

Tratado Theorico e Pratico

DAS

PROVAS NO PROCESSO PENAL

TRATADO
THEORICO E PRATICO
DAS PROVAS

NO
PROCESSO PENAL

POR

José da Cunha Návlarro de Paiva

Do Conselho de Sua Magestade, Juiz de Direito de Segunda Instancia,
Adjunto do Juiz Relator do Tribunal Superior
de Guerra e Marinha, Socio Correspondente da Academia Real
das Sciencias de Lisboa, da Associação dos Advogados
da mesma cidade, do Instituto de Coimbra e da União Internacional
de Direito Penal da Allemanha



COIMBRA
LIVRARIA PORTUGUEZA E ESTRANGEIRA

DO EDITOR

Manoel de Almeida Cabral

163 — Rua de Ferreira Borges — 165 — 3

1895

AO

ILLUSTRÍSSIMO E EXCELENTÍSSIMO SENHOR
CONSELHEIRO

JOSÉ LUCIANO DE CASTRO PEREIRA CORTE REAL

*Conselheiro d'Estado, Par do Reino,
Ministro e Secretario d'Estado Honorario, Vogal do Supremo
Tribunal Administrativo,
Gran-Cruz da Ordem de Torre e Espada,
e de differentes ordens estrangeiras.*

Porto. — Typ. Occidental

Em homenagem aos seus serviços de-
za de estadista e parlamentar, e em re-
conhecimento da elevada consideração pela
sua provada competência e apurado cri-
tério em negócios de administração pu-
blica e de jurisprudência.

O. D. x C.

O autor.

CARTA

DIRIGIDA AO AUCTOR

PELO ILL.^{mo} E EX.^{mo} SNR. CONSELHEIRO

José Joaquim da Silva Amado

Leite cathedraico e professor da cadeira de medicina-legal na escola
medico-cirurgica de Lisboa

*Ill.^{mo} e Ex.^{mo} Snr. Conselheiro José da Cunha Navarro de
Paiva.*

Teve v. ex.^a a extrema benevolencia de mostrar-me alguns capitulos do seu «*Tratado das Provas no Processo Penal*», proporcionando-me occasião de ler bastantes paginas de um livro de utilidade incontestavel para os medicos que tem de exercer as funcções de peritos nos exames medico-legaes.

E' indubitavel que a melhor comprehensão e o estado attento e minucioso das *provas* tem contribuido muito poderosamente para o aperfeçoamento da jurisprudencia. Desde o tempo em que se consideravam melhores provas as que provinham de uma supposta intervenção divina, ou pelos *combates judicarios*, ou pelas *ordalias* do ferro em brasa, da agua quente, da agua fria, da cruz, da eucharistia, do jejum, e tantas outras, — desde quando se admittia, como prova, o *juramento do reu* affirmando a sua innocencia, — em que se acceptava a *prova dos conjuradores* assegurando a innocencia do reu, sem serem testemunhas dos factos incriminados,

— quando se reputava a *rainha das provas a confissão do reu*, o que conduzia naturalmente a provocar essa confissão pela *tortura previa* — até à intervenção de *peritos* que, em razão dos seus conhecimentos especiaes, podem proceder a exames technicos, tendo por fim observar bem factos, que só podem ser devidamente apreciados por quem possuir esses conhecimentos, e tire de sua cuidadosa observação as conclusões convenientes para o esclarecimento da justiça — que enorme distancia percorrida, que immenso progresso realzado!

A *Constituição Carolina* promulgada em 1532, tornando obrigatória a intervenção de peritos medicos no processo penal, deu um passo muito avançado no bom caminho; d'então para cá os esforços dos legisladores, dos juriconsultos e dos medicos-legistas tem tido por objecto melhorar cada vez mais este importante serviço publico.

Póde dizer-se que a medicina legal se criou em consequencia das disposições do *Codigo de Carlos V.*

Já no seculo XVI appareceram escriptores, que estudaram por incidente alguns importantes problemas medicos sob o ponto de vista da applicação á jurisprudencia; mas foi no seculo XVII que, em Italia, foram dados á estampa os primeiros tratados de medicina legal, refiro-me ás obras de *Fortunatus Fidelis* e de *Paulo Zacchias*.

Em Portugal as Ordenações Filippinas mandaram tambem que nos casos de ferimentos se fizessem exames por dois peritos cirurgioes.

Desde o seculo XVII até agora a medicina legal tem progredido constantemente, sobretudo no presente seculo, e tanto que já não basta ser clinico instruido, medico alta e justamente conceituado para ser realmente *perito medico*; para possuir verdadeira competencia no exercicio das funções de medico-legista, e adquirir a necessaria auctoridade para resolver os complicadissimos problemas medico-legaes, é necessario uma instrução complementar theorica e pratica, que só

se póde alcançar nas escolas medicas mais bem organisadas.

N'alguns paizes, em que estes serviços estão mais aperfeiçoados, ha instituições medico-legaes, segunda e terceira, para a revisão dos pareceres dos peritos, e julgou-se conveniente regular o processo de investigação, uniformisar o methodo de estudo, e esses regulamentos muito minuciosos são obrigatorios em certos exames, principalmente para as autopsias medico-legaes, taes são os regulamentos allemão de 13 de fevereiro de 1873 e italiano de 30 de fevereiro de 1881.

Estes regulamentos carecem de reformas de tempos a tempos, sendo as modificações propostas pelos medicos especialistas mais auctorisados.

Os medicos-legistas precisam não só saber bem observar os factos medicos, mas tambem conhecer perfeitamente as disposições legaes para lhes obedecerem, e para orientarem os seus trabalhos no sentido mais proprio para facilitarem ao juiz a missão de bem julgar.

O primeiro tratado de medicina legal que se publicou em portuguez foi escripto por um abalizado juriconsulto, o conselheiro *José Ferreira Borges*, com o titulo de «*Instituições de Medicina Forense*» e sahio á luz em 1832. — Sessenta e dois annos depois v. ex.^a, que é um juriconsulto não meaos illustrado, aproveitando os progressos ininterruptos da sciencia, dá á estampa um livro, que se póde considerar o *catecumenum* do medico-legista, um guia precioso para os peritos, uma tentativa de uniformisação do methodo de investigação medica applicavel á jurisprudencia, e, se se póde divergir da opinião de v. ex.^a sobre o valor de uma ou outra indicação, é forçoso confessar que, se v. ex.^a não imitou o celebre juriconsulto *Ferreira Borges*, o qual antes de escrever o seu livro se matriculou na Universidade de Londres e frequentou os cursos dos medicos-legistas mais auctorisados do seu tempo, pelo menos v. ex.^a compulso e estudou com superior crite-

rio os tratados mais modernos e mais autorisados que se tem escripto sobre medicina-legal.

Agradecendo a v. ex.^a o prazer que me deu a leitura da sua obra inédita, permitta-me que o felicite pelo seu excellento trabalho, que hade ter sem duvida um excellento acolhimento por parte dos medicos, que tem de exercer as funcções de peritos.

Sou com a mais subida consideração

Lisboa, 30 de setembro
de 1894.

De v. ex.^a

admirador e amigo muito obrigado,

José Joaquim da Silva Amado.

PROLOGO

La somme des motifs producteurs de la certitude se nomme la preuve.

MITTERMAIER, *Traité de la preuve*, pag. 63.

La théorie des preuves a varié suivant les mœurs, les coutumes et les lumières des peuples.

FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 5^{me}, § 342.

A justiça, que outra cousa não é senão a verdade, exige uma forma de processo adequada para ser bem administrada. Na infancia das sociedades a forma do processo é singella e simples, como os costumes e hábitos dos povos. O processo usado nos tribunaes assemelha-se ao processo do pae de familias, apresentando uma forma summaria e simples.

A' medida que a sociedade, obedecendo á lei evolutiva do progresso, caminha e se desenvolve, a forma primitiva do processo tende a desaparecer para ser substituida por outra mais complexa e consentanea ao grau de desenvolvimento que aquella attinge. E' que a forma primordial do processo não podia satisfazer ás justas exigencias dos governantes e governados, nem á natureza e numero crescente de negocios que se debatem na tela judiciaria. D'aqui a adopção e o successivo desenvolvimento da forma juridica do processo, que adquire mais e mais importan-

cia á medida que a lei do progresso se faz obedecer irresistivelmente.

O scopo a que mira a justiça social é a investigação da verdade. A sociedade é tão interessada na effectiva punição do verdadeiro criminoso, como na evidente manifestação da innocencia do presumido delinquento. Para conseguir este fim, é mister recorrer ao emprego de meios adequados. Esses meios são as provas, cujo objecto consiste em verificar a existencia material do facto criminoso, a culpabilidade do agente, ou a innocencia do supposto infractor da lei penal.

A este proposito diz *Bonneville*: «Assim como nas sciencias não se admite a certeza de uma operação senão depois de se ter feito a prova, assim tambem nos processos criminaes o juiz deve abster-se de procurar unicamente as provas de culpabilidade, devendo pelo contrario investigar tudo quanto seja em descargo do arguido, a fim de que d'esta contraprova possa resultar ou a justificação d'este, ou a impossibilidade da sua innocencia.»

Se a sciencia do direito tende a satisfazer a consciencia humana pelo seu objecto, que não é senão a consagração das regras da justiça, quanto o exigem os legitimos interesses da sociedade, esta sciencia corresponde igualmente a uma necessidade da humanidade, desde que mira ao descobrimento da verdade. «Nós descobrimos a verdade, diz *Bonnier*, logo que existe conformidade entre as nossas idéas e os factos da ordem physica ou da ordem moral que desejamos conhecer. Provar é estabelecer essa conformidade. As provas de que a nossa intelligencia faz uso são os diversos meios pelos quaes ella chega ao conhecimento da verdade.»

A prova, no sentido lato, significa todo o meio directo

ou indirecto de obter o conhecimento dos factos. No sentido juridico, porém, a prova tem tido uma definição quasi tão variavel, quanta a diversidade dos tratadistas do processo. Qualquer que seja a definição que pareça mais racional, entendemos que a prova, no processo penal, comprehende o complexo de meios directos e indirectos permittidos pela lei, conducentes á verificação da existencia de um facto punivel e dos seus agentes responsaveis.

As provas representam um papel importante no processo penal, como uma parte essencial da lei *adjectiva*. Se a lei *substantiva* é a lei sancionadora do direito, a lei *adjectiva* é a que lhe dá vida e como que o materialisa. As provas são, pois, do dominio da lei *adjectiva*, como meios impreteriveis e indispensaveis para tornar effectiva a repressão do infractor da lei penal, ou para demonstrar a innocencia ou a carencia de responsabilidade criminal do presumido delinquento.

Na *Exposição justificativa* do nosso *Projecto deCodigo do Processo Penal* dissemos: «O codigo repressivo comprehende a incriminação dos factos ou omissões, a sanção da violação dos direitos individuaes e sociaes, e os meios de verificar aquelles e de tornar effectiva a punição dos seus agentes responsaveis.»

Estes meios constituem a prova, e são o objecto d'este despretencioso trabalho, que se nos afigura de algum, embora diminuto prestimo aos que lidam quotidianamente no laborioso e fatigante empenho do descobrimento do crime e dos seus agentes.

Não existindo entre nós nma monographia sobre provas em materia penal, fizemos este ousado tentame, enfeixando, consoante a ordem systematica que se nos afigurou mais racional e adequada á natureza e ás diversas phases

do processo, os preceitos e regras que devem servir de norte ao juiz e ao jurado na ardua e espinhosa tarefa do descobrimento do crime e dos seus agentes.

Apenas temos noticia dos tratados especiaes sobre provas dos inclitos jurisconsultos *Jeremias Bentham*, *Eduardo Bonnier* e *Mittermaier*, fontes preciosas d'onde haurimos copiosas noções, sendo mister recorrer a grande numero de tratadistas, entre os quaes avolta o eminente magistrado *Faustin Hélie*, para colligir elementos valiosos para a contextura d'este modesto trabalho, que representa algum cabedal de tempo e de canceiras, e que o leitor esclarecido por ventura não menosprezará.

Lisboa, 1 de março de 1894.

TRATADO DAS PROVAS

NO

PROCESSO PENAL

LIVRO I

Da prova em geral no processo penal

TITULO PRELIMINAR

Leis substantivas e leis adjectivas

1. O objecto das leis, quando são o que devem ser, consiste, segundo *Bentham* ⁽¹⁾, em produzir no maior grau possível a felicidade do maior numero. As leis que criam direitos e obrigações dizem-se leis *substantivas*, e as que tem por fim o cumprimento d'estas denominam-se leis *adjectivas*.

As leis do processo criminal são o complemento necessario e essencial das leis penaes, cuja efficacia e applicação asseguram. Se o fim da lei penal é dar uma sanção ao direito, o fim do processo é assegurar a sua completa manifestação.

2. O eminente magistrado *Faustin Hélie* ⁽²⁾ define o processo o complexo de formalidades que constituem a justiça criminal e regulam a sua acção. O insigne professor sr. *Garraud* ⁽³⁾ define-o a série de investigações feitas pela justiça para verificar as infracções e applicar as penas, e *Garsonnet* ⁽⁴⁾ considera-o o conjuncto das formulas, que os cidadãos devem seguir para obter justiça e os tribunaes para a administrar.

No artigo 4.º do nosso *Projecto deCodigo do Processo*

(1) *Traité des Preuves Judiciaires*, liv. 1.º, chap. I, II et VI.

(2) *Traité de l'instruction criminelle*, tom. I, pag. 1 à 5.

(3) *Précis de droit criminel*, n.º 5, 2.ª ed.

(4) *Cours de Procédure*, t. II, § 132, pag. 1.

Criminal ⁽¹⁾ estabelecemos, que o processo consiste no complexo de actos e formalidades prescriptas na lei para verificar a existencia das infracções, e para o descobrimento, apprehensão e punição dos seus agentes.

2. A sociedade não pôde sem imminente risco entregar por completo ao arbitrio da auctoridade constituida o modo como deve proceder em tão momentoso assumpto. E' por isso que o processo deve traçar de antemão o caminho que a justiça tem a percorrer para que esta, encadeada e captiva nas suas formulas, jámais possa desviar-se d'ellas. E' por isso que as leis positivas de todos os povos estejam a maneira por que a auctoridade judicial deve proceder e o modo como deve funcionar, em ordem a conciliar, quanto possível, dois interesses igualmente sagrados: o da sociedade, que exige a prompta e justa repressão do crime, e o do presumido delinquento, que demanda uma sólida e efficaz garantia da liberdade individual e do direito natural de defeza ⁽²⁾.

3. Segundo *Bentham* ⁽³⁾ todas as regras do processo devem tender ao conseguimento de quatro fins: — 1.º, rectidão nas decisões; 2.º, celeridade; 3.º, economia; 4.º, isenção da obstaculo superfluos.

A rectidão nas decisões, que é o fim directo do processo, consiste na sua conformidade com a lei. Desde que a decisão do juiz se conforma com a lei, o publico fica satisfeito.

Os outros fins do processo são collateraes: basta enuncial-os para os comprehender. Entretanto não é tarefa muito facil adaptar o processo a esses fins, pois que o legislador tem de lutar com firmeza contra interesses seductores e praxes inveteradas.

TITULO I

Considerações geraes

1. Em materia criminal a prova desempenha uma ardua e difficil missão. Encontra os factos consummados e com o auxilio dos vestigios que deixam restabelece o seu caracter e

como que faz reviver a sua phisionomia; verifica os actos humanos cuidadosamente subtraídos pelos seus auctores á observação; dissipa as trevas que os envolvem; descobre indícios e obtém revelações em vestigios quasi extinctos; esclarece circumstancias, que não podem ser apreciadas pelos órgãos sensorios e que se passaram no fôro intimo: taes como a imputação moral do agente, a situação do seu espirito no momento da perpetração do crime, a lucidez da sua consciencia, a sua intenção culposa ou dolosa, em uma palavra, toda a moralidade do acto sujeito ao exame e apreciação do juiz ⁽⁴⁾.

Já se vê, pois, quanto releva consignar os preceitos e regras, que devem guiar o juiz na espinhosa e difficil tarefa de averiguar a existencia do facto criminoso e descobrir os seus agentes responsaveis.

2. Segundo *Bentham* ⁽⁵⁾ considera-se prova, no sentido lato, um facto que se suppõe verdadeiro, e que se considera como devendo servir de motivo de credibilidade ácerca da existencia ou não existencia de outro facto.

Toda a prova, pois, comprehende dois factos distinctos: um que pôde chamar-se o facto *principal*, e é aquelle cuja existencia ou não existencia trata de provar-se; e outro, o facto *probatorio*, aquelle que é empregado para provar o *sim* ou o *não* do facto principal. Assim toda e qualquer decisão fundada em uma prova resulta de uma conclusão. Dado tal facto, conclue-se a existencia do outro.

3. Da definição de *Bentham* resulta que as questões ácerca da prova tem uma grande extensão, offerecendo-se em diferentes circumstancias da vida e nos negocios domesticos. Assim, o caçador que vai em demanda da sua presa, examina as pegadas na relva, os ramos quebrados, os vestigios no sólo, tudo o que possa affectar o seu olphato: tudo isto é uma prova de que a presa que elle persegue passou por alli. D'este modo vem a exercer a arte de julgar sem conhecer os principios e regras d'ella, raciocinando como por instincto. ⁽⁶⁾

4. Todavia onde a arte da prova revela toda a sua importancia é nos tribunaes. E' alli, na discussão de um pleito sustentado por magistrados e advogados habéis e práticos, que põem ao serviço da causa todos os recursos que possuem,

(1) Impresso na Imprensa Nacional em 1874.

(2) Vid. *Fawstin Hélie*, obra citada, tom. 1.º, pag. 1 a 5; *Garraud*, obra citada, n.º 5, pag. 10, 2.ª ed.; *Projecto definitivo de Código do Processo Criminal* do auctor, na «Exposição de motivos», pag. 28.

(3) Obra citada, livro 1.º, cap. 2.º

(4) *Fawstin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 341.

(5) Obra citada, liv. 1.º, cap. 4.º

(6) *Bentham*, obra citada, liv. 1.º, cap. 4.º

que se manifesta o distincto papel que a prova representa. E' ahi que a dialectica de uns e a sophisticação de outros se empunham na demonstração do asserto, que forma a sua intenção.

A arte da prova consiste, pois, em colligir os factos, verificá-los, collocá-los na ordem em que mutuamente se esclareçam, deduzindo da sua ligação e concatenação as consequências que naturalmente d'elles resultam. A prova resume-se, portanto, em um meio para conseguir um fim. ⁽¹⁾

9. Segundo *Faustin Hélie* ⁽²⁾, em these considera-se como prova todo o meio juridico de adquirir a certeza de um facto ou de uma proposição, ou, na phrase de *Mittermayer* ⁽³⁾, a somma dos motivos productores da certeza.

A prova pôde tomar-se em uma dupla acceção: como meio de chegar ao descobrimento da verdade, e como expressão de uma verdade já adquirida.

TITULO II

Da divisão da prova

10. Os tratadistas do processo penal tem apresentado diferentes especies de classificação de provas.

Procuraremos resumil-as para conhecimento dos que quizerem eximir-se ao improbo trabalho de compulsar muitos livros.

11. *Bentham* ⁽⁴⁾ divide a prova em oito especies:

1.ª Prova pessoal e prova real, segundo a origem d'ella.

A primeira é a que é fornecida por um ser humano, e é vulgarmente denominada testemunho. A segunda é a que se deduz do estado das coisas.

2.ª Prova directa, prova indirecta ou circumstantial.

Dá-se a prova directa, quando o testemunho se refere ao facto principal. Pedro vin commetter o delicto de que se trata; o seu testemunho é a prova directa do facto criminoso.

Se o depoimento se refere a qualquer outro facto que não seja o proprio delicto, mas que está de tal modo ligado com elle que, verificada a existencia d'aquelle, resulta uma pre-

sumpção mais ou menos forte da existencia d'este, n'este caso dá-se a prova indirecta. Assim, se se commetten um crime de furto em casa de um individuo e o creado foge na mesma noite em que foi commettido, este facto constitue uma prova indirecta ou circumstantial contra elle.

Todas as provas reaes são circumstanciaes. Assim, se Pedro fór accusado de ter feito um pagamento em moeda falsa, e se forem achados em sua casa diversos instrumentos destinados a fabricar moeda, taes como balancás, prensas de cunhar e serrilhas, estes factos constituem provas reaes e circumstanciaes contra elle.

3.ª Testemunho pessoal voluntario, testemunho pessoal involuntario. O primeiro é o que é prestado pela testemunha, precedendo a simples pergunta do juiz, sem o emprego de nenhum meio coercivo. O segundo é o que se põe em evidencia a despeito da vontade e de todos os seus esforços, sendo o resultado de emoções internas que se revelam na conducta, nos gestos e na phisionomia da testemunha.

4.ª Prova por depoimentos e prova por documentos, segundo a prova fór produzida na pendencia da causa, ou anteriormente a esta e sem intenção de aproveitar á mesma causa.

5.ª Prova por escripturas casuaes e prova por escripturas pre-constituídas.

Diz-se prova casual o testemunho produzido em um escripto, que não foi feito com intenção directa da parte do seu auctor de ser empregado como prova juridica: taes são as cartas missivas, as notas e assentos particulares.

Denomina-se prova pre-constituída o facto constante de um escripto authenticico, revestido das formalidades legais para ser empregado eventualmente com o caracter de prova juridica.

6.ª Prova independente de qualquer causa e prova de *empresismo*, verificando-se esta ultima especie, quando o testemunho é tirado de uma causa anterior e se refere a depoimento submettido a exame judicial, quer seja no mesmo paiz, quer em paiz estrangeiro.

7.ª Testemunho original e inoriginal.

Aquelle verifica-se quando a testemunha, que depõe ácerca do facto em questão, é a propria pessoa que esteve presente no tempo e lugar de que se trata, e que recebeu pelos seus órgãos sensorios as percepções de que dá conta. Este dá-se quando a testemunha não falla por si mesmo, mas relata o

1) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, cap. 6.º

(2) Obra citada, tom. 5.º, § 341.

(3) *Traité de la preuve*, pag. 63.

(4) Obra citada, livro 1.º, cap. 6.º

que foi dito por uma outra, que se supõe ter sido presente no tempo e lugar em questão e haver narrado os factos segundo a sua percepção immediata.

8.º Testemunho *perfeito* e testemunho *imperfeito*.

A perfeição do testemunho não significa uma perfeição absoluta, a impossibilidade de erro, mas apenas uma perfeição relativa, isto é, a ausencia de imperfeição que nos é licito conhecer e evitar.

A imperfeição na força probatoria de um testemunho pôde provir da origem d'onde dimana, ou da forma por que é prestado.

Verifica-se a primeira hypothese, quando o espirito da testemunha está mal disposto para a verdade. Se a falta se refere ao seu estado intellectual, pôde resultar da concepção, do juízo, da memoria ou da imaginação, podendo cada uma d'estas faculdades ser defeitosa até o ponto de invalidar mais ou menos as asserções que ella faz. Se a falta se refere ao estado moral da testemunha, á sua vontade, a causa d'isso está em certos motivos que, na occasião presente, a impellem a mentir com uma força superior á dos motivos ordinarios que geralmente militam a favor da verdade.

Dá-se a imperfeição na forma do testemunho, sempre que esta exclue uma ou outra das provas por que se aquilata o seu mérito, em ordem a assegurar o juiz de que é exacto e completo.

12. Como synthese da classificação das provas, *Bentham* diz que ella se reduz a provas *directas* e provas *indirectas*, comprehendendo aquellas o testemunho oral de um individuo que percebeu o facto e as provas *pre-constituídas*, abrangendo estas as provas *reaes* e *circumstanciaes*, bem como as provas *originaes*.

13. *Belime* (1), reconhecendo que o fim das provas em geral consiste em esclarecer a justiça, é de opinião que, entre as classificações da prova de incontestavel utilidade, *Bentham* fez uma assás judiciosa, qual a de provas *pre-constituídas* e provas *casuaes*.

14. Embora *Raymond Bordeaux* (2) critique o notavel jurisconsulto inglez pelas multiplicadas classificações que fez das provas judiciais, considera todavia muito importante a divi-

são em provas *pre-constituídas* e provas *casuaes*. No sentir d'este escriptor, aquellas são uma especie de monumento para no futuro fazer lê de um facto ou de uma convenção; uma prevenção a fim de que a memoria d'elles se torne firme e perduravel; uma providencia para que no decurso do tempo nenhuma duvida possa suscitar-se acerca da realidade da sua existencia; um testemunho historico e invariavel para attestar o passado. A prova *litteral* ou por escripto é por elle considerada como a melhor das provas *pre-constituídas*.

