grande país, entre tantissimos e tão prestimosos resultados, a transformação da revisão-graça na revisão-direito; a sua continuação em Portugal determinou cá um facto identico. Á semelhança do que fazia a constituição franceza de 1791¹, creou a nossa constituição de 23 de setembro de 1822 um tribunal supremo, que appellidou — Supremo Tribunal de Justiça, em cujas funções entrava a *de conceder ou negar revistas*².

Egual disposição consagrou a carta constitucional de 29 de abril de 1826, a qual deixou para lei especial a determinação das causas em que a revista poderia ter logar e a organização do processo da sua concessão³.

No decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, que organizou o poder judiciario e estabeleceu a fôrma do processo, em harmonia com os principios da lei constitucional, permittia-se a revista tanto no cível como no crime⁴, devendo o regimento do supremo tribunal de justiça determinar os casos em que a este competiria tomar conhecimento do feito para concedê-la ou denegá-la⁵. O regimento do tribunal, decretado em 19 de maio de 1832, fixou a doutrina de que o recurso de revista podia ter logar nos casos de preterição dalguma formalidade de processo, que as leis do reino estabelecessem sob pena de nullidade, e de errada ap-

¹ Art. 19.º

² Artt. 191.º e segg.

³ Artt. 130.º e 131.º

⁴ Artt. 143.º, 144.º, 222.º, etc.

⁵ Art. 144.º

plicação das mesmas leis¹. Este recurso devia ser interposto no prazo de dez dias a contar da publicação da sentença respectiva².

Vê-se, pois, que a revista crime da legislação liberal é bem diversa da velha revista crime, possível em todos os casos e a todo o tempo. Emquanto esta se destinava a remediar o erro judiciario, sempre que elle se manifestasse, aquella tende a preveni-lo, fazendo parte integrante da acção judiciaria penal, como um recurso ordinario.

Faltava assim um remedio juridico para conseguir a emenda duma sentença erronea já passada em julgado. O recurso á graça soberana era o unico meio de preencher a lacuna. Todavia, o exemplo da França, cujas instituições foram tantas vezes imitadas nas nossas reformas liberaes, e a nova theoria da liberdade que tanto attendia aos direitos individuaes, em breve determinaram o reaparecimento da revisão-crime, não como uma graça dos reis, mas como um direito dos cidadãos.

A reforma judiciaria de 13 de janeiro de 1837, imitando, mais ou menos, o codigo de instrucção criminal francês, permittiu a revisão crime nos casos *de existencia de duas sentenças contradictorias*³, *de condemnação dalguma testemunha por perjurio*⁴ e *de condemnação dalgum dos jurados, que interviesses na sentença, por*

¹ Art. 1.º, §§ 1.º e 2.º

² Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, artt. 119.º § 2.º, 217.º e 243.º § 1.º

³ Art. 402.º

⁴ Art. 404.º

suborno ou peita ¹. Era concedida pelo supremo tribunal de justiça, depois de promovida pelo procurador geral da corôa, *ex officio* ou a requerimento dos condemnados, e effectuada num juizo de primeira instancia, diverso daquelle que tivesse proferido o primeiro julgamento ². Transparece claramente nestas disposições a influencia do codigo francês, tanto na grande limitação do numero de casos de revisão, como na perfeita identidade de dois dentre elles, e na competencia dos tribunaes para concedê-la e effectuá-la ³. Nota-se, comtudo, um ponto de superioridade da nossa lei sobre o codigo francês, qual é o facto de não tornar dependente duma ordem do ministro da justiça o processo para a concessão da revisão ⁴. Bastava que o procurador geral da corôa, *ex officio* ou a requerimento do reo, promovesse aquelle processo ⁵.

O systema da reforma judiciaria de 1837 foi adoptado na sua integra pela novissima reforma judiciaria de 21 de maio de 1841.

14. Aquelle systema era, porém, demasiado restricto, e dahi o apparecimento de tentativas de reforma no sentido de ampliar o direito de revisão. Em 1861 era publicado o projecto do codigo penal relatado pelo grande criminalista LEVY MARIA JORDÃO, o qual, entre as causas extinctivas da responsabilidade criminal, apontava a rehabilitação do criminoso em consequen-

¹ Art. 407.º

² Artt. 402.º, 404.º e 407.º

³ Conf. *Cod. instr. crim. francês*, artt. 443.º e segg.

⁴ *Cod.*, cit., art. 444.º

⁵ Artt. 154.º, n.º 4, e 169.º

cia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria ¹. Numa edição do mesmo projecto de 26 de dezembro de 1864 foi inserido o seguinte artigo, que bem mostra a tendencia dos seus redactores para alargar o direito de revisão: «Todo o condemnado que se julgar innocente pôde pedir a revisão de sentença, nos casos e nos termos do codigo do processo, qualquer que seja a natureza da infracção» ². O projecto nem chegou a ser discutido, e codigo de processo criminal nenhum outro havia além da reforma judiciaria de 1841. Continuaram, porisso, as coisas no mesmo estado.

Em 1874 appareceu o *Projecto de codigo de processo criminal* do sr. NAVARRO DE PAIVA. Uma das capitães innovações deste projecto, como o auctor o declara ³ e a critica o reconhece ⁴, era constituida pelas disposições relativas á revisão da sentença condemnatoria.

O sr. NAVARRO DE PAIVA apresentava a revisão como uma das causas suspensivas da execução da sentença condemnatoria ⁵ e concedia o direito de a requerer a todos os reos condemnados por infracções sujeitas á competencia criminal, quando allegassem a existencia de erro judiciario que tivesse motivado a primeira

¹ Artt. 154.º, n.º 4, e 169.º

² Art. 170.º

³ *Breve exposição de motivos do projecto de codigo de processo criminal*, pag. xxxiv.

⁴ *Estudos juridicos ácerca do projecto de codigo de processo criminal do sr. conselheiro Navarro de Paiva*, por FRANCISCO MEDEIROS, seguidos de breve resposta aos mesmos estudos pelo auctor do projecto. Coimbra, 1877, pagg. 85 e segg.

⁵ Art. 664.º, n.º 6.

condenação¹. Devia concedê-la o supremo tribunal de justiça e ser effectuada na mesma comarca onde fôra proferida a condenação, com intervenção de jury especial e sob a presidencia dum juiz diverso daquelle que tivesse presidido ao primeiro julgamento². O condemnado, que pretendesse usar do direito de revisão, começaria por dirigir um requerimento ao juiz de direito da comarca, instruindo-o com uma justificação de testemunhas com citação e audiencia do ministerio publico e julgada procedente pelo mesmo juiz. Este magistrado communicaria o requerimento ao do ministerio publico para elle o enviar ao procurador geral da corôa, a quem competia apresentá-lo ao supremo tribunal de justiça, a fim de resolver sobre a concessão ou negação da revisão³.

Devemos notar que o projecto se não limitou a estas disposições em materia de revisão, embora assim o pareça. Em verdade, entre as causas suspensivas da execução da sentença condemnatoria apparecem os factos que, pela novissima reforma judiciaria, podiam

¹ Art. 666.º Segundo o projecto a que nos vamos referindo, a competencia dos tribunaes criminaes podia ser determinada pela qualidade e situação do agente da infracção, pelo lugar em que fosse commettida e pela sua classificação. Esta ultima era subdividida em criminal, correccional e de policia correccional. A' competencia criminal pertenciam as infracções a que correspondesse alguma das seguintes penas: degredo perpetuo, degredo temporario, prisão maior temporaria, expulsão do reino, perda de direitos politicos e prisão correccional excedente a dois annos. (Vid. artt. 215.º, 216.º, 225.º e 260.º)

² Artt. 666.º, § 2.º, e 667.º

³ Art. 666.º, § 2.º

motivar a revisão, isto é, a inconciliabilidade de duas sentenças condemnatorias pelo mesmo crime, a condemnação por falso testemunho e a condemnação dalgum jurado por suborno ou peita ¹. Em qualquer destes casos podia o procurador geral da corôa promover que o supremo tribunal de justiça annullasse o processo ou processos respectivos e os enviasse a um juizo de primeira instancia, diverso daquelle em que os reos, a testemunha ou o jurado tivessem sido condemnados, para se proceder a novo julgamento ². E é notavel que todas estas disposições eram applicaveis tanto ás condemnações por infracções pertencentes á competencia criminal, como ás impostas por infracções sujeitas á competencia correccional ou de policia correccional ³. Esta incoherencia do projecto foi determinada, por ventura, pelo facto de o seu auctor não querer tirar aos condemnados em penas correccionaes uma garantia reconhecida pela legislação em vigor. Felizmente a incoherencia era favoravel á descoberta e reparação do erro judiciario. Assim ella fosse até ao ponto de tornar possivel em todos os casos a revisão da sentença condemnatoria ⁴.

¹ Art. 664.º, n.ºs 2, 3 e 4.

² Artt. 1039.º, n.ºs 2, 3 e 4, 1040.º a 1045.º e 1003.º a 1007.º

³ Artt. 774.º e 802.º

⁴ O systema do projecto do codigo de processo criminal sobre revisão foi criticado pelo sr. MEDEIROS nos citados *Estudos juridicos*. O illustre critico, depois de tecer francos elogios ao auctor do projecto pelas importantes innovações por elle feitas em materia de revisão e depois de escrever algumas paginas eloquentes sobre a justiça desta instituição, notava as imperfeições de que, no seu pensar, infermava, sobre o assumpto, o systema adoptado. Eram quatro os principaes

Apesar disso o systema do projecto tinha sobre o da *Novissima reforma judiciaria* a incontestavel vantagem de ampliar bastante o direito de revisão.

defeitos notados pelo sr. MEDEIROS. Começava por apresentar o inconveniente de não ser admittida a revisão nos casos de competencia correccional. «A reforma limitada aos casos de competencia criminal, dizia elle, é só meia reforma e meia justiça, o que quer dizer injustiça manifesta e flagrante desigualdade. É juizo nosso, que tanto direito tem o condemnado a manifestar a sua innocencia, quando é grave o crime de que foi accusado, como se elle é leve. Ha em qualquer caso uma questão de honra, de reputação, de verdade, emfim de justiça, de cuja essencia é dar a cada um o que é seu.» (pagg. 89 e 90.) Esta limitação já havia sido impugnada pelo sr. DR. ASSIS TEIXEIRA na these: «Com o projecto do *Codigo de processo criminal* do sr. NAVARRO DE PAIVA admittimos a revisão da sentença condemnatoria, fundada em erro judiciario, sem a limitar aos crimes designados no art. 260.º do mesmo projecto». (*Theses ex universo jure*, pag. 23.)

Passava depois o censor do projecto a impugnar a limitação da prova da justificação preliminar, pois que lhe parecia justo que para a sua procedencia fossem admittidas todas as especies de provas, que a lei reconhece, e não sómente a prova testemunhal (pag. 94). Combatia, em seguida, a competencia do supremo tribunal de justiça para conceder ou negar a revisão, já por não poder haver recurso das suas decisões, já porque, se a justificação preliminar fosse julgada procedente, lhe parecia que ella constituia uma garantia racional e sufficiente contra a possibilidade de quaesquer inconvenientes (idem).

Finalmente, aponta como uma grave lacuna do projecto o facto de elle não garantir á familia do condemnado fallecido o direito de revisão da sentença, direito exigido pela importancia dada ás tradições de familia (pag. 95).

O sr. NAVARRO DE PAIVA respondeu ligeiramente ás considerações do sr. MEDEIROS. A' primeira critica contrapôs o recio de abusos; attendeu a segunda, admittindo ao lado da

É, porém, digno de surpresa o que o sr. NAVARRO DE PAIVA fez no *Projecto definitivo do código de processo criminal*, publicado em 1882. Neste projecto manifestou o auctor um retrocesso notavel. A revisão, como elle a considerava no projecto anterior, desapareceu dentre as causas suspensivas da execução da sentença condemnatoria. Nem mesmo aos condemnados por crimes ou delictos a que correspondessem penas maiores concedia o direito de requerer a revisão da sentença condemnatoria, quando pudessem allegar a existencia de erro judiciario, que tivesse motivado a primeira condemnação ¹. Desta vez contentou-se o sr. NAVARRO DE PAIVA com accrescentar aos casos de revisão admittidos pela *Novissima reforma judiciaria* o da existencia da pessoa julgada morta pelo crime de que resultára a condemnação ², que encontrára prevenido nas legislações franceza e hespanhola ³.

prova testemunhal a prova documental; repelliu a terceira, inculcando a auctoridade e sciencia do supremo tribunal de justiça, como penhor duma decisão justa na concessão ou negação de revisão, e encontrando um perigo grave no simples precedente duma justificação judicial; e accitou, em certo modo, a quarta, attendendo ao interesse da familia pela reputação dos seus membros ainda além do tumulo, embora no projecto de 1886 seguisse doutrina contraria, argumentando com a não existencia de penas perpetuas. (Vid. *Estudos juridicos*, etc., pagg. 158 e segg.) Adeante apreciaremos o valor da critica do sr. MEDEIROS e da resposta do sr. NAVARRO DE PAIVA.

¹ *Projecto definitivo*, art. 365.º

² *Projecto*, cit., artt. 40.º, n.ºs 3 e 4; 365.º, n.ºs 3, 4 e 7; 540.º a 544.º e 529.º

³ *Código francês*, art. 444.º; *Código hespanhol*, de 22 de dezembro de 1872, art. 892.º, n.º 2.

Qual seria o motivo de tão estranha resolução? O auctor nada nos diz sobre o caso. Todavia, parece que cedeu á influencia da legislação franceza, italiana e hespanhola e ao receio de abalar a ordem social com a mutabilidade dos julgados, como é licito pensar em face de certas passagens da exposição de motivos que precede o projecto definitivo ¹. Mas, qualquer que fosse o motivo, o que é certo é que o systema abraçado neste projecto pelo sr. NAVARRO DE PAIVA é muito mais imperfeito do que o seguido no projecto de 1874. E tanto assim, que o illustre magistrado o abandonou no terceiro e ultimo projecto do codigo de processo criminal, publicado em 1886.

Entre o segundo e o terceiro projecto do sr. NAVARRO DE PAIVA convem referir um projecto especial sobre revisão do sr. JULIO DE VILHENA, apresentado á camara dos senhores deputados na sessão legislativa de 1883, e a disposição da reforma penal de 14 de junho de 1884 relativa á reabilitação do condemnado, por meio de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria, como causa extinctiva da responsabilidade criminal. E isto não só por uma razão chronologica, mas, principalmente, por um motivo de filiação logica. Ao reaparecimento da revisão no terceiro projecto do sr. NAVARRO DE PAIVA não foram estranhos nem o projecto do sr. JULIO DE VILHENA nem a reforma penal de 1884.

Dos importantes projectos de lei apresentados ao parlamento pelo sr. JULIO DE VILHENA naquella ses-

¹ *Projecto definitivo, etc. Exposição de motivos*, pagg. 11, 22 e 23.

são ¹, versava o quarto sobre a revisão dos processos crimes ². O notavel estadista fazia preceder o projecto dum bem elaborado relatorio, em que fundamentava o instituto da revisão no processo criminal, referia o seu apparecimento no direito romano e a sua adopção pelo antigo e moderno direito portuguezs, estabelecia as differenças entre a revisão e a graça, mostrava a necessidade de a reconhecer em quaesquer casos de erros judiciarios, legitimava a competencia do supremo tribunal de justiça para a conceder, justificava a conveniencia de ampliar o direito de a pedir aos representantes do reo fallecido, e realçava a sua utilidade nestes termos: «Na sociedade actual a justiça é a força preeminente na manutenção da ordem. É indispensavel, para que seja austera, grave e respeitada, que tenha com o imperio das leis o dominio moral, que sómente se adquire pela rectidão das suas sentenças. A condemnação dum innocente, que fica sem reabilitação possivel no regimen actual, sendo um grande mal para o individuo, é um mal gravissimo para a instituição da justiça, que fica exauctorada e sem o necessario prestigio» ³.

Passando do relatorio ao projecto, vejamos as suas disposições fundamentaes. A revisão só podia ter logar em beneficio dos injustamente condemnados, e nem de todos, mas apenas daquelles a que tivesse sido applicada alguma pena maior ⁴. Dentro, porém, desta cate-

¹ *Diario da camara dos senhores deputados*, 1883, vol. II, pagg. 1871 e segg.

² *Diario*, cit., pagg. 1884, 1885 e 1891.

³ *Diario*, cit., log. cit.

⁴ Artt. 1.º e 15.º

goria de condemnados não havia limitação de casos, facultando-se o pedido de revisão sempre que occorressem circumstancias capazes de justificar a improcedencia da accusação¹, tanto em vida do condemnado, como depois da sua morte². Tinha competencia para a conceder o supremo tribunal de justiça e para a effectuar um juizo de primeira instancia diverso do que proferisse o primeiro julgamento³. Negada a revisão ou julgado improcedente o processo revisorio, só passados cinco annos, a contar da data do respectivo accordo ou sentença, seria permittido novo pedido de revisão⁴. Eis as principaes disposições do projecto na parte que propriamente respeita á revisão de processos criminaes. Não entrou em discussão nem por qualquer fórma chegou a ser lei do país e, porisso, continuou em vigor a *Novissima reforma judiciaria*. A necessidade de a reformar não deixou, contudo, de dominar os espiritos.

A reforma penal, approvada pela lei de 14 de junho de 1844, á imitação do que fazia o projecto do codigo penal de 1861, onumerou entre as causas extinctivas da responsabilidade criminal a rehabilitação do condemnado em consequencia da revisão extraordinaria da sentença condemnatoria⁵. Esta doutrina passou para o codigo penal de 1886, que nada mais é do que o codigo de 1852, modificado pela lei de 14 de junho de 1884⁶.

¹ Art. 2.º

² Artt. 12.º, 13.º e 14.º

³ Artt. 3.º, 4.º, 5.º e 14.º, § 2.º

⁴ Artt. 9.º, 11.º e 14.º, § 8.º

⁵ Art. 89.º, n.º 3 e § 5.º

⁶ Art. 126.º, n.º 3 e § 5.º

Como era proprio duma lei substantiva, o codigo penal limitou-se a reconhecer a revisão como meio de rehabilitar o condemnado innocente, deixando á lei adjectiva o regular o seu exercicio. A lei de processo penal vigente continuava a ser a reforma judiciaria de 1841, cujo systema bem conhecemos. Propôs-se reformá-la mais uma vez o sr. NAVARRO DE PAIVA, publicando em 1886 o seu terceiro projecto do codigo de processo criminal. Em materia de revisão abandonou o auctor o systema do projecto de 1882 para seguir o do projecto de 1874, melhorando-o um pouco.

Com effeito, o sr. NAVARRO DE PAIVA reproduziu as disposições deste projecto, fazendo tres addições dalguma importancia. Acrescentava aos casos de revisão, indifferentemente concedida aos reos condemnados em penas maiores ou correccionaes, o da existencia da pessoa reputada morta pelo crime ¹; permittia na justificação judicial, ao lado da prova testemunhal, a junção de quaesquer documentos comprobativos da improcedencia da accusação ²; finalmente, determinava que, na hypothese de a revisão ser negada ou de se ratificar a condemnação, o reo não poderia requerer outra revisão sem terem passado cinco annos a contar da data do respectivo accordão ou sentença ³. A primeira modificação está de harmonia com as legislações franceza, italiana e hespanhola, a segunda traduz uma das indicações do sr. MEDEIROS e a terceira foi inspirada pelo projecto do sr. JULIO DE VILHENA.

¹ Artt. 405.º, n.º 7, e 615.º

² Art. 417.º

³ Artt. 422.º e 424.º

Ainda desta vez não obteve sanção legal o trabalho do douto magistrado, ficando sem regulamentação o principio consignado pelo código penal relativamente á reabilitação dos condemnados que pudessem provar a sua innocencia por meio de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria. Pretendeu preencher a lacuna o deputado BERNARDINO PINHEIRO, apresentando ao parlamento um projecto sobre revisão de sentenças em materia criminal na sessão de 12 de janeiro de 1892¹. Havia neste projecto algumas innovações, que convem apontar. O direito de revisão era concedido não só aos condemnados em penas maiores, mas tambem aos condemnados em prisão correccional superior a um anno ou demissão de emprego, podendo a revisão ter logar ainda depois da morte do condemnado, para lhe desaggravar a memoria². O processo revisorio devia ser instaurado no juizo de primeira instancia, civil ou militar, em que tivesse corrido a causa crime, independentemente de resolução dalgum tribunal superior, e seguir seus termos até final, sem intervenção do jury³. Das suas decisões haveria recurso para a relação respectiva ou para o tribunal superior de guerra e marinha⁴, e dahi para o supremo tribunal de justiça, cuja intervenção era necessaria para confirmar a sentença absolutoria de revisão, sem o que ella não podia passar em julgado⁵. Era seguida a idéa

¹ *Diario*, cit., 1892, vol. II, sessão de 12 de janeiro, pagg. 2 e segg.

² Art. 2.º e § 2.º

³ Artt. 3.º e 5.º, § 1.º

⁴ Artt. 5.º, § 1.º, e 6.º, §§ 2.º, 4.º, 5.º e 6.º

⁵ Art. 5.º, §§ 1.º e 3.º e art. 7.º

de que, julgada improcedente a acção de revisão, ao reo só passados cinco annos seria permittido requerer nova revisão, se fosse elle quem tivesse requerido a primeira ¹.

O projecto BERNARDINO PINHEIRO chegou a ter dois pareceres das commissões reunidas de legislação civil e criminal ². No primeiro desses pareceres encarecia-se a necessidade da revisão em nome da sciencia, da justiça e da humanidade, mostrava-se a tendencia das legislações dos povos cultos para reparar, por meio da revisão, as sentenças injustas, verificava-se como essa tendencia se realizava no direito portuguez e indicava-se a urgencia de tornar effectiva a já conhecida disposição do codigo penal sobre rehabilitação ³; no segundo estabelecia-se a base juridica da revisão e fundamentava-se a sua ampliação a todas as condemnações, qualquer que fosse a qualidade da pena ⁴. Em harmonia com esta ultima consideração introduziu-se no projecto uma alteração importante, qual foi a concessão do direito de revisão a todos os condemnados que apresentassem as provas da sua innocencia, sem distinguir entre penas maiores e correccionaes ⁵.

Posto o projecto em discussão na sessão de 13 de julho de 1893, foi logo retirado, por não ter sido annunciado para a ordem do dia daquella sessão e haver na camara quem protestasse por esse facto, allegando

¹ Art. 8.º

² *Diario*, cit., 1893, vol. I, sessão de 19 de maio, pagg. 3 e segg.; vol. II, sessão de 13 de julho, pagg. 10 e segg.

³ *Diario*, cit., sessão de 19 de maio, pag. 4.

⁴ *Diario*, cit., sessão de 13 de julho, pagg. 7 e 8.

⁵ Art. 2.º

o desconhecimento da materia que elle encerrava ¹. E, assim, mais uma vez o nosso parlamento deixou sem resolução um problema tão palpitante de justiça e de humanidade. Era necessario que viesse o interregno parlamentar para o poder executivo preencher dictatorialmente a lacuna indefinidamente deixada em aberto pelo poder legislativo.

15. O decreto dictatorial de 27 de fevereiro de 1895 satisfez as aspirações de justiça de ha tanto tempo manifestadas, e tornou viavel a disposição da lei penal relativa á rehabilitação dos reos, cuja innocencia fosse comprovada. Este decreto foi integralmente convertido na lei de 3 de abril de 1896, pelo que indicaremos ao mesmo tempo as disposições fundamentaes dos dois diplomas legislativos.

Submettido á approvação parlamentar e entregue á commissão de legislação criminal da camara dos senhores deputados, foi relatado na sessão da mesma camara de 22 de fevereiro e votado, sem discussão, na sessão de 7 de março de 1896 ². Enviado á camara dos dignos pares e submettido á respectiva commissão de legislação criminal, apresentou esta o seu parecer na sessão de 16 de março, sendo approved, sem discussão, tanto na generalidade como na especialidade, na sessão de 23 do mesmo mês ³. Subiu á sancção regia, convertendo-se em lei do país, no dia 3 e foi publicado no *Diario do governo*, n.º 81, no dia 13 de abril do mesmo anno.

¹ *Diario*, cit., sessão de 13 de julho, pag. 15.

² *Diario*, cit., 1896, pagg. 315 e 524.

³ *Diario da camara dos dignos pares*, 1896, pag. 298.

Possuimos, emfim, uma lei especial sobre revisão, cujo systema convem determinar, para a relacionarmos com o movimento geral das legislações europeas sobre aquella instituição e prevermos, porventura, o plano de reformas que ella terá de soffrer, em harmonia com as tendencias que se vislumbram no aperfeiçoamento do direito actual.

A lei de 1896, bem como o decreto de que ella resultou, filia-se evidentemente na primeira das correntes intermediarias do direito moderno sobre revisão ¹. Só é concedida em beneficio do reo injustamente condemnado ², mas sobre este ponto de vista não soffre limitação alguma, nem da qualidade da pena imposta na condemnação nem do numero de casos em que pôde ser pedida ³, facultando-se mesmo depois da morte do condemnado, como meio de justiça posthuma, para lhe desaggravar a memoria e para illibar as tradições de familia ⁴. Confere-se ao tribunal supremo, civil ou militar, a competencia de a conceder e attribue-se a sua realização a um juizo de primeira instancia, diverso, em geral, daquelle que proferir o primeiro julgamento ⁵. Eis o que da lei nos importa conhecer nesta altura do nosso trabalho.

Ao lado da evolução legal das instituições sociaes opera-se sempre a sua evolução doutrinal, onde se elaboram os principios, que as leis devem traduzir. A historia da revisão em Portugal tem seguido, de estadio

¹ Vid. supra, pagg. 83 e segg.

² Lei de 3 de abril de 1896, art. 1.º

³ Lei cit., artt. 2.º e 17.º

⁴ Lei cit., artt. 15.º e 16.º

⁵ Lei cit., artt. 3.º, 6.º, 7.º e 18.º

a estadio, as tendencias doutrinaes do nosso direito. No velho regimen a revisão-graça era um producto da theoria politica que fazia do soberano a fonte da justiça. A revisão-direito das reformas liberaes traduz a influencia dos principios scientificos que attribuiram ao individuo garantias, que a antiga organização social não reconhecia. Nos primeiros momentos desta phase evolutiva da revisão, entre nós, como na França e nos países que seguiam na sua esteira, votava-se ao jury e á nova fórma do processo um respeito grande de mais para alargar a revisão além dos casos em que houvesse quasi a certeza ou, ao menos, uma grave presumpção de erro no julgado criminal. Todavia, o tempo passa, a fé nas novas instituições vae afrouxando e os espiritos começam a convencer-se de que a possibilidade da injustiça é maior do que a deixava ver o entusiasmo duma crença philosophica já em decadencia, e a pugnar pelo alargamento da revisão, como meio juridico de salvar a innocencia opprimida. LEVY MARIA JORDÃO ¹, NAVARRO DE PAIVA ², FRANCISCO JOSÉ DE MEDEIROS ³, JULIO DE VILHENA ⁴, BERNARDINO PINHEIRO ⁵, ANTONIO DE AZEVEDO ⁶, proclamam o novo principio, que, depois de reiterados esforços, apparece consagrado na legislação patria.

¹ *Projecto do codigo penal* de 1861, relatorio, pag. 109.

² *Motivos do primeiro projecto de codigo de processo criminal*, pag. xxxiv; *Terceiro projecto*, pagg. 69 e segg.

³ *Estudos juridicos*, pagg. 85 e segg.

⁴ *Diario da camara dos senhores deputados*, 1883, vol. II, pagg. 1884 e 1885.

⁵ *Diario*, cit., 1892, sessão de 12 de janeiro, pag. 2.

⁶ Relatorio do decreto de 27 de fevereiro de 1895.

Todavia, o horror á reforma *in pejus* tem amedrontado os nossos escriptores, e o principio da revisão das sentenças absolutórias, quando iniquas, ainda não creou adeptos em Portugal ¹. Nem admira, pois é certo que o nosso país pertence ao numero daquelles onde mais tem dominado o sentimentalismo penal, que representa um desequilibrio funesto na coordenação harmonica dos direitos individuaes e das garantias sociaes ². Equiparar as sentenças condemnatorias e as sentenças absolutórias para o effeito da revisão, quando as viciasse um erro de possivel verificação, seria talvez uma violencia ao espirito de compaixão pelos criminosos, que tanto se tem accentuado em Portugal neste seculo. Força é, porém, que se restabeleça o equilibrio, custe o que custar a este exaggero de sentimentalismo, pela admissão do systema do codigo do processo penal austriaco. Assim o exige o perigo da imitação e a necessidade de prevenir as reincidencias. A doutrina da revisão só será perfeita, quando orientada pelo principio superior do justo equilibrio entre o direito individual e o interesse social.

¹ Devemos lembrar que no sentido de se alargar a revisão ás sentenças absolutórias se pronunciou o sr. DR. ARTHUR MONTENEGRO, apresentando em 1894 a these seguinte: «A revisão dos processos criminaes deve ter logar não só em casos de condemnações, mas ainda em casos de absolvições». (*Theses ex universo jure*. Coimbra, 1894, pag. 27).

² Sr. FERREIRA AUGUSTO — *Alienados criminosos, cadêas, etc.* Porto, 1894, pagg. 192 e 193.

CAPITULO III

Integração scientifica da revisão

SUMARIO:— **16.** A graça como antecedente evolutivo, informador primordial e instituto concomitante da revisão. Sua constancia na historia e applicação universal na actualidade.— **17.** O direito de graça perante a sciencia. Problema da sua persistencia no organismo juridico. Necessidade de integrar a sua funcção no poder judiciario.— **18.** Tendencia da graça para uma fórmula de justiça, revelada na limitação e regulamentação do seu exercicio.— **19.** Desintegração successiva do direito da graça e integração correspondente da revisão.— **20.** A *graça-perdão* substituida pela revisão seguida de liberdade definitiva ou condicional.— **21.** A *graça-reducção* convertida na sentença indeterminada com revisões periodicas como meio de execução.— **22.** A *graça-commutação* transformada num processo de revisão tendente á melhor adaptação do meio repressivo ao caracter do delinquente.— **23.** A graça e a revisão em materia politica.— **24.** A revisão das sentenças absolutorias como producto do principio da integração individuo-social no campo da penalidade.— **25.** A generalização da revisão como unico meio legitimo de modificar os julgados criminaes. Superioridade do systema do codigo de processo criminal austriaco.— **26.** Competencia de juizo e fórmula de processo em materia de revisão.

16. O erro judiciario, como vicio funcional dos juizos penaes, tem sido contrabalançado por institutos reparatorios differentes, segundo as diversas phases da evolução juridica. O primeiro destes institutos foi

a graça soberana sob o triplice aspecto de perdão, redução e commutação das penas, consoante se verificasse a innocencia do condemnado ou a desnecessidade da pena, a sua duração demasiada ou excessiva severidade. Com a differenciação organica do poder judiciario, a graça perdão, fundada na innocencia do condemnado, passou, pouco e pouco, a ser exercida immediatamente por tribunaes de escolha do soberano, dando logar ao apparecimento da revisão-graça, fórmula inicial dum novo instituto reparatorio do erro judiciario. Este facto representa, na historia das instituições judicarias, o ponto de partida da evolução parallela da graça e da revisão. É cheia de interesse a marcha desta evolução. A revisão nasce pela graça, conserva-se como graça no primeiro periodo da sua existencia; affirma-se mais tarde como um instituto juridico independente; coexiste com a graça numa phase de manifesto equilibrio instavel; tende, finalmente, a substitui-la e a eliminá-la, por completo, na esphera da penalidade.

Os factos mostram, com effeito, que o apparecimento da revisão inicia a desintegração da graça, que se vae effectuando á medida que a revisão caminha para a sua completa integração, devendo coincidir a dissolução duma com a organização definitiva da outra. Ora, porque nos parece ser tal o destino do direito de graça, porque o encontramos consagrado pela legislação de todos os povos cultos, porque o defende um grande numero de escriptores, e porque ha quem o declare scientificamente compativel com a revisão, a natureza do nosso trabalho obriga-nos a verificar a correspondencia entre a desintegração da graça e a integração final da revisão. E como não pretendemos fazer a de-

monstração na região esteril das abstrações, mas baseá-la em dados colhidos na fonte segura da observação, começaremos por apresentar, num quadro muito synthetico, a applicação do direito de graça na historia e na actualidade, para depois o julgarmos á luz da sociologia criminal e podermos ver, nos factos, a sua dissolução lenta, mas constante.

O direito de graça apparece em todas as epochas da historia das sociedades.

Encontra-se no periodo das civilizações fluviaes, como na India, em Israel e no Egypto, onde era um attributo do soberano, juiz superior a todos os outros juizes do estado ¹.

Foi largamente exercido no periodo das civilizações mediterraneas, como bem o mostra a historia grega e romana.

Na Grecia residia o direito de perdoar na assemblêa do povo como um corollario das suas attribuições soberanas ².

Em Roma seguiu a concessão da graça as vicissitudes do poder politico. No periodo real era proposta pelo rei e votada pelo povo em comicios curiados ³. Durante a republica concedia-a o senado, confirmando-a quasi sempre o comicio ⁴. Na epocha imperial de-

¹ LEGOUX — *Du droit de grâce en France*, 1865, pagg. 7 e 248; TUOZZI — *Elementi di diritto giudiziario penale*, pag. 308; J. PINTO RIBEIRO — *Obras varias*. Coimbra, 1729; *Lustre ao Desembargo do Paço*, §§ 17.º e segg.

² LEGOUX, ob. cit., pag. 7; TUOZZI, ob. cit., pag. 381; MALA GUZZI — *Il diritto de grazia*, 1895, pag. 5.

³ TIT. LIV., liv. I, cap. XXVI.

⁴ SAVEROT — *La grande encyclopédie*, vb. grâce.

pendia o direito de graça da vontade do imperador. Os cesares, tornados quasi omnipotentes por meio da *Lei Regia*, exerciam-no com toda a amplitude. SUETONIO mostra-nos CALIGULA sustando todos os processos criminaes para adquirir popularidade¹. O arbitrio dos imperadores no uso da graça transparece nos effeitos que elles lhe podiam dar. Em geral, a graça dispensava da pena, mas deixava subsistir o julgamento e a infamia — *indulgentia principis, quos liberat notat; nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit*². Todavia, pelo principio de que a vontade do imperador fazia lei — *quod principi placuit legis habet vigorem*³, a simples graça revestia muitas vezes o character de *restitutio in integrum*, sendo o condemnado reintegrado nas suas antigas honras e nos direitos civis e politicos — *honoribus et ordini tuo et omnibus ceteris te restituo*⁴.

No periodo de elaboração e expansão das civilizações oceanicas, o direito de graça continua a ser exercido por toda a parte, tendo ampla entrada nas legislações modernas. É de notar, porém, que o accentuado character privado da penalidade dos povos do norte concorreu para que, no inicio da edade media, fosse pouco extenso o uso da graça. As chamadas *leis barbaras*, com excepção das dos wisigodos, nem della fazem menção⁵.

¹ SAVEROT, ob. e log. citt.

² L. 3. Cod. *De generali abolitione*.

³ L. 1. D. *De constitutionibus principum*.

⁴ L. 1. Cod. *De sent. pass*; DALLOZ, ob. cit., vb. Grâce.

⁵ SAVEROT, ob. cit., pagg. 98 e 99; *Cod. wisig.*, liv. VI, tit. I, capp. 6.º e 7.º

PASQUALE TUOZZI chega a afirmar que no principio da idade media nenhum uso se fizera da graça, «visto a perseguição dos criminosos ter logar mais por interesse da parte offendida do que por interesse da sociedade»¹. Parece, comtudo, arriscada a opinião deste escriptor. O direito de graça devia existir entre os barbaros a titulo de costume, como o indicam as graças concedidas por Clovis e Chilperico, reis dos francos, e o fazem presumir os capitulares, testemunhando o uso habitual que delle se fazia².

O desinvolvimento do feudalismo veio attribuir o direito de graça a todos aquelles que partilhavam da soberania fraccionada e fundida com a propriedade, perdoando, reduzindo ou commutando as penas aos condemnados não só os reis, mas ainda os principes, duques, condes, barões e até corporações ecclesiasticas, como acontecia com os cabidos das cathedraes de Rouen e Orleans³.

A nova concentração monarchica restituiu progressivamente aos reis a prerogativa da graça. «A realeza, escreve LEGOUX, desde que começou a luctar seriamente contra o feudalismo e procurou destrui-lo por todos os meios, tractou em primeiro logar de tirar aos grandes um privilegio, que elles prezavam tanto mais quanto o consideravam um producto do poder soberano»⁴.

A transição não foi, todavia, rapida. Os grandes

¹ Ob. cit., pag. 381.

² REGELSPERGER — *La grande encyclopédie*, log. cit., pag. 99.

³ LEGOUX, ob. cit., pag. 9.

⁴ Ob. e log. citt.

continuaram a agraciar condemnados, não já em nome dum direito proprio, mas em virtude duma concessão do poder real, devendo até declarar nas cartas de graça que usavam de tal privilegio por auctorização expressa do rei ¹.

O movimento revolucionario do fim do seculo passado abalou todas as prerogativas regias e chegou a supprimir o direito de graça em França. O codigo penal de 25 de setembro de 1791 declarava: «O uso de todos os actos tendentes a impedir ou suspender o exercicio da justiça criminal, o uso das cartas de graça, de revisão, de abolição, de perdão e de commutação de penas, ficam abolidos para todos os crimes julgados pelo jury» ². Devemos advertir que a abolição revolucionaria do direito de graça, sem a criação de instituições que a pudessem substituir, além de medida impensada, foi mais apparente que real. De facto, ou uma lei, ou uma revista extraordinaria do processo, ou uma suspensão da execução da sentença condemnatoria emanada do corpo legislativo, vinha illudir dalgum modo a tão absoluta prohibição do codigo de 1791, signal de que as instituições profundamente radicadas nas tradições dum povo podem substituir-se, melhorando-as, mas não pôr-se de parte, supprimindo-as bruscamente. E foi naturalmente este o motivo por que a lei francesa de 4 de agosto de 1802 conferiu ao primeiro consul o direito de graça, depois de ouvir o parecer dum conselho privado ³. Com o advento do im-

¹ LEGOUX, ob. cit., pag. 242.

² Cap. I, tit. VII, art. 13.º

³ Lei cit., art. 86.º; LEGOUX, ob. cit., pag. 15.

perio, Napoleão usou delle com toda a liberdade e sem fiscalização de ninguem. E desde então tem sido consagrado por todas as constituições francesas, monarchicas ou republicanas ¹.

Á permanencia do direito de graça na historia corresponde a sua admissão em todas as legislações actuaes. Qualquer que seja o typo politico das sociedades, monarchias absolutas, monarchias constitucionaes, republicas unitarias ou federativas, por toda a parte o encontramos consignado, exercendo-a ora uma individualidade ora uma corporação.

Na China ² ou na Russia ³, no Japão ⁴ ou na Inglaterra ⁵, na França ⁶ ou na Suissa ⁷, o direito de graça é apanagio inseparavel do poder soberano, e, porisso, o *filho do ceo* ou o tzar de todas as Russias, o imperador do Japão ou o rei da Gran-Bretanha, o presidente da republica francesa ou a assemblêa federal suissa, todos estão investidos do poder de perdoar, reduzir ou commutar penas.

Em Portugal verifica-se egualmente a existencia historica e o reconhecimento actual do direito de graça.

¹ *Carta constitucional* de 4 de junho de 1814, art. 67.º; *Acto adicional* de 22 de abril de 1815, art. 57.º; *Carta constitucional* de 14 de agosto de 1830, art. 68.º; *Constituição* de 4 de novembro de 1848, art. 55.º; *Constituição* de 14 de janeiro de 1852, art. 9.º; *Lei constitucional* de 25 de fevereiro de 1875, art. 3.º

² LEGOUX, ob. cit., pag. 226.

³ *Codigo criminal russo*, art. 161.º

⁴ *Const.* de 11 de fevereiro de 1888, art. 16.º

⁵ DELOLM — *Const. d'Angleterre*, capp. IV e VI.

⁶ *Lei const.* de 25 de fevereiro de 1875, art. 3.º

⁷ *Const.* de 29 de maio de 1874, art. 85.º, n.º 7.

Quando se constituiu a monarchia portuguesa, já de ha muito o direito peninsular consagrava a prerogativa soberana de agraciar criminosos. Entre as leis barbaras era, como dissemos, a dos wisigodos a unica que estabelecia expressamente o direito de graça, attribuindo-o ao rei em conselho com os sacerdotes e grandes da côrte¹. E, como é bem sabido, a lei dos wisigodos ou codigo wisigothico esteve em vigor no periodo da reconquista e foi uma das fontes do nosso primitivo direito².

A par com a tradição do direito wisigothico davam-se outras circumstancias que deviam concorrer para tornar frequente a applicação do direito de graça. As idéas politicas da epoca, a preponderancia da religião christã e a influencia do direito romano, eram de molde a produzir esse effeito, aliás manifestamente traduzido pela nossa velha legislação.

A ordenação affonsina testemunha claramente que os nossos antigos reis perdoavam e reduziam penas aos condemnados, concedendo *cartas de perdões*, processadas no Desembargo do Paço. Este codigo, depois de estabelecer a competencia do tribunal para receber as petições de perdão e de determinar o processo a seguir no seu desembargo, dispunha: «e como os roolles forem livres, traguã-nos a Nós, e leam todas as petições delles, cada um sobre si, para vermos o livramento que em elles é dado; e quando Nossa Mercee for de relevarmos algũa pena, ou minguar da que por

¹ *Cod. wisig.* — *Exordium* — Legg. I, III e XIII, Lib. VI, tit. 1, lex. 7.^a

² COELHO DA ROCHA — *Ensaio* cit., pag. 74.

elles for accordada, Nós ho escrepveremos por Nossa mão...»¹.

Eguaeas disposições se encontram na ordenação manuelina. Pertencia aos Desembargadores do Paço processar com o rei as *cartas de perdões*, as quaes só podiam ser concedidas com o *real passe*².

Em seguida legislou sobre perdões o regimento do Desembargo do Paço de 2 de novembro de 1564. Este regimento alterou a legislação anterior, estabelecendo ao lado de casos de perdões, que só podiam ser desembargados com passe do rei, outros que o podiam ser sem aquella formalidade. Todavia esta alteração, que representava um desvio da linha de evolução que ia descrevendo o direito de graça, desapareceu com a publicação do novo regimento do mesmo tribunal de 27 de julho de 1582, o qual determinou que nenhum perdão tivesse effeito sem a intervenção directa do rei³.

A ordenação filippina seguiu a doutrina dos codigos anteriores, determinando: «E passarão outro si (os Desembargadores do Paço) com nosso passe as cartas dos perdões que se dão aos condemnados»⁴.

Depois da ordenação filippina é digno de referir-se o *Regimento dos governadores de todas as provincias, seus auditores e accessores* de 1 de julho de 1678, porisso que tal documento mostra perfeitamente o ultimo estado do direito de graça na nossa velha legislação. Effectivamente, diz-se ahi que o perdão constituia uma

¹ *Ord. aff.*, liv. I, tit. IV, §§ 3.º e 17.º

² *Ord. man.*, liv. I, tit. III, §§ 1.º a 15.º

³ *Reg. cit.*, § 22.º

⁴ *Ord. filipp.*, liv. I, tit. III, § 8.º

das principaes e mais inseparaveis regalias da pessoa do rei, o que está de plena harmonia com o que sobre tal prerogativa escrevia PEREIRA DE SOUSA no principio deste seculo: «Esta graça é uma emanação da auctoridade soberana e só ao principe é permittido o direito de perdoar»¹.

Antes de vermos o destino do direito de graça nas reformas liberaes, convem referir uma questão indicada, de passagem, por JOÃO PINTO RIBEIRO² e por LEVY MARIA JORDÃO³, qual é a de determinar se no nosso direito historico a graça seria sempre um privilegio exclusivo dos reis ou se della usariam tambem os senhores das terras que gosavam de poderes jurisdiccionaes. Esta questão não deixa de ter interesse, attenta a epoca historica em que Portugal se constituiu como nação independente e em face do que por então se passava na Europa relativamente ao direito de graça.

Em verdade, Portugal appareceu na historia, quando o feudalismo informava as instituições sociaes dos povos europeus e os senhores feudaes exerciam o direito de graça como uma inherencia da soberania. A feudalização da graça verificava-se em Castella⁴, na França⁵, na Inglaterra⁶ e em outros países da Europa⁷. Escaparia Portugal a este estadio evolutivo do direito de

¹ *Primeiras linhas sobre processo criminal*, pag. 242.

² *Obras varias; Lustre ao Desembargo do Paço*, n.º 3.

³ *Commentario ao codigo penal portuguez*. Lisboa, 1853, tomo I, pag. 258.

⁴ *Partidas*, VII, tit xxxii, pref.

⁵ LEGOUX, ob. cit., pagg. 8 e segg.

⁶ LEGOUX, ob. cit., pag. 233.

⁷ MALAGUZZI, ob. cit., pag. 6.

graça? Assim o pensavam os dois auctorizados escriptores, affirmando que na nossa historia só apparecia um caso em que a graça havia sido exercida por pessoa differente da do monarcha e que esse mesmo representava um favor real. Referiam-se ao privilegio de agraciar concedido por D. Manuel a seu sobrinho D. Alvaro ¹.

Sem pretendermos dar solução a este problema da nossa historia juridica, apresentaremos, comtudo, algumas duvidas, que podem susceitar-se contra o parecer supramencionado.

A evolução social portuguesa não foi exempta das influencias feudaes, que affectaram as instituições de todas as nações europêas. Tambem em Portugal teve logar a fusão da soberania com a propriedade, tambem em Portugal existiu o feudalismo ², realizando-se, assim, a condição fundamental para que o direito de graça pudesse ser exercido pelos senhores das terras.

Depois da possibilidade vem a probabilidade, em razão do que acontecia no vizinho reino de Leão e Castella, do qual Portugal se desmembrara. De facto, as *Partidas* mostram claramente que os senhores das terras podiam agraciar criminosos. «Misericordia, mercê, graça, perdão e justiça, lê-se ahi, são bondades que assignaladamente devem ter os imperadores, os reis e os outros grandes senhores, que têm de jul-

¹ J. P. RIBEIRO, ob. e log. citt.

² COELHO DA ROCHA — *Ensaio* cit., § 61.º; A. HERCULANO — *Opusculos*, tomo V, pagg. 193 e segg.; Sr. GAMA BARROS — *Historia da administração publica em Portugal*, tomo I pagg. 88 e segg.; Sr. DR. GUILHERME MOREIRA — *Lições de direito publico*, 1891-1892, pagg. 342 e segg.

gar e manter as terras. Ha dois modos de perdão: o primeiro dá-se quando o rei ou senhor da terra perdoam, etc. ...»¹. Ora a communitade de idêas e instituições entre Portugal e Castella faz presumir que o direito de graça tenha atravessado uma phase semelhante no nosso país.

A probabilidade augmenta em face das funcções jurisdiccionaes que os ricos homens ou senhores das terras se arrogavam e exerciam: «A cada passo, diz COELHO DA ROCHA, elles se arrogavam tambem o poder de julgar»². Mas faziam mais, recusavam-se a admittir recursos dos juizes das suas terras para os reis³, acolhiam criminosos nos seus coutos e impediam que as justiças reaes ahi entrassem para os prender⁴, usando largamente do direito de asylo, que rigorosamente constitue uma das manifestações evolutivas da graça⁵. Além disso, os grandes senhores tinham auctoridade para impôr a pena capital⁶ e davam, nas terras da sua jurisdicção, *cartas de segurança* em casos de morte e doutros crimes, tendo os reis de, por mais duma vez, lhes prohibirem a sua concessão⁷.

Depois, o facto apontado de D. Manoel conceder a seu sobrinho o privilegio de agraciar coincide com a epoca em que na França e na Inglaterra se operava a integração monarchica do direito de graça por meio

¹ *Partidas* — VII, tit. xxxii, pref. e L. 1.^a

² Ob. cit., § 64.^o

³ VERISSIMO ALVARES DA SILVA — *Mem. cit.*, §§ 29.^o e 30.^o

⁴ *Ord. aff.*, liv. V, tit. L, §§ 1.^o, 2.^o, 3.^o e 4.^o

⁵ REGELSPERGER, ob. e log. citt.

⁶ VERISSIMO — *Mem. cit.*, § 29.^o

⁷ *Ord. aff.*, liv. V, tit. cxii, § 1.^o

do systema transitorio das concessões precarias, signal de que em Portugal aquelle direito seguia uma evolução parallela á que ia descrevendo nos outros países da Europa.

Mas o que é notavel é que um documento muito posterior, já do tempo em que o poder real estava perto do absolutismo, vem fortalecer as duvidas suscitadas pela opinião de J. PINTO RIBEIRO e LEVY MARIA JORDÃO. É o citado regimento de 1 de junho de 1678, onde se diz: «Quando os governadores das armas sentencarem os reos em pena de degredo para dentro do reino ou fóra d'elle, não admittirão petição alguma sobre perdão ou commutação do dicto degredo em parte ou em todo, porquanto o tal perdão é uma das principaes e mais inseparaveis regalias da nossa pessoa»¹. Em verdade, não teria em vista esta disposição cohibir a pratica contraria? E esta pratica não poderia explicar-se como uma reviviscencia dos tempos feudaes, em que a posse da jurisdicção conduzia ao exercicio da graça?

Ahi ficam as razões que, se não podem fundamentar uma opinião, parecem, pelo menos, bastantes para legitimar a presumpção de que tambem em Portugal o direito de graça não fora sempre um privilegio exclusivo dos reis, mas d'elle partilharam os senhores das terras.

Nas reformas liberaes o direito de graça apparece nas leis constitucionaes como uma das prerogativas do poder real e é considerado pelos codigos penaes como um dos meios de extinguir a responsabilidade criminal.

¹ *Reg. cit.*, § 8.º

A carta constitucional, ao determinar as attribuições do poder moderador, dispõe que o rei pôde perdoar e moderar as penas impostas aos reos condemnados por sentença ¹. Disposição semelhante consagrara antes a constituição de 23 de setembro de 1822 ² e adoptou depois a constituição de 4 de abril de 1838 ³.

Em harmonia com a lei fundamental procedeu o código penal de 10 de dezembro de 1852 ⁴, declarando que fazia cessar a pena o perdão concedido pelo rei, preceito que passou para a reforma penal de 14 de junho de 1884 ⁵ e hoje se lê no código penal de 16 de setembro de 1886 ⁶. Ultimamente regulou a concessão graça o decreto de 18 de maio de 1893, o qual, visivelmente, faz depender o seu exercido da emenda do delinquente ⁷.

Consequentemente tem existido e existe em Portugal, como tem existido e existe por toda a parte, o direito de graça como meio de perdoar, reduzir e commutar penas aos condemnados. Cumpre-nos agora determinar o seu destino scientifico, para indicarmos o caminho provavel das legislações.

17. A observação do direito de graça na historia de todas as edades e na legislação de todos os povos importa a resolução de dois problemas egualmente in-

¹ Art. 74.º, § 7.º

² Art. 123.º, n.º 11.

³ Art. 82.º, n.º 10.

⁴ Art. 122.º

⁵ Art. 89.º, n.º 2 e §§ 2.º, 3.º e 4.º

⁶ Art. 126.º, n.º 2 e §§ 2.º, 3.º e 4.º

⁷ Artt. 2.º, 5.º e 6.º

interessantes — o problema da sua genese e conservação historica e o problema da sua persistencia no organismo juridico.

O problema da genese e conservação da graça offerece um duplo aspecto, segundo se pretende investigar ou a causa determinativa do seu apparecimento e da sua permanencia historica ou o motivo sufficiente da sua attribuição relativamente constante á entidade que personaliza a soberania. Daqui vem que o problema entra por um lado na esphera da penalidade e pelo outro no campo da politica, não podendo, porisso, resolver-se de modo completo senão á luz dos principios das duas sciencias. E, como se tracta duma questão historica, será na evolução penal e na evolução politica das sociedades que deverão encontrar-se dados sufficientes para a decidir. E encontram, como vamos verificar.

Nos dominios da penalidade, a graça apparece como um meio de extinguir ou suavizar as penas impostas aos condemnados, devendo existir, portanto, intimas affinidades entre a historia da penalidade e a historia da graça. E, com effeito, existem.

A penalidade começa pela vindicta privada como uma especie de acção reflexa do offendido ou de sua familia contra a aggressão do offensor. A vindicta privada transforma-se no talião, este transfigura-se na composição, e assim acaba o periodo da justiça penal privada. Neste periodo embryonario a graça tinha por certo um character semelhante ao da penalidade, devia manifestar-se sob a fórma de perdão da parte offendida. Desta *graça privada* descobrem-se, porventura, vestigios nas modernas legislações penaes, segundo as quaes a responsabilidade criminal proveniente dos

délictos sujeitos a acção privada pôde extinguir-se, em alguns casos, pelo perdão da parte offendida ¹.

Mas, dada a existencia deste parallelismo, qual terá sido a sua razão justificativa? A razão encontra-se no proprio character da pena, quando considerada como vingança. A concepção da justiça penal como instrumento dum desforço vingativo determinou a concepção do perdão como um direito do offendido.

Esta contraposição do perdão á vingança apparece manifesta na phase immediata da evolução penal. O desenvolvimento da solidariedade social, embora dêsse um character publico á administração da justiça punitiva, não tirou á pena o seu aspecto de castigo. Á vindicta privada succedeu a vindicta publica, e ao perdão da parte offendida o perdão do soberano, como representante do interesse social lesado pelo crime. A vindicta publica dominou por muitos seculos as legislações penaes, fazendo com que «os homens, peores que as feras, a pretexto de punirem os malfeitores, commettessem crimes mais reprehensiveis que os que pretenderam reprimir» ². E «desde o momento em que os tribunales obravam em nome da vindicta publica, das entranhas da humanidade saía, como protesto espontaneo, aquelle impulso piedoso que os povos soberanos e os reis absolutos erigiram em direito e chamaram a mais bella das suas prerogativas» ³.

¹ *Cod. pen. portuguezs*, art. 125.º, n.º 4 e § 11.º; *Cod. pen. italiano*, art. 88.º

² SILVA FERRÃO — *Theoria do direito penal*. Lisboa, 1856, tomo I, pag. xxx.

³ D. CONCEPCIÓN ARENAL — *Obras completas*. Madrid, 1896, tomo XII, pag. 9.

A graça nasceu, pois, da concepção da pena como um mal, destinando-se a temperar o caracter austero da justiça repressiva ¹.

Determinada a genese natural do direito de graça, cumpre explicar a sua attribuição ao supremo representante do poder social.

A evolução politica das sociedades começou pela concentração organica e funcional de todos os poderes do estado, sendo por uma continua e lenta differenciação que aquelles poderes se separaram e organizaram independentemente. Assim se constituiu e organizou o poder judiciario, em cujas funcções entra a repressão dos delictos. Todavia, a justiça penal nunca se desintegrou por completo do poder unitario do estado, ficando ahi sempre um resto de poder judiciario indifferenciado, o qual tem constituido e constitue ainda hoje o direito de graça. Este direito é, portanto, um resto das funcções jurisdiccionaes outrora desempenhadas pelos soberanos. Assim o considera GUIZOT, que aliás é seu intrepido defensor. «En fait c'est (le droit de grâce) un débris du droit de justice, un reste des temps, où les princes, jugeant eux-mêmes, pouvaient, selon l'occasion, condamner ou absoudre. Par les progrès de l'ordre social, le droit de juger est sorti des mains du prince, il a retenu celui de pardonner» ².

Vê-se, pois, claramente que a graça se relaciona, na

¹ D. EMILIO BRAVO — *La gracia de indulto*. Madrid, 1889, pag. 12.

² GUIZOT — *Recueil de pièces*. Paris, 1822; *De la peine de mort*. pag. 166.

sua origem, com uma concepção rudimentar da penalidade, e no seu exercicio com um estadio atrasado da evolução politica. A sua persistencia não passa duma *sobrevivencia* desnecessaria e em certo modo perigosa.

Vem de tempos muito antigos a polemica sobre a eliminção ou conservação do direito de graça como meio de alterar os julgados criminaes. De Platão e Cicero até aos mais modernos penalistas e publicistas a questão tem sido sempre levantada, sendo-lhe dadas as mais diversas soluções. Hoje, porém, o problema está resolvido, podendo discutir-se sobre o modo de integrar aquella funcção no poder judiciario, mas não sobre a necessidade scientifica de effectuar esta integração. A sociologia penal e a sociologia politica, assim como explicam plenamente a origem e a existencia historica do direito majestatico de perdoar, reduzir ou commutar penas, assim tambem subministram elementos mais que sufficientes para demonstrar a impossibilidade da sua persistencia no moderno organismo juridico. Positivamente, a graça tem de cair perante os principios da bem entendida defesa social como base do direito de punir e da differenciação organica e funcional dos poderes do estado. Façamos o confronto.

Tres theorias fundamentaes tem procurado determinar a base da penalidade. São ellas — a theoria da *retribuição* ou «*talião moral*», a theoria da *regeneração* ou *emenda do delinquente* e finalmente a theoria da *defesa social*. Para a primeira a pena é um *castigo*, para a segunda é um *remedio* e para a terceira um *principio de conservação social*¹. Não sendo da indole

¹ ALIMENA — Ob. cit., tomo I, pagg. 345 e segg.; Sr. DR. AF-

do nosso trabalho, historiar nem criticar nenhuma destas theorias, limitamo-nos a apresentar o nosso modo de ver, em harmonia com a orientação do pensamento contemporaneo.

Seria facil verificar que o fim pratico da penalidade tem sido em todas as legislações a defesa social, embora algumas vezes alterada pela razão do estado ¹. Todavia, o espirito moderno vê naquella defesa, não só o fim, mas ainda o fundamento scientifico da repressão, podendo dizer-se que o principio da defesa social, como base do direito de punir, é hoje uma verdade conquistada e geralmente admittida em sociologia criminal ².

Devemos, comtudo, notar que, se o pensamento moderno é mais ou menos unanime em basear a penalidade na tutela do interesse social, a mesma unanimidade já não existe quando se tracta de distinguir a pena dos outros meios de defesa social.

A *escola de anthropologia criminal*, abusando, porventura, da concepção organica das sociedades e adoptando uma *exaggerada moda biologica* ³, negou todo o valor moral á penalidade o descuroou o seu character especifico. Para ella a pena não é mais do que a reacção do organismo social contra a acção do delicto ⁴.

FONSO COSTA—*Escolas e principios de criminologia moderna*, pagg. 280 e segg.

¹ ALIMENA, ob. e vol. cit., pag. 78.

² FERRI, ob. cit., pagg. 260 e segg.; GAROFALO—*Criminologie*, pagg. 251 e segg.; FRASSATI—*Lo sperimentalismo nel diritto penale*. Torino, 1892, pagg. 114 e segg.; HAMEL—*Scuola positiva*, 1896, pag. 539.

³ ALIMENA, ob. cit., pag. 9.

⁴ FERRI, ob. cit., pagg. 290 e segg.

A *escola critica de direito penal*¹, seguindo por caminho diverso, já estabelece diferenças entre a pena e quaesquer outros meios de defesa social e procura delimitar com precisão o campo de acção do direito penal. Segundo um dos seus principaes representantes, BERNARDINO ALIMENA, a penalidade, pertencendo embora ao genero defesa social, distingue-se e caracteriza-se por meio de duas diferenças especificas:

- a) — pela coacção psychologica que exerce sobre a consciencia dos homens com a ameaça dum mal;
- b) — pelo modo como a consciencia collectiva aprecia o delicto e a pena, isto é, pelo sentimento da sanção despertado pelo delicto².

Donde se vê que a theoria penal de ALIMENA é a da defesa social modificada por uma combinação eelectica dos principios da expiação e da prevenção individual e collectiva. A pena, ao mesmo tempo que defende o interesse social, constitue uma *dynamica psychologica* e uma *pedagogia social* e satisfaz o sentimento de aversão despertado pelo delicto³.

Quasi de modo semelhante caracteriza a penalidade a escola criminal socialista, cujos principios foram expostos, entre nós, no importante trabalho do sr. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*. Esta escola acceita a defesa social como base

¹ ALIMENA — *La scuola critica di diritto penale*. Napoli, 1894.

² *Scuola critica*, etc., pagg. 29 e 30; *I limite e modificatori*, etc., tomo I, pagg. 12 e segg.; 373 e segg.

³ ALIMENA — *Scuola critica*, pagg. 30 e segg.; *I limiti*, tomo I, pagg. 17 e segg., 345 e segg.

e fim da punição, e distingue a penalidade pelos dois caracteres especificos: a) «*a efficacia determinante que ella exerce, como força moral, na consciencia dos homens por meio da indicação dum mal*; b) *a fôrma especialissima como esse justo desaggravo das condições de existencia social ameaçadas ou offendidas é sentido pela consciencia collectiva, que, só assim, se dá por satisfeita*»¹.

A simples referencia destas diferenças especificas da penalidade podia facilmente convencer de que tambem a escola criminal socialista dá á pena, além dos demais, um fim expiatorio, pois que se fala da necessidade de desaggravar a consciencia collectiva offendida pelo delicto. Todavia, o auctor das *Escolas e principios de criminologia moderna* teve o cuidado de dizer que, segundo o seu criterio, a «pena não intervem *porque* aconteceu um mal, mas sim *para que* não aconteçam outros»². A pena é, pois, inteiramente preventiva.

Tambem assim pensamos, parecendo-nos que ALI-MENA foi longe de mais na differenciação da penalidade, quando aproveitou, para esse effeito, o sentimento de retribuição despertado na consciencia collectiva pela pratica do crime.

Este sentimento, embora exista, deve desprezar-se na organização dos systemas penaes, «porque precisamente o nosso empenho, diremos como PEDRO DORADO, deve consistir em proceder como seres superiores, em

¹ SR. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*, pagg. 150, 151, 283 e segg.

² Ob. cit., pag. 284.

substituir o amor e a *sympathia* ao odio e á vingança, o conhecimento das causas do mal, para supprimi-las, á reacção brutal contra o instrumento que o produziu»¹.

É necessario que a pena deixe de considerar-se como um mal a impôr — *quia peccatum est* e simplesmente prevaleça como meio preventivo sufficiente para garantir o interesse social contra o delicto — *ne peccetur*².

Mas, deixando quaesquer outras considerações, que poderiam adduzir-se neste sentido, limitamo-nos a synthetizar do seguinte modo o que pensamos ácerca da natureza da penalidade:

- a) — É, originariamente, um meio de defesa social;
- b) — Deve exercer uma função inteiramente preventiva: 1.º pela sufficiente privação ou segregação imposta ao delinquente e pela sua possível regeneração; 2.º pela coacção psychologica exercida sobre a generalidade dos homens.

Pomos, assim, de parte tudo que lembre expiação ou retribuição. É necessario depurar o meio social dos sentimentos de aversão e odio, que são proprios de estados sociaes inferiores.

Ora, neste estadio da evolução penal, deixa de ter base o direito de graça, pois já não é necessario nem

¹ PEDRO DORADO — *El positivismo en la ciencia juridica y social italiana*, primeira parte, pag. 131.

² Auct. cit., *Problemas juridicos*, pagg. 39 e segg.; *Problemas de derecho penal*, pagg. XI, 10 e segg.; *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tomo III, pagg. 450 e segg.

possivel contrapôr o perdão á vingança. A justiça penal exerce no organismo social uma funcção preventiva de defesa e, porisso, a sciencia deve excluir tudo que venha perturbar esta funcção.

Dir-se-á, talvez, que, devendo a penalidade propôr-se, segundo a exacta indicação de GUIAU ¹, a maxima defesa social com o minimo soffrimento individual, e podendo dar-se frequentemente a hypothese de ou a pena affectar a innocencia ou involver um excesso de defesa social e, portanto, representar uma injustiça, a graça é um meio util de a remediar.

É exacta a indicação de GUIAU e exactissima a observação de que os tribunaes podem condemnar innocentes ou impôr penas excessivas, deixando de o ser, porém, o argumento que dahi pretende deduzir-se a favor do direito de graça, apontando-o como *necessario* e inculcando-o como *legitimo*, porque o *juízo* é *fallível*, como faz BONNEVILLE ². E não é exacto o argumento, porque, na hypothese referida, não se tracta dum questão de graça, mas sim dum questão de justiça, qual é a reparação dum direito violado, sendo só por uma incompleta differenciação da funcção judiciaria do poder unitario do estado que se pôde explicar como, em tal caso, a justiça esteja dependente do arbitrio soberano. E, porisso, a tendencia evolutiva do poder judiciario para a sua completa independencia organica e funcional determinará, por fim, o desaparecimento do direito de graça, *judicializando* inteiramente a funcção, hoje parcialmente deslocada,

¹ GUIAU, ob. cit., pagg. 211.

² BONNEVILLE, ob. cit., pag. 97.

de modificar os julgados criminaes errados. No estado actual da sciencia ninguem contestará que, assim como pertence aos tribunaes concretizar as leis repressivas no momento judiciario, só elles tambem devam ser competentes para emendar os julgados criminaes, quando se demonstre que encerram uma injustiça.

Apesar de tudo, a graça existe por toda a parte, cumprindo-nos, porisso, explicar o facto da sua persistencia nas legislações, assim como explicamos a sua origem e attribuição ao poder soberano.

O estudo da historia scientifica revela em cada epoca e em todas as sociedades tres ordens de elementos, cuja combinação e mutua influencia dão a chave de quasi todos os problemas historicos. São elles — o *elemento tradicional*, herdado pelas gerações humanas das gerações precedentes, os *problemas caracteristicos* de toda a sociedade em cada phase da sua evolução, e, finalmente, os *germens do futuro*, embryões dos problemas sociaes do porvir ¹. O elemento tradicional transforma-se muitas vezes na *sobrevivencia* duma idêa ha muito abandonada, que impede o desinvolvimento racional e normal dos novos problemas sociaes, pela difficuldade que sempre apparece em implantar uma idêa nova e sobre tudo em a levar até ás suas ultimas consequencias, pela destruição do predominio das idêas velhas. «Se é difficil, escreve LE BON, impôr uma idêa nova, não o é menos destruir uma idêa antiga. A humanidade tem-se agarrado sempre desesperadamente ás

¹ PIERRE LAVROFF — *Quelques survivances dans les temps modernes*. Paris, 1896, pagg. 2 e segg.

idêas mortas»¹. É o que acontece com o direito de graça. Bem morta é a idêa de que a justiça emana do soberano e que, portanto, elle possa destruir o que os tribunaes fizeram, mas as suas consequencias apresentam-se nas leis de todos os povos, como o testemunha aquelle direito.

A graça, hoje, não passa evidentemente duma sobrevivencia, filha daquelle velho conceito da justiça, sobrevivencia perigosa, pois por meio della fica a justiça penal sujeita ao arbitrio do representante supremo do poder social. Daqui vem, com certeza, o correctivo da limitação e da regulamentação do seu exercicio, com que se tem procurado evitar o seu abuso e que claramente manifestam a tendencia da graça para uma verdadeira fórma de justiça.

18. Embora os defensores do direito de graça digam que elle é de character absoluto e só tem os limites que a vontade soberana se impõe no interesse publico ou no interesse de terceiro², é certo que muitas legislações têm limitado os casos de graça ou regulado o seu exercicio, sendo a limitação e a regulamentação dois momentos da mesma evolução da graça para a sua conversão numa fórma de justiça.

As leis romanas, que com tanta largueza reconheciam o direito de graça, estabeleciam, comtudo, bastantes casos em que elle não podia ser exercido. Assim acontecia com os crimes de sacrilegio, adulterio, es-

¹ GUSTAVE LE BON—*Lois psychologiques de l'évolution des peuples*. Paris, 1895, pag. 1.

² LEGOUX, ob. cit., pag. 18; MALAGUZZI, ob. cit., pag. 28.

tupro, incesto, violação com rapto, violação de sepulcros, envenenamento, moeda falsa, homicídio, parricídio, lesa-majestade, bem como com os reincidentes e accusadores de má fé ¹.

O codigo wisigothico insinuava que os crimes de lesa-majestade e de traição eram considerados de modo especial relativamente ao perdão, não permitindo que ninguem implorasse a graça para os reos de taes crimes ².

Seguindo o velho direito francês não podiam ser concedidas cartas de graça nos casos de duello, assassinato, rapto violento, ultrage a algum empregado judicial, lesa-majestade, heresia e moeda falsa, e bem assim aos assoldados para assassinar, ultrajar ou livrar alguém das mãos da justiça ³.

Em muitos estados modernos o direito de agraciar encontra um limite no que respeita aos crimes commettidos pelos ministros de estado ou por outros altos funcionarios no exercicio das suas funcções, os quaes ou não podem ser agraciados ou só o podem ser a pedido da camara ou corporação que promoveu a accusação. É o que se dá na Austria ⁴, na Prussia ⁵, na Dinamarca ⁶, na Noruega ⁷, na Grecia ⁸, na Rouma-

¹ L. 3 Cod. *De episcopali audientia* e L. 9 Cod. *De calumniatoribus*.

² Lib. VI, tit. I, L. 7.^a

³ DALLOZ, ob. cit., vb. Grâce, n.º 9.

⁴ *Const.* de 21 de dezembro de 1867, art.º 13.º e Lei de 25 de julho de 1867.

⁵ *Const.* de 31 de janeiro de 1850, art. 49.º

⁶ *Const.* de 5 de junho de 1849, art. 26.º

⁷ *Const.* de 4 de novembro de 1814, art. 20.º

⁸ *Const.* de 16 de novembro de 1864, art. 39.º

nia ¹, nos Estados Unidos da America do Norte ², no Brazil ³, e ainda em outros países.

No antigo direito portugêz houve sempre maiores ou menores restricções ao exercicio do direito de graça.

A ordenação affonsina mandava, quanto á concessão de perdões em casos de morte, averiguar se o crime tinha sido prepositado, provocado em rixa nova ou occasional. No primeiro caso o perdão só podia ser concedido passados sete annos depois de commettido o crime, no segundo passado um anno, e no terceiro em qualquer tempo ⁴.

A ordenação manuelina foi mais longe, estabelecendo casos em que não poderiam ser admittidos pedidos de perdão, o que tinha logar com os crimes de morte prepositada, moeda falsa, falsificação de escripturas ou signaes, testemunho falso, soltura de presos por peita, ferimentos por dinheiro, feitiçaria, envenenamento, etc. ⁵ Esta lista de crimes augmentou consideravelmente com o regimento do Desembargo do Paço de 27 de julho de 1582, o qual elevou a mais do dobro o numero dos casos em que, pela ordenação, não era admissivel o pedido de perdão ⁶.

A ordenação filippina limitou-se a adoptar a doutrina daquelle regimento, o qual passou a fazer parte do tit. c, liv. I da mesma ordenação ⁷.

¹ *Const.* de 30 de junho de 1866, art. 93.º

² *Const.* de 17 de setembro de 1787, art. 2.º, secção II, § 1.º

³ *Const.* de 24 de fevereiro de 1891, art. 34.º, n.º 8, 48.º e 52.º, § 2.º

⁴ *Ord. aff.*, liv. I, tit. IV, §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º

⁵ *Ord. man.*, liv. I, tit. III, § 15.º

⁶ *Reg. cit.*, §§ 18.º e 19.º

⁷ *Systema dos regimentos reaes*, tomo VI, pag. 265.

Depois destes diplomas appareceram algumas leis extravagantes limitativas da concessão de perdões, entre as quaes podemos citar as de 13 de janeiro de 1607 e de 16 de julho de 1672¹.

E, embora as theorias politicas do tempo pudessem levar os reis a passar por cima das leis, perdoando os crimes a que estas negavam perdão, é certo que os nossos monarchas costumavam guardar, neste ponto, as leis do reino². É o que se vê dos perdões geraes concedidos por D. João V em 11 de janeiro de 1728 e 22 de fevereiro de 1729. Destes perdões, occasionados pelos «felicissimos desposorios dos serenissimos senhores principes do Brazil e Asturias com as serenissimas princezas de Portugal e Castella»³, tendo um lugar quando se celebraram os casamentos e o outro quando se effectuaram as *reaes entregas*⁴, foram excluidos os condemnados por crimes, para os quaes o regimento do Desembargo do Paço não admittia o pedido de perdão⁵. E que praticamente se cumpriam as leis restrictivas do exercicio do direito de graça, attestam-no tambem MELLO FREIRE e PEREIRA e SOUSA⁶.

No nosso moderno direito, nem nas leis constitucio-

¹ ANDRADE E SILVA — *Collecção chronologica da legislação portugueza*, tomo I, pag. 187; *Collecção chronologica de leis extravagantes*. Coimbra, 1819, parte 2.^a, pag. 141; LEVY MARIA JORDÃO, ob. cit., tomo I, pag. 259.

² LOPES FERREIRA — *Pratica criminal*, tomo I, tractado 2.^o, cap. IV, § 16.^o

³ LOPES FERREIRA, ob. e log. citt., § 16.^o

⁴ Auct., ob. e log. citt., §§ 17.^o e 18.^o

⁵ *Institutiones juris criminalis lusitani*, tit. I, § 26.^o

⁶ Ob. cit., § 328.^o e nota 579.

naes nem nas leis regulamentares se encontra limitação alguma dos casos de concessão de graça, phenomeno aliás observado em muitas das actuaes legislações. Todavia o desaparecimento das restricções não significa alargamento arbitrario do poder agraciador. Ao systema das restricções preferiu-se o systema da regulamentação do direito de graça, que representa um melhoramento notavel e um passo a mais para a sua conversão numa fórmula de justiça.

O systema das restricções do direito de graça, derivadas da natureza dos crimes, representa evidentemente uma concepção atrasada da penalidade. A evolução penal tem caminhado successiva e gradualmente da consideração do elemento objectivo para a apreciação do elemento subjectivo, pela importancia dada ao estudo do delinquente sobre o do delicto. E, decididamente, o perdão é para os delinquentes e não para os delictos. Porisso, excluir *á priori* do beneficio da graça os reos de certos e determinados crimes, era signal de má comprehensão da função penal. Os reos dos maiores crimes, objectivamente considerados, podiam, muitas vezes, ser os mais dignos da clemencia soberana. Foi naturalmente este o motivo da abolição daquelle systema. Vestigios delle quasi só restam no que respeita aos crimes commettidos pelos ministros de estado no exercicio das suas funções. Esta conservação parcial do velho systema das restricções encontra o seu fundamento no principio constitucional da responsabilidade dos ministros pelos actos praticados pelo chefe de estado, como tal. Era justissimo que, constituindo o direito de agraciar uma attribuição do chefe de estado e dando-se a responsabilidade dos ministros pelos seus actos, elle não pudesse nem devesse agraciá-los

espontaneamente. E neste caso é acertada a providencia daquellas legislações que estatuem que os ministros possam ser agraciados, quando o propuser a camara ou a corporação que promoveu a accusação, pois salva o absurdo que poderia advir de se excluírem, dum modo absoluto, os ministros de estado do beneficio da graça, quando delle pudesse aproveitar-se a generalidade dos cidadãos.

Isto posto, vejamos como se tem condicionado o direito de graça, em ordem a transformá-lo numa fórmula de justiça.

Tem variado o processo com o grao de civilização dos povos.

Ora se procura o conselho dos deuses, como na China, onde o imperador, antes de agraciar os reos de morte, sobe ao templo do Ceo e ahi fica durante uma noite a receber a inspiração da divindade ¹.

Ora se recorre á sciencia dos sacerdotes e á prudencia dos nobres para ouvir o seu parecer sobre a resolução a tomar. Era o que acontecia no imperio wisigothico, onde o rei ouvia o conselho dos prelados e dos grandes do reino, antes de usar da sua clemencia para com os criminosos ².

Aqui attribue-se aos tribunaes a faculdade de negar cumprimento ás cartas de graça, quando intendam que não póde haver logar a ellas. Assim o fazia o antigo direito francês. As cartas de graça deviam ser ratificadas pelo parlamento, em cuja área tivessem sido pronunciadas, chegando a ordenança de Blois, de

¹ LEGOUX, ob. cit., pag. 226.

² *Cod. wisig.*, lib. VI, tit. I, Lei 7.^a

1579¹, a prohibir que taes cartas fossem registadas, quando concedidas para crimes que não pudessem ser agraciados. E, embora a ordenança de 1670 determinasse que, neste ultimo caso, os parlamentos ratificassem sem demora as cartas de graça, ainda que em seguida fizessem as necessarias advertencias, o que é certo é que elles fugiam muitas vezes para a antiga pratica².

Acolá pede-se aos tribunaes, que proferem a condemnção, informações sobre a conveniencia ou inconveniencia da concessão da graça. É o que se pratica na Republica Argentina, cuja constituição exige consulta previa do tribunal sentenciador para o presidente poder exercer o direito de graça³. Este systema aproxima-se um pouco do proposto por SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, como medida transitoria entre o systema das penas fixas ou das penas variaveis entre um maximo e um minimo marcados na lei e o systema de penas de maximo determinado mas de minimo indefinido. O grande publicista portuguez, embora intendesse que o direito de agraciar era contrario a todos os principios do systema constitucional, julgava util a sua conservação, emquanto os juizes fossem obrigados a impôr uma pena fixa ou pelo menos de minimo determinado, para poder suavizar-se, quando necessario, o excessivo rigor da lei⁴. Mas quem havia de saber se

¹ Art. 190.^o

² DALLOZ, ob. e log. citt.; LEGOUX, ob. cit., pag. 13; REGLS-PERGER— *Grande encyclopédie*, log. cit.

³ *Const.* de 25 de setembro de 1860, art. 86.^o, n.^o 6.

⁴ *Projectos de ordenações para o reino de Portugal*. Paris, 1831, tomo II, pag. 54.

a pena da lei era exorbitante para o caso em questão? «Ninguém, responde, senão os juizes, que são os unicos competentes para tomar conhecimento do caso e qualificarem a sua gravidade. Donde se segue que só em consequencia da sua declaração é que pôde ter logar a providencia de se minorar ao reo a pena de lei»¹. «Mas tudo isso, acrescenta, se torna inutil do momento em que a lei só determinar o maximo da pena, deixando ao arbitrio dos jurados o minorarem-na, segundo se convencerem que o delicto do reo, sobre que são chamados a julgar, é inferior ao grao de imputação a que na mente do legislador corresponde essa maxima pena decretada pela lei»². É digna de registrar-se esta ampla extensão dada ao arbitrio dos tribunaes criminaes.

Algumas legislações modernas são deveras rigorosas, estabelecendo condições muito particulares para o exercicio da graça. Estas condições, porém, podem reduzir-se todas a uma condição suprema, qual é a presumpção fundada da regeneração do delinquente e, portanto, da desnecessidade da continuação da pena por ter desaparecido o perigo social, que ella pretendia evitar. É o que se verifica, por exemplo, na lei hespanhola de 18 de junho de 1870³, no codigo penal

¹ Ob. cit., pag. 55. Em harmonia com a doutrina transcripta no texto estava o art. 913.º do *Projecto de ordenações*, o qual concedia ao jury a faculdade de recomendar o reo á clemencia regia, quando intendesse que em face das circumstancias do caso podia ter logar a moderação da pena. Ob. cit., tomo I, pag. 380.

² Ob. cit., tomo II, pag. 55.

³ D. EMILIO BRAVO, ob. cit., pagg. 70 a 81.

do Mexico¹ e numa lei da Republica do Equador de 20 de agosto de 1887².

No reino vizinho todos os pedidos de graça são enviados ao tribunal sentenciador, devendo este consultar, sobre a conducta do condemnado, o chefe do estabelecimento em que elle está a cumprir a pena, ou o governador da provincia da sua residencia, se a pena não fôr privativa de liberdade, e ouvir o ministerio publico e a parte lesada, se a houver³. Depois disto tem de fazer um relatorio desinvolvido, em que indique, sendo possivel, a idade, estado e profissão do condemnado, a sua fortuna, os seus meritos e antecedentes, se foi anteriormente processado e condemnado por outro delicto e se cumpriu a pena imposta ou foi indultado, por que razão e de que fórma, as circunstancias aggravantes ou attenuantes que acompanharam a execução do delicto, o tempo de prisão preventiva que soffreu durante a causa, a parte da condemnação que houver cumprido, o seu comportamento posterior á condemnação, e principalmente as provas ou indícios do seu arrependimento, que se tenham observado, se ha parte offendida, se o indulto prejudica terceiro, e quaesquer outros dados que possam servir para o melhor esclarecimento dos factos, concluindo por consignar a sua opinião sobre a justiça ou conveniencia e fórma da concessão da graça⁴. Este relatorio é enviado ao ministro de graça e justiça, o qual o remette á secção de graça e justiça do conselho

¹ Auct. e ob. citt., pagg. 91 e 92.

² *Annuaire de législation étrangère*, 1887, pag. 953.

³ Lei de 18 de junho de 1870, artt. 23.º e 24.º

⁴ Lei cit., art. 25.º

de estado para elle dar parecer sobre a justiça, equidade ou conveniencia da concessão do indulto ¹. A concessão é feita em decreto motivado e votado em conselho de ministros e depois publicado na folha official ². É notavel o empenho que a lei hespanhola põe em que, na concessão da graça, se tenham em vista as exigencias do interesse social.

No Mexico o exercicio do direito de graça está dependente dos seguintes requisitos:

- 1.º—Que o reo tenha soffrido dois quintos da pena;
- 2.º—Que durante esse tempo, tenha tido sempre bom comportamento;
- 3.º—Que tenha dado satisfacção á sua responsabilidade civil, preste caução ou demonstre a sua absoluta insolvencia ³.

Na Republica do Equador, para o presidente poder agraciar, é necessario:

- 1.º—Que o condemnado se encontre em estabelecimento penitenciario, onde deve cumprir a pena;
- 2.º—Que se conduza bem depois da condemnação;
- 3.º—Que tenha soffrido um terço da pena ⁴.

É evidente em todas estas legislações a tendencia para transformar a graça numa verdadeira fórma de justiça, que exima o condemnado do cumprimento da pena, quando o interesse social não exija a sua continuação.

¹ Lei cit., artt. 26.º e 28.º

² Lei cit., art. 30.º

³ *Cod. penal do Mexico*, art. 287.º, regra 2.ª, n.ºs 1, 2 e 3.

⁴ Lei de 20 de agosto de 1887.

Semelhante tendencia transparece, embora confusamente, no nosso direito historico e actual.

Já a ordenação affonsina recommendava todo o cuidado em averiguar as circumstancias que acompanhavam a pratica do crime, antes de se resolver sobre a concessão dos perdões. Assim, quando os homiziados por crime de morte pediam perdão, os Desembargadores do Paço deviam averiguar se a morte havia sido prepositada, feita em rixa nova ou simplesmente occasional, pois, segundo se dêsse um ou outro caso, da mesma fórma variavam as condições de concessão das cartas de perdões¹. Se o crime era de qualquer outra natureza, indagavam-se as circumstancias que podiam acompanhá-lo².

A ordenação manuelina continuou a exigir a particularização do delicto, antes de serem passadas as cartas de perdão³. O mesmo principio foi sancionado pelos regimentos do Desembargo do Paço de 1564⁴ e 1582⁵, pela ordenação filippina⁶ e pelas leis limitativas do exercicio do direito de graça⁷ e apparece desenvolvido nas obras dos reinicolas que escreveram sobre o assumpto.

JOÃO PINTO RIBEIRO, depois de hyperbolizar as excellencias do direito de graça, lembrando o conceito de S. Agostinho «quando Deus castiga parece que

¹ *Ord. aff.*, liv. I, tit. iv, §§ 2.º e 3.º

² *Ord. cit.*, §§ 4.º e segg.

³ *Ord. man.*, liv. I, tit. III, §§ 4.º e segg.

⁴ Reg. de 2 de novembro de 1564, §§ 1.º a 123.º

⁵ Reg. de 27 de julho de 1582, §§ 18.º a 23.º

⁶ *Ord. filipp.*, liv. I, tit. III, §§ 10.º e segg.

⁷ Leis de 13 de janeiro de 1607 e 16 de julho de 1672.

desce da sua grandeza e majestade», que os principes são imagens de Deus na terra e que, porisso, deve ser muito maior a gloria dum principe que perdoa, do que a dum principe que castiga, escrevia: «Não nego com isto ser obrigação dos reis castigar e assombrar delinquentes. Convém que ande armada a mão dos ministros da justiça para tirarem a vida a quem é perigo de muitos. Aquillo nego ser estranhado ou culpavel no principe, perdoar a quem sempre está bem, usar clemencia e misericordia, quando o perdão não escandaliza pela pessoa a que se concede»¹.

Mais decidido era MANUEL LOPES FERREIRA, quando procurava marcar limites ao exercicio da graça. Dizia elle: «Refrear-se a maldade dos delinquentes e impôr-se-lhes pena por suas impiedades foi invenção e arbitrio não só da razão, mas tambem da justiça, para que a malicia dos homens tivesse um tão grande obstaculo, e que advertidos com o temor do castigo, os bons conservassem o seu bom animo e os maos se abstivessem de todo o genero de iniquidades e vicios. E por esta razão ou causa devemos concordar que o principe não pôde, sem justificado fundamento, perdoar as penas dos delictos sem incorrer em culpa grave, salvo se o fizer com pleno conhecimento das pessoas, logares e tempos, e informado de todas as circumstancias que arguem ou defendem os reos»².

O mesmo pensamento apparece, embora menos claro, nestas palavras de MELLO FREIRE: «Ego vero indiscriminatim existimo aggratiandi jus non modo tolerandum,

¹ J. PINTO RIBEIRO, ob. cit., §§ 63.º e 77.º

² Ob. e log. citt., §§ 7.º e 8.º

verum etiam utile et necessarium in omni et quacumque civitate, in qua leges criminales plus justo severiores sunt»¹.

No novo direito obedeceu á mesma tendencia a Carta Constitucional, determinando que fosse ouvido o conselho d'estado, quando o rei se propuzesse exercer qualquer das attribuições do poder moderador, excepto a nomeação e demissão dos ministros, e portanto o direito de graça².

Depois da lei fundamental appareceram, embora tarde, leis complementares que vieram condicionar o exercicio da prerogativa soberana de aggraciar criminosos. Foram os decretos organico e regulamentar da Penitenciaria Central de Lisboa de 20 de novembro de 1884 e o decreto de 18 de maio de 1893. Antes, porém, de apresentar os principios fundamentaes destes diplomas, convém dar noticia do modo como o projecto de codigo penal de 1861 regulava o exercicio do direito de graça, pois que elle, além de notavel neste ponto, como em todos os demais, com certeza inspirou, mais ou menos, os redactores dos decretos acima referidos.

Aquelle projecto, admittindo as tres manifestações typicas do direito de graça — perdão, redução e commutação de penas aos condemnados, submettia-as a certas condições, tendentes a tornar racional e justo o exercicio daquelle direito.

Relativamente ao perdão, variavam taes condições, segundo se tractasse de condemnados por *crimes* com-

¹ Ob. cit., tit. I, § 26.º, nota.

² *Cart. Const.*, art. 74.º, § 7.º e art. 110.º

muns, ou de condemnados por infracções meramente politicas ou por *delictos*. Aos condemnados da primeira categoria só poderia aproveitar o beneficio do perdão, quando reunissem as seguintes condições:

- 1.º — Terem nota de grande melhoramento moral;
- 2.º — Terem informação favoravel da administração do estabelecimento penal e do ministerio publico;
- 3.º — Obrigarem-se a pagar a reparação do damno e as custas, ou a prestar fiança idonea a esse pagamento;
- 4.º — Terem cumprido (sendo reincidentes) dois terços da pena temporaria ou 12 annos de prisão ou degredo de 1.ª classe¹.

Aos de segunda categoria não se exigiam estas condições, mas poderia impôr-se-lhes, segundo as circumstancias, a obrigação de pagarem a um estabelecimento de beneficencia do logar do delicto uma quantia arbitrada no decreto do perdão².

A redução e a commutação da pena, nos *crimes communs* estava sujeita ás duas primeiras condições, a que se submettia o perdão, e nas infracções politicas ou nos *delictos* podia importar o encargo de pagar uma quantia a um estabelecimento de beneficencia, sendo, num e noutro caso, sempre condicional, de fôrma que aquelles a quem fosse concedida seriam privados, não se comportando bem, de todo ou de parte do seu beneficio³.

¹ *Projecto do codigo penal* de 1861, art. 164.º

² *Projecto cit.*, art. 164.º, § unico.

³ *Projecto cit.*, art. 166.º

Existe profunda semelhança entre as disposições deste projecto e a doutrina apresentada por BONNEVILLE no seu excellento livro — *Des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, semelhança que se nota desde a exigencia da emenda do delinquente, como condição suprema para o exercicio da graça, até á revogabilidade da commutação ou redução das penas¹. E o respeito pelo grande penalista francês foi tamanho, que do seu livro passou para o projecto uma incoherencia bastante grave, qual era a de considerar o perdão irrevogavel, dando á redução e á commutação um caracter condicional. Effectivamente, nenhuma razão havia para estabelecer tamanha differença entre os efeitos do perdão e os efeitos da redução ou da commutação. A revogabilidade em todos os casos seria, talvez, o verdadeiro caminho a seguir.

Os decretos de 20 de novembro de 1884 puseram a regeneração do delinquente como condição primaria do perdão ou da redução da pena aos condemnados a prisão cellular, e generalizaram a exigencia do cumprimento de dois terços da pena, não distinguindo entre reincidentes e não reincidentes.

O decreto de 18 de maio de 1893 veio estabelecer o meio de processar os pedidos de perdão, redução ou commutação, por occasião da semana santa, dos reos que estejam a cumprir pena nas cadêas das comarcas que não sejam séde de tribunaes das relações, na cadêa geral penitenciaria de Lisboa ou em outra qualquer que de futuro seja inaugurada, e ainda nas

¹ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 114 a 180.

cadêas das relações. Os reos de qualquer das tres classes têm de apresentar os seus requerimentos até ao dia 1 de novembro, os da primeira ao respectivo delegado do procurador regio, os da segunda ao director respectivo, que os enviará, com as convenientes informações, á direcção dos negocios da justiça, devendo esta remettê-los ás procuradorias regias competentes, e os da terceira ao procurador regio juncto da relação, em cuja séde elles se encontrarem ¹.

O delegado ou o procurador regio devem instruir as petições dos reos com certidões do corpo de delicto, directo e indirecto, dos quesitos e respostas do jury nos processos ordinarios e da sentença, e prestar as informações que tenham por convenientes e designadamente sobre os pontos seguintes: nome, idade, estado e profissão dos requerentes; costumes e antecedentes; se já tinham perpetrado mais delictos, de que natureza e em que condemnação incorreram; crimes por que foram condemnados e penas que lhes foram impostas; data e transito em julgado das sentenças; tempo de prisão soffrida, quer preventiva, quer em expiação da culpa, e qual a conducta na cadêa, anterior e posterior ao julgamento; se no processo interveio parte accusadora, se perdoou ao offensor, e, no caso de obrigação de o indemnizar pelo prejuizo resultante do delicto, se essa obrigação já foi cumprida voluntaria ou coercitivamente; provas ou indicios que tenha dado do seu arrependimento e proposito de emenda; se tiveram algum indulto e qual a pena que lhes resta a cumprir ao tempo da informação ².

¹ Decreto de 18 de maio de 1893, artt. 1.º, 3.º e 4.º

² Decreto cit., artt. 2.º e 4.º

Os delegados enviam os requerimentos devidamente instruidos e informados aos procuradores regios respectivos, e estes transmittem-nos á procuradoria geral da corôa e fazenda junctamente com os que elles mandam processar, dando sobre cada um a sua informação e parecer ¹.

A procuradoria geral da corôa e fazenda emite parecer sobre os pedidos de perdão ou commutação das penas e remette em seguida os processos ao ministerio da justiça, para este os fazer correr immediata e successivamente pelos conselheiros de estado, com exame e consulta prévia do conselho penitenciario, quando relativos a reos que estejam cumprindo a pena de prisão cellular ². Depois de as petições terem percorrido todos estes tramites, é que a final o poder moderador exerce a faculdade constitucional de agraciar criminosos.

Este exercicio está condicionado por fórma que se confunde funcionalmente com um verdadeiro julgamento mediante um processo de revisão. A revisão é, com effeito, a fórma de justiça para que tende a evolução da graça. O que deixamos dicto sobre a regulamentação desta prerogativa soberana é mais que sufficiente para o demonstrar.

Nem é novo o pensamento de que a revisão deve ser o substitutivo scientifico do direito de graça. Encontramo-lo esboçado por alguns escriptores, cuja auctoridade seria bastante para nos absolver de qualquer passo que parecesse mais arriscado. Entre outros

¹ Decreto cit., artt. 2.º e 4.º

² Decreto cit., artt. 5.º e 6.º

podemos citar GUIZOT, AVENEL, SARRAUTE e GARÓFALO.

GUIZOT, procurando demonstrar a necessidade da graça em materia de crimes politicos, julgava assim o seu exercicio em relação aos crimes communs: «Em materia de crimes privados, a graça faria da clemencia real um novo grao de jurisdicção, um tribunal de equidade chamado a rever soberanamente todos os julgamentos criminaes, sem que, aliás offerecesse na instrucção administrativa que precedesse as sentenças, ou nas suas fórmãs, nenhuma das garantias sabiamente exigidas dos tribunaes ordinarios»¹.

AVENEL, referindo-se ao direito de graça num escripto publicado na *Revue des deux mondes* sobre a reforma administrativa em França², demonstra que elle constitue uma verdadeira manifestação do poder judiciario e termina por esta conclusão: «Estou longe de me levantar, em principio, contra o perdão duma falta já longamente expiada ou contra a suavização dum castigo meio expiado; mas precisamente porque muitas destas medidas de clemencia devem, para conservarem o seu valor, ficar secretas, eu querê-las-ia submettidas a magistrados e não a burocratas, para que só o pretorio pudesse modificar as decisões do pretorio»³. Ha aqui evidentemente um pensamento confuso de substituir a graça por um processo judicial de character revisorio.

PIERRE SARRAUTE, defendendo no congresso de an-

¹ *De la peine de mort en matière politique*, pagg. 172 e 173.

² *Revue des deux mondes*, vol. XCIII, pagg. 579 e segg.

³ *Revue* e vol. cit. pag. 580.

thropologia criminal de Paris o principio das sentenças indeterminadas, sujeitas a revisões periodicas, como o melhor meio de individualizar a pena, em harmonia com o grao de criminalidade do delinquente¹, sustentou que a sua adopção viria inutilizar o direito de graça, que, a seu ver, não passava duma revisão deslocada. «Evidentemente, dizia elle, com este systema desappareceria o direito de graça, violação do principio da separação dos poderes, especie de revisão deslocada, occulta, por um juiz unico, das decisões judiciaes, o qual ficaria sem razão de ser»².

GAROFALO, finalmente, embora considere a graça, no seu aspecto tradicional, como um meio de que o estado se serve para proteger os criminosos e, porisso, affirme que os governos deviam ser responsaveis pelos novos delictos commettidos pelos malfeitores agraciados, quando se refere ao seu uso nas republicas, nota que ella ahi tem antes o character duma revisão do processo feita nos casos mais graves pelo chefe do estado, a fim de impedir a execução da pena, quando não é inverosimil que o jury se haja enganado ou quando se intenda que foi severo, e escreve: «Assim limitado, o direito de graça poderia ser conservado, porque emfim não se tractava senão duma nova instituição judiciaria, e nada mais justo, equitativo e util do que proceder a uma revisão do processo um alto tribunal de justiça ou mesmo o chefe do estado, quando a opinião publica está persuadida da innocencia do

¹ *Actas do segundo congresso de anthropologia criminal*, pagg. 386 e segg.

² *Actas cit.*, pag. 390.

condemnado ou quando a pena pareça excessivamente severa» ¹.

19. Verificada a instabilidade do direito de graça, como meio de alterar os julgados criminaes, e dada a sua tendencia para uma fôrma de justiça, vejamos agora, dum modo geral, como esta tendencia se realiza pela desintegração successiva da graça e pela integração correspondente da revisão. Para esse effeito consideraremos em separado as tres modalidades typicas da graça, como ella nos apparece na historia e na legislação de todos os povos, — o perdão, a redução e a commutação de penas aos condemnados.

O perdão, como manifestação primaria da graça, teve a sua base historica ou na urgencia de remediar os effeitos das condemnações injustas, determinadas por erro ou prevaricação dos julgadores, ou na desnecessidade de o condemnado continuar a cumprir a pena, por se haver operado a sua regeneração ou por ter desaparecido a causa productora da sua inadapabilidade ao meio social, ou ainda num simples capricho dos soberanos, transformando-o numa prerogativa de favor, para dar esplendor e prestigio ao seu poder. Pois bem, o primeiro destes fundamentos determinou o apparecimento da revisão, segundo o seu conceito tradicional, que o moderno direito scientifico não restringe a este ou áquelle caso de injusta condemnação, mas amplia a todas as hypotheses, em que possa demonstrar-se a innocencia do condemnado, dando-se aqui uma evidente substituição parcial da graça pela

¹ *Criminologie*, pagg. 399 a 402.

revisão. O segundo fez sujeitar o exercicio da graça a condições, cuja verificação demonstre a injustiça da continuação da pena e cuja existencia se indague por meio dum processo de investigação de todas as circumstancias elucidativas do character moral do condemnado e capazes de garantir a sua nova adaptação ao meio social, e, portanto, por meio dum processo verdadeiramente revisional, embora organizado por auctoridades estranhas ao poder judiciario. É o caso de se dizer com SARRAUTE que a graça, em termos taes, não é mais que uma revisão deslocada. O terceiro, finalmente, não pôde ser hoje invocado por ninguem, pois que contra a graça, como acto arbitrario do agraciador, protesta decisivamente a função social da penalidade¹. De fórma que, o que ha de aproveitavel na graça-perdão, substitue-se pela revisão, e o que ha de prejudicial, elimina-se.

A redução da pena imposta ao condemnado na sentença condemnatoria, posta sempre de lado a arbitrariedade na sua concessão, apparece como corollario da falta de correspondencia entre a duração do meio repressivo a que se sujeitou o delinquente e a sua presumida criminalidade. Por outras palavras, semelhante manifestação da graça resultou da difficuldade insuperavel de determinar no momento da condemnação o grau de perversidade do criminoso, e, portanto, da impossibilidade de fixar então, dum modo irrevogavel, o tempo de segregação a que elle deve ficar sujeito. Ora esta difficuldade, ou antes, esta impossibilidade, suggeriu ultimamente a idéa de substituir ao

¹ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 114 e segg.

systema de fixar antecipadamente na sentença o tempo de duração da pena, o principio da sentença indeterminada, sujeita a revisões posteriores tendentes a averiguar, cada vez melhor, o estado moral do delinquente e a determinar o mais conveniente destino a dar-lhe, isto é, a deliberar se será necessario prolongar a sua segregação ou se pôde conceder-se-lhe liberdade condicional ou definitiva. Com a adopção do novo principio, a revisão viria, em ultima analyse, a substituir tambem a segunda modalidade do exercicio do direito de graça. Mas, mesmo com o systema de fixar na sentença condemnatoria a duração da pena imposta ao condemnado, a redução não arbitraria desta pena importa um novo estudo das qualidades do seu caracter em face dos seus antecedentes, das circumstancias que acompanharam o delicto e de todas as observações prisionaes ou penitenciarias que sobre elle se tenham feito. E um estudo assim não é mais que uma revisão do feito crime, para conseguir a mais aproximada individualização da pena, em harmonia com as condições do delinquente. Tambem aqui é verdadeira a doutrina de SARRAUTE: a graça redução é uma revisão deslocada.

A commutação, finalmente, suppõe a diversidade de penas dentro do systema repressivo e só deve ser determinada pela falta de accommodação ao delinquente da pena que lhe foi applicada. Mas como ha de verificar-se esta imperfeita individualização da pena? Não pôde ser doutra maneira, senão apreciando outra vez a perversidade do mesmo delinquente, comparando-a com o meio repressivo que lhe foi imposto e determinando se a sentença condemnatoria traduz ou não as indicações da sociologia criminal e satisfaz as

exigencias do interesse social relativamente á represão dos delictos. Ora tudo isto respeita á concretização da lei penal, tudo isto é da alçada do poder judiciario, tudo isto, em summa, só pôde conseguir-se por uma nova analyse da causa, por um verdadeiro processo de revisão.

Consequentemente, a graça soberana ou é um absurdo juridico, quando nada mais represente que um acto arbitrario do agraciador, ou uma revisão deslocada, que importa integrar por completo no poder judiciario. Investiguemos agora, qual o processo por que deverá operar-se esta integração, continuando a considerar em separado as tres manifestações typicas da graça — o perdão, a redução e a commutação de penas.

20. Segundo dissemos acima, o perdão duma pena imposta em sentença condemnatoria podia assentar, racionalmente, sobre um de dois fundamentos — ou a innocencia do condemnado ou a existencia verificada da sua adaptabilidade ao meio social.

Pelo primeiro destes fundamentos já hoje tem logar a revisão, que as legislações mais adeantadas generalizam a quaesquer casos de erros judicarios. Em circumstancias taes, a revisão tem sido até considerada por alguns escriptores, BONNEVILLE por exemplo, como um direito natural, imprescriptivel, superior a todas as leis e a quaesquer necessidades sociaes¹. Hoje já

¹ BONNEVILLE — *De l'amélioration de la loi criminelle*, tomo II, pag. 580; *Monitore dei tribunali*, anno IV, 1885, pag. 412.

não ha que discutir sobre o principio da sua admissão e da sua attribuição ao poder judiciario, embora se levante ainda a questão do seu emprego restricto a certos casos taxativamente marcados na lei ou da sua adopção generica para todas as hypotheses de injusta condemnação, questão que, no estado actual da sciencia, não póde deixar de resolver-se no sentido do segundo termo desta alternativa. E uma vez verificada a innocencia do condemnado, a revisão deve ter como effeito necessario a sua liberdade definitiva e incondicional.

Tão simples não póde ser já a substituição do perdão fundado sobre a não existencia ou desaparecimento da inaptabilidade do delinquente ao meio social, quando elle, realmente, tenha praticado um facto incriminado pela lei penal.

Por este fundamento o perdão podia apparecer em dois momentos differentes, ou só depois de o reo ter cumprido parte da pena, ou logo a seguir á condemnação.

Em qualquer dos casos, porém, como tal acto de graça vinha modificar uma decisão do poder judiciario, intendeu-se que não devia proceder-se arbitrariamente, e dahi a regulamentação do seu exercicio, a qual não passa duma revisão deslocada e imperfeita. Por ella pretende verificar-se a justiça, equidade e conveniencia de exercer a graça, pela apreciação das circumstancias que acompanham o delicto e das condições pessoas do delinquente. Ora, proceder assim é transformar o exercicio do direito de graça num acto que entra naturalmente nas attribuições do poder judiciario, unico competente para realizar a concretização individual das leis repressivas, e, porisso, parece

que nenhuma difficuldade poderia haver em judiciarizar aquella manifestação do poder soberano, sendo já de natureza jurisdiccional o processo empregado e a funcção exercida.

Todavia, como as transições rapidas repugnam ao desinvolvimento vagaroso da vida social, a integração judiciaria da funcção penal do perdão pedia uma preparação evolutiva numa phase intermediaria entre o desprendimento desta funcção do poder unitario do estado e a sua incorporação no poder judicial. E esta preparação está de ha muito começada e já se vae aproximando do seu termo. Opera-a a instituição penal conhecida sob o nome de *liberdade condicional*.

Não cause surpresa esta affirmação, pois abundam elementos para fazer uma demonstração completa. A liberdade condicional, na sua origem historica, na sua evolução legal e doutrinal, no seu fundamento racional e nas suas tendencias scientificas, é evidentemente uma phase melhorada da categoria historica do perdão na esphera da penalidade, e o processo administrativo da sua concessão e revogação um meio transitorio para um processo judicial de character revisorio.

Historicamente a liberdade condicional representa um producto das doutrinas penaes que baseavam o direito de punir sobre o principio da emenda do criminoso, principio que a escola correccionalista formulou e que a escola penitenciarista procurou tornar effectivo, mediante um novo systema prisional. Foi BENTHAM¹ que primeiro a propôs na Inglaterra, de-

¹ *Theoria das penas e das recompensas*, cap. XXII.

fendendo-a, depois delle, CH. LUCAS¹ e BONNEVILLE² na França, MITTERMAIER³ e HOLTZENDORFF⁴ na Alemanha e muitos outros correccionalistas e penitenciaristas notaveis⁵.

Para nos convenceremos das intimas affinidades entre a liberdade condicional e os principios da escola correccionalista, basta attender ao que sobre ella nos ensina BONNEVILLE, que a encarou sob todos os aspectos, desde a sua base racional até aos seus ultimos effeitos sociaes. Para o notavel correccionalista a liberdade condicional era antes de tudo uma coisa justa e racional, porque vinha remediar o inconveniente de o juiz impôr ao condemnado uma pena de duração excessiva para conseguir a sua regeneração⁶. Era numa instituição de grande utilidade, emquanto actuava como factor poderoso de regeneração, offerecendo aos condemnados, com a esperança da abreviação da pena, um forte incentivo de melhoramento⁷. Era, por fim, um meio efficacissimo de verificar a regeneração dos libertos e de a tornar persistente, facilitando a sua reabilitação moral e removendo os obstaculos da sua

¹ *Théorie de l'emprisonnement*, 6.^o partie, pagg. 340 e segg.

² *Institutions complémentaires, etc.*, pagg. 201 e segg.; *Amélioration de la loi criminelle*, tomo I, pagg. 593 e segg.

³ *O estado actual da questão carceraria*.

⁴ *Da possibilidade de abreviar as penas privativas de liberdade*.

⁵ CATASTINI — *Liberazione condizionale in Italia*. Roma, 1892, pagg. 8 a 10 e 60 e 61; *Codice penale italiano* di TITO CARLETTA e PIETRO COGLIOLO, pag. 76.

⁶ *Institutions* cit. pag. 203; *Amélioration*, tomo I, pag. 594.

⁷ BONNEVILLE — *Institutions complémentaires*, pagg. 205 e segg.

reintegração social¹. A emenda do criminoso era, assim, o ponto de referencia de todos os elementos que entravam na organização do instituto da liberdade condicional.

Aproximemos agora da liberdade condicional o perdão da pena. Segundo o auctor a que nos vamos referindo, se o perdão arbitrario constituia uma enormidade constitucional, era justo e conveniente o perdão baseado na emenda e no arrependimento do criminoso². O mesmo pensavam entre nós os redactores do projecto de codigo penal de 1861, que a seu turno reconheciam a liberdade condicional e a fundamentavam na emenda do delinquente³.

E quaes as razões por que estes escriptores consideravam admissivel o perdão em semelhantes condições? Eram dois os motivos principaes, dando-se a notavel coincidencia de ambos apparecerem tambem para justificar a liberdade condicional. O perdão era justo, porque constituia uma garantia indispensavel da medida equitativa das penas, isto é, por meio d'elle extinguiam-se a punição já desnecessaria, por se ter operado a regeneração do delinquente, e era util, porque representava um mobil desta regeneração, emquanto a sua possibilidade alimentava a esperança do acabamento prematuro da pena, e esta esperança transformava-se num estimulo de melhoramento moral⁴. De fórma que o perdão e a liberdade condicional encontravam-se e confundiam-se tanto na sua base scientifica como na sua função no

¹ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 209 e segg.

² BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 100 e 104.

³ *Relatorio* cit., pagg. 93 e 108.

⁴ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 104 e segg. e 110 e segg.

organismo repressivo. Ambos se estribavam na conveniencia de medir a repressão pelas necessidades da emenda do delinquente e ambos eram considerados como estímulos de regeneração.

Daqui a antiga observação de que a concessão da liberdade condicional envolve uma usurpação do direito de graça reservado ao soberano, observação repetida no nosso parlamento, quando se discutia a lei sobre liberdade condicional, de 6 de julho de 1893, apparecendo ahi alguém que declarasse inconstitucional o projecto respectivo, por offender o direito de graça ¹. A uma tal observação respondia já BONNEVILLE, e respondeu tambem o ministro auctor da primitiva proposta daquella lei. Ha um ponto commum nestas respostas e é o dizer-se que o perdão e a liberdade condicional se distinguem nos effeitos, pois um extingue a condemnação e a outra apenas a suspende dum modo transitorio e sob a ameaça de o condemnado ser coagido a cumprir a pena toda, se pelo seu procedimento, ou pela infracção das condições impostas, se tornar indigno do beneficio concedido ².

Respondendo, porém, deste modo, não se elide a difficuldade, apenas se salienta o absurdo de pelos mesmos motivos se conceder ora liberdade definitiva, ora liberdade condicional, só porque é diverso o poder concedente, e esquece-se que a irrevogabilidade não constitue um elemento fundamental dos actos de graça, como o mesmo BONNEVILLE reconhece, tornando con-

¹ *Diario da camara dos senhores deputados*. Sessão de 23 de maio de 1893, pag. 24.

² BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 221 e segg.; *Liberdade condicional etc.*, pag. 5.

dicional e dependente do comportamento do condenado o beneficio da redução ou commutação das penas¹. E é surprehendente que o mesmo escriptor, num trabalho subsequente, chegou a considerar a liberdade condicional como uma delegação do direito de graça². Tal é a compenetração funcional das duas instituições.

A evolução legal e doutrinal do principio da liberdade condicional mostra, por seu lado, como elle representa uma substituição parcial do direito de graça.

Depois que BENTHAM, CH. LUCAS, BONNEVILLE, MITTERMAIR, HOLTZENDORFF, etc., realçaram a justiça e a utilidade da instituição da liberdade preparatoria, começaram as legislações a ensaiá-la e a reconhecê-la de dia para dia com mais amplitude, podendo verificar-se hoje a sua existencia no direito penal de quasi todos os povos cultos. Principiou por ser applicada aos menores delinquentes, alargou-se depois aos condemnados adultos, sendo, comtudo, excluidos os delinquentes tidos por mais perigosos, e foi, por fim, admittida dum modo geral por algumas legislações.

Para menores delinquentes estabeleceu-a pela primeira vez a França com a instrucção ministerial de 3 de dezembro de 1832³, e para adultos iniciou-a, dentro de limites muito estreitos e com regulamentação insufficiente, o decreto hespanhol de 20 de dezembro de 1840⁴. Depois deste decreto sancionaram-na com

¹ Ob. cit., pag. 72.

² *Amélioration de la loi criminelle*, vol. I, pagg. 610 e 611.

³ BONNEVILLE — *Institutions complémentaires*, pag. 229.

⁴ SILVELA — *El derecho penal español*. Madrid, 1879, pagg. 517 e segg.

maiores ou menores restricções as leis inglêsas de 20 de agosto de 1853, de 25 de julho de 1864 e de 21 de agosto de 1871¹ e os codigos penaes do cantão de Zurich de 8 de janeiro de 1871, da Hungria de 27 de maio de 1868, da Italia de 30 de junho de 1889, e outras legislações que por brevidade omittimos², e reconheceram-na sem excepções os codigos penaes da Allemanha de 31 de maio de 1870, do cantão de Tesino de 23 de janeiro de 1873 e da Hollanda de 3 de março de 1881 e a lei francêsa de 14 de agosto de 1885³.

Entre nós propunham a liberdade condicional os redactores do projecto de codigo penal de 1861 para os condemnados a penas de prisão ou degredo de 2.^a ou 3.^a classe, depois de terem soffrido *metade* da pena, ou dois terços, sendo reincidentes, e quando satisfizessem a certas condições⁴; estabeleceu-a a lei de 15 de junho de 1871, que creou em Lisboa a casa de detenção e correcção para os menores de dezoito annos, para os detidos que tiverem cumprido duas terças da pena, quando no livro do registo tenham nota de irreprehensivel comportamento⁵; defendeu-a, como uma das instituições complementares e indispensaveis do systema penitenciario, o sr. MORAES DE CARVALHO numa memoria lida na sessão da associação dos advogados

¹ CATASTINI, ob. cit., pagg. 60 e segg.

² *Liberdade condicional etc.*, pagg. 8 e segg.

³ *Codice penale italiano* di CARLETTI e COGLIOLO, pagg. 77 e 78.

⁴ *Projecto cit.*, artt. 155.^o, 157.^o, 158.^o e 159.^o

⁵ Lei de 15 de junho de 1871, art. 11.^o

de Lisboa de 20 de outubro de 1875¹; propô-la o sr. JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, quando se discutia na camara dos senhores deputados a reforma penal de 14 de junho de 1884, para os condemnados a prisão celllular ou maior, ou a degredo, que tivessem soffrido dois terços das penas²; mostrou por mais duma vez as suas vantagens o director da penitenciaria central de Lisboa nos relatorios enviados ao ministro da justiça³; entrava na proposta de lei apresentada em 4 de fevereiro de 1888 e renovada a 10 de junho de 1893, tendente a prevenir e a reprimir a criminalidade dos menores⁴; e consagrou-a finalmente a lei de 6 de julho de 1893, e regulou a sua concessão o decreto de 16 de novembro de 1893 para os condemnados pela primeira vez a prisão maior celllular, que tiverem cumprido duas terças partes da pena, quando se presume que estão corrigidos e emendados, e tambem para os condemnados a pena de degredo, que se encontram nas mesmas condições, mas só quando a execução desta pena estiver regulada nos termos do art. 60.º do codigo penal⁵.

Atravez da evolução da liberdade condicional, desde a sua minima até á sua maxima admissão, em dois pontos capitaes transparece a sua natureza de substi-

¹ *Liberdade condicional etc.*, pag. 27.

² *Diario da camara dos senhores deputados*, 1884, vol. II, pagg. 1159.

³ Relatorios, de 1885, pagg. 63, de 1886, pagg. 69 e segg.

⁴ *Diario cit.*, 1888, vol. I, pagg. 328 e segg., e 1893, sessão de 10 de junho de 1893, pag. 17.

⁵ Lei de 6 de julho de 1893, artt. 1.º, 4.º e 5.º; decreto de 16 de novembro do mesmo anno, artt. 1.º e 20.º

tutivo do perdão — a competencia da auctoridade para concedê-la e a regulamentação a que se submete essa concessão.

Hoje pôde dizer-se, dum modo geral, que a concessão da liberdade condicional constitue um acto da administração superior do estado, attribuido pela maioria das legislações ao ministro dos negocios da justiça¹. Todavia países ha em que aquella concessão pertence exclusivamente ao chefe do estado, como acontece na Inglaterra², e outros em que não só isso se dá, mas onde a liberdade condicional representa um verdadeiro acto de graça, do que encontramos exemplos na Austria³ e na Dinamarca⁴, signal evidente de que uma tal instituição se formou á custa da desintegração da graça.

Mas o que é digno de notar-se é que, como a graça, a liberdade condicional tem caminhado do predomínio do systema das restricções para a preponderancia do systema da regulamentação e que este é profundamente semelhante nas duas instituições.

Relativamente ao primeiro facto, basta fazer o confronto entre a instrucção ministerial francêsa de 1832,

¹ Lei de 6 de julho de 1893, art. 6.º; *Código penal allemão*, art. 25.º; Decreto regulamentar do *código penal italiano* de 1 de dezembro de 1889, art. 4.º Deve notar-se que pela lei francêsa de 14 de agosto de 1885, art. 3.º, a concessão e revogação da liberdade condicional pertence ao ministro do interior. GARRAUD, ob. cit., pagg. 214 e 215.

² CATASTINI, ob. cit., pag. 61.

³ Circular de 3 de junho de 1866; CATASTINI, ob. cit., pag. 62.

⁴ Regulamento de 13 de fevereiro de 1873; CATASTINI, ob. e log. citt.

que só permittia a liberdade condicional em favor de condemnados menores, e os codigos allemão, tessinense e hollandês e a lei francêsa de 1885, que a alargaram a todas as penas privativas de liberdade.

O segundo é tambem de facil verificação. A condição fundamental exigida para a concessão da liberdade preparatoria aos condemnados e que informa a sua regulamentação, isto é, a existencia provada da sua correcção e emenda e, portanto, a sua adaptabilidade ao meio social, encontrámo-la nós como unica base racional do exercicio do perdão, quando o agraciado houvesse realmente commettido um delicto.

A condição derivada de os mesmos condemnados terem cumprido certa parte da pena, condição requerida por todas as legislações sobre liberdade condicional¹, propunha-a já o projecto do codigo penal de 1861 para o perdão, redução e commutação das penas impostas por *crimes communs*², e apparece, como vimos, no codigo penal do Mexico, na lei do Equador de 1887 e nos decretos organico e regulamentar da penitenciaria central de Lisboa, de 20 de novembro de 1884, como base indispensavel para o exercicio da graça. Entre nós, além de se exigir que os reos condemnados a prisão celllular tenham soffrido dois terços da pena, para poder recaír sobre elles o beneficio da graça³, exactamente como para lhes ser concedida a

¹ CATASTINI, ob. cit., pagg. 62 e 63; Lei de 15 de julho de 1875, art. 11.º; Lei de 6 de julho de 1893, art. 1.º e Reg. de 16 de novembro do mesmo anno, art. 1.º

² Projecto cit., artt. 164.º e 166.º

³ Decreto organico, art. 12.º; Decreto reg., art. 216.º

liberdade condicional¹, dá-se ainda a curiosa coincidência de os pedidos de perdão e as propostas para concessão de liberdade condicional deverem ser instruídas e informadas por um modo muito semelhante, quasi identico. O art. 2.º do decreto de 16 de novembro de 1893 é uma verdadeira reprodução do art. 3.º do decreto de 18 do mesmo anno.

Passando á evolução doutrinal da instituição da liberdade condicional, não falta quem confesse que a sua função constitue una transformação parcial do direito de graça.

BONNEVILLE, já o dissemos, chega a considerar o *direito de liberdade preparatoria* como uma delegação do direito de graça.

Quando no parlamento italiano se discutiam as disposições do novo código penal sobre liberdade condicional, dizia o deputado DELLA ROCCA que, depois de ella começar a ser applicada, á graça só se recorreria em casos gravissimos, excepcionaes, limitando-a ao erro judiciario manifesto ou a outro caso muito especial². E o deputado NOCITO, auctor duma importante monographia sobre o assumpto³, exprimia-se por esta fórmula: «Ella (a liberdade condicional) é o exercicio do direito de graça aos condemnados que têm boa conducta, regulado por uma lei: Com o projecto estas graças deixarão de ser um beneficio irretractável, mas, como todos os dons, será revogado por causa de ingratição»⁴.

¹ Lei de 6 de julho de 1893, art. 1.º

² CATASTINI, ob. cit., pag. 71.

³ *Della libertà condizionali dei condannati*, 1880.

⁴ CATASTINI, ob. cit., pag. 72, n.º 127.

A mesma afinidade entre a liberdade condicional e a graça foi affirmada no nosso parlamento pelo senhor deputado ABREU CASTELLO BRANCO, ao discutir-se a lei de 6 de julho de 1893, o qual declarou que, se a liberdade condicional era um premio para os condemnados a prisão maior cellular, depois de terem soffrido dois terços da pena e quando se presumisse que estavam corrigidos e emendados, lá estava, nos mesmos termos, nas leis organica e regulamentar da penitenciaria central de Lisboa a possibilidade da graça ¹.

É certo que o parecer da commissão de legislação criminal da camara dos dignos pares do reino pretendeu demonstrar que a liberdade condicional nem usurpa nem limita o direito de graça, apresentando para isso as razões seguintes:

- a) — O direito de graça não tem limites na amplitude das suas faculdades; a liberdade condicional está sujeita a regras e a prescripções, que não podem nem devem preterir-se;
- b) — O indulto extingue a pena, restituindo o condemnado á plena liberdade, e é irrevogavel; a liberdade condicional apenas suspende a sentença e caduca quando o liberto falta ás condições com que a recebeu;
- c) — A propria coexistencia do direito de graça e da liberdade condicional nos diversos países mostra que são distinctos os seus fins ².

Torna-se, porém, duvidoso o valor destes argumentos. Contra o primeiro protesta a historia da graça,

¹ *Diario* cit., 1893, sessão de 27 de maio, pag. 7.

² *Diario da camara dos dignos pares*, 1893, sessão n.º 28.

restringida ou regulamentada em todas as idades e tão minuciosamente condicionada por muitas legislações modernas, e revolta-se a missão scientifica da penalidade, á luz da qual não passa duma enormidade juridica «o direito de graça sem limites na amplitude das suas faculdades». A graça, quando se limite a libertar condemnados, cujo caracter antisocial desapareceu ou nunca existiu, é uma instituição atrasada, mas comprehensivel. Todavia, quando não obedeça a regras nem respeite prescripções, que assegurem o seu justo exercicio, transforma-se numa monstruosidade intoleravel. Ninguem ousaria defendê-la nesses termos.

O argumento derivado da differença dos effeitos da graça e da liberdade condicional tem um valor todo apparente. Em primeiro logar, é visivel a anomalia da existencia de duas instituições destinadas a exercer funcções identicas e manifesta a incoherencia de dar caracter differente aos resultados do seu funcionamento. Depois, a irrevogabilidade não póde considerar-se como elemento fundamental dos actos de graça, principalmente quando esta se basêa sobre a presumpção de emenda do delinquente, pois que então é natural que desapareça diante da prova em contrario¹.

O terceiro argumento é demasiado artificial para merecer attenção. A coexistencia de duas instituições que fundamentalmente se excluem é um facto de observação frequente na vida das sociedades e caracteristico da transição entre dois estadios evolutivos em que só appareça uma ou outra dessas instituições.

¹ Vid. supra, pag. 178.

Mas se na sua origem e na sua evolução a liberdade condicional se nos depara como um substitutivo do perdão, sob egual aspecto no-la apresenta o seu fundamento scientifico e as suas tendencias doutrinaes.

A razão originaria da sua adopção pelo direito penal moderno encontra-se na substituição dos velhos conceitos da pena como vindicta, expiação ou retribuição pelas novas theorias da emenda e da defesa social. Se a pena deixou de constituir o objectivo principal do systema repressivo, seria uma injustiça prolongá-la, quando a emenda do criminoso já não a exigisse ou a defesa social a dispensasse ¹.

As novas idéas sobre a penalidade veio junctar-se um principio fecundo de resultados praticos, o principio da necessidade de egualar, se não de antepôr, o estudo anthropologico do delinquente e o estudo sociologico do meio em que se produziu o delicto ao estudo juridico do mesmo delicto ², para conseguir uma conveniente individualização das penas ³. E a necessidade de estudar o delinquente sob aquelle duplo aspecto, para adaptar o meio repressivo ao seu grao de criminalidade, veio convencer os espiritos da fallibilidade com que os tribunaes criminaes fixariam no momento da condemnação a duração precisa da pena, e, portanto, da conveniencia e justiça de, muitas vezes, pôr o condemnado em liberdade antes da execução plena da sentença, por se ter operado nelle um melhora-

¹ SÉMAL — *De la libération conditionelle*. (Actas do congresso de Paris), pag. 79.

² FERRI, ob. cit., pag. 10.

³ PRINS — *Actas do congresso de Bruccellas*, pag. 339.

mento moral sufficiente para o tornar readaptavel ao meio social, depois duma rigorosa investigação de todos os elementos que dêem a medida daquelle melhoramento ¹.

Todavia, como a conducta posterior do liberto podia destruir a presumpção da sua readaptabilidade ao meio social, tornando infundada a deliberação de que resultou a suspensão da pena, intendeu-se que esta suspensão devia ser condicional, voltando o liberto mal conduzido para a prisão, a fim de dar cumprimento integral á sentença condemnatoria ².

Assim se justifica a instituição da liberdade condicional, que tem a incontestavel vantagem de transformar num direito do condemnado o que o perdão considerava como um favor do soberano. A liberdade condicional representa uma conquista do sentenciado e não uma graça de qualquer poder do estado. Por ella não se perdoa, porque a sociedade hoje não pune para se vingar, mas reconhece-se ao condemnado o direito de entrar de novo no convívio social, quando a pena possa converter-se, em relação a elle, num excesso de defesa, já que de natureza tutelar e defensiva é a função da penalidade. E se já se inculcava o perdão como meio de regeneração dos criminosos, por elle alimentar a esperança de obter a liberdade antes do cumprimento integral da pena, maior é, neste ponto, a excellencia da liberdade condicional, porque, diremos com MANCINI, «nada melhor para despertar no animo dos condemnados o sentimento moral, do que a esperança, fundada

¹ MANDUCA — *Scuola positiva*, 1893, pagg. 49 a 51.

² CATASTINI, ob. cit., pag. 37.

na lei, de readquirir a liberdade, como premio da propria emenda»¹.

Quanto ás tendencias scientificas da liberdade condicional, diremos apenas que se vae accentuando a idéa de a considerar como um instituto complementar do principio das penas indeterminadas, no qual SARRAUTE vê, como dissemos, um eliminativo do direito de graça. Ahi a liberdade condicional apparece como uma consequencia das revisões periodicas de que fica dependente a execução da sentença indeterminada². Adiante nos referiremos mais de espaço a este assumpto.

Mas se a liberdade condicional constitue um verdadeiro substitutivo do perdão, o processo da sua concessão prepara a conversão do direito de perdoar numa attribuição do poder judiciario.

Logo que os criminalistas começaram a estudar a liberdade condicional, levantou-se polemica sobre se devia conferir-se a sua concessão ao poder executivo ou ao poder judiciario, polemica que ainda hoje existe, embora as legislações tenham seguido o caminho quasi uniforme de optar pelo poder executivo³.

Os defensores da competencia do poder judiciario argumentam:

a) — A concessão da liberdade condicional envolve

¹ Cit. por CATASTINI, ob. cit., pag. 48.

² FERRI, ob. cit., pag. 501; SÉMAL — *Actas do congresso de Paris*, pagg. 80 e 81; SARRAUTE, idem, pag. 390; THIRY — *Actas do congresso de Bruxellas*, pagg. 20 e segg.; HAMEL, idem, pagg. 62 e segg. e *Scuola positiva*, 1893, pag. 958.

³ BONNEVILLE — *Inst. comp.*, pagg. 222 a 224 e *Amélioration* etc., tomo I, pagg. 611 a 614; *Liberdade condicional* etc., pag. 29.

uma alteração real da sentença condemnatoria, e, porisso, attribui-la ao poder executivo constitue uma ingerencia inconveniente deste poder no exercicio da funcção judiciaria ¹.

b) — Tal concessão representa um meio de individualizar a pena, em harmonia com o character moral do delinquente, e semelhante funcção entra naturalmente na esphera de acção do poder judiciario, pois é elle o unico competente para a applicação concreta das leis repressivas ².

Os propugnadores do systema dominante retorquem :

a) — A liberdade condicional é um meio de executar a pena e não uma alteração do julgado, o qual fica de pé e se cumpre integralmente, se o liberto infringe as condições que lhe foram impostas ³;

b) — Ao poder judiciario só compete determinar a pena applicavel ao delinquente, sendo da alçada do poder executivo torná-la effectiva pelo modo que melhor se harmonize com os direitos individuaes e com o interesse social ⁴.

Esta questão é difficil, como são difficeis todas as questões de limites de attribuições dos poderes do estado, apparecendo sempre razões para fundamentar

¹ MANDUCA, log. cit., pag. 52.

² HAMEL — *Actas* citt., pag. 63.

³ CATASTINI, ob. cit., n.ºs 12, 19, 22, 24, 104, 108, 141, 176 e 152; *Liberdade condicional* etc., pagg. 4, 5, 28 e 29.

⁴ DEUSDADO — *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 412.

opiniões divergentes. As funções dos diversos poderes concorrem, algumas vezes, tão intimamente para o mesmo resultado, que custa a determinar precisamente o seu respectivo campo de acção. É o que aqui se dá. Ambos os poderes, judicial e executivo, são chamados para tornar effectivo o systema repressivo do delicto, um para indicar a medida penal conveniente e o outro para dar effeito pratico a essa medida penal. De tal cooperação dos dois poderes resulta a questão referida.

Nós, porém, não temos duvida em nos decidir pela competencia do poder judiciario para conceder a liberdade condicional. Esta não é um simples meio de executar o julgado, mas uma verdadeira substituição duma pena privativa de liberdade por uma especie de condemnação condicional, que póde tornar-se effectiva pela má conducta do condemnado. Ha perfeita identidade entre a liberdade e a condemnação condicional, tanto pelo que respeita ao seu fundamento scientifico, como pelo que se refere ao seu valor de instituições de character penal. Pela primeira dá-se liberdade a um condemnado que se presume readaptavel ao meio social, por a pena haver produzido a sua regeneração, pela segunda deixa-se em liberdade um reo, cujo character moral não torna perigosa a sua existencia em sociedade, liberdade precaria em ambos os casos e sujeita a acabar pela infracção das condições com que é concedida. Quer numa quer noutra, confia-se em que a simples eminencia da pena é bastante para equilibrar a fraqueza do senso moral do delinquente e efficazmente o conduzir ao caminho da honestidade. Finalmente, uma e outra subtraem o condemnado á influencia degenerativa da prisão, que não raro se transforma

numa escola de vicios. E apesar de todas estas semelhanças, nem ao menos se levanta a questão de deixar ao poder executivo o resolver sobre os casos em que a condemnação deve ser apenas condicional. Seria mesmo absurdo que tal questão se levantasse, pois o poder executivo não é competente para condemnar ninguém, as suas funções são preventivas, e a condemnação condicional, ameaçando a imposição duma pena, declarando o individuo reo dum crime, embora leve, e fazendo cair sobre elle a desconfiança publica, reveste um character repressivo e como tal entra naturalmente na esphera da acção do poder judiciario. E, no entanto, se a liberdade condicional é um modo excepcional de executar a sentença condemnatoria, tambem o é, e nos mesmos termos, a condemnação condicional.

Mas ha um motivo fundamental e decisivo, segundo o nosso modo de pensar. É a consideração da liberdade condicional como um meio de individualização das penas, em harmonia com o character moral do condemnado. É ao poder judiciario que se recorre para apreciar a perversidade dum delinquente e averiguar a sua temibilidade, estudando-o sob todos os pontos de vista que possam levar ao conhecimento da sua indole criminosa, como dados pessoaes, antecedentes hereditarios, relações familiares, condições sociaes, etc., é ao poder judiciario que se pede a indicação da medida penal adequada ao grao de criminalidade averiguada, e já se prescinde do poder judiciario, quando se muda em condicional a condemnação effectiva por elle proferida, mudança que não pôde deixar de fundar-se numa nova ponderação de todas as circumstancias demonstrativas e reveladoras do character moral

do condemnado. Isto significa que, para exercer a mesma função de individualizar as penas, se recorre ora ao poder judiciario ora ao poder executivo, o que não só envolve o desconhecimento theorico da autonomia dos poderes do estado, mas pôde dar praticamente resultados contrarios aos que se pretendem obter com a instituição da liberdade condicional.

Decidimo-nos, portanto, pela opinião daquelles que só ao poder judiciario conferem a attribuição de conceder a liberdade condicional. Este nosso modo de ver será vantajosamente reforçado, quando apresentarmos a liberdade condicional como instituição complementar da sentença indeterminada.

Uma vez entregue ao poder judiciario a missão de conceder a liberdade condicional, deverá elle proceder revisionalmente, tornando a analysar os factos de que resultou a condemnação, apreciando todos os dados em que se basêa o pedido ou a proposta de liberdade condicional e procedendo a todas as diligencias consideradas necessarias para proferir um julgamento que, sem offender o direito individual, respeite o interesse colectivo. Nem nisto ha innovação alguma, pois já de modo revisional procede hoje o poder executivo ao conceder a liberdade condicional. É caracteristico o que entre nós estabelece o decreto regulamentar daquella concessão, de 16 de novembro de 1893. Este diploma, declarando, em harmonia com a lei de 6 de julho do mesmo anno, que a liberdade condicional será concedida mediante proposta feita ao ministerio dos negocios da justiça pelos directores dos estabelecimentos penaes, em que cumprirem sentença os respectivos condemnados, determina que as propostas devem ser instruidas com certidões do corpo

de delicto directo e indirecto, dos quesitos e respostas do jury e da sentença, e acompanhados de informações que constituam, digamos assim, a historia do criminoso desde os seus costumes e procedimento anteriores ao delicto até ás ultimas manifestações da sua regeneração, para determinar, aproximadamente, o poder da energia perversa determinante do delicto e, portanto, aquilatar o exito com que lhe poderá ser concedida a liberdade condicional¹.

Em ultima analyse, pois, pôde dizer-se que a graça-perdão encontra um substitutivo vantajoso na revisão seguida de liberdade definitiva ou condicional.

21. Determinado o destino scientifico da graça-perdão, estudemos agora qual deva ser o da graça-redução.

As legislações penaes vigentes adoptam, em geral, um systema mixto de penas fixas e de penas variaveis entre um minimo e um maximo marcados na lei. Quer num quer noutro caso, a sentença condemnatoria tem de fixar a duração da pena. A sentença é determinada. Suppõe a lei que o julgador pôde calcular, no momento judiciario da condemnação, o quantitativo de pena bastante para satisfazer as necessidades da defesa social².

Semelhante systema era por demais rigoroso, para não receber alguns correctivos. Tem-nos, com effeito, recebido, consistindo um delles na redução da pena por meio dum acto de graça ou por meio da liberdade

¹ Artt. 3.º, 3.º a, 4.º, 5.º 6.º e 7.º

² FERRI, ob. cit., pag. 493.

condicional. Este correctivo era, porém, incompleto, pois, se a pena podia tornar-se demasiada, tambem podia tornar-se insufficiente e daqui o apparecimento duma instituição tendente a remediar a insufficiencia da pena imposta ao condemnado, conhecida sob o nome de *detenção suplementar*.

A redução graciosa ou condicional das penas e a detenção suplementar, constituem verdadeiras phases embryonarias dum novo instituto penal, defendido hoje por muitos criminalistas, pertencentes á chamada escola positiva de direito penal, e já consignado por algumas legislações americanas. Referimo-nos á *sentença indeterminada*.

E de facto, tanto a redução da pena pela graça ou pela liberdade condicional, como o seu prolongamento pela detenção suplementar, deslocam o limite da sua duração marcado na sentença e tornam esta indeterminada.

Hoje, porém, a sentença indeterminada não se considera já como uma simples consequencia do emprego de meios que desloquem o limite da pena, fixa no julgado, mas eleva-se á categoria dum principio, a que devem subordinar-se todas as instituições que, segundo as actuaes legislações, são empregadas para encurtar ou prolongar as penas, em harmonia com as necessidades da repressão. Convém, porisso, que determinemos como este principio começou a manifestar-se, como se desenvolveu, como é julgado no estado actual da sciencia, qual o seu valor penal e qual o papel que elle deverá, porventura, desempenhar nas reformas do direito e processo criminal.

A indeterminação das penas, como principio, parece ter sido applicada, pela vez primeira, por Catharina II

da Russia, em 1783, relativamente aos detidos cuja pena podia ser satisfeita pecuniariamente. «A duração da prisão, diz TARDE, não era fixa antecipadamente, o condemnado devia, pelo producto do seu trabalho, reparar o damno causado e satisfazer as despesas da sua alimentação»¹.

O antigo codigo penal bavaro estabelecia a condemnação por tempo *indeterminado* para certos delictos, deixando ao condemnado a esperança de merecer a sua liberdade definitiva, quando dêsse provas dum melhoramento real².

Onde, comtudo, encontramos exemplos frequentes da pratica do principio é nas legislações americanas. Já em 1824 LIVINGSTONE, no projecto de codigo penal para a Lusiania, não determinava a duração da pena depois de terceira reincidencia. Mais tarde applicaram a sentença indeterminada em relação a menores reclusos os estados de New-York, Pensylvania, Ohio, Virginia e bastantes outros³.

Quanto ao estado doutrinal do principio das sentenças indeterminadas, se os escriptores estão muito longe de chegar a accordo sobre a sua admissibilidade nos systemas penaes, pôde dizer-se que elle tem por si uma valorosa corrente de criminalistas, para os quaes constitue uma condição fundamental duma penalidade socialmente efficaz. Effectivamente, ha una-

¹ *Philosophie pénale*, pag. 497, nota 3.^a

² BONNEVILLE—*Amélioration de la loi criminelle*, tomo I, pag. 598.

³ FERRI, ob. cit., pagg. 498 e 499; HAMEL—*Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 62 e *Scuola positiva*, 1893, pagg. 947 e 948.

nimidade entre muitos penalistas em reconhecer os meritos do systema da segregação indeterminada. Proposto em 1867 pela *associação suissa de reforma penitenciaria*, e approvedo pelo *congresso penitenciario nacional de Cincinnati*, foi levantado pela escola de anthropologia criminal á altura de criterio fundamental dum systema positivo de defesa social contra o crime ¹.

Dentro desta escola começou o principio da segregação indeterminada a ser defendido dum modo bastante restricto.

Em 1880 aconselharam-no FERRI e GAROFALO para os reincidentes incorrigiveis ².

No congresso de Roma, BARZILAI, apresentando as suas conclusões sobre a indicação do programma — *Dos melhores meios para combater as reincidencias*, classificava os reincidentes em *reincidentes reconhecidos como psychologicamente anormaes*, em *reincidentes occasionaes* e *reincidentes habituaes*, e propunha para os ultimos a *reclusão indeterminada*, depois da quarta ou sexta reincidencia, segundo o arbitrio do magistrado ³. Foi pena que não chegasse a ser discutido o relatório de BARZILAI, para se ver se seria opinião do congresso que se applicasse tão restrictamente a sentença indeterminada.

No congresso de Paris, embora se não tractasse directamente do assumpto, referiam-se a elle dois relatórios importantes, o do DR. SÉMAL sobre a *liberdade*

¹ FERRI, ob. cit., pagg. 492 e segg.

² Auct. e ob. cit., pag. 497.

³ *Actas*, pagg. 4, 32, 34 e 415.

condicional, e o de PIERRE SARRAUT sobre as *applicações judicciarias da sociologia criminal*¹.

SÉMAL, depois de ter indicado o caminho erroneo das legislações, enquanto se contentavam com a applicação infallivel e uniforme de formulas crystallizadas nos codigos, fez ver como a liberdade condicional só podia intervir por occasião da existencia de sentimentos, que se suppõe existirem no criminoso, e como o principio da emenda do delinquente, como fim da pena, está em contradicção com a fixação antecipada da duração da cura, a que elle será submettido, e concluia que «tanto a justiça como a justeza duma lei sobre liberdade condicional são destructivas de erros juridicos e administrativos em materia de fixação e redução das penas, mas só pòdem surtir effeito por mercê dum corollario logico — a *detenção condicional*»².

Para SÉMAL a eliminação prolongada por meio duma detenção condicional constituia, assim, um principio geral applicavel a todos os criminosos, contra quem se pronunciasse uma segregação effectiva.

SARRAUTE, assentando como principio a necessidade da individualização das penas e procurando, depois, indicar os processos por que poderia dar-se cumprimento ás exigencias duma exacta penalidade, escrevia: «O ponto de condemnabilidade, o grao de convicção necessaria para decidir, indeterminavel, como criterio de certeza judicciaria, ficará sempre mais ou menos indeterminado. E então o juiz será obrigado, na maior parte dos casos, a não parar, a passar além, e a limi-

¹ *Actas*, pagg. 79, 380 a 386 e 386 a 392.

² *Ibidem*, pag. 81.

tar-se ao exame de factos insufficientes para formar uma convicção. Como remediar isto? Nós propomos a *indeterminação da pena* ¹.

É de notar que SARRAUTE só admittia a indeterminação da pena entre um maximo e um minimo marcados pela lei, fixando o juiz um minimo especial entre o maximo e o minimo legais e ficando a libertação do condemnado dependente do seu character e da sua conducta na prisão. Uma commissão especial examinaria periodicamente as condições do detido e resolveria sobre a liberdade a conceder-lhe, cabendo recurso das suas decisões para um tribunal correccional.

Nestes termos, era, tambem para SARRAUTE, a indeterminação das penas um principio geral, indistinctamente applicavel a qualquer categoria de detidos, principio que, segundo já dissemos, elle considerava como um optimo substitutivo do direito de graça ².

No congresso de Bruxellas tractou-se largamente o assumpto a proposito da indicação do programma «*Das medidas applicaveis aos incorrigiveis e da auctoridade apta para fixar a sua escolha*» sobre a qual foram apresentados cinco relatorios e recaíu uma discussão notavel. Os relatorios eram de THIRY, HAMEL, ALIMENA, MAUS e MOREL, e na discussão entraram PUGLIA, PRINS, KRAMPS, LEGRAIN, DRILL, MAYERS, DEUSDADO, DECKTEREW, DALIFOL, e os relatores, menos ALIMENA e MOREL ³.

THIRY, chamando incorrigiveis a todos aquelles que,

¹ *Actas* citt., pag. 387.

² *Ibidem*, pag. 390.

³ *Actas*, pagg. v, VII, 14 a 27, 56 a 64, 65 a 67, 185 a 194, 394 a 422 e 422 a 427.

depois de terem soffrido uma primeira condemnação, se tornassem culpados duma nova infracção, cuja causa fosse uma influencia moral permanente que actuasse sobre a sua vontade, submettia-os a esta therapeutica penal: «Pedimos que os incorrigiveis sejam condemnados a uma *detenção indefinida*, de fórma que seja permitido:—1.º guardá-los, emquanto a sua sequestração fôr necessaria;—2.º pô-los em liberdade, quando esta parecer merecida;—3.º reintegrá-los, quando esta medida fôr imposta pela má conducta no estado de liberdade»¹. Portanto, THIRY resolveu-se pela sentença indeterminada para todos os incorrigiveis.

HAMEL dava á incorrigibilidade um significado mais amplo e tornava mais ampla ainda a applicação da sentença indeterminada. O notavel criminalista hollandês considerava incorrigiveis *todos os que, vivendo livremente nas nossas sociedades modernas, são para ellas, por causa das suas tendencias criminaes, um perigo permanente*². Quanto ás medidas a adoptar contra elles, escrevia: «Em face dos incorrigiveis, o principio da pena determinada antecipadamente deve ser necessariamente abandonado»³. Mas não ficou por aqui. Na discussão declarou incorrigiveis, para os effeitos da applicação de medidas penaes adequadas, *quaesquer delinquentes perigosos*, os quaes o juiz deveria submitter a *uma detenção indeterminada*⁴.

ALIMENA, declarando que, no estado actual da scien-

¹ *Actas* citt., pag. 21.

² *Ibidem*, pag. 56.

³ *Ibidem*, pag. 62.

⁴ *Ibidem*, pagg. 416 e 417.

cia, se não pôde fallar de *absolutamente incorrigiveis*, mas simplesmente de *delinquentes não corrigidos*, e mostrando que a incorrigibilidade relativa só pôde ser, legalmente, baseada sobre a reincidencia, decidia-se pela aggravação progressiva da pena, segundo o numero de reincidencias, até chegar á relegação ou deputação perpetua para os que excederem um maximo de reincidencias. Intendia, todavia, que não deve tirar-se aos criminosos toda a esperanza de liberdade e porisso admittia a liberdade condicional como meio de conservar essa esperanza ¹.

MAUS, insinuando que deve fallar-se de reincidentes e não de incorrigiveis, propunha para os reincidentes, em que se não manifestasse alguma influencia pathologica, o systema da aggravação progressiva das penas, com a possibilidade de liberdade condicional como estimulo de regeneração para o condemnado ².

MOREL, embora na sua communicação fallasse mais como physiologista do que como criminalista, fazia no emtanto duas indicações importantes, declarando que nenhuma sciencia até hoje tinha podido fornecer um criterio para conhecer uma verdadeira incorrigibilidade e que o tractamento penal dos considerados como taes devia ser uma detenção sufficiente e mais ou menos duradoura, consoante a conducta e signaes de emenda do condemnado ³.

PUGLIA, admittindo a distincção entre os absolutamente e os relativamente incorrigiveis, indicava para

¹ *Actas citt.*, pagg. 65 a 67.

² *Ibidem*, pag. 192.

³ *Ibidem*, pagg. 423 e 424.

os primeiros a detenção perpetua e para os segundos uma detenção temporaria completada com a liberdade condicional ¹.

PRINS admittia a sentença indeterminada simplesmente para os delinquentes por miseria e para certos casos de degenerescencia, que se revelasse por symptomas seguros, e para todos os outros delinquentes propunha o systema da aggravação progressiva das penas e a liberdade condicional ².

MAUS, no final da discussão, pareceu acceitar a sentença indeterminada para os auctores de delictos menos graves ³.

O congresso não votou conclusão alguma sobre o assumpto.

No congresso de Genebra⁴, parece que a questão não foi tractada, como aliás devera sê-lo, attenta a indecisão que dominou no congresso anterior ⁵. Devemos, comtudo, notar que HAMEL fez applicação do principio da sentença indeterminada num relatorio notavel, apresentado ao congresso sobre *A lucta contra o anarchismo*. Lê-se ahi: «Fixo aqui de novo a attenção sobre o regimen da pena indeterminada. No congresso de Bruxellas defendi este systema em relação aos delinquentes incorrigiveis, aos grandes reinciden-

¹ *Actas* citt., pagg. 395 e 396.

² *Ibidem*, pagg. 396 e 397.

³ *Ibidem*, pag. 420.

⁴ Realizado em agosto de 1896.

⁵ Não possuímos ainda as actas do congresso, mas pensamos assim em face duma resenha feita por FERRI, na *Scuola positiva* de setembro de 1896, das questões ali tractadas. (Anno VI, pagg. 513 a 536).

tes. Aqui quereria eu fazer a mesma coisa relativamente aos delinquentes anarchistas. Não contra elles sómente e como por excepção, mas, em geral, contra todo o delinquente cujo acto pelo seu mobil revela da parte do auctor um perigo permanente para as pessoas ou para a propriedade. O principio é o mesmo. Nos reincidentes, o motivo do systema era o mesmo que eu quero fazer valer aqui:—o perigo social futuro. O reincidente dá prova da sua tendencia pela reiteração dos crimes: o anarchista pelo fanatismo a que quiz obedecer, commettendo os seus attentados»¹. Portanto, para HAMEL, o principio pôde dizer-se que é—onde um perigo social permanente derivado do character do criminoso, ali a justiça da applicação da sentença indeterminada.

Em face do que deixamos dicto é facil concluir que a escola de anthropologia criminal admite o principio das sentenças indeterminadas, pois os votos divergentes no congresso de Bruxellas são de ALIMENA e MAUS, que evidentemente não pertencem á escola. E FERRI não só considerou, na *Sociologia criminal*, a segregação indeterminada como um principio fundamental da escola positiva de direito penal e um ponto de capital differença entre ella e a escola classica², mas corroborou ainda no anno transacto as suas idéas, ao apreciar o relatorio de HAMEL sobre a repressão anarchista, nos termos seguintes: «E quanto aos attentados propõe ainda a repressão de direito commum, mas sob a fórma de sentença indeterminada, a qual de resto é a fórma

¹ *Scuola positiva*, 1896, pag. 545.

² Auct. e ob. cit., pag. 493.

de defesa social, que a escola positiva propõe para todos os delictos, para os quaes seja necessaria a segregação do delinquente e não baste, como sancção, a indemnização dos damnos»¹.

Os motivos com que a escola defende o principio da segregação indeterminada são muito simples e muito eloquentes na sua propria simplicidade.

Em primeiro logar a segregação indeterminada, quando exigida pelas necessidades sociaes, não tem nada de inconciliavel com o principio fundamental do direito, porque este é o duma limitação imposta pelas exigencias da vida social².

Depois, a sentença indeterminada é o unico meio de tornar salutar a administração da justiça penal, porquanto o juiz lucta com a incerteza no momento da condemnação. Elle, então, não tem tempo nem dados para apreciar a efficacia de tal ou qual periodo determinado de segregação a que deverá sujeitar-se o delinquente. Toma conhecimento do processo, assiste ás diligencias judiciaes, ouve os debates, fica a saber alguma coisa, mas não o bastante para prever se ou quando o reo deixará de representar um perigo para a sociedade. «Voilà, diz HAMEL, le grand motif pour la justification de la sentence indéterminée»³. «Póde prever-se, escreve SÉMAL, o termo duma evolução morbida, quando a experiencia ensinou a conhecer as suas phases; podem determinar-se os effeitos dum agente therapeutico, cujo valor está physiologicamente deter-

¹ *Scuola positiva*, anno cit., pag. 526.

² FERRI, ob. cit., pag. 494.

³ *Scuola positiva*, 1893, pag. 151.

minado; todavia, nunca é permittido indicar a hora da cura, senão quando ella realmente já tem soado»¹. No systema das penas determinadas, «o juiz, accrescenta VILLERT, é semelhante a um medico que, depois de ter feito um diagnostico superficial, receita ao doente um decocto qualquer, fixando ao mesmo tempo o dia em que elle deverá sair do hospital, sem que sobre isso tenham influencia as condições da sua saude. Se ficar curado antes do dia predeterminado, deverá permanecer no hospital até que elle chegue, assim como terá de sair ainda que a cura se não tenha operado até esse dia»².

Em resumo, pois, a defesa social, como fundamento do direito de punir, e a impossibilidade de fixar, no momento da condemnação a uma pena privativa de liberdade, a sua duração sufficiente, para inutilizar as tendencias antisociaes do criminoso, taes são os fundamentos racionaes da sentença indeterminada.

Como acontece com todas as idéas novas, a implantação do principio das penas indeterminadas tem encontrado resistencia em muitos espiritos, oppondo-se-lhe objecções de ordem scientifica e de character pratico.

Theoricamente tem-se dicto que a sentença indeterminada:

- 1.º — contraria o principio da coacção psychologica como elemento caracteristico da penalidade, o qual exige que se ameace a pratica do crime com uma pena determinada, para que

¹ *Actas do congresso de Paris*, pagg. 80 e 81.

² FERRI, ob. cit., pag. 497.

esta possa actuar como um motivo capaz de desviar os moralmente fracos do caminho do delicto ¹;

2.º—esquece que a pena infligida deve ter uma certa medida emquanto representa a sanção do delicto, exigida pela justiça social e sentida pela consciencia collectiva ²;

3.º—e transforma a pena num martyrio para o condemnado, pois o obriga a soffrer sem a esperança dum limite certo ao seu soffrimento ³.

Praticamente tem-se adduzido:

1.º—a difficuldade de decidir sobre a continuação, suspensão ou acabamento da detenção ⁴;

2.º—e o perigo que, como o novo systema, correria a liberdade individual ⁵.

Os argumentos theoreticos são de insignificante valor e as razões praticas mais favoraveis ao systema das sentenças indeterminadas do que ao systema dominante da dosimetria penal.

A sentença indeterminada não repugna ao principio da coacção psychologica, como elemento da penalidade, porque tal coacção não deriva da consideração da «pena como o prego por que se compra o direito de perturbar a sociedade» ⁶, mas sim da sua concepção como um meio repressivo de afastar do convívio social aquelles cuja existencia em liberdade se torna peri-

¹ *Scuola positiva*, 1893, pag. 952.

² *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 421.

³ *Actas cit.*, pag. 56.

⁴ *Scuola positiva*, anno cit., pag. 955.

⁵ *Ibidem*, pagg. 955 e 957.

⁶ HAMEL — *Actas cit.*, pag. 63.

gosa. E a coacção psychologica será até tanto maior quanto mais os espiritos se capacitarem de que a pena não acaba, emquanto a sociedade se não convencer de que o condemnado é susceptivel duma adaptação relativa ao meio social.

Depois, a sentença indeterminada respeita o movimento da consciencia publica alarmada pelo delicto, dando a certeza de que nunca se abrirá a prisão aos que se julgarem ainda em estado de constituirem um perigo para a boa ordem social. É certo que a sentença indeterminada não leva em conta o sentimento da justiça-retribuição, com que MAUS argumenta contra a sua admissão pelos systemas penaes¹, já que semelhante sentimento deve procurar eliminar-se e não servir de base a quaesquer instituições sociaes, mas aspira a realizar o principio da justiça como força de coordenação individuo-social, propondo-se conseguir, na phase de GUYAU, a maxima defesa social com o minimo soffrimento individual.

A sentença indeterminada tambem não é um motivo de desanimo para o condemnado, pois é verdade que nenhum tribunal poderá declarar um delinquente como absolutamente incorrigivel, pela falta de criterio que a isso auctorize e, porisso, «emquanto ha vida ha esperanza»², razão por que a pena de duração indefinida anda sempre acompanhada da possibilidade de liberdade condicional ou definitiva, em harmonia com os resultados das investigações, a que se procede pos-

¹ *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 421.

² HAMEL — *Actas citt.*, pag. 56.

teriormente á condemnação, sobre todos os factos que possam indicar a affecção moral do delinquente ¹.

A difficuldade de realizar praticamente o systema das sentenças indeterminadas e o seu supposto perigo para a liberdade individual, não podem hoje apresentar-se como argumentos de peso para o condemnar.

O proprio mechanismo do systema indica a facilidade da sua realização pratica. Senão vejamos. Quando, no momento da condemnação, o tribunal, em face do exame das circumstancias que acompanharam o delicto, em face do exame anthropologico ou psycho-moral do delinquente e em face do exame sociologico do meio em que elle vive, se convencer de que é necessario segregá-lo do convivio social, assim o determina, impondo-lhe uma pena privativa de liberdade e deixando dependente de deliberações posteriores, que poderão ser mais ou menos espaçadas, consoante a gravidade do crime e a perversidade presumida do delinquente, a resolução sobre o prolongamento, suspensão condicional ou termo definitivo da detenção. Nestas deliberações posteriores procede-se revisionalmente, repetindo-se o triplice exame a que acima nos referimos e ponderando a conducta do detido, e assim se vae tornando cada vez mais perfeita a individualização da pena, que nós consideramos como o principio supremo da moderna sciencia penal. Onde está, pois, a impraticabilidade do systema? Simplesmente no affinco ás idéas tradicionaes, que faz considerar impraticavel

¹ HAMEL — *Scuola positiva*, 1893, pag. 959; FERRI, ob. cit., pag. 501.

tudo o que desafie o misoneismo com que ellas se conservam.

O perigo que corre a liberdade individual está, dizem, em a sentença absolutamente indeterminada trazer a possibilidade duma detenção permanente, ou, ao menos, duma detenção exaggerada. Em resposta, observaremos que o exaggero da detenção só póde dar-se quando esta continúe apesar de já ter desaparecido a antisociabilidade do delinquente, pois que a actividade individual só deve deixar-se livre quando não represente um elemento de desordem no meio da sociedade¹, e que para evitar aquelle exaggero vem não só a garantia da successão das deliberações e decisões periodicas, e até extraordinarias, quando sejam julgadas necessarias ou convenientes, mas ainda as garantias offerecidas pelo character da auctoridade competente para proceder a essas deliberações e decisões, que só deve ser o poder judiciario, e pela natureza do processo a seguir, que deverá ser um *processo ordinario*, em que se concedem ao condemnado todos os meios de defesa².

A comprehensão do alcance destas garantias exige alguns esclarecimentos.

O principio da sentença indeterminada suppõe necessariamente successivas deliberações e decisões periodicas, e algumas vezes extraordinarias, em que se determine o destino a dar ao delinquente. É porisso que todos os criminalistas que admittem o principio fallam daquellas decisões e deliberações como meio

¹ THIRY — *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 21.

² HAMEL — *Scuola positiva*, 1893, pag. 957.

de o tornar exequível. Assim o fazem SARRAUTE¹, LISZT², FERRI³, THIRY⁴, HAMEL⁵, etc. Ora com estas deliberações successivas precisa-se, cada vez melhor, a capacidade criminosa do delinquente e apropria-se-lhe o meio repressivo adequado, até que se lhe concede liberdade condicional ou definitiva, consoante o resultado das reiteradas observações e exames, respeitando-se, assim, a liberdade individual tanto quanto ella pôde e deve ser respeitada. É de notar como a liberdade condicional aqui apparece como uma instituição complementar do principio das penas indeterminadas⁶.

A unanimidade dos defensores da sentença indeterminada já não existe quando se tracta de determinar a quem deve pertencer a sua execução por meio das deliberações periodicas. Podem reduzir-se a tres os systemas apresentados, dois extremos e um intermedio, segundo se estabelece a competencia exclusiva da auctoridade administrativa ou da auctoridade judiciaria ou se exige o concurso simultaneo ou successivo das duas auctoridades, para proceder áquella execução.

A competencia exclusiva da auctoridade administrativa é sustentada por THIRY; o concurso da auctoridade administrativa e judiciaria é preferido por

¹ *Actas do congresso de Paris*, pag. 390.

² Cit. por FERRI, *Sociologie criminelle*, pag. 499.

³ Ob. cit., pag. 500.

⁴ *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 26.

⁵ *Scuola positiva*, 1893, pagg. 955 e 957.

⁶ FERRI, ob. cit., pagg. 501 e segg.; MANDUCA — *Scuola positiva*, 1893, pag. 52; etc.

LISZT, FERRI e SARRAUTE; e pela competência exclusiva da auctoridade judiciaria decide-se HAMEL.

THIRY confere ao juiz simplesmente o poder de pronunciar immediatamente a detenção indefinida, deixando a um conselho, formado pelos funcionarios da penitenciaria (principalmente o director, o capellão e o medico) e pelos membros das commissões administrativas de vigilancia e das commissões de patronato, as resoluções sobre as medidas a empregar para a regeneração do criminoso e sobre a conveniencia ou utilidade da liberdade condicional, que poderia continuar a ser concedida pelo ministro da justiça. O illustre professor da Universidade de Liège, confessando o perigo de se abandonar ao arbitrio do poder executivo a liberdade dos detidos sujeitos a uma sentença indeterminada e reconhecendo a necessidade de o precaver, julga, comtudo, precauções bastantes a responsabilidade administrativa, a vigilancia exercida pelas commissões de patronato e a faculdade concedida ao condemnado de deduzir meios de defesa, ou directamente ou por advogado da sua escolha, o que deveria ter logar mesmo nos casos de revogação da liberdade condicional. «Mais nous, diz elle, ne pensons pas que l'intervention des tribunaux soit nécessaire; á notre avis, la responsabilité administrative d'une part, la surveillance exercée par les comités de patronage et le barreau d'autre part, constituent des garanties suffisantes pour écarter tout danger d'arbitraire»¹.

LISZT e FERRI requerem o concurso simultaneo das duas auctoridades.

¹ *Actas do congresso de Bruxellas*, pagg. 26 e 27.

LISZT, que só admitte a indeterminação das penas entre um maximo e um minimo marcados na sentença condemnatoria, entrega a commissões especiaes, compostas do director da prisão, do ministerio publico, do juiz instructor e de dois membros nomeados pelo governo, a missão de fixar a duração definitiva da pena e conceder liberdade antecipada, condicional ou definitiva, ou mesmo de estabelecer um prolongamento de pena, sobretudo para os malfeitores habituaes ¹.

Segundo FERRI, a execução da sentença indeterminada deverá effectuar-se por meio de disposições successivas, não destacadas da obra do magistrado e por elle ignoradas, mas que sejam a sua continuação systematica. Para esse effeito deverão organizar-se commissões permanentes de execução penal, compostas de funcionarios administrativos, peritos anthropologico-criminalistas, magistrados, representantes do ministerio publico e da defesa, ás quaes será confiada a importante função de representar, por um lado, a protecção da sociedade contra a concessão imprudente e a termo fixo de liberdade aos delinquentes mais perigosos, e, por outro lado, a protecção dos condemnados menos perigosos contra os inconvenientes duma detenção reconhecida excessiva e inutil ².

SARRAUTE opta pelo concurso successivo. Este criminalista, defendendo no congresso de Paris o principio da sentença indeterminada, propunha, para a executar praticamente, a organização duma commissão especial, em que deviam entrar dois membros de

¹ FERRI, ob. cit., pag. 499.

² Ob. cit., pagg. 500 e 501.

sociedades de patronato, nomeados pelo governo, a qual examinaria periodicamente os relatorios das prisões e resolveria sobre a liberdade a conceder ao condemnado, havendo recurso das suas decisões para um tribunal judicial ¹.

HAMEL decide-se pelo poder judiciario, porque, no seu intender, a garantia por elle offerecida ao condemnado por sentença indefinida é superior á que poderia advir da attribuição das decisões periodicas á auctoridade administrativa ².

Destes differentes systemas qual o preferivel? Evidentemente aquelle que melhor se harmonize com o estado actual da sociologia politica e da sociologia criminal, visto tractar-se duma questão que com ambas se relaciona.

A differenciação das funcções do poder social determinou a constituição independente do poder judicial, ao qual pertence a administração da justiça criminal, concretizando a ameaça que as leis repressivas impõem aos perturbadores da ordem social e individualizando a pena em harmonia com a capacidade criminosa do delinquente. Esta individualização, porém, não pôde effectuar-se dum modo completo no momento da condemnação. Só o systema empirico e rotineiro da dosimetria penal podia ensinar que a missão do julgador acaba com a applicação dum certo quantitativo de pena ao condemnado.

A moderna orientação dos estudos penaes não to-

¹ *Actas do congresso de Paris*, pag. 390.

² *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 631; *Scuola positiva*, 1893, pag. 957.

lera semelhante doutrina. As mesmas razões que militam a favor da sentença indeterminada, como meio de tornar pratico o principio da adaptação da pena ao caracter antisocial do criminoso, procedem em prol da attribuição ao poder judiciario de todas as deliberações que respeitem á sua plena execução, pois o momento judiciario não póde nem deve acabar com a condemnação, mas acompanhar a execução do julgado até á final libertação do condemnado.

As nossas preferencias são, pois, pelo poder judiciario, não só por nos parecer que, neste ponto, o prudente arbitrio dos tribunaes coordenará melhor que o poder discrecionario da administração o direito individual com o interesse da sociedade, mas ainda porque nas suas funcções entra naturalmente a concretização individual das penas.

Não quer isto dizer, comtudo, que deva prescindir-se do auxilio da administração, quando se proceda a deliberações periodicas ou extraordinarias, para executar a sentença indefinida e determinar o destino do delinquente. Deverão pedir-se-lhe todos os elementos e informações que possam elucidar os tribunaes na sua difficil e melindrosa tarefa. A administração não deve julgar, mas deve aconselhar e esclarecer, organizando e fornecendo aos juizes a historia carceraria ou prisional dos delinquentes.

Para a liberdade individual deriva ainda uma garantia do caracter do processo a seguir nas deliberações executorias da sentença indeterminada.

Este processo, segundo HAMEL, deverá organizar-se com as formalidades constitutivas do processo criminal ordinario, fazendo os exames e investigações sufficientes para descobrir o caracter moral do delinquente,

abrindo debates, exigindo a presença do detido e admitindo ou mesmo tornando obrigatoria a assistência dum defensor¹.

Em verdade, é indiscutível que nas deliberações complementares da sentença indeterminada deve proceder-se exactamente como quando esta foi proferida, visto a sua existencia depender da impossibilidade de no momento da condemnação se determinar dum modo completo a perversidade do delinquente e, portanto, de se lhe applicar dum modo irrevogavel o meio repressivo conveniente. A primeira deliberação com todas aquellas que a completam são funcionalmente homogeneas e, porisso, devem ser ritologicamente semelhantes. Ora a semelhança do processo da condemnação e do processo das deliberações posteriores traz a semelhança de garantias para o delinquente tanto num como nos outros casos.

Em face de tudo o que deixamos dicto neste numero, é facil concluir que defendemos a applicação do principio da sentença indeterminada a todos os criminosos que representem um perigo para a sociedade e para quem se julgue necessaria a imposição duma pena privativa de liberdade.