Pelo contrario a prova *casual*, que tem a sua origem *ex-post facto* e está sujeita ao influxo do tempo, dos logares, dos acontecimentos, ás eventualidades provenientes das paixões, não inspira a mesma confiança.

A prova testemunhal é a principal das provas *casuaes*.

15. *Bonnier* (3) considera prova, no sentido lato, todo o meio directo ou indirecto de chegar ao conhecimento dos factos.

A prova pôde, pois, ser *directa* ou *indirecta*. Verifica-se a prova *directa* ou intuitiva, quando certos factos nos locam por assim dizer immediatamente, que nós percebemos por assim dizer sem intermedio, e cuja impressão sobre a intelligencia é tão viva como a luz sobre o órgão da vista. Dá-se a prova *indirecta* ou mediata, quando chegamos ao conhecimento dos factos por intermedio de outros factos precedentemente percebidos por via de raciocinio, que nos conduz do conhecido ao desconhecido.

A prova *directa* baseia-se na evidencia interna, que nos adverte dos factos que se passam em nós, e constitue o fundamento de todo o conhecimento. É bem conhecida a meditação de *Descartes*, quando disse: «Penso, logo existo».

A evidencia externa, menos perfeita, menos directa do que a interna, refere-se aos factos exteriores, que nós percebemos pelo órgão dos sentidos.

16. Este tratadista divide a prova em tres categorias: .

1.ª categoria: — *Experientia personalis*, — que comprehende: I Verificação do logar do crime pelo juiz (*descende sur les lieux*);

II Verificação do corpo de delicto por meio de exame por peritos (*expertise*);

(1) *Philosophie du droit*, tom. 2.º, pag. 635.

(2) *Philosophie de la procédure civile*, pag. 357.

(3) *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, n.º 1 a 3; 2.ª éd.

2.ª categoria: — *Fé no testemunho*, — que comprehende:

I Provas propriamente ditas, subdividindo-se em provas *simples*, que comprehendem: a confissão, a prova testemunhal e a afirmação do auctor;

II Provas *pre-constituídas*, — que comprehendem: 1.º, os escriptos particulares; 2.º, os títulos authenticos; 3.º, os registos dos negociantes;

3.ª categoria: — *Presumpções*, — que se dividem em *simples* e *legaes*.

17. Segundo Cubain (1), toda a prova presuppõe dois factos distinctos: o facto que deve *provar-se* e o facto *probatorio*.

Perante o jury o facto que se pretende provar é o que constitue o objecto da accusação, e o facto *probatorio* é o que se produz no recinto do tribunal e permite aos jurados, que o percebem directamente, concluir d'elle a existencia do facto que se intenta provar. O facto que carece de *provar-se* ligase, pois, ao facto *probatorio* como as consequências às premissas, como as conclusões aos principios. Ordinariamente o vínculo que liga o facto *probatorio* ao facto que se pretende provar é tão estreito, que estes dois factos parecem confundir-se, decidindo-se o espirito por uma especie de instincto, sem ter a consciencia do processo pelo qual se chega à conclusão.

Não succede, porém, o mesmo quando se trata de decisões judiciais. As conclusões, aliás facéis, do conhecido para o desconhecido são submettidas à discussão e em seguida ao exame consciencioso do juiz, que se interroga e dá severa conta a si mesmo das suas determinações.

18. Este escriptor divide as provas, segundo o seu caracter, origem e efeitos, em provas *directas*, *indirectas*, *reaes*, *pessoaes*, *perfeitas* e *imperfeitas*.

19. A prova é *directa*, quando do facto *probatorio* pôde deduzir-se immediatamente a existencia do crime, que faz objecto da accusação; e *indirecta*, quando não conduz ao facto principal senão por meio de induções tiradas de factos intermedios que são, por assim dizer, os anneis de uma cadeia, dos quaes a accusação é o ultimo termo. Assim, se uma testemunha affirmar, que viu *Pedro* matar *Paulo*, verifica-se a prova *directa*, porque da affirmação da testemunha pôde con-

cluir-se immediatamente que *Pedro* é o auctor do homicidio. Mas, se uma testemunha affirmar que, à hora em que o homicidio foi commettido, viu *Pedro* com uma faca na mão tinda de sangue, temos uma prova *indirecta*, porque da declaração da testemunha o que pôde concluir-se é que aquella hora *Pedro* tinha na mão uma faca ensanguentada. D'este facto provado não se pôde concluir para o facto principal senão por meio de induções, de raciocinios, que podem ser affirmados, sem que todavia o testemunho deixe de ser verdadeiro (2).

20. As provas *directas* teem sómente duas origens: a confissão do réu e as declarações das testemunhas, que affirmam a existencia do crime.

A existencia do crime deve ser sempre verificada por uma prova *directa*, sem a qual o conjunto de provas *indirectas* é insufficiente para intentar uma accusação. As provas *indirectas*, resultantes de factos accessorios do crime, sómente teem significação e importancia pela sua relação com o facto principal. Aquelles factos isolados e sem a prévia verificação do crime podem prestar-se a diversas interpretações e conclusões, não podendo portanto produzir a certeza. Assim, no exemplo figurado de ser encontrado *Pedro* com uma faca ensanguentada, é mister provar directamente que se commetteu um homicidio (3).

21. A origem das provas *indirectas* é quasi infinita. Ao contrario das provas *directas*, que quasi nunca se apresentam sós e desacompanhadas de outras que as corroboram, as provas *indirectas* apresentam-se muitas vezes sem provas *directas*, devendo o conjunto d'ellas supprir a falta d'estas.

As provas *indirectas* são evidentemente inferiores às provas *directas*, porque é facil errar na conclusão de um facto para a existencia de outro, sendo certo que as possibilidades do erro crescem na razão directa do numero das consequências, que é preciso percorrer para chegar ao facto que se pretende provar. Mas por outro lado a variedade de provas *indirectas* é proficua para o descobrimento da verdade, pois que quanto maior for o numero de factos e circumstancias que o juiz tem de apreciar, mais facilmente poderá attingir este fim (4).

(1) Cubain, obra citada, n.º 408.

(2) Cubain, obra citada, n.º 409.

(3) Bentham, obra citada, livro 5.º, cap. 1.º, 16.º e 17.º; Cubain, obra citada, n.º 410.

(4) *Traité de la procédure devant les cours d'assises* (1861), n.º 406. — Vid. Bentham, obra citada, liv. 1.º, cap. 4.º.

22. Cada facto probatorio, que serve de prova *indirecta*, quando se trata de o verificar, considera-se como facto principal, devendo ser completamente provado, porque um facto duvidoso, ou ainda provavel, não pôde servir de principio para uma conclusão certa e segura.

Os factos probatorios que servem de prova *indirecta* podem ser provados indirectamente, formando-se por este modo a cadeia das provas *indirectas*. Mas no ponto de partida d'esta série de provas *indirectas* encontra-se necessariamente uma prova *directa*. Assim, se *Pedro* confessa que, logo em seguida ao crime de homicidio, lavou a faca em agua, que está tinta de sangue, d'este facto deve concluir-se que a faca estava ensanguentada, sendo o estado da agua a prova *indirecta* do estado da faca, e o estado d'esta a prova *indirecta* da verdade da accusação. Nesta série de provas *indirectas* encontra-se uma prova *directa*, que é a confissão de *Pedro*, afirmando que a agua estava tinta de sangue, que foi o ponto de partida das deducções (*).

23. Como, porém, toda a prova *indirecta* procede de um facto provado directamente, é evidente que, se a prova *directa*, d'onde procede a série de provas *indirectas*, não for sufficiente, não pôde deduzir-se nenhuma conclusão certa quanto ao facto principal. D'onde resulta o principio de que as causas, que obstem a que a prova *directa* seja concludente, infirmam egualmente as provas *indirectas* que d'ella derivam (**).

24. Proviendo a força das provas *indirectas* do vinculo que liga cada facto ao facto seguinte na ordem das inducções, faltando este vinculo, as inducções não teem razão de ser. Quanto mais longa, pois, for a série dos factos que se encadeiam como provas *indirectas*, maiores são as possibilidades do erro, e menor é portanto a força probatoria d'esses factos (*).

25. Convém observar que a força probatoria de cada prova *indirecta* está na razão inversa do numero de supposições contrarias á existencia do facto, que se pretende provar, e que podem conciliar-se com a existencia do facto probatorio. Assim, o facto de se achar em poder de *Pedro* um objecto furtado a *Paulo* tende a provar indirectamente que *Pedro* é o

auctor do furto. Mas, se esta prova for isolada e desacompanhada de outras, é fallivel, porque pôde admitir-se: 1.º, que o objecto não é o mesmo que foi furtado a *Paulo*, mas semelhante; 2.º, que *Pedro* o comprou sem saber que era furtado; 3.º, que o ladrão o introduziu occultamente no bolso de *Pedro*; 4.º, que este recebeu o objecto do proprio ladrão para o restituir a *Paulo* (*).

26. Mas uma prova quasi nunca se apresenta só, e a força probatoria cresce na razão de cada nova prova que apparece. As provas *indirectas*, quando reunidas, formam um conjunto, cujas partes isoladas carecem de força, mas que no seu complexo resistem a todos os esforços. Quando de todos os lados as provas *indirectas* convergem para o facto imputado como para um centro commun, é impossivel que a convicção do juiz hesite em face de supposições inverosímeis.

O meio mais effizaz para apreciar o valor d'estas supposições é o interrogatorio do presumido delinquente, ao qual incumbe demonstrar a verosimilhança d'aquellas, e, se o não consegue, é porque as provas contra elle são concludentes. Pôde acontecer, por um fatal concurso de circumstancias, que, apesar de innocente, não possa repelliir com exito as provas *indirectas* que se apresentam contra elle, mas esta possibilidade impõe aos juizes o dever de serem prudentes e circumspectos na apreciação d'ellas (**).

27. O snr. *Garraud* (3) diz que, sob o nome de prova, se comprehende todo o meio destinado a tornar certa para o juiz, tanto a realidade do delicto, como a culpabilidade do auctor.

Segundo este criminalista, é sempre mister para formar a convicção do juiz verificar dois pontos: 1.º, que se commetteu um delicto; 2.º, que o arguido é o auctor d'elle. D'onde resulta a divisão das provas em provas *genericas*, destinadas á verificação do corpo de delicto, e provas *especificas*, tendentes a certificar a culpabilidade do accusado.

Todos os meios de prova empregados para este duplo fim podem reduzir-se a quatro categorias:

- 1.º Prova *testemunhal* (testemunhas);
- 2.º Prova *vocal* (confissão);

(1) *Cubain*, obra citada, n.º 411.

(2) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, cap. 16.º; *Cubain*, obra citada, n.º 413.

(3) *Précis de droit criminel*, n.º 449, 2.ª ed.

(1) *Cubain*, obra citada, n.º 411.

(2) *Cubain*, obra citada, n.º 412.

(3) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, cap. 10.º; *Cubain*, obra citada, n.º 413.

3.ª Prova *instrumental* (escriptos);

4.ª Prova *conjectural* (presumpções).

28. *Muyart de Vouglans* (1) considera como prova em geral tudo o que tende a esclarecer um facto que parece duvidoso, e que é contestado.

No sentir d'este escriptor, a prova em materia criminal deve tender a dois fins: verificar o facto criminoso que foi commetido, o que vale o mesmo que comprovar o corpo de delicto, e convencer a pessoa accusada de que é o auctor ou cúmplice d'este facto.

As provas são por elle divididas em cinco especies:

1.ª Processos *verbaes* dos juizes, e relatórios dos peritos para verificar o corpo de delicto;

2.ª Prova *testemunhal*;

3.ª Prova *vocal*, resultante da confissão do accusado;

4.ª Prova *litteral* ou *instrumental*;

5.ª Prova *conjectural*, proveniente de presumpções ou de outras circumstancias do processo.

TITULO III

Da prova directa

CAPITULO I

Considerações geraes

29. A existencia do crime deve ser sempre provada por meio de uma prova *directa*, sendo contudo sufficientes as provas *indirectas* para mostrar que o accusado é o auctor do crime. De feito as provas *indirectas*, que resultam de factos accessorios ao crime, sómente tem significação e importancia, porque estes factos se ligam ao crime. Se os factos são isolados, podem prestar-se a diversas explicações, e as conclusões que d'elles podem deduzir-se, não offerecem, em razão da sua propria multiplicidade, nenhum grau de certeza. Assim, no exemplo já figurado de ser encontrado *Pedro* com uma espada ensanguentada, não pôde intentar-se contra elle uma accusação, sem que se prove directamente que se com-

(1) *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturelle* (1781).

metter um homicidio, porque, na ausencia da prova d'este facto principal, a acção de *Pedro* pôde prestar-se ás mais variadas interpretações, sem que nenhuma d'ellas seja susceptivel de incriminação (1).

30. Salvo o caso de confissão, a intenção culposa sómente pôde provar-se por meio de provas *indirectas*.

Escudado na auctoridade de *Bentham*, dissemos que a prova *directa* comprehende as provas *pessoaes* e as provas *preconstituídas*.

As provas *pessoaes* derivam de duas origens: (2)

1.ª Declarações do arguido;

2.ª Testemunho das pessoas.

CAPITULO II

Da prova vocal

31. A prova vocal é a que resulta das declarações do arguido, as quaes conduzem muitas vezes ao descobrimento da verdade, e são um contraste necessario dos outros meios de prova.

O interrogatorio, disse *Bentham* (3), é o instrumento mais efficaç para obter toda a verdade. O seu principal fim consiste em esclarecer as duvidas resultantes das outras provas, podendo ser tão favoravel à innocencia como desfavoravel ao delinquente.

32. A Novíssima Reforma Judicial estatua no artigo 972.º: «Dentro das primeiras quarenta e oito horas da entrada dos presos na cadeia lhes serão necessariamente feitas perguntas pelo juiz da culpa, as quaes lhes poderão ser repetidas até à ultimação do processo preparatorio, todas as vezes que forem requeridas pelas partes, e ao juiz parecerem necessarias para a melhor indagação da verdade.» (4)

33. Segundo *Faustin Hélie* (5), o interrogatorio do argui-

(1) *Bentham*, obra citada, livro I.º, cap. 5.º; *Cubain*, obra citada, n.º 412 e 415.

(2) *Cubain*, obra citada, n.º 417.

(3) *Obra citada*, liv. II, cap. 11.

(4) É pratica constante em todos os juizos criminaes proceder aos interrogatorios dos réus afluçados, não havendo razão para se omitir este acto, que pôde concorrer poderosamente para o descobrimento da verdade.

Ver *Pereira e Sousa, Primeiras lições sobre o processo criminal*, § 84.º

(5) *Obra citada*, tomo V, § 375.º

do, feito pelo juiz de instrução, é uma tradição do processo *inquisitorial*.

Na legislação romana o interrogatorio preliminar não se verificava enquanto duravam as *questiones perpetuae*, os *judices jurati*, a accusação publica e o processo do *forum*. O encargo da prova das accusações incumbia ao accusador, competindo ao juiz, que devia permanecer impassível em face dos esforços das partes, apreciar os meios de prova produzidos por uma e outra parte e proferir a sentença. Mas eis que o processo escripto veio prestar o seu apoio ao processo oral, desde que as primeiras formas dos *judicia publica* foram alteradas, a forma do interrogatorio do arguido foi adoptada na pratica.

Todavia o interrogatorio só teve verdadeira importancia na epocha em que começou a propagar-se a forma *inquisitorial*, que tinha por unico fim a confissão do arguido, e substituiu uma prova real a todas as provas legais. D'aqui nasceram as confrontações, a tortura e os successivos interrogatorios a que o presumido delinquente era submettido.

A formalidade do interrogatorio era exigida no começo da instrução pelo artigo 10 da Ordenança Franceza de agosto de 1536 e pelo artigo 146 da Ordenança de agosto de 1539.

Importa todavia não confundir este interrogatorio, que tinha por fim provocar a confissão do arguido, com a prévia audiência d'este antes do julgamento.

31. E' principio de direito natural, que ninguém pôde ser condemnado sem ser ouvido. Tal era a disposição da lei 1.ª, *dig., de requirendis, vel abs. damn.*: «*neque inauditū causā quemquam damnari æquitalis ratio patitur.*» Tal era tambem o preceito da Ordenação, livro II, titulo 1.º, § 13.º, do Assento de 20 de julho de 1780, e do artigo 145, § 10.º, da Carta Constitucional.

32. O interrogatorio deve ser a um tempo considerado como meio de defeza e como meio de instrução, pois que tem por fim ouvir as explicações do arguido para verificar a sua exactidão e consignar as suas negativas ou confissões, e procurar nas suas declarações, satisfactorias ou contradictórias, a verdade dos factos (1).

33. *Muyart de Vouglans* (2) diz a este respeito: «Parêce que o interrogatorio, em materia criminal, foi estabelecido não

só para facilitar o descobrimento do crime, mas tambem para favorecer a defeza do accusado, proporcionando-lhe um meio de fazer valer as razões que podem servir para o justificar, meio tanto mais precioso para elle, quanto é certo que o processo é instruido sem que d'elle tenha conhecimento.»

34. O presidente *Lamoignon* (3) declara nas conferencias que precedem a Ordenança Franceza de 1670, que «interrogar os accusados era absolutamente necessario, porque é principalmente no interrogatorio que elles podem empregar os meios naturaes da sua defeza, e porque é n'esta occasião que o juiz, pela sua prudencia e auctoridade, pôde descobrir a verdade e penetrar nas dissimulações de um criminoso.»

O interrogatorio de um arguido, feito sem coacção, é por sem dvida uma garantia do direito de defeza.

35. Qual é o maior interesse, o mais ardente desejo do arguido, diz *Bentham* (4), senão afastar a nuvem que paira sobre a sua conducta, dar todas as explicações que possam derramar luz sobre ella, provocar perguntas, responder a ellas, desafiar os accusadores? Cada pormenor do interrogatorio é um anel da cadeia das provas, que attestam a sua innocencia.

36. Segundo *Faustin Hélie* (5), o fim do interrogatorio é conhecer os meios de defeza do arguido e obter a sua confissão. Se elle não produz nenhuma defeza e se limita a declarar que é o auctor do facto incriminado, qual deverá ser a força probatoria da confissão?

37. O chanceller *d'Aguessau* (6) reconhecia que a confissão era um importante começo de prova, mas que para completar a convicção era mister que existissem outras provas, que não dependessem do exclusivo reconhecimento do facto pelo arguido.

Essas provas independentes da confissão do arguido, e que resultavam de circumstancias concomitantes e eram, por assim dizer, testemunhas da sua sinceridade, serviam para attestar o grau de credibilidade das declarações do presumido delinquente.

38. Conforme o sentir dos antigos criminalistas, a confissão devia reunir as condições seguintes:

(1) *Process-verbal*, pag. 154.

(2) *Obra citada*, liv. VII, cap. II.

(3) *Obra citada*, tomo V, § 377.º

(4) *Lettres*, n.º 100.

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, t. 5.º, § 273.º

(2) *Inst. crim.*, pag. 287.

1.ª Ser apoiada em corpo de delicto;
2.ª Haver indícios em apoio da verdade das declarações do arguido;

3.ª Ser feita no interrogatorio perante o juiz, para ter o caracter de confissão judicial;

4.ª Ser feita com serenidade e não em estado de exaltação ou desespero, e de modo que elle comprehenda o alcance d'este acto;

5.ª Ser precisa e categorica ácerca do facto sobre que versa o interrogatorio, pois que, sendo restrictiva e embaraçosa, é como se não existisse;

6.ª Ser uniforme e persistente, porque, se as declarações feitas nos diversos interrogatorios forem contradictorias, é difficil admitir a sua sinceridade;

7.ª Ser livre, voluntaria e com perfeito conhecimento de causa. (1)

42. Os criminalistas dão todo o peso á confissão do arguido, quando se refere a todos os factos e circumstancias da accusação. Convém, todavia, ter em consideração que ella não é uma prova irrefragavel do facto criminoso senão quando o arguido comprehende toda a extensão e alcance das suas declarações, e quando estas são sinceras. Não são raros os exemplos de um individuo se accusar a si proprio para salvar outrem, ou para soffrer uma pena mais grave do que a que está cumprindo.

A confissão do presumido delinquente é insufficiente para prova do facto criminoso que lhe é imputado, quando se não refere a alguma prova real que a corrobore. Mas desde que as provas reaes explicam e justificam a confissão, não deve hesitar-se em considerá-la como um meio de prova sufficiente do facto attribuido. (2)

43. Outra ora a prova vocal, que consistia na confissão do accusado, era considerada como a prova mais energica e decisiva. Conforme o systema do processo secreto, o magistrado carecia de tranquillisar a sua consciencia, obtendo a confissão do presumido delinquente, e, para a conseguir, tornava-se injusto e deshumano: injusto, porque obrigava-o accusado a prestar juramento de dizer a verdade, collocando-o, na phrase do presidente Lamoignon, na necessidade de com-

metter um perjurio, negando a verdade, ou de se tornar homicida de si mesmo, reconhecendo-a; deshumano, porque condemnava o desgraçado que negava o facto imputado aos horrores da tortura, cujo fim consistia em extorquir-lhe uma confissão forçada.

44. Posto que pareça evidente que o testemunho mais convincente é o que o accusado presta contra si proprio, pois que ninguém melhor do que elle tem perfeito conhecimento dos seus actos, contudo graves duvidas se offereciam aos espiritos mais esclarecidos ácerca da força probatoria e dos caracteres de credibilidade da confissão.

Todos conhecem as antigas maximas: «*Nemo admittitur sibi nocere; — perire nemo creditur volens.*» A este proposito escreveu Quintiliano: «*Ea natura est omnis confessionis ut possit videri demens qui de se confiteatur. Hic furor impulsus est, alius ebrietas, alius errore, alius dolore.*»

A este proposito escrevemos: «Como, porém, estamos felizmente sob um regimen liberal, como estão condemnados e proscriptos todos os meios de coacção e de pressão para obter a confissão dos agentes dos crimes, como não vigora hoje a regra de que o magistrado ha mister de tranquillisar a sua consciencia, achando um ren confesso, não ha fundamento algum plausivel para não admitir este meio de prova de averiguação da culpabilidade do delinquente» (3).

45. Tem-se disputado se a confissão do accusado é indivisivel.

Em materia civil a confissão é indivisivel, como resulta da expressa disposição do artigo 2417.º do Código Civil.

Com relação, porém, á confissão do delinquente, divergem os criminalistas, sendo mais geral e fundada a opinião dos que admittem que ella é divisivel.

Não é raro que o arguido confesse o facto criminoso, que lhe é imputado, apresentando todavia restricções que alteram ou modificam o mesmo facto.

Umas vezes confessa o acto attribuido, mas nega a intenção criminosa; outras vezes confessa o crime, mas nega as circumstancias aggravantes, que o precederam, acompanharam ou seguiram; umas vezes reconhece ter praticado um delicto menos grave para encobrir outro mais grave; outras vezes faz uma narrativa verdadeira no fundo, mas acompanhada de por-

(1) Bentham, liv. 9.º, cap. vii, pag. 258.

(2) Cubain citado, n.º 430; Lagrèze, Science morale à l'usage des jures, n.º 55 e 64.

(3) Vid. a Breve Exposição de motivos do Projecto de Código do Processo Criminal, pag. 23 (1874).

menores inventados para obter o benefício de uma causa justificativa.

46. Alguns criminalistas (*) entendiam que o presumido delinquente, que confessava o facto criminoso, sem contudo provar a existência de uma causa justificativa dirimente da responsabilidade criminal, devia ser condemnado. Outros faziam a seguinte distincção: se a confissão do arguido era a única prova do crime, devia ser atendida em toda a sua extensão, sem poder ser scioidida; mas, se havia outros indícios, era permitido attendê-la em parte e repellir-a em parte. Outros escriptores não admittiam a divisão da confissão, com o fundamento de que, se ella era indivisível em materia civil, por maioria de razão o devia ser em materia criminal, aliás resultaria o absurdo de fazer inclinar o animo do juiz para a condemnação.

Se esta divergencia de opiniões podia ter razão de ser, quando vigorava o systema das *provas legaes*, actualmente não pôde justificar-se, porque a confissão constitue um elemento da convicção íntima do juiz, que não pôde encadear-se no estreito circulo da *prova legal*. O juiz tem a faculdade de apreciar e discutir todos os elementos que o processo lhe fornece, de submeter ao seu exame critico todas as provas e indícios que se lhe offerecem, de avaliar todas as declarações affirmativas e negativas do presumido delinquente, formando em face d'este conjuncto o seu juizo e íntima convicção, que é a pedra angular de todas as decisões criminaes.