É evidente que a admissão de tal principio inutiliza o direito de graça como meio de reduzir penas aos condemnados, assim como inutiliza a detenção suplementar como instituição penal independente para ampliar a segregação do criminoso, quando se julgue perigosa a sua reintegração social ao fim do cumprimento da pena imposta na sentença condemnatoria, e

¹ *Scuola positiva*, 1893, pag. 958.

dá base scientifica, regularidade organica e efficacia social ao exercicio da liberdade condicional.

É evidente ainda que as deliberações periodicas ou extraordinarias, indispensaveis para a realização pratica da sentença indeterminada e naturalmente pertencentes ao poder judiciario, constituem verdadeiras revisões do processo de condemnação, tendentes a averiguar o grao de adaptabilidade ou inadaptabilidade do condemnado ao meio social.

É evidente, por ultimo, que semelhante emprego da revisão a transforma afinal num verdadeiro substitutivo da graça e apparece como um elemento organico da sua integração scientifica.

22. A terceira manifestação typica do direito de graça, a commutação de penas, liga-se com o modo de ser dos systemas penaes que admittem diversidade de penas, segundo a gravidade dos delictos. Da gradação das penas veio a commutação das superiores pelas inferiores como um acto do poder soberano.

Esta modalidade da graça representa tambem um meio de individualização das penas, desempenha uma função de character judiciario e como tal deve ser substituida por uma instituição de natureza jurisdiccional. O seu destino contém-se na sua indole, e esta deprehendê-se facilmente da organização dos systemas penaes que admittem mais que uma especie de meios repressivos.

No que respeita á adopção duma ou mais penas, como meio de effectuar a repressão do delicto, podem os systemas penaes reduzir-se, theoreticamente, a tres typos geraes — *unidade, classificação e individualização das penas.*

O systema da *unidade* da pena apparece nas tendencias doutrinaes da escola classica. Sendo o «delicto, para esta escola, uma entidade juridica, uma infracção e não uma acção»¹ e o delinquente um homem normal transviado por uma vontade perversa, seguia-se que o mais perfeito systema penal seria aquelle que melhor graduasse a quantidade da pena pela quantidade do delicto. E esta gradação tornar-se-ia tanto mais difficil quanto mais diversas e menos comparaveis fossem as penas, e só seria perfeita com a admissão duma pena unica divisivel num numero indefinido de doses². Neste sentido, escreve ORTOLAN: «assim, ao passo que a multiplicidade, a variedade das penas, é propria dos systemas viciosos, a sciencia racional tende, pelo contrario, a restringir o seu numero; ella conduz necessariamente á unidade da pena principal, que a adjuncção dalgumas accessorias poderá graduar ou corroborar»³.

Era semelhante o pensamento de HAUSSONVILLE quando affirmava que «os povos, desejosos de harmonizar a sua legislação criminal com os principios da sciencia penitenciaria, seriam forçosamente levados á assimilação legal de todas as penas afflictivas, sem outra differença entre si, além da duração e das suas consequencias accessorias»⁴.

É de notar que o principio da assimilação legal das penas detentivas foi votado pelo congresso peniten-

¹ FERRI, ob. cit., pag. 3.

² FERRI, ob. cit., pag. 511.

³ *Eléments de droit pénal*, tomo II, pag. 11.

⁴ ORTOLAN, ob. cit., pag. 12.

ciario de Stockolmo quasi nos mesmos termos em que o formulava HAUSSONVILLE ¹.

Praticamente, porém, o principio da unidade penal não tem sido applicado por legislação alguma, apparecendo em todas uma escala penal mais ou menos complexa, dentro da qual é possível a substituição das penas ².

O systema da *classificação* das penas continha-se no quesito apresentado pelo Dr. D'ALINGE ao congresso penitenciario de Londres em 1872 «se a classificação moral dos detidos deve ser a base principal dos systemas penitenciarios, qualquer que seja o seu regimen» e foi approvedo pela delegação americana do mesmo congresso ³. Nem este nem os posteriores congressos discutiram o systema, rejeitando-o implicitamente o congresso de Stockolmo, quando votou o principio da assimilação legal das penas penitenciarias ⁴.

Tal systema, todavia, devia merecer, e de facto mereceu, a predilecção da escola anthropologica como um corollario natural da classificação typica dos delinquentes.

Classificar as penas, não em harmonia com a sim-

¹ FERRI, ob. cit., pag. 512.

² *Codigo penal portuguezs*, art. 54.º a 59.º; *Codigo francês*, artt. 6.º a 9.º; *Codigo hespanhol*, art. 6.º; *Codigo allemão*, art. 1.º; *Codigo italiano*, art. 11.º; *La législation pénale comparée*, pagg. 29, 39 e 40, 56, 167 e 168, 368, 421, 441, 496, 533, 653 a 656, etc.

³ DEUSDADO — *O ensino carcerario e o congresso penitenciario de S. Petersburgo*, pag. 99.

⁴ FERRI, ob. cit., pag. 512.

ples variação moral dos criminosos, como pretendia D'ALINGE, mas segundo a sua diferenciação anthropologica, pareceu á escola o unico meio de organizar praticamente a defesa social contra o delicto.

FERRI indica a adaptação das medidas repressivas ás diferentes categorias de criminosos como um dos criterios fundamentaes dum systema positivo de penalidade, e aponta o principio da classificação como meio efficaz de realizar aquella adaptação ¹. Em harmonia com estas idéas está o systema penal por elle apresentado, no qual faz corresponder uma pena especial a cada classe de criminosos, desde a prisão-asylo para os criminosos alienados até á reparação do damno, simples ou acompanhada de exilio particular e temporario longe do logar do delicto e da residencia da familia da victima, para os criminosos passionaes ².

Egual caminho trilharam GAROFALO e VON LISZT, principalmente GAROFALO, formulando systemas penaes baseados na classificação anthropologica dos delinquentes ³.

Ora a admittir-se o systema da classificação das penas, quer nos termos em que o propunha D'ALINGE, quer como o intende a escola anthropologica, poderia apparecer facilmente a necessidade de mutuamente as substituir ou por engano commettido na classificação moral dos prisioneiros ou por erro praticado na caracterização typica do delinquente.

¹ Ob. cit., pagg. 492 e 511 a 513.

² Ibidem, pagg. 517 a 574.

³ GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 402 a 434; FERRI, ob. cit., pagg. 491 e 492.

Rigorosamente, o systema da *individualização* das penas consistiria em applicar a cada condemnado um regimen particular, depois dum estudo physio-psychologico da sua pessoa e das condições que o determinaram á pratica do crime ¹.

Dar-lhe, porém, semelhante significação seria destruir-lhe toda a utilidade, pela impossibilidade de o realizar praticamente, tornando-se estultas as pretensões dos criminalistas e dos congressos, quando consideram a individualização das penas como um dos principios fundamentaes da penalidade moderna ².

Deve ser outro, evidentemente, o conteúdo do systema.

Apesar das affirmações em contrario da escola italiana, não existe um criterio positivo, á luz do qual a criminologia moderna possa assentar na existencia de typos diversos de criminosos e estabelecer uma classificação irreductivel dos delinquentes ³. Por outro lado, não é menos certo que nem em todos os criminosos existe o mesmo grao de perversidade e, portanto, que nem a todos deve applicar-se a mesma medida penal. Daqui a necessidade da adaptação da pena á capacidade criminosa do delinquente, como meio de tornar equitativa a administração da justiça penal, necessidade cujo peso têm sentido todos os povos

¹ FERRI, ob. cit., pagg. 512 e 513.

² *Actas do congresso de Bruxellas*, pagg. 188 a 194, 339 a 344, 421, 425, 427, etc.

³ TARDE — *Philosophie pénale*, pag. 69: ALIMENA — *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, tomo I, pagg. 169 e segg.; Sr. DR. AFFONSO COSTA — *Escolas e principios de criminologia moderna*, pagg. 148, 194 e segg.

quando nas suas legislações mandam attender ás condições em que se produziu o delicto, estabelecem circunstancias dirimentes, excusatorias, attenuantes ou aggravantes da responsabilidade criminal, reconhecem a necessidade do direito de graça, admittem a liberdade condicional ou a detenção supplementar, preceituam a pena indeterminada, alargam, mais ou menos, o arbitrio dos tribunaes e das administrações prisio-naes ou penitenciarias, e impõem castigos ou concedem recompensas aos condemnados, consoante o seu porte, a sua applicação ao trabalho e as provas da sua regeneração. Pois, que significa tudo isto? Significa que domina os espiritos o principio da individualização das penas, não duma individualização phantastica que estultamente aspirasse á adopção dum meio repressivo especial para cada criminoso, mas duma individualização bem entendida e possivel dentro dum systema racional de penalidade que tenha em consideração o maior ou menor grao de antisociabilidade dos delinquentes.

Assim entendida, a individualização não caracteriza verdadeiramente um systema penal, mas constitue um elemento indispensavel de toda a organização pratica da defesa social contra o crime.

Ora a complexidade das escalas penaes, a necessidade de individualizar as penas e a impossibilidade de a realizar por completo no momento da condemnação, podem apresentar como um acto de justiça a substituição da pena imposta ao condemnado. É este o motivo racional da commutação das penas como manifestação da graça.

Todavia, ainda neste ponto, a graça é um recurso atrasado e incompleto. Atrasado, por a modificação da

pena ser effectuada por uma auctoridade estranha ao poder judicial, ao qual pertence naturalmente a indicação do meio repressivo a impôr aos delinquentes; incompleto, pois tanto pôde acontecer que a pena seja inadequada por demasiado rigor como por excessiva suavidade e a graça só poderia remediar o primeiro inconveniente.

E assim a substituição da pena, porque envolve uma alteração da sentença condemnatoria, deve ser exclusivamente attribuida ao poder judicial; porque se basêa na accommodation do meio repressivo ao character do delinquente, tanto se justifica a favor como contra o condemnado; finalmente, porque suppõe a incongruencia da medida penal applicada com a capacidade criminosa do delinquente, deve resultar como um corollario da revisão do processo condemnatorio.

Notaremos ainda que, nestes termos, a substituição da pena imposta a um criminoso pôde evidentemente integrar-se na instituição da sentença indeterminada, considerando-se então como um effecto dalguma das revisões periodicas ou extraordinarias.

23. A conveniencia de extinguir os effectos das condemnações por crimes politicos tem sido invocada por alguns escriptores como a razão suprema da conservação do direito de graça ¹.

«É sobretudo para os crimes politicos, diz GUIZOT, que o direito de graça parece reservado, para estes

¹ BASILIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, ob. cit., pag. 170; LEGOUX, ob. cit., pag. 21; D. CONCEPCIÓN ARENAL, ob. cit., pag. 6; etc.

crimes duma natureza algumas vezes equivocada, aos quaes se podem alliar erros sinceros, sentimentos dignos de interesse, em que a sociedade nem sempre parece evidente e inteiramente ameaçada, cujo perigo é passageiro e cujo mau successo tem mais efficacia do que o castigo ¹.

Torna-se, porisso, necessario verificar se a graça será uma instituição indispensavel no campo da criminalidade politica ou se ali póde e deve ter um destino identico ao que lhe assignamos no campo da criminalidade commun.

Não pretendemos, nem nos seria possivel neste lugar, tractar a difficil questão do delicto politico. Faremos, comtudo, algumas considerações tendentes a mostrar que nem mesmo a seu respeito se justifica a conservação do direito de graça.

A penalidade propriamente dicta, começando pelas infracções de caracter politico, foi-se ampliando pouco e pouco a incriminações de caracter individual, em ordem a apparecer em todas as legislações a dualidade — *delictos communs* e *delictos politicos* ². É condição commun destas duas ordens de infracções uma lesão do bem-estar social e distingue-as fundamentalmente o modo por que se effectua aquella lesão. Os *delictos communs* ferem indirectamente o interesse social, attentando contra a conservação e desinvolvimento dos individuos; os *delictos politicos* ferem-no

¹ Ob. cit., pag. 172.

² Sr. DR. DIAS DA SILVA — *A responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal*. Coimbra, 1886, tomo I, pagg. 16, 23 e segg.

imediatamente, attentando contra a integridade nacional ou contra a organização social dos povos ¹.

É notavel o modo como a consciencia publica aprecia hoje os delinquentes politicos. Ao passo que em outros tempos, e ainda no seculo passado, eram tratados com excessivo rigor, o seculo XIX inaugurou uma era nova no campo da penalidade politica, de fórma que taes criminosos, em vez de serem objecto dum horror excepcional, têm actualmente o privilegio de provocar a indulgencia e o favor universal ². Esta indulgencia e este favor pelos criminosos politicos manifestam-se evidentemente nas graças e amnistias que frequentemente lhes são concedidas, na abolição geral da pena de morte e da extradição em materia de crimes politicos, e bem assim no caracter temporario e revogavel das penas propostas para os reprimir ³.

Das causas productoras deste movimento de indulgencia pelos criminosos politicos fazem seu ultimo reducto os defensores do direito de graça.

O delicto politico, em geral, não é considerado como um acto intrinsicamente immoral e, portanto, resultante duma affecção profunda do delinquente, que o torne, dum modo duradouro ou permanente, inad-

¹ ORTOLAN, ob. cit., pagg. 303 e segg.; GARRAUD, ob. cit., pagg. 65 e segg.; LOMBRoso e LASCHI — *Delitto politico e le rivoluzioni*, trad. por BOUCHOIR. Paris, 1892; CARELLI — *Appunti al nuovo codice penale*. Torino, 1889, pagg. 312 e segg.

² TARDE — *Le délit politique (Études pénales et sociales)*. Paris, 1892, pagg. 87 e segg.

³ TARDE, ob. cit., pagg. 110 e 111; LOMBRoso e LASCHI, ob. cit., tomo II, pagg. 274 e segg.

ptavel ao meio social, mas simplesmente como uma acção em desharmonia com certas circumstancias sociais e cujo character criminoso desaparece quando essas circumstancias mudem ¹.

Daqui a pretendida necessidade de reservar ao poder soberano a faculdade de revogar, por meio dum acto de graça, a pena imposta aos criminosos politicos, quando se tenha operado a mudança das circumstancias de que dependia o character delictuoso dos seus actos ².

É certo, porém, que nem sempre o criminoso politico se determina por um impulso generoso, nem a necessidade de suspender a sua condemnação, por terem desaparecido as circumstancias que tornavam perigosa a sua existencia em liberdade, justifica a conservação da graça na esphera da criminalidade politica.

«Deve confessar-se, escreve TARDE, que não raro se corre o perigo de considerar criminosos politicos a scelerados que, de politicos, só tem o nome» ³. No mesmo sentido diz FERRI que os criminosos politicos não passam muitas vezes de malfeitores vulgares, que delinquem sob o pretexto duma idéa politica ⁴. Ora, dada a possibilidade desta confusão dos criminosos politicos com os criminosos communs, não é licito considerar, dum modo absoluto, como passageira e só relativa a certas circumstancias a temibilidade do agente dum crime politico. O fim politico pôde muito bem ser secundario e até estranho ao delicto e o seu

¹ GAROFALO, ob. cit., pagg. 16, 43 a 46; LOMBROSO e LASCHE, ob. cit., pagg. 249 e 250.

² GUIZOT, ob. cit., pag. 177.

³ Ob. cit., pag. 111.

⁴ *Sociologie criminelle*, pag. 484.

motivo preponderante, ou unico, o caracter antisocial do delinquente.

Mas ainda mesmo que o criminoso politico ceda exclusivamente a um impulso generoso, filho do modo de ser das relações sociaes num determinado momento da sua evolução, deixa de ter base scientifica o recurso á graça para extinguir a pena, que lhe tenha sido imposta, quando mudem as circumstancias. É para isso competente e sufficiente o poder judiciario. Competente, porque aquella extincção envolve uma alteração do julgado no intuito de harmonizar a repressão com as exigencias do interesse social combinadas com o respeito devido aos direitos individuaes, constituindo, portanto, um acto particular do principio da individualização das penas, cuja applicação entra indubitavelmente nas attribuições do poder judiciario; sufficiente, porque, consistindo a sua função especifica, no campo da penalidade, exactamente em impôr, modificar, suspender ou extinguir os meios repressivos do delicto, basta que se condicione e assegure o perfeito exercicio dessa função, para evitar o inconveniente da persistencia duma condemnação que a defesa social já não exige. Portanto, o perigo de pôr em liberdade um malfeitor vulgar que delinuiu sob pretexto dum fim politico e a propria natureza da função judiciaria penal requerem que a persistencia ou extincção das condemnações por motivos politicos dependam exclusivamente do poder judiciario. O recurso á graça representa tambem aqui um anachronismo insustentavel.

E o unico meio efficaz de o poder judiciario substituir com vantagem a função da graça em materia de crimes politicos consistirá num bem organizado processo de revisão, em que se determine por investiga-

ções adequadas o destino que mais convem dar ao delinquente. A continuação da pena ou a sua commutação, suspensão condicional ou acabamento definitivo, serão, assim, o resultado, não dum acto arbitrario, mas dum novo estudo do condemnado sob todos os pontos de vista.

Devemos observar ainda que a revisão pôde ser um substitutivo da graça em materia politica, quer se considere como um instituto independente destinado a emendar os julgados criminaes errados, quer como um elemento integrante da sentença indefinida, sendo, porém, certo que o systema das penas indeterminadas é o que melhor se aduna com a natureza especial da criminalidade politica. Em verdade, com a applicação daquelle systema, o delinquente politico pôde evidentemente ser posto em liberdade em seguida a alguma das revisões periodicas ou extraordinarias de que depende a execução da sentença condemnatoria, se dos respectivos exames resultar a possibilidade de, sem perigo, o entregar á sociedade condicional ou definitivamente.

Em conclusão, pois, pôde dizer-se que a revisão é scientificamente destinada a eliminar a graça, por completo, no campo da penalidade.

24. Ao apontar, no capitulo antecedente, as principaes correntes do moderno direito judiciario penal em materia de revisão, observamos que sómente os codigos allemão e austro-hungaro a admittiam em prejuizo dos injustamente absolvidos, ao passo que, em beneficio dos iniquamente condemnados, a sancionava a generalidade das legislações dos povos cultos.

A simples referencia deste diverso procedimento dos

legisladores já de per si mostra que, se os espiritos devem ser mais ou menos accordes em reconhecer a justiça da revisão *pro reo*, o mesmo não acontece relativamente á revisão *pro societate*. E de facto, a revisão dos julgados criminaes absolutorios é objecto duma questão muito séria entre os escriptores de direito e processo criminal.

Por via de regra, os representantes da escola classica ou não suppõem a questão ou a discutem para lhe dar uma solução negativa. Ao contrario, os sequazes da nova escola penal são unanimes em sustentar que ao interesse social tanto importa que se salvem os innocentes como que sejam eliminados os delinquentes, e, porisso, propugnam o parallelismo do juizo revisorio, tanto a favor como contra o accusado.

Os dois campos estão perfeitamente separados. Dumlado, CARRARA ¹, AMBROSOLI ², CASORATI ³, GRIPPO ⁴, TUOZZI ⁵, ORANO ⁶, etc., defendem a irrettractabilidade dos julgados absolutorios; do outro, FERRI ⁷, GAROFALO ⁸, MAJNO ⁹, PUGLIESE ¹⁰, OLIVIERE ¹¹, etc., deci-

¹ *Giornale delle leggi*, anno IX, n.ºs 8 e 9.

² *Archivio di psichiatria*, vol. VII, pag. 47; ORANO, ob. cit., pag. 93.

³ *Processo penale e le sue riforme*, pagg. 405 e segg.

⁴ *Della revisione dei giudicati penali*. Napoli, 1878.

⁵ Ob. cit., pag. 55.

⁶ Ob. cit., pagg. 85 a 93.

⁷ Ob. cit., pagg. 437 e 438.

⁸ *Scuola positiva*, 1893, pagg. 101 a 104.

⁹ *Archivio di psichiatria*, vol. V, pagg. 260 e segg.

¹⁰ *Archivio cit.*, vol. VII, pagg. 47 a 51; *Actas do congresso de Paris*, pagg. 111 e 112.

¹¹ *Appunti al nuovo codice penale*, pag. 257.

dem-se pela sua retractabilidade, quando se demonstro que os vicia o erro ou a injustiça.

A solução conscienciosa desta questão impõe-nos a necessidade de determinar a origem e os fundamentos da divergencia doutrinal entre as duas escolas, para averiguarmos a favor de qual milita a razão e a justiça e, portanto, a qual deverá pertencer o futuro das legislações.

A attitude da escola classica liga-se com o movimento de reacção dos espiritos contra o character oppressivo das velhas instituições penaes, no sentido duma progressiva ampliação dos direitos do individuo¹. Como acontecia com as demais instituições sociaes, no periodo das monarchias absolutas o processo criminal traduzia a preponderancia do interesse social sobre o interesse do individuo, pelo sacrificio dos seus direitos á razão de estado. O principio *pro societate* antepunha-se ao principio *pro reo*². Dava-se assim um estado de desequilibrio em vantagem da sociedade, que a lei do rythmo, «que é lei de acção e reacção e pela qual, assim na natureza como no pensamento e tanto na vida individual como na vida social, a toda a força que se determina num dado sentido sempre se contrapõe uma outra força em sentido contrario, até que entre um e outro extremo se estabelece um ponto final medio»³, viria transformar num novo desequilibrio em

¹ FERRI, ob. cit., pag. 433.

² DORADO — *Problemas penaes*, pag. 270.

³ FERRI — *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara* (prelecção lida na Universidade de Pisa em 13 de janeiro de 1890); Conf. SPENCER — *Primeiros principios*, cap. x e *Justiça* (edição hespanhola da «Bibliotheca de Jurisprudencia Filosofia e Historia»), pagg. 58 e 61.

beneficio do individuo, para afinal se integrarem numa justa coordenação os direitos da sociedade que julga e os do individuo que é julgado.

A oscillação rythmica em prol do accusado accentuou-se nos exaggeros da presumpção da sua innocencia e na tendencia para lhe attribuir como direitos irrevogavelmente adquiridos todas as vantagens que lhe fossem concedidas em qualquer estado do processo¹. E naquelles exaggeros e nesta tendencia filia-se evidentemente a negação absoluta da revisão em casos de absolvição a par com a sua admissão em casos de condemnação, defendida pelos processalistas classicos, como bem o mostram estas palavras de MAJNO: «ainda que se haja aproveitado dum testemunho falso, de documentos falsificados, da intimidación ou da corrupção dum juiz, ou de qualquer outro crime, o reo absolvido gosa tranquilamente esta injustiça e póde confessar impunemente a sua culpabilidade sem receio de ser submettido a um novo julgamento»².

A doutrina da escola classica representa, pois, um producto de circumstancias historicas especiaes, comprehensivel, porisso, como solução occasional do problema, mas de valor duvidoso como theoria definitiva da revisão. É o que resulta claramente da analyse da frouxa argumentação produzida em sua defesa e da observação da fortissima corrente desinvollida em sentido opposto. Verifiquemos.

Argumenta-se em primeiro logar com a falta de correlação entre a hypothese da condemnação dum inno-

¹ GAROFALO — *Scuola positiva*, 1893, pag. 102.

² *Archivio* cit., pag. 261.

cente e a da absolvição dum criminoso. Segundo CARRARA, não pôde invocar-se a regra dos correlativos, porque no primeiro caso ha um duplice damno, o que deriva da impunidade do verdadeiro culpado e o que soffre o condemnado innocente, emquanto, no segundo, não ha outro damno além do da impunidade dum reo, facto certamente deploravel, mas que não fere o sentimento universal como a persistencia da condemnação de quem foi reconhecido innocente¹. Para ORANO a falta de correlação provém ainda de «não ser só a sociedade que pune com as suas sancções, havendo outras penas moraes, e sobretudo a reprovação moral, que atormentam perpetuamente a consciencia do delinquente»².

Apresenta-se depois a desigualdade entre a accusação e a defesa como motivo valioso do reconhecimento da revisão em favor do innocente condemnado e da sua recusa em prejuizo do criminoso absolvido. «No primeiro caso, diz o escriptor acima citado, temos um homem que, julgando-se forte pela sua innocencia, confiava na justiça da sua causa e na protecção da lei e considerava sufficiente não ser culpado para triumphar duma falsa accusação. A sua esperança falseou-o e, porisso, a sociedade vencedoura deve estender a sua mão piedosa ao vencido, de cuja fraqueza se abusou. No segundo, continua, temos um delinquente, mas sempre um homem que, conscio da propria falta, mas impellido pela necessidade de prover á sua salvação, lucta para subtrahir-se á pena merecida, e se a socie-

¹ *Giornale delle leggi*, log. cit.

² Ob. cit., pag. 87.

dade, maõ grado o emprego de todos os meios, não consegue provar o seu crime, *sibi imputet*, não lhe assiste o direito de novamente o chamar a juizo»¹.

Pondera-se ainda que, admittida a revogação das sentenças absolutórias, nenhum accusado afinal absolvido poderia jámais julgar-se seguro, prolongando-se indefinidamente as suas ancias e os seus temores, com grave perigo da tranquillidade que á justiça incumbe assegurar².

Chega, por ultimo, a affirmar-se que, com a revisão em desfavor do arguido, se tornaria illusorio o principio da convicção moral, que hoje preside aos juizos penaes. Enviar pela segunda vez ao juizo dos jurados um accusado por um crime de que outros jurados o tivessem já absolvido, equivaleria a retroceder para o systema das provas legaes, seria a negação da certeza moral, em nome da qual os primeiros jurados foram levados a absolve-lo³.

Bastaria, talvez, enunciar as razões com que os escriptores classicos defendem a sua theoria unilateral em materia de revisão, para ver desde logo a sua inconsistencia. Foi certamente este o motivo que levou GAROFALO a declarar que não existe no mundo uma razão que justifique a irrevogabilidade das sentenças favoraveis ao accusado apesar dum erro de facto por que seriam revogaveis quando condemnatorias⁴, e porque FERRI escreveu: «Nunca comprehendemos porque, apparecendo contra uma sentença favoravel

¹ Ob. cit., pagg. 88 a 91.

² BORSANI e CASORATI, ob. cit., pag. 475 e 476.

³ ORANO, ob. cit., pagg. 91 e 92.

⁴ *Scuola positiva*, 1893, pagg. 101 e 102.

ao acusado as mesmas suspeitas que podem dar logar á revisão das sentenças condemnatorias, a sociedade deva ser obrigada a soffrer em paz as absolvições indevidas»¹.

Effectivamente é insignificante, se algum tem, o valor da argumentação contra a retractabilidade dos julgados absolutorios.

Apesar das pretensões em contrario, existe verdadeira correlação entre o erro prejudicial e o erro favoravel ao acusado. Se é duplo o damno proveniente da condemnação dum innocente, não é tão simples, como parece a CARRARA e a ORANO, o mal causado pela absolvição dum criminoso. É tambem duplo, como é dupla a funcção especifica da penalidade, já que não se inutilizam pela segregação ou se destroem pela regeneração as energias perversas e antisociaes do delinquente, nem se attenua o perigo da imitação e do contagio, levantando um obstaculo psychologico ao desinvolvimento da delinquencia latente, sendo esta até provocada pela esperanza da impunidade, que será sempre um forte incentivo para o crime. Nem as penas moraes de que fala ORANO podem ser invocadas como substitutivo da acção repressiva. Nenhuma legislação as tem considerado sufficientes, obedecendo todos, empirica ou racionalmente, aos principios de que o remorso não costuma atormentar a consciencia dos delinquentes mais perigosos, e de que a reprovação moral, a que o auctor citado dá tamanho apreço, se transforma muitas vezes num factor da criminalidade².

¹ *Archivio di psichiatria*, vol. VII, pag. 48.

² BONNEVILLE — *Inst. comp.*, pagg. 211 e segg. e Amélio-

A desigualdade entre a accusação e a defesa pôde referir-se como vicio grave da administração da justiça penal, mas não como causa de incolumidade para o delinquente absolvido, pois não pôde encontrar-se compensação alguma entre o erro commettido e aquella desigualdade, aliás só se faria justiça quando se absolvessem todos os reos. E depois, se o julgado representar o producto dum crime, intimidação ou corrupção dos julgadores, falsidade de depoimentos ou de documentos, etc., ainda se appellará para a mesma desigualdade? É forçoso confessar a inanidade do argumento.

O receio de tornar incerta a sorte de todo o accusado absolvido ou é futil ou infundado. Futil, quando o accusado fôr realmente um criminoso e só por erro ou prevaricação escapou á acção da pena. Em tal caso não tem direito algum a que lhe seja garantida a sua tranquillidade e só um vão e morbido sentimentalismo consentiria em premea-lo com a inercia dos tribunaes diante da demonstração evidente do seu delicto. Infundado, quando a absolvição representar o reconhecimento da innocencia do arguido. A justiça da absolvição é um penhor seguro da sua tranquillidade.

Finalmente, o principio da convicção moral, se se torna illusorio com a revisão das sentenças absolutórias, tambem se não salva com a revisão das sentenças condemnatorias. Aqui nem ha differenças apparentes. Tanto num como noutro caso pôde ser modificado um *verdictum* que represente um producto da convicção

moral do julgador. Isso, porém, não constitue um motivo serio para combater a revisão. A convicção moral é relativa ás circumstancias em que se suppõe encontrar-se o accusado e, porisso, quando se verifique que taes circumstancias são diversas das presumidas pelo julgador, é natural pensar que elle procederia doutro modo, se as conhecesse.

A pouca firmeza dos fundamentos em que a escola classica basêa a sua doutrina habilita-nos a comprehender como em sentido inverso se formou e desenvolveu uma corrente doutrinal e legal favoravel á revisão em beneficio da accusação, corrente destinada a realizar, em materia de revisão, a coordenação do direito individual com o interesse social.

Iniciou-a MITTERMAIER, coherentemente com os principios da escola correccionalista, a qual, assim como, dum modo geral, preparou o advento da escola positiva¹, assim tambem aplanou o terreno para o apparecimento da nova doutrina da revisão. Com effeito, começando aquella escola a desviar a attenção dos criminalistas do delicto, que considerou como um symptoma, para o delinquente, em que viu um ser moralmente inferior, para determinar esta inferioridade e por ella escolher a medida repressiva², era justo que não recuasse diante da revisão das sentenças absolutórias, quando se demonstrasse que fôra posto em liberdade um individuo que, pelo baixo grao da sua moralidade, representava um elemento de perturbação

¹ DORADO — *Scuola positiva*, 1894, pagg. 159 e segg.

² Auct. e rev. citt., pag. 160.

social. Foi naturalmente por este motivo que MITTERMAIER entreviu a sua necessidade e a admitiu quando o julgado representasse a consequencia dum crime, como o falso testemunho ou a corrupção ¹.

Era um grande passo, pois indicava o meio de contrabalançar duas causas repugnantes de erros judicia-rios e vinha, principalmente, contrariar a funesta ten-dencia para converter em direitos do accusado todas as resoluções favoraveis dos tribunaes, quaesquer que fossem os seus motivos determinantes. Principiava a diminuir o desvio rythmico em prol do individuo e a approximar-se a doutrina da revisão da posição de justo equilibrio entre o direito individual e o direito social.

A obra da escola correccionalista foi continuada e levada a effeito pela escola positiva. GAROFALO, FERRI, MAJNO e PUGLIESE, para citar só alguns dos principaes, puseram a questão da revisão dos julgados absolutorios e todos a resolveram affirmativamente. Estes escripto-res levantaram á altura dum principio geral a doutrina que MITTERMAIER apresentava por via de excepção.

GAROFALO funda aquelle principio na necessidade de tornar revogaveis as vantagens injustamente conce-didas ao accusado em qualquer estado do processo, illustrando o seu pensamento com estas judiciosas con-siderações: «Nada melhor do que a lei cercar o arguido de todas as garantias imaginaveis, para que se torne, se não impossivel, pelo menos extremamente raro o caso da condemnação dum innocente. Nada peor, ao contrario, do que um systema, segundo o qual, reco-

¹ PUGLIESE—*Archivio* cit., pag. 48; ORANO, ob. cit., pag. 93.

nhecido o reo, este possa salvar-se, abrigando-se sob a égide duma formula legal. Elle consagra alguma coisa de mais absurdo que as immunidades medievaes»¹.

FERRI deriva-o dum dos principios fundamentaes que, a seu ver, devem informar a reorganização scientifica do processo criminal — o restabelecimento do equilibrio dos direitos e das garantias entre o individuo a julgar e a sociedade que julga. O notavel criminalista considera a prohibição do reexame das sentenças absolutorias como uma disposição protectora dos malfeteiros e sustenta que a regra positiva sobre o assumpto deveria ser: «o julgamento tornado definitivo, deve ser submettido á revisão, quando a sentença de condemnação ou absolvição fôr *evidentemente* erronea»².

MAJNO mostra a sua justiça salientando o absurdo de garantir a incolumidade do reo absolvido, quando a absolvição represente o producto dum crime das testemunhas, dos juizes ou do proprio reo, ou quando este cynicamente se confesse auctor do delicto³.

PUGLIESE, finalmente, basêa-o na egualdade do interesse social em eliminar os criminosos e em salvar os innocentes. Da egualdade do interesse a egualdade do principio da revisão tanto a favor como contra o accusado⁴.

A esta notavel corrente doutrinal corresponde uma não menos significativa corrente legislativa.

¹ *Scuola positiva*, 1893, pagg. 101 e segg.

² Ob. cit., pagg. 437 e 438.

³ *Archivio* cit. 1884, pag. 261.

⁴ *Ibidem*, 1886, pag. 48.

Deu-lhe principio a ordenança austriaca de 29 de julho de 1843 ¹, continuou-a a ordenança prussiana de 3 de janeiro de 1849 ² e consagraram-na abertamente o codigo austriaco de 23 de maio de 1873 ³ e o codigo allemão de 1 de fevereiro de 1877 ⁴. È de notar que o codigo austriaco foi, neste ponto, muito mais longe que o codigo allemão, pois, em quanto o segundo determinou taxativamente os casos de revisão ⁵, o primeiro fez uma enumeração exemplificativa dalguns desses casos, como a falsificação dalgum acto, o falso testemunho, a corrupção ou qualquer outro facto punivel do accusado ou de terceiro e a confissão judicial ou extrajudicial do accusado, e seguiu-a duma fórmula generica, capaz de abranger as hypotheses imprevisitas, concebida, pouco mais pouco menos, nos seguintes termos: «o procurador do estado ou o querelante particular pôde requerer a revisão quando se apresentem outros factos ou meios de prova que, sós ou junctos com as provas anteriormente produzidas, pareçam sufficientes para convencer o accusado» ⁶.

Ao lado das legislações que já reconheceram o principio da revisão dos julgados absolutorios convem apontar algumas propostas de reforma feitas na Italia para o introduzir no processo criminal daquelle país.

GAROFALO, depois de o justificar nos termos acima indicados e de optar pelo systema da enumeração ta-

¹ *Recueil* cit., pag. 421.

² *Ibidem*, pag. 422.

³ Art. 355.º

⁴ Art. 402.º

⁵ Vid. *supra*, pagg. 85 e 86.

⁶ Art. 355.º e seus numeros.

xativa, mostra a conveniencia de reformar o código de processo penal em harmonia com o código allemão, e insiste principalmente na urgencia de banir do direito italiano o principio desmoralizador que garante absoluta impunidade ao reo absolvido, que escarinhamente confessa o seu crime ¹.

As idéas de GAROFALO foram aproveitadas num dos seis projectos de reforma parcial do processo penal apresentados pelo ministro CALENDÀ ao senado italiano ². Aquelle estadista, subscrevendo, no segundo dos projectos, a doutrina da revisão das sentenças absolutórias, admitte-a nos casos de o julgado ser determinado por um documento falso, por uma sentença civil afinal revogada por outra sentença transitada em julgado ou por falso testemunho, corrupção ou qualquer outro facto punivel, de apparecer um documento novo que prove manifestamente a culpabilidade do reo absolvido, e de este confessar judicial ou extrajudicialmente a sua culpabilidade ³.

É incontestavel, portanto, que vae ganhando terreno a doutrina dos que defendem a revisão dos processos criminaes ultimados por uma sentença absolutória.

Pela nossa parte seguimos de bom grado na corrente, convicto, como estamos, de que ella tem por si a razão e a justiça.

As absolvições indevidas trazem comsigo o perigo da reincidencia, que é muitas vezes o destino daquelles mesmos que foram condemnados e cumpriram a pena; provocam o alarme social, pondo em liberdade um in-

¹ *Scuola positiva*, 1893, pagg. 100, 102 e 103 a 105.

² *Scuola positiva*, 1895, pagg. 274, 298 e 299.

³ Art. 19.º

dividuo que attrahiu sobre si a desconfiança publica; tornam impaciente o estado dos effectivamente condemnados, mostrando-lhes que a lei, que foi para elles uma dura realidade, se transformou para outros numa escandalosa mentira; em summa, premeam com a impunidade um inimigo da sociedade. A sua intangibilidade constitue evidentemente uma flagrante injustiça.

Depois da injustiça vem a incoherencia. A revisão *pro societate* é um correlativo logico, necessario, da revisão *pro reo*, quasi universalmente reconhecida pelas legislações dos povos cultos. A oppressão do innocente e a liberdade do criminoso pesam egualmente na balança da justiça social. Só um sentimentalismo doentio poderia ver differenças onde ellas realmente não existem. A razão serena e imparcial reconhece a correlação de facto e affirma a necessidade da correlação de direito ¹.

Por fim a injustiça e a incoherencia volvem-se no descredito e na immoralidade. No descredito do poder social, que cruza os braços diante do perigo que ameaça o bem estar geral; na immoralidade, pelo escando das confissões feitas com absoluta segurança de impunidade pelos delinquentes que gosam do privilegio duma sentença absolutoria. A confissão, se póde ser uma jactancia estulta ou uma loucura do confitente, representa muitas vezes a pura expressão da verdade.

É tempo, portanto, de abandonar uma doutrina que repugna á justiça, introduz a incoherencia nas leis, encaminha ao descredito da auctoridade e promove a immoralidade.

PUGLIESE — *Archivio* cit., pag. 48.

Admittida a revisão dos julgados absolutórios, importa referir uma restrição que lhe impõem os códigos que a reconhecem.

A ordenança prussiana de 1849¹ e o código austriaco² dispõem expressamente que a revisão em prejuízo do reo absolvido só pôde ser viável, quando a acção penal não tenha sido extinta pela prescrição. E o mesmo deve dizer-se do direito allemão, pois, embora o código de processo criminal não estabeleça a limitação, é certo que o código penal reconhece a prescrição da acção penal³ e, porisso, os tribunales devem julgar improcedentes os pedidos de revisão apresentados depois de ter expirado o prazo da prescrição.

Esta doutrina representa uma consequencia necessaria da prescrição da acção penal. Desde o momento em que se admite que, passado certo tempo sobre a pratica dum crime, se extingue o direito de instaurar a acção competente contra o seu actor, é logico que se acceite o mesmo principio para o caso de igual prazo ter passado sobre a absolvição dum criminoso. As duas hypotheses são perfeitamente semelhantes.

Qualquer que seja o fundamento sobre que se basêe a prescrição, esta procede do mesmo modo em ambos os casos.

Se se pensa com os redactores do código de instrução criminal francês⁴, com DALLOZ⁵ e com BASILIO

¹ *Recueil* cit., pag. 422.

² Art. 355.º

³ Artt. 66.º a 69.º

⁴ GARRAUD, ob. cit., pag. 503, nota 1.ª

⁵ *Repertoire de legislation*, vol. XXXVI, pag. 319.

ALBERTO DE SOUSA PINTO¹, que a pena a impôr ao delinquente encontra um substitutivo efficaz no seu remorso, receio, fuga ou expatiação, nada prova que o criminoso absolvido, contra o qual possa mover-se uma nova accusação, não seja atormentado pelo remorso, assaltado pelo receio ou impellido para o exilio sob a ameaça da perseguição judiciaria.

Se com HAUS², DURANTE³, ORTOLAN⁴, GARRAUD⁵, ZARNADELLI⁶, etc., se recorre á acção do tempo, emquanto elle produz o esquecimento do crime, o desaparecimento do alarme, a inutilidade do exemplo e a perda das provas, tudo isto favorece tanto o nunca processado como o injustamente absolvido.

Se se prefere o conceito de LE SELLYER⁷, segundo o qual a prescripção se justifica pela necessidade de assegurar a paz publica e de evitar as causas de odio e de discordia nas familias, tal conceito abona certamente a prescripção em favor do reo absolvido, tanto mais que elle já foi uma vez perseguido pela justiça.

Se se parte da presumpção do arrependimento e emenda do criminoso⁸, não ha razão alguma para estabelecer differenças. A absolvição erronea ou iniqua não suppõe nem exclue a emenda futura do absolvido.

Não ha duvida, portanto, que da prescripção da

¹ Ob. cit., pag. 173.

² *Cours de droit criminel*, 1861, vol. II, pag. 488.

³ *Saggio sulla prescrizione*. Torino, 1886, pag. 4.

⁴ Ob. cit., n.º 1853.

⁵ Ob. cit., pag. 503.

⁶ ZERBOGLIO—*Prescrizione penale*. Torino, 1893, pag. 3.

⁷ Auct. e ob. ctt., pagg. 5 e 6.

⁸ GARRAUD, ob. cit., pag. 503.

acção penal deriva naturalmente a prescripção do direito de revisão dos julgados absolutorios.

Todavia, póde e deve discutir-se se será justo que o instituto da prescripção venha assim restringir a revisão em favor da accusação, problema que evidentemente se resolve na questão mais geral da legitimidade da prescripção da acção penal. Por esse motivo, se bem que não pretendamos dar ao assumpto o desinvolvimento que elle comporta, indicaremos ao menos sumariamente o que deve pensar-se a seu respeito no estado actual das sciencias penaes.

A prescripção da acção penal tem raizes fundas na historia geral do direito. Apparece com algumas restricções no direito hellenico ¹ e no direito romano imperial ², e deste passa para o direito canonico ³, para o direito wisigothico ⁴, para a antiga e moderna le-

¹ GIACHETI, na sua obra — *Dei reati e delle pene in generale secondo il codice penale italiano*, 1890, vol. I, pag. 498, mostra que nos discursos de DEMOSTHENES e de LYSIAS ha passagens indicadoras de que os gregos admittiram a prescripção da acção penal, embora considerassem alguns crimes como imprescriptiveis.

² Iniciou-a a *Lex Julia de Adulteriis* e ampliaram-na successivamente leis posteriores a ponto de por fim se estabelecer como regra geral. Havia, porém, certos delictos imprescriptiveis, como eram o *parricidio*, o *parto supposto* e a *heresia*. ZERBOGLIO, ob. cit., pagg. 26 e 27.

³ MERLIN — *Répertoire universel de jurisprudence*, vol. IX, pagg. 549 e segg.; HÉRICOURT — *Lois ecclésiastiques*, parte I, cap. XXIV, n.º 44. Neste ultimo escriptor, log. cit., lê-se: «A prescripção de 20 annos é admittida nos tribunaes ecclesiasticos para todas as especies de crimes, excepto para os de lesa-majestade e de duello».

⁴ *Cod. wisig.*, liv. X, tit. II, L. 3.^a

gislação europea e para as legislações por ella influenciadas¹ e bem assim para o velho e novo direito portuguez².

¹ No antigo direito inglês não era reconhecida a prescripção da acção penal. Admitte-a, comtudo, o direito actual, no que vae de accordo com a legislação de todos os povos cultos. Vid. ZERBOGLIO, ob. cit., pagg. 29 a 31; CARLETTI e COGLIOLO — *Codice penale etc.*, pag. 230; *Cod. inst. crim. francês*, artt. 635.º a 643.º; *Cod. pen. allemão*, artt. 66.º a 69.º; *Cod. pen. italiano*, artt. 91.º a 94.º; etc.

² O nosso velho direito estabelecia como regra geral a prescripção de 20 annos, como se vê da *Ord. affonsina*, liv. I, tit. xxxviii, pref., da *Ord. manuelina*, liv. I, tit. lxxxviii, § 21, e da *Ord. fillipina*, liv. I, tit. lxxxiv, § 23 e tit. xcvi, § 2. Prescreviam por menos tempo certos crimes, como eram os chamados *carnis delicta*, que pela *Ord. affonsina*, liv. V, tit. x, § 1 prescreviam em 3 annos e pelas *Ordd. manuelina e fillipina*, liv. V, tit. xxiii, § 2 passaram a prescrever por um anno. (Vid. FERREIRA — *Pratica criminal*, tract. II, cap. v, n.ºs 19 a 24; MELLO FREIRE — *Inst. Jur. Crim.* tit. xxiii, § 2; PEREIRA e SOUSA — *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, §§ 324 a 327 e notas 571 e 576 a 578). No direito novo começou a regular o assumpto o decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832. Este decreto, distinguindo entre crimes publicos e particulares e entre querela e accusação, determinava que contra os primeiros não podia querelar-se passados tres annos nem accusar-se passados vinte depois da sua perpetração, e que a respeito dos segundos os prazos seriam respectivamente de um anno e dia e de tres annos (artt. 168.º, § 4.º e 169.º, § 1.º). A R. J. de 1837 conservou os prazos da prescripção da querela estatuidos pelo decreto de 1832 e fixou em dez annos o prazo da accusação tanto para os crimes publicos como para os particulares (artt. 344.º a 348.º), disposições que foram integralmente mantidas pela N. R. J. de 1841 (artt. 1207.º a 1211.º). Esta legislação, visivelmente favoravel aos criminosos, como judiciosamente notava CASTRO NETO (N. R. J. annotada, pag. 211, nota 1.ª),

É notavel que o principio da prescripção da acção penal tem seguido uma linha evolutiva de progressiva generalização. Ao passo que no direito grego, no direito romano e no antigo direito europeu appareciam restricções, considerando-se imprescriptiveis certos delictos, o direito moderno tende para a prescriptibilidade de todos os crimes, tendencia saudada por ORTOLAN como altamente racional¹. E com ORTOLAN póde dizer-se que está quasi todo o clacissismo penal. Este, para justificar a prescripção criminal, recorre á invenivel acção de tempo, o qual tudo destroe — a lembrança do crime, a necessidade do exemplo, as provas do facto, os meios de defesa e até a perversidade do

por tornar tão curtos os prazos em que podia querelar-se, ou accusar-se, foi bastante alterada pelo codigo penal de 1852, o qual, sem distinguir, para os effeitos da prescripção, entre crimes publicos e particulares e entre querela e accusação, estabelecia a prescripção de dez annos para «todo o procedimento judicial criminal contra determinada pessoa» (art. 123.º, § 1.º), a prescripção de cinco annos para o procedimento por crimes de policia correccional e a prescripção dum anno para as contravenções (art. cit., § 3.º Vid. SILVA FERRÃO, ob. cit., pagg. 251 e segg.) Novas modificações veio fazer a reforma penal de 1884. Restabeleceu a differença entre a prescripção dos crimes publicos e a dos crimes particulares e determinou que a dos primeiros se effectuaria nos prazos de quinze annos, cinco e um, conforme lhes fosse applicavel pena maior, correccional ou pena que coubesse na alçada do juiz de direito em materia correccional, e que a dos segundos teria logar em dois annos ou em um, consoante a pena fosse maior ou correccional. (Art. 88.º, n.º 2 e §§ 2.º e 3.º) São estas as disposições que se encontram no codigo penal vigente. (Art. 125.º, n.º 2 §§ 2.º e 3.º)

¹ Ob. cit., tomo II, pagg. 330 e 331.

delinquente, purificando-lhe a consciencia com o aguilhão do remorso, com o sobresalto da incerteza ou com as nostalgias do exilio ¹. «Não ha crime, falla ORTOLAN, por mais grave que seja, que deva exceptuar-se da prescripção, porque nenhum ha que escape á acção do tempo» ².

Apesar de todo o prestigio legislativo e doutrinal do instituto, não lhe tem sido poupados ataques, principalmente na epoca de revisão critica que vamos atravessando.

Já BECCARIA e BENTHAM impugnavam mais ou menos a prescripção dos delictos, salientando o ultimo o seu pensamento em termos bem expressivos. «Para sentir, dizia elle, todo o absurdo duma impunidade adquirida com o tempo, basta suppôr a lei concebida nestes termos: se o ladrão, o assassino, o que possui injustamente o alheio, chega a escapar por vinte annos á vigilancia dos tribunaes, a sua habilidade será premiada, a sua tranquillidade garantida e legitimado nas suas mãos o fructo do seu delicto» ³.

Era, comtudo, pela escola positiva que devia ser feita uma critica mais severa. Esta escola, baseando a penalidade na defesa social e medindo a repressão pela capacidade criminosa do delinquente, pela sua temibilidade, encarou a prescripção da acção penal á luz destes principios e achou erroneo o caminho trilhado pelas legislações, emquanto a admittem para todos ou quasi todos os crimes, sem outra differença além da

¹ ZERBOGLIO, ob. cit., pagg. 2 e segg.

² Ob. cit., pag. 330.

³ *Traité de legislation civil et pénal*, vol. II, pag. 390.

derivada da sua maior ou menor gravidade objectiva ¹. GAROFALO considerou-a como um beneficio concedido aos criminosos e OLIVIERI viu nella um estimulo para delinquir. Escreve o primeiro: «Vêde como a lei se encarrega de proteger os delinquentes contra a sociedade. Um habil *escroc* muda de nome e vae para outra cidade continuar as suas explorações: descoberto por fim, se tiverem passado cinco annos sobre o primeiro delicto, não poderá ser perseguido senão pelos outros. Se para estes houver falta de provas, ei-lo entregue pela lei á sua nobre industria» ². O segundo accrescenta: «Eu perguntarei se pôde fazer-se mais abertamente a apologia do delicto, do que quando se offerece ao delinquente uma nova esperança de impunidade, que deve ser premio unicamente dos homens probos, como se não bastassem as absolvições por insufficiencia de indicios, os processos mal dirigidos, a cifra enorme dos criminosos não descobertos ou a cifra ainda maior dos crimes não denunciados e que ficam envolvidos em eterno mysterio» ³.

Mas a escola não se limitou a censurar a instituição, mostrou a inanidade das razões com que a doutrina classica a defendia.

Á consideração da acção do tempo sobre a recordação do crime, sobre o desaparecimento do alarme e sobre a inutilidade do exemplo, oppôs a possibilidade da conservação da temibilidade do delinquente e, por-

¹ GAROFALO — *Criminologie*, pagg. 397 a 399; OLIVIERI — *Appunti*, pag. 257 a 268; ZERBOGLIO, ob. cit.; CAPOBIANCO — *Il diritto penale di Roma*. Firenze, 1894, pagg. 416 a 418.

² Ob. cit., pag. 397.

³ Ob. cit., pag. 258.

tanto, o perigo constante que elle póde constituir para a sociedade ¹.

Á ponderação do remorso, do sobresalto do criminoso e da sua expatriação, como substitutivos da pena, respondeu com a existencia de criminosos cuja consciencia já se não atormenta com a pratica da immoralidade e com o que ha de phantastico e romantico na descripção das apoquentações do delinquente receoso de ser descoberto e na pintura das nostalgias do exilio ².

Á presumpção do apagamento das provas substituiu a presumpção inversa mais razoavel da sua conservação, conferindo aos tribunaes a faculdade de averiguar o que haja de positivo a tal respeito ³.

Finalmente, o temor de surprehender o arguido desprovido de meios de defesa contrabalançou-o com a necessidade de pôr cobro a todo o sentimentalismo doentio favoravel aos delinquentes e a sem razão de basear numa conjectura fallivel uma instituição prejudicial aos interesses da sociedade ⁴.

Mas chegará a escola ao extremo de rejeitar *in limine* a prescripção da acção penal? GAROFALO responde que não é tal o seu pensamento e declara que a admite nos casos em que o agente do crime, pela sua conducta, dê provas de que não é um ser antisocial e o delictio não tenha occasião de manifestar-se, pela mudança sof-

¹ ZERBOGLIO, ob. cit., pag. 10; OLIVIERI, ob. cit., pagg. 258 e segg.

² ZERBOGLIO, ob. cit., pag. 11.

³ Auct. e ob. cit., pagg. 115 e segg.

⁴ Auct. e ob. cit., pag. 17.

frida pelas condições que o tinham determinado ¹. Por seu lado, ZERBOGLIO afirma que não poderá continuar a fallar-se de prescripção da acção penal ².

Embora pareça que os dois escriptores se contradizem, é certo que os domina o mesmo pensamento fundamental, derivando a divergencia apparente do modo ligeiro como GARAFALO tractou a questão. Com effeito, desde o momento em que elle nos diz que a prescripção da acção penal só póde ser admittida quando se verifique que desapareceu a temibilidade do delinquente, implicitamente confessa a necessidade de que o juizo se faça sempre, para averiguar se realmente a sua transformação moral ou qualquer outras circumstancias, como doenças, velhice, etc., tornam inutil a applicação duma pena. E este é o pensamento expresso de ZERROGLIO, quando assegura que a sua escola não poderá reconhecer senão a prescripção da pena e esta apenas quando o tempo decorrido desde o dia do crime, só ou juncto a circumstancias especiaes, possa excluir a temibilidade do reo ³.

Póde concluir-se, portanto, que a escola positiva põe de parte, como socialmente perigosa, a prescripção da acção penal.

E agora, por onde optar, pela sua doutrina ou pela doutrina dominante nas legislações? A nosso ver, esta ultima é completamente indefensavel. O direito de punir representa incontestavelmente uma necessidade de conservação social, necessidade persistente emquanto durar a temibilidade do delinquente, e a duração da

¹ Ob. cit., pag. 398.

² Ob. cit., pag. 138.

³ Ob. cit., pagg. 19. 138 e 140.

temibilidade dum criminoso que escapou á acção da justiça não pôde, de modo algum, sujeitar-se a calculos mathematicos do legislador. Marcar na lei um limite além do qual deve desprezar-se, embora perdure, a perversidade do criminoso, representa um verdadeiro excesso da omnipotencia legislativa, a não ser que se alargue tanto o prazo da prescripção, que o agente do crime, se não pela regeneração, ao menos pela idade, tenha deixado de constituir um elemento de desordem na sociedade. Mas, proceder assim, equivaleria a esterelizar a instituição e, portanto, a reconhecer a sua falta de base scientifica nos termos em que a regulam as legislações vigentes. De resto, nós que nem mesmo consideramos possivel que o julgador determine, no acto da condemnação, o momento preciso em que o condemnado pôde, sem inconveniente, ser reentregue á sociedade e, porisso, defendemos o principio das sentenças indeterminadas, menos ainda podiamos applaudir a competencia do legislador para, de modo absoluto e de sciencia certa, declarar que depois de passados tantos annos sobre a pratica dum crime, já não ha fundamento para chamar a juizo o seu actor, persista ou não a sua temibilidade.

Consequentemente, ou deve eliminar-se, por uma vez, das legislações a prescripção da acção penal ou alongar-lhe os prazos por fórma que seja sempre possivel exercer a função pratica da penalidade, o que, em rigor, constitue uma eliminação indirecta.