N'este sentido preferiu o tribunal de cassação de França um accordão em 12 de abril de 1844, decidindo que o juiz pôde aceitar umas confissões e repellir outras, principalmente quando se reconhece que a confissão, formal em um ponto, apresenta em outro variações e contradicções, esclarecidas ou desmentidas por outras provas.

47. Importa, porém, ter em consideração, que a confissão do criminoso feita no processo preparatorio ou de instrução só deve ser atendida, se fór reiterada na audencia de julgamento.

Convém igualmente attender a que a confissão deixa de ser divisivel, sempre que a divisão seja contraria aos principios de direito civil, como acontece quando o facto que trata de provar-se é uma convenção, cuja prova é sujeita pela lei a

condições particulares. Quanto aos factos civis que só podem ser provados por meio da prova *litteral*, a lei que estatue o genero de prova a que estão sujeitos estende o seu imperio sobre o processo criminal, devendo ser respeitada e observada pelos juizes criminaes, todas as vezes que a prova do facto incriminado está subordinada á prova do facto civil.

Todavia ainda n'esta hypothese *Faustin Hélie* (†) opina, que a confissão pôde ser apreciada e dividida, se não constituir o unico fundamento da decisão, citando n'este sentido um accordão proferido pelo tribunal de cassação em julho de 1850, em que elle foi relator.

48. O interrogatorio é tambem um valioso meio de instrução, sobretudo nos crimes que não admittem fiança, em que o presumido delinquente não tem communicado com pessoa alguma, nos termos do artigo 973.º da Novissima Reforma Judicial, porque, entregues a si, sem outra inspiração mais do que a da sua consciencia, as suas declarações devem subministrar ao juiz instructor um poderoso elemento de prova.

49. Nos artigos 972.º a 986.º da citada Novissima Reforma Judicial estão consignados os preceitos que o juiz deve observar no interrogatorio. Apenas faremos algumas observações sobre alguns pontos essenciaes.

50. «Se houver co-réus no crime, a cada um d'elles se farão separadamente os interrogatorios, findos os quaes, se procederá ás acareações de uns com os outros, sempre que fór necessario para a melhor indagação da verdade.» Nov. Ref. Jud., art. 975.º

Mérin, dando a razão d'esta disposição, diz que, tornando-se os accusados do mesmo crime testemunhas uns contra os outros, convém, para obter esclarecimentos do seu respectivo interrogatorio, não os interrogar conjunctamente, pois que seria evidente que um interrogatorio em commun daria em resultado ministrar-lhes os meios de combinarem um systema de defeza e evitar as contradicções reveladoras da verdade.

51. Tem-se controvertido entre os criminalistas se o presumido delinquente pôde retractar a confissão.

Em materia civil a confissão judicial só pôde ser revogada por erro de facto, como é expresso no artigo 243.º doCodigo Civil. Se em direito civil a confissão constitue um direito adquirido para a parte adversa, não succede outro tanto no pro-

(†) *Muyart de Vouglans*, Inst. crim., pag. 324; *Faustin Hélie* citado, tomo 7, § 377.º; *Lagrèze*, obra citada, pag. 169, 2.ª ed.

(†) Obra citada, t. 5.º, § 377.º

cesso criminal, em que o juiz instructor, que tem por missão a investigação da verdade, não pôde deixar de admitir a retractação da confissão do arguido, se lhe parece sincera e em harmonia com os documentos e provas produzidas no processo preparatorio. (2)

52. O artigo 986.º da Novissima Reforma Judicial estatue: «As perguntas não serão suggestivas, nem cavilosas, nem acompanhados de dolosas persuasões, falsas promessas, ou ameaças. O juiz que violar a disposição d'este artigo ficará responsavel pelo abuso de poder.»

A disposição contida n'este artigo é um preceito salutar, que muito releva observar. Se muito importa para a tranquillidade da consciencia do juiz obter a confissão do presumido delinquent, «*reum confitentem habemus*», — se muito convém ao principio da repressão do réu confesse o delicto imputado, porque d'esta arte a consciencia publica fica satisfeita por vêr que a espada da lei cae sobre a cabeça do culpado, é todavia mister que as perguntas sejam sempre feitas sem o emprego de palavras capciosas, sem o influxo de qualquer suggestão ou meio fraudulento, ou que possa actuar no animo do interrogado para conseguir ou lhe extorquir uma confissão. Esta deve ser sempre espontanea e nunca determinada por meios directos ou indirectos, tendentes a influir na liberdade do arguido.

53. No artigo 244.º do nosso *Projecto doCodigo de Processo Penal* propozemos: «As perguntas deverão ser feitas com a maior clareza, seguindo, quanto possível, a ordem das datas e dos factos, de modo que o interrogado os comprehenda bem e possa destruil-os, devendo repetir-se quando pareça que as não comprehendem, ou quando as respostas não concordarem com ellas».

§ 1.º O juiz deverá abster-se de empregar insinuações, suggestões, promessas, injurias ou ameaças para obter a confissão do interrogado ou qualquer outra declaração.

§ 2.º O interrogado deverá estar sempre livre de ferros e algemas ou de qualquer outro meio de coacção physica, adoptando-se comtudo as medidas de precaução necessarias para não se evadir.

N'este artigo e paragraphos synthetisamos o que nos parece ser a boa doutrina, concernente a salvaguardar os legiti-

mos interesses da sociedade sem comprometter os direitos da innocencia.

54. Segundo a antiga pratica criminal franceza, o juiz instructor podia empregar meios capciosos e usar de ciladas para obter a confissão do arguido. O juiz era considerado tanto mais habil, quanto maior era o numero de subtilezas a que recorria para conseguir este resultado. Os legistas estabeleciam o principio de que era permitido fazer perguntas obscuras ou doubles: — «*judeat pro eruenda veritate potest uti interrogationibus dubiis, obscuris, et sophisticis et simulate agere*»; e que era igualmente licito usar de astucias e mentiras, uma vez que sejam tendentes a um bom fim, podendo o juiz, por exemplo, para obrigar o arguido a fallar, fazer uma promessa de impunidade: «*potest judeat ad eruendam veritatem talem promissionem impunitatis reo facere*» (1)

Faustin Hélie observa, que estes usos odiosos, combatidos pelos criminalistas do seculo XVIII, tinham-se tornado obsoletos.

55. Jousse estabelecem doutrina contraria, dizendo: «Uma regra necessaria ao juiz para interrogar bem, consiste em que as perguntas feitas ao arguido sejam claras, precisas e sem equivoco, devendo sobretudo abster-se de astucias e discursos capciosos para surpreender o presumido delinquent (2). Este meio destôa da dignidade de um magistrado, e revela mais o influxo de uma paixão do que o zelo do bem e da justiça. Assim, quando o arguido não está convencido do crime que lhe é imputado, o juiz deve abster-se de lhe dirigir perguntas como se o tivesse commetido, não o interrogando, por exemplo, se se serviu de um pau ou de uma espada para ferir ou matar. Do mesmo modo o juiz não deve suggerir as respostas ao arguido, como succederia se lhe perguntasse, se tal individuo era do numero dos que tinham commetido o crime, devendo apenas interogal-o sobre quaes eram os que com elle tomaram parte na perpetração do crime.

O juiz deve outrossim abster-se de usar do artificio de prometter a impunidade, como meio de pressão para coagir o interrogado a confessar o facto imputado, da promessa de recompensas, e do emprego de ameaças, taes como a de o tor-

(1) Faustin Hélie, obra citada, § 376.º, pag. 714. Todavia, Julio Claro acrescenta: «*Certe hæc opti mihi nunquam placuit*» (Quæst. 45, n.º 3).

(2) Concorde Cubain, obra citada, n.º 437, pag. 284.

(1) Bonnier, obra citada, n.º 302; Lagrèze, obra citada, pag. 172.

nar incommunicavel, pois que todos estes meios são injustos e tyrannicos, e actnam no animo terrificado do arguido, compellindo-o a fazer declarações e confissões contrarias á sua intenção e á verdade dos factos.»

Todavia o mesmo criminalista accrescenta, que o juiz pôde empregar a astucia e algumas vezes uma especie de surpresa e dissimulação para descobrir a verdade e obter a confissão do arguido, contanto que estes meios sejam justos e legitimos e que não se converta jámais em ministro da calumnia e da oppressão.

56. *Mangin* (1) diz a este proposito: «O juiz pôde usar de destreza e dissimulação, interrogando o arguido sem lhe dar previo conhecimento do fim das perguntas, e sem lhe commu-nicar immediatamente as provas que desmentem as suas respostas, podendo dirigir-lhe instancias sobre os factos que allega, obrigar-o a deduzir d'elles todos os pormenores, posto que saiba perfeitamente que os factos estão em contradicção com os resultados mais positivos da instrucção, e posto que os pormenores só sirvam para pôr em evidencia a má fé e as mentiras do arguido.»

57. As verdadeiras regras que o juiz deve observar no interrogatorio acham-se nas auctorisadas palavras do insigne *Faustin Hélie*. Diz elle: (2) «Não, o juiz não deve usar de uma especie de surpresa e de simulação para descobrir a verdade; não deve empregar artificios e astacias para obter revelações. A distincção entre a destreza licita e a destreza dolosa, substituida ás fraudes claramente praticadas nos tempos antigos, só tende a perpetuar, sob apparencias de justiça, abusos de instrucção que teem sido justamente stigmatisados. A justiça que, segundo a expressão de *Domat*, é a propria verdade, deve imprimir a verdade em todos os seus actos.

«Não é, pois, licito ao juiz empregar meios que, ainda no menor grau, envolvam dolo ou fraude. Usar de um rodeio, de uma reticencia, de uma circumlocução calculada anticipadamente, é enganar o arguido, é armar-lhe um laço, é tentar surprehendê-lo, ou, se elle está prevenido, é infligir-lhe uma tortura moral, pois que, vendo em cada pergunta uma cilada, pesa e mede as palavras e sómente procura repellir o ataque. A habilidade do juiz não pôde consistir senão em formular com lealdade e clareza todas as perguntas, que resultam do

estudo consciencioso dos factos. Pôde sem duvida dirigir ao arguido, mas com prudencia e reserva, exhortações racionais, demonstrar-lhe por meio de um raciocinio simples a insuficiencia e fraqueza das suas respostas; mas o magistrado que empregasse meios ardilosos, que repugnassem á sua consciencia, desceria de toda a altura da sua dignidade para desempenhar o officio de policia. O juiz deve estar prevenido contra os subterfugios do arguido, mas não os deve voltar contra elle.

«Parece-nos, pois,—continua o mesmo escriptor,—que toda a surpresa e toda a simulação devem ser proscriptas do processo de instrucção; que o direito de interrogar o arguido não importa o de o embarçar com perguntas destramente preparadas para o envolver em contradicções; que o juiz, que não procura um culpado, mas sómente a verdade, não deve substituir ao interrogatorio um combate em que o mais fraco deve necessariamente succumbir. E' sobretudo em face de arguidos illitteratos, ignorantes das formalidades da justiça, que não teem a menor noção dos direitos que a lei lhes asseguram, que muito releva fazer com a maior solicitude applicação d'esta regra.»

58. *Bonmier* (3) escreveu a este respeito: «O juiz, no interrogatorio, tacto secreto como publico, que dirige ao arguido, deve conduzi-o com habilidade, afim de alcançar insensivelmente uma confissão que elle não tinha intenção de fazer, mas que resulta forçosamente de circumstancias successivamente estabelecidas contra elle. Todavia esta habilidade não deve degenerar em dolo. Devem proscrever-se todas as perguntas capciosas e equivoacas, que impellem o accusado a dizer o contrario do que queria dizer. Não existe confissão desde que a declaração feita perante a justiça não é a livre expressão do pensamento do interrogado. Armar ciladas a um accusado é organizar contra elle uma verdadeira tortura moral.

59. «Algunas legislações, taes como a lei penal da Baviera (artigo 267, n.º 4), annullam a confissão obtida por virtude de perguntas capciosas. Mas esta nullidade é de uma applicação difficil. Qual é o limite onde terminam as perguntas licitas e onde começam as perguntas capciosas? O unico remédio verdadeiramente efficaz contra este perigo encontra-se na publicidade do interrogatorio e na assistencia do defensor aos debates. Se ha queixas, fundadas ou infundadas, acerca

(1) *Baranquez*, arr. de 1857, pag. 185.

(2) Obra citada, t. 5.º, § 376.º

(3) Obra citada, n.º 336, pag. 356.

da maneira como o interrogatorio é feito pelo juiz instructor, semelhantes queixas carecem de fundamento quanto á audiência de julgamento, em que tudo se passa em face do publico e em que o direito de defeza tem toda a latitude.»

60. Sobre este assumpto passamos a transcrever as palavras de *Lagrèze* (1), que são conceituosas: «Magistrados de outr'ora entenderam que podiam empregar o artificio para obterem a verdade. Tal era a opinião professada por alguns doutores celebres, que citavam em apoio d'ella a auctoridade do rei *Salomão*, que para descobrir a verdadeira mãe flogiu mandar matar o filho, o imperador *Claudio*, que para obrigar uma mulher a reconhecer o filho, ordenou que casasse com elle, *Carlos Magno* que, informado de que tinha sido commetido um homicidio pelo pae ou pelo filho, apparentou condemnar um e outro ao patibulo.

«Muitos legisladores modernos julgaram dever proscrever expressamente o emprego da astucia e das suggestões, mas o legislador francez não reconheceu a necessidade de estabelecer similhante prohibição.

«Os juizes do nosso tempo não descerão por certo á mentira, ainda mesmo para servirem a causa da justiça. Perguntando a todos a verdade, serão os primeiros a respeitá-la. Não ha por certo um só que não estremeça perante a idéa de impellir um innocente á perdição, enganando-o, ou exercendo um constrangimento moral sobre o seu espirito terrificado.

«O accusado é senhor das suas palavras, não podendo ser exercida sobre elle qualquer pressão sem que a lei e a humanidade sejam violadas. Os magistrados encarregados da informação convidam o arguido a que reflecta no que vai dizer; podem excitá-lo a que redima a sua culpa por uma confissão sincera, que attráia sobre elle o interesse que o arrependimento inspira, mas nada podem prometter, porque não tem o direito de agraciá-lo.

«Se ha juizes que, impellidos por um zelo exaggerado, suggerem por meio de palavras capciosas ao arguido uma confissão que o condemna, ao passo que as suas negativas poderiam ainda salvá-lo, como, por exemplo, affirmando que os seus cúmplices tudo revelaram, quando nada disseram, que estão descobertas contra elle provas esmagadoras, quando não existem mais do que simples presumpções, que lhe convém

confessar uma culpabilidade evidente para obter o beneficio de uma confissão voluntaria, esses juizes afastam-se da verdadeira linha do dever, empregando a mentira para chegarem ao descobrimento da verdade. Não basta que o fim que se propõem seja louvavel, é mister que os meios de o atingir sejam licitos.»

61. Pondera tambem o insigne *Faustin Hélie* (2), que os juizes devem abster-se de manifestar cólera e de se mostrarem muito familiares com o arguido, interrogando-o em tom firme, em que não transpareça qualquer sentimento de fraqueza ou de compaixão mal cabidas, visto como o interrogatorio é estabelecido tanto para gerar a convicção, como para assegurar a defeza do arguido.

Tal era a sentença da lei romana: «*Sed et in cognoscendo neque exandescere advenit eos quos malos putat, neque precibus calamitosorum inlacrymari oportet: id enim non est constantis et recti iudicis, cujus animi motum vultus detegit.*» (3).

Observa o mesmo escriptor, que esta regra não deve ser observada com exaggeração, devendo os juizes abster-se de manifestar qualquer irritação contra o arguido, ou de se apiedarem da sua sorte, devendo comtudo tratá-lo com humanidade, porque a dignidade da sua função não exclue a suavidade da forma, nem a affabilidade da linguagem.

62. Tem vindo em duvida se o juiz instructor pôde basear os interrogatorios não só sobre os factos e circumstancias a respeito dos quaes versa o processo, senão tambem sobre quaesquer outros de que tenha conhecimento extra-judicial.

Mugart de Vouglans (4) opina, que o juiz não pôde interrogar o arguido sobre factos que conduziriam á prova do crime, quando elle é o unico que tem conhecimento d'elles, e quando se não faz menção d'esses factos nas informações e nas memorias que lhe são ministradas, em virtude da maxima: «*judex debet judicare secundum allegata et probata.*» A este respeito observa *Faustin Hélie* (5), que o juiz deve encerrar-se estritamente no circulo traçado pelos factos submettidos ao seu exame e á sua investigação, aos quaes o interro-

(1) Obra citada, t. 5.º § 376.º, pag. 721. — Vid. *Ortolan*, *Éléments de droit pénal*, t. 2.º, n.º 297, 5.º ed.

(2) L. 19.º, § 1.º, *Dig.*, de officio præsidis.

(3) *De instr. crim.*, pag. 487.

(4) Obra citada, t. 5.º, § 376.º, pag. 721.

(1) Obra citada, n.º 62, pag. 166.

gado sómente é chamado a responder, pois que o interrogatorio é um meio de instrução e não um meio de investigação.

63. Jousse ⁽¹⁾ é de opinião que o juiz não deve dictar as perguntas ao escrivão antes da resposta do interrogado. Este modo de interrogar enerva o interrogatorio e não produz no animo do accusado a mesma impressão que elle experimentaria, se fosse interrogado directamente. Demais o tempo empregado pelo escrivão para escrever a pergunta dá aso ao interrogado para meditar a resposta. E, portanto, de toda a conveniencia que o juiz faça perguntas directas ao arguido, agnardando as respostas e redigindo afinal tanto estas como aquellas, que serão escriptas pelo escrivão.

64. Entretanto Faustin Hélie ⁽²⁾ julga preferivel a opinião de Serpillon, que entende que o juiz deve dictar claramente as perguntas feitas ao interrogado, fazel-as comprehender bem por este e esperar pacientemente a resposta, pois que é justo que o arguido tenha tempo de reflectir acerca das perguntas antes de dar as respostas, sendo muitas vezes mister accorlar as suas reminiscencias e explicar a sua conducta, sendo-lhe preciso alguns momentos para se recolher em si mesmo.

65. A este respeito a Novissima Reforma Judicial dispõe: «Artigo 978.º O réu nunca será obrigado a responder precipitadamente; as perguntas lhe serão repetidas sempre que pareça que as não comprehendem da primeira vez; esta repetição terá principalmente logar, quando a resposta não concordar com a pergunta, e n'este caso não se escreverá senão a resposta dada á pergunta repetida. Nas perguntas feitas sobre circumstancias mais particulares, ou sobre tempos mais remotos, dar-se-ha ao réu o tempo conveniente para se recordar dos factos com exactidão.»

Doutrina similhante consignamos no artigo 245.º do nosso *Projecto de Código do Processo Penal*.

66. Qual deverá ser a conducta do juiz, quando o arguido recusa responder ás perguntas?

Faustin Hélie ⁽³⁾ faz a este respeito tres distincções, dizendo que a recusa pôde versar sobre o nome e qualidades do arguido, sobre alguma excepção que este pôde oppôr, ou sobre o exercicio do direito de defeza. No primeiro caso, deve proceder-se á verificação da identidade do presumido delinquente,

sem que esta diligencia suspenda o curso do processo preparatorio. No segundo caso, o arguido pôde oppôr as excepções extinctivas de prescrição ou de caso julgado, a de incompetencia, ou falta de queixa do offendido, nos casos em que esta é condição prévia, de que depende o inicio da acção criminal. No terceiro caso, sempre que o arguido julgue conveniente á sua defeza abster-se de responder ás perguntas que o juiz instructor lhe dirige, este, depois de lhe fazer as observações que julgar adequadas, deve fazer consignar no respectivo auto o silencio do interrogado, devendo considerar-se satisfeita a formalidade do interrogatorio, o qual todavia deverá ser repetido afim de provocar da parte do arguido as necessarias explicações antes de exarado o despacho de pronuncia.

67. Tem-se ventilado a questão, se um das co-réus implicados no mesmo processo poderá requerer e obter certidão dos interrogatorios feitos a qualquer d'elles.

Os que se pronunciam pela opinião affirmativa fundam-se na latitude do direito de defeza, que não deve admittir outras restricções senão as estatuidas na lei do processo.

Pelo contrario os que entendem, que se deve recusar a um dos co-réus a mencionada certidão, adduzem os seguintes fundamentos a pró da sua opinião.

A Novissima Reforma judicial não manda dar conhecimento á parte querelante do summario, do qual fazem parte integrante os interrogatorios do réu, nem continuar o processo com vista ao advogado d'este para offerecer a contestação, como resulta das disposições dos artigos 4:004.º, 4:106.º e 4:111.º Demais o artigo 1:152.º determina, que os autos com os quesitos sejam entregues ao jury, «levando fechados e cosidos os depoimentos escriptos das testemunhas e as respostas escriptas dos réus», o que importa a idéa de que ao jury é vedado apreciar as provas escriptas da defeza. Finalmente seria pura superfluidade jantar aos autos por certidão o que existe no processo original, sendo que o conhecimento das respostas de qualquer co-réu não é essencial á defeza, visto como é permitida a acareação entre elles, nos termos dos artigos 975, 4:072.º e 4:140.º da citada Reforma ⁽⁴⁾.

A este proposito observa Cubain ⁽⁵⁾, que as declarações de um dos accusados com relação aos outros tem um valor di-

(1) T. II, p. 276.

(2) *Obra citada*, t. 5.º, § 378.º, pag. 719.

(3) *Obra citada*, t. 5.º, § 375.º, pag. 708.

(4) Vid. *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2:577 e 2:578.

(5) *Obra citada*, n.º 439, pag. 267.

minuto, quando são isoladas e não se apoiam em factos verificados e constantes, porque a sua origem é essencialmente suspeita. Quando, porém, elles declinam em outro co-rêu o facto criminoso imputado, ás suas declarações e revelações, quando accordes com os factos provados, tem uma auctoridade que dissipa todas as duvidas, e podem ser sufficientes para determinar um *veredictum* affirmativo.

CAPITULO III

Da prova testemunhal

SECÇÃO I

Considerações geraes

§§. Todas as legislações sobre o processo criminal, obedecendo a uma lei necessaria, deram ao testemunho dos homens o primeiro logar nas provas judicciarias. A lei romana dizia: «*testimoniorum usus frequens ac necessarius est*» (1). E de feito, diz *Faustin Hélie* (2), salvo o diminuto numero de factos que o juiz pôde conhecer pela sua inspecção pessoal, é forçoso que se reporte á experiencia dos outros homens, pois que não ha outro meio de verificar factos occorridos longe d'elle e que já não existem. Demais, a attestação dos homens é a prova universal de todos os factos humanos. A historia não é senão uma série de testemunhos transmitidos por um seculo aos seculos seguintes, e a experiencia geral convence-nos de que estes testemunhos, a mór parte das vezes, são conformes á verdade.

§§. A este proposito escreveu *Bentham* (3): «No commercio habitual da vida, o *sim* ou o *não* relativos a uma multidão de factos apresentam-se sob uma variedade infinita de formas. A mór parte das vezes conhecemos, que as asserções acerca de certos e determinados factos são conformes á verdade. Tendo-se reconhecido como verdadeiro o testemunho quanto a um grande numero de factos passados, somos naturalmente inclinados a crêr n'elle com relação ao presente e ao futuro. D'aqui a natural disposição para crêr.

«Por outro lado ha casos, e não muito raros, em que por

experiencia conhecemos que os testemunhos nos enganaram. D'aqui a disposição para duvidar ou para não crêr.

«Mas como as asserções verdadeiras são em maior numero do que as falsas, a disposição para crêr é o estado habitual, e o não crêr é um caso excepcional. Para não crêr, é mister que haja sempre uma causa especial, uma objecção particular.

«Se assim não fosse, os negocios sociaes não caminhariam, todo o movimento social ficaria paralisado, ninguém ousaria mover-se, porque o numero de factos sujeitos á percepção immediata de cada individuo não é senão uma gota de agua lançada no vaso, em paralelo d'aquelles de que somos informados pela referencia de outrem.

«Crê-se no testemunho humano pela mesma causa porque se crê na existencia da materia, isto é, por virtude de uma experiencia geral confirmada pela de cada individuo. Procedendo consoante a presumpção de que o testemunho humano é pela maior parte das vezes conforme á verdade, continuaremos a fazer o que temos feito até o presente. Obrando segundo a presumpção de que este testemunho é sempre falso, estacaremos ao primeiro passo, como em um paiz estranho, como em um deserto. Determinado pela persuasão de que este testemunho é muitas mais vezes falso do que verdadeiro, sofreremos em todas as phases da existencia, que assim ficará privada de todos os seus encantos, tornando-se um verdadeiro supplicio.»

30. A palavra *testemunha*, segundo a sua etymologia, deriva do latim «*testis*», e traz a sua origem das palavras «*antesto*, «*antisto*», indicando o individuo que se colloca directamente em face do objecto e conserva a imagem d'este (1).

31. As testemunhas, na phrase de *Bentham* (2) «*sont les yeux et les oreilles de la justice*». E' por meio d'ellas que o juiz vê e ouve os factos que aprecia. As perguntas que lhes dirige como que prolongam a potencia dos seus sentidos, extendendo-a ao logar e tempo em que occorreram, tornando-se em certa maneira testemunha d'elles.

32. A testemunha é a pessoa que, estando presente no momento em que o facto se realisa, attesta a verdade d'este. Desde que ella conta o que viu e ouviu, por certo não ha meio mais seguro de o saber. Os vestigios, indícios e exames va-

(1) L. I.ª, *Dig. de testibus*.

(2) *Obra citada*, t. 5, § 353.º, pag. 532.

(3) *Obra citada*, liv. I.º, cap. 7.º, pag. 40; *Bonnier*, obra citada, n.º 15.

(1) *Mittermaier*, obra citada, cap. 38.º

(2) *Obra citada*, liv. 7, cap. 1.º

tem por sem dúvida menos do que o depoimento de uma testemunha, porque, ao passo que é mister verificar e explicar aquelles, esta responde a todas as perguntas, é uma explicação viva do acontecimento, um commentario de todas as circumstancias que o revestem (2).

73. *Pereira e Souza* define testemunha a pessoa idonea para certificar a verdade por seus ditos (3).

Todavia, apesar de ser o testemunho humano um poderoso meio de descobrir a verdade, está sujeito ás imperfeições e defeitos inherentes a todas as coisas humanas.

74. A prova testemunhal, no dizer de *Morin* (4), é tão antiga como a justiça, e, sendo admitida com difficuldade para provar os contractos civis, é a base principal das decisões criminaes: «*facta per testes probantur*».

75. Os antigos juriconsultos, taes como *Julius Clarus* (5) e *Farinacius* (6), apoiando-se em um texto romano, em que o imperador *Adriano* declara — «*testibus, non testimoniis fidem adhibere*», — sustentavam que os crimes sómente podiam provar-se por testemunhas, e que o testemunho dos actos era mudo, devendo o juiz considerá-lo tal qual era, e applicar-lhe a sua propria interpretação, ao passo que a testemunha dá razão do seu dito, explica o seu depoimento e responde ás perguntas que se lhe dirigem.

Esta opinião foi combatida por *Mithaus*, que entendia que a palavra «*testimoniis*» empregada n'esta lei se applicava aos depoimentos das testemunhas reduzidos a escripto, e de nenhum modo aos actos e instrumentos que contêm a prova do crime; e que nada obsta a que estes actos se produzam a titulo de prova, sendo até preferiveis ás testemunhas, que são susceptiveis de se deixarem corromper.

76. Não faltaram escriptores que consideravam esta especie de prova como superior a todas as outras: «*Instrumenta dicuntur probatio probata*», como contendo em si a evidencia, — «*veritas evidens non probanda*» (6).

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 252.º

(2) *Primeiras lições sobre o processo criminal*, § 179.º

(3) *Répertoire gén. de droit crim.*, v.º. «*témoin*».

(4) *Quæst.* 54.ª, n.º 1.

(5) *Quæst.* 84.ª, n.º II.

(6) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 361.º

SECÇÃO II.

Das pessoas que podem ser testemunhas

77. Podem ser testemunhas no processo criminal preparatorio e no de julgamento todas as pessoas de ambos os sexos, que não sejam inhabeis por incapacidade natural, ou por disposição da lei (Nov. Ref. Jud., art.º 969.º e 1:135.º, e Cod. Civ., art. 2:509.º) (1).

78. São inhabeis para ser testemunhas por incapacidade natural:

1.º Os dementes (Nov. Ref. Jud., art. 969.º, e Cod. Civ., art. 2:510.º, n.º 1) (2);

2.º Os menores de quatorze annos. Sendo, porém, maiores de sete annos, poderão ser inqueridos como testemunhas, mas sem prestarem juramento (Nov. Ref. Jud., art. 967.º e Cod. Civ., art. 2:510.º, n.º 3) (3).

79. São inhabeis por disposição da lei para serem testemunhas:

1.º Os ascendentes, descendentes, irmãos, affins no mesmo

(1) A inibição dos artigos 969.º e 1:135.º da Reforma Judicial sómente pôde hoje referir-se ás disposições que se contêm no artigo 2:511.º do Código Civil (Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de maio de 1898, *Diário do Governo* n.º 179).

(2) Se um demente tiver presenciado um facto criminoso em um intervalo lucido, pôde ser inquerido como testemunha, achando-se no estado de lucidez de suas faculdades intellectuaes. É mister que se verifiquem estas duas condições para que um juiz prudente dê algum credito ás declarações de uma testemunha n'esta situação. *Morin*, obra citada, v.º. «*témoin*», tomo 2.º, pag. 730.

Posto que esta hypothese raro possa occorrer, entendemos que, quando haja de verificar-se, o juiz instructor deverá previamente certificar-se do estado intellectual da testemunha por meio de exame de peritos alienistas, ou, não os havendo, por facultativos idoneos.

(3) 1.ª A inquirição, no numero de oito testemunhas do sumario da querrela, de uma testemunha menor, que n'esta qualidade não tenha prestado juramento, não pôde ser contada para preencher o numero legal das testemunhas juradas (Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de junho de 1867, *Diário de Lisboa* n.º 134).

2.ª Os menores de quatorze annos, porém maiores de sete, não podem ser admitidos a fazer declarações sobre crimes de que seus paes sejam accusados, porque, se o artigo 961.º da Novissima Reforma Judicial não permite que sejam inqueridos como testemunhas, muito menos podem prestar declarações, que não são confirmadas com juramento. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 15.º, pag. 358).—Vid. tambem o tomo 8.º, pag. 474, e tomo 10.º, pag. 135.

grau, marido e mulher de alguma das partes (Nov. Ref. Jud., art. 964.º, e Cod. Civ., art. 2:514.º, n.º 2) (7);

2.º As partes particularmente offendidas, ás quaes sómente serão tomadas declarações sem juramento, quando não forem querelantes (Nov. Ref. Jud., art. 968.º) (7);

(1) 1. A incapacidade de testemunhar em juizo criminal imposta aos conjunctos mencionados no n.º 1 é fundada na presumpção de que o testemunho é susceptível de parcialidade a pro do presumido delinquento, e em um principio moral que se oppõe a que os membros da mesma familia se apresentem a depor contra os outros em um debate criminal. «*Parentes et liberi tenentur adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*», diziam as leis romanas (L. 6.º, Cod. de testibus; L. 6.º, Dig. de testibus). Faustin Helie, obra citada, tomo 5.º, § 356.º; Morin, obra citada, tomo 2.º, v.º *Alémora*, Lagrèze, obra citada, pag. 193.

Entretanto no nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal* propozemos no § 1.º do artigo 306.º: «As pessoas a que se refere o n.º 1 d'este artigo sómente são inhabéis para deporem a respeito de factos criminosos imputados aos reus, com quem tiverem parentesco, podendo ser inquiridas acerca dos factos relativos aos demais co-reus que figuram no mesmo processo, devendo declarar-se no seu depoimento que só são interrogados a respeito d'estes.»

Justificando esta disposição, dissemos na *Breve exposição de motivos*, a paginas 29: «Verificado o caso de co-participação de diferentes agentes no mesmo crime, um dos quaes tenha parentesco em linha recta ou na collateral até o segundo grau com alguma testemunha, entendemos que ella não devia ser excluída de depor com relação aos factos criminosos imputados aos co-delinquentes estranhos. Se existem razões de alta moralidade para repellir o depoimento d'esta testemunha a respeito dos parentes dentro d'aquelles graus, entendemos que a justiça social não pôde nem deve ser privada da prova que ella pôde ministrar acerca da culpabilidade dos demais co-reus, a quem não está ligada pelos vinculos do parentesco.»

2. Criminalistas distinctos sustentam, que a incapacidade natural de ser testemunha no processo criminal não comprehende:

1.º Os ascendentes naturais do accusado, porque, segundo as disposições geraes das leis, o filho natural não pertence á familia da mãe;

2.º Que a prohibição é applicavel á sogra do accusado, allada depois da morte da filha, porque a lei não faz cessar de um modo absoluto a alliança pela morte, sem filhos, da pessoa que a tinha produzido;

3.º Que é applicavel aos filhos naturais do accusado, e ao filho do primeiro matrimonio da mulher do accusado, ainda que seja adulterino, porque existe sempre um vinculo natural entre a mãe e o filho. Vid. Faustin Helie, obra citada, tomo 8.º, § 636.º; Morin, obra citada, v.º *Alémora*.

(2) Nos crimes de furto ou roubo no auto do corpo de delicto, sob pena de dez até cem mil reis, se fará expressa menção do valor da coisa roubada ou furtada; para o que se dará juramento ao roubado ou a qualquer outras pessoas, que possam fazer esta declaração (Novissima Reforma Judiciaria, artigo 309.º).

No nosso *Projecto de Código do Processo Penal*, propozemos no artigo 138.º: «Sendo necessario para a qualificação do crime determinar o valor da coisa que tiver sido objecto d'elle, ou a importância do damno que d'elle resultou, ou podia resultar, o juiz instructor tomará declarações juradas ao lesado e procederá em seguida a exame por peritos para fazerem a devida avaliação.»

3.º Os que participaram em juizo o crime, suas mulheres ou maridos (Nov. Ref. Jud., art. 961.º) (7);

4.º Os que vieram a juizo voluntariamente, sem precedencia de intimação (Nov. Ref. Jud., art. 944.º) (7);

5.º Os inimigos capitaes (Nov. Ref. Jud., art. 969.º) (7);

6.º O interprete e o escrivão do processo (Nov. Ref. Jud., art. 949.º, § 1.º).

§ 2.º O Código Penal de 10 de dezembro de 1852, publicado mais de dezanove annos depois do Código Commercial de 18 de setembro de 1833, se não reconhece a morte civil, consi-gneon os seus effeitos nos artigos 52.º e 53.º

Segundo este ultimo artigo, as incapacidades e privações

(1) 1. Determinando a lei de 18 de julho de 1855, no artigo 19.º, que nos summarios das querelas por crimes publicos não poderão ser inquiridos menos de oito testemunhas além das referidas, e inquirindo-se entre estas a que veio a juizo fazer a participação do crime, o summario fica incompleto por lhe faltar o numero legal e indispensavel (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de junho de 1863, *Diário do Governo* n.º 141; Acc. 14 nov. 1890; *Rev. Trib.*, t. 10.º, pag. 344 e 372).

2. Os que depozeram no auto de investigação não podem ser considerados como tendo participado o crime em juizo (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 1855, *Diário do Governo* n.º 989).

3. A participação dos crimes é um acto differente das declarações feitas por testemunhas em qualquer acto do processo criminal, e que só provocadas pelo seu depoimento, não podendo qualificar-se de participação a referencia que a testemunha faça a um facto criminoso diverso d'aquelle sobre que é chamada a depor, como se deduz dos artigos 891.º, 1.º 1855.º e 1.º 177.º da Novissima Reforma Judiciaria, combinados com o artigo 29.º e seguintes do Código de Instrução Criminal Francez (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 8.º, pag. 479.º).

(2) A razão d'esta prohibição é porque a testemunha que se apresenta espontaneamente a depor torna-se suspeita, quer seja a favor, quer seja contra o presumido delinquento: *Regni non formis est transgrediens vestitus*. Nov. 90.º, cap. 2.º; L. 18.º, Cod. de testibus; L. 11.º, Dig., Cod. cit.

(3) A Novissima Reforma Judiciaria não menciona os inimigos capitaes entre as pessoas excluidas de serem testemunhas no processo criminal. Declarando, porém, no artigo 969.º, que não serão admitidas por testemunhas as pessoas que por direito são prohibidas, entendemos que esta disposição generica comprehende os inimigos capitaes, a que se refere a Ordenação, liv. 8.º, tit. 56.º, § 7.º, e liv. 5.º, tit. 6.º, § 9.º—Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 10.º, pag. 134.

Na primeira d'estas Ordenações se define quem é inimigo capital, e não, para determinar o sentido vago da palavra *inimicus*, procurámos preceder no nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal*, estatuinto no § 2.º do art. 306.º: «São considerados inimigos os indivíduos, entre os quaes se der alguma das causas declaradas no § unico do artigo 46.º.» E n'este paragrafo dissemos: «São causas de inimicidã:

1.º A perpetração de algum crime que affectasse o juiz ou algum dos seus descendentes, ascendentes ou irmãos, salvo provando-se a reconciliação posterior;

2.º A perda consideravel de fortuna proveniente da decisão de algum litigio proposto pelo agente da infracção, salva igualmente a reconciliação posterior.»

que resultavam da imposição de qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão e degredo, eram: 1.º, a perda de todos os direitos politicos do condemnado; 2.º, a perda da administração de seus bens, de que não podia dispor por acto *inter vivos*; 3.º, a perda do direito á protecção das leis civis para exercer autoridade a respeito de sua mulher e de seus filhos; 4.º, não poder o condemnado ser *testemunha*, excepto para dar simples informações á justiça; 5.º, ser equiparado ás pessoas incapazes de se regerem.

O condemnado podia, porém, exercer os seus direitos civis no logar do degredo, e receber dos seus bens ou rendimentos a porção que o governo autorisasse.

§1. A Nova Reforma Penal seguiu n'este ponto doutrinas mais sãs e racionais, alterando profundamente o nosso sistema penal relativamente aos effeitos das penas.

No relatório que preceda a respectiva proposta de lei lê-se: «No capitulo relativo aos effeitos das penas inseri disposições que alteram profundamente os preceitos da legislação em vigor. A pena deve conter em si e nas circumstancias que a acompanham todos os elementos da punição dos delinquentes; se é curta a sua duração, alongue-se, e se isto não basta, applique-se outra mais grave, mas uma vez extinta, é justo e conveniente que não fique nem permanentemente, nem temporariamente o vestigio d'ella estampado nas faces do infeliz que se desviou do estado de legalidade. O homem delinqua, a sociedade offendida puna, o condemnado expia a pena, e, por consequente, está feita a liquidação da responsabilidade criminal.

«O delinquente supportou e pagou tudo quanto a sociedade exigiu d'elle em compensação da grande dívida que havia contrahido com ella, saldou a sua conta, deve entrar para o meio social no pleno gozo dos seus direitos civis e politicos.

«Se quereis que elle volte a ser bom cidadão, ao trabalho honesto e honrado, ao caminho da legalidade e da ordem, será meio heterogeneo apontal-o todos os dias ao desprezo publico, collocal-o em condições tão humilhantes como irrisorias perante a multidão, inhibindo-o de exercer direitos politicos, de ensinar, de ser tutor, procurador e até *testemunha* em qualquer acto solemne e authenticos?»

Entendemos, pois, em face do disposto nos artigos 81.º, 82.º, 83.º e 84.º da Nova Reforma Penal, a que correspondem os artigos 74.º, 75.º, 76.º e 77.º do Código Penal de 16 de setembro de 1886, que os effeitos das condemnações defi-

nitivas são *unicamente* os expressos e mencionados n'estes artigos; e, visto como em materia penal é defeza a interpretação extensiva, opinamos que actualmente os condemnados por sentença transitada em julgado não estão inhibidos de deporem como *testemunhas* perante os juizes e tribunaes criminaes (*).

§2. A Novissima Reforma Judiciaria estatuiu no artigo 965.º «Os presos não poderão ser *testemunhas*, salvo havendo sido nomeados antes da prisão, ou sobre crimes commetidos na cadeia.»

§3. *Morin* observa que o individuo, que se acha apenas em estado de arreslação, não está comprehendido na mesma exclusão em que o condemnado a uma pena afflictiva e infamante, podendo prestar juramento, competindo ao jury apreciar o seu depoimento, segundo os dictames da sua consciencia.

§4. A Ordenação, livro 3.º, titulo 56.º, § 9.º, tambem prohibia que os presos fossem inquiridos como *testemunhas*, mas, além da excepção quanto aos crimes commetidos na cadeia, limitava a prohibição aos crimes graves. Entretanto esta disposição não pôde actualmente invocar-se, em presença do preceito do artigo 2.511.º do Código Civil, que não enumera os presos entre os que não podem ser *testemunhas* (*).

§5. Os advogados, confessores, medicos, cirurgiões e parteiras não são obrigados, depondo, a revelar os segredos, que houverem obtido em razão da sua profissão (Nov. Ref. Jud., art. 966.º).

§6. O artigo 378.º do Código Penal Francez pune os medicos, cirurgiões e outros officiaes de saude, pharmaceuticos, parteiras e quaesquer outras pessoas, que revelarem os segredos que em virtude do seu estado e profissão lhes forem confiados, salvo o caso em que a lei os obriga a tornar-se denunciantes.

§7. O nosso Código Civil, no artigo 2.511.º, n.º 5.º, declara inhabéis por disposição da lei para serem *testemunhas* os que, por seu estado ou profissão, são obrigados a segredo nos negocios relativos ao mesmo estado ou profissão.

§8. Parece-nos mais racional e coasante aos interesses

(1) Vid. o nosso artigo «Dos effeitos das condemnações penaes», publicado na Revista dos Tribunaes, 4.º anno, pag. 66, e o *Boletim dos Tribunaes*, 1.º p. 587.

(2) Vid. *Direito*, tomo 1.º, pag. 82.

da repressão o preceito do artigo 966.º da Novíssima Reforma Judiciaria, que, não inhibindo de depôr em juízo os advogados, confessores, medicos, cirurgiões e parteiras, não os compelle a revelar os segredos de que são depositarios, em razão do seu estado e profissão. D'este modo se conciliam as necessidades da administração da justiça criminal com um principio não menos elevado, que não permite que sejam divulgados os segredos profissionais. Assim, a sociedade, garantindo a independencia do medico que prestou a sua assistencia ao presumido delinquente, do ecclesiastico que o ouviu de confissão, do advogado que o aconselhou, não faz mais do que fortalecer o cumprimento de deveres, que são uma necessidade social.

Campe, todavia, advertir que os mais insignes tratadistas do processo criminal entendem, que esta dispensa de depôr acerca dos segredos confiados em razão do estado e da profissão, não deve ser considerada como absoluta, devendo pelo contrario admitir restricções (1).

80. Jousse e Mugart de Vouglans opinam, que esta dispensa só deve applicar-se ás revelações que lhes foram feitas debaixo de segredo, e Faustin Hélie (2) cita o accordão do tribunal de cassação de Paris de 26 de julho de 1845, que decidiu «que todo o cidadão deve a verdade á justiça, desde que é interpellado por ella; que nenhuma profissão está dispensada d'esta obrigação de uma maneira absoluta, ainda mesmo aquellas que são obrigadas a guardar segredo, em cujo numero se comprehendem os medicos e cirurgiões, nos termos do artigo 378.º do Código Penal; que não basta, pois, que aquelle que exerce uma d'estas profissões, para se recusar a depôr, allegue que foi no exercicio da sua profissão que teve conhecimento do facto sobre o qual é exigido o seu depoimento, mas que é mister que o facto lhes tenha sido confiado debaixo do segredo a que estão adstrictos em razão de sua profissão; que, se se admittisse, pelo que respeita aos medicos e cirurgiões, que fossem dispensados de depôr, a justiça poderia ficar privada de esclarecimentos e provas indispensaveis á sua acção, segundo o capricho da testemunha, não podendo recusar-se esta dispensa em relação ás parteiras pelos inconvenientes que poderiam resultar á honra das familias e á con-

servação da vida dos cidadãos; que estes interesses exigem effectivamente nos casos particulares em que o segredo é necessario, que o doente esteja seguro de o encontrar no homem de arte a quem se confia.»

81. Faustin Hélie pondera a este respeito que a justiça não pôde ser privada dos esclarecimentos de que ha mister para chegar ao descobrimento da verdade, senão enquanto o segredo é uma necessidade inherente ao exercicio de um direito ou á defeza de um interesse, incumbindo a apreciação d'esta necessidade á pessoa de quem emana a confidencia no momento em que a deposita.

Todos concordam em que os ecclesiasticos não são obrigados a revelar os segredos confiados no acto da confissão. E' uma regra consagrada pelos concilios e pelos canones da igreja, e a consequencia rigorosa de um dos dogmas da religião catholica, pois que não é como homem, mas como ministro de Deus, que ouve as confissões: «*De illis qui homini sunt commissi in secreto per confessionem, nullo modo debet testimonium ferri; quia hujusmodi non scilicet ut homo, sed tanquam Dei minister, et majus est vinculum sacramenti quolibet hominis precepto*» (3).

Mas tem-se questionado, se o ecclesiastico pôde ser obrigado a depôr em juízo acerca de factos de que teve conhecimento por outra via que não seja a confissão, opinando os mais conceituados criminalistas que o ecclesiastico, fóra do exercicio das funcções de confessor, entra na classe commun e deve prestar o seu testemunho acerca dos factos que chegaram ao seu conhecimento, ainda que tenha jurado guardar segredo: «*juramentum non ob hoc fuit institutum ut esset vinculum iniquitatis*» (4).

82. Quando pelas respostas da testemunha o juiz conhecer que ella é inhibida nos termos da lei civil, não a admittirá a depôr, declarando isto mesmo em seguida ás respostas e assignando a testemunha com o juiz (Cod. do Proc. Civ., art. 721.º, § 2.º).

83. Os advogados estão na mesma linha que os confessores, para o effecto de não serem obrigados a revelarem as confidencias que os seus clientes lhes fazem. A lei romana consa-

(1) Faustin Hélie, obra citada, tomo 3.º, § 357.º

(2) Obra citada, § 357.º

(3) S. Thomas, q. 70.ª, art. 1.º, ad. 2.º. Rev. de Leg. e de Jur., t. 26.º, p. 88.

(4) Vid. Faustin Hélie, obra citada, tomo 5.º, § 357.º; Morin, obra citada, vbo. «*témoin*»; Farinacius, quest. 31.ª, n.º 114.

grava já este principio: «*Mandatis cavetur ut præsides attendant, ne patroni in causâ cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant*» (1).

A razão justificativa da dispensa do testemunho dos advogados em relação aos segredos dos seus clientes não procede da suspeição, que poderia affectar o seu depoimento, por se deverem suppor identificados com os interesses d'aquelles, mas resulta da necessidade impreterivel do direito de defeza. O fivre exercicio d'este direito é uma das origens da verdade e portanto um elemento essencial da justiça (2), e é o proprio interesse social que exige que a defeza seja garantida para assegurar a protecção do direito.

Depositaros dos segredos mais importantes e intimos das familias, muito releva salvaguardar a independencia da profissão de advogado, cobrindo-o de uma especie de inviolabilidade.

§3. Todavia esta dispensa, que importa uma especie de privilegio, tem limites que não podem facilmente fixar-se. Como discernir, qual o meio pelo qual os factos chegaram ao conhecimento do advogado, se foi por virtude de revelação dos clientes ou por qualquer outra via? Como discriminar, se o interesse da causa lhe impõe ou não o dever de os não revelar? Em regra geral ao advogado, como a qualquer outro cidadão, impende o dever de noticiar á justiça os factos de que tem conhecimento, quer por ter sido testemunha presencial d'elles, quer por tê-los ouvido narrar, sendo apenas dispensado do cumprimento d'este dever no tocante ás confidencias feitas pelos seus clientes e tão só quando estas interessam á sua defeza.

O tribunal de cassação de Paris decidiu por accordão de 20 de janeiro de 1836, que o advogado chamado como testemunha para depôr acerca de factos que lhe haviam sido confiados, antes de prestar o juramento prescripto na lei, pôde dizer que não se considera obrigado por este juramento a declarar como testemunha o que sabe como advogado. Por accordão de 22 de fevereiro de 1838 decidiu o mesmo tribunal, que os advogados das partes não são incapazes de ser testem-

munhas; que não podem ser obrigadas a revelar o que souberam por virtude da confiança que lhes foi concedida; e que é aos advogados, quando chamados a depôr, que compete interrogar a sua consciencia e discernir o que lhes cumpre fazer. Finalmente por accordão de 11 de maio de 1844 julgou que o advogado, logo que é citado como testemunha, no seu depoimento só tem como regra a sua consciencia, devendo abster-se de todas as respostas que ella lhe veda.