Não quer isto dizer que deva postergar-se por completo a acção do tempo no campo da penalidade, mas sim que esta acção só é attendivel quando evidentemente destruidora das tendencias antisociaes do criminoso.

Em ultima analyse, intendemos que deve, pelo menos, iniciar-se sempre o juizo, embora não continue o processo nem se applique pena alguma, quando o tribunal se convença de que o não exigem as condições pessoaes do criminoso.

O que temos dicto da prescripção da acção penal em geral, dizemo-lo em especial da prescripção do direito de revisão dos julgados absolutorios. Pelos motivos acima expostos, não achamos justo que esta encontre uma restricção inconveniente no instituto da prescripção. Deve ser possivel emquanto possivel fôr tambem a temibilidade do criminoso absolvido, a persistencia da qual não pôde medir-se *a priori*. Permaneça, porisso, sempre o direito de revisão, comquanto esta só termine por uma condemnação, quando se julgue perigosa a liberdade do accusado.

Com a questão da revisão das sentenças absolutorias anda estreitamente ligada a questão da revisão das sentenças condemnatorias insufficientes.

Esta questão, naturalmente resolvida em sentido negativo pelos defensores da ir retractabilidade dos julgados absolutorios ¹, foi decidida affirmativamente pelo codigo austriaco, o qual permite, dum modo expresso, a revisão das sentenças que applicam ao reo uma pena mais suave do que a que lhe deve ser imposta, attenta a gravidade do seu delicto, nas mesmas condições em que consente a revisão das sentenças absolutorias e quando se dê algum dos casos — ou de, em vez da

¹ BORSANI e CASORATI, ob. cit., § 2174.º; Relatorio do decreto de 27 de fevereiro de 1895 sobre revisão dos processos.

pena de morte ou reclusão perpetua, ser applicada uma pena temporaria, ou de, em lugar da pena minima de dez annos de reclusão, se impôr uma pena minima de cinco annos, ou, finalmente, de o reo ser punido por delicto ou contravenção, quando devia sê-lo como auctor dum crime¹. Seguiria este codigo o verdadeiro caminho?

A questão offerece desde logo dois aspectos principaes. A condemnação é insufficiente ou por ter comminado uma pena mais curta ou por haver imposto uma pena menos severa do que pedia a capacidade criminosa do delinquente.

A primeira hypothese suppõe o principio das sentenças determinadas. Com o systema das penas de duração indefinida não poderá fallar-se de penas mais curtas ou penas mais longas, já que a pena durará sempre e durará só emquanto a sua continuação se considerar exigida pelas necessidades da defesa social. É uma hypothese transitoria, como transitorio nos parece o principio de que depende. Em todo o caso precisa de solução. E a nossa solução é: sempre que se demonstre que uma sentença condemnatoria segrega um criminoso do meio social por menos tempo que o necessario para inutilizar as suas tendencias perversas, deve ser reformada no sentido de estabelecer, o mais possivel, a equação entre a medida repressiva e a temibilidade do condemnado. As razões são simples: 1.º a condemnação insufficiente envolve uma injustiça, porque não elimina todo o perigo social personalizado no delinquente; 2.º não é licito que os erros da justiça

¹ Art. 356.º

proveitem ao individuo quando podem redundar em prejuizo da sociedade; 3.º assim como é justo ampliar, por meio duma detenção suplementar, uma pena que não conseguiu regenerar o condemnado ¹, não o é menos augmentar, pela *reformatio in pejus*, a duração da pena imposta a um criminoso, cuja perversidade, por erro, foi considerada inferior ao que realmente era. Em conclusão, se a sentença indeterminada constitue o melhor meio de evitar os erros de insufficiente ou demasiada duração dos meios repressivos, a revisão é o expediente mais adequado para lhes attenuar os efeitos ².

A segunda hypothese suppõe o systema da pluralidade de penas applicaveis segundo a gravidade do delicto ou a culpabilidade do delinquente. Ainda aqui a revisão representa um corollario logico dos principios do systema. Se a lei penal estabelece uma escala de penas diversas com o fim de accommodar a repressão ao estado moral do criminoso, se uma sentença condemnatoria applica uma dessas penas e mais tarde se descobre a existencia de erro na sua escolha, é evidente a necessidade de a substituir. É uma questão de harmonia e de coherencia.

A solução que acabamos de dar ás duas questões relativas á insufficientia da pena imposta em sentença condemnatoria condiz com a que demos ás questões correlativas sobre as condemnações excessivas, ao tractarmos da desintegração do direito de graça. Assim era natural. Não fizemos mais do que adaptar ás ques-

¹ Supra, pagg. 93 a 96.

² Supra, pagg. 96, 97 e 194 a 216.

tões derivadas a correspondencia fundamental que estabelecemos entre os principios da revisão *pro reo* e da revisão *pro societate*.

25. Indicados os dois elementos importantes que devem entrar na integração scientifica da revisão, um em evidente elaboração nas tendencias doutrinaes e legislativas— a transformação do direito de graça, e o outro já reconhecido pelo direito dalguns povos cultos— o reexame dos julgados absolutorios, importa discutir agora o triplice problema:— *a)* da amplitude dos casos em que deve ser admittida;— *b)* da qualidade das infracções a que deve applicar-se;— *c)* e do seu exercicio depois da morte do accusado.

a) O estudo relativo á amplitude dos casos de revisão merece o primeiro logar, em attenção á superioridade da sua importancia, tanto sob o aspecto scientifico, onde a discussão é viva e interessante, como sob o ponto de vista da applicação, onde pôde dar-se uma importantissima diversidade de effeitos, segundo o rumo seguido pelas legislações.

Dois systemas principaes se defrontam na solução do problema— o systema um pouco moderado dos que sustentam que a revisão só deve permittir-se em alguns casos bem determinados e taxativamente marcados na lei, que podemos chamar *systema casuistico*, e o systema radical dos que defendem a sua admissão sempre que occurram circumstancias demonstrativas da existencia dum erro judiciario, que, embora com menos propriedade, denominaremos *systema generalizador*. Ambos os systemas têm obtido consagração legislativa e ambos se arrogam foros de scientificos e, por-

isso, tentaremos determinar, pela observação dos factos e pela sua interpretação scientifica, qual deve ficar vencedor nesta lucta legal e doutrinal.

Começaremos por ponderar que se nota na evolução do systema casuistico uma tendencia constante para alargar o ambito da revisão, tendencia que convem tornar bem patente, porque constitue, em nosso intender, um serio motivo de duvida relativamente á sua consistencia scientifica. Verifiquemos.

O systema nasceu com o decreto da Convenção de 15 de maio de 1793, que restaurou a revisão e a admittiu no caso unico da inconciliabilidade de duas sentenças condemnatorias. A insufficiencia do decreto foi logo reconhecida pelo legislador de 1808, que, ao restabelecer de novo o direito de revisão, a ampliou de um a tres casos. Vieram ainda os factos demonstrar que tambem o codigo de instrucção criminal era incompleto e dahi o apparecimento de propostas tendentes a tornar a revisão extensiva a todas e quaesquer hypotheses de erro judiciario, entre as quaes merecem especial referencia a representação dirigida ao parlamento em 1815¹, o projecto de BOISSET, de 4 de março de 1884², e os projectos de LAGUERRE e CASTELLIN, de 30 de junho de 1890³. Os projectos de LAGUERRE e CASTELLIN chegaram a ser transformados numa lei, votada sem discussão pela camara dos deputados a 7 de abril de 1892, em que se lia a seguinte disposição: «aos casos de revisão contidos no codigo actual accres-

¹ BÉDARRIDE, ob. cit., pagg. 151 e 152.

² FERRI, ob. cit., pag. 438, nota 1.^a

³ GIURATI, ob. cit., pag. 415.

cente-se o direito de pedir a revisão sempre que emirja algum facto de que pareça resultar a innocencia do condemnado». Substituida, porém, por um novo projecto do governo, apresentado ao Senado em 28 de junho de 1892, não conseguiu a approvação desta camara, delongando a França mais uma vez a realização dum desejo ha fanto tempo manifestado no seio do corpo legislativo ¹. Todavia, quando uma reforma consegue um grande estado de maturação na consciencia publica, se pôde delongar-se, não pôde pôr-se de parte indefinidamente. Foi o que aconteceu neste país. A lei que sossobrou em 1892 foi logo sancionada em 8 de junho de 1895. Esta lei introduziu no art. 443.º do codigo de instrucção criminal, já modificado pela lei de 1867, este preceito: «A revisão poderá ser pedida em materia criminal, qualquer que tenha sido o tribunal sentenciador e a pena applicada; 4.º — quando, depois duma condemnação, apparecer ou se revelar um facto ou quando forem apresentadas provas (*pièces*) desconhecidas por occasião dos debates, capazes de estabelecerem a innocencia do condemnado». E assim foi implantado em França o systema generalizador.

Este aperfeiçoamento era de ha muito pedido por auctorizados escriptores franceses, entre os quaes citaremos BONNEVILLE e BÉDARRIDE. O primeiro taxava de pretencioso o legislador de 1808, pelo facto de ter declarado na exposição de motivos que a revisão devia ter logar em todos os casos de erro evidente ou, pelo menos, de grave presumpção de erro, e julgar depois que nem uma nem outra se podiam dar fóra dos tres

¹ GIURATI, ob. cit., pagg. 416 e segg.

casos indicados pelo código, mostrava como o erro judiciario podia affectar uma infinita variedade de fórmulas incapazes de serem aprehendidas ainda pelas mais intelligentes previsões dos calculos humanos, e encarrecia a necessidade de conceder a revisão em *quaesquer casos de erro evidente ou de grave presumpção de erro*¹. O segundo accusava duma grave incoherencia os auctores do código de 1808, emquanto, pretendendo estabelecer um criterio á luz do qual determinassem os casos de revisão, diziam na exposição de motivos que esse criterio só podia consistir na *certeza* do erro judiciario e vinham depois admitti-la num caso, o terceiro, que evidentemente não obedecia ao criterio da *certeza* mas ao da *presumpção* de erro, já que podia uma testemunha fazer um depoimento falso contra o accusado e este ser condemnado com justiça. Em face disto perguntava BÉDARRIDE: «Porque estabelecer em principio, dum modo absoluto, que, para destruir a certeza duma condemnação, é necessario ter a certeza do erro? Se a revisão pôde ser admittida num caso em que não ha essa certeza, porque excluir todos os outros casos em que podem apparecer presumpções de erro egualmente poderosas?»². BÉDARRIDE mostrava por este modo que o legislador se inclinava inconscientemente para a verdade.

As idéas de BONNEVILLE e BÉDARRIDE dominavam, ao tempo da ultima reforma, o espirito culto da França, devido principalmente á descoberta frequente de erros

¹ BONNEVILLE — *Amélioration etc.*, tomo II, pagg. 580 e segg.

² Ob. cit., pagg. 170 e segg.

judiciarios, cuja reparação não cabia dentro dos limites acanhados do código de 1808, manifestando-se muitas vezes o desejo de que fosse vencido o extraordinario misoneismo com que aquelle grande país resistia á implantação dum tão salutar melhoramento legislativo ¹.

Semelhante ao da França se nos apresenta o curso dos factos e das idéas na Italia, embora o systema generalizador não tenha ainda conseguido a consagração final duma sanção legislativa.

Duas leis de 1819 introduziram no reino de Napoles o systema casuistico, admittindo a revisão simplesmente nas hypotheses de duas condemnações contradictorias e de condemnação á morte ou a pena perpetua sem a uniformidade de seis votos sobre oito ². Os codigos dos demais estados italianos adoptaram do código francês não só o systema mas tambem os casos de revisão. Assim o fez o código sardo de 1859, que, como sabemos, foi em 1866 tornado extensivo a toda a Italia e que ainda está em pleno vigor nessa parte ³.

Importantes têm sido, porém, os trabalhos no sentido de melhorar este capitulo da legislação italiana e innumerous os pedidos de reforma tendentes a ampliar os casos de revisão.

Já em 1865 o então ministro da justiça chamava a attenção dos jurisconsultos para as disposições do código de processo penal sobre o assumpto e formulava

¹ Sr. TAVARES DE MEDEIROS — *Estudos citt.*, pag. 94; GRU-RATI, ob. cit., pagg. 373 e segg.

² TUOZZI, ob. cit., pagg. 17 e 18.

³ Auct. e ob. cit., pag. 18.

a seguinte questão: «As normas da revisão poderiam ser applicadas a outros casos e melhoradas?»¹. A resposta a este quesito tem sido dada por uma pléade brilhante de escriptores, accordando todos em que são apertadissimos os limites em que o código de processo penal circumscreve a revisão, embora divirjam as suas opiniões sobre a amplitude das reformas a introduzir-lhe.

Logo no mesmo anno de 1865 tractaram a questão, no *Monitore dei tribunali*, dois criminalistas distinctos, FRIZZI² e AMBROSOLI³, decidindo-se ambos pela adopção dum «principio vasto, comprehensivo, tal, que, no meio de todas as difficuldades da pratica, esclarecesse o espirito do juiz ácerca dos caracteres e dos verdadeiros limites da revisão», em harmonia com a legislação austriaca e com as idéas de BONNEVILLE, determinados principalmente pela consideração de que todas as casuisticas são incompletas e pela necessidade de remediar todos os erros judiciaes. A doutrina de FRIZZI e AMBROSOLI foi em seguida accete por muitos escriptores tanto da escola classica como da escola positiva. Ligaram-lhe o seu nome e imprimiram-lhe a sua incontestavel auctoridade PUGLIESE⁴, RIBAUDI⁵, GREGORACI⁶, OLIVIERI⁷, FERRI⁸, GIURATI⁹, para lembrar só

¹ *Monitore dei tribunali*, 1865, pag. 409.

² *Ibidem*, pagg. 409 a 412 e 695 a 696.

³ *Ibidem*, pag. 649.

⁴ *Archivio di psichiatria*, 1886, pag. 48.

⁵ *Ob. cit.*, pag. 388.

⁶ *Ob. cit.*, pag. 80.

⁷ *Appunti cit.*, pag. 267.

⁸ *Sociologie criminelle*, pagg. 437 e 438.

⁹ *Ob. cit.*, pag. 259.

alguns dos principaes, convencidos todos de que a irrevogabilidade dos julgados é um absurdo quando claramente se demonstre a sua injustiça e de que esta pôde dar-se em casos de impossivel previsão. RIBAUDI, por exemplo, depois de fazer um largo estudo sobre os erros da justiça nas suas relações com as phases evolutivas do processo criminal, onde encontrou casos diversissimos e incapazes de se comprehenderem nas casuisticas legaes ou doutrinaes, insinua que só a adoção duma fórmula vaga, em que coubessem todas as aberrações dos tribunaes, poderia satisfazer o seu espirito esclarecido pela observação e pela historia ¹.

Todavia, nem todos os escriptores seguiram na corrente generalizadora da revisão, apparecendo ao contrario muitos que, pedindo uma reforma amplificadora, se conservaram dentro do systema casuistico. Prestaram o seu suffragio a esta corrente, além doutros, GRIPPO ², TUOZZI ³, BORSONI e CASORATI ⁴, MAJNO ⁵, GALATEO ⁵, ORANO ⁶, GAROFALO ⁷ e CALENDI ⁸.

Dá-se, comtudo um facto notavel e digno de toda a attenção. Os defensores do systema casuistico estão muito longe de se encontrar na enumeração das hypotheses de revisão, o que já mostra a ausencia dum criterio seguro que os oriente, accrescendo ainda duas

¹ Ob. cit., pag.g 106 a 400.

² *Della revisione dei giudicati penali*. Napoli, 1878.

³ Ob. cit., pag. 55.

⁴ Ob. cit., pagg. 467 e segg.

⁵ *Diritto*, 31 de maio de 1887.

⁶ Ob. cit., pagg. 71 e segg.

⁷ *Scuola positiva*, 1893, pag. 98.

⁸ *Ibidem*, 1895, pag. 298.

circumstancias interessantes — o augmento considerabilissimo dessas hypotheses e o apparecimento de regras cada vez mais genericas, que evidentemente approximam, se algumas vezes o não confundem, o systema preferido, do systema contrario. Alguns exemplos tornarão palpavel, frisantissima, esta observação.

BORSONI e CASORATI contentam-se com indicar tres casos: 1.º — contradicção de julgados de qualquer natureza, uma vez que a contradicção demonstre a injustiça duma sentença contradictoria; 2.º — vicio dalgum dos elementos de que depende o julgado (falsas testemunhas, falsos peritos, falsos juizes, falsos documentos, etc.); 3.º — contradicção do julgado com a evidencia material do facto ¹.

GAROFALO eleva a seis os casos de revisão em favor do accusado, a saber, 1.º — inconciliabilidade da sentença condemnatoria, na parte relativa á declaração da culpabilidade, com outro julgado definitivo da autoridade judiciaria sobre o mesmo assumpto, 2.º — existencia da pessoa presumida morta, ou desaparecimento dos documentos ou objectos considerados destruidos por meio do crime, 3.º — revogação de sentença civil que servisse de base á sentença penal condemnatoria, 4.º — falsas testemunhas ou falsas declarações periciaes, 5.º — demonstração da falsidade de documentos que exercessem influencia sobre o juizo, 6.º — violação dolosa, por algum juiz, dos deveres do proprio officio, e aceita em favor da accusação as disposições do codigo allemão ².

¹ Ob. cit., pagg. 472 a 474.

² *Scuola positiva*, 1893, pag. 101.

CALENDA já apresenta sete *pro reo*, — 1.º inconciliabilidade de duas ou mais sentenças condemnatorias, 2.º — demonstração evidente da innocencia do condemnado por meio duma providencia posterior e definitiva da auctoridade judiciaria, 3.º — existencia da pessoa presumida morta, ou verificação da innocencia do condemnado por meio da prova generica, quando supprida por outras provas ao tempo da condemnação, 4.º — (é o terceiro de GAROFALO), 5.º — falsidade de documentos reconhecida ou conhecida sómente depois da condemnação, 6.º — falso testemunho e corrupção ou facto punivel dum terceiro determinativo da sentença, 7.º — exhibição dum novo documento que prove a innocencia do condemnado, e torna mais extensivas os quatro *pro societate* do código allemão, nos termos já conhecidos ¹.

TUOZZI propõe nove, os tres do código vigente e mais os seis seguintes: 1.º — inconciliabilidade de duas ou mais sentenças condemnatorias, embora a contradicção não involva necessariamente a innocencia dum dos condemnados; 2.º — apparecimento, no seu estado natural, daquelles objectos que, a dar-se o crime, não poderiam assim apparecer; 3.º e 4.º — falsas denuncias, falsas declarações dos peritos e falsos documentos; 5.º — prevaricação dos julgadores; 6.º — (o 3.º de GAROFALO) ².

ORANO alça a quinze o seu numero, os tres do código, sete já indicados por outros escriptores e seis que elle chama novos. Os sete são: 1.º — o de o verdadeiro cri-

¹ Vid. supra, pagg. 85, 86 e 238.

² Ob. cit., pagg. 55 a 63.

minoso confessar o seu crime, mas morrer antes de ser julgado; 2.º—o de uma testemunha falsa morrer antes de condemnada, mas depois de ser averiguada a falsidade do seu depoimento; 3.º—engano ou má fé do official que certifique não poder ser encontrada certa testemunha; 4.º—o de erro scientifico; 5.º—troca ou descaminho dos autos sobre que se pronuncie o magistrado; 6.º e 7.º—o não exame de documentos que podiam influir no julgado ¹. Os novos consistem: *a*)—na verificação da não existencia do crime; *b*)—na proclamação da innocencia do condemnado pela opinião publica; *c*)—na impossibilidade de o condemnado ter apresentado, por motivos estranhos á sua vontade, todos ou alguns dos meios de defesa; *d*)—na affirmacão da innocencia do accusado, feita pelos pretendidos coreos depois da condemnação; *e*)—na declaracão proferida em conferencia de alienistas de que a doenca mental do condemnado precedeu o juizo e o delicto ².

GALATEO, finalmente, guinda-o a vinte e quatro: 1.º—corrupção de juizes, dolo ou pressão; 2.º, 3.º e 4.º—suicidio, morte natural ou existencia do presumido morto; 5.º, 6.º, 7.º e 8.º—erro mathematico, scientifico, material ou motivado pela troca de actos de processo; 9.º—abolição posterior do crime; 10.º—reapparecimento da coisa julgada roubada; 11.º—averiguacão dum facto, cuja existencia torna impossivel a culpabilidade do condemnado, v. g., *o alibi*; 12.º e 13.º—falsidade ou suppressão dum documento; 14.º, 15.º,

¹ Ob. cit., pagg. 150 e 151.

² Ibidem, pagg. 97 a 149.

16.º e 17.º—mentira de testemunha ou de perito contumax, ou morto ou exempto da acção penal pela prescripção ou absolvido por circumstancias especificas; 18.º—mentira dum official que certifique a ausencia duma testemunha; 19.º—condemnação inconciliavel dum novo reo em contumacia; 20.º, 21.º, 22.º e 23.º—constatação judicial dum novo reo já morto, ou irresponsavel, ou não humano ou contra o qual não possa proceder-se; 24.º—composição judicial dum genero diverso ¹.

É fastidiosamente eloquente a indicação que acabamos de fazer.

Em primeiro logar, é evidente a irreductabilidade das casuisticas apontadas. Qual, pois, o criterio que presidiu á sua organisação? Por demasiado subjectivo, ou por não existente, não podemos apprehende-lo. Onde está a justiça? Cada escriptor naturalmente a vê na sua casuistica, e a critica, diante de tamanha divergencia, deve fatalmente duvidar se se encontrará em qualquer dellas.

Depois, que significa o progressivo augmento numerico dos casos de revisão, levado por GALATEO até vinte e quatro? A aspiração generosa de remediar todos os erros judiciaes dignos de reparação ², e a pretensão estulta de os prever dum modo completo.

Por ultimo, os principios da contradicção dos julgados entre si e ou com a evidencia material do facto, formulados por BORSANI e CASORATI, e o principio da desconveniencia da condemnação com um facto averi-

¹ Jor. e log. citt.

² GIURATI, ob. cit., pagg. 258 e 259.

guado, como o *alibi*, não são já bastante amplos para approximar, quasi confundir, o systema casuistico do systema generalizador da revisão? É ainda a marcha inconsciente para a verdade.

O quadro que descrevemos tem o merito de mostrar como é escorregadio o terreno em que se movem os casuistas. ORANO conheceu bem que o terreno lhe fugia debaixo dos pés, porisso que, depois de enumerar casos e casos de revisão, termina por estas sensatas considerações: «Notamos como nos codigos austriaco e allemão não só se enumeram muitos casos especiaes de revisão, mas se estabelece tambem o reexame dum processo, quando, em geral, são apresentados novos factos e novas deducções scientificas sufficientes para demonstrar a innocencia total ou parcial do condemnado. Já o dissemos e gostamos de o repetir, parece digno de ser imitado pelo legislador italiano o exemplo dos povos germanicos»¹.

ORANO sentiu bem o peso da verdade expressa por AMBROSOLI—que as casuisticas são sempre incompletas², reconheceu a justiça do principio enunciado por FERRI—que os processos penaes devem sujeitar-se á revisão sempre que se demonstre que a sentença é *evidentemente* errada³, e viu a razão destas palavras de GIURATI: «Na linguagem legal, as excepções, quando numerosas, tornam-se regra, já não podem codificar-se em fórmula taxativa. O melhor é aceitar desde logo o systema das leis germanicas, isto é, admittir que, sem-

¹ Ob. cit., pagg. 83, 84, 151 e 152.

² *Monitore* cit., pag. 649.

³ Ob. cit., pagg. 437 e 438.

pre que se descubra um documento novo ou appareçam novos indicios da innocencia do condemnado, tenha este a faculdade de pedir a revisão»¹.

É que aqui já ha um criterio capaz de satisfazer as exigencias do espirito relativamente á reparação do erro judiciario. A generalização do processo revisorio tem a vantagem de respeitar o aleatorio e o imprevisto, que tantas surpresas offerecem nas variadissimas conjecturas da vida real da humanidade, sempre impossivel de ser apertada dentro dum circulo legal, por mais amplo que elle seja.

Tudo leva a crer, portanto, que tambem a Italia reconhecerá dentro em pouco o systema generalizador da revisão.

Na Hespanha, onde foi egualmente accete o systema francês, dá-se da mesma sorte uma serie de factos, que encerram, porventura, a elaboração duma tendencia analogá á da França e da Italia.

O país visinho tem seguido, no que respeita ás instituições judicarias, uma evolução parallela á dos demais povos continentaes. Até quasi ao meiado deste seculo vigorava ahi a anachronica e barbara lei das *Partidas*². Todos os absurdos, diz PACHECO, todas as crueldades que distinguiam a nossa legislação criminal de ha seis seculos, todos têm chegado, na sua inteira crueza, até ao seculo actual»³. Porisso, para temperar o excessivo rigor da lei e por alguma fórma a adequar

¹ Ob. cit., pag. 259.

² DORADO — *Problemas penaes*, pag. 20.

³ *El código penal concordado e commentado*, tomo I, pag. 44.

às novas condições sociaes, foi concedida aos tribunaes a faculdade de a modificar convenientemente ¹. E, segundo confessam os penalistas hespanhoes, o arbitrio judicial representou um verdadeiro progresso, emquanto veio suavizar a dureza sanguinaria da lei penal ².

Todavia, contra o systema do arbitrio judicial levantou-se o movimento liberal do fim do seculo passado e do principio do actual, procurando, por meio da codificação, coarctar o mais possivel a liberdade dos tribunaes, em obediencia á então valiosa maxima de BACON—*optima lex quae minimum arbitrii judici relinquit* ³. A esta corrente limitativa do arbitrio judicial obedeceram as leis de processo criminal, imitando da legislação francesa o systema casuistico sobre a revisão.

É, porém, certo que na mesma Hespanha vae apparecendo e ganhando força uma contracorrente no sentido de conceder aos tribunaes criminaes a liberdade de acção sufficiente para harmonizar a funcção da penalidade com as exigencias da vida social. «Ha tempos, escreve JERONYMO VIDA, que o movimento de reacção contra o arbitrio dos tribunaes vae perdendo força nos povos cultos, que se reconheceu como absurda a pretensão de encerrar no estreito molde dos artigos duma lei a infinita variedade e riqueza da vida, que se viu que a melhor garantia contra a injustiça dos que mandam e dos que obedecem não póde encontrar-se nas

¹ PACHECO, ob. cit., pag. 45; DORADO, ob. cit., pag. 21.

² PACHECO, ob. e log. citt.; DORADO, ob. cit., pag. 22.

³ DORADO, ob. cit., pag. 49.

disposições dos corpos legaes, por si mesmos inefficazes e inuteis, mas na moralidade interna, no sentimento do dever e no amor á justiça, sem os quaes são letra morta todas as leis e todas as garantias externas... »¹. E que a contra-corrente é intensa mostram-no evidentemente os trabalhos de PEDRO DORADO, que leva o movimento arbitrista até ás suas ultimas consequencias. O arrojado professor da universidade de Salamanca, conhecedor profundo da grande renovação jurídica do nosso tempo, apostoliza, em nome da nova orientação dos estudos penaes, o mais amplo arbitrio judicial, chegando a prever a possibilidade, se não a necessidade, do desaparecimento dos codigos penaes e do processo criminal, para libertar os tribunaes de toda a escravidão legal². E as suas idéas conduziram-no naturalmente a affirmar, o que nos interessa directamente, que a reabertura dos processos crimes deve ser possível sempre que o exija o exercicio da função penal, que, por ser *preventiva, educadora, boa*, repelle todos os obstaculos que lhe estorvem o desinvolvimento, devendo as sentenças ser rectificadas sempre que se demonstre que estão erradas³.

É positivo, pois, que se opera na Hespanha a elaboração duma tendencia contraria ao systema vigente em materia de revisão. E ha ainda a ponderar que se lá se não sente por emquanto a urgencia duma reforma é porque a revisão *pro reo* se encontra em grande

¹ *El proyecto de codigo penal* (de SILVELLA). Madrid, 1885, pag. 78.

² Ob. cit., pagg. 150 e segg.; *Problemas juridicos*, pag. 53.

³ *Problemas penaes*, pagg. 275 e segg. e pag. 372, nota 1.^a

parte deslocada no uso e abuso da graça¹ e a revisão *pro societate* ainda não pôde vencer as resistencias individualistas do classicismo penal. Quando, porisso, a graça fôr considerada como uma instituição anachronica e o reexame das sentenças absolutórias como elemento necessario da integração individuo-social, a Hespanha remodelará por certo a sua legislação judiciaria no sentido do reconhecimento generico da revisão, tanto a favor como contra o acusado.

Outros povos, como a Allemanha, a Suissa, a Belgica e Portugal, relativamente á revisão *pro reo*, e a Austria, quando ás duas especies de revisão, já abraçaram, como a França, o systema generalizador.

Em ultima analyse, a generalização da revisão a todos os casos de erro judiciario, como um facto consummado ou como uma tendencia de realização mais ou menos proxima, domina incontestavelmente o espirito contemporaneo.

Verificada, como está, a existencia duma poderosissima corrente favoravel ao reconhecimento generico da revisão, deverá dar-se-lhe largas como a um principio socialmente benefico ou cortar-lhe o movimento como a um factor de perturbação? A questão é grave como empiricamente o dá a intender a auctoridade dos numerosos escriptores que ainda appoiam o systema casuistico e a pertinaz perseverança com que algumas legislações o têm conservado, pelo que nos

¹ D. EMILIO BRAVO — *La gracia de indulto*, pagg. 1 a 22 e 96 a 193; D. CONCEPCIÓN ARENAL — *Obras completas*, tomo XII, pagg. 58, 59 e 71 e segg.

impende o dever de determinar a sua melhor solução no estado actual das sciencias penaes.

Em principio ninguem contestará que a pena é para o criminoso e só para elle e na medida exigida pelas necessidades sociaes e, portanto, ninguem porá duvida em confessar a justiça de destruir e reparar o erro duma sentença condemnatoria ou absolutoria, que sacrifique os direitos do individuo ou o interesse da collectividade. Todos vêem um valor sempre relativo, e não um duplicado ficticio da verdade absoluta, no producto ritologico que se chama caso julgado e todos reconhecem a possibilidade da injustiça e a conveniencia theorica de a remediar em todos os casos. Julgados intangiveis e inalteraveis, por encerrarem resoluções infalliveis dos tribunaes ou para salvar exclusivamente algum dos principios *pro reo* ou *pro societate*, não os tolera o estado presente da evolução juridica. Como productos dum trabalho mental sujeito a erro, são discutiveis e criticaveis, e, como meio pratico de concretizar singularmente o principio da coordenação individuo-social, são susceptiveis de rectificação ¹.

Mas se a plausibilidade theorica do reconhecimento generico da revisão não é nem pôde ser seriamente contestado por algum escriptor moderno, os perigos e difficuldades de realização intimidam muitos e sustentam a corrente casuistica ².

Recêa-se em primeiro lugar abalar a auctoridade do caso julgado, cujo destino scientifico, dizem, consiste em impedir o prolongamento indefinido dos litigios,

¹ SANCIPRIANI, ob. cit., pagg. 163 a 166.

² FRIZZI — *Monitore* cit., pag. 410.

salvaguardar a ordem das familias, fixar os direitos do individuo, restabelecer a harmonia na sociedade, etc., e ao qual a sabedoria classica concedeu os foros de verdade¹. Este receio, porém, não passa duma puerilidade baseada num triplice equivoco sobre a natureza do caso julgado, sobre a sua verdadeira função social e sobre a proveniencia da sua auctoridade. O julgado não é a certeza indestructivel, mas uma presumpção illidivel com a prova da sua desharmonia com a verdade juridica. Deve considerar-se como a expressão da verdade, mas só emquanto se não demonstre a sua fallacia. «O julgado, diz ORANO, não é, nem deve ser, em materia de condemnações penaes (e porque não em materia de absolvições?) mais que uma sentença que tem o seu alcance juridico emquanto se não puder impugnar a sua justiça, mostrando que é erroneo o seu fundamento e falso o facto sobre que se baseou. Tem a virtude de obrigar até que se prove que não foi conforme á verdade e que, em vez de dar a satisfação exigida pela consciencia publica, creou um novo alarme e levou a desordem e a perturbação ao espirito dos cidadãos honestos, ficando então enfraquecido e perdendo todo o valor, pois nada ha mais absurdo nem que mais desacredite a justiça, do que a necessidade de impôr como um axioma judiciario o que o publico não pôde respeitar por ser contrario á verdade»². A função do julgado, mais que na exegese subtil da

¹ TUOZZI, ob. cit., pag. 55; BORSONI e CASORATI, ob. cit., pag. 471; GAROFALO — *Scuola positiva*, 1893, pag. 98; SANCIPRIANI, ob. cit., pag. 164.

² Ob. cit., pagg. 79 e 80.

formula abstracta chamada lei, consiste na interpretação positiva e na compreensão viva do facto como revelação directa da realidade social, donde a inconsistência jurídica de toda a sentença que, em vez de estar em harmonia com o facto, apparecer em contradicção com elle. Do facto e só do facto deve nascer o direito, *ex facto oritur jus*. Finalmente, a auctoridade do julgado ou não tem significação alguma ou deve emanar da sua bondade e justiça intrinsecas. Uma auctoridade externa, formal, fundada simplesmente na decisão dum tribunal, que tanto pôde traduzir a verdade como sancionar o erro, já se não comprehende neste tempo que rejeita todas as ficções. Uma auctoridade assim seria uma superstição perniciosa, uma sobrevivencia da idade symbolica do direito, representativa «do sentimento primitivo de medo do symbolo do commando, que se procurava guardar com precisão, sob pena de cair no desagrado do soberano»¹, e portanto um anachronismo no direito moderno que se torna urgente eliminar.

Depois do receio de abalar a auctoridade do julgado, vem o medo de provocar o abuso nos pedidos de revisão, o qual não só perturbaria a economia da justiça, pelo recurso ao remedio revisorio mesmo quando não houvesse sombra de erro no julgado², mas ainda desinvolveria a *litigiosidade*, que é considerada por alguns escriptores como uma *criminalidade larvada*³. O pri-

¹ SANCIPRIANI, ob. cit., pag. 166.

² *Monitore* cit., pagg. 410 e 411.

³ As relações entre a litigiosidade e a criminalidade foram ultimamente estudadas por ALIMENA, o qual observou que «as regiões mais criminosas são tambem as mais litigiosas» e con-

meiro inconveniente apontado é real, sem que, contudo, possa constituir uma objecção seria. Uma instituição de utilidade reconhecida não é condemnavel só porque pôde dar logar a um ou outro abuso, devendo, embora, ser acompanhada de correctivos, que a façam funcionar regularmente. Se pretendessemos banir tudo que é susceptível de defeitos, chegaríamos, fatalmente, como notava um distincto orador contemporaneo, ao nihilismo na natureza e na humanidade. O correctivo, pois, e não a eliminação, é o que deve aconselhar-se em face dos abusos nos pedidos de revisão, a que pôde conduzir o seu reconhecimento generico. E qual ha de ser esse correctivo? O que já se encontra em muitas

cluiu que o espirito causidico é muitas vezes o representante duma *criminalidade larvada* e pelo prof. FERROGLIO que, entre outras, apresentou as seguintes conclusões:

a) — Que ha analogia e relação entre as causas que determinam a litigiosidade e a criminalidade e isto tanto em relação á pequena e grande litigiosidade como á leve e grave criminalidade;

b) — Que tanto a pequena litigiosidade como a criminalidade menos grave têm um movimento ascendente bastante intenso;

c) — Que a grande litigiosidade e a criminalidade mais grave, principalmente a determinada por paixões e não por causas de indole economica, tendem a diminuir;

d) — Que, pelo que respeita á Italia, as regiões que têm uma litigiosidade mais intensa, tem de ordinario uma intensidade tambem maior na criminalidade (ALIMENA — *Critica sociale*, anno II, *Il disagio economico e la criminalista e I limiti e i modificatori* etc., tomo I, pagg. 377 e segg.; FERROGLIO — *Critica sociale*, anno III, fasc. x, *Litigiosità e criminalità*; CARLO LESSONA — *I doveri sociale de diritto giudiziario civile*. Torino, 1897, pag. 8, nota 1.^a).

legislações modernas, não dar viabilidade a todo e qualquer pedido de revisão, mas só aquelles que venham acompanhados de dados sufficientes para mostrar a necessidade do novo processo, sujeitando-os, para tal effeito, a um juizo preliminar, revestido de garantias especiaes ¹. O segundo inconveniente só em parte é real e ahí de facil remedio. A litigiosidade, longe de ser sempre uma especie de criminalidade larvada, como pretende LESSONA ², póde muitas vezes representar o indicio duma alta virtude dos povos, que, consciante ou inconscientemente, luctam pelo direito contra a injustiça. O litigio póde muito bem representar uma particularização da lucta pelo direito, que VON IHERING considera da natureza do mesmo direito, um dever da pessoa para comsigo mesmo e para com a communi-
dade, a poesia do character, o perenne trabalho do direito, etc. ³, e que D'AGUÀNNO transforma numa lei da evolução juridica ⁴. Defender o proprio direito constitue, de facto, uma necessidade de conservação individual e social e esta defesa, no estado de civilização, não deve fazer-se braço a braço ou canhão a canhão, mas no tribunal por meio dum litigio serenamente instruido e imparcialmente resolvido. Não contestamos que o litigio possa tambem representar o producto dum espirito causidico de natureza pathologica. Em taes condições constitue, sem duvida, um crime de character especial, contra o qual deve exercer-se a dupla

¹ FRIZZI — *Monitore* cit., pagg. 410 e 411; ORANO, ob. cit., pag. 81.

² Ob. cit., pag. 8.

³ *La lotta pel diritto*, pagg. 131, 150 e segg., 173 e 236.

⁴ *Genesi e l'evoluzione del diritto civile*, pagg. 123 a 126.

função de prevenção e de repressão. Previne-se, organizando os juízos e os processos por fôrma a tornar apenas viáveis as petições fundamentadas e ameaçando com penas adequadas os litigantes em que se reconhecer aquella modalidde criminosa, e reprime-se, punindo todos os que instaurem ou favoreçam causas reconhecidamente infundadas. Consciente ou inconscientemente, os legisladores têm-se aproximado deste principio, impondo multas aos litigantes vencidos ¹ ou, mais racionalmente, aos litigantes de má fé ² e castigando os auctores de querelas, queixas, participações ou denuncias calumniosas ³.

Teme-se, por fim, e este temor constitue uma objecção mais seria, o alargamento do arbitrio judicial produzido pela implantação do systema generalizador. Os escriptores casuistas vêem neste alargamento um perigo e um retrocesso. Um perigo, por deixar na plena dependencia dos tribunaes os direitos do individuo e os interesses da sociedade ligados aos julgados em materia criminal ⁴; um retrocesso, pois tendo existido antigamente no fôro penal o arbitrio dos tribunaes, procurou limita-lo o mais possivel o extraordinario movimento codificador deste seculo, limitação que tem sido considerada como um aperfeiçoamento ⁵.

A objecção é de importancia e, porisso, permittir-nos-emos algum desinvolvimento na sua resolução,

¹ *Ihering*, ob. cit., pagg. 155 e 156; *N. R. J.*, pag. 828; *Cod. proc. civ.*, artt. 150.º e 211.º

² *Cod. cit.*, art. 126.º

³ *Cod. penal*, artt. 244.º e 245.º

⁴ *TUOZZI*, ob. cit., pag. 55.

⁵ *DORADO*, ob. cit., pag. 224, nota 2.ª

mostrando que o incremento do arbitrio judicial corresponde ao estado actual da sciencia juridica e ás tendencias das legislações e que, conjugado com uma reforma judicial organica, complexa, e não unilateral, representa um principio benefico e progressivo.

O direito, como força especifica da coexistencia e da cooperação social, participa do *perpetuum mobile* da historia universal¹, obedece á lei da variabilidade, que, inherente a todos os seres organizados, manifesta um crescendo caracteristico de intensidade na vida das sociedades², e soffre a acção da infinidade de situações creadas pela complexidade extrema e interdependencia organica de todos os phenomenos sociaes. «O justo, diz um escriptor distincto, não é o inflexivel, o absolutamente egual, o rigido; não um molde duro a que possam sujeitar-se voluntariamente ou por força *todas* as situações, por mais variadas e diversas que ellas sejam, mas é, pelo contrario, o adequado, o conveniente, o adaptavel a *cada* situação particular em vista das circumstancias de que a mesma se encontra revestida»³.

Sendo assim, quem deverá interpretar e apreciar tal diversidade de situações? O legislador formulando casuisticas immensas dentro das quaes devam mover-se todos os julgadores ou os mesmos julgadores mediante a analyse minuciosa de cada caso concreto em si mesmo

¹ MAX NORDAU — *Paradoxes sociologiques*. Trad. de AUGUSTE DIETRICH. Paris, 1897, pag. 176.

² DE GREEF — *Le transformisme sociale*. Paris, 1895, pagg. 307 e segg.

³ DORADO, ob. cit., pag. 78.

e nas suas relações com outros factos anteriores ou simultaneos, limitando-se o legislador a estabelecer regras geraes, que facilitem e orientem, mas nunca estorvem ou acorrentem, a actividade funcional dos tribunaes? A resposta não é duvidosa. O legislador lucha com a impossibilidade absoluta de prever todas as modalidades que póde offerecer a manifestação do direito na sociedade. As casuisticas legislativas serão sempre incompletas, sempre empiricas e nunca scientificas. A lei não póde passar dum preceito de character geral, cumprindo á judicatura *continua-lo, integra-lo e adapta-lo* ás diversissimas hypotheses praticas. E este é o unico processo de relacionar e coordenar scientificamente a função legislativa com a função judiciaria¹. Ora um tal trabalho de integração e de adaptação do preceito legislativo pende duma condição fundamental, essencialissima, sem a qual é impossivel ao organismo judiciario funcionar com efficaz regularidade — é o reconhecimento amplo do arbitrio dos tribunaes.

A realização desta condição infere-a MAJORANA da evolução parallela dos poderes legislativo e judiciario e preparam-na evidentemente as tendencias e aspirações do direito moderno.

O illustre professor da Universidade de Catania, depois de notar uma serie de oscillações historicas entre o imperio das leis e o arbitrio dos tribunaes, encontrou dados para prever o progressivo crescimento deste e formular esta importantissima lei: «a evolução con-

¹ MORTARA — *Ordinamento giudiziario*, pagg. 21 e segg.

duzirá a magistratura a uma maior latitude na qualificação do facto e, portanto, na applicação do direito»¹.

Com esta lei concordam as tendencias e aspirações do direito moderno, scientifico ou legislado, pois a consideração da resolução judicial como uma *lei* adequada², a defesa do alargamento da chamada jurisdição voluntaria³, a ampliação de juizo arbitral na resolução das questões sobre relações juridicas patrimoniaes⁴, principalmente no campo da legislação *social*⁵, a individualização das penas nos juizos criminaes⁶, a consideração dos motivos de oportunidade⁷, etc., levam fatalmente ao alargamento do arbitrio dos tribunaes.

E, se particularizarmos as mesmas tendencias e aspirações ao direito e processo criminal, como principalmente nos interessa, a mesma conclusão se contem evidentemente no movimento doutrinal e legislativo deste seculo.

Em reacção contra o velho systema das *penas arbi-*

¹ *Teoria sociologica della costituzione politica*. Torino, 1894, pagg. 207 e segg. e 219.

² DORADO, ob. cit., pag. 221.

³ MAJORANA, ob. cit., pag. 220.

⁴ Auct. e ob. citt., pag. 222.

⁵ GIBON — *Les conseils d'usine*. Paris, 1895; MAURICE ANSIAUX — *Heures de travail et salaire*. Paris, 1896, pagg. 281 e segg.; CARLO LESSONA, ob. cit., pagg. 51 e segg.; MAJORANA, ob. cit., pag. 220; etc.

⁶ *Actas do congresso de Bruxellas*, pagg. 64, 173, 191, 284, 408, 409, 417, 421 e 442.

⁷ MENGER — *Il diritto civile e il proletariato*. Trad. de GIUSEPPE OBEROSLER, pagg. 18 a 20.

*trarias*¹, levantou-se no seculo passado a corrente renovadora do direito penal negando absolutamente aos tribunaes a faculdade de interpretar a lei e de graduar a pena. Assim o fez BECCARIA, o grande patriarcha do classicismo penal², procedendo em harmonia com as suas idéas o código penal francês de 1891, que determinou dum modo taxativo as penas que os juizes deviam applicar em cada caso particular³. Todavia, o espirito anti-arbitrista foi afrouxando á medida que se afastava a causa historica que o havia provocado, os criminalistas começaram a pedir alguma liberdade na gradação judicial das penas e o código de 1810, que serviu de modelo a muitos dos publicados posteriormente nos differentes países, já concedeu aos tribunaes a faculdade de attender ás circumstancias que acompanhassem o delicto, derivando, em geral, para o systema das penas variaveis entre um maximo e um minimo legaes. O movimento continuou. Pareceu muito circumscrever os juizes dentro de taes limites, pelo que sustentaram alguns escriptores, como SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA⁴, que só era justo fixar o maximo da pena, afim de acautelar a liberdade individual, doutrina hoje legalizada pelo código penal hollandês⁵. Mas não ficou por ahi a corrente arbitrista. Muitos criminalistas, mormente da escola positiva⁶, pedem e

¹ GARRAUD, ob. cit., pag. 302.

² *Dei delitti e delle pene*, cap. IV.

³ DORADO, ob. cit., pag. 111.

⁴ Supra, pagg. 157 e 158.

⁵ DORADO, ob. cit., pag. 112.

⁶ FERRI, ob. cit., pag. 463; PINSERO — *Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale*. Palermo, 1892, pag. 249; FLORIAN — *Scuola positiva*, 1894, pagg. 503 e segg.; etc.

insistem para que os codigos penaes se limitem a poucas linhas geraes, dentro das quaes os julgadores possam mover-se com plena liberdade¹. Por fim escriptores ha que chegam ao extremo de prever a possibilidade do desaparecimento dos codigos penaes. A questão deste desaparecimento possivel preoccupa seriamente VON LISZT² e como sabemos é resolvida affirmativamente por PEDRO DORADO³. Ora a simplificação ou a suppressão dos codigos penaes suppõe necessariamente o alargamento do arbitrio dos tribunaes.

No processo criminal a tendencia é egualmente visivel. Poucas palavras bastam para o mostrar. Antes

¹ Sobre este ponto é notavel o que, já nos meados deste seculo, sustentava um escriptor nosso — JOSÉ JOAQUIM DE SANT'ANNA. No seu entender, o legislador do processo criminal, para obter a proporção entre o delicto e a pena, deveria incumbir o jury de declarar a qualidade e a quantidade da pena a impôr ao reo, depois de lhe serem presentes todas as circumstancias que pudessem e devessem influir na decisão e, porisso, o codigo penal deveria limitar-se a dois catalogos, um de delictos e outro de penas, e a um só artigo no qual o legislador dissesse que todo o individuo que commettesse qualquer dos delictos enumerados no primeiro catalogo seria obrigado a indemnizar a parte offendida e a soffrer dentre as penas indicadas no segundo aquella que em qualidade e quantidade fosse mais proporcionada ao delicto, attenta a gravidade do mesmo, a culpabilidade do reo e suas particulares circumstancias, tudo isto segundo o juizo dos jurados. Vid. *Theoria do processo judicial*, §§ 87.º e 89.º Às idéas de SANT'ANNA foram refutadas por FRANCISCO REBELLO DA COSTA numa dissertação academica publicada em 1854 (Coimbra).

² *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*, tomo IV, pag. 133.

³ *Supra*, pag. 269 e notas.

de tudo a substituição dos codigos penaes casuisticos por outros de regras geraes, o que começa notar-se nos codigos italiano e hollandês e nos projectos suisso e austriaco ¹, leva impescindivelmente a reconhecer aos juizes criminaes amplissimas facultades de individualização dos meios repressivos. Depois, que significa a grande transformação das provas leaes na prova moral e o principio geralmente reconhecido de que o systema probatorio deve ser illimitado tanto no que respeita á quantidade como á qualidade dos meios de investigação judiciaria ²? Significa que o legislador abandonou a pretensão exagerada de systematizar *á priori* a certeza judiciaria e de crear como que uma consciencia artificial para os magistrados, significa a impossibilidade de predeterminar a natureza e o numero das provas, significa, em summa, a superioridade do juizo prudencial sobre o principio da inflexibilidade dos julgadores ³. Por ultimo, os novos criterios propostos para orientarem o exercicio efficaz da função repressiva, taes como o character preventivo da penalidade, a relação do delicto com os seus factores determinantes, a concretização da pena em harmonia com a capacidade criminosa do delinquente, etc., e as novas instituições creadas á luz dos mesmos criterios, como a condemnação e a liberdade condicional, a sentença indeterminada, a substituição das penas deten-

¹ DORADO, ob. cit., pag. 156, nota, 2.^a

² BERENINE — *I limite delle prove*.

³ Sr. NAVARRO DE PAIVA — *Tratado theorico e pratico das provas no processo criminal*, n.^{os} 46, 322 a 325, 335, 418, 419, 420 e 440.

tivas de curta duração etc., mostram claramente que vae ganhando terreno na doutrina e nas legislações o systema do arbitrio judicial ¹.

É, pois, um facto averiguado a tendencia para o alargamento progressivo do poder de apreciação dos tribunaes. Deverá promover-se a sua realização ou convirá demora-la, senão suste-la, em razão das difficuldades de que ella vem revestir a missão dos julgadores e da grande possibilidade de abusos a que se presta? Defendemos o primeiro termo desta alternativa. Além de incomparavelmente maiores, porque absolutamente invenciveis, as difficuldades com que depara o legislador para fixar o que deverá fazer-se em qualquer momento da vida, aquellas de que, com o systema arbitrista, fica cercada a função judicial, aplanam-se exigindo aos magistrados uma solida preparação scientifica, por fórma que o arbitrio de que venham a gosar seja um arbitrio intelligente e illustrado ². E os abusos, além de sempre possiveis, por mais que se acorrente legalmente a liberdade dos juizes, acautelam-se com a responsabilidade judicial, practica e effectiva e não simplesmente escripta nos codigos, e com a responsabilidade do estado, tambem practica e effectiva, pelos erros, concussões, venalidades e faltas de todo o genero commettidos pelos juizes. Estas duas especies de responsabilidade terão a grande virtude preventiva, assim descripta por DORADO: «Quando o estado fôr obrigado a resarcir os damnos causados por seus funcionarios ignorantes, ineptos ou mal intencio-

¹ DORADO, ob. cit., pagg. 43 e segg.

² DORADO, ob. cit., pag. 224.

nados, porá mais cuidado, do que hoje põe, na sua designação e, por seu lado, os funcionarios que chegarem a convencer-se de que a falsificação, o suborno, a venalidade, a ignorancia, a má fé, emfim, o não cumprimento das suas obrigações, farão pesar sobre elles uma rigorosa responsabilidade, procurarão desempenhar o seu cargo com a honradez, moralidade, competencia e rectidão necessarias»¹.

E afastada a incompetencia por uma educação conveniente da magistratura e prevenido o abuso pela dupla responsabilidade judicial e do estado, o arbitrio dos tribunaes representa um principio benefico, porque conduz ao seu estado normal a função judiciaria e um principio progressivo, que condicionado como deve se-lo, é bem differente do velho arbitrio judicial, a que melhor cabe o nome de *arbitrariedade*. Dá-se um simples regresso apparente².

Em face de tudo o que deixamos dicto, não temos duvida alguma em concluir com o sr. JULIO DE VILHENA, generalizando, comtudo, as suas palavras á revisão dos julgados absolutorios: «Entre o systema de fixar os casos em que póde ter logar a revisão e o de a admittir genericamente sempre que occurram circumstancias que possam justificar a improcedencia da accusação ou a iniquidade da absolvição, eu não he-

¹ *Problemas juridicos*, pag. 63. Conf. *Problemas penaes*, pagg. 46 e segg. e 217 e segg.

² GREEF — *Transformisme sociale*, pagg. 473 e segg.; FERRI, ob. cit., pagg. 307 e 308 e *Scuola positiva*, 1893, pag. 744; GRASSERIE — *Revue internationale de sociologie*, 1895, pagg. 717 e segg.; DORADO — *Problemas penaes*, pag. 224, nota 2.^a

sito, porque, por mais completo que seja o inventario desses casos, é impossivel ao legislador não deixar escapar algum em que o reo possa ter sido injustamente condemnado»¹ ou iniquamente absolvido.

Com a questão fundamental que acabamos de tratar anda ligada uma questão secundaria de facil solução. Consiste em determinar se, admittido o systema generalizador, deverá estabelecer-se uma unica fórmula comprehensiva de todos os casos de erros judiciaes ou proceder-se em harmonia com as legislações que fazem uma enumeração exemplificativa de hypotheses de revisão e a completam com um preceito generico para as hypotheses imprevistas. A primeira opinião é seguida por BORSANI e CASORATI, segundo se deixa ver da critica por elles feita ao methodo adoptado pelos codigos allemão e austriaco. Dizem elles: «Consideramos, emfim, inconsequente aquelle systema, porque em face da maxima geral que admitte a revisão por qualquer facto novo ou meio de prova, torna-se superflua a determinação de todos os outros casos que, segundo os referidos codigos, legitimam a revisão, os quaes se comprehendem já na mesma maxima»². ORANO, ao contrario, applaude o systema da enumeração exemplificativa seguida duma fórmula generica, pela razão de que esta, por virtude do seu character vago, póde, em certos casos, auctorizar os juizes a capacitar-se de que se não comprehende nella alguma hypothese especial,

¹ *Diario* cit., 1883, pag. 1885. Conf. Sr. DR. ANTONIO HENRIQUES DA SILVA — *Theses ex universo jure*, pagg. 20 e 21.

² *Ob. cit.*, n.º 2175.

perigo attenuado pelos codigos allemão e austriaco ¹. Confessando a pequenissima importancia da questão, decidimo-nos pela adopção exclusiva duma fórmula generica que possa abranger todos os casos de erros judiciarios. Nem nos demove a razão adduzida por ORANO, pois, desde o momento em que a fórmula seja realmente ampla e adaptavel a quaesquer circumstancias demonstrativas dum erro judiciario, não achamos possivel que o juiz recuse um pedido de revisão pelo facto de a mesma fórmula o não abranger.

b) Sob o aspecto da qualidade da infracção, o nosso instituto tem seguido tambem um processo evolutivo de progressiva generalização.