§4. Tem-se também agitado a questão: se os tabelliães devem ser dispensados de testemunhar em juizo, pelas mesmas razões e nos casos em que o são os advogados. O tribunal de cassação de Paris negou provimento, por accordão de 10 de junho de 1853, n'um recurso interposto pelo notario Lamarre, que tinha sido multado por se recusar a depôr sobre o assumpto de que tivera noticia por virtude da sua profissão. Entretanto Faustin Hélie (3), que foi o relator do accordão, observa que, não convindo pôr estorvos ou restricções á acção investigadora do juiz, e reconhecendo que os notarios não são hoje simples redactores de actos civis, mas também advogados habituaes das partes, a dispensa de testemunhar em juizo não compete á função, mas sómente á confidencia, quando os factos lhe são confiados com este caracter.

§5. Entre nós esta questão não se poderá apresentar, porque o artigo 966.º da Novissima Reforma Judiciaria não comprehende os tabelliães, como fez o Codigo Penal Francez, no artigo 378.º

SECÇÃO III

Das testemunhas defeituosas ou incompetas

§6. Tendo tratado das pessoas que são absolutamente incapazes de ser testemunhas, tanto por natureza como por disposição da lei, vamos mencionar as que o são relativamente a certas causas e pessoas.

§7. A lei do processo não declara quaes as qualidades que devem concorrer nas testemunhas para merecerem inteiro credito, mas os tratadistas preenchem essa lacuna da lei, que não

(1) L. 25.ª, *Dig. de testibus*.

(2) Faustin Hélie, obra citada, § 357.º; Morin, obra citada, vbo. «*témoin*», § 2.º; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n.º 2299; Cubain, obra citada, n.º 458; Lagrèze, obra citada, § 6.º; accordões do Tribunal de cassação de Paris de 20 de janeiro de 1836, 22 de junho de 1839 e 11 de maio de 1844.

(3) Obra citada, § 357.º; Morin, obra citada, vbo. «*notaires*»; Cubain, obra citada, n.º 461.

póde occupar-se d'estas minudencias. Estas qualidades comprehendem-se na designação generica de testemunhas *idoneas e maiores de toda a excepção*: «*Testes idonei omni exceptione maiores*» (*). A lei sómente considera como taes aquellas, que não tem alguma qualidade que possa fazer repellir ou pelo menos suspeitar do seu depoimento.

98. A lei romana consubstancia as qualidades que devem ter as testemunhas n'estas palavras: «*Eos testes ad veritatem iurandam adhiberi oportet qui omni gratia et potentia fidei religioni iudiciali debita possint proponere*» (**). E outra lei dizia: «*In testimoniis dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est; ideo testes qui adversus fidem suam testationis vacillant, audiendi non sunt*» (***).

99. O nosso Código Civil estatue no artigo 2:514.º: «A força probatoria dos depoimentos será avaliada, tanto pelo conhecimento, que as testemunhas mostrarem ter dos factos, como pela fé que merecerem por seu estado, vida e costumes, ou pelo interesse que possam ter, ou não ter, no pleito, ou, finalmente, pelo seu parentesco ou relações com as partes.»

O maior ou menor grau de credibilidade dos depoimentos das testemunhas depende do seu estado physico e do seu estado moral, isto é, da perfeição dos seus sentidos, da disposição do seu espirito e da integridade de suas faculdades intellectuaes, de que opportunamente nos occuparemos (*).

100. Os meios de repellir ou enfraquecer o credito dos depoimentos das testemunhas são as *contradictas* ou *reprovas*, que podem provar-se por documentos ou por testemunhas. (**)

101. As *contradictas* podem ser *absolutas* ou *respectivas*. Dizem-se *absolutas*, quando provêem de uma incapacidade natural, que inhibe as testemunhas de deporem no processo, como são as pessoas mencionadas no n.º 7. São *contradictas respectivas* as que tendem a repellir o depoimento de certas pessoas, em certos e determinados casos, ou pelo menos quando servem para diminuir a fé do depoimento (*).

(*) *Mayari de Vougiana*, Loix criminelles de France, t. 2.º, pag. 281; *Paustian Heile*, obra citada, t. 1.º, § 90, pag. 655; *Manoel Lopes Ferreira*, Prática Criminal, t. 3.º, capitulo 22.º, n.º 13.

(**) L. 2.º, Cod. de testibus.

(*) L. 2.º, Dig. de testibus.

(*) Vid. n.º 344 a 367, e 467 a 475.

(*) Esta ultima prova é a mais frequente e usual nos tribunaes, o que não exclue a prova documental, como no caso de sentença condemnatoria por crime de falso testemunho.

(*) *Mayari de Vougiana*, Loix criminelles de France, t. 2.º, pag. 281.

102. As testemunhas podem ser defeituosas ou suspeitas por alguma das causas seguintes:

1.ª Amizade ou afeição (*);

2.ª Odio (*);

3.ª Infamia.

103. São defeituosas ou suspeitas por amizade ou afeição:

1.ª Os parentes até ao quarto grau (*);

2.ª Os *affins* (*);

3.ª Os compadres ou comadres (*);

4.ª Os domesticos (*);

5.ª Os familiares;

6.ª Os amigos intimos ou especiaes (*);

7.ª Os advogados ou procuradores nas causas dos seus clientes (*);

(1) As testemunhas serão perguntadas pelos seus nomes, sobrenomes, alcnhas, estado, idade, morada e misteres; se são creados, domesticos, parentes de alguma das partes, e se he têm amizade ou odio. As suas respostas serão escriptas (Nov. Ref. Jud., art. 945.º, e Cod. do Proc. Civ., art. 271.º, § 1.º).

(2) Ordenação, livro 2.º, titulo 58.º, § 9.º; *Pereira e Sousa*, obra citada, § 186.º, nota (1), e Primeiras linhas sobre o processo civil, § 236.º, nota (481).

(3) *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo criminal, § 176.º, nota (1).

(4) Domesticos são os que estão na nossa casa, e comem o nosso pão, ou sejam ao mesmo tempo creados, como os escondeiros e lacaios, ou só nos estejam subordinados, como os caixeiros, aprendizes etc. Creados são pessoas assalariadas e podem deixar de ser domesticos, como os caseiros, jardineiros, etc. Podem contudo fazer prova os domesticos: 1.º, quando se trata de factos domesticos; 2.º, quando já o não são ao tempo do juramento. *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo civil, § 226.º, nota (481).

Rogron (Code de procédure civile explique, artigo 3), diz que *domesticus*, segundo a etymologia, provém de *domus*, e comprehende os individuos sujeitos a um senhor de quem recebem ordenado, e que desempenham em sua casa funções honorificas, taes como as de bibliothecario e de preceptor, ou funções servis, como as de creado de quarto, creado ou servente.

(5) Ordenação, livro 2.º, titulo 6.º, § final; titulo 37.º, § 3.º. Parece-nos que a amizade é um sentimento tão elevado, que sómente poderá tornar suspeito o testemunho, quando for inverosimil ou revelar accentuada parcialidade a favor do supposto delinqente.

(6) *Cubain* (*), fundado no texto da lei romana: «*Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*» (L. 10.ª, Dig. de testibus), sustenta que o advogado, tanto do accusado como da parte civil, não pôde depor como testemunha não só porque, identificando-se com os interesses do seu cliente, pôde ser considerado como parte no processo, senão tambem porque ficaria collocado em uma falsa posição, tornando-se impotente para continuar a exercer as suas funções, ficando a defeza á mercê do adversario. — Vid. *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo criminal, § 186.º, nota (1).

(*) Obra citada, n.º 464.

8.ª Os que do seu depoimento podem tirar honra, commodo e interesse (1);

9.ª Os que tiverem causa semelhante ou laborarem no mesmo vicio, como socios do crime (2);

10.ª Os que depõem com affectação ou com animosidade (3).

104. São testemunhas defeituosas ou suspeitas por odio:

1.º Os inimigos (4);

2.º Os parentes do inimigo ou os seus amigos especiaes (5);

3.º Os que se offereceram a jurar espontaneamente, por que se presumem inimigos (6);

4.º Os que ameaçarem a parte de jurarem contra ella (7).

105. São testemunhas defeituosas ou suspeitas por infamia:

1.º Os banidos (8);

2.º Os fallidos de má fé (9);

3.º Os ebrios por habito (10);

4.º Os jogadores ou tafues (11).

106. Alguns tratadistas do processo criminal tambem enumeravam entre as causas de suspeição das testemunhas a idade e o sexo. Mas, segundo a nossa lei do processo, são admitidos a depôr como testemunhas os individuos de qualquer sexo ou idade, uma vez que não sejam incapazes por sua natureza ou por disposição da lei (12).

107. Tem-se movido questão sobre se a faculdade de contradictar testemunhas é illimitada, ou se pelo contrario devem ser prefixas as causas de suspeição das testemunhas.

Segundo o antigo processo francez, apenas se exigia que as

contradictas fossem circumstanciadas e pertinentes (1). A faculdade de oppôr contradictas ás testemunhas tinha tal extensão, que era licito perguntar, não quaes as testemunhas que podiam ser contradictadas, mas quaes as que o não podiam ser. Consideravam-se como motivos sufficientes de contradictas a suspeita de inimizade, a suspeita de suborno proveniente da pobreza, conforme o adagio de Loyssel: «*Pauvreté n'est pas vice; mais en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté*» (2), a infamia ligada a certas condemnações e a certas profissões, taes como a de comico e outras.

108. Graves auctoridades opinavam que esta latitude indefinida, que originou tantos abusos, ainda existia depois da publicação doCodigo do Processo Civil Francez (3). A disposição do artigo 283.º d'este Codigo mostra que a enumeração das causas de suspeição é limitativa, e não exemplificativa (4).

109. A nossa lei do processo é omissa a este respeito. A Novissima Reforma Judicial estatue no artigo 538.º, applicavel ao processo criminal por virtude do preceito do artigo 1.º 197.º: «No fim do depoimento de cada testemunha, poderá a parte contraria pôr as contradictas, que segundo a lei servirem para diminuir ou tirar o credito a seus depoimentos, e as provará *in continenti*, servindo tudo o que a este respeito se passar somente de determinar o grau de credibilidade, que a testemunha merecer aos jurados». Da disposição d'este artigo, vê-se que o legislador fez uma vaga referencia ás contradictas que, segundo a lei, tirarem ou diminuïrem o credito aos depoimentos das testemunhas, sem as especificar ou citar a lei que as estabeleça (5). No silencio da lei do processo, recorreremos aos tratadistas para dar noticia das causas que podem enfraquecer o credito das testemunhas, opinando que as regras que elles estabelecem não são limitativas ou taxativas, competindo ao jury, que julga segundo os impulsos da sua consciencia, apreciar as causas de suspeição oppostas ás testemunhas (6).

110. No nosso Projecto do Codigo do Processo Penal es-

(1) *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo criminal, § 186.º, nota (1).

(2) *Cubain* (2), sustenta que o co-réu, que não é julgado conjunctamente com outros co-réus, não pôde ser ouvido como testemunha, emquanto a accusação não estiver terminada a seu respeito, porque até então deve ser considerado indirectamente como parte na instancia relativa aos demais co-réus, não havendo inconveniente em que seja inquirido como testemunha desde que esteja desligado dos vinculos da accusação.

(3) *Pereira e Sousa*, obra citada, § 180.º, nota (1).

(4) *Pereira e Sousa*, obra citada, § 186.º, nota (2).

(5) *Pereira e Sousa*, obra citada, § 186.º, nota (1).

(6) Ordenação, livro 4.º, titulo 90.º, § 1.º

Bentham acrescenta tambem o falso testemunho. (Obra citada, livro 2.º, titulo 3.º).

(7) *Vid. Pereira e Sousa*, obra citada, § 188.º; *Lagrèze*, obra citada, pag. 188; *Muyari de Vouglans*, Leix criminelles de France, t. 2.º, pag. 282.

(8) Obra citada, n.º 464.

(1) Ordenança de 1667, titulo 23.º, artigo 1.

(2) *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo criminal, § 186.º, nota (1), diz que os pobres não se regulam pessoas vis, se são de honestos costumes.

(3) *Tallier*, tomo 9.º, §§ 301.º e seguintes.

(4) *Bonnier*, obra citada, n.º 220.

(5) A lei é a Ordenação, livro 3.º, titulos 55.º, 56.º, 57.º e 58.º, e actualmente o artigo 278.º do Codigo do Processo Civil.

(6) *Vid. n.º 457 a 463.*

tabelecemos as causas de suspeição das testemunhas e propozemos o seguinte:

«Art. 327.º As testemunhas arguidas de suspeitas serão inquiridas, salvo se a parte que as tiver produzido prescindir do seu depoimento.

§ 1.º As testemunhas podem ser suspeitas à parte offendida ou ao réu por alguma das causas seguintes:

- 1.ª Parentesco até ao quarto grau e afinidade até ao segundo grau;
- 2.ª Intimidade ou dependência;
- 3.ª Inimidade conhecida;
- 4.ª Condenação por crime de falso testemunho;
- 5.ª Aceitação de dinheiro ou dadas para jurar conforme a intenção do offendido ou do réu;
- 6.ª Ser domestico do offendido ou do réu;
- 7.ª Os mais precedentes.

§ 2.º As causas de suspeição serão allegadas oralmente depois de acabar de depôr a testemunha, e podem provar-se por documentos ou por testemunhas, que deverão ser nomeadas e intimadas com antecipação, se não tiverem de depôr sobre a materia da accusação ou da defeza.

§ 3.º E' expressamente prohibido dirigir às testemunhas palavras ou allusões injuriosas, devendo precisar-se sempre as causas da suspeição.»

TITULO IV

Da prova indirecta

CAPITULO I

Divisão da prova indirecta

111. A prova indirecta comprehende:

- 1.ª A prova *real*;
- 2.ª A prova *circumstantial* ou *conjectural*;
- 3.ª A prova *inoriginal*.

De cada uma d'estas especies de prova trataremos nos capitulos seguintes.

CAPITULO II

Da prova real

112. A unica prova que não pôde mentir é aquella que, sem intervenção do testemunho humano, se apresenta directamente aos olhos do juiz. Para constituir uma prova *real*, é mister que a propria cousa que serve de testemunho seja apresentada ao juiz, aliás não é mais do que uma referencia de uma prova *real* e perde o caracter de originalidade (1).

A prova *real* tem diferentes origens, sendo as principaes:

- 1.º O corpo de delicto;
- 2.º Os instrumentos que serviram para commetter o crime;
- 3.º Os objectos que soffreram alguma modificação em razão do delicto;
- 4.º Os objectos que servem para fazer reconhecer o delinquente, como tendo sido possuidos ou empregados por elle (2).

CAPITULO III

Do corpo de delicto

SECÇÃO I

Considerações geraes

113. Desde que o juiz teve noticia da existencia de um crime por qualquer dos meios de communicação, de que tratam os artigos 891.º a 897.º da Novissima Reforma Judicial, o artigo 35.º, n.º 2.º, do regulamento geral da policia civil de 21 de dezembro de 1876, e o artigo 242.º, n.º 20.º, doCodigo Administrativo de 17 de julho de 1886, o seu primeiro dever é verificar e comprovar a existencia d'esse crime (o que em linguagem franceza se indica expressivamente pelas palavras *constater le délit*). A lei romana dizia: «*De re priusquam de re inquirendum est, prius enim constare debet de crimine, scilicet an commissum sit*» (3).

O jurisconsulto Paulo tambem disse: *Hic ordo servatur, primum ut constet occisum dominum, deinde ut liquet de*

(1) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, cap. 2.º e 17.º.

(2) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, cap. 4.º; *Cubain*, obra citada, n.º 421. — Vid. n.º 12.

(3) L. 32.ª, § ultimo, *Dig. ad legem aquilianam*.

quibus eas questio habenda sit, atque ita de reis inquirendum (1).»

Não podendo existir delinqente sem delicto, de razão é que antes de tudo se verifique de um modo inequivoco que houve delicto, afim de se não expôr o juiz a formar um processo nullo e a proferir uma decisão injusta, como succederia no caso de ser viva a pessoa que o processo affirma ter sido morta (2).

114. O corpo de delicto é o conjunto dos elementos physicos que constituem o delicto.

Segundo *Oriolan* (3), as expressões «corpo de delicto» são metaphoricas, e envolvem a idéa de que o delicto, considerado physicamente, reúne um certo conjunto de elementos materiaes, mais ou menos ligados entre si, de que elle se compõe e que o formam como um corpo. Assim como não ha delicto fóra da natureza moral e das condições metaphysicas que constituem o direito, o dever, a culpabilidade, assim também não existe homem sem alma, o que todavia não obsta a que o homem tenha corpo. E' por isso que se diz: o corpo de delicto, como se diz o corpo do homem, abstrahindo mentalmente da natureza moral.

115. Consistindo o delicto em uma acção ou inacção do homem, contém necessariamente em si um elemento physico, um corpo material, que se revela sempre, ainda que seja do modo mais fugitivo e transitorio. Assim nos delictos de injurias verbaes, gritos sediciosos e motins nocturnos, a voz que pronuncia as injurias as ondulações do ar posto em movimento por aquella voz, os sons que affectam o ouvido, abstrahindo do lugar, se fór publico, e da hora, se fór nocturna, são condições materiaes constitutivas do delicto. O mesmo phenomeno material se verifica nos delictos de inacção, taes como a falta do jurado ou da testemunha, que não compareceram na respectiva audiencia. A chamada do jurado ou da testemunha, a hora, a reunião dos jurados e testemunhas, são elementos physicos componentes do delicto (4).

116. O corpo de delicto contém todos os elementos materiaes que o constituem, tanto em relação ao passado, como

no presente e no futuro. Assim, com referencia ao passado, comprehende os actos, phenomenos ou elementos materiaes, que precederam a acção do delicto, como, por exemplo, a existencia ou a presença da pessoa, em certo lugar, o estado, anteriormente á perpetração do delicto, dos objectos sobre os quaes se exerceu a acção do mesmo delicto, ou das pessoas que n'elle tomaram parte. Quanto ao presente, comprehende os actos concomitantes da acção do delicto. Em relação ao futuro, abrange os resultados ultteriores que d'elle podem provir, como, por exemplo, no caso de ferimentos, as consequencias mais ou menos graves, a doença mais ou menos prolongada, ou a morte que poderá seguir-se (5).

117. O corpo de delicto comprehende igualmente os elementos materiaes, accessorios, que se lhe reúnem como appendices materiaes, como succeda nos crimes de arrombamento, chaves falsas, gazuas, reuniões armadas, e outros semelhantes (6).

118. Entretanto é mister reconhecer, que é assás difficil reunir o conjunto de todos os elementos do corpo de delicto, salvo nos delictos compostos de elementos materiaes muito simples. O momento mais favoravel para apprehender o corpo de delicto é o do *flagrante delicto*, e ainda assim só com relação aos seus elementos no tempo presente, porque o passado desaparecen, e o futuro é contingente, sobretudo nos crimes de ferimentos e de offensas corporaes, de que podem resultar phenomenos, que nem sempre podem prevêr-se *à priori*. Depois do *flagrante delicto*, o corpo de delicto como que se dissolve, desconjunctando-se, alterando-se ou desvanecendo-se os membros que o constituem, não podendo reconstruir-se senão metaphysicamente por meio de recordações, depoimentos, conjecturas ou raciocínios (7).

119. Como, porém, não é facil encontrar congregados todos os elementos componentes do delicto, como dito é, costuma-se também em sentido improprio e por uma figura de linguagem considerar como *corpo de delicto* as partes mais importantes d'elle, applicando-se esta accepção a certos objectos e às fracções mais ou menos consideraveis, que restam do delicto, como se dissessemos: «o corpo do homem», embora lhe faltasse um punho, um braço, ou uma perna (8).

(1) Sent. 3.ª, Título 5.º, § 11.º
(2) *Mayart de Vouglans*. Loix criminelles de France, tome 2.ª, paginas 278; *Bentham*, liv. I, cap. 5.º; *Faustin Hélie*, tome 5.º, § 346.º; *Gorraud*, obra citada, n.º 289 e 290. Vid. acc. do sup. trib. de just. de 2 de novembro de 1878; *Direito*, t. 12, p. 245.

(3) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:132, 5.ª edic.

(4) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:133.

(1) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:134.

(2) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:134.

(3) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:135.

(4) *Oriolan*, obra citada, tome 1.º, n.º 1:137.

120. Tomado em outra acceção, dizem alguns, que o corpo de delicto não é mais do que a existencia do proprio delicto, passando d'estarte dos elementos physicos ou materiaes á ideia abstracta, á existencia do delicto.

O chanceller *D'Agueissau* disse, a proposito d'uma causa celebre: «o corpo de delicto não é mais do que o proprio delicto, cuja existencia é comprovada por attestação de testemunhas dignas de fé, concordantes entre si, e perseverando nos seus depoimentos, incapazes de variar e affirmando á justiça que se commetteram um crime» (1).

121. *Ortolan* dissente d'esta descripção do corpo de delicto, e observa que, sendo este o complexo dos elementos materiaes do delicto, póde comprovar-se por qualquer fórma, tanto pela inspecção, pela approximação e pela confrontação dos elementos que restam, como pelo testemunho das pessoas que os apereberam pelos seus órgãos sensorios, ou que podem attestar a sua existencia. A certeza physica resulta da inspecção material do que se vê, mede e aprecia physicamente, devendo recorrer-se, sempre que seja possível, a este genero de prova. Os outros meios de verificar o corpo de delicto produzem apenas a certeza metaphysica (2).

122. Os delegados dos procuradores regios devem exercer a mais rigorosa fiscalisação na regularidade da formação do corpo de delicto, fazendo todas as promoções, exigencias e quesitos attinentes a comprovar a existencia material dos factos e os elementos constitutivos da incriminação legal d'elles (3).

promovendo que *in continenti* se proceda a este acto, de cuja rapidez depende muitas vezes a apprehensão de todos os vestigios e provas materiaes do crime (4).

123. O alvará de 4 de setembro de 1765 estatuiu o seguinte: «Estabeleço outrossim, que nos referidos autos de corpo de delicto se especifiquem todas as circumstancias, que houvessem concorrido nos crimes de que se tratar, ou sejam conducentes para se absolverem os réus e lhes moderar as penas em que foram sentenciados, ou sejam para se lhes aggrava-rem os delictos a elles e a seus socios nos mesmos delictos; de sorte que cesse toda a perplexidade e que os juizes possam sentenciar como devem, só com os olhos no serviço de Deus e meu, e na recta administração da justiça a favor dos innocentes e em castigo dos culpados».

124. A incriminação dos factos, a competencia do juizo e a fórma do processo determinam-se pelos elementos de criminalidade verificados pelo corpo de delicto, base fundamental do processo criminal, não podendo a existencia de quaesquer circumstancias, precedentes, concomitantes ou posteriores ao crime ser contemplada para outro effeito senão o da attenuação da pena, no caso de condemnação (Circ. do P. R. da Rel. de Lisboa, n.º 228 e 525; Circ. do P. R. da Rel. do Porto, n.º 181; Circ. do P. R. da Rel. dos Açores, n.º 54, artigo 7.º; Off. do P. G. da C. de 10 de dezembro de 1856) (5).

dezembro de 1870 (D. G., n.º 292); 26 de janeiro, 26 de abril e 8 de junho de 1872 (D. G., n.º 39, 133 e 144); 14 de junho de 1876 (D. G., n.º 150); 23 de janeiro e 20 de fevereiro de 1877 (D. G., n.º 79 e 151); 29 de janeiro de 1878 (D. G., n.º 43), e 29 de julho de 1879 (D. G., n.º 194).

iv Sendo o corpo de delicto um elemento essencial para a validade do processo criminal, nem sempre é possível reunir d'aquelle completa prova da criminalidade, sendo por isso sufficiente para a procedencia do corpo de delicto, que o facto se apresente com laes circumstancias que induzam graves e violentas presumpções do crime.—Accordão do 2 de dezembro de 1864 (D. G., n.º 239).

v A qualificação de qualquer facto como crime depende sempre de se verificarem os elementos constitutivos d'elle, que a lei penal expressamente declarar, sendo nullo todo o procedimento criminal que não assente em corpo de delicto regular, demonstrativo da incriminação por que se procede.—Accordão de 17 de novembro de 1875 (D. G., n.º 276).

vi Parece-nos que a doutrina do accordão de 2 de dezembro de 1864, extractado no n.º iv, é mais contentanea aos verdadeiros principios, pois que, como acima ponderámos, sendo o corpo de delicto o conjunto dos elementos materiaes que constituem o delicto, raro poderão apprehender-se todos esses elementos, a não ser nos delictos compostos de elementos materiaes muito simples.