O codigo francês de 1808 estava redigido em termos taes que, na sua maior parte, os jurisconsultos ensinavam que a revisão era sómente applicavel ás condemnações criminaes. Assim o intendiam LEGRAVERAND, CARNOT, BOURGNIGNON, DALLOZ e MORIN ², e assim parece natural, attentas as circumstancias em que aquelle codigo admittiu a revisão. Os seus redactores, se reprovaram a reforma abolicionista da nacional, da constituinte e do directorio e continuaram, ampliando-a, a obra da Convenção, fizeram-no vacillantes entre a necessidade de reparar os erros da justiça e o temor de affectar o respeito devido aos orgãos da lei e aos arestos dos tribunaes. As mesmas razões que os levaram a reduzir a tres os casos de revisão, não teriam força para, logicamente, os determinar a restringi-la

¹ Ob. cit., pagg. 152 e 153.

² BONNEVILLE, ob. cit., tomo II, pag. 554, nota 1.^a

às condemnações mais graves, às que applicassem uma pena infamante, áquellas cuja injustiça se tornava mais revoltante? Mas, legal ou interpretativamente, predominava a corrente limitativa.

Á medida, porém, que o tempo foi passando, também os espiritos se foram convencendo da injustiça da lei ou da interpretação, começando a doutrina e a jurisprudencia a formar uma corrente latitudinaria e a preparar uma reforma legislativa que viesse consagra-la. BOITARD ¹, TRÉBUTIEN ¹, HAUS ², HÉLIE ³ e BONNEVILLE ⁴ sustentaram que o recurso de revisão podia ter logar contra os julgados correccionaes, assim o decidiu o tribunal de cassação francês nos arestos de 20 de janeiro de 1831, 30 de dezembro de 1842, 1 de setembro de 1843, 10 de maio de 1850 e 25 de abril de 1851 e o tribunal de cassação de Bruxellas no aresto de 11 de novembro de 1861, applicando o art. 443.º do codigo de instrucção criminal belga, artigo litteralmente copiado do artigo correspondente do codigo francês ⁵ e assim o decretou finalmente a lei de 5 de julho de 1857.

Daccordo, primeiro com a corrente latitudinaria e depois com a lei de 67 foram todas as legislações modernas. Sirvam de exemplo o codigo napolitano de 1819 ⁶, o codigo sardo de 1859 convertido no codigo

¹ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 557.

² Supra, pag. 82, nota 6.^a

³ Ob. cit., tomo IX, pag. 522.

⁴ Ob. cit., pagg. 557 e 558.

⁵ HÉLIE, ob. cit., pagg. citt., nota 3.^a; BONNEVILLE, ob. cit., pag. 556.

⁶ TUOZZI, ob. cit., pag. 29.

italiano de 1866 ¹, o austriaco de 1873 ², o allemão de 1877 ³, o hespanhol de 1882 ⁴, a lei franceza de 1895 e a nossa lei de 1896 ⁵, que, ou porque fallam dum modo geral ou porque terminantemente o declaram, tornam a revisão extensiva aos julgados correccionaes.

Esta harmonia das legislações tem uma base scientifica tão evidente, que torna desnecessarias considerações largas para a justificar. Se se tracta de julgados condemnatorios, limitar a revisão aos chamados *criminaes*, constituiria «uma injustiça manifesta e flagrante desigualdade» ⁶, já porque «seria contrario a todos os principios de equidade que o innocentemente condemnado a pena correccional não tivesse meio algum de fazer reparar o erro e devesse encontrar-se numa condição mais desfavoravel do que aquelle a quem foi attribuido um crime mais grave» ⁷, já porque, sendo da natureza de todo o delicto violar a *confiança publica* ⁸ e, portanto, attrahir sobre o delinquente a *publica desconfiança*, é justo proceder á rehabilitação social do condemnado injustamente, tanto em beneficio seu como de sua familia, pois sobre ambos pesam as tristes consequencias do crime ⁹. Em vão appella o sr.

¹ Art. 693.º

² Artt. 353.º, 355.º e 356.º

³ Artt. 399.º e 402.º

⁴ Art. 954.º

⁵ Art. 2.º

⁶ Sr. MEDEIROS — *Estudos citt.*, pag. 89.

⁷ BORSANI e CASORATI, ob. cit., n.º 2177.

⁸ Sr. DR. HENRIQUES DA SILVA — *Contravention et delit*.
Coimbra, 1897, pagg. 14 e 15.

⁹ *Diario da camara dos senhores deputados*, sessão de 13 de julho de 1893, pagg. 8.

NAVARRO DE PAIVA, fortalecido pela auctoridade de ORTOLAN ¹ para a possibilidade de abusos, pois semelhante difficuldade ha muito que foi cortada por BONNEVILLE com a simples consideração de que o abuso tanto pôde existir em materia criminal como em materia correccional e tanto pôde ter logar no processo primitivo como no processo de revisão ². Se os julgados são absolutorios, a sua irretactabilidade, quando injustos, occasiona a reincidencia e abre, pelo habito, o caminho da pequena para a grande criminalidade ³, favorece a imitação, desperta a delinquencia latente, apresenta, em summa, todos os inconvenientes que apontamos ao discutir a questão geral da revisão dos processos ultimados por uma sentença absolutoria.

A unanimidade das legislações desapparece e a frouxa divergencia dos escriptores accentua-se, quando nos aproximamos das ultimas manifestações da criminalidade, ou seja, das infracções contravencionaes.

Os codigos francês ⁴ e italiano ⁵, por exemplo, recusam o recurso de revisão aos condemnados por contração e TUOZZI ⁶ e BORSANI e CASORATI ⁷ declaram que não os censuram por isso, antes os defendem, em attenção á tenuidade de taes infracções, á inferioridade do damno produzido pelo erro commettido na sua punição

¹ *Estudos juridicos*, pag. 159 e *Motivos do 3.º projecto*, pagg. 69 e 70.

² Ob. cit., pag. 555.

³ FERRI, ob. cit., pagg. 103, 104 e 656.

⁴ Art. 443.º

⁵ Artt. 688.º e 693.

⁶ Ob. cit., pag. 29.

⁷ Ob. e log. cit.

e á exclusão do concurso do dolo, que dá ao crime um character deshonroso e torna mais imperioso o remedio da revisão. «Quando se tracta de contravenções, dizem os illustres commentadores do codigo italiano, a necessidade de reparar o erro judiciario cede a outra grande urgencia social — a inviolabilidade do caso julgado».

Peio contrario, outras legislações não fazem restricção alguma, abrindo o recurso revisorio a todos os julgados e a seu lado não faltam escriptores que lhes venham em apoio ¹. E esta parece a solução mais acertada.

Em primeiro logar, no estado actual da sociologia criminal, em que se considera a funcção da pena como meramente preventiva, não póde estabelecer-se uma differença substancial e profunda, como em geral se affirma ², entre delicto e contravenção. Tanto um como a outra constituem acções anti-sociaes e anti-juridicas, sendo apenas de grao a sua distincção, como mostra FERRI na *Scuola positiva* de 1891 ³ e na *Sociologia criminal* ⁴ e como ultimamente o sustentou DORADO no VII congresso da *União internacional de direito penal*, celebrado em Lisboa nos dias 21, 22 e 23 de abril do anno corrente ⁵. Daqui já se infere que não é licito estabelecer uma distincção tão radical entre os julgados por delictos e os julgados por contravenções, como é a

¹ PASCAUD — *De l'indemnité a allouer aux individus indument condamnés ou poursuivis*. Paris, 1888, pag. 42.

² ALIMENA, ob. cit., tomo I, pagg. 489 e segg. e tomo II, pagg. 402 e segg.

³ Vol. I, pagg. 1 a 10.

⁴ Pag. 399.

⁵ *Scuola positiva*, 1897, pag. 320.

de não admittir a revisão destes ultimos quando evidentemente erradas e, portanto, a reparação da injustiça que elles encerrem.

Depois, nem ao injustamente condemnado por infracção contravencional é indifferente a revisão do julgado respectivo, «porque para pessoas dignas e honestas uma condemnação embora leve pôde significar uma afrontosa macula e uma mortificante tortura»¹, nem á sociedade deixa de interessar a reabertura dum processo contravencional ultimado por uma sentença absolutoria errada, pois nem lhe convem que o contraventor, pela reincidencia, vá de novo occasionar os perigos que a lei pretende evitar nem que a sua impunidade provoque a imitação dos moralmente fracos ou fomente a inquietação dos que podem soffrer com a contravenção.

Finalmente, desde que o direito moderno permite a revisão das sentenças meramente civis, não é muito que permitta tambem a das sentenças contravencionaes, as quaes podem causar um damno real ao individuo ou á sociedade. Nem a contravenção é tão exempta de dolo, como parece a BORSANI e CASORATI².

Em resumo, pois, intendemos que a revisão deve generalizar-se a todos os julgados penaes, seja qual fôr a qualidade da infracção³.

e) Resta determinar o destino da revisão depois da

¹ *Diario* e log. citt.

² ALLMENA, ob. cit., tomo I, pagg. 419 e segg. e 488 e segg.; tomo II, pag. 402; *Scuola positiva*, 1894, pag. 459; FERRI — *Scuola positiva e Sociologie criminelle*, logg. citt.

³ Sr. MEDEIROS — *Estudos* citt., pag. 90.

morte do innocente condemnado ou do eriminoso absolvido. Tentaremos determina-lo agora, considerando successivamente a revisão *pro reo* e a revisão *pro societate*.

1.º — Na constituição evolutiva da revisão foi-se elaborando progressivamente o principio da rehabilitação da memoria dos injustamente condemnados a ponto de hoje constituir um elemento da sua integração juridica em todas as legislações.

O decreto da Convenção começou a ceder á necessidade de subtrahir os vivos ao cumprimento das penas immerecidas, mas esqueceu por completo a necessidade de illibar a memoria dos mortos. Sentiu-a, porém, o legislador de 1808 e já admittiu a revisão, depois do fallecimento do condemnado, no caso de apparecer a pessoa julgada morta pelo supposto delinquente¹, não indo mais longe, por julgar dispensavel só em tal caso o debate oral, impossivel depois de morto o accusado². Foi reconhecida em breve a mesquinhez da lei, pelo que appareceram em 1822, 1836, 1851 e 1864 successivas propostas de ampliação até que a lei de 1867 permittiu a revisão nos mesmos casos, tanto antes como depois da morte do condemnado³.

O codigo italiano, promulgado depois do codigo de 1808 e antes da lei de 1867, foi mais amplo que o primeiro e mais acanhado que a segunda, consentindo a

¹ *Cod. inst. crim.*, art. 447.º

² F. HÉLIE, ob. cit., pagg. 526 e 527; BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 561 e 562.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 559 e segg.; BÉDARRIDE, ob. cit., pagg. 162 e segg.

revisão nos casos de apparecimento da pessoa julgada morta e de haver duas sentenças inconciliaveis, mas só quando tiver morrido apenas um dos condemnados ¹. É, todavia, certo que os criticos o acham insufficiente e sustentam o parallelismo dos casos de revisão a favor do condemnado vivo e do condemnado fallecido ², doutrina já abraçada pelo projecto CALENDÁ ³.

Nas demais legislações é mantido este parallelismo ⁴.

Entre nós a R. J. de 1837 e com ella a N. R. J. de 1841, assim como não imitaram do codigo francês o art. 444.º, assim tambem deixaram de emitir o art. 447.º, guardando profundo silencio sobre a reabilitação da memoria dos condemnados innocentes. Não tardou, comtudo, a levantar-se contra este silencio uma corrente em sentido contrario, que devia acabar por conseguir a consagração legislativa dum tão salutar principio de justiça e de moralidade. Em 1856 mostrou SILVA FERRÃO ⁵ a necessidade da reforma e em 1867 concedeu o codigo civil ⁶ aos herdeiros do condemnado o direito de haver reparação por perdas e danos, quando pelos meios legaes competentes se provar a injustiça da condemnação, meios legaes que, depois de a sentença ter passado em julgado, (e é tal a hypothese do codigo) só podiam consistir na revisão. Apesar disso,

¹ Art. 692.º

² TUOZZI, ob. cit., pag. 62; BORSANI e CASORATI, ob. cit., § 2174.º

³ Art. 17.º, § unico.

⁴ *Cod. hesp.*, art. 961; *Cod. aust.*, art. 354.º; *Cod. allem.*, art. 401; *Lei belga* de 1892; etc.

⁵ Ob. cit., tomo III, pagg. 242, 243 e 285 a 287.

⁶ Art. 2043.º

o sr. NAVARRO DE PAIVA, no seu projecto de 1874, não abandonou o caminho rotineiro da N. R. J. Ferido pela critica do sr. TAVARES DE MEDEIROS, que lhe fez ver como a solidariedade que liga todos os membros da familia *confunde com a dos vivos a honra dos mortos*, e, portanto, a estricta e irrefragavel justiça de, por meio da revisão, reclamar a innocencia destes¹, defendeu-se com a ingenua razão de que a lei fundamental do Estado estatue que a pena não passa do condemnado e que, porisso, não inquina a sua familia. Estava, porém, tão pouco convencido da sua doutrina que concordava logo em que «a memoria dos mortos é sempre respeitavel e que a familia não é nem deve ser indifferente ao bom nome e impolluta reputação dos seus membros ainda além do tumulo», declarando que não tinha reluctancia em lhe conceder a faculdade de requerer a revisão da sentença². Comtudo, o nosso auctor leva-nos de surpresa em surpresa. No projecto de 1882 nem um artigo sobre a rehabilitação da memoria dos condemnados innocentes, nem uma palavra, na exposição de motivos, para justificar a lacuna. Em 1886 cala-se no projecto, mas, nos motivos justifica-se por um modo verdadeiramente peregrino. Reconhece «toda a plausibilidade no direito que assiste aos herdeiros do *delinquente* de illibar a memoria deste, fortalecendo dest'arte os laços de familia» e logo depois intende «que deve limitar-se a concessão deste direito ao condemnado, *tanto mais quanto é certo que actualmente não existem penas perpetuas e irreparaveis, podendo a*

¹ *Estudos citt.*, pag. 95.

² *Estudos citt.*, pag. 160.

*familia auxilia-lo no processo de revisão»*¹. É extraordinario, nem que o condemnado não possa morrer antes de cumprir integralmente uma pena temporaria ou a sua innocencia descobrir-se depois da sua morte! As idéas do sr. NAVARRO DE PAIVA ficaram na sombra, como mereciam. Em 1883 mostrava o sr. JULIO DE VILHENA, com aquella superioridade de talento e illustração que todos lhe reconhecem, a utilidade, a justiça e a moralidade da revisão em beneficio dos condemnados fallecidos, ao mesmo tempo que lhe dava entrada no seu projecto², em 1884 era o mesmo principio formulado pelo sr. DR. HENRIQUES DA SILVA nas suas *Theses de Direito*³, em 1892 reconhecia-o o projecto BERNARDINO PINHEIRO⁴, em 1895 legalizou-o dictatorialmente o decreto de 27 de fevereiro⁵, approvando-o finalmente a lei de 3 de abril de 1896⁶.

Á custa de reiterados esforços, chegou assim o principio da revisão em favor dos condemnados fallecidos a dominar o espirito contemporaneo. Deverá receber da critica carta de naturalização definitiva nos dominios das sciencias penaes?

A marcha favoravel dos factos e o movimento conccorrente das idéas, que já de per si infundem respeito, devem obedecer a um conjuncto de causas, em cuja investigação e apreciação se encontrem elementos sufficientes para resolver o problema.

¹ *Motivos do 3.º projecto*, pag. 70.

² *Diario* cit., 1893, pagg. 1885 e 1801.

³ *Theses ex universo jure*, pagg. 20 e 21.

⁴ Art. 2.º, §§ 2.º e 3.º

⁵ Artt. 15.º e 16.º

⁶ Artt. 15.º e 16.º

A historia inteira e a observação universal coincidem na confirmação dum facto que desmente o character absoluto do principio materialista *mors omnia solvit*. Dos mortos fica-se sempre entre os vivos a memoria na qual se perpetuam as suas virtudes ou os seus vicios, fazendo com que elles «vivam na historia, cercados uns de gloria e do respeito da posteridade, que os engrandece, e amarrados outros ao poste do aviltamento onde cada geração que passa lhes imprime um vergão de ignominia»¹. Este laço moral, que prende a memoria dos mortos a existencia dos vivos, explica a revisão como acto de justiça posthuma, que apague da campa do condemnado o epitaphio do aviltamento. Desta fórma, o principio é racional, porque é humano.

Além de racional, é necessario e justissimo. Apesar de a revolução francesa ter proclamado o principio da individualidade das penas e de as constituições politicas e os codigos penaes estabelecerem que a pena não passa do delinquente², é indubitavel que os seus effeitos abrangem outras pessoas e principalmente a familia do condemnado. Deixando quaesquer considerações relativas aos credores ou protegidos do accusado³, analyse-se o reflexo da pena na familia, que é clarissimo. Produz ahi um triplice damno: 1.º—um *damno moral* inherente á deshonra da condemnação, porque sobre a familia pesam fatalmente as desgraças dos seus membros⁴; 2.º—um *damno material immediato*, enquanto

¹ Sr. MEDEIROS — *Estudos citt.*, pag. 95.

² *Cart. Const.*, art. 145.º, § 19.º; *Cod. penal*, artt. 28.º e 123.º

³ SILVA FERRÃO, ob. e vol. citt., pagg. 191 e 192.

⁴ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 566; Sr. MEDEIROS, ob. e log. cit.

as penas pecuniarias, a indemnização de perdas e danos e as custas judiciais saem do patrimonio do condemnado ou o oneram na sua transmissão para os herdeiros¹; 3.º — um *damno material mediato*, quando o condemnado era, pela sua força capitalizadora e pelo seu trabalho, o sustentaculo economico da familia². Pois bem, o direito de revisão em prol do condemnado já morto tem o justissimo destino de reparar, no que de reparação é possivel, o damno moral e material causado pela condemnação. Cerrem-se embora os ouvidos a todas as outras razões, mas escute-se a voz da familia, porque, falle o sr. JULIO DE VILHENA, «nada pôde haver mais defensavel perante a justiça social do que o facto dum filho pretender demonstrar a improcedencia da accusação que condemnou seu pae, e nada mais justo do que aceitar-lhe a demonstração, quando ella seja sufficiente para attestar a innocencia do fallecido»³.

A justiça do principio é tão clara que empallidece e offusca as timidas razões que lhe são oppostas. Debalde argumentará um DE PARIEU com o falso motivo de que não pôdem hoje rehabilitar-se memorias, com o futil pretexto da inadmissibilidade da revisão por ser impossivel abrir um debate oral por falta da presença do condemnado, com o vão receio de manchar o «caracter sagrado e irrefragavel do caso julgado» e com

¹ SILVA FERRÃO e BONNEVILLE, *obb. e logg. citt.*; *Cod. penal*, artt. 74.º, n.ºs 3 e 4 e 122.º, § 3.º; *Cod. civil*, artt. 2366.º e 2375.º

² Sr. JULIO de VILHENA — *Diario cit.*, pag. 1885.

³ *Diario e log. citt.*

a frivola difficuldade de verificar a reclamação dos representantes do fallecido, passado muito sobre a sua condemnação¹, e debalde tambem objectará um DE SERRE com a absorvente pretensão de sacrificar os direitos da familia a um mal intendido interesse social². Por cima dos seus frouxos arrazoados passa o clamor da justiça, pedindo a destruição da mancha que escurenta a memoria do morto e a reparação do damno causado áquelles a quem o ligavam os laços sacrosantos da familia, e bradando com o Shylok de Shakspeare:

I Stand for judgment.

2.º—O parallelismo que estabelecemos entre a revisão *pro reo* e a revisão *pro societate* e as considerações que acabamos de fazer, levam naturalmente o leitor a perguntar-nos se tambem defendemos aquelle parallelismo depois da morte do criminoso indevidamente absolvido. A nossa resposta é negativa. Illustremo-la.

Entre as causas extinctivas da acção criminal apontam todas as legislações a morte do criminoso. Como regra geral, já este principio era observado na antiguidade, como o testemunha claramente o direito romano³, donde passou para a velha e nova jurisprudencia europêa⁴ e para o nosso direito historico e

¹ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 561 a 568.

² Auct. e ob. citt., pagg. 567 e segg.

³ *L. ult. D. ad leg. Jul. majestat; Cod.*, liv. IX, tit. VI, *si reus, vel accusator mortuus fuerit.*

⁴ ORTOLAN, ob. cit., tomo II, pag. 326; SILVA FERRÃO, ob. e vol. citt., pag. 239.

actual¹. A seu lado appareciam, porém, casos excepçõaes em que as leis permittem *processos ao cadaver* ou *á memoria*. Assim acontecia no mesmo direito romano, relativamente aos crimes de lesa-majestade, depois duma barbara constituição de Arcadio e Honorio², a qual foi acceite, com ligeiras variantes, pelo direito canonico³, pelo direito wisigothico e pelo antigo direito de todas as nações da Europa, onde prevaleceu até á renovação juridica do fim do seculo passado e do principio do actual⁴. Tambem Portugal assimilou esta aberração juridica. Já uma lei de D. Affonso II, imitada da constituição de Arcadio e Honorio e deduzida immediatamente das Partidas, introduzira entre nós o terrivel preceito de instaurar processos *in mortuos*⁵, preceito depois inserido successivamente nos codigos affonsino⁶, manuelino⁷ e filippino⁸, os quaes mandavam processar os auctores de certos crimes de lesa-majestade, ainda que morressem antes de ser presos, accusados e infamados «para que, achando-sé verdadeiramente culpados, fosse sua *memoria damnada* e seus bens confiscados»⁹. Todavia, estas barbaras ex-

¹ *Ord.*, liv. III, tit. LXXXII, §§ 3.º e 4.º e liv. V, tit. VI, § 21.º; *N. R. J.*, art. 1182.º; *Cod. pen.*, art. 125.º, n.º 2.

² MELLO FREIRE—*Inst. Jur. Crim. Lus.*, tit. II, § 2.º; SILVA FERRÃO, ob. e vol. citt., pag. 193, nota 1.ª

³ Can. 22, Cons. VI, Quaest. I; can. 9. *De poenit.* Dist. I.

⁴ MELLO FREIRE e ORTOLAN, obb. e logg. citt.

⁵ SILVA FERRÃO, ob. cit., pag. 193, nota 1.ª

⁶ Liv. V, tit. II.

⁷ Liv. V, tit. III.

⁸ Liv. V, tit. VI.

⁹ *Ord. filipp.*, liv. e tit. citt., § 11.º

cepções, creadas á sombra da terrivel theoria da vingança e da intimidação ¹, foram eliminadas pelo progresso do direito penal, que generalizou o principio da extincção da acção criminal pela morte do delinquente, principio naturalmente applicavel ao direito de revisão em favor da accusação, como o tem inténdido as legislações que o admittem, as quaes, reconhecendo expressamente o direito de revisão em beneficio do accusado, guardam intencional silencio ao fallar da revisão dos processos ultimados por uma sentença absolutoria ².

A nossa resposta concorda, portanto, com o espirito do direito criminal moderno. Mas escapará elle, no ponto sujeito ao camartello da critica, que o fere por quasi todos os lados?

A questão é simples, mas não tanto como parece a alguns criminalistas, que se contentam com apresentar, em defesa do principio dominante, razões tão superficiaes, que não satisfazem os espiritos menos exigentes. É o que fazem, por exemplo, LEVY MARIA JORDÃO e ORTOLAN, emquanto se limitam, o primeiro, a dizer que o procedimento criminal acaba, porque não existe o criminoso contra quem se possa proceder ³, e, o segundo, que elle cessa, porque o morto se não póde defender ⁴. Decididamente, o nosso criminalista não faz mais que deslocar a questão, pois o que se pretende determinar é, exactamente, se, morto o delinquente,

¹ SILVA FERRÃO, ob. cit., pag. 194; ORTOLAN, ob. cit., pag. 320.

² *Cod. austr.*, artt. 353.º a 356.º; *Cod. all.*, artt. 399.º a 402.º

³ Ob. cit., pagg. 253 e 254.

⁴ Ob. cit., n.º 1843.

ainda deverá averiguar-se a sua criminalidade para algum effeito, e ORTOLAN produz um argumento que provaria demais, já que, a ser aceitavel, não deveria admittir-se procedimento criminal contra ausentes, nem talvez a reabilitação da memoria dos condemnados innocentes, já que nem aquelles podem defender-se nem estes provar a sua innocencia ¹.

Basta, comtudo, subir um pouco mais alto, para de logo comprehender que o principio em discussão pôde firmar-se em bases bem solidas para merecer o respeito da critica. Em verdade, o procedimento criminal depois da morte do delinquente ou é inutil ou deshumano e, portanto, pernicioso. Inutil, pelo que respeita a medidas repressivas ou eliminativas, porque a morte elimina absolutamente as energias anti-sociaes do criminoso; deshumano, relativamente á prevenção da imitação, do contagio e do estímulo da delinquencia latente, porque o natural sentimento de piedade pelos mortos revoltar-se-ia contra a crueldade duma lei que pretendesse prevenir o delicto á custa do socego dos tumulos, cuja suggestão arranca espontaneamente do fundo da alma o compassivo clamor — *pace sepultis*. Se o passado foi barbaro exercendo vingança sobre o cadaver ou sobre a memoria dos criminosos, ao presente repugnam semelhantes excessos de deshumanidade. O *in mortuos*, explicavel historicamente como creação evolutiva para incrustar funda a idéa social na sua manifestação suprema de direcção politica, pareceu incompativel com o nosso estado de civilização e, porisso, foi raspado pela lima incansavel do pro-

¹ ORTOLAN, ob. cit., n.^{os} 2381 e 2339 e segg.

gresso. Hoje tambem a voz da justiça entôa respeitosa
o — *vae mortuis!*

A solução que demos ás questões tractadas neste e no numero anterior, concorda fundamentalmente com a doutrina do codigo de processo penal austriaco, que consideramos como o mais perfeito dos existentes em materia de revisão e que, porisso, apresentamos, com ORANO e GIURATI, como digno de estudo e imitação.

26. Demonstrada a necessidade juridica de judicializar completamente, por meio da revisão, a melindrosa função de modificar ou completar os julgados criminaes, importa agora determinar o modo como, dentro do poder judicial, deverá ser organizada a mesma função e traçar as linhas geraes do seu exercicio, isto é, convem assentar doutrina *a)* sobre a competencia de juizo e *b)* sobre a fórma do processo em materia de revisão.

a) Na sua integração scientifica, a revisão apparece-nos já como um instituto reparatorio independente, destinado a contrabalançar a injustiça das sentenças absolutorias ou condemnatorias, já como um instituto preventivo complementar da sentença indeterminada, quer a indeterminação se considere relativamente á quantidade da pena, quer relativamente á sua qualidade, para precaver os erros de duração ou de adaptação do meio repressivo¹. É natural portanto, que

¹ ORANO, ob. cit., pag. 14; PAUL OTLET — *Les sentences indéterminées e la législation belge*. Bruxellas, 1893, pagg. 6 e segg.; Supra, n.ºs 5, 21 e 22.

na determinação do juízo revisório se attenda a esta dupla função do instituto, o que faremos, considerando-o successivamente 1) sob o seu aspecto *reparatorio* e 2) sob o seu aspecto *preventivo*.

1) O juízo revisório póde atravessar dois momentos distinctos e bem caracterizados, um em que se verifica a admissibilidade da revisão, e outro em que, de novo, se examina e julga o processo. Os processualistas designam estas duas operações com os nomes technicos de *rescindente* e *rescisorio*¹, expressões que usaremos para simplificar a linguagem.

A existencia natural destas duas phases do processo revisional dá immediatamente logar ás perguntas: α) Quem ha de julgar da admissibilidade da revisão: β) Admittida esta, quem deve effectua-la?

α) No seu estadio evolutivo de instituto de caracter gracioso, a revisão era concedida pelo poder agraciador e, em regra, por meio do tribunal das graças, como acontecia entre nós com o Desembargo do Paço².

Esta solução do problema, além de unilateral, pois, pela graça, só seria possivel conceder a revisão favoravel ao accusado, tem um valor exclusivamente historico. A differenciação evolutiva das funções do estado exige a integração judicial da revisão e, portanto, eliminou a possibilidade scientifica da intervenção do poder coordenador do estado no julgamento da sua admissibilidade.

Convertida a revisão num instituto de caracter ju-

¹ ORTOLAN, ob. cit., n.º 2388; GARRAUD, ob. cit., pag. 777; TUOZZI, ob. cit., pag. 45; etc.

² Supra, pagg. 66 a 68, 71, 72 e 98 a 106.

ridico, tem sido muito diversos os systemas seguidos pelos escriptores e pelas legislações relativamente á sua concessão.

Segundo um primeiro systema, o rescindente pertence ao tribunal de cassação. Este systema ainda offerece duas variantes principaes, segundo se estabelece a necessidade de dirigir o pedido de revisão ao ministro da justiça, para este, por meio do do magistrado ministerio publico juncto daquelle tribunal, convocar a deliberação, ou se permite fazer o pedido directamente ao mesmo tribunal. A primeira variante foi sancionada pelo codigo francês e pelas leis que o reformaram sobre a materia de revisão em 1867 e 1895¹, pelas leis napolitanas de 1819² e pelo codigo italiano vigente³, e é defendida por BERLIER⁴, BONNEVILLE⁵ e BORSANI e CASORATI⁶, os quaes vêem na intervenção do ministro da justiça uma garantia efficaz para conter a revisão dentro de justos limites, sendo o ministro, na phrase dos dois ultimos processalistas, uma especie de sentinella avançada, de guarda á auctoridade do caso julgado. Comtudo, esta intervenção forçada do ministro da justiça não passa duma formalidade inutil ou retrograda e sempre perigosa. Inutil ou retrograda, porque ou o ministro não faz mais do que transmittir o pedido de revisão ao tribu-

¹ *Cod.* de 1808, artt. 443.º, 444.º e 445.º; *Cod. ref.* de 1687 e 1895, art. 444.º

² TUOZZI, ob. cit., pag. 42.

⁴ Artt. 688.º, 689.º e 690.º

⁵ F. HÉLIE, ob. cit., pag. 529.

⁵ Ob. cit., pagg. 606 e 607.

⁶ Ob. cit., § 2179.º.

nal de cassação, e então mais vale estabelecer desde logo que as partes podem dirigir-se directamente ao tribunal, ou conhece da admissibilidade do pedido e nesse caso teremos a attribuição duma função jurisdiccional a um representante do poder executivo; perigosa, porque a multiplicidade dos negocios da competencia do ministro e a influencia da politica em todas as suas resoluções, oppôr-se-iam ao exercicio prompto, consciencioso e independente de tão importante attribuição ¹. Devido a estas razões, appareceu a segunda variante, que foi preferida pelo codigo hespanhol ² e tambem pelo nosso legislador. A N. R. J. nos artt. 1263.º, 1265.º e 1268.º concedia ao supremo tribunal de justiça a faculdade de conceder a revisão nos tres casos em que a reconhecia, doutrina fundamentalmente accete pelo sr. NAVARRO DE PAIVA ³ pelo sr. JULIO DE VILHENA ⁴ e finalmente consagrada pelo decreto de 1895 e pela lei de 1896 ⁵.

Um segundo systema confere o rescindente aos tri-

¹ TUOZZI, ob. cit., pag. 42: GIURATI, ob. cit., pagg. 246 a 248.

² Artt. 956.º e 957.º

³ Projecto de 1874, artt. 666.º; 1003.º a 1007.º e 1040.º a 1045.º; projecto de 1882, artt. 540.º a 544.º; projecto de 1886, artt. 418.º e 611.º a 615.º É de notar que, segundo o sr. NAVARRO DE PAIVA, o condemnado que estivesse em condições de pedir a revisão, fóra dos casos de inconciliabilidade de sentenças, falso testemunho, corrupção ou peita dos jurados ou apparecimento da pessoa presumida morta, não se dirigia directamente ao S. T. de J., mas ao juiz de direito da comarca para elle dar andamento ao pedido de revisão nos termos que já conhecemos. (Vid. supra, pagg. 112 e 119).

⁴ Projecto de 1883, art. 3.º

⁵ Art. 3.º

bunaes de appellação. Este systema, que é apresentado por GAROFALO, funda-se na consideração de que aquelles tribunaes offerecem tambem garantias de imparcialidade e de que conhecerão mais promptamente do pedido que o tribunal de cassação ¹.

Finalmente, um terceiro systema torna juiz do rescindente o mesmo tribunal que proferiu a condemnação ou a absolvição. É o systema adoptado pelos codigos allemão ² e austriaco ³ e perfilhado entre nós pelo sr. TAVARES DE MEDEIROS ⁴ e pelo projecto BERNARDINO PINHEIRO ⁵.

Qual destes systemas deverá merecer a preferencia?

O systema geral das leis austro-germanicas basêa-se num presupposto demasiado optimista, o de presumir que os tribunaes terão bastante estoicismo para não sentir repugnancia em reconhecer os seus erros. Todavia, tal inteireza e severidade são virtudes pouco vulgares e, porisso, aquelle systema arrastará fatalmente o inconveniente de a revisão não preencher muitas vezes o seu alto fim de justiça. Este defeito é remediado pelos dois primeiros systemas, nos quaes apparece a idéa fundamental de attribuir o rescindente

¹ *Scuola positiva*, 1893, pag. 104.

² Art. 407.º

³ Art. 357.º Convem lembrar que, na Austria, o tribunal de cassação pôde, extraordinariamente e depois de ouvir o procurador geral, ordenar a revisão do processo no interesse dum condemnado por crime ou delicto, assim como pôde elle mesmo julgar o condemnado e absolve-lo ou impor-lhe uma pena mais suave — art. 362.º

⁴ *Estudos citt.*, pag. 94.

⁵ Art. 5.º, §§ 1.º e 3.º

a um tribunal *superior*, que, pela sua auctoridade e independencia, assegure a necessaria imparcialidade no julgamento sobre a admissibilidade da revisão. Mas que tribunal superior será este, o de cassação, como geralmente se pensa, ou o de appellação, como propõe GAROFALO? Em abstracto, tanto satisfaz um como o outro, e em cada país far-se-á a escolha em face das condições do seu organismo judiciario e das razões de oportunidade.

Dada a preferencia dum tribunal superior, resta ainda averiguar se a sua resolução deverá ser precedida de deliberações dalguma entidade estranha, como a apreciação do ministro da justiça na Italia¹, a consulta previa de jurados, ao menos de duas comarcas, sustentada pelo sr. DR. HENRIQUES DA SILVA², ou a justificação preliminar perante o juizo da accusação, defendida pelo sr. NAVARRO DE PAIVA. Pensamos, dum modo geral, que não convem estabelecer a precedencia obrigatoria de nenhuma destas ou de quaesquer outras diligencias, consultas ou deliberações, deixando-se simplesmente ao tribunal a faculdade de, prudencial e discricionariamente, recorrer a ellas ou não, segundo lhe parecer mais conforme aos interesses da justiça. Em especial, a intervenção forçada do ministro da justiça seria um perigo e um retrocesso; a consulta previa de jurados seria escusada, quando o erro judiciario se mostrasse claramente por meio de documentos, seria inefficaz, quando a verificação do mesmo erro dependesse de conhecimentos especiaes que os jurados

¹ TUOZZI, ob. cit., pag. 43; BORSANI e CASORATI, ob. cit., pag. 483.

² *Theses citt.*, pagg. 20 e 21.

não possuem, e seria ferida pelos ataques hoje dirigidos á incompetencia e até á inconsciencia do jury; finalmente, a justificação preliminar entregaria, em certo modo, ao juizo da condemnação ou da absolvição a faculdade de conceder a revisão, dando-se, assim, o defeito capital do systema austro-germanico. Em summa, a intervenção de ministro da justiça em caso nenhum deve admittir-se, e a consulta de jurados ou a justificação ou inquerito judicial devem constituir meros expedientes ao dispôr do tribunal do rescindente.

Resume-se em pouco o nosso pensamento. A revisão reparatoria deve ser concedida por um tribunal superior, o qual, sem estar adstricto a quaesquer consultas ou deliberações de entidades estranhas, possa ordenar ou promover as diligencias que lhe pareçam mais conformes ao esclarecimento das circumstancias em que se basêe o pedido. É mais uma applicação do principio amplificador do arbitrio judicial.

β) O segundo momento do processo revisorio, que, com os auctores, chamamos *rescisorio*, é egualmente attribuido pelas legislações e pelos processalistas a varias jurisdicções.

Podemos reduzir a dois systemas principaes todas as divergencias legislativas e doutrinaes: o juizo de merito da revisão é o tribunal superior que a concede; esse juizo é do mesmo grau daquelle que proferiu, em primeira instancia, a condemnação ou a absolvição.

O primeiro systema, com character obrigatorio, foi estabelecido pelo codigo francês de 1808 para o caso de apparecer a pessoa presumida morta e ampliado pelas leis de 1867 e de 1895 a todas as hypotheses em que, por virtude de morte, ausencia, prescripção ou qualquer outra causa, não seja possivel abrir novos

debates oraes entre todas as partes ¹, e adoptado pelo codigo hespanhol nos termos em que o reconhecia o codigo de 1808 ², e, com caracter facultativo, foi acceite pelo codigo italiano para o mesmo caso de apparecimento da pessoa presumida morta ³.

O segundo foi admittido pelas legislações franceza ⁴, italiana ⁵ e hespanhola ⁶ para as demais hypotheses, pelos codigos allemão ⁷ e austriaco ⁸ e pelas nossas leis desde a reforma judiciaria de 1837 até á lei de 3 de abril de 1896 ⁹ e proposto em todos os nossos projectos de reforma da materia dá revisão ¹⁰. Este systema offerece quatro cambiantes de interesse: 1.º—o juizo das rescisorio é o mesmo que proferiu o primeiro julgamento ¹¹; 2.º—o juizo é differente ¹²; 3.º—o juizo é

¹ *Cod.* de 1808, art. 446.º, antes e depois de reformado pelas de 67 e 95.

² Art. 958.º, alinea 2.ª

³ Art. 689.º; TUOZZI, ob. cit., pag. 46.

⁴ *Cod. ref.*, art. 445.º

⁵ Artt. 688.º e 690.º

⁶ Art. 958.º, alíneas 1.ª e 3.ª

⁷ Art. 407.º

⁸ Art. 357.º

⁹ *N. R. J.*, 1837, artt. 402.º a 407.º; *N. R. J.*, 1841, artt. 1263.º a 1268.º; dec. de 1895 e lei de 1896, art. 7.º

¹⁰ NAVARRO DE PAIVA, projecto de 74, artt. 669.º, 1003.º a 1007.º e 1039.º a 1045.º; JULIO DE VILHENA, art. 5.º, BERNARDINO PINHEIRO, art. 3.º

¹¹ *Cod. austr. e all.*, artt. citt. É de notar que o cod. austr. admite recurso da decisão do tribunal que julga o pedido de revisão e determina que o tribunal *ad quem*, caso conceda a revisão, possa escolher um juizo diverso — art. 358.º

¹² É a doutrina da lei franceza, do codigo italiano, das formas judiciarias de 37 e 41 e do projecto VILHENA, artt. citt.

o mesmo ou differente, segundo parecer mais conveniente ao tribunal do rescidente¹; 4.º— o juizo é mixto, isto é, composto de elementos do tribunal que proferiu o julgamento e de elementos estranhos².

Por onde escolher?

O primeiro systema padece do vicio organico de deslocar dos tribunaes ordinarios de repressão a sua funcção normal de resolver as questões de culpabilidade e de transformar inconvenientemente os tribunaes superiores em tribunaes de primeira instancia. A revisão propõe-se verificar de novo ou o facto criminoso ou a criminalidade do seu agente por meio dum processo affim do que precedeu o primeiro julgamento, e, portanto, entra naturalmente na competencia dum tribunal do mesmo grao daquelle que proferiu este julgamento³. Mas, dada a preferencia do segundo systema, qual o melhor dos seus cambiantes? Os dois primeiros são de character demasiado absoluto, pois, se podem dar-se circumstancias que aconselhem a escolha dum juizo differente, como acontece quando o erro judiciario é um producto de delicto ou culpa dos julgadores, tambem é possivel a desnecessidade dessa escolha e ser mais prejudicial do que proveitoso desviar a instrucção e o julgamento do juizo onde pendeu o primitivo processo. O quarto nada remedêa com o seu artificialismo eclectico, porisso que os elementos

¹ Dec. de 95 e lei de 96, art. 7.º

² Sr. NAVARRO DE PAIVA, projecto de 74, art. 666.º e projecto de 86, art. 419.º

³ TUOZZI, ob. cit., pag. 47; ORTOLAN, ob. cit., n.º 2383; GARRAUD, ob. cit., pag. 777.

conservados do velho juizo, se realmente sentirem repugnancia em reconhecer o erro, farão fatalmente obstruccionismo, o processo correrá tumultuario e o resultado será ir-se caír em perniciososa confusão. O terceiro tem o merito de attender ás circumstancias de cada caso concreto por meio do arbitrio prudencial do tribunal que concede a revisão. É o systema da nossa lei de 1896, que nesta parte merece o nosso applauso.

2) Ao apresentarmos a sentença indeterminada como uma instituição exigida pelo estado actual das sciencias penaes, fizemos ver que a sua execução dependia de deliberações periodicas ou extraordinarias, em que progressivamente se determinasse o destino do delinquente, e que essas deliberações deviam revestir a fôrma de revisões e ser da competencia exclusiva do poder judiciario. Qual, porém, o tribunal adequado para assumir esta melindrosa attribuição? HAMEL, cujas idéas são as que mais nos atraem neste ponto, propõe tribunaes especiaes, compostos de homens experimentados e dotados duma educação scientifica sufficiente para conhecerem a capacidade criminosa dos delinquentes e por ella individualizarem, cada vez melhor, os meios de repressão. Estes tribunaes teriam a sua séde juncto dos estabelecimentos penaes em que se encontrassem os condemnados sujeitos a uma sentença indeterminada¹. Adherimos com prazer a esta doutrina, que não só respeita o principio geral da or-

¹ *Actas do congresso de Bruxellas*, pag. 63; *Scuola positiva*, 1893, pagg. 957 e 958; *supra*, pagg. 210 a 214.

ganização de tribunales especiaes para o crime, mas traduz a manifesta utilidade de os juizes observarem de perto os criminosos, colherem as informações e os esclarecimentos necessarios das administrações prisio-naes, e habilitarem-se a fazer das deliberações perio-dicas ou extraordinarias a continuação systematica e organica da condemnação indeterminada.

b) Sobre a fôrma de processo em materia de revisão faremos poucos considerandos, limitando-nos a esboçar alguns traços fundamentaes.

Como em relação á competencia, convem distinguir entre a revisão reparatoria e a revisão preventiva e destacar na primeira o rescindente do rescisorio.

O rescindente, tendo por fim verificar a plausibili-dade da revisão e conte-la dentro de justos limites, deve ser organizado por fôrma que possa averiguar a viabilidade dos pedidos, evitar o possivel abuso resul-tante do reconhecimento generico desta *ultima ratio* da justiça e desviar o proprio tribunal de toda a pra-tica abusiva. Para tal effeito, torna-se necessario: em primeiro logar, conceder ao juizo a faculdade de pro-ceder directa ou indirectamente ás investigações que julgue convenientes para aclarar a verdade; depois, prevenir a temeridade dos requerentes com a neces-sidade de fundamentar as petições e com a ameaça de penas para aquelles que, infundada e aventureiramente, sollicitarem a reabertura dos processos crimes, penas applicaveis na mesma occasião em que, por tal motivo, forem indeferidas as mesmas petições; por fim, condi-cionar o arbitrio do tribunal com a sua respeitabili-dade, illustração e responsabilidade bem definida e effectiva, sujeitando mesmo a recurso as suas deci-

sões, quando não fôr escolhido o supremo tribunal do país ¹.

Relativamente ao rescisorio diremos apenas que o juizo deve abrir-se com as formalidades ordinarias. Tracta-se de substituir a impressão judicial produzida pela analyse duma causa criminal, e, porisso, é indispensavel reiterar o caminho percorrido para descobrir ou desfazer o presumido engano ².

Do processo a seguir nas revisões complementares da sentença indeterminada, já acima traçamos, com HAMEL, as suas linhas geraes ³.

¹ BONNEVILLE, ob. cit., tomo II, pagg. 601, 606 e 608; TUOZZI, *Monitore* cit., pag. 410.

² TUOZZI, ob. cit., pag. 49.

³ *Supra*, pagg. 214 e 215.

CAPITULO IV

Efeitos da revisão

SUMMARIO:—**27.** Efeitos da revisão *pro reo*. Reabilitação do condemnado innocente. Reparação social dos erros judicarios: sua formação evolutiva na historia da penalidade, seu fundamento scientifico e inconsistencia juridica das doutrinas que a impugnam. Condennados a que deve ser concedido uma reparação. Especies de reparação: desaggravadora, reintegradora e indemnizadora. Se a reparação indemnizadora deve attender aos damnos moraes. Criterio a seguir para a fixar. Auctoridade competente para a liquidar. Se a responsabilidade do estado pelos damnos causados pelo erro judicario deve ser principal ou subsidiaria. Meios financeiros para satisfazer a indemnização. Prescriptibilidade do direito a percebe-la. Efeitos da revisão motivada por condemnações excessivas.—**28.** Efeitos da revisão *pro societate*: imposição duma pena ou aggravamento da já applicada.—**29.** Efeitos da revisão de character preventivo: a continuação do meio repressivo ou a sua substituição; a liberdade condicional ou a liberdade definitiva.

27. Para proceder com methodo no estudo dos efeitos da revisão, continuaremos a considerar em separado a revisão de character reparatorio e a revisão de character preventivo, encarando ainda a primeira sob o seu duplo aspecto de revisão *pro reo* e de revisão *pro societate*.

A revisão em favor do accusado póde terminar pela

declaração solenne da sua innocencia ou pela verificação duma condemnação excessiva. Examinaremos successivamente estas duas hypotheses.

O primeiro e inquestionavel effeito da revisão ultimada pelo reconhecimento da innocencia do condemnado é a sua rehabilitação, isto é, a sua restituição no estado de direito anterior á condemnação. A accusação apaga-se, a condemnação elimina-se, e, porisso, a pena deve desaparecer com todos os seus effeitos legaes e a victima do erro judiciario ficar na mesma posição juridica em que se encontrava antes de sobre ella incidir a infelicidade que a sacrificou. Aqui não ha que discutir. A rehabilitação não póde deixar de ser o resultado immediato, necessario, da proclamação da innocencia ¹.

Mas bastará que a pena cesse com todos os seus effeitos legaes ou deverá ainda o estado reparar o innocente do damno que lhe causou a condemnação? Eis uma interessantissima questão que de ha muito preoccupa os criminalistas e os legisladores e sobre a qual ainda não foi possivel obter a harmonia do pensamento scientifico. A sua solução é imposta pela indole do nosso trabalho, pelo que vamos tenta-la em face dos principios hoje dominantes no campo da sociologia criminal.

Alguns escriptores consideram tão evidente o principio da reparação social dos erros judiciais, que, ou pensam, como BONNEVILLE ² e LEVY MARIA JORDÃO ³,

¹ TUOZZI, ob. cit., pagg. 50 e 51.

² Ob. cit., tomo I, pagg. 494 e 495.

³ Relatorio do projecto de 1861, pag. 110.

que discuti-lo é enfraquece-lo, ou affirmam, como FERRI¹, que elle não pôde ser seriamente contestado. Qualquer que seja o valor desta doutrina, não podemos ficar com ella, pois, levantando-se theorias, objecções e receios contra o direito de reparação, é indispensavel faze-lo triumphar de todos os obstaculos, offuscando-os com a mesma luz da sua evidencia.

O principio tem passado por uma longa e intensa elaboração historica e legislativa, que importa conhecer para bem o pesar na balança da sciencia.

O seu germen encontra-se na responsabilidade a que o direito dos povos tem sujeitado os accusadores que não conseguem provar o crime imputado aos accusados e a razão historica da sua manifestação na substituição da sociedade ao individuo na perseguição e accusação dos criminosos.

A responsabilidade penal ou civil do accusador succumbente, temerario ou de má fé é uma criação juridica das mais remotas edades.

No velho Egypto, por exemplo, era tão intenso o respeito pelo principio da punição dos accusadores temerarios que chegavam a applica-lo nos julgamentos a que eram submettidos os mortos antes de receberem as honras de supultura, e a punir de morte o accusador convencido de calunnia, quando ao pretendido crime correspondesse a pena capital².

Em Athenas não só se obrigava, em geral, o accusador a depositar uma caução antes do julgamento,

¹ Ob. cit., pag. 446.

² BERNARD, *De la reparation des erreurs judiciaires*. Paris, 1871, pag. 13.

mas ainda lhe podia ser imposta uma multa consideravel ou a degradação civica ou a perda da liberdade ¹.

Em Roma ou era o proprio accusador que se sujeitava á mesma pena que pedia para o accusado, ou era declarado infame, quando calumniador, ou obrigado a indemnizar o accusado de perdas e damnos, quando a accusação fosse simplesmente temeraria ².

Encontram-se nas leis barbaras vestigios do mesmo facto. A lei salica mandava castigar aquelle que dirigisse ao rei uma accusação injusta contra um ausente ³. A lei ripuaria dispunha que, se um homem livre accusasse um outro e não provasse a sua culpabilidade, fosse condemnado em trinta soldos de oiro ⁴. A lei dos Bourguignons mandava que o accusador dum escravo depositasse nas mãos do seu senhor uma somma igual ao seu valor e determinava que o mesmo accusador perdesse tal quantia, se o escravo, submettido á questão, não confessasse o crime ⁵. A lei dos Francos, finalmente, estabelecia que, quando se appellasse para o combate judiuario e o accusador fosse morto, fosse conferida ao vencedor uma compensação, paga pelos bens do morto, egual a nove vezes o valor das reclamações ⁶.

Nos tempos feudaes começa a substituição da accu-

¹ BONNEVILLE, ob. cit., tomo I, pag. 507; BERNARD, ob. cit., pagg. 13 e 14.

² BONNEVILLE, Idem, pagg. 507 e 508; BERNARD, ob. cit., pagg. 14 a 16.

³ BERNARD, ob. cit., pagg. 16 e 17.

⁴ BERNARD, ob. e log. citt.

⁵ BERNARD, ob. e log. citt.

⁶ BERNARD, ob. cit., pag. 18.

sação publica á accusação particular. Todavia, como a substituição se operava pela razão fiscal de alimentar o thesouro com multas e não pelo motivo desinteressado de reprimir os delictos, emquanto o accusador particular continuava sujeito á mesma responsabilidade, os senhores, que só pretendiam lucrar com o exercicio do direito de accusação, não assumiram os encargos que o acompanhavam¹. Como poderiam os senhores sonhar, diz BONNEVILLE, em indemnizar os innocentes, quando accusadores e accusados não eram a seus olhos mais que uma especie de materia collectavel e quando levavam a tal ponto o esquecimento de toda a noção de equidade para com os accusados, que, mesmo quando reconhecidos innocentes, os conservavam na prisão até pagarem as despesas do processo injustamente movido contra elles e as proprias despesas da encarceração injustamente soffrida!².

As monarchias constituidas sobre a sociedade medieval reconheceram a responsabilidade do accusador particular, continuaram e ampliaram a creação feudal da accusação publica, introduziram alguns elementos novos no principio da reparação e chegaram a aproxima-la do limite da sua perfeição evolutiva.

Aquelles elementos consistiram em ensaios no sentido de sujeitar os juizes a indemnizar os innocentes prejudicados por erros seus e de tornar responsaveis os procuradores dos reis nos mesmos termos em que o eram os accusadores particulares³. Ambas estas ten-

¹ BERNARD, ob. cit., pagg. 19 a 21.

² Ob. cit., pag. 509.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 511; BERNARD, ob. cit., pag. 23.

tativas abortaram, porque ambas vinham eivadas dum vicio organico. Os juizes ou os accusadores publicos eram representantes da sociedade no exercicio duma funcção de character geral e tornavam-se individualmente responsaveis pelos resultados do exercicio dessa funcção. Isto entorpecia a iniciativa dos magistrados e dahi a consequencia de a jurisprudencia estabelecer a presumpção de que a parte publica procedia por obediencia á lei e o julgador o fazia de boa fé e, portanto, de ficar letra morta uma tal responsabilidade¹.

A approximação foi constituida por algumas manifestações de responsabilidade social pelos damnos provenientes dos erros judiciarios, verificadas, aqui e além, em alguns países da Europa. No antigo ducado de Lorraine parece que já no seculo XVI era reconhecida em principio essa responsabilidade, como o testemunha um documento encontrado no archivo das cartas do ducado. Este documento contém uma renuncia ao direito de reparação, feita por uma innocente injustamente perseguida e por alguns membros de sua familia, em favor do senhor de Lorraine². Em França, os antigos parlamentos e nomeadamente o de Tolosa, concederam a alguns accusados innocentes uma indemnização de perdas e damnos paga pelo estado³. Na Prussia, por fim, segundo uma descoberta recente de BEROLZHEIMER, data de 1766 certa ordenança, segundo a qual os injustamente condemnados ou accusados ti-

¹ BERNARD, ob. cit., pagg. 23 e 24.

² BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 673 e 674.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 511; BERNARD, ob. cit., pag. 23; MERLIN, v.º *denonciation*; PASCAUD, ob. cit., pag. 23.

nam direito á indemnização das despesas feitas com o processo e dos damnos soffridos, indemnização paga pela caixa destinada a custear as despesas do tribunal sentenciador ¹.

Estas manifestações dispersas da reparação social dos erros judiciarios começaram a ser convertidas num principio juridico de caracter geral, por obra do movimento de renovação do direito penal realizado no seculo passado. Aquelle movimento renovador, com as suas tendencias individualistas e sentimentaes devia despertar a compaixão dos espiritos pela desgraça das victimas da justiça e leva-los a excogitar um meio de a remediar. Fez-se eco dos sentimentos da epoca a academia de artes e letras de Chalons-sur-Marne, pondo a concurso em 1781 a seguinte quesito: «quando a sociedade civil, tendo accusado um dos seus membros pelo orgão do ministerio publico, e este succumba na accusação, quaes serão os meios praticos e menos dispendiosos para conferir ao cidadão reconhecido innocente a indemnizaçãe que lhe é *devida por direito natural?*» ². A resposta foi dada por duas memorias notaveis, premiadas pela academia, uma de BRISSOT DE WARVILLE — *Le sang innocent vengé* ³ e outra de PHILIPPON DE LA MADELEINE — *Des moyens de indemniser l'innocence injustement accusé et punie* ⁴. Ambos os concorrentes reconheciam com bastante amplitude o

¹ GIURATI, ob. cit., pagg. 371 e 372.

² *Bibliothèque du législateur*. Berlin, 1872, tomo IV, pag. 256.

³ *Bibliothèque cit.*, tomo VI, pagg. 173 e segg.

⁴ *Bibliothèque cit.*, tomo IV, pagg. 257 e segg.

principio da reparação social dos erros judiciarios. É, porém, digno de menção o modo como WARVILLE o fundamentava. Começando por dizer que nem os antigos nem os modernos tinham conhecido a verdadeira balança em que devem ser pesados os direitos do individuo e o interesse da sociedade, mostrava que o direito de reparação assentava nos seus direitos e deveres reciprocos, devendo o individuo respeitar as leis, e a sociedade proteger a propriedade, a liberdade e a segurança, já que a felicidade geral só pôde nascer no seio da ordem e esta consiste na justa combinação do interesse individual com o interesse colectivo ¹.

A iniciativa da academia de Chalons chamou a atenção dos principes, reflectiu-se nas assemblêas revolucionarias e tem sido generosamente continuada em todo o decurso dum seculo, contando já numerosas conquistas no direito dos povos cultos.

Em 1786 creou o *codigo leopoldino* no granducado da Toscana uma caixa destinada a receber todas as multas de todos os tribunaes do estado, de cujos fundos devia saír uma indemnização para todos aquelles que sem dolo ou culpa de ninguem, mas só por certas combinações fataes, tivessem sido processados e encarcerados e depois reconhecidos innocentes e como taes absolvidos ².

Em 1788 apresentou Luís XVI aos estados geraes uma ordenança criminal acompanhada, entre outras, das declarações seguintes: que queria que os julgamentos de absolvição fossem impressos e affixados á

¹ *Bibliothèque cit.*, tomo VI, pagg. 176 a 184.

² Art. 46.^o

sua custa e que desejava e esperava dar aos innocentes absolvidos a indemnização a que tinham direito ¹.

No anno seguinte desinvolveu-se o movimento. Quasi todos os cadernos dos estados da nação se pronunciavam a favor dos innocentes iniquamente sacrificados por uma fiscalidade feudal ².

A opinião estava formada em França e em 1790 representou-a perante a constituinte o illustre DUPORT, que introduzia o direito de reparação no seu notavel projecto de codigo de processo criminal e o justificava do modo seguinte: «esta indemnização é uma divida da sociedade e o resarcimento do damno que ella causa ao accusado, e deve paga-la, porque os homens associados não têm menos obrigação de ser justos do que quando individualmente considerados» ³. Entrando a proposta em discussão, defenderam-na REGNIER e BUZOT e impugnaram-na MARTINEAU e LANJUINAIS, o primeiro pela inane razão de que o legislador, dando ao accusado meios de se justificar, fazia tudo o que podia fazer, não tendo a sociedade obrigação de conceder-lhe qualquer indemnização, e o segundo pelo extraordinario motivo de que podia haver pessoas que explorassem o deshonesto mester de se fazerem accusar para receberem indemnizações ⁴. A assemblêa rejeitou a proposta de DUPORT, não por estas razões, mas, pensa BONNEVILLE, por causa do character demasiado absoluto que elle lhe

¹ BERNARD, ob. cit., pagg. 45 e 46; PASCAUD, ob. cit., pagg. 24 e 25.

² Auctt. e logg. citt.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 515.

⁴ BERNARD, ob. cit., pagg. 47 e 48.

dava, enquanto pedia o direito de indemnização para todos os absolvidos, sem excluir os que o fossem por falta de provas ou os que tivessem provocado o processo ¹. E ha razões para assim pensar, pois se a constituinte rejeitou a proposta de DUPORT, concedeu, por decretos especiaes, indemnizações a diversos individuos absolvidos ².

O que, porém, é certo é que o movimento, em vez de afrouxar com o voto da constituinte, se foi tornando cada vez mais intenso.

Comecemos pela França. Em 1823 reabriu a academia de Chalons o concurso de 1791. Foram apresentadas memorias bastante notaveis por VIVIEN, BUCHENET-LEFER e COLMONT ³. Defenderam a reforma os dois primeiros concorrentes, sendo a sua opinião suffragada por MERLIN ⁴, LEGRAVERAND ⁵, F. HÉLIE ⁶, DALLOZ ⁷ e, principalmente, por BONEVILLE ⁸, que tractou o assumpto com a convicção, talento e coração que brilham em todas as suas obras. Em 1867, quando se discutia a lei sobre revisão, RICHARD, FAVRE e OLLIVIER propozeram uma emenda no sentido de ser concedida uma indemnização áquelles cuja innocencia resultasse do processo revisorio. Mesmo nestes termos restrictos a reforma foi repellida pelo corpo legislativo. O mo-

¹ Ob. cit., pag. 515.

² PASCAUD, ob. cit., pag. 27.

³ BERNARD, ob. cit., pagg. 50 a 52.

⁴ *Répert. v.º Réparation civile.*

⁵ *Traité de legislation criminelle.*

⁶ *Theorie du code pénal.*

⁷ *Répert. v.º Frois et depéns.*

⁸ Ob. cit., tomo I, pagg. 485 a 526; tomo II, pagg. 585 a 611.

tivo preponderante da recusa foi a consideração de que a solidariedade social não podia ir até ao ponto de tornar o estado responsavel pelos erros commettidos por qualquer juiz da França. Chega a parecer uma heresia scientifica, mas venceu e determinou a negativa do parlamento ¹. Comtudo, esta negativa não se pultou a questão. O principio da reparação continuou a ser defendido por magistrado como BERNARD, PASCAND, NICOLAS e GIACOBBI ², a ser proclamado por procuradores geraes, como MOLINES, JOURDAN, HOUSSARD e DUPRY ³, e a ser proposto ao parlamento em projectos successivos, como foram o de PIEYRE de 15 de maio de 1883 ⁴ e os de LAGUERRE, REINACH e CARTELIN de 29 de junho de 1890 ⁵, os quaes inspiraram o art. 5.º da lei votada sem discussão pela camara dos deputados em 7 de abril de 1892, que concedia o direito de indemnização aos condemnados reconhecidos innocentes ou a seus ascendentes e ao conjuge sobrevivivo, e até a algum parente mais afastado que provasse ter soffrido um prejuizo material com a condemnação, disposição a final introduzida no art. 446.º do codigo de instrução criminal pela lei de 8 de junho de 1895. E contra a corrente foi inutil a voz quasi isolada de WORMS, o qual tentou demonstrar que era um absurdo attribuir ao estado a obrigação de resarcir os damnos soffridos pelos condemnados innocentes e que os erros judicia-

¹ PASCAUD, ob. cit., pag. 29.

² FERRI, ob. cit., pag. 445.

³ FERRI, ob. e log. citt.

⁴ PASCAUD, ob. cit., pag. 30.

⁵ GIURATI, ob. cit., pagg. 415 e segg.

rios deviam ser considerados como casos fortuitos, casos de força maior que não arrastam a responsabilidade de ninguém ¹.

Ao lado da França estão muitos outros povos que ou já reconheceram o principio da reparação social dos erros judicarios ou se encaminham para o seu reconhecimento.

No primeiro grupo acham-se a Austria, a Baviera, a Dinamarca, o Mexico, Portugal, a Suecia, a Suissa e o Wurtemberg, onde se encontra decretada a reforma com maior ou menor amplitude ².

Deixando os demais países, vejamos como o principio se desinvolveu entre nós e a extensão que lhe tem sido dada.

O nosso velho direito apenas sujeitava o accusador calumnioso ou temerario a indemnizar as perdas e damnos soffridos pelo accusado ³. Todavia, já no seculo passado o grande MELLO FREIRE, influenciado pelas idéas de WARVILLE e PHILIPPON DE LA MADELEINE, sustentava a responsabilidade do estado pelos damnos provenientes dos erros judicarios, devendo a indemnização ser paga pelo cofre do tribunal sentenciador ou com as multas recebidas dos condemnados ⁴. O seu exemplo foi imitado pelos redactores do projecto do codigo penal de 1861, que davam o direito de reparação tanto aos injustamente perseguidos como aos

¹ *De l'état ou regard des erreurs judiciaires*. Paris, 1884.

² FERRI, ob. cit., pag. 446; GIURATI, ob. cit., pagg. 339 e 377; BERNARD, ob. cit., pagg. 77 a 86; PASCAND, ob. cit., pagg. 33 a 40; MANDUCA, ob. cit., pagg. 183 e 184.

³ Ord., liv. V, tit. 118, pref.

⁴ *Inst. Jur. Crim.*, tit. XX, § X, nota.

injustamente condemnados¹. Devemos observar que, em relação aos injustamente condemnados, foi o projecto de 1861 precedido pelo projecto do código civil, onde já se lia² a actual disposição do mesmo código que concede ao condemnado ou a seus herdeiros o direito de haver reparação de perdas e danos, satisfeita pela fazenda nacional, quando se prove a injustiça duma condenação³. Depois do código civil, todos os trabalhos e reformas sobre a revisão têm, com mais ou menos largueza, estatuido a responsabilidade immediata ou subsidiaria do estado pelos prejuizos soffridos pelos condemnados innocentemente. O sr. NAVARRO DE PAIVA, no primeiro projecto, estabelecia o principio da responsabilidade immediata com o regresso por metade contra a parte accusadora, quando a houvesse⁴. No terceiro, porém, dominado pelo projecto do sr. JULIO DE VILHENA, que optava pela responsabilidade subsidiaria, e esta simplesmente no caso de a accusação ser apenas promovida pelo ministerio publico⁵, modificou a sua doutrina em harmonia com este projecto⁶. A reforma penal de 1884⁷ e o código penal de 1886⁸, em harmonia com a doutrina do código civil, restringiram-se a dizer que a indemnização incumbia ao estado. O projecto BERNARDINO PINHEIRO

¹ Relatorio, pagg. 109 a 111; Projecto, artt. 137.º e 169.º

² Art. 2684.º

³ Art. 2403.º

⁴ Art. 669.º

⁵ Art. 8.º

⁶ Art. 421.º

⁷ Art. 89.º, n.º 3.º, § 6.º

⁸ Art. 126.º, n.º 3.º, § 6.º

decidiu-se pela responsabilidade immediata, embora determinasse que o querellante e seus herdeiros fossem declarados responsaveis por metade da indemnização e prescrevesse que os subornadores e as testemunhas por cujo falso depoimento houvesse sido dada a sentença, respondessem tambem por uma parte da condemnação correspondente á maior ou menor gravidade do seu delicto, se este se provasse por sentença condemnatoria passada em julgado ¹. Comtudo, a commissão parlamentar encarregada de estudar o projecto, determinada por certo pela crise que então experimentavam as nossas finanças, mantendo no projecto a responsabilidade do estado e fazendo depender a responsabilidade do querellante ou de seus herdeiros da má fé, accrescentou em disposição transitoria que o estado só pagaria quando as circumstancias do thesouro o permittissem ². O decreto de 1895 e a lei de 1896 ³ contentaram-se com dizer que na sentença absolutoria e quando o reo o haja requerido lhe será arbitrada uma justa indemnização. Em todo o caso, em face do codigo civil e do codigo penal, não ha duvida que a indemnização incumbe ao estado ⁴.

As nossas leis ainda não decretaram a responsabilidade social pelos damnos soffridos pelos accusados innocentemente. A estes tem sido reconhecido apenas o direito de haverem uma indemnização do accusador particular. No antigo direito era, como vimos, o accu-

¹ Artt. 10.º e 11.º

² Artt. 10.º, 11.º e 16.º

³ Art. 12.º

⁴ *Codd., civil*, art. 2403.º, *penal*, art. 126.º, § 6.º

sador calumnioso ou temerario responsavel por perdas e damnos para com o accusado. No direito novo o decreto de 16 de maio de 1832 ¹ e as reformas judi-
ciarias de 1837 ² e de 1841 ³ permittiam, dum modo
geral, que o accusador particular fosse condemnado
em perdas e damnos. Em rigor, esta doutrina, que
podia levar ao exaggero de condemnar em perdas e
damnos o accusador particular que procedesse de boa
fé, foi alterada pelo codigo penal de 1852 ⁴, o qual
dispunha que, sem culpa ou negligencia do auctor do
damno, não podia elle ser obrigado á reparação civil ⁵.
O codigo civil veio desfazer todas as duvidas, deter-
minando expressamente que a indemnização devida
por offensa resultante de imputação ou accusação de
crime judicialmente feita só tem logar quando se prove
que houve dolo na dicta imputação ou accusação ⁶.
De fórmula que, nos casos de boa fé dos auctores da
imputação ou accusação, o perseguido innocentemente
fica privado de qualquer indemnização. É certo, com-
tudo, que não tem faltado quem sustente que, em taes
casos, devia o estado responder por perdas e damnos.
Além de MELLO FREIRE e dos redactores do projecto
de 1861, defenderam o principio o sr. DR. DIAS DA
SILVA no seu notavel trabalho — *A responsabilidade
civil conneza com a responsabilidade criminal* ⁷ e o

¹ Art. 212.º

² Art. 298.º

³ Art. 1164.º

⁴ Artt. 104.º e 112.º

⁵ Sr. DR. DIAS DA SILVA, ob. cit., pag. 222.

⁶ Art. 2390.º

⁷ Ob. cit., pag. 226.

sr. SOUSA QUEIROGA numa curta memoria, apresentada ao congresso juridico de Lisboa de 1889, intitulada — *O estado e as victimas dos erros judiciaes*¹. PASCAUD nota esta lacuna da nossa lei e prevê que o futuro se encarregará de a preencher².

No grupo dos povos que evidentemente se encaminham para o reconhecimento do principio da reparação social dos erros judiciaes podemos apontar a Italia, a Allemanha, a Hollanda, a Belgica e até a Inglaterra.

A Italia, patria de BECCARIA, o benemerito patriarcha do classicismo penal que iniciou a obra da humanização da penalidade, não podia ser estranha ao movimento de sympathia pelas victimas da justiça. Já FILANGIERI fallava na criação duma *caixa de reparações* destinada a resarcir o damno causado por accusações involuntariamente erroneas, promovidas pelo magistrado accusador. Este pensamento foi traduzido pelo codigo leopoldino de 1786, que instituiu a *caixa das multas* com um fim identico. E se é certo que os penalistas da era napoleonica, como ROMAGNOSI³ e GIOIA⁴, justificavam a necessidade de, muitas vezes, sacrificar a innocencia aos interesses da salvação publica, o codigo penal das duas Secilias acolheu já a instituição leopoldina⁵. Por caminho semelhante seguia o

¹ Memoria cit., pagg. 7 e 8.

² Ob. cit., pag. 37; conf. sr. DR. FRANCISCO JOAQUIM FERNANDES, *Prisão preventiva*, pagg. 137 e segg.

³ *Genesi del diritto penale*, §§ 274.º e 275.º

⁴ *Dell'ingiuria, dei danni e sodisfacimento*, liv. 2, secc. 38, cap. I.

⁵ Art. 35.º

primeiro projecto de reforma do velho código penal italiano, organizado por DE FALCO em 1863, o qual destinava as multas á indemnização dos damnos soffridos pelos accusados innocentes ¹. Esta disposição foi eliminada pela commissão encarregada de estudar o projecto ². Todavia, eminentes escriptores italianos, como VACCA, NICOLINI, PESSINA, CARRARA e BRUSA ³, mostraram a justiça do principio, até que em 1884 os deputados MUSSI e PAVESI apresentaram ao parlamento um projecto de lei com o fim de conceder o direito de indemnização aos perseguidos innocentes ⁴. E, se é verdade que o projecto não foi convertido em lei, é verdade tambem que os escriptores continuam a mostrar a urgencia da reforma. Defenderam-na GAROFALO e GREGORACI no congresso juridico italiano de 1891, estudou-a com grande desinvolvimento DOMENICO GIURATI no seu bello livro — *Errori giudiziarii*, cujos pontos nodaes são a diagnose e a cura do erro judiciario, e apresentou-a a escola anthropologica como um dos meios de equilibrar os direitos do individuo com o interesse da sociedade, annunciando por um dos seus mais illustres representantes, ENRICO FERRI, que tal reforma não pôde ser seriamente contestada ⁵. Póde dizer-se, portanto, que na Italia a reforma se aproxima do seu estado de maturação, sendo de prever a sua breve consagração legislativa.

¹ Art. 87.º

² GIURATI, ob. cit., pag. 325.

³ BERNARD, ob. cit., pag. 84; FERRI, ob. cit., pag. 446.

⁴ GIURATI, ob. cit., pagg. 325 e 326.

⁵ FERRI, ob. cit., pag. 446.

Na Allemanha de ha muito que o principio da reparação social dos erros judiciarios preoccupa o espirito dos seus homens de sciencia. Defendeu-o GESTERDING em 1830 ¹, sustentou-o amplamente HEINZE em 1865 ², discutiu-o em sessões successivas o congresso dos juriconsultos allemães até que o votou em 1877 ³, exaltaram-no trabalhos notaveis de GEYER, SHWARZE e JACOBI ⁴ e têm pedido a sua legalização repetidos projectos de lei apresentados no parlamento germanico desde 1882. Neste anno propozeram-na PHILIPPS e LENZMANN, em 1883 propo-la SCHWARZE, em 1885 renovou LENZMANN o seu projecto, em 1887 pediram-na MUCKEL e RINTELEN e em 1892 RINTELEN e TRAEGER ⁵. Em 15 de fevereiro deste mesmo anno recaiu sobre os projectos de RINTELEN e TRAEGER uma discussão notavel, que mostra á evidencia que o reconhecimento legal do principio constitue uma exigencia da consciencia nacional. Entraram na discussão os auctores dos projectos e mais os membros do Reichstag, BOSSE, STROMBECK, SCHNEIDER, FRHOME, BAR, STADTHAGEN e MUNKEL, e todos falaram da reforma como uma grande aspiração do espirito publico ⁶. Bosse, então ministro da justiça, declarou que não havia ninguem na Allemanha que não se occupasse assiduamente do assumpto ⁷.

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 377.

² Auct. e log. citt.

³ PASCAUD, ob. cit., pag. 33; MANDUCA, ob. cit., pag. 183.

⁴ GIURATI, log. cit.

⁵ GIURATI, ob. cit., pag. 377.

⁶ Auct. e ob. citt., pagg. 378 e segg.

⁷ Auct. e ob. citt., pag. 381.

Na Hollanda desde 1864 e na Belgica desde 1862 têm sido apresentados igualmente successivos projectos de lei tendentes á implantação da reforma, demorando-a, não a falta de base scientifica, mas o pretexto das difficuldades praticas ¹.

A Inglaterra não se tem conservado estranha ao trabalho reformador do continente. Em 1864 e 1872 concedeu o seu parlamento reparações em favor de dois condemnados reconhecidos innocentes. E, como notava GREY em 1864, desde que se intende que é justo reparar num caso particular o damno produzido por um erro judiciario, não ha razão nenhuma para não decretar o principio numa lei de character geral ². É sempre por casos isolados que começam as creações sociaes. Sobre elles levanta-se depois uma synthese superior que os coordena e lhes dá unidade. É de crer que, por este processo, a Inglaterra chegue a adoptar, dum modo geral, a instituição já possuida por muitos povos do continente.

Em ultima analyse, pois, o principio da reparação social dos erros judiciais, tendo nascido da derivação evolutiva da justiça penal, constitue uma pronunciada tendencia do espirito contemporaneo. Favorecerá a critica a sua assimilação pelo organismo juridico, como um elemento vital e fecundo da sua constituição, ou aconselhará a sua eliminação, como um elemento pathologico e perturbador?

¹ BERNARD, ob. cit., pagg. 80 e 81; PASCAUD, ob. cit., pagg. 39 e 40; MANDUCA, ob. cit., pag. 183; FERRI, ob. cit., pag. 446.

² BONNEVILLE, ob. cit., tomo II, pagg. 496 a 600; FERRI, ob. e log. citt.

No intuito de fundamentar o principio, têm os escriptores percorrido o triplice caminho das declamações sentimentaes, das analogias legislativas e das theorias juridicas.

O erro judiciario, opprimindo a innocencia, ferindo o individuo na sua integridade physica e moral, roubando-o á independencia, á liberdade e á familia, e esmagando os direitos do cidadão conquistados á custa de tantos esforços e sacrificios, devia despertar nos espiritos generosos e apaixonados sentimentos de favor pelas suas victimas, motivando a affirmação espontanea de que a sociedade, por cujo interesse se persegue, accusa e pune um innocente, lhe deve a possivel reparação. Assim acõteceu. Alguns defensores desta especie de responsabilidade de estado têm julgado sufficiente descrever os horrores inherentes ao erro judiciario para legitimarem a sua reparação social. O seu espirito contenta-se com algumas phrases de entusiasmo e dispensa uma critica serena da instituição.

Todavia, a simples voz do sentimento é base bastante fragil para firmar um principio tão importante e dahi o empenho dos escriptores em lhe darem um apoio mais positivo.

Uns têm preferido o processo das analogias, procurando a base analogica:

a) Já na indemnização concedida pelo estado ou pelos corpos administrativos nos casos de expropriação por utilidade publica ¹;

b) Já na remuneração paga ás testemunhas, jurados,

¹ PASCAUD, ob. cit., pagg. 16 e segg.; GREGORACI, ob. cit., pagg. 43 e segg.; GIURATI, ob. cit., pag. 374.

peritos e interpretes, quando prestam a sua cooperação á administração da justiça ¹;

c) Já no principio da imputação da prisão preventiva, pela razão de que, se o delinquente é compensado do que já soffreu, justo é que o innocente seja compensado do que não devia soffrer ²;

d) Já na sujeição a custas do convencido dum crime e por elle condemnado, como meio de indemnizar a sociedade das despesas que por causa delle foi obrigada a fazer, pois, por legitima reciprocidade, deve a sociedade indemnizar o innocente dos damnos que soffreu por causa della ³;

e) Já, finalmente, na responsabilidade civil das communas pelos crimes commettidos, com publica violencia e dentro do respectivo territorio, por ajuntamentos tumultuosos, armados ou não armados, responsabilidade reconhecida em algumas legislações e nomeadamente na francêsa por uma lei do anno IV e outra de 5 de abril de 1884 ⁴.

Apesar de ter um certo peso, a base analogica da reparação era ainda pouco segura para satisfazer o espirito critico. Tinha contra si dois obstaculos poderosos, que ou a tornavam muito melindrosa ou lhe tiravam quasi todo o valor, um proveniente das diffe-

¹ BONNEVILLE, ob. cit., tomo I, pag. 499; PASCAUD, ob. cit., pag. 16.

² GREGORACI, ob. cit., pagg. 47 e 48.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pag. 500; GREGORACI, ob. cit., pagg. 48 e 49.

⁴ PASCAUD, ob. cit., pagg. 12 e 13; GREGORACI, ob. cit., pagg. 26 e 27; ANDRÉ SPIRE, *Responsabilité des communes*, Paris, 1895.

renças específicas que evidentemente separam o nosso instituto dos que se consideram seus analogos, reciprocos ou correlativos, resultante o outro da discussão scientifica ou das difficuldades praticas que podem offerecer esses mesmos institutos. Em verdade, quem attender, por exemplo, á differença de posição juridica do estado quando expropria ou quando administra justiça, á dissemelhança entre os motivos que levam ao tribunal as testemunhas, os jurados, os peritos ou os interpretes e os que ahi arrastam o innocente, á discussão que póde levantar-se sobre a admissibilidade e meios de effectuar a imputação da prisão preventiva, sobre a administração gratuita da justiça e sobre o melindre e restricção da responsabilidade communal como ella se encontra nas legislações, vê desde logo quanto ha de ser difficil ou improficuo o systema das analogias, pois, para ser proveitoso, obrigaría a demonstrar que quaesquer differenças entre as instituições accites e a que se defende não são prejudiciaes á analogia e a defender as mesmas instituições em que ella se basêa.

Era, pois, natural tranformar as analogias em simples motivos occasionaes para estudar a reparação dos erros judiciarios e procurar filiar esta directamente em alguma theoria scientifica.

A primeira fórmula theorica do principio da reparação foi derivado do processo evolutivo da justiça penal. Alguns escriptores, observando a progressiva socialização da acção repressiva e attentando no facto constante e geral da responsabilidade por perdas e danos imposta ao accusador particular para com o accusado innocente, inferiram dahi a legitimidade da reparação social dos erros judiciarios. O seu raciocinio

é simples: se o estado se substituiu ao individuo na accusação dos delictos, deve succeder-lhe na responsabilidade inherente a essa accusação. «Investida do direito de accusação, escreve BONNEVILLE, a sociedade não pôde repudiar as suas consequencias, porque este direito não muda de natureza ao passar para as suas mãos. A responsabilidade do erro é uma consequencia do direito de perseguir. Ninguem pôde ter as vantagens da accusação sem lhe supportar os inconvenientes e sobretudo a responsabilidade¹. BERNARD accrescenta: «a responsabilidade do erro é uma consequencia do mandato de reprimir os delictos. O povo ou a sociedade não pôde aspirar ás vantagens de accusar sem soffrer os inconvenientes que lhe andam necessariamente inherentes»².

Esta theoria reduz-se, fundamentalmente, a sujeitar o estado ao principio da responsabilidade de direito commum, isto é, resume-se em dizer que o estado, tendo substituido o individuo na accusação dos delictos, deve responder, como responderia o mesmo individuo, pelos damnos provenientes dessa accusação.

Sendo assim, a theoria levanta immediatamente duas difficuldades muito graves, uma que no-la mostra incompleta e outra que a apresenta como inconsistente.

Pôde arguir-se de incompleta, ponderando que a responsabilidade de direito commum se basêa no dolo ou culpa do auctor do facto lesivo do direito alheio e que, portanto, o erro judiciario ficaria sem reparação, quando os funcionarios judiciaes procedessem de boa

¹ Ob. cit., pag. 497.

² Ob. cit., pag. 28.

fé e fizessem o que era humanamente possível para o evitar, sendo ahí arrastados por combinações fataes e inevitaveis; e pôde accusar-se de inconsistente, mostrando que o estado, administrando justiça, procede em nome duma função social de character eminentemente obrigatorio e indispensavel, tende á realização do bem commum e que, porisso, o damno causado á victima do erro judiciario é um sacrificio justificado pelas exigencias da vida social.

A primeira difficuldade ainda poderia remover-se, ou ligando uma presumpção de culpa a todos os actos damnosos praticados pelo estado, o que equivaleria a exigir delle uma omnividencia ridicula, ou adoptando uma theoria da responsabilidade civil que prescindia idéa de culpa, o que, aliás, é desejado por GREGORACI como meio de em muitos casos tornar praticos os principios de justiça e de equidade¹ e já considerado por ORLANDO como phase necessaria, e em evidente elaboração nos factos e na sciencia, do instituto da responsabilidade de direito privado².

A segunda, porém, prende com a combinação do direito individual com o interesse social e, porisso, já não pôde resolver-se por simples applicação ou transformação duma instituição destinada a equilibrar os patrimonios particulares.

Devido a estas difficuldades foi a elaboração doutrinal preparando os elementos duma nova theoria, que concebe a responsabilidade do estado pelos damnos

¹ Ob. cit., pagg. 24 e 25.

² ORLANDO — *Diritto amministrativo*, pag. 369; *Archivio di diritto pubblico*, 1893, vol. III, pagg. 241 a 269 e 321 a 378.

causados pelos erros judiciarios como um factor da conservação do organismo social.

Sociologicamente considerada, a responsabilidade constitue um dos meios de defesa do individuo, attinentes a assegurar-lhe a sua existencia em sociedade, afastando ou neutralizando os damnos que lhe podem ser causados por outros individuos, sós ou associados ¹.

Em geral, portanto, a responsabilidade é legitima porque representa uma condição de existencia do individuo.

Mas deverá fazer-se ainda valer esta condição de existencia contra a grande entidade associativa chamada estado?

É velho o debate sobre a combinação do principio individual com o principio social e são bem conhecidas as duas correntes doutrinaes extremas que se propõem resolver o problema, a corrente auctoritaria que considera o individuo, no seio da grande personalidade collectiva, como uma pequena «roda automatica duma immensa machina» ² e a corrente individualista que, com a concepção absoluta dos direitos do individuo, leva á impossibilidade de qualquer fórma de organização da vida collectiva ³.

Parece, comtudo, que a sciencia moderna vê a chave daquelle problema na generalização do principio de BASTIAT de que «todos os interesses legitimos são harmonicos» ⁴.

¹ VAECELLI—*La responsabilità civile della pubblica amministrazione*. Milano, 1892, pagg. 128 e segg.

² PALMA—*Diritto costituzionale*, vol. III, pag. 68.

³ GREGORACI, ob. cit., pag. 10 e segg.

⁴ *Harmonies économiques*, Introd., pag. II.

Individuo e sociedade não são elementos que se excluam e que, porisso, possam sacrificar-se mutuamente. Pelo contrario, são principios que se completam, que se integram e que devem coordenar-se uma resultante de harmonia. A sociedade é o meio natural em que o individuo se desinvolve e o individuo o elemento natural de que a sociedade se compõe. A sociedade é um organismo que, pela sua solidariedade funcional, realiza o bem estar geral, mas é um organismo discreto, em que o individuo representa uma força consciente e não uma energia automatica cegamente adstricta a um machinismo fatal. Porisso, o direito, como força especifica do organismo social, não pôde reconhecer nem a omnipotencia do estado nem a independencia absoluta do individuo, mas deve operar como uma força de integração individuo-social, que mantenha em justo equilibrio os dois elementos emanantes, necessarios, da vida collectiva. Da natureza do direito é, pois, condicionar a acção do estado e a actividade do individuo, sujeitando-os á responsabilidade dos seus actos, quando sáiam fóra daquella linha de integração.

O estado pôde, assim, ser submettido a uma responsabilidade estrictamente juridica. E deverá esta ir até á reparação social dos erros judicarios? Julgamos isso incontestavel, em face do principio de equilibrio que acabamos de estabelecer. O estado representa o interesse de todos os consociados, procede em nome das vantagens communs e, portanto, só pôde impôr sacrificios que se reflectam sobre todos os cidadãos. Quando impuser um sacrificio singular no interesse da collectividade, como acontece no caso de erros judicarios, esse sacrificio deve ser compensado, porque, diremos com GREGORACI: «o individuo só deve ao estado os

sacrifícios que pesam effectivamente sobre todos os membros do corpo social»¹. Exigir-lhe mais, seria evidentemente cair na corrente auctoritaria, que é unilateral e contraria ao modo de ser natural do organismo da sociedade.

A nova theoria, pois, não é mais que uma particularização da concepção do direito como uma força de coordenação harmonica do principio individual com o principio social.

Esta theoria, além de remover as difficuldades com que lucha aquella que pretende applicar ao estado o principio da responsabilidade de direito commum, tem a vantagem de nos fornecer dados para confutar quaesquer theorias ou objecções oppostas á legitimidade da reparação.

Deixaremos de lado as theorias regalistas e mysticas que fundavam a irresponsabilidade do estado na impeccabilidade dos soberanos ou na consideração do erro judiciario como um producto da vontade de Deus. Estas theorias não merecem hoje uma discussão séria. Pertencem á historia que já proferiu sobre ellas o seu veredictum de esquecimento².

Entre as theorias que ainda hoje se apresentam com alguns visos de logica indicaremos em primeiro logar a derivada das doutrinas de PUFFENDORFF, BURLAMAQUI e BERBEIRAC³, defendida por BARBACOVÍ⁴ e ul-

¹ Ob. cit., pag. 43.

² MEUCCI — *Diritto amministrativo*. Roma, 1887, tomo I, pag. 307; GREGORACI, ob. cit., pagg. 20 e segg.

³ GREGORACI, ob. cit., pagg. 33 a 40.

⁴ *Discorsi intorno ad alcune parti della scienza della legislazione*, vol. II, pag. 114.

timamente resuscitada por Worms ¹, segundo a qual o damno causado pelo erro judiciario deve ser considerado como um mal necessario inseparavel da vida em sociedade. Toda a organização social constitue um mixto de bem e de mal, tornando-se indispensavel aceita-la como ella é, sob pena de a tornar impossivel. Esta doutrina revela desde logo o vicio fundamental que a inutiliza. Confunde as exigencias geraes da vida social com os sacrificios singulares impostos por interesse da collectividade e olvida que, emquanto aquellas exigencias são compensadas pelas incontesteis vantagens que offerece a existencia collectiva, estes sacrificios ficariam sem a sua justa compensação. Em poucas palavras, é uma theoria despotica que victimiza o direito individual ao interesse da sociedade.

Com a theoria exposta liga-se a dalguns doutrinarios do contracto social que justificam a irresponsabilidade do estado por uma renuncia feita pelo individuo ao entrar em sociedade. Esta renuncia representaria, segundo uns, o preço dos beneficios que offerece o estado social ² e, segundo outros, como CALMONT ³, o reconhecimento por parte do individuo de que o bem que lhe poderia trazer o direito de reparação é inferior ao mal que esse direito causaria á sociedade ⁴. Semelhante theoria, em si repugnante ás leis naturaes da conservação individual, não passa duma phantasia doutrinal para fundamentar o despotismo da sociedade.

¹ Ob. cit.

² GREGORACI, ob. cit., pagg. 40 a 42.

³ BERNARD, ob. cit., pag. 50 e 51.

⁴ MANDUCA, ob. cit., pagg. 182 a 184.

De maior apparencia scientifica é a theoria que deduz a irresponsabilidade do estado do direito que lhe assiste de prover á tutela da ordem publica com a repressão do crime. O estado perseguiu, accusou, condemnou? Cumpriu o seu dever, usou dum direito, e «*non videtur damnum inferre qui suo jure utitur*»¹. É visível, porém, a confusão em que labora esta doutrina. O estado tem o direito de reprimir o crime, mas carece do de opprimir a innocencia. E, se a necessidade social pôde motivar o erro judiciario, não pôde legitimar as suas consequencias e immolar o innocente num sacrificio que elle não deve á sociedade.

Mas, se as theorias contrarias á reparação são inconsistentes, não tem maior solidez as objecções dispersas que lhe movem alguns escriptores.

Não fallaremos da objecção prejudicial de certos processualistas que sonham a possibilidade de exemptar de erro o funcionamento do organismo judiciario por meio de reformas convenientes do processo criminal². Isso não é mais que uma idealidade optimista completamente alhêa á realidade da vida juridica³.

Muitos escriptores, que aliás admittem a indeclinavel possibilidade do erro judiciario ainda na mais perfeita organização da função repressiva, argumentam contra o principio da reparação com alguma das seguintes considerações:

a) A reparação nunca neutralizaria por completo o damno soffrido e, quando material, chegaria a consti-

¹ GREGORACI, ob. cit., pagg. 22 e segg.

² LUCCHINI — *Carcere preventivo*. Venezia, 1873, pag. 167.

³ GREGORACI, ob. cit., pagg. 58 e segg.

tuir um acto de humilhação para o innocente, pretendendo-se remir a dinheiro a perda da sua liberdade, a mancha da sua honra ou a privação dos affectos de familia ¹;

b) A admittir-se a reparação, não ha motivo nenhum para a limitar á materia criminal, exigindo a logica que se alargue a quaesquer casos em que possa dar-se um erro judiciario ²;

c) Indemnizar os accusados ou condemnados innocentes equivaleria a reconhecer a falta da justiça e a provocar o descredito da magistratura ³;

d) A implantação da reforma arrastaria, por fim, um aggravamento sensivel das despesas publicas ⁴.

Quando se tenta impugnar uma causa justa, não se escolhem razões, nem se mede o alcance dos argumentos empregados. Lança-se mão de todos os pretextos e aproveitam-se todos os expedientes, qualquer que seja o seu valor impugnativo. Assim succede com muitos adversarios da reparação social do erro judiciario. É facil vê-lo pela futilidade das objecções apresentadas.

É certo que se torna impossivel reparar dum modo completo o *praejudicium irreparabile* causado por um erro judiciario e que a sua victima sentirá por vezes repugnancia em acceitar como que o preço da sua oppressão. Mas é certo tambem que o fim a que se aspira é menos ideal, mais modesto, consistindo em

¹ GREGORACI, ob. cit., pag. 62.

² WORMS, ob. cit., pagg. 9 e 10.

³ BONNEVILLE, ob. cit., pagg. 500 e 501; PASCAUD, ob. cit., pag. 21.

⁴ BERNARD, ob. cit., pag. 75; GREGORACI, ob. cit., pag. 55.

attenuar equitativa e humanamente o damno soffrido pelo condemnado innocente, e que a reparação pecuniaria não reveste para o individuo um caracter de imposição.

O alargamento da responsabilidade do estado pelos damnos provenientes de erros judicarios commettidos mesmo fóra da esphera da penalidade não offerece repugnancia alguma, antes nos parece razoavel, sempre que esses damnos representem o sacrificio singular dum individuo motivado pelo interesse da collectividade ¹.

O receio de desacreditar a magistratura é pueril demais para merecer attenção. PASCAUD frisa bem a sua inconcludencia nestas palavras: «A logica dum sistema que recusasse a indemnização sob o pretexto de que a magistratura soffreria na sua consideração levaria a condemnar indistinctamente todos os accusados, porque a absolvição, do mesmo modo que a indemnização, deveria egualmente desconsiderá-la. Isto basta, parece, para refutar um argumento tão pouco concludente» ².

Ao temor de aggravar as despesas publicas poderia responder-se que se tracta duma questão de justiça e não duma questão de dinheiro. E, demais, ir buscar a questão financeira para impugnar uma lei saneta, hoje que loucamente se despendem tantos milhões em empresas inconsideradas e na manutenção dos exercitos, é uma verdadeira immoralidade ³. Depois, nem os in-

¹ GREGORACI, ob. cit., pag. 64.

² Ob. cit., pag. 21.

³ GREGORACI, ob. cit., pag. 56.

nocentes accusados ou condemnados merecedores duma indemnização hão de ser tantos, nem as indemnizações hão de ser tão pesadas, que constituam a maior verba das despesas publicas. Além disso, a responsabilidade do estado terá ainda a virtude de o tornar mais escrupuloso no recrutamento da magistratura, exigindo aos seus membros uma solida preparação scientifica e profissional.

Parece-nos, pois, que é bem fundado o direito das victimas dos erros judiciarios á reparação social dos damnos que elles lhes causam. Não lhe faltam precedentes historicos nem consagrações legislativas, firma-se em seguros fundamentos scientificos e não a enfraquecem quaesquer theorias ou objecções. Procuraremos agora determinar as condições de exercicio desse direito relativamente aos condemnados que conseguem ser absolvidos num processo de revisão.

O primeiro ponto a resolver é se o estado deverá reparação a quaesquer condemnados reconhecidos innocentes, ou se, ao contrario, é necessario estabelecer algumas excepções.

FERRI, referindo-se á questão dos casos em que deve ser admittido o direito de reparação, exprime-se assim: «parece-me evidente que devem ali comprehender-se os dos condemnados reconhecidos innocentes por uma revisão do processo»¹.

Todavia, outros escriptores têm feito algumas restricções, não considerando a reparação como uma consequencia necessaria da proclamação da innocencia no

¹ Ob. cit., pag. 447.

processo de revisão. BONNEVILLE tornava o direito á reparação dependente da condição de o erro da justiça não ser o resultado de *falta* do condemnado, falta que podia consistir na simples *culpa processal* ou nessa culpa combinada com a conducta do condemnado antes da abertura do primitivo processo. Mais simples, segundo BONNEVILLE, o condemnado devia ser julgado innocente não só do crime mas tambem da condemnação ¹. BERNARD ² e PASCAUD ³ mantêm a restricção e justificam-na com o motivo de que a reparação não deve constituir a recompensa de faltas imputaveis aos condemnados. GREGORACI, fundado ainda no mesmo argumento, nega o direito de reparação ao condemnado que por actos seus, intencionalmente praticados durante o processo, tenha provocado a condemnação ⁴.

Qual preferir, a doutrina extensiva de FERRI, ou uma doutrina restrictiva, a exemplo dos outros escriptores?

Segundo o espirito da doutrina limitativa, o condemnado deve ser privado da reparação quando pratique factos que fundamentem a suspeita do tribunal e dalgum modo justifiquem a condemnação, pelo que, é bom que procuremos agrupar esses factos para verificarmos se elles poderão basear uma restricção tão séria.

BERNARD, PASCAUD e NYPELS ⁵ apresentam já como

¹ Ob. cit., tomo II, pag. 608 a 610.

² Ob. cit., pagg. 89 a 91.

³ Ob. cit., pagg. 40 e 41.

⁴ Ob. cit., pag. 91 a 94.

⁵ Cit. por GREGORACI, pag. 92.

motivos de exclusão os maos costumes do condemnado, como a sua camaradagem com criminosos, a devassidão e quaesquer outros vícios ou factos que possam tornar suspeita a sua conducta.

Os mesmos escriptores, e nisto de accordo com BONNEVILLE, referem depois os factos que, mais de perto, podem ligar-se com o delicto, como ameaças ou actos apparentemente preparatorios que façam nascer a presumpção de que o seu auctor chegaria a consummar o crime.

Avançando mais um pouco, e aqui já entra GREGORACI, frisam-se as circumstancias de o accusado se ter subtrahido ou tentado subtrahir á acção da justiça, de haver alliciado as testemunhas ou os presumidos cumplices para fazerem declarações favoraveis, ou de ter procurado destruir os vestigios do crime.

Por fim, aponta-se o facto de o condemnado ter confessado o crime judicial ou extrajudicialmente.

Quando se dêem quaesquer ou alguns destes factos, ainda será de seguir a doutrina de FERRI?

A primeira categoria de motivos de exclusão foi justamente eliminada por GREGORACI, pois, a admitir-se, não sei se a reparação se poderia tornar alguma vez effectiva, já que seria sempre facil encontrar na vida do condemnado algum facto reprehensivel que pudesse determinar uma suspeita contra elle.

A segunda já abrange factos mais graves. E, se o tribunal se convencer de que elles revestiram um character criminoso e constituem uma prova segura da temibilidade do condemnado, parece regular que os compare com a privação por elle soffrida e só reconheça o direito á reparação, quando aquella privação se tiver tornado excessiva. Doutro modo estimular-

se-ia a pratica de crimes, embora de pequena gravidade.

A terceira ou abrange actos criminosos, como o encobrimento do crime, o suborno de testemunhas, ou indica meios com que o innocente, agitado pela imputação dum crime que não commetteu, tenta, muitas vezes impensadamente, garantir a sua defesa. No primeiro caso, o character criminoso do facto practicado deve evidentemente influir sobre a concessão da reparação, podendo ir até á sua recusa; no segundo, o acto legitimo de defesa diante duma perseguição injusta não deve excluir a reparação.

Por ultimo, a confissão judicial ou extrajudicial dum crime que se não commetteu deve fatalmente considerar-se como o producto de erro, coacção ou suggestão ou como um acto de loucura, e, portanto, um facto sem influencia sobre a reparação.

Consequentemente, admittimos apenas uma restricção á doutrina de FERRI, a de o condemnado ter practicado um facto criminoso relacionado com o delicto de que o accusaram, pelo qual mereça ser punido e a pena soffrida não se haver tornado excessiva.

Acceite o principio da reparação e indicados, em geral, os individuos a quem pôde ser concedida, passemos a estudar as suas fórmulas.

A condemnação dum innocente fere-o na sua integridade moral, abalando-lhe a honra, a reputação e o bom nome, perturba as suas relações sociaes, creando contra elle uma prevençãõ de desconfiança e, portanto, a difficuldade da sua reintegração social, e, finalmente, lesa-lhe os seus interesses materiaes, quer attenuando ou inutilizando a sua força capitalizadora, quer trans-

tornando a gerencia dos seus negocios, quer desfalcando o seu patrimonio.

Este triplice damno dá naturalmente logar a tres especies de reparação que, á falta de melhores expressões, cognominaremos *reparação desaggravadora*, *reparação reintegradora* e *reparação indemnizadora*.

Pela reparação desaggravadora procura-se apagar o labéo de ignominia que manchou a honra do condemnado ou de sua familia.

Pela reparação reintegradora tenta-se auxiliar a entrada do condemnado na sociedade, eliminando ou neutralizando as causas do isolamento que ahi possa encontrar.

Pela reparação indemnizadora tracta-se de contrabalançar o mal estar economico proveniente da condemnação injusta.

Cada uma destas especies de reparação exige um processo especial para a tornar effectiva.

Relativamente á reparação desaggravadora, geralmente chamada reparação moral, são concordes os escriptores em que ella deve ser realizada pela mais ampla publicidade da sentença declaratoria da innocencia do condemnado, o que poderá conseguir-se pela inserção da mesma sentença nos jornaes officiaes, nos boletins dos tribunaes e nos periodicos mais lidos nos logares onde interesse o seu conhecimento, e pela sua affixação nos logares publicos. O conhecimento da injustiça da condemnação vem assim destruir ou ao menos esbater a sombra de deshonra projectada pelo erro judiciario sobre a reputação do condemnado innocente¹.

¹ BONNEVILLE, ob. cit., tomo I, pag. 518 e tomo II, pag. 596;

A alguns individuos bastará, por certo, a sua reabilitação e a publicidade do documento demonstrativo da sua innocencia. São aquelles que, postos em liberdade, têm certos os meios de existencia. Outros, porém, e principalmente os que antes de processados viviam do seu trabalho, podem lutar com a difficuldade de conseguir uma occupação honesta, por virtude da prevenção que sempre domina os menos intelligentes contra quem uma vez caíu na prisão. Daqui a necessidade duma nova especie de reparação destinada a réintegrar o condemnado na sua antiga condição social.

Os meios de pôr em pratica esta obra de justiça para com as victimas dos erros judiciarios, podem ser muito diversos e não poderiamos, nem isso seria util, indicá-los dum modo completo. Lembraremos, comtudo, que podem ser modos de favorecer os condemnados reconhecidos innocentes, pô-los ao abrigo das sociedades de patronato para que ellas os recommendem e lhes procurem occupação, dar-lhes trabalho nas obras publicas e preferi-los na nomeação para empregos do estado. Esta fórma de reparação tem a inapreciavel vantagem de alliar beneficios reaes com beneficios verdadeiramente moraes. Amparam-se pelo trabalho individuos que, pelo exemplo da prisão e pela aversão dos menos intelligentes e dos menos honestos, podiam ser arrastados para o caminho do crime¹.

BERNARD, ob. cit., pagg. 45 e 46; GREGORACI, ob. cit., pagg. 108 e 109; GIURATI, ob. cit., pagg. 432 e 433.

¹ GREGORACI, ob. cit., pagg. 168 a 110; GIURATI, ob. cit., pagg. 433 a 439.

A condemnação do innocente, além de manchar-lhe a reputação e de dificultar a sua reintegração social, pôde causar-lhe evidentes prejuizos de character economico, donde vem a terceira especie de reparação, conhecida com o nome de reparação pecuniaria e que preferimos chamar indemnizadora, já que o estado pôde deixar de entregar ao condemnado certa somma em numerario, mas fazer-lhe concessões, como a exempção de quaesquer taxas, ou prestar-lhe beneficios, como a educação gratuita de seus filhos.

Esta fórma de reparação, reconhecida em principio por todos os defensores da responsabilidade do estado pelos prejuizos causados pelo erro judiciario, occasiona algumas questões de interesse para economia do nosso trabalho. Entre outras, merecem attenção as seguintes: *a)* Que especies de damnos deve abranger a reparação indemnizadora? *b)* Qual o criterio a seguir para fixar o seu *quantum*? *c)* Quem ha de liquidá-la? *d)* Deverá ser immediatamente satisfeita pelo estado? *e)* E neste caso com que meios financeiros? Deverá sujeitar-se á prescripção?

a) Podendo os damnos causados ao innocente ser moraes ou materiaes, levanta-se discussão sobre se a reparação indemnizadora deverá comprehender aquellas duas especies de damnos ou limitar-se aos damnos materiaes effectivos.

É viva na sciencia a polemica sobre a indemnização dos damnos que affectam a reparação, a estima, a segurança, a tranquillidade, a consideração e as affeições legitimas das pessoas ou que provêm das dores causadas por uma injustiça.

Os impugnadores da sua indemnização, entre os

quaes podemos indicar PEDRAZZA ¹, CHIRONI ², GABBA ³ e CAVAGNARI ⁴, argumentam principalmente com a falta de homogeneidade entre o damno moral e a sua reparação pecuniaria e, porisso, com a impossibilidade de encontrar a unidade de medida do damno para a traduzir numa unidade de medida pecuniaria ⁵, com a grande, se não insuperavel difficuldade de praticamente apreciar o damno moral ⁶ e com o receio de offerecer mais um ensejo ao alargamento do arbitrio judicial.

Estas razões não têm, porém, obstado a que muitos escriptores, taes como LAURENT ⁷, LAROMBIÈRE ⁸, AUBRY e RAU ⁹, PESCATORE ¹⁰, SERAFINI ¹¹, LOZZI ¹², VIDARI ¹³, GIORGI ¹⁴, FERRI ¹⁵, GAROFALO ¹⁶, SAMPOLO ¹⁷, sr. DR. DIAS

¹ *Del danno morale. Giur. it.* 1892, pag. 357.

² *La colpa nel diritto civile odierno*, pagg. 222 e 224.

³ *Sul risarcimento dei danni morali. Foro it.* 1806, pag. 685.

⁴ *Scuola positiva*, 1893, pag. 981; 1894, pagg. 320 e segg.

⁵ GABBA, ob. e log. citt.

⁶ CAVAGNARI, rev. cit., 1894, pag. 372.

⁷ *Droit civil*, vol. XX, n.^{os} 522 e 525.

⁸ *Obligations*, art. 1382.^o

⁹ *Cours de droit civil*, vol. IV, pag. 705.

¹⁰ *Proced. civ. e crim.*, vol. II, pag. 252.

¹¹ *Pandette*, vol. II, pag. 367.

¹² *Del risarcimento dei danni morali. Giur. it.* 1883, pag. 139.

¹³ *Diritto commerciale*, vol. IV, 4.^a edição, pag. 174.

¹⁴ *Obligazioni*, vol. V, pagg. 340 e segg.

¹⁵ *Sociologie criminelle*, pag. 446.

¹⁶ *Riparazione alle vittime del delitto*, pag. 3.

¹⁷ *Del risarcimento dei danni morali.*

DA SILVA¹, etc., admittam a indemnização dos damnos moraes e a que algumas legislações, como o codigo suisso das obrigações² e o codigo civil allemão³, expressamente a permittam. Mas será seguro o caminho seguido por aquelles escriptores e por estas legislações?

A reputação, a honra, a tranquillidade, o socego de espirito, as affeições intimas, os laços de amizade, parecem coisas demasiado delicadas para a sua perturbação ser compensada com uma remuneração pecuniaria. Não ha equipollencia, não ha homogeneidade entre as lesões da integridade moral e qualquer reparação pecuniaria que possa neutralizá-las. Lesões moraes devem compensar-se com reparações tambem moraes, pois são bastante subtis para supportarem um calculo, para tolerarem um preço.

Este raciocinio é verdadeiro. Todavia, entrando no amago, bem no intimo dos factos, verifica-se que a lesão moral se reflecte palpavelmente na economia individual, tanto quando affecta o individuo na sua tranquillidade interior, na vida do seu espirito, como quando o fere nos laços que o prendem á sociedade. No primeiro caso, torna menos viva, menos operosa, menos duradoura a sua actividade economica e, portanto, redundando em prejuizos materiaes. «As dores phisicas ou moraes, observa VIDARI, podem exercer uma notavel influencia sobre a condição phisica da pessoa e, porisso, sobre a sua actividade economica e sobre

¹ Ob. cit., pagg. 219 a 221.

² Art. 55.º

³ Art. 728.º

os seus bens patrimoniaes»¹. No segundo, o afrouxamento, a suspensão, a interrupção ou a quebra mesmo das relações sociaes do individuo, podem privá-lo de bens que doutro modo possuiria e que constituiriam, porventura, a base material da sua existencia. E tudo isto é susceptível duma reparação pecuniaria, porque tudo representa uma diminuição effectiva do patrimonio.

Concebida assim a indemnização do damno moral, torna-se facil resolver as difficuldades apresentadas pelo seus adversarios.

Em primeiro logar desapparece a objecção fundamental baseada na falta de homogeneidade entre o damno moral e a sua indemnização pecuniaria. A equivalencia não se estabelece entre a lesão moral idealmente considerada e um preço em numerario, mas sim entre a lesão moral encarada nos seus possiveis effectos economicos e uma indemnização calculada sobre esses mesmos effectos. Não se compensa a lesão como tal, mas compensa-se o resultado prejudicial que ella acarreta ao individuo. Depois, tambem não é impossivel apreciar o damno para o traduzir numa quota de indemnização. Não se aspira a um rigor mathematico, mas simplesmente a um valor aproximativo, e para determinar este póde haver elementos bastantes, taes como a compleição moral, a posição, as qualidades e as relações do lesado, a gravidade da lesão, as circumstancias que a revestiram, o tempo e o logar em que se deu, os factos que a acompanharam ou que se lhe succederam, etc.²

¹ Legge. 1894, pag. 729.

² Sr. DR. DIAS DA SILVA, ob. cit., pag. 220,
23

Finalmente, o arbitrio judicial, que é indispensavel neste ponto, não representa um mal, mas uma condição necessaria da vida juridica moderna. Por elle é que póde attender-se ao variavel e o variavel é inseparavel das relações sociaes e, portanto, da sua regulamentação juridica. Torná-lo illustrado e condicioná-lo pela responsabilidade, e não restringi-lo inconvenientemente, é o conselho da sciencia e deve ser o caminho do legislador.

É, pois, justa a indemnização dos damnos moraes e, porisso, deve levá-los em conta a reparação indemnizadora.

b) Quanto ao criterio a seguir na determinação do *quantum* de indemnização, são tambem divergentes as opiniões dos escriptores.

Uns propõem a applicação do principio dos juriscultos romanos—*quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*¹, outros contentam-se com a congrua compensação dos prejuizos soffridos pelas victimas dos erros judiciarios², outros, finalmente, acceitando o principio da modicidade da indemnização, recusam esta aos condemnados que possuam meios de fortuna sufficientes para a dispensar³.

Qual o melhor parecer?

Não temos duvida em adherir ao terceiro. A applicação rigorosa do principio romanista podia levar á

¹ GIURATI, ob. cit., pag. 439.

² BERNARD, ob. cit., pag. 89.