(1) Vld. o nosso *Manual do Ministerio Publico*, 2.ª edição, vbs. «corpo de delicto».

(2) Não póde haver competencia de processo, nem consequentemente

(1) *Affaire de la Picardière*, plaidoyer 51.

(2) *Ortolan*, obra citada, tomo I.º, n.º 1138.º e 1139.º

(3) O Supremo Tribunal de Justiça não tem seguido uma jurisprudencia uniforme a este respeito, como se vê dos accordãos seguintes:

i Não póde dar-se por constituído o corpo de delicto sem que no facto se verifiquem todos os elementos constitutivos da criminalidade que a lei contempla.—Accordão de 28 de junho de 1861 (D. L., n.º 146).

ii Não basta, para se constituir corpo de delicto, formar autos ou exames a que se dê semelhante qualificação, mas é essencialmente necessario que nos factos adduzidos se verifiquem todos e cada um dos elementos de criminalidade que a lei contempla, como é expresso no artigo 18.º do Código Penal, principio em que são fundados os artigos 901.º, 905.º e 906.º da Reforma Judicial.—Accordão de 27 de março de 1863 (D. G., n.º 123).

iii E' nullo todo o procedimento criminal que se não baseia em corpo de delicto regular que demonstre a existencia do facto criminoso revestido de todos os elementos constitutivos da incriminação, exigidos pela lei anterior (art. 901.º da Nov. Ref. Jud. e art. 13.º, n.º 2 da lei de 18 de julho de 1855).—Accordão de 13 de agosto de 1863 (D. G., n.º 193).

Quasi idênticas palavras se lêem no accordão de 9 de fevereiro de 1877 (D. G., n.º 39), proferido no celebre processo criminal instaurado contra *Joanna Pereira* e outros.—Podem também vêr-se os accordãos de 9 de

A este propósito escreveram o illustado redactor do *Jornal de Jurisprudencia*: «O legislador, determinando a competencia logo para os primeiros actos do processo de instrucção, não se regulou, nem podia regular senão pelo facto material verificado pelo corpo de delicto, não podendo ser conhecidas no principio as circunstancias modificativas da criminalidade, e que chegam a exclui-la (?).»

1235. Tem-se controvertido se a organização do corpo de delito é secreta, provindo a duvida das decisões afirmativas proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (23).»

Discordamos inteiramente d'esta doutrina. A Novíssima Reforma Judiciaria, determinando no artigo 902.^o que se verifique por meio de exame todos os vestigios que deixar o crime, e que se tomem declarações verbaes e summarias aos circumstantes, visinhos, creados, domesticos e outras pessoas, e que se lancem no auto de corpo de delicto, não prescreve que essas declarações sejam prestadas em segredo, e, quando assim o determinasse, nem sempre poderia ser cumprido semelhante preceito, porque o corpo de delicto pôde ser feito no campo, na estrada publica, na via ferrea, e em outros sitios,

legitimidade de querrela, de sumário e julgamento em relação ao agente de um facto, de que o corpo de delicto não mostra os vestígios.—Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 1881 (D. G., n.º 67).

—Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de agosto de 1854 (D. G., n.º 204).

n.º 904).

n.º Os processos, tanto de instrução como de accusação, devem circumscrever-se nos limites que no exame e corpo de delicto são respectivamente impostos, para que não haja accusação por um facto que não existiu, incompetencia ou excesso de jurisdicção.—Accordão do Supremo Tribunal de Justica de 8 de abril de 1859 (D. G., n.º 113).

nal de Justiça de 8 de abril de 1859 (D. G., n.º 112).

iv O facto criminoso não pôde ser qualificado, nem nas guerras, nem nos despachos de pronuncia de modo que se altere a verdade e a legal natureza do mesmo facto, e que se prejudique a jurisdição dos tribunais superiores para deixarem de attender às circumstancias do corpo de delicto. —acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de maio de 1859 (D. G., n.º 129).

¶ O corpo do delicto é a base de todo o procedimento criminal, porque não só certifica a existência do crime, mas é por elle que tem de regular-se a sua qualificação. — Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de maio de 1875 (D. G. n.º 138).

VI A qualificação de qualquer crime faz-se pelo corpo do delicto.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 1876 (D. G., n.º 27, de 1877).

Vid. o nosso *Manual do Ministério Público*, vhs. «circunstâncias atenuantes» 2.ª edição, pag. 82; Grtolian, obra citada, tomo 1.º, n.º 1.053 e 1.054.

(1) *Jornal de Jurisprudência*, tomo 3.º, D.º 12.

(2) A formação do corpo de delicto é e deve ser secreta.—Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 1875 (D. C., n.º 280). —Vid. acórdão de 24 de novembro de 1845. (Direito, t. 12.ª p. 257).

em que não poderiam ser ouvidas em segredo as testemunhas, cuja inquirição faz parte integrante dos corpos de delicto de facto permanente. Além d'isto o § unico do artigo 880.º da mesma Reforma Judiciária determina expressamente, que o auto de querela formará o principio do processo preparatorio, que é secreto, nos termos do artigo 1.º601.º. Logo o corpo de delicto, que precede o auto de querela, não é, nem pôde ser secreto (1).

126. Na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (*) segue-se a mesma opinião pelos fundamentos seguintes: 1.º, pela consignação no auto das declarações das pessoas mencionadas no artigo 902.º da Novíssima Reforma Judiciária; 2.º, pela intervenção de dois peritos e duas testemunhas do auto do exame (artigo 308.º); 3.º, pela assistência ao acto da busca, quando seja complementar do corpo de delicto, do réu, duas testemunhas, ou de procurador especial (artigo 914.º e §§); 4.º, pela combinação do § unico do artigo 880.º, com o artigo 1.001.º da Novíssima Reforma Judiciária (*).

Devido a verificação do facto criminoso ser feita na presença e com intervenção de tantas pessoas, o denominado segredo de justiça desapareça.

1227. A falta de corpo de delicto, ou a omissão de alguma formalidade substancial n'aquelle a que se tiver procedido, é nullidade insanavel, que não pôde ser supprida pela confissão do réu. (Nov. Ref. Jud., art. 901.º; Lei de 18 de julho de 1855, art. 13.º, n.º 2; Cod. de Just. Mil., art. 394.º, n.º 1 (5).)

128. O juiz a quem foi apresentado corpo de delicto em que falte alguma circunstancia substancial, ou que não ache regular, procederá ou mandará proceder à sua reforma, e, não o fazendo assim, pagará uma multa de 20\$000 réis até 100\$000 réis, ficando tambem responsavel por perdas e danos, como se fôra o auctor da falla. (Nov. Ref. Jud., art. 913.º: Lei de 18 de julho de 1855, art. 8.º § unico) (2).

(1) Vid. *Diréito*, tomo 2.º, pag. 813; tomo 12.º, pag. 257; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 3.º, pag. 779.

(2) Tomo 16.^o, p.^o 799, pag. 294.

(3) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, t. 24.º, pag. 310.

(4) O corpo de delicto é a base essencial e impreterível do processo criminal, sob pena de nulidade.—acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de agosto de 1854, 17 de julho de 1863, 1 de agosto de 1866, 5 de março de 1869, 9 de dezembro de 1879, 22 de agosto de 1871, 23 de abril e 21 de maio de 1872, 16 de maio e 26 de novembro de 1875, 3 e 7 de março, 14 e 16 de junho de 1878 e muitos outros.

(5) A pena disciplinar e a responsabilidade civil impostas ao juiz pela omissão de proceder ou de não mandar proceder à reforma do corpo de de-

129. Tem-se disputado se os juizes podem dar como constituido o corpo de delicto, e julgar-o procedente ou improcedente.

Já alguém sustentou que esta faculdade, sobre ser inconveniente, é menos conforme à lei. Se o juiz julgar procedente o corpo de delicto, não pôde, sem manifesta contradicção, usar da faculdade que lhe concede o art. 991.º da Novissima Reforma Judiciaria, subindo de ponto o inconveniente nos crimes de facto *transcunte*, em cujos summarios os depoimentos das testemunhas corroboram o corpo de delicto e suprem qualquer falta, nos termos do § unico do art. 908.º da mesma Reforma, succedendo outro tanto nos casos dos art.ºs 6.º, 41.º, 25.º e 26.º doCodigo Penal de 10 de dezembro de 1852, a que correspondem os artigos 10.º, 41.º, 20.º e 22.º doCodigo Penal de 16 de setembro de 1886. Consideram tambem esta pratica desconforme com a lei, porque a apreciação da legalidade do corpo de delicto, facultada pelo art. 947.º da citada Reforma Judiciaria, refere-se à forma e solemnidades extrinsecas, como se infere da combinação das expressões d'este artigo «*cachando-os legaes*» com a disposição do art. 913.º (1).

130. Dissentimos por completo d'esta opinião. Tendo o corpo de delicto por fim verificar a existencia dos elementos constitutivos do crime, nem sempre é possível conseguir este resultado em um só acto ou diligencia, sendo certo que muitos magistrados do ministerio publico, solícitos e zelosos no cumprimento dos seus deveres, recorrem a diversas pesquisas e evidam reiterados esforços para o descobrimento dos crimes e dos seus agentes responsaveis, promovendo que se formem diferentes autos complementares do corpo de delicto, abstendo-se os juizes de os julgar procedentes ou improcedentes.

No exercicio do lugar de Procurador Regio junto da Relação do Porto, durante o diuturno espaço de dezoito annos, tivemos ensejo de ver copioso numero de recursos de despachos de juizes, que indeferiram as promoções do ministerio

lico, são factos de summa gravidade para a dignidade moral do juiz e que em certos casos podem causar-lhe prejuizos materiais de algum valor. Apesar do silencio do § unico do artigo 5.º da lei de 18 de julho de 1855, entendemos que a sanção do artigo 913.º da Novissima Reforma Judiciaria está ainda em vigor, porque aquella lei apenas ampliou a jurisdição do juiz para proceder à reforma do corpo de delicto, quando é certo que pelo citado artigo 913.º da Reforma Judiciaria o juiz devia mandal-o reformar.

(1) *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2274 e 2283.

publico para reforçar a prova do corpo de delicto, obtendo sempre provimento por accordãos d'este tribunal, que mandou proceder à inquirição de novas testemunhas, depois de formado o primeiro auto.

131. Não podemos de modo algum concordar em que a *circunstancia substancial*, a que allude o art. 913.º da Novissima Reforma Judiciaria, possa referir-se a alguma *formalidade extrinseca* do processo. Ha um grande abuso e impropriedade na locução familiar e usual do substantivo «*circunstancia*», que a cada passo é confundido com o «*facto*», quando é certo que divergem essencialmente entre si. Os *factos* formam as condições, os elementos indispensaveis da existencia do delicto.

E' d'estas condições que o delicto se constroe (*condere*). As *circunstancias* (*circum-stare*) são *modalidades* ou *factos accessorios* (*ad-cedere*), que modificam mais ou menos a criminalidade e que podem existir ou deixar de existir (2). Assim opinamos que a *circunstancia substancial*, a que allude o citado art. 913.º da Reforma Judiciaria, diz respeito, não a uma simples e méra formalidade *extrinseca* do processo, mas a um *facto essencial*, ou a uma *circunstancia constitutiva* do crime, como succede nos crimes complexos (3).

132. Nada obsta a que o juiz, depois de constituido o corpo de delicto, possa declarar no seu despacho que o facto não é prohibido, nem qualificado como criminoso pela lei penal, como permite o art. 991.º da Novissima Reforma Judiciaria. O corpo de delicto attesta o facto material do crime, mas o summario, as diligencias do processo preparatorio e os exames medico-legaes a que durante elle pôde proceder-se podem fazer alterar a qualificação do facto e demonstrar a carencia de criminalidade do facto, de cuja investigação se trata. Se, conforme o preceito do art. 1:155.º da Novissima Reforma Judiciaria, o jury pôde declarar que o facto não está provado, ou porque não existiu, ou porque o réu não foi autor d'elle, ou porque o réu não obrou com intenção criminosa, não vâmos razão para que o juiz, depois de ter julgado constituido o corpo de delicto, seja inhibido de declarar que o facto não tem a qualificação de criminoso, ou que o presumi-

(1) *Ortolan*, obra citada, tomo 1.º, p.º 1:053 e 1:056; *Carraud*, obra citada, p.º 240.

(2) *Ortolan*, obra citada, tomo 1.º, p.º 1:055.

do delinquente, indigitado como auctor do mesmo facto, possa ser considerado como cúmplice⁽¹⁾.

Actualmente o juiz deve julgar constituído o corpo de delicto, quando para tanto haja fundamento, nos termos do art. 15.º do 1.º decreto de 15 de setembro de 1893.

132. No caso, porém, de ser julgado, improcedente o corpo de delicto, qual o recurso competente do despacho do respectivo juiz de direito?

Um distincto jurisconsulto pronuncia-se pela competência do recurso de appellação, porque, sem embargo da redacção do art. 1:185.º da Novissima Reforma Judiciaria se afastar da do art. 881.º, logo no art. 1:186.º declara applicaveis às appellações em materia criminal todas as disposições relativas às appellações civeis, salvo nos casos em que a lei expressamente estabelecer alguma disposição especial, devendo, portanto, no caso de duvida, usar-se do recurso de appellação, por virtude do qual os juizes podem conhecer do recurso, ainda que o caso seja de agravo, como dispõe o art. 699.º, § 2.º, e conforme julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 13 de maio de 1862⁽²⁾.

134. Pelo contrario ontro jurisconsulto opina pela competência do recurso de agravo, pelos fundamentos seguintes: 1.º, porque o despacho que julga insubsistente o corpo de delicto não põe termo ao processo, podendo a parte corroborar o corpo de delicto *directo*, chamando a attenção dos peritos para vestígios que não foram apreciados na anterior inspecção, podendo egualmente fortalecer o *indirecto*, produzindo novas testemunhas; 2.º, porque não ha lei que obste a que se proceda a segundo corpo de delicto, depois do despacho que o julgue insubsistente, e até do recurso que o confirma, emquanto o crime não estiver prescripto, antes se infere o contrario do art. 900.º da Novissima Reforma Judiciaria⁽³⁾.

135. Temos como mais fundada e juridica a primeira opinião. O juiz não pôde nem deve julgar improcedente o corpo de delicto, sem que precedam reitadas diligencias tendentes a comprovar a existencia material das infracções e sem que o ministerio publico haja declarado que não tem noticia de mais testemunhas, que possam depór acerca do facto criminoso de

(1) Compete aos juizes dar ou não por constituídos os corpos de delicto.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 30 d'abril de 1861. (D. G. n.º 161).

(2) *Jornal de Jurisprudencia*, tomo 2.º, n.º 12.

(3) *Jornal de Jurisprudencia*, tomo 3.º, n.º 12.

que se trata. O despacho que julga insubsistente o corpo de delicto tem a natureza e effeitos de definitivo, porque affecta o processo na sua base fundamental, sem a qual este não pôde existir, ainda que haja a confissão do réu, como é expresso no art. 901.º da citada Reforma e no art. 13.º, n.º 2.º, da lei de 18 de julho de 1855.

136. Tem occorrido a duvida de se poder, ou não, passar certidão do auto de exame de verificação do corpo de delicto.

Os que sustentam que não pôde recusar-se esta certidão fundam-se em que o corpo de delicto não é um acto *secreto* do processo penal, não devendo por conseguinte denegar-se a certidão d'elle. O denominado *segredo de justiça* sómente começa depois do auto de querela, que é o primeiro acto do processo preparatorio ou de instrucção⁽¹⁾, e portanto semelhante recusa seria illegal.

137. Temos por inconcusso que o corpo de delicto não é, nem pôde ser, em muitos casos, um acto *secreto*, devendo por excepção o juiz adoptar todos os meios de precaução que o decréto aconselha para tornar este acto clandestino nos crimes de incontinencia. Mas temos grave duvida acerca do direito que as partes possam ter quanto á extracção de certidão d'esta peça do processo.

Quanto ao ministerio publico, que, na phrase da portaria do ministerio da justiça de 10 de maio de 1860, não é nem pôde ser tido como uma simples parte litigante, e a quem, como representante da sociedade nos tribunaes de justiça, uada do que n'elles se passa pôde ser occulto, opinamos que não pôde ser recusada a certidão do auto de corpo de delicto⁽²⁾.

138. Diverso, porém, é o nosso parecer em relação a parte querelante ou accusadora ou ao réu.

O juiz instructor tem poderes amplos, illimitados e discricionarios no decurso do processo preparatorio⁽³⁾ e, se julgar que da divulgação e publicidade do corpo de delicto pôde resultar qualquer estorvo em inconveniente ao curso regular da investigação, entendemos que pôde denegar a certidão requerida.

(1) Vid. o n.º 125 e tambem o n.º 1:167 da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, em que se expõem os fundamentos que resumimos n'aquelle numero.

(2) Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico*, vbs. «Ministerio Publico».

(3) *Fuustia Hélie*, obra citada, tomo 5.º, §§ 308 e 324, pag. 62 e 213.

Do facto de não ser clandestino o corpo de delicto não pôde necessariamente concluir-se o direito que assiste ás partes de requererem e obterem certidão d'este acto do processo. O que apenas pôde e deve affirmar-se é que o corpo de delicto não envolve *segredo de justiça*, e que pela sua própria natureza, pelo lugar em que muitas vezes é organizado e pelas pessoas que n'elle intervêm, não é nem pôde ser *secreto*. Nada mais. Se ás partes assistisse o direito de obterem a certidão de que se trata, poderiam muitas vezes desmoronar o juiz instructor nas suas investigações, que poderiam facilmente contrariar, visto como de antemão conheciam as declarações e conclusões dos peritos e os depoimentos das testemunhas.

E', pois, nossa opinião que o juiz pôde e deve recusar a certidão do corpo de delicto, sempre que entenda que pôde haver inconveniente em dar conhecimento á parte offendida ou ao réu do conteúdo n'este acto do processo.

139. Os escrivães dos juizes de direito e dos juizes municipais devem registrar os autos de corpo de delicto que fizerem em livros apromptados á sua custa, numerados e rubricados pelos respectivos juizes, cumprindo aos agentes do ministerio publico promover a observancia d'este preceito e requerer logo em conformidade da lei contra os que forem omissos (Decreto de 21 de março de 1842, art. 5.º, § 1.º) (1).

SECÇÃO II

Divisão do corpo de delicto

140. O corpo de delicto pôde ser *directo* ou de *facto permanente*, e *indirecto* ou de *facto transeunte*. O primeiro fórma-se por inspecção occular nos crimes que deixam vestígios materiaes; o segundo por declarações juradas dos circumstantes, visinhos, domesticos ou de quaesquer pessoas, que verosimilmente possam saber a verdade (Nov. Ref. Jud. art.º 900.º e 908.º)

141. Os antigos legistas dividiam os crimes em crimes

(1) Sendo uma das attribuições dos antigos juizes ordinarios a formação dos autos de corpo de delicto, nos termos dos artigos 118.º, n.º 1, e 898.º da Novissima Reforma Judiciaria, e do artigo 9.º, n.º 1.º, da lei de 16 de abril de 1874, actualmente passaram para os juizes municipais na sede do juizado, e para os juizes de paz do respectivo districto, conforme o preceito do artigo 2.º, n.º 2, e do artigo 5.º do decreto de 29 de julho de 1886.

que deixam vestígios, e que denominaram *delicta facti permanentis*, em cujo numero se comprehendiam o homicidio, violação, envenenamento, incendio e roubo com arrombamento, e crimes de que não resultavam vestígios, taes como a blasphemia, injurias verbaes, ameaças e furto simples, e que designavam por *delicta facti transeuntis* (2).

142. Bannier (3) observa que deve empregar-se o maior cuidado na investigação dos vestígios, que resultam do facto material, porque a verificação d'estes é de alta importancia, sem que todavia deva admitir-se que a ausencia d'estes vestígios possa assegurar a impunidade do accusado, cuja culpabilidade seja comprovada por testemunhos directos, aliás bastaria que o assassino aniquilasse o corpo da victima para se subtrahir á penalidade.

E' por isso que o artigo 900.º da Novissima Reforma Judiciaria estatue que o corpo de delicto por inspecção occular, quando seja *possivel*, terá sempre logar (4).

(1) Julius Clarus, Prática criminalis, liber 5.º, quaestio 4.ª, n.º 4 e 5; *Manuel de Fougères*, Loix criminelles de France, titulo 2.º, n.º 1, pag. 277; Ortolan, obra citada, tomo 2.º, n.º 1:136.

(2) Obra citada, n.º 12. — Vid. *Haus*, Principes Généraux de droit pénal belge, t. 1.º, n.º 281.

(3) A jurisprudencia estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:

1. Ainda quando o crime é de natureza de deixar vestígios permanentes, o artigo 900.º da Reforma Judiciaria não impõe a pena de nullidade pela falta de inspecção occular, antes declara muito expressamente que não quer nem exige o impossível. — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de julho de 1852 (D. G., n.º 188).

2. O art. 900.º da Reforma Judiciaria previnha a hypothese em que o corpo de delicto se não pudesse fazer por inspecção occular nas palavras *quando seja possivel*, mandando n'este caso recorrer á prova testemunhal. — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1869 (D. G., n.º 56).

3. Nos crimes de facto permanente os vestígios devem ser directamente verificados por inspecção occular, sempre que seja possivel. — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 1869 (D. G., n.º 68).

4. Sendo o crime de facto permanente, o corpo de delicto não pôde ser corroborado pelo depoimento das testemunhas no summario, nos termos do art. 908.º, § unico, da Reforma Judiciaria. — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1872 (D. G., n.º 116).

5. O corpo de delicto directo deve fazer-se por inspecção occular, quando possivel, nos crimes que deixam vestígios permanentes, sob pena de nullidade, art. 900.º da Reforma Judiciaria e art. 13.º, n.º 2 da lei de 18 de julho de 1855. — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de fevereiro de 1877 (D. G., n.º 39) (a).

6. No caso de incerteza da verdadeira causa da morte, a falta de corpo de delicto não pôde ser supprida pelo corpo de delicto *indirecto* e competente summario, nem pelo jury, vista a incompetencia d'este para o exa-

(a) Vid. no *Diritto*, tomo 9.º, pag. 294, a critica feita a este acórdão, proferido no processo instaurado contra Joaquin Pereira e outros.

143. Os vestígios materiais resultantes dos delictos de facto permanente, diz *Ortolan* (1), podem ser mais ou menos significativos, mais ou menos probatorios quanto à existência do delicto. Assim, as peças de moeda falsa, um montão de pólvora ou de tabaco fabricados fraudulentamente, um documento autentico ou particular visivelmente alterados por um falsario, os vinhos ou generos alimenticios alterados com outras substancias, o escripto, o cartaz, o jornal contendo trechos incriminados, o livro publicado em prejuizo dos direitos do auctor, as arvores cortadas com vestígios recentes do machado ou da serra, as taboas do jogo, as cartas, os dados, a *roleta*, a parada, a posição dos jogadores que fogem, eis que a policia apparece em uma casa de jogo clandestino, não deixam duvida alguma acerca da existencia material do delicto.

O objecto que se diz roubado e que se encontra em poder de pessoa que não é proprietario d'elle, ou em deposito n'uma venda, ou exposto em um mercado, tem uma significação concludente, mas não tão directa como nos casos acima mencionados, sendo mister corroborar-a por outros elementos physicos, ou por esclarecimentos resultantes de factos, que demonstrem que a deslocação de que se trata não proveio de uma subtracção fraudulenta.

Os ferimentos feitos em um individuo, o cadaver que apresenta vestígios da morte violenta, são elementos physicos assás importantes do corpo de delicto, e todavia offerecem incerteza e exigem investigações supplementares para inteira satisfação da justiça.

E' mister indagar d'onde provêem os ferimentos, qual a causa da morte violenta, se resultou de um accidente, de um suicidio ou de um homicidio, e, no caso d'este ultimo crime, se foi voluntario ou involuntario.

Importa saber se as feridas ou mutilações que se encontram no cadaver foram a causa da morte, se foram feitas durante a vida da victima ou depois da morte, para desnortear a justiça, ou para occultar outro crime, como o de envenenamento, finalmente se houve um delicto simulado, ou um delicto real (2).

144. Nos corpos de delicto directos ou de facto permanente deverão os juizes:

1.º Verificar por meio de exames todos os vestígios que deixar o crime, bem como o estado do logar em que se commetter;

2.º Investigar todas as circumstancias relativas ao modo como fôr commetido (Nov. Ref. Jud., art. 902.º);

3.º Apprehender todas as armas e instrumentos que servirão para commetter o crime, ou estavam destinados para elle, e os objectos deixados pelo delinquente no logar do delicto, ou quaesquer outros que possam servir para o descobrimento da verdade, fazendo-se no auto declarada menção da apprehensão (Nov. Ref. Jud., art. 905.º) (3);

4.º Recolher com todo o escrupulo os indícios que houver contra os que se presumirem culpados, tomando-se logo declarações verbaes e summarias aos circumstantes, visinhos, creados, domesticos, ou outras quaesquer pessoas, que verosimilmente pareça, que podem dar alguma noticia. Estas declarações serão lançadas no auto de corpo de delicto, que será tambem assignado por todos os declarantes (Nov. Ref. Jud., art. 902.º) (4).

(1) No artigo 140.º, n.º 2.º, do nosso Projecto de Código do Processo Penal, acrescentamos: descrevendo a relação que possam ter com elle.

Convém notar, que entre os objectos que podem ser submettidos ao exame dos peritos e a operações medico-legaes figuram os instrumentos vni-vernaes, principalmente as armas, devendo n'este caso saber-se se ellas são proprias para produzir uma determinada lesão, ou se pertencem a categoria da instrumentos, cujo emprego é especialmente qualificado pela lei penal. *Hofmann*, Nouveaux éléments de médecine légale, paginas 683.

(2) 1 No auto de corpo de delicto directo devem consignar-se, não só as declarações e conclusões dos peritos, mas tambem as declarações do queixoso, e demais pessoas mencionadas no artigo 902.º da Novissima Reforma Judiciaria.—Vid. art. 140.º do nosso Projecto de Código do Processo Penal.

«O fim que o legislador teve em vista foi sem duvida colher o maior numero de informações relativamente ao delicto e as circumstancias que o acompanharam, e deixar consignadas as impressões de momento ou o alarme social produzido pelo facto criminoso; e é por isso que o art. 907.º da Novissima Reforma Judiciaria manda que o juiz evite que se afastem do logar do delicto as pessoas que d'elle podem dar informação, e no art. 910.º, que nos autos de corpo de delicto se declarem os nomes, moradas e misteres das testemunhas que verosimilmente saibam a verdade do caso.

«Não é porém necessario que as declarações dos circumstantes ou visinhos sejam tomadas debaixo de juramento, porque a lei não exige esta formalidade.»—*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 8.º, pag. 828.º e 381.º.

11 A omissão do juramento não é involuntaria, porque na citada Reforma Judiciaria se exige para os corpos de delicto indirectos, consistindo a razão da differença em que nos directos a existencia do crime verifica-se pelas declarações juradas dos peritos, os quaes não intervêm nos indirectos, sendo por isso, que as declarações das testemunhas inquiridas n'estes devem ser prestadas sob juramento.—*Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2440.

12 Posto que tenhamos visto alguns corpos de delicto, em que se omitiram as declarações das pessoas indicadas no preclado artigo 902.º da Reforma, consignando-se n'elles unicamente as dos offendidos, entendemos

me.—Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de maio de 1891. (*Boletim dos Tribunaes*, tomo 8.º, pag. 455).

(1) Obra citada, n.º 1:136.

(2) Vid. o que escrevemos adiante acerca da autopsia.

145. Antes de concluído o corpo de delicto não se poderá fazer alguma alteração no objecto do crime, logar e vestígios d'elle, sob pena de 100000 a 200000 réis, segundo a gravidade do caso e o grau de malícia, devendo os juizes evitar que, enquanto se não ultimem os autos do corpo de delicto, se alterem os vestígios e se afastem do mesmo logar as pessoas que d'elle podem dar informação (Nov. Ref. Jud., art.º 906.º e 907.º; *Proj. de Cod. do Proc. Pen.*, do auctor, art. 141.º).

146. Os juizes dos districtos criminaes de Lisboa e Porto poderão, em complemento dos corpos de delicto por factos puníveis, cujo conhecimento seja da sua competencia, proceder, officiosamente ou a requerimento das partes ou do ministerio publico, a qualquer diligencia que julguem necessaria. (Lei de 7 de agosto de 1892, modif. 11.º) (1).

147. Se o crime fór de facto *transiente*, o corpo de delicto será formado das declarações juradas dos circumstantes, visinhos, creados, domesticos, ou de outras quaesquer pessoas, que verosimilmente possam saber a verdade. Estas declarações serão lançadas em um só auto, assignado pelo juiz, escrivão e declarantes; se porém estes não souberem ou poderem assignar, o escrivão fará menção no auto da falta da assignatura. (Nov. Ref. Jud., art. 908.º) (2).

que deve cumprir-se a expressa e terminante disposição d'este artigo, que não é inútil, mas conducente ao descobrimento da verdade, podendo apoiar-se a pena irritante da nulidade na generalidade do preceito do art. 13.º, n.º 14 da lei de 18 de julho de 1855.—Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico*. vbs. *policia judicial*.

iv A jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:
a) Devem guardar-se no auto do corpo de delicto todas as formalidades que explicitamente exige o art. 902.º da Reforma Judiciaria na formação dos autos de corpo de delicto directos, além de que se fixe bem a existencia do facto criminoso com todas suas circumstancias.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de outubro de 1853 (D. G., n.º 285).

b) Nos corpos de delicto devem investigar-se todas as circumstancias relativas ao modo por que os crimes foram commettidos, e recolher-se escriptosamente todos os indicios, que houver contra os que se presumirem implicados n'elles, tomando-se declarações as pessoas, que verosimilmente pareça que podem dar a este respeito alguma noticia, como é expressamente ordenado no art. 902.º e seguintes da Novissima Reforma Judiciaria.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 1854 (D. G., n.º 20, de 1855).

c) E nulidade não averiguar no exame todas as circumstancias do facto criminoso que porventura tiver logar, como prescreve o artigo 902.º da Reforma.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 1879 (D. G., n.º 187).

(1) Vid. *Revista dos Tribunaes*, tomo 11, pag. 182, onde vem a critica do accordão do Supremo Tribunal de Justiça, no processo *Urbino de Freitas*.

(2) A jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:
i A existencia de um facto criminoso deve autoar-se, quando não dei-

148. Os depoimentos das testemunhas no summario (1) da querrela corroboram o corpo de delicto, e suppreem qualquer falta que n'elle houver occorrido. (Nov. Ref. Jud., art. 908.º, § unico.—Vid. *Direito*, tomo 2.º, pag. 368, e tomo 3.º, pag. 238).

xou vestígios sendo na memoria dos homens, pelas declarações das pessoas que verosimilmente possam saber a verdade.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de março de 1853 (D. G., n.º 84).

ii Não tendo ficado vestígios permanentes, deve julgar-se constituído o corpo de delicto com as declarações juradas das testemunhas que verosimilmente podem saber a verdade do caso, conforme dispõem os art.º 902.º, 909.º e 910.º da Novissima Reforma Judiciaria.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de junho de 1868 (D. G., n.º 152).

iii O corpo de delicto não está constituído legalmente, quando as testemunhas não depõem cumpridamente sobre a existencia do crime, especificando todas as circumstancias que concorreram no mesmo crime, como determina o alvará de 4 de setembro de 1755, § 3.º—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 d'agosto de 1889 (D. G., n.º 207).

iv No corpo de delicto *indirecto* devem escrever-se todas as respostas das testemunhas, e não reportar-se remissivamente ao auto de investigação administrativa, em contravenção do preceito do artigo 908.º da Reforma, de se especificarem todas as circumstancias que acompanham o delicto, como prescrevia já o alvará de 4 de setembro de 1755, §§ 2.º e 3.º—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 1873 (D. G., n.º 179).

v Não pôde subsistir o corpo de delicto havido por constituído com a depoimento de uma testemunha suspeita e defeitosa, e como tal repellido pela lei.—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1889 (*Boletim dos Tribunaes*, tomo 5.º, pag. 204).

O illustrado redactor do *Boletim dos Tribunaes*, criticando este accordão, diz que «não é facil extremar as testemunhas prohibidas por direito das que o não são no corpo de delicto, onde se trata mais da averiguação do crime do que da investigação do criminoso.»

«Quantas vezes não é inquirido no corpo de delicto, como testemunha ajuntada, o proprio delinquento, antes de reconhecido como tal!»

vi O rea não pôde indicar testemunhas nos corpos de delicto de facto *transiente*, porque não pôde verosimilmente fazer indicações que sejam verdadeiras.—*Revista dos Tribunaes*, tomo 7.º, pag. 331.

vii Nos crimes de ultrage á moral publica devem as testemunhas reproduzir no corpo de delicto e na audiencia de discussão e julgamento as proprias palavras proferidas pelo delinquento, devendo, porém, fazê-lo de forma que não se offenda o decoro publico.—*Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 12.º, pag. 380.

viii O art. 20.º do decreto de 18 de fevereiro de 1847, que determinava que os autos formados pelos administradores do concelho equivaliam a corpo de delicto, foi revogado pelo decreto de 30 de julho do mesmo anno.

Segundo a nossa lei vigente do processo, é indispensavel a formação do corpo de delicto por testemunhas juradas, embora do depoimento d'ellas não resulte maior força probatoria do que do respectivo auto lavrado pela autoridade administrativa.—Circular da Procuradoria Regia dos Açores n.º 88; Officio do Procurador Geral da Corôa, de 20 de junho de 1863.

ix Os magistrados do Ministerio Publico poderão assistir á inquirição das testemunhas, quando o julgarem conveniente, e dirigir-lhes todas as perguntas que tenham ou possam ter relação directa ou indirecta com o crime,

(1) O summario foi dispensado pelo artigo 15.º do decreto n.º 1 de 15 de setembro de 1892.

CAPITULO IV

Dos exames technicos para a formação do corpo de delicto

149. Sendo necessario fazer-se algum exame ⁽¹⁾, que dependa de conhecimentos particulares de alguma sciencia ou arte, será feito por dois peritos ⁽²⁾, aos quaes o juiz, sob

de cuja averiguação se tratar. — Circular da Procuradoria Regia do Porto, n.º 734 (a).

1. A pessoa offendida, quando requer corpo de delicto directo ou indirecto, não é obrigada a fazer preparo, porque o art. 105.º da Tabela de 30 de junho de 1884, mandando fazer preparo nas vistorias e exames, não abrange o corpo de delicto indirecto, em que não ha exame, nem o directo, porque n'elle se comprehendem mais actos do que o exame, como expressamente dispõe o art. 902.º da Novissima Reforma Judicial. — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 13.º, pag. 118.

(1) O exame pericial é o acto pelo qual o juiz procura conhecer, por meios apropriados, a existencia ou não existencia de certos factos, que podem influir na decisão de uma questão de penalidade.

O exame medico-legal pôde ter por objecto as pessoas vivas ou mortas, ou as cousas.

O exame das pessoas vivas tem por fim a verificação da existencia ou não existencia de um estado physiologico ou pathologico. São exemplos do primeiro: a verificação da idade, do desenvolvimento e do estado sexual de um individuo; e do segundo, as diversas doenças, mormente as chirurgicas e mentaes.

Entre as cousas que podem ser objecto de um exame medico-legal comprehendem-se os instrumentos vulnerantes, principalmente as armas, devendo declarar-se se ellas são proprias para produzir uma lesão determinada, ou se pertencem á categoria de armas defezias.

O exame pôde tambem recahir sobre certos vestigios suspeitos, taes como nodos de sangue, de sperma ou de meconium, cabellos e outros objectos analogos. *Hofmann*, obra citada, paginas 630, 633 e 634. — *Vid. Benham*, obra citada, liv. 5.º, cap. 2.º

(2) O perito é todo o individuo que em razão, ou dos seus conhecimentos especiaes em qualquer sciencia, arte ou officio, ou da sua maior experiencia, é chamado pela autoridade competente para, debaixo de juramento, elucidar algum facto na applicação das leis. *Peres Galdino*, Tratado elemental de medicina legal, pag. 41 (Porto, 1856).

Nos negocios medico-forenses o officio de perito é desempenhado pelo medico, pelo cirurgião, pelo pharmaceutico e pela parteira.

Na falta d'estes, e nos casos declarados nas leis, podem tambem servir de peritos as pessoas habilitadas por seus conhecimentos de sciencia ou arte. *Peres Galdino*, obra citada, pag. 42.

1. A nossa lei do processo é omissa acerca das habilitações especiaes, que deve ler o perito para apreciar o facto submettido ao seu exame.

A Ordenação, livro 5.º, titulo 132.º, § 1.º, refere-se apenas aos exames necessarios nos crimes de ferimentos, e no livro 1.º, titulo 65.º, § 38.º, diz: «E achando que o ha (culpado), o não solte, até o ferido ser seguro de morte das feridas pelos melhores dons cirurgies, que na terra houver, e não havendo dons, por o cirurgião, que o curar, sendo examinado.»

O assento da casa do Porto de 20 de novembro de 1790 estatuiu, que «sendo o caso do ferimento leve, em que aos ditos ministros parecesse se

(a) Acc. do Sup. Trib. de Just. de 13 de março de 1835 (*D. G.*, n.º 84.º).

pena de nullidade, deferirá juramento para examinarem o objecto, que lhes é submettido e declararem com verdade e exactidão tudo que n'elle encontrarem digno de notar-se, fazendo-se no auto expressa menção do juramento, e de outro modo presume-se que se não prestou, nem se admite prova em contrario. (Nov. Ref. Jud., art. 903.º; Lei de 18 de julho de 1833, art. 43.º, n.º 8.º).

poderia supprir com um só cirurgião, chamariam para o dito exame a qualquer, que tem o partido d'esta Relação, que estivesse mais prompto, para com o escrivão dos autos se expedir; porém sendo o caso tal, que pela gravidade dos feridos, ou por outra circumstancia, parecesse necessario aos ditos juizes chamar dons cirurgies, ou um d'elles com assistencia do medico, então ficaria a seu arbitrio o mandar chamar o medico do mesmo partido, por dever sempre preferir, na forma do antigo costume.»

Vê-se d'estas disposições, que o pensamento do legislador tem sido sempre conceder preferencia aos peritos mais qualificados para intervirem nos exames e operações medico-legaes.

1. A este respeito escrevem o dr. *Peres Galdino* (a): «Nestes termos, enquanto o serviço medico-legal não receber uma organização mais ajustada ás necessidades da legislação, e á actualidade das sciencias medicas; enquanto não tivermos uma classe de facultativos privilegiados, a cargo dos quaes sejam todas as pesquisas medico-forenses, pôde a boa administração da justiça que os magistrados olhem com mais attenção e cumpram com pontualidade o que determinam a Ordenação do livro 1.º, titulo 65.º, § 38.º, e outras leis posteriores; cumpre que nas terras em que possa fazer-se escolha, os magistrados escolham d'entre as especialidades medico-chirurgicas os facultativos, que por seus estudos e por sua clinica mais peculiar, tenham uma instrução mais sólida e positiva acerca das materias, que forem o objecto das investigações medico-forenses, e aos quaes cabha, na realidade, o titulo de peritos *probatos artis et fidei*»

«Chevemos notar que nos exames difficis, que envolvem a resolução de questões importantes, não pôde supprir-se a falta dos facultativos pelos barbeiros, como geralmente se pratica, em tas circumstancias conviria que o magistrado nomeasse facultativos idoneos, ainda que residam a maior distancia do que a determinada no § 3.º do art. 903.º da Novissima Reforma Judicial; porque da outra forma torna-se absurda a doutrina do citado paragrapho, entregando os exames a individuos incompetentes, que, não retinindo as condições de peritos, longe do esclarecer a verdade, prejudicam o seu descobrimento, viciando os corpos de delicto com declarações inexactas. Sr. dr. *Macedo Pinto*, Tratado elemental de Medicina legal, tomo 2.º, pag. 334.

1. A portaria de 23 de novembro de 1843 determina que nos crimes de offensas corporaes deve evitar-se a intervenção de barbeiros (b).

A proposito d'este assumpto, escrevemos: «Muito conviria tornar effecti-

(a) Obra citada, tomo 1.º, pag. 44.

(b) E' muito o corpo de delicto, em que a declaração da existencia de substancia venenosa é feita por dois sangradores que a lei considera carecerem do conhecimento da sciencia (lei de 22 de janeiro de 1810); e se não observou a disposição do artigo 903.º, § 3.º da Novissima Reforma Judicial, a qual manda declarar no auto a razão porque são chamados outros individuos na falta de peritos no lugar do exame e tres legos em redor. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 15 de março de 1846.

150. O exame será feito na presença do juiz com assistência do ministerio publico, escrivão e duas testemunhas, sob pena de nullidade, devendo as declarações dos peritos ser lançadas no auto, que, sob a mesma pena, será assignado por todos. (Nov. Ref. Jud., art. 903.º, § 1.º).

151. Se no lugar em que se fizer o exame, ou uma legoa em redor, não houver mais que um só perito, o escrivão assim o declarará no auto, que será valido com intervenção de um só perito. (Nov. Ref. Jud., art. 903.º, § 2.º).

152. Se no lugar em que houver de se fazer o exame, ou tres legoas em redor, não houver nenhum perito, o juiz escolherá os dois individuos, que tiverem melhores conhecimentos da sciencia ou arte, e estes servirão de peritos no exame, declarando o escrivão no auto a razão por que foram nomeados. (Nov. Ref. Jud., art. 903.º, § 3.º).

153. Todo o perito, que fôr competentemente notificado para qualquer exame, será obrigado a comparecer no dia,

na esta disposição. O *diagnostico*, e sobretudo o *prognostico* das offensas corporaes é, muitas vezes, duvidoso e incerto, nem sempre se podem prever *a priori*. E, portanto, facil de ver o grande influxo que tem na incriminação do facto o *prognostico*, e quanto é arriscado commettel-o a denominados peritos, que carecem de conhecimentos technicos, e que não tem mais do que o exercicio mechanico da arte de curar. Vid. o nosso *Memorial do Ministerio Publico*, vbo. «Peritos».

Entre nós o serviço medico-legal é sobremaneira deficiente, e, no intuito de o melhorar, propozemos no nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal* o seguinte: «Artigo 172.º Haverá nas cidades de Lisboa, Porto e Coimbra peritos facultativos officiaes, aos quaes compete fazer todos os exames e operações medico-legaes necessarios para prova dos crimes.»

«§ unico. O numero, habilitações, isenções e ordenado d'estes peritos serão determinados por lei especial» (a).

Justificando esta providencia, dissemos na *Breve exposição de motivos*: «Pensamos que era mister crear peritos facultativos officiaes nas cidades de Lisboa, Porto e Coimbra, e provemos a essa necessidade no artigo 172.º. Desejariamos tornar extensiva esta providencia a todas as comarcas e julgados; mas demoven-nos d'este proposito a ideia de não onerar o thesouro publico com os avultados encargos que resultariam d'esta aliás utilissima innovação. E de indispulavel conveniencia a criação d'estes peritos n'aquellas cidades, onde o grande movimento de crimes e a feitura das analyses clinicas absorvem a actividade de muitos peritos. Os peritos officiaes escolhidos d'entre as sumidades da sciencia, e ligados pelo vinculo do juramento, offerecem todas as garantias de acerto e imparcialidade nas suas decisões.»

(a) Vid. um projecto de lei apresentado pelo snr. deputado Cunha Belem, na sessão da camara dos snrs. deputados de 15 de fevereiro de 1882.

hora e lugar, que lhe fôr designado, sob pena de desobediencia. (Nov. Ref. Jud., art. 902.º, § 4.º; Cod. Pen., art. 188.º) (1).

(1) A nossa lei do processo é omissa acerca da isenção e excusa do cargo de perito, parecendo-nos que, no seu silencio, deve recorrer-se ao disposto nos artigos 229.º e 240.º do Código do Processo Civil.

Os empregados dos quadros de saúde das provincias ultramarinas não poderão exercer as funções de perito, sem que a autoridade militar a que estiverem sujeitos dê a necessaria licença. Reg. de 28 d'out. de 1882, art. 45.º

III A Relação de Lisboa decidia em accordo de 8 de abril de 1882, que um professor encarregado da regencia da cadeira de clinica medica deve ser declarado isento do encargo de perito, nos termos do artigo 171.º do decreto de 20 de setembro de 1844, sem que possa prevalecer a distincção fundada na portaria de 29 de setembro de 1855 (a), entre professor que exerce a clinica civil e particular e o que é simples professor, visto que a disposição da lei é clara, explicita e terminante, e sonda a lei não distingue ninguém deve distinguir, para que deixe de lhe aproveitar o privilegio ligado ao cargo de utilidade publica.

Diferente parecer interpoz o procurador geral da corda, *Outelini*, que em officio de 21 de setembro de 1881 e 2 de dezembro de 1882 (b) opinou, que os exames e investigações da medicina forense constituem uma onta anexo a profissão na clinica, particular, não podendo o artigo 171.º do decreto de 20 de setembro de 1844 proteger os facultativos que exercem esta profissão, ainda que sejam professores de instracção publica, sendo n'este sentido expedida a portaria de 29 de setembro de 1855.

Emquanto no nosso paiz se manifesta a mais accentuada reluctancia da parte dos membros do professorado para interviem nos exames e operações medico-legaes, invocando as suas suppostas immuniidades para se subtrahirem a este encargo, o notavel professor de medicina legal da Universidade de Vienna, sr. *Hofmann*, (c), censura a Ordenança ministerial de 21 de outubro de 1855, que prohibe que os professores da faculdade de medicina assistam aos exames em materia criminal, ou pelo menos que sómente sejam convocados, quando uma necessidade imperiosa o reclame, declarando que protestaria contra semelhante determinação, se comprehendesse os professores de medicina legal, porque é do interesse do medico legista familiarisar-se com os exames em beneficio do estudo e do ensino.

IV O escrivão do processo não pode ser perito, por não dever accumular duas funções.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 1 de agosto de 1886 (D. L., n.º 182).

V A nossa lei do processo penal limita-se a dizer no artigo 908.º da Novissima Reforma Judiciaria, que o exame que dependa de conhecimentos particulares de alguma sciencia ou arte será feito por dois peritos, mas não declara quem as deve nomear, nem qual o valor das suas declarações.

Feres Salgado (d) diz, que no foro criminal de de stylo pratico serem os peritos nomeados pelo juiz do processo, e esta praxe parece fundada na disposição do § 3.º do artigo 908.º da Novissima Reforma Judiciaria, que, na hypothese n'elle prevista, determina que o juiz escolherá os dois indi-

(a) Vid. sr. *Macedo Pinto*, Medicina administrativa e legislativa, 2.ª parte, pag. 785.

(b) Transcripts na Circular do procurador regio da Relação do Porto, n.º 582.

(c) *Nouveaux éléments de médecine légale*, pag. 638.

(d) Obra citada, tomo 1.º, pag. 43.

CAPÍTULO V

Dos exames technicos para a formação do corpo
da delicto em certos crimes

SECÇÃO I

Homicídio

154. Muitas vezes a verificação do homicídio é precedida dos actos seguintes:

viduas, que tiverem melhores conhecimentos da sciencia ou arte. Igual indicação faz *Legrand du Saulle* (a).

vi) A Circular n.º 503 da Procuradoria Regia da Relação de Lisboa ordenou, que nos crimes contrarios á saúde publica compete ao ministerio publico indicar a sciencia ou arte a que devem pertencer os peritos.

Já em tempo nos parecen, que este preceito deveria ser extensivo a todos os crimes, e assim o propozemos no artigo 171.º do nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal* (b), sendo a isso determinado pela impossibilidade do poder judicial consignada no artigo 238.º. Entretanto no artigo 23.º do *Projecto definitivo* (c) e no artigo 198.º do *Projecto de Código do Processo Penal* (d) concedemos ao juiz a attribuição de nomear os peritos. Desde que se não concede igual faculdade ao presumido delinquente, entendemos que o ministerio publico não deve ficar em situação mais vantajosa. O processo deve ser, quanto possível, a expressão de um combate igual. O arguido, enquanto não terminar o processo preparatorio, não é parte, não podendo portanto intervir no corpo de delicto (e).

vii) Os mais insignes criminalistas e tratadistas do processo penal (f) são accordes em attribuir ás declarações e conclusões dos peritos unica e simplesmente o valor de um voto consultivo, que pôde ser apreciado e aquilatar pelos juizes e tribunales criminaes. Os peritos não deliberam, nem julgam, emittam apenas um parecer fundamentado, consonte os principios da sciencia ou preceitos da arte que professam para esclarecerem os juizes, que por virtude da sua especial orientação, não possuem os conhecimentos ou noções proprias para de per si decidirem certos e determinados assumptos. São, portanto, meros e simples auxiliares dos magistrados, que, embora careçam de conhecimentos technicos de alguma sciencia, arte ou industria, não ficam inhabilitados de discurrir e avaliar a procedencia e exactidão das conclusões dos peritos.