³ *Journal encyclopédique*, 1 de outubro de 1782. (*Bibliothèque du législateur*, de BRISSOT DE WARVILLE, tomo IV, pagg. 255 a 257).

consequencia ou de melhor se indemnizarem os que menos se tivessem economicamente sacrificado ou de se respeitar a desigualdade economica na medida da indemnização. O primeiro inconveniente é evitado pelos sequazes tanto da segunda como da terceira opinião, emquanto aconselham uma indemnização moderada, adequada á condição social do condemnado, mas não medida pelos seus calculos financeiros. O segundo é afastado pelos partidarios da terceira opinião, que não acham justo que o estado compense um sacrificio economico a quem gosa do privilegio da fortuna. O terceiro parecer tem, assim, o merito de tirar á reparação indemnizadora qualquer apparencia de meio lucrativo e de a medir pelas necessidades do condemnado. É o parecer esboçado no fim do ultimo seculo por auctor anonymo num jornal francês ¹, insinuado por BERNARD ², talvez acceto por GREGORACI ³ e fundamentalmente reconhecido por GIURATI ⁴, o qual, embora comece por inculcar o principio romanista, termina por aconselhar a imitação da lei do ministro inglêz Burke, que mandava iniciar o pagamento dos serviços publicos pelas classes dos salarizados e entre estes pelos mais necessitados, signal de que aos *pobres* é que realmente se deve a reparação indemnizadora. GIURATI parece pensar com BERNARD: «A' ceux qui sont dans l'aisance il suffira d'obtenir une sentence de rehabilitation» ⁵.

¹ *Journal encyclopédique* cit.

² Ob. cit., pag. 89.

³ Ob. cit., pag. 109.

⁴ Ob. cit., pag. 141.

⁵ Ob. e log. citt.

e) A divergencia entre os escriptores continúa relativamente á escolha da auctoridade liquidadora da indemnização, apparecendo sobre o assumpto dois systemas principaes, um que defende a preferencia duma auctoridade de character administrativo e outro que se decide pela auctoridade judiciaria.

O primeiro systema costuma ser baseado ou na razão de que a funcção normal dos tribunaes consiste em reconhecer e sancionar obrigações juridicas e não em assegurar os deveres moraes da sociedade, ou na consideração de que attribuir a liquidação á auctoridade judicial seria torná-la juiz em cousa propria ¹. Estas bases são, comtudo, frageis de mais para sustentar o systema. A primeira funda-se numa imperfeita comprehensão da natureza da reparação, julgando-a um favor, uma graça do estado, quando ella constitue um direito do individuo. O estado não indemniza porque se compadeça do innocente no exercicio duma funcção disericcionaria, mas sim porque tem obrigação de reparar uma lesão juridica. «A indemnização, diz GREGORACI, não é uma *obrigação de consciencia*, mas uma verdadeira obrigação civil da qual deve julgar o magistrado, o unico competente em harmonia com a indole das suas funcções» ². A segunda não passa dum mal entendido, pois a apreciação do damno e a medida da indemnização são uma consequencia dum facto anterior, o reconhecimento do erro judiciario. Contra a competencia da auctoridade judicial para conceder a

¹ GREGORACI, ob. cit., pagg. 102 e 103; GIURATI, ob. cit., pagg. 441 e segg.

² Ob. cit., pag. 102.

revisão ou para a effectuar é que poderia talvez argumentar-se desta maneira. Mas então levar-se-iam muito longe as impressões desfavoraveis dos julgadores resultantes dum intenso espirito de classe, e tão longe que chegar-se-ia logicamente a reconhecer ou a inutilidade de quaesquer recursos dentro do poder judicial, pois poderia dizer-se que ainda ahi se ventilava a causa da magistratura, ou a sua attribuição a uma auctoridade estranha áquelle poder, o que seria contrario a tudo que existe e a todas as tendencias da evolução juridica. Um magistrado pôde sentir repugnancia em reconhecer e confessar os seus erros ou a sua prevaricação, mas isso não auctoriza a considerar suspeita toda a magistratura para verificar e emendar os erros voluntarios ou involuntarios dos seus membros. Não vemos, portanto, razão para deslocar do poder judicial a liquidação da reparação indemnizadora.

O segundo systema offerece tres variantes de interesse, uma que escolhe sempre o tribunal da revisão, outra que acceta alternativamente esse tribunal ou o tribunal civil, segundo no processo existam ou não elementos sufficientes para calcular o damno, e outra, finalmente, que se limita a conceder ao innocente rehabilitado uma acção de perdas e danos perante o tribunal civil. A primeira variante, apresentada por BONNEVILLE¹ e adoptada entre nós pelos projectos NAVARRO DE PAIVA (1874)² e BERNARDINO PINHEIRO³,

¹ Ob. cit., tomo II, pag. 688.

² Art. 666.º

³ Art. 10.º

foi seguida pela lei francêsa de 1895¹. A segunda, que é a do nosso decreto de 1895 e da lei de 1896², prende-se com os trabalhos da escola italiana sobre a reparação ás victimas do delicto. No congresso de Roma propôs FIORETTI que esta reparação fosse liquidada pelo juizo criminal que julgasse da pena, devendo, comtudo, tal liquidação ser attribuida ao juizo civil, quando offerecesse difficuldades e exigisse o conhecimento de mais elementos que os constantes do processo³. Estas idêas, recebidas por GAROFALO na sua importante monographia sobre o assumpto⁴, inspiraram evidentemente o redactor do decreto e da lei citada, segundo se deixa ver do seu artigo 12.º: «Na sentença será arbitrada ao reo, quando este assim o tenha requerido, a justa indemnização do prejuizo que houver soffrido com o cumprimento da pena, se no processo existirem elementos necessarios para fazer aquelle arbitramento, e, no caso contrario, será a indemnização fixada em processo ordinario nos termos da legislação vigente». A terceira liga-se com o principio geral da delimitação da competencia civil e criminal e foi a preferida pelo codigo civil⁵, pelo projecto VILHENA⁶, pela reforma penal de 1884⁷, pelo codigo penal de 1886⁸ e pelo ultimo projecto NAVARRO DE PAIVA⁹.

¹ *Cod. inst. cr.*, ref., art. 446.º

² Art. 12.º

³ *Actas do congresso de Roma.*

⁴ *Riparazione*, etc., pag. 60.

⁵ Art. 2403.º

⁶ Art. 8.º

⁷ Art. 89.º, n.º 3, § 6.º

⁸ Art. 126.º, n.º 3, § 6.º

⁹ Art. 421.º

A eleição entre estes matizes do systema não pôde ser duvidosa. O primeiro tem o defeito de provocar uma resolução menos acertada do juizo penal, quando lhe faltem elementos de apreciação, ou de obriga-lo a proceder a averiguações que não entram na esphera normal das suas funcções. O ultimo pôde levar ao inconveniente de muitas vezes se delongar inutilmente a liquidação. O segundo offerece a vantagem de aproveitar o que ha de util e eliminar o que ha de nocivo em cada um dos outros. A sua adopção produz uma notavel economia de trabalho sem prejudicar o resultado final da liquidação. Bem andou, pois, o nosso legislador em o preferir. Observaremos, todavia, que na doutrina de FIORETTI e GAROFALO podia colher-se mais alguma coisa de proveitoso. Propõem os dois escriptores que, quando a liquidação passe para o juizo civil, se conceda uma reparação antecipada e provisoria ás victimas do delicto para acudir ás suas necessidades mais urgentes. Devia entrar um elemento identico na organização do systema preferido pela nossa lei, a fim de ser facilitada a reintegração (*reclassification*) social do innocente absolvido. A prevenção contra os individuos saídos da prisão, a duvida ácerca da sua culpabilidade ou da sua innocencia e mesmo a difficuldade duma rapida collocação profissional, devem contrabalançar-se por alguma fórma e a concessão antecipada duma quota pecuniaria é um bom meio pratico de o conseguir.

d) O desaccordo dos escriptores ainda apparece a respeito da fórma da responsabilidade do estado, optando uns pela responsabilidade subsidiaria e decidindo-se outros pela responsabilidade immediata.

Os partidarios da responsabilidade subsidiaria fazem

recair a responsabilidade immediata sobre o participante do crime, sobre a parte civil, sobre as testemunhas ou sobre a propria auctoridade judicial. Os defensores da responsabilidade immediata limitam-se a conceder ao estado uma acção de regresso contra estas entidades, quando ellas dolosa ou culposamente tenham dado causa á condemnação.

Onde estará a superioridade de perfeição e, portanto, uma razão de preferencia ?

Parece-nos facillima a solução do problema. A acção penal inicia-se, desinvolve-se e ultima-se por interesse da sociedade, em nome da utilidade geral. A penalidade já não tem um character privado. O seu fim é ou deve ser fundamentalmente social. O erro judiciario representa, assim, o producto da acção protectora das conveniencias publicas. O denunciador, a parte civil, a testemunha, o funcionario não são mais que instrumentos da acção do estado. Ao estado, pois, e não a qualquer outra entidade deve a victima duma condemnação injusta pedir a indemnização dos damnos que soffreu. Segundo o rigor scientifico, só é logica a responsabilidade immediata. Mas, se a denuncia e a accusação particular constituirem uma calumnia, se o depoimento testemunhal fôr um perjurio e se o julgamento se transformar num acto de negligencia, de imprudencia ou de prevaricação, ainda ha de prevalecer a responsabilidade immediata do estado ? Sem duvida. A temeridade, a calumnia, o perjurio, a negligencia, a imprudencia, a prevaricação, são elementos de desordem a serviço do estado. Elle que os elimine ou que os neutralize, mas que não obrigue o innocente ao novo sacrificio de lutar com elles.

Em summa, desde que se admitta em principio a

responsabilidade do estado, pensamos que já não é legitimo discutir estas proposições: contra o estado uma acção directa em favor da victima do erro judiciario; ao estado uma acção de regresso contra quem foi causa proxima da condemnação.

e) Uma das difficuldades movidas contra a reparação social dos erros judiciarios é, como vimos, o encargo que tal instituição acarreta para o thesouro publico. Já em outro logar escrevemos o que intendemos a seu respeito. Agora faremos algumas considerações ácerca dos meios com que o estado poderá solver a sua divida de justiça. Ás nações financeiramente desafogadas bastará que seja inscripta no orçamento geral do estado uma verba sufficiente para tal fim. Assim o fez a Baviera em 1888, creando a verba de 5000 marcos annuaes para a indemnização das victimas dos erros judiciarios ¹. Ás nações assoberbadas pelas crises financeiras, como acontece com a nossa, convém, porventura, a criação duma caixa de indemnizações alimentada pelas penas pecuniarias e por quaesquer outros proventos judiciaes e até por uma parte do trabalho dos condemnados. Esta caixa, já instituida pelo codigo leopoldino de 1786 e pelas leis penaes das duas Secilias de 1819 e defendida por um semnumero de escriptores a partir de BRISSOT DE WARVILLE ², poderia fornecer os fundos necessarios para reparar convenientemente os damnos materiaes causados pelos erros judiciarios ³.

¹ FERRI, ob. cit., pag. 447.

² GREGORACI, ob. cit., pag. 56, nota 1.^a

³ FERRI, ob. e log. citt.

f) Para concluir estas ligeiras reflexões sobre a reparação indemnizadora, vamos referir a questão da sua prescriptibilidade.

Sobre este ponto são as opiniões extraordinariamente oppostas, indo os escriptores desde a imprescriptibilidade absoluta até á prescripção no breve termo de tres meses¹. No meio desta divergencia, procura GREGORACI estabelecer um termo medio, fixando em cinco annos o prazo da prescripção do direito á indemnização do damno propriamente causado pela condemnação injusta e fazendo prescrever num anno o direito a pedir a restituição das multas e custas occasionadas pelo processo². GIURATI, sem fazer distincção alguma, decide-se pela prescripção ordinaria de trinta annos³.

Para a boa solução da questão parece-nos necessaria a distincção de GREGORACI, embora se não aceitem as suas conclusões.

A rehabilitação do condemnado, com a declaração concomitante da sua innocencia, constitue evidentemente o estado em divida para com elle das multas e custas que lhe haja imposto. O estado não deve locupletar-se nem remunerar os seus empregados com o producto da espoliação dum innocente. A este cabe por justiça uma acção de restituição sujeita ás regras da prescripção em materia civil. Até aqui com GIURATI, não deixando de lembrar, com CIMBALI, que se torna necessario encurtar os prazos da prescripção, porque

¹ GREGORACI, ob. cit., pag. 106.

² Ob. e log. citt.

³ Ob. cit., pagg. 447 e segg.

o *longi temporis spatium* exigido pelas legislações vigentes para sancionar as modificações das relações jurídicas destôa das condições presentes da vida social ¹.

Relativamente aos prejuizos resultantes da acção damnificadora do erro judiciario, aproximamo-nos dos defensores da imprescriptibilidade. Essa parte da reparação indemnizadora, se tem por fim neutralizar os efeitos economicos duma condemnação injusta, salvando o innocente das desgraças a que pôde arrasta-lo a miseria, deve tornar-se effectiva sempre que taes efeitos se tornem sensiveis e possam verificar-se. Marcar aqui limites seria contrariar a indole e o destino da instituição.

Para completar o estudo dos efeitos da revisão *pro reo*, falta-nos considerar a hypothese das condemnações excessivas.

Pôde dar-se o caso muito natural de, no processo de revisão, se reconhecer a existencia duma condemnação superior á exigida pela gravidade do delicto e acontecer que a pena já soffrida se considere demasiada em relação á capacidade criminosa do delinquente. Ainda aqui prevalecerá a justiça da reparação? Assim o pensamos. O excesso da condemnação ou da pena soffrida representa para o condemnado um sacrificio singular do numero daquelles que elle não deve ao estado pelo facto de não pesarem egualmente sobre todos os membros do corpo social, e, portanto, deve ser compensado pela reparação. Esta doutrina

¹ *La nuova fase del diritto civile*, pag. 349.

constitue evidentemente uma exigencia logica dos principios em que baseamos a reparação social dos erros judiarios.

28. Passemos a ponderar os effeitos da revisão *pro societate*. Aqui pouco mais faremos do que resumir o que deixamos escripto em paginas anteriores. Como particularização do principio do justo equilibrio entre os direitos do individuo e o interesse da sociedade, defendemos a revisão das sentenças absolutórias injustas e a revisão das sentenças condemnatorias insufficientes. Agora temos de acceitar as consequencias logicas desta doutrina ¹.

A funcção ritologica da revisão *pro societate* consiste em verificar se o reo absolvido será realmente um criminoso ou se uma condemnação penal não será bastante para inutilizar a perversidade do condemnado. Os effeitos desta especie de revisão são visiveis, devendo constar ou da applicação dum meio represivo ao delinquente que no primitivo processo conseguiu escapar á acção da pena ou do aggravamento da condemnação pela *reformatio in pejus*, quando o condemnado tenha sido julgado de temibilidade inferior á realmente justificada pela sua capacidade criminosa.

Fica bem discutir aqui se a *reformatio in pejus* deverá ser uma consequencia da revisão promovida em favor do accusado, quando o tribunal, em vez de se capacitar da sua innocencia ou da existencia duma condemnação excessiva, averiguar que não só se encontra em presenca dum criminoso mas ainda de que

¹ *Supra*, pagg. 222 a 254.

a pena applicada é inferior á exigida pela sua perversidade.

Os escriptores classicos e as legislações propendem para a manutenção da primitiva condemnação, sem duvida em obediencia ao principio de que as vantagens uma vez concedidas ao accusado lhe devem ser integralmente mantidas. Poderá subscrever-se esta doutrina? Parece-nos que não. Assim como a condemnação excessiva representa um sacrificio para o individuo, assim tambem a condemnação insufficiente representa um prejuizo para a sociedade. Ambas contrariam a missão scientifica da penalidade moderna emquanto se desviam do principio da maxima defesa social pelo minimo soffrimento individual e, porisso, ambas devem ser ratificadas pela *reformatio in melius* ou pela *reformatio in pejus*, até se conseguir a maxima aproximação do desejado equilibrio entre o direito individual e o interesse collectivo. Alem disso, a possibilidade da aggravação da pena applicada terá ainda a virtude de refrear a temeridade nos pedidos de revisão e constituirá mais uma garantia do bom funcionamento do nosso instituto ¹.

29. Resta-nos determinar os effectos da revisão como instituto complementar da sentença indeterminada. Tambem aqui não temos mais que recopilar doutrinas expostas.

A razão especifica da instituição da sentença indeterminada é a impossibilidade de, no momento da condemnação, adaptar o meio repressivo ao grao de temi-

¹ Supra, pag. 311.

bilidade do delinquente e o fim da revisão como seu elemento complementar consiste em realizar progressivamente aquella adaptação por meio de novos estudos feitos sobre o condemnado e sobre as condições em que se produziu o delicto. Ora, estes estudos podem levar a resultados diversos e aconselhar, portanto, soluções diferentes. Assim, os novos exames a que deve proceder-se nas revisões periodicas ou extraordinarias, executorias da sentença indeterminada, ou mostram justeza da pena applicada e a necessidade da sua continuação, e nesse caso demandam o prolongamento do meio repressivo, ou, convencendo da indispensabilidade da persistencia duma pena, patentêam a impropriedade da primitivamente imposta, e então exigem a sua substituição, ou persuadem da adaptabilidade do condemnado ao meio social e justificam a liberdade condicional, ou, por fim, advertindo do completo desapparecimento ou mesmo da não existencia da temibilidade do reo, tornam um acto de justiça a sua liberdade definitiva. Deste modo, os effectos da revisão, como instituto complementar da sentença indeterminada, podem e devem ser: a continuação do meio repressivo ou a sua substituição; a liberdade condicional ou a soltura definitiva do condemnado ¹.

¹ Supra, pagg. 89 a 99 e 194 a 222.

CAPITULO V

A revisão no direito vigente

SUMMARIO:—**30.** Principios geraes do direito portuguez em materia de revisão: 1.º a revisão é um instituto exclusivamente reparatorio; 2.º só pôde ter logar em beneficio do reo; 3.º é limitada aos casos de absoluta innocencia do condemnado; 4.º dentro destes limites é admittida em harmonia com o systema generalizador; 5.º é sempre permittida, qualquer que seja a natureza da infracção punivel; 6.º é extensiva a todas as fórmas de processo; 7.º é facultada depois da morte do condemnado; 8.º pôde ser requerida a todo o tempo e por mais que uma vez.—**31.** Rescindente: seu tribunal, seu processo, garantias que reveste e effeitos que produz.—**32.** Rescisorio: tribunal, processo e effeitos—rehabilitação do condemnado e reparação moral e pecuniaria do erro judiciario.—**33.** A revisão no processo militar.—Conclusão.

30. Neste capitulo final do nosso trabalho procuraremos synthetizar as disposições do direito vigente em materia de revisão, notaremos as suas principaes lacunas e indicaremos, em geral, o sentido em que, em nosso intender, devem ser emprehendidas algumas reformas.

Começaremos por formular os principios que delimitam o campo de acção do instituto.

1.º Segundo o direito portuguez a revisão tem um caracter exclusivamente reparatorio.

As nossas leis ainda não reconheceram o principio da sentença indeterminada, nem quanto á duração da pena nem relativamente á sua qualidade, e, porisso, tambem ainda não tiveram ensejo de organizar a revisão preventiva como uma figura judiciaria caracteristica. Bem sabemos que aquelle principio se encontra, em parte, disfarçado no direito de graça, reconhecido pela lei fundamental e pelo codigo penal como meio de perdoar, reduzir ou commutar penas aos condemnados ¹, e na instituição da liberdade condicional, creada em 1871 para menores delinquentes e ampliada em 1893 aos condemnados, pela primeira vez, a prisão cellular ou mesmo a pena de degredo quando executada segundo o art. 60.º do codigo penal ², e que a revisão preventiva, embora muito imperfeita, apparece deslocada no processo administrativo do exercicio da graça e da concessão da liberdade condicional ³. Contudo, nem a sentença indeterminada como principio, nem a revisão de character preventivo como instituto bem definido constituem elementos do nosso organismo juridico. Apenas manifestamos tendencias (inconscientes?) para o reconhecimento de duas instituições complementares exigidas pelo estado presente da sociologia criminal.

2.º A revisão só póde ter logar em beneficio do reo.

¹ Cart. Const., art. 74.º, § 7.º; *cod. pen.*, art. 126.º, n.º 2.º, §§ 2.º, 3.º e 4.º; conf. Decr. org. e reg. da penitenciaría central de Lisboa de 20 de novembro de 1884 e Dec. de 18 de maio de 1893.

² Lei de 15 de junho de 1871, art. 11.º; Lei de 6 de junho de 1893 e Regulamento de 16 de novembro do mesmo anno.

³ *Supra*, pagg. 167 e segg.

O direito penal português aceita, com a maioria das legislações modernas, o principio de que as vantagens uma vez concedidas ao accusado por uma resolução definitiva da justiça não podem ser mais tarde impugnadas ou revogadas. Pouco importa que venha a descobrir-se a culpabilidade do reo absolvido ou que elle confesse cynicamente o seu crime, e que a absolvição represente o producto dum delicto ou a condemnação se mostre evidentemente incapaz, por insufficiente, de inutilizar a capacidade criminosa do condemnado, a palavra da justiça não pôde ser substituida em favor da accusação. É uma eiva de sentimentalismo morbido, que, neste ponto, como em muitos outros, falsêa no nosso direito a função pratica da penalidade. O futuro se encarregará de a apagar, por interesse do aperfeiçoamento das instituições penaes.

3.º A revisão é limitada aos casos de absoluta innocencia do condemnado.

Temos dicto por mais duma vez que o erro judiciario prejudicial ao accusado tanto pôde consistir na condemnação dum innocente como na applicação duma pena demasiada e que em ambas as hypotheses é justificavel a revisão como processo de o verificar e necessaria a reparação como meio de o neutralizar. É, porém, verdade que só da primeira modalidade daquella especie de erro judiciario têm curado as nossas leis sobre revisão. Só della curaram as reformas judicarias de 1837 e de 1841, pois dos seus tres casos de revisão funda-se o primeiro na certeza e basêam-se os dois restantes na presumpção da innocencia do condemnado ¹;

¹ Reforma de 1837, artt. 402.º, 404.º e 407.º; reforma de 1841, artt. 825.º a 827.º, 1263.º a 1265.º e 1268.º

só della curaram os codigos de justiça militar de 9 de abril de 1875 e de 10 de janeiro de 1895, porquanto, o primeiro limitou-se a adequar ao processo militar as disposições da reforma judiciaria ¹ e o segundo contentou-se com acrescentar a essas disposições um caso de revisão já reconhecido pelos codigos francês, italiano e hespanhol, o da existencia da pessoa presumida morta pelo supposto delinquente ²; só della curaram o decreto de 1895 e a lei de 1896, como expressamente o declaram no seu art. 2.º: «Alem dos casos especificados nos artt. 1263.º, 1264.º, 1265.º e 1268.º da N. R. J., será admittida a revisão quando tiverem occorrido circumstancias que justifiquem a innocencia dos condemnados» ³; só della curou, finalmente, o codigo de justiça militar de 13 de maio de 1896, o qual não fez mais que reproduzir as disposições do codigo de 1895 ⁴. Relativamente ás condemnações excessivas, o legislador antepôs o respeito á auctoridade do julgado a quaesquer reclamações de justiça do condemnado. E o seu respeito foi tamanho, que nem quiz consentir que os tribunaes de revisão modificassem a condemnação, quando não averiguassem a completa innocencia do condemnado ⁵.

4.º Dentro dos limites apontados a revisão é admittida em quaesquer casos de erros judiciarios ⁶.

¹ Artt. 227.º, n.º 2.º e 410.º a 412.º

² Artt. 300.º, n.ºs 5.º a 9.º e 328.º, n.º 2.º

³ Conf. art. 6.º, § 1.º

⁴ Art. 300.º, n.ºs 5.º, 7.º, 8.º e 9.º e 338.º, n.º 2.º

⁵ Lei de 1896, art. 2.º

⁶ Lei cit., art. 2.º

O legislador quiz assim adoptar o systema generalizador. Fe-lo, porém, de modo tão imperfeito, que quasi chegou a trahir o seu pensamento. Em vez de estabelecer um principio unico e geral e amplo e adaptavel a quaesquer casos em que pudessem dar-se circumstancias de facto justificativas da innocencia do condemnado, preferiu addicionar esse principio aos casos de revisão da reforma judiciaria, esquecendo-se de que todos elles podem dar logar a duvidas de applicação mais ou menos extensiva, discutindo-se, por exemplo, quanto ao primeiro, se a inconciliabilidade attendivel ha de dar-se necessariamente entre sentenças condemnatorias ou se tambem pôde existir entre sentenças condemnatorias e absolutorias e se se restringe ás sentenças proferidas em contradictorio ou pôde ampliar-se a sentenças contumaciaes, e, relativamente ao segundo, se é indispensavel sempre a existencia dum processo de perjurio ou de suborno ou peita ultimado por uma condemnação effectiva, para o falso depoimento da testemunha ou o crime do jurado fundamentar o pedido de revisão, ou se pôde haver hypotheses em que se dispense a condemnação final, como quando a testemunha ou o jurado morram antes de o processo chegar á altura do julgamento ¹. E se é certo, pelo menos na nossa opinião, que estas ou outras duvidas semelhantes devem ser resolvidas no sentido da admissibilidade da revisão sempre que se dêem circumstancias demonstrativas da innocencia do condemnado, pois

¹ F. HÉLIE, ob. e vol. citt., pagg. 522 e 523; BORSONI e CASORATI, ob. cit., § 2183.º; TUOZZI, ob. cit., pagg. 33 e segg.; ORANO, ob. cit., pagg. 34 e segg.

que a ultima lei sobre revisão veio exactamente para preencher as lacunas das leis anteriores, é certo tambem que ha margem para que ellas se levantem e que pôde ser falseado o pensamento do legislador. E tudo se evitaria, se se fizesse uma reforma franca e completamente desligada das cadêas do casuismo.

5.º A revisão é sempre admittida qualquer que seja a natureza da infracção punivel.

O codigo penal, ao apresentar a rehabilitação como meio de extinguir a responsabilidade criminal, não estabelece restricção alguma e, porisso, é evidente que a revisão, que é o processo competente para a conseguir, pôde ser sempre requerida, qualquer que seja a especie da infracção punivel¹. Esta generalidade é mantida pela lei de 1896².

6.º A revisão pôde ter sempre logar qualquer que seja a fórma do processo em que se profira a condemnação³.

Relativamente aos processos ordinario, correccional e de policia correccional nenhuma duvidas offerece esta doutrina. A lei de 1896 é expressa quanto ás tres fórmas de processar. O mesmo não acontece com o processo summarissimo, creado pelo decreto n.º 2 de 29 de março de 1890⁴ e conservado pelo decreto de 15 de setembro de 1892⁵ para, em certos casos, abreviar o processo de policia correccional. O legislador,

¹ *Cod. pen.*, art. 126.º, n.º 3.º e § 5.º

² Art. 1.º

³ Lei de 1896, artt. 8.º, 9.º e 10.º

⁴ Art. 1.º, § 2.º

⁵ Art. 16.º

partindo, porventura, do presupposto de que a prisão em flagrante nunca poderia affectar um innocente, nada disse do exercicio da revisão na hypothese de a sentença condemnatoria ter sido pronunciada na nova forma de processo. Mas, se aquelle presupposto falhar, dando-se a coincidencia de uma illusão da policia ou a confusão dum tumulto, por exemplo, determinarem uma pretendida prisão em flagrante e de o preso ser afinal condemnado innocentemente em processo summarissimo, não poderá ter logar o remedio da revisão? Apesar do silencio da lei, intendemos que ainda aqui é admissivel a revisão, pois, doutro modo, não haveria meio juridico de em alguns casos sanar o erro judiciario, o que seria contra o pensamento fundamental da mesma lei. O legislador não a excluiu intencionalmente, apenas a não suppôs necessaria, deixando porrisso de regular o seu exercicio neste caso particular.

7.º A revisão é facultada ainda depois da morte do condemnado ¹.

Este preceito, harmonico com o espirito geral das legislações e como as aspirações do pensamento contemporaneo, tende a illibação da memoria da victima do erro judiciario e á reparação do damno causado á sua familia ².

8.º A revisão pôde ser pedida a todo o tempo e requerida segunda, terceira ou mais vezes, se anteriormente tiver sido recusada ou julgada improcedente.

A possibilidade de requerer a revisão em qualquer tempo resulta claramente da lei. Nem a reforma judi-

¹ Lei de 1896, artt. 15.º, 16.º e 21.º

² Relatorio do dec. de 1895, pag. 6.

ciaria nem a lei de 1896 fixam prazos limitados. A mesma clareza já não existe relativamente á admissibilidade do segundo pedido de revisão. A reforma guarda silencio e a lei só se refere a elle para o caso em que uma revisão anterior tenha sido julgada improcedente. E quando a revisão tenha sido recusada? A lei nada nos diz, mas devemos suppôr que o seu silencio não passa dum lapso, porisso que podem dar-se identicos motivos para requerer segunda vez a revisão tanto na hypothese de anteriormente ter sido recusada, como na de se ter julgado improcedente.

31. O tribunal do rescindente é o supremo tribunal de justiça, funcionando em tribunal pleno ¹.

A deliberação do supremo tribunal é independente de quaesquer diligencias, consultas, ou deliberações de entidades estranhas e, em geral, pôde ser provocada pelo condemnado ou promovida officiosamente pelo agente do ministerio publico juncto delle. Dizemos em geral, porque, depois de o condemnado ter fallecido, deixa o ministerio publico de ser parte legitima para requerer a revisão, limitando-se a legitimidade aos ascendentes, descendentes, conjuge ou irmãos do mesmo condemnado ², porque o segundo pedido de revisão só pode ser feito pelo procurador geral da corôa e fazenda ³, e, finalmente, porque, nos casos de revisão estabelecidas pela reforma judiciaria, o condemnado

¹ *N. R. J.*, artt. 20.º, n.ºs 2.º, 3.º e 4.º, 825.º a 827.º, 1263.º, 1265.º e 1268.º; Lei de 1896, art. 6.º

² Lei de 1896, art. 16.º

³ Lei cit., art. 14.º

deve dirigir-se ao ministerio publico juncto do supremo tribunal para elle promover a concessão da revisão ¹.

O processo a seguir varia, segundo o pedido de revisão se basca em algum dos fundamentos reconhecidos pela reforma judiciaria ou em quaesquer outros que façam presumir a innocencia do condemnado.

Na primeira hypothese o procurador geral da corôa, *ex officio* ou a requerimento do condemnado, informa o supremo tribunal da existencia dalguma das circumstancias que, nos termos da reforma, podem basear o pedido de revisão e requer que o mesmo tribunal passe ordem para haver á mão o processo ou os processos respectivos. O tribunal, verificando a verdade do requerido, annulla a sentença ou as sentenças impugnadas e concede a revisão ².

Na segunda, quer a revisão seja requerida pelo condemnado ³, quer seja promovida pelo ministerio publico, o tribunal decide se, em vista do allegado e de quaesquer documentos apresentados, ha fundamento para rever o processo ⁴.

Em ambas as hypotheses, a decisão será tomada segundo a fórmula empregada para as decisões do recurso de revista ⁵.

¹ *N. R. J.*, artt. 825.º, 827.º, 1263.º, 1265.º e 1268.º

² *N. R. J.*, artt. citt. e Lei de 1896, art. 4.º

³ Neste caso, o tribunal, antes de tomar qualquer deliberação, deve ouvir o ministerio publico — Lei de 1896, art. 6.º

⁴ Lei de 1896, artt. 4.º, 5.º e 6.º

⁵ *N. R. J.*, artt. 826.º, § 6.º e 827.º

Os pedidos de revisão, por motivos differentes dos da reforma judiciaria, devem ser sempre documentados e sempre baseados na evidente ou presumida innocencia do condemnado, e o accordão que conceda ou negue a revisão deve ser sempre fundamentado.

Com estas exigencias pretende a lei garantir tanto a temeridade dos requerentes como a imprudencia do tribunal. Serão razoaveis, serão sufficientes taes exigencias?

A necessidade absoluta de documentar o pedido de revisão não nos parece justificavel. Nem só de documentos podem constar os factos demonstrativos da innocencia do condemnado e, porisso, a prova documental não deve ser a unica permittida para verificar a admissibilidade do pedido de revisão. Ao tribunal do rescindente deve caber a faculdade de recorrer a todos os meios de prova que julgue convenientes para o exercicio consciencioso da sua funcção. Nem faça duvida a categoria superior do tribunal, pois, quando elle não pudesse proceder directamente ás investigações necessarias, incumbiria a tribunaes inferiores a missão de as effectuar.

A rejeição das petições tendentes a obter qualquer modificação da pena applicada na sentença condemnatoria é uma consequencia necessaria do systema de limitar o remedio revisorio aos casos de completa innocencia do condemnado.

A obrigação de motivar o accordão de concessão ou de recusa da revisão é um preceito benefico para assegurar a circumspecção do tribunal num assumpto tão serio.

Este systema de garantias devia ainda ser ampliado com a ameaça duma pena para os requerentes teme-

rarios e com a possibilidade de agravar a condenação, quando se reconhecesse que o pretendido innocente era afinal um criminoso de temibilidade superior á presumida no primeiro julgamento ¹.

A concessão da revisão nos casos estabelecidos pela reforma judiciaria suspende a execução da sentença condemnatoria ².

A procedencia do pedido de revisão deveria repôr sempre o condemnado no estado de imputação, deixando-o em condições identicas áquellas em que se encontrava antes do primeiro julgamento. A resolução favoravel do tribunal do rescindente não póde consentir que elle continue a ser considerado como um criminoso, pois que vem transformar numa simples presumpção a certeza judiciaria da sua culpabilidade. Confessar a probabilidade da innocencia dum condemnado e continuar a considera-lo como um delinquente, constitue evidentemente uma incoherencia. Estes principios foram respeitados pela reforma judiciaria, sem que o fossem pela lei de 1896, a qual nega terminantemente ao deferimento do pedido de revisão o effeito de suspender a execução da sentença condemnatoria ³. Esta lei commetteu, comtudo, a feliz incoherencia de manter a doutrina da reforma para os casos em que esta reconhece a revisão ⁴.

¹ Supra, pagg. 364 e 365.

² *N. R. J.*, artt. 1263.º, 1265.º e 1268.º; Lei de 1896, artt. 4.º e 7.º

³ Lei de 1896, art. 7.º

⁴ Lei cit., art. 4.º

32. O juízo do rescisorio é sempre um tribunal de primeira instancia, tribunal necessariamente diverso do que proferiu a primeira condemnação, quando se tractar dalgum dos casos de revisão da reforma judiciaria, e o mesmo ou differente, segundo a eleição do requerente ou o prudente aviso do tribunal do rescidente, em quaesquer outros casos de erros judicia-rios ¹.

Vê-se aqui mais uma vez o mau resultado da infeliz idéa de a lei de 1896 conservar as disposições da reforma judiciaria sobre a revisão. Ao lado do systema plausivel da attribuição facultativa do rescisorio ao tribunal do primeiro julgamento ou a um tribunal differente, segundo as circumstancias do processo, ficou o systema injustificavel da imposição obrigatoria dum tribunal sempre differente para certos casos de revisão em que podem deixar de dar-se motivos de oportunidade que aconselhem a deslocação do processo. Fôra muito melhor que o legislador dêsse mais um passo e generalizasse a todos os casos de revisão o systema que reservou para os casos novos creados pela lei de 1896.

A fórma do processo de revisão é *ordinaria, correcional* ou de *polícia correccional*, consoante a natureza do processo em que fôr proferida a condemnação ².

A revisão dos processos ordinarios effectua-se pela reiteração dalguns dos seus termos, variando, comtudo,

¹ *N. R. J.*, artt. 825.º a 827.º, 1263.º, 1265.º e 1268.º; Lei de 1896, art. 7.º

² *N. R. J.*, artt. 825.º, 827.º, 1263.º, 1265.º e 1268.º; Lei de 1896, artt. 4.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º

um pouco as formalidades empregadas, segundo a causa do pedido é ou não alguma das apontadas pela reforma judiciaria.

Nos casos da reforma, depois de o processo ou os processos baixarem ao juizo escolhido pelo supremo tribunal, procede-se a uma nova accusação e a um novo julgamento, seguindo-se todos os tramites destas duas phases do processo de querela, desde o libello accusatorio até á sentença final¹.

Nos demais casos, se a revisão fôr concedida ao proprio condemnado ou a seus ascendentes, descendentes, conjuge ou irmãos, aquelle ou estes começam por dirigir um requerimento ao juiz da revisão, pedindo a citação do ministerio publico e da parte accusadora, se a houver, para, na segunda audiencia posterior á citação, verem offerecer o articulndo e os respectivos documentos, e, se ella tiver sido promovida pelo ministerio publico, offerecerá este o articulado contra a parte accusadora, se a houver, e contra um agente especial do ministerio publico nomeado pelo juiz de entre os advogados ou, na sua falta, de entre os procuradores, menos nas comarcas em que ha mais dum delegado, porque então a nomeação será feita pelo respectivo procurador regio, seguindo-se depois, em ambas as hypotheses, todos os demais termos do processo ordinario². A lei não diz expressamente quaes os termos que hão de seguir-se ao offerecimento do articulado e dos documentos, mas, por analogia do que se faz nos casos de revisão estabele-

¹ *N. R. J.*, artt. citt.; Lei de 1896, art. 4.º

² Lei cit., art. 8.º, §§ 1.º e 2.º

cidos pela reforma judiciaria e tambem porque das palavras da lei transparece que o processo de revisão assume desde o principio um caracter contencioso, antecolha-se-nos incontestavel que semelhantes termos são do processo accusatorio. E, embora a lei continue a guardar silencio, é de ver que o libello accusatorio se transforma aqui na contestação das allegações do requerente, constituindo estes articulados a base da nova discussão.

Em ambas as variantes da fórma processal da revisão é o jury que resolve as questões de facto, devendo ser formulados quesitos não só ácerca dos factos articulados, mas tambem sobre qualquer outra circumstancia adveniente da discussão da causa ¹.

A revisão dos processos correccionaes é iniciada de modo identico á dos processos ordinarios e segue os termos caracteristicos desses processos até á audiencia final, começando pelos constitutivos da sua phase accusatoria e dando-se, como é logico, entre o requerente e o ministerio publico ou a parte accusadora uma inversão de papeis semelhante á que tem logar no processo de revisão de caracter ordinario ².

Se os processos revidendos forem de policia coreccional, a parte a quem se conceder a revisão ou o ministerio publico que a tiver promovido officiosamente dirigem um requerimento ao juiz competente, pedindo que se proceda a novo julgamento com citação do ministerio publico, nato ou nomeado nos termos acima indicados, e da parte accusadora, se a houver, seguin-

¹ Lei cit., art. 10.º

² Lei cit., art. 8.º, §§ 1.º e 2.º; Dec. n.º 2 de 29 de março de 1890, art. 3.º

do-se os restantes termos do processo até á sentença respectiva ¹.

E se o primitivo processo tiver sido summarissimo? A lei não presumiu a possibilidade da hypothese e, porisso, não a regulou. Parece-nos, comtudo, que, quando ella se dê, deve proceder-se como no caso dos processos de policia correccional, já que o processo summarissimo não é mais que um meio de abreviar o processo de policia correccional em circumstancias excepçionaes, que evidentemente se não dão quando, porventura, seja necessario recorrer á revisão dum processo summarissimo.

Para ultimar a summula dos preceitos especiaes da ritologia revisional, lembraremos que podem os condemnados, o ministerio publico ou a parte accusadora pedir, nos seus requerimentos, articulados ou contestações, que se proceda aos exames necessarios ao esclarecimento dos factos ², e que da sentença declaratoria da innocencia do condemnado deverá o ministro publico levar sempre os recursos legaes ³. Uma faculdade e uma exigência com que a lei procurou garantir a melhor investigação da verdade judiciaria e o prudente exercicio da revisão.

A sentença declaratoria da innocencia do condemnado tem como effeitos a rehabilitação do mesmo condemnado e a reparação social do erro judiciario ⁴.

¹ Lei de 1896, art. 9.º

² Lei cit., art. 9.º; Dec. de 15 de outubro de 1892, art. 20.º

³ Lei cit., art. 11.º, § 2.º

⁴ *Cod. pen.*, art. 126.º, n.º 3.º, § 5.º, 6.º e 7.º; Lei de 1896, artt. 11.º e 12.º; *Conf. Cod. civ.*, art. 2403.º

A reabilitação reintegra o condemnado innocente no seu estado de direito anterior á condemnação ¹, e a reparação tende á satisfacção do prejuizo causado pelo erro judiciario ².

A reparação é moral e pecuniaria, ou, em harmonia com as expressões que empregamos em outro logar, desaggravadora e indemnizadora ³.

A reparação desaggravadora effectua-se por meio da publicação da sentença, em tres dias consecutivos, na folha official do governo, pela sua affixação á porta do tribunal da comarca do domicilio ou residencia do rehabilitado e do daquella em que tiver sido proferida a condemnação e bem assim pelo cancellamento do registo criminal ⁴.

A reparação indemnizadora realiza-se pela entrega ao condemnado duma quantia em dinheiro paga pela fazenda nacional, quantia que represente o justo resarcimento do prejuizo soffrido pelo innocente com o cumprimento da pena ⁵. Esta especie de reparação, que tem de ser sempre requerida pelo interessado ⁶, ou é arbitrada na propria sentença absolutoria, quando no processo haja os elementos necessarios para a liquidar, ou é fixada em processo ordinario nos termos do direito commum, quando faltem aquelles elementos ⁷.

¹ *Cod. pen.*, art. cit., § 5.º; Lei de 1896, art. 11.º

² *Cod. pen.*, art. cit., §§ 6.º e 7.º; Lei de 1896, art. 11.º, § 1.º; *Cod. cit.*, art. cit.

³ Disp. citt. na nota anterior.

⁴ *Cod. pen.*, art. cit., § 7.º; Lei de 1896, art. 12.º, § 1.º

⁵ *Cod. pen.*, art. cit., § 6.º; Lei de 1896, art. 12.º; *Cod. civ.*, art. 2403.º

⁶ Dispp. e artt. citt.

⁷ *Cod. pen.* e Lei de 1896, logg. citt.

Para determinar o seu *quantum*, póde o tribunal attender aos *damnos moraes* e aos *damnos materiaes* e tanto aos *damnos emergentes* como aos *lucros cessantes*, porque a lei emprega as expressões amplas de *perdas e damnos*¹ e *prejuizos*², os quaes abrangem todas aquellas especies de *damnos*³.

A sentença de absolvição proferida no processo revisorio constitue ainda o estado na obrigação de restituir ao condemnado em pena de multa a restituição desta, quando ella já esteja cumprida⁴.

Como se vê, o nosso legislador não reconheceu a reparação reintegradora, nem procurou remediar, em certo modo, a sua falta com a antecipação duma parte da reparação indemnizadora, quando a liquidação desta, tenha de passar para os tribunaes ordinarios. O resultado será que o condemnado, pela influencia perniciosa da prisão, pela falta de amparo na sua entrada na sociedade, pela possivel prevenção contra elle existente e pela miseria que muitas vezes o espera, de innocente, virá, porventura, a transformar-se num criminoso. É mais uma lacuna importante do nosso direito revisional que o futuro deve preencher.

33. As razões geraes que justificam a revisão em materia de crimes *civis*, apoiam-na tambem em materia de crimes *militares*, motivo por que as legislações a têm ampliado aos processos e sentenças de character

¹ *Cod. civ.*, art. cit.

² *Cod. pen.* e Lei de 1896, logg. citt.

³ Sr. DR. DIAS DA SILVA, ob. cit., pag. 192.

⁴ Lei de 1896, art. 12.º, § unico.

militar. Assim o fizeram os codigos franceses de justiça militar de 4 de agosto de 1857¹ e de 10 de agosto de 1858² e os codigos penaes italianos para o exercito de terra e para a armada³, e assim o fizeram tambem os nossos codigos de justiça militar de 1875⁴, 1895⁵ e 1896⁶, bem como o decreto de 27 de fevereiro de 1895⁷ e a lei de 3 de abril de 1896⁸.

Entre nós a revisão é admittida no direito penal militar nos mesmos termos e com os mesmos effeitos que no direito penal civil, salvas as seguintes especialidades:

a) A casuistica do codigo de justiça militar, paralela á dos artt. 1263.º, 1265.º e 1268.º da reforma judicial, abrange a mais o caso do apparecimento da pessoa presumida morta pelo pretendido delinquente⁹;

b) A revisão é concedida pelo supremo conselho de justiça militar, menos quando motivada pela existencia de sentenças contradictorias das quaes umas tenham sido proferidas pelos tribunaes communs e outras pelos tribunaes militares, porque, em tal caso, o tribunal do rescindente continua sendo o supremo tribunal de justiça¹⁰;

¹ Art. 82.º

² Art. 112.º

³ BORSONI e CASORATI, ob. cit., § 2178.º

⁴ Artt. 410.º e 412.º

⁵ Artt. 300.º, n.ºs 5.º, 7.º, 8.º e 9.º e 328.º, n.º 2.º

⁶ Artt. 300.º, n.ºs 5.º, 7.º, 8.º e 9.º e 328.º, n.º 2.º

⁷ Artt. 17.º a 20.º

⁸ Artt. 17.º e 20.º

⁹ *Cod. just. milit.*, 1896, art. 300.º, n.º 9.º

¹⁰ *Cod. cit.*, art. 300.º, n.ºs 5.º, 7.º, 8.º e 9.º e 328.º, n.º 2.º

c) O deferimento do pedido de revisão suspende a execução da sentença condemnatoria nos casos parallelos aos da reforma judiciaria e quando a pena applicada fôr a de morte ¹;

d) O rescisorio pertence aos tribunaes militares do mesmo grao daquelle que profere a condemnação em primeira instancia ²;

e) A revisão das sentenças condemnatorias só pôde ter logar em tempo de paz ³;

f) O processo revisorio deve accommodar-se á natureza e termos especiaes dos processos instaurados nos tribunaes militares ⁴;

g) A sentença de rehabilitação será publicada tambem na ordem do exercito e da armada ⁵.

É tempo de recolher as velas. Percorremos, embora muitas vezes com incerteza e muitas mais com precipitação, o caminho difficil por onde nos conduziu o estudo da revisão, referindo-a ao seu apoio logico, acompanhando-a na sua formação historica, planeando a sua integração scientifica, mostrando o seu destino social e verificando o seu modo de ser no direito portuguez. Aqui vimo-la insufficiente e imperfeita na sua mesma insufficientia. Nem a sua função preventiva é conhecida, nem a sua função reparatoria é completa, nem a sua organização é simples e harmonica, nem a

¹ Lei de 1896, art. 18.º, § 1.º

² *Cod. cit.*, art. 300.º e n.ºs citt.; *Lei cit.*, art. 18.º

³ *Lei cit.*, art. 18.º, § 2.º

⁴ *Lei cit.*, art. 20.º

⁵ *Lei cit.*, art. 19.º

sua regulamentação é clara, nem os seus efeitos têm a latitude necessaria. Reformas amplas e bem pensadas e bem discutidas e bem acabadas, eis, portanto, uma necessidade urgente para os nossos legisladores. Não alimentamos a pretensão de ter proposto sempre os melhores aperfeiçoamentos, mas temos, ao menos, a convicção de que prestamos o serviço de indicar algumas lacunas no direito revisional existente e de offerecer um motivo para trabalhos mais completos e de valor. Oxalá que, desculpando ou censurando, criticando ou desprezando, *alii meliora dent*.

FIM

Indice das materias

CAPITULO I

O erro judiciario e a revisão

Paginas

1. O movimento reformador no processo criminal e o erro judiciario. — 2. Noção do erro judiciario: conceito tradicional; DOMENICO GIURATI; a nossa definição. — 3. Causas do erro judiciario. Considerações geraes. <i>a)</i> Causas objectivas. Fallibilidade dos meios instructorios: 1.º da prova testemunhal; 2.º da confissão do reo; 3.º dos exames periciaes; 4.º da organização do processo e dos recursos. A treva como teatro do crime, e a esperança da impunidade como factor da delinquencia. A pena meio de defesa, mas instrumento de repressão. A traição e a calumnia. Conclusões. <i>b)</i> Causas subjectivas: 1.º prevenção judicial; 2.º prejuizos sociaes: <i>α)</i> o homicidio ritual; <i>β)</i> os processos dos animaes; <i>γ)</i> os crimes das multidões; <i>δ)</i> as superstições; <i>ε)</i> os desvarios da opinião publica. Conclusões. — 4. O erro judiciario na evolução do processo penal. Indicações geraes. As quatro phases evolutivas do processo criminal. TARDE. <i>a)</i> O erro judiciario e o processo accusatorio — a ordalia; <i>b)</i> o erro judiciario e o processo inquisitorio — a tortura; <i>c)</i> o erro judiciario e o processo mixto — a instrução secreta e o jury; <i>d)</i> o erro judiciario e as reformas do processo penal — a suppressão do contradictorio, a arbitragem scientifica e a sentença indeterminada. — 5. O erro judiciario e a revisão. Conceito tradicional da revisão. A revisão e o caso julgado. A revisão e os recursos ordinarios. A revisão e a graça. Definição de revisão. Conclusão	1-62
---	------

CAPITULO II

Constituição evolutiva da revisão

Paginas

6. Genese natural da revisão e caracter geral da sua evolução historica. — 7. A *Revisão-graça*. Seu apparecimento no direito romano — a *supplicandi licentia* e a *retractatio*. — 8. Reapparecimento medieval da revisão. *Proposição de erros. Cartas de revisão*. — 9. A *revisão-direito*. A constituinte e a assemblêa nacional. A convenção — decreto de 15 de maio de 1793. O directorio — codigo do anno IV. O imperio — codigo de instrucção criminal de 1810. Propostas de reforma. Lei franceza de 5 de julho de 1867. — 10. Correntes do direito moderno sobre revisão. Tendencias para o predominio do *systema austriaco*. — 11. A revisão como meio de substituir o direito de graça, como processo para conceder a liberdade condicional ou impôr a detenção supplementar, e como fôrma de executar a sentença indeterminada. — 12. A revisão em Portugal. *Revisão-graça* no velho direito portuguez. Leis de D. Affonso II e D. Dinis. Ordenação affonsina. *Revisio de justitia e revisio ex speciali gratia principis*. — Ordenação manuelina. Regimento do desembargo do paço de 2 de novembro de 1562 — prohibição da revisão crime. Regimento de 27 de julho de 1582. Ordenação filippina. ALVARO VALASCO e IGNACIO PEREIRA DE SOUSA. *Revisio ex gratia specialissima*. Lei de 3 de novembro de 1768. — 13. A *revisão-direito* nas reformas legislativas em Portugal. Influencia do codigo francês. Reformas judicarias de 13 de janeiro de 1837 e de 21 de maio de 1841: *systema adoptado*. — 14. Tentativas de reforma. Projectos de LEVY MARIA JORDÃO e dos srs. NAVARRO DE PAIVA e JULIO DE VILHENA. Reforma penal de 14 de junho de 1884. Projecto de BERNARDINO PINHEIRO. — 15. Decreto dictatorial de 27 de fevereiro de 1895 e lei de 3 de abril de 1896. Estado legal e doutrinal da revisão entre nós na actualidade..... 63-125

CAPITULO III

Integração scientifica da revisão

Paginas

16. A graça como antecedente evolutivo, informador primordial e instituto concomitante da revisão. Sua constancia na historia e applicação universal na actualidade. 17. — O direito de graça perante a sciencia. Problema da sua persistencia no organismo juridico. Necessidade de integrar a sua função no poder judiciario. — 18. Tendencia da graça para uma fórmula de justiça, revelada na limitação e regulamentação do seu exercicio. — 19. Desintegração successiva do direito de graça e integração correspondente da revisão. — 20. A *graça-perdão* substituida pela revisão seguida de liberdade definitiva ou condicional. — 21. A *graça-reducção* convertida na sentença indeterminada com revisões periodicas como meio de execução. — 22. A *graça-commutação* transformada num processo de revisão tendente á melhor adaptação do meio repressivo ao caracter do delinquente. — 23. A graça e a revisão em materia politica. — 24. A revisão das sentenças absolutórias como producto do principio da integração individual-social no campo da penalidade. — 25. A generalização da revisão como unico meio legitimo de modificar os julgados criminaes. Superioridade do systema do codigo de processo criminal austriaco. — 26. Competencia de juizo e fórmula de processo em materia de revisão..... 127-312

CAPITULO IV

Efeitos da revisão

27. Efeitos da revisão *pro reo*. Reabilitação do condemnado innocente. Reparação social dos erros judiciais: sua formação evolutiva na historia da penalidade, seu fun-

damento scientifico e inconsistencia jurídica das doutrinas que a impugnam. Condemnados a que deve ser concedido uma reparação. Especies de reparação: desaggravadora, reintegradora e indemnizadora. Se a reparação indemnizadora deve attender aos danos moraes. Criterio a seguir para a fixar. Auctoridade competente para a liquidar. Se a responsabilidade do estado pelos danos causados pelo erro judiciario deve ser principal ou subsidiaria. Meios financeiros para satisfazer a indemnização. Prescriptibilidade do direito a percebe-la. Efeitos da revisão motivada por condemnações excessivas.—28. Efeitos da revisão *pro societate*: imposição duma pena ou agravamento da já applicada.—29. Efeitos da revisão de character preventivo: a continuação do meio repressivo ou a sua substituição; a liberdade condicional ou a liberdade definitiva. 313-366

CAPITULO V

A revisão no direito vigente

30. Principios geraes do direito português em materia de revisão: 1.º a revisão é um instituto exclusivamente reparatorio; 2.º só póde ter logar em beneficio do reo; 3.º é limitada aos casos de absoluta innocencia do condemnado; 4.º dentro destes limites é admittida em harmonia com o systema generalizador; 5.º é sempre permittida, qualquer que seja a natureza da infracção punivel; 6.º é extensiva a todas as fórmas de processo; 7.º é facultada depois da morte do condemnado; 8.º póde ser requerida a todo o tempo e por mais que uma vez.—31. Rescindente: seu tribunal, seu processo, garantias que reveste e efeitos que produz.—32. Rescisorio: tribunal, processo e efeitos —rehabilitação do condemnado e reparação moral e pecuniaria do erro judiciario.—33. A revisão no processo militar.— Conclusão. 367-386

Erros mais notáveis

<i>Pag.</i>	<i>Lín.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
23	3	os	as
»	»	testemunhas	testemunhos
65	»	formar	fornecer
73	23	1788	1738
88	1	incerteza	certeza
93	10	lesivas	lesivos
»	28	<i>gracia</i>	<i>gracia</i>
95	1	1881	1861
101	27	causas	cousas
106	29	1892	1872
145	7	do estado	de estado
149	7, 13 e 31	GUIAU	GUYAU
156	29	pronunciadas	pronunciadas as sen- tenças condemnato- torias
171	15	sociai	social
176	30	CARLETTA	CARLETTI
181	19	encontram	encontrem
184	7	18 do	18 de maio do
282	»	senão	se não
318	26	BEROLZHEIMER	BERALZHEIMER
319	15	a seguinte	o seguinte
336	»	idêa	da idêa
350	29	reparação	reputação