O exame por peritos é um meio de prova, e como tal não importa uma decisão, um julgamento, mas está sujeito á apreciação e criterio do juiz. O ministerio dos peritos é indispensavel para a solução de muitas questões difficeis de medicina legal e para a verificação de uma infinidade de factos,

(a) Obra citada, pag. 1.993.

(b) Impresso na imprensa Nacional em 1874. — Vid. a «Breve exposição de motivos», pag. 9.

(c) Impresso na mesma imprensa em 1882.

(d) Impresso na mesma imprensa em 1886.

(e) Vid. *Barthez*, tomo 12.º, pag. 257.

(f) Vid. *Bonnier*, obra citada, n.º 21; *Chauveau et Hélie*, *Théorie du Code Penal*, tomo 1.º, n.º 2.123 (édit. de Bruxelles, 1843); *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 364.º, pag. 648; *Ortolan*, obra citada, tomo 1.º, n.º 49; *De Molénar*, *Traité Pratique des fonctions de Procureur du Roi*, tomo 1.º, pag. 293 e 430.

- 1.º Levantamento do cadaver;
- 2.º Exumação do cadaver;
- 3.º Reconhecimento do cadaver;
- 4.º Autopsia.

SUB-SECÇÃO 1

Levantamento do cadaver

155. Nos corpos de delicto de *facto permanente* deverá:

- 1.º Verificar-se por meio de exame todos os vestigios que deixar o crime, bem como o estado do logar em que se commetter. (Nov. Ref. Jud., art. 902.º);

que só podem ser apreciados com o auxilio de noções scientificas ou practicas de todo o ponto estranhas aos estudos dos magistrados.

Chamados, por virtude das noções especiaes que possuem, para supprir a insufficiencia dos conhecimentos scientificos ou practicos do juiz, habilitando-o d'estarte para comprehender e avaliar devidamente o facto de cuja investigação se trata, os peritos não devem limitar-se a ser meros instrumentos da inspecção judiciaria, mas prestar á justiça o auxilio da sua sciencia, arte ou experiencia, devendo sempre expender a sua opinião conscienciosa e independente.

Os peritos são auxiliares intelligentes e independentes do juiz, por elle delegados para resolverem pontos obscuros, e para verificarem factos que só elles podem apreciar; mas esta delegação não lhes confere a função de juiz, mas apenas o encargo de esclarecerem o magistrado com o concurso de suas luzes. Por mais respeitavel que seja a auctoridade scientifica dos individuos que intervêm no exame pericial, a sua opinião não liga o juiz, o qual tem plena liberdade para examinar e discurrir os fundamentos em que ella se baseia e apreciar as suas conclusões. Se no foro intimo da sua consciencia os peritos proferem uma decisão, esta tem apenas, sob o aspecto judiciario, a natureza e caracter de um simples parecer e de nenhum modo a auctoridade de caso julgado acerca do facto sujeito ao exame, nem constitue prova legal do mesmo facto (a).

vii) A este proposito diz *Perez Gualdo* (b): «Dizemos, pois, em conclusão, que os peritos devem considerar os factos medicos em relação ao fim juridico do exame medico-legal, e para isto cumpre que elles se informem das respectivas disposições legais e das particularidades do caso pratico, e outrossim que n'esta conformidade compete aos juizes, que presidem aos exames, adoptarem constantemente a pratica de formularem em *questões* bem determinadas e claras a materia do exame, que tem de ser proposta aos peritos, afim de que estes respondam precisamente a ellas e só a ellas. D'estarte evitar-se-hão respostas ambigüas, lanteis ou inconvenientes.

«Por esta linha de conducta não poderá jámais entender-se que os peritos invadem o foro do advogado, ou usurpam as funções do juiz; que applicam directo do mesmo modo que não poderá dizer-se que se invade o foro medico, ou usurpa as funções do perito, porque um juriconsulto faz a analyse das declarações dos peritos, nota confusão ou lacunas na exposi-

(a) Vid. o que escrevemos na *Revista dos Tribunaes*, tomo 1.º, pag. 274, e *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 364.

(b) Obra citada, tomo 1.º, pag. 56.

2.º Evitar-se que, antes de concluído o corpo de delicto, se faça alguma alteração no lugar do crime, vestígios e objecto d'elle, sob pena de 10\$000 até 200\$000 réis de multa. (Nov. Ref. Jud., art. 906.º e 907.º).

ção dos factos, aponta os vícios da argumentação, ou patenteia o absurdo das conclusões (a).

O sr. *Macedo Pinto* (b) diz: «Cumpra ao magistrado nomear verdadeiros peritos, e avaliar se as suas decisões são conformes com as prescrições da lei e com os preceitos da sciencia: se o não são, tem a faculdade de chamar outros peritos que procedam mais competentemente.»

Legrand de Saurle (c) diz: «Se é inconcristavel, em direito, que o parecer dos peritos não é um julgamento, assistindo aos juizes e jurados a faculdade de não admitir as conclusões que proferiram, não é menos verdadeira que, de facto, e a maior parte das vezes, o parecer dos medicos dicta a decisão do processo.»

VIII A jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:

a) As declarações scientificas dos peritos, fazendo um exame sincero e consciencioso nos limites da sua arte ou sciencia, e com os conhecimentos especiaes para discernir os caracteres technicos dos factos, constituem uma prova do facto *sui generis*, cuja apreciação não pôde fazer-se sendo segundo certos principios que lhes são proprios, sendo por isso considerados n'estes objectos, em que officialmente intervêm, como juizes de facto, não havendo justa razão para duvidar que o seu juizo é certo e sólido, e proceder-se, havendo fundamento, a novo exame, e a novas declarações.—Acc. do Sup. Trib. de Just., de 8 de abril de 1859 (D. G., n.º 112).

b) Segundo o disposto na Ordenação, livro 4.º, titulo 17.º, § 7.º, os medicos são ouvidos sobre enfermidades, quando não se prova legal e compe-

(a) No accordo proferido pelo Tribunal Superior de Guerra e Marinha em 30 de novembro de 1889, publicado no *Boletim dos Tribunaes*, tomo 5.º, paginas 350, no qual fomos relator, entre outros considerandos, escrevemos:

«Considerando que as funções das testemunhas e dos peritos, como diversas e distinctas, não podem confundir-se, pois que a missão d'aquellas é forçada e resultante da sua situação com relação ao crime e ao seu agente, limitando-se tão somente a narrar os factos que presenciaram, ou ouviram referir, ao passo que os peritos chamados a emitir o seu juizo consistem em descrever o objecto submettido ao seu exame e inspecção occular, apreciar o sob todos os aspectos e proferir conclusões positivas, consoante os principios ou regras da sciencia, arte, industria ou profissão que exercem;

«Considerando que a verificação do corpo de delicto exige em muitos casos conhecimentos technicos, mormente da solução de innumeros e difficeis problemas de medicina legal, em que os juizes e tribunaes carecem de noções scientificas ou praticas de todo o ponto estranhas aos estudos dos magistrados;

«Considerando que, embora os peritos chamados a examinareem um objecto sujeito á sua apreciação, não possam ser considerados como juizes, são todavia poderosos auxiliares d'elles, a quem esclarecem e subministram o seu parecer fundamentado, consciencioso e independente, que não liga os mesmos juizes, aos quaes assiste a faculdade de examinar, discutir e apreciar as conclusões que aquelles deduzem dos factos observados e examinados.»

(b) Obra citada, tomo 2.º, pag. 350.

(c) *Traité de médecine légale*, 3.ª ed., pag. 1:290.

156. Consignando os preceitos que ficam indicados, o legislador foi sobremodo providente, visando a obviar a que não

tentamente o contrario, ou não haja insufficiencia, defeito ou vicio em seus juizos e declarações.—Accordão citado.

c) Os juizos criminaes, posto que, para a formação dos corpos de delicto, tenham de recorrer a exames que forem privativos de alguma sciencia physica, não podem, no interesse da verdade, da innocencia e da justiça, deixar de ter presentes os principios e noções elementares da mesma sciencia, não para anteporem o seu mediano saber ao profissional dos competentes peritos, mas para melhor poderem interrogar-os, comprehender e apreciar as suas respostas, dar-lhes o alcance moral e juridico que ellas tiverem; pois que só aos juizes compete dar ou não por constituídos os corpos de delicto.—Acc. de 30 de abril de 1861 (D. L., n.º 112).

d) Os peritos são os unicos competentes para fazerem as declarações scientificas dos caracteres technicos dos factos sujeitos á sua privativa apreciação, e que constituem uma prova *sui generis* indispensavel para se verificar a applicação da pena na conformidade da lei.—Acc. de 4 de agosto de 1863 (D. L., n.º 256).

e) É essencial que os peritos da primeira antepsia sejam chamados para assistir á segunda, para se evidenciar se a lesão foi feita por estes, quando operarem.—Acc. de 1 de maio 1891. *Boletim dos Tribunaes*, tomo 6.º, pag. 466).

ix. Tem-se disputado qual seja a natureza da missão dos peritos: se devem ser considerados como testemunhas, ou como auxiliares do juiz. As funções dos peritos não podem confundir-se com as das testemunhas, porque differem essencialmente entre si.

As passo que o delicto cria as testemunhas, as quaes exercem uma missão forçada resultante do facto de se acharem no lugar em que o delicto foi commettido, ou de estarem em relação com o presumido delinquente, limitando-se tão só a referir os factos que viram ou que chegaram ao seu conhecimento, os peritos, pelo contrario, são nomeados pelo juiz, exercem uma missão puramente voluntaria, subministram a este as noções especiaes que possuem, verificam e apreciam o facto submettido ao seu exame, emittem a sua opinião e proferem um juizo sobre elle.

Diversa é tambem a responsabilidade penal das testemunhas e dos peritos. Aquellas são responsaveis pelo crime de falso depoimento; estes somente o são no foro intimo da sua consciencia. As primeiras podem ser contradictadas; os segundos não podem ser recusados.

A verificação e apreciação do facto sujeito ao seu exame não é uma simples affirmação, mas uma explicação, segundo os principios da sciencia ou as regras da arte; não é um mero testemunho, mas um parecer, um juizo motivado (a).

x. Nos casos de contradicção ou omissão no relatório dos peritos ou de outras conclusões, que não resultem logicamente das premissas estabelecidas, e quando a contradicção não seja destruida por uma nova conferencia dos peritos, deve requerer-se o parecer de outros peritos (*Hofmann*, obra citada, pag. 643).

xi. Havendo empate, pôde chamar-se terceiro perito, ou proceder-se a novo exame por outros peritos (*Gazeta dos Tribunaes*, n.º 508).

xii. Concluido o corpo de delicto com todas as formalidades legais, o juiz não pôde annullar o com fundamento na declaração posterior em contrario de outro perito, não só por ser extemporanea, mas por não ser feita em presença do outro collega e com o objecto á vista, podendo contudo mandal-a juntar ao corpo de delicto e proceder a novo exame (*Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 2:460 e 2:483).

(a) Vid. *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 3.º, § 361.

possa devidamente investigar-se qual a causa determinante da morte de um individuo. E' da posição do corpo e do conjunto das circumstancias que o cercam, que os peritos podem deduzir o genero de morte que soffreu.

Todos os medico-legistas aconselham, como precação impreterivel, que tanto o cadaver como os objectos em volta d'elle devem ser conservados no mesmo estado e posição em que houverem sido encontrados, sem fazer a menor alteração até que os peritos procedam ao exame. Convém tambem examinar as nodos de sangue, ou quaesquer manchas suspeitas, que se encontrarem, e que podem ter uma grande importancia sobre o descobrimento da causa da morte (*).

157. Os peritos devem notar o logar em que se encontra o cadaver e os objectos que o cercam, principalmente armas ou instrumentos cortantes, picantes ou contundentes; pedaços de panno ou papel, que tivessem servido de bucha; nodos de sangue ou outros vestigios de ter havido lucta ou violencias; se o corpo está nu ou vestido, e, n'este caso, a cor, natureza e estado do vestuario, examinando se está sujo, cortado, rasgado ou manchado; qual a attitudo e a physionomia do cadaver, e a posição de cada parte relativamente, não só ás demais partes, mas aos objectos que estejam em volta do corpo, trastes, utensilios, etc. (*). Em resumo, diz *Legrand du Saute*, (*) deve examinar-se e descrever-se tudo com methodo e minuciosidade, sem omitir qualquer pormenor, que, embora pareça inutil, pôde ter grande importancia no decurso dos debates.

158. Quando seja indispensavel trasladar o corpo para outro logar (*), deve esta operação effectuar-se de modo que se evitem, quanto possivel, grandes solavancos e que a cabeça vá a baloiçar, devendo atafalhar-se com pannos as aberturas naturaes do cadaver, afim de obviar a que os movimentos possam alterar o estado e as relações reciprocas dos órgãos e a que pelas aberturas saiam materias que seja conveniente examinar. E', pois, de toda a conveniencia fazer transportar o cadaver em uma maca, padiola ou escada, sobre enxergão ou

(1) *Peres Galeão*, obra citada, tomo 1.º, paginas 438; *Hoffmann*, obra citada, paginas 635; *Direito*, tomo 9.º, pag. 290.

(2) *Peres Galeão*, obra citada, tomo 1.º, pag. 438.

(3) Obra citada, pag. 1:121.

(4) Em Paris o transporte dos cadaveres é para a *Morgue*, sob a vigilância do commissario de policia.

palha, com a cabeça segura, devendo ser envolvido em panno cozido e sellado, de tal sorte que nada possa alterar-se no corpo de delicto, sendo os sellos postos e tirados pelas autoridades competentes (*).

159. O cadaver deve ser sepultado no cemiterio designado pela autoridade judicial, que presidiu ao corpo de delicto, conforme o disposto no artigo 26.º, n.º 4.º, do regulamento de 3 de dezembro de 1868.

160. Os cadaveres dos suicidas devem ser sepultados nos cemiterios publicos (Portaria do ministerio do reino de 23 de março de 1878; *Direito*, tomo 5.º, pag. 436; tomo 7.º, pag. 339 e 356; tomo 10.º, pag. 416).

161. Não pôde dar-se á sepultura nenhum cadaver, nem ainda de creanças de tenra idade, sem preceder certidão passada gratuitamente pelo medico ou facultativo, que tiver assistido ao fallecido na sua ultima molestia, ou que fór chamado para examinar o corpo depois do obito. No caso de recusar-se o facultativo a passar esta certidão, o regedor de parochia lavrará auto do facto e remettê-lo-ha ao delegado do procurador regio para proceder contra elle como desobediente, nos termos do artigo 903.º da Novissima Reforma Judicialia. (Edital do Conselho de Saude Publica de 26 de dezembro de 1849, no *Diario do Governo*, n.º 306; Regulamento de 3 de janeiro de 1837, artigo 19.º, § 2.º; Portaria de 26 de julho de 1849; Decretos de 9 d'agosto de 1814 e 3 de dezembro de 1868, artigo 17.º, n.º 5.º; Portaria do ministerio do reino de 2 de julho de 1880; Cod. Pen., art. 188.º.

SUBSECÇÃO II

Exumação do cadaver

162. Se para se proceder á antopsia fór mister exumar o cadaver, deverá formar-se um auto, em que os peritos facultativos declarem se a exumação pôde effectuar-se sem imminente risco da saude publica. — Circular do procurador regio de Lisboa, n.º 482; Officio do procurador geral da corôa

(2) *Peres Galeão*, obra citada, tomo 1.º, pag. 438; *Briand et Ernest Chaudé*, Manuel complet de médecine légale, pag. 26.

2 de 20 de junho de 1854; *Manual do Ministerio Publico do auctor*, vb. «*Exumação*» (1).

163. Cumpre aos administradores e aos guardas das ca-

(1) Nas exumações devem observar-se as precauções e prescrições hygienicas seguintes:

1.º Prover-se de celhas, esponjas, agua, vinagre aromatico, sabão, um e meio a dois kilogrammas de chlorreto de cal sólido, do qual deverá dissolver-se uma porção em agua, carvão vegetal em pó, rochas, archotes, bom vinho e instrumentos para cavar a terra. Póde tambem empregar-se agua phenica e sublimado corrosivo.

2.º Proceder a este acto da madrugada nas estações quentes, e nas frias das sete ás nove horas da manhã;

3.º Empregar n'este serviço os operarios necessarios para abrir as sepulturas no menor tempo possivel, escolhendo os que gozem de boa saúde e estejam habituados ás emanções dos cemiterios, devendo almocar e tomar uma dose de bom vinho antes de começar o serviço, revestir-se com frequência, usar de instrumentos de cabo comprido a fim de curvarem pouco o corpo sobre a terra, e mudarem de fato antes de recolherem a suas casas, expondo ao ar livre, por espaço de dez a vinte horas, o que trouxerem durante o trabalho;

4.º Compreender a excavação mais dois ou tres palmos além do lugar que occupa o cadaver, quando a exumação se fizer em uma sepultura (a). Se, porém, não for bem designado o sitio que elle occupa, convém dar maior extensão ao desaterto e fazer cautelosamente alguma exploração até encontrar o cadaver;

5.º Beneficiar a terra que cobrir o cadaver com solução de chlorureto de calcio, quando o desaterto chegar a um palmo de distancia d'elle, mas sem lhe tocar para evitar a alteração da cor da pelle;

6.º Suspendar a excavação logo que se encontre o cadaver, para a fazer por igual até que se descubra todo, procedendo de maneira que não se altere nem levante;

7.º Passar por baixo do cadaver algumas correias ou cordas para o levantar da sepultura, o que será facil effectuar, visto que a excavação aos lados fica mais funda do que na parte occupada por elle;

8.º Depositar o cadaver sobre uma mesa em lugar um pouco distante e bem arejado, onde deve lavar-se, espalhando-se em seguida junto d'elle e sem o tocar porções de chlorureto de cal, e, em maior quantidade, quando for activo o cheiro da corrupção;

9.º Fazer em cada topo do caixão, junto á tampa, quando o cadaver estiver em caixão bem conservado, um furo de tres a seis linhas de diametro, applicando um folio a um dos furos para se expellirem pelo outro os gases mephticos, atravessando assim o caixão com correntes de ar, antes do o abrir;

10.º Borrifar com solução de chlorureto de sodio o caixão, quando estiver bem conservado, e, depois de examinado, proceder á sua abertura em lugar um pouco distante, collocando-se os operarios da parte d'onde correr o vento, lançando aos lados do cadaver chlorureto em pó, tirando aquelle passados alguns minutos para cima de uma mesa, e removendo d'alhi o caixão;

11.º Proceder, cinco a dez minutos depois, ao exame exterior e verificar a identidade do corpo, notando se o caixão, a mortalha e outros sinais do cadaver concordam com os ditzes do assento do enterramento relativos

(a) Se tiver de fazer-se em carneiros e vallas, é mister dobrar de precauções.—Vid. *Peres Galdino*, Tratado elemental de medicina legal, tomo 1.º, pag. 456; sr. *Macêdo Pinto*, Medicina administrativa e legislativa, 2.ª parte, pag. 354; Portaria do ministerio do reino de 7 de janeiro de 1875.

miterios impedir, que se façam exumações antes de haverem decorrido cinco annos a contar da data dos obitos, excepto quando forem determinadas por mandado judicial ou ordem da auctoridade administrativa, fundada em motivo de interesse publico.—Decreto de 3 de janeiro de 1868, art. 26.º, n.º 3.º (1).

SUB-SECÇÃO III

Reconhecimento do cadaver

164. A nossa lei do processo penal é omissa acerca das diligencias a que deve proceder-se para se verificar a identidade de uma pessoa fallecida, que não é reconhecida (1).

aquella sepultura, e com o que consta a respeito do cadaver n'ella enterrado;

12.º Fazer conduzir o cadaver, estando bem conservado, para a sala de dissecação do cemiterio, a fim de se proceder ali á autopsia com mais commodidade, devendo fazer-se no ar livre, se a corrupção estiver adiantada;

13.º Lançar aos lados do cadaver duas a oito onças de chlorureto de cal, renovar esta pratica algumas vezes durante a autopsia, e lavar as mãos em solução do mesmo chlorureto, ou usar de luvas impermeaveis;

14.º Proceder logo depois da autopsia, ao enterramento do cadaver, porque a sua exposição ao ar activa a podridão (*Peres Galdino*, obra citada, pag. 456; sr. *Macêdo Pinto*, Medicina administrativa e legislativa, tomo 2.º, pag. 352 a 356; *Sédillot*, Manual de medicina legal, traduzido por Lima Leitão, pag. 138).

(1) «Por mais longo que seja o prazo decorrido desde uma inhumação, sempre é tempo de procurar, porque alguma vez se encontrará, na exumação cadaverica, fundamento sobre que os tribunaes assentem as provas da innocencia ou da culpabilidade dos que são suspeitos de haverem cooperado n'um crime.

«E' por certo bem mais difficil lêr n'uma necropsie tardia do que n'um exame feito em melhores oportunidades, mas a difficuldade não implica impossibilidade irremediavel.» (Sr. *Manoel Bento de Sousa*, *Sousa Martins e Camara Cabral*, Questão de peritos, no processo «*Joanna Pereira*», paginas 30 e 31 (a).

(2) A identidade, diz o sr. dr. *José Fructuoso de Gouveia* (b), é a qualidade de ser o mesmo que se allega, ou, como escreve *Lacassagne*, a determinação da individualidade de uma pessoa.

«E' indispensavel a presença dos peritos, logo que seja precisa a verificação physica do individuo, no cadaver ou seus restos, e ainda em objectos que lhe pertenceram, ou vestigios que deixou.

II A identidade verifica-se pela averiguação dos caracteres seguintes: sexo; idade provavel; estatura, medindo exactamente o corpo, estendido no chão ou sobre uma banca, traçando duas riscas transversaes, correspon-

(a) Estes distincios peritos citam casos de exumações feitas onze, dez e nove mezes depois da morte.

(b) Apontamentos das lições de medicina legal, pag. 30.

No nosso *Projecto de Código do Processo Penal* propozemos o seguinte:

«Artigo 131.º Se houver de proceder-se a exame em algum cadáver, deverá a identidade d'este ser reconhecida pelo escripto ou por uma testemunha, pelo menos, que a possa attestar.

§ unico. Não sendo reconhecida a identidade do cadáver, deverá fazer-se uma descripção d'elle, declarando o sexo, comprimento, cor do rosto, olhos, cabellos, signaes physiognomicos ou do corpo, vestuario que trazia, e tirar-se a photographia d'elle, sendo possível, ordenando o juiz que seja exposto ao publico por vinte e quatro horas, se o estado do cadáver o permitir, para poder ser reconhecido.»

SUB-Secção IV

Autopsia

165. Na lei vigente do processo não se acha consignado nenhum preceito acerca da autopsia cadaverica.

A Novissima Reforma Judiciaria estatue apenas no artigo

dando uma ao vertice e outra aos pés; conformação externa, descrevendo o estado de magreza, de gordura, ou se é musculoso; cor; quantidade e comprimento dos cabellos; estado dos dentes, e se falta algum; deformidades naturaes ou accidentaes; signaes ou manchas de nascença; cicatrizes de feridas ou de abcessos escrophulosos; modificações physicas provenientes da profissão; descripção da tatuagem, havendo-a; grau de rijez dos membros; estado dos olhos, nariz, bocca, orelhas, partes genitales, anus e de todas as aberturas naturaes, e se nelles existem alguns corpos estranhos.

Os facultativos devem tambem descrever ao pé do corpo, se ha contusões, feridas, ulceras, excoiragações, fracturas, deslocações, tumores ou lesões vasculares; se existem livores cadavericos, e qual o estado da putrefacção; se, comprimindo-se o thorax, saem pelo nariz ou pela bocca materias liquidas ou gazes; e, sendo possível, notar a epocha da morte, especificando os caracteres em que fundam o seu juizo.

Sendo o cadáver de mulher, deverão declarar qual o volume das mamas; se, espremendo-se, dellas leite ou liquido leitoso; se na prega inferior da mama existe alguma ferida ou picada; a forma, o volume, tensão ou flacidez do abdomen; as rugas e vergastadas; se ha indícios de parto recente ou mais antigos; se estava em conjunção mensal ou grávida.

Deve declarar-se a natureza, cor e estado do vestuario, e se está sujo, cortado, rasgado ou manchado (*Peres Gálvez*, obra citada, tomo 1.º, paginas 202, 439 e 440; *snr. Macedo Pinto*, *Tratado elementar de medicina legal*, tomo 2.º, paginas 543; *Sédlitz*, *Manual de medicina legal*, traduzido por *Luiz Leão*, paginas 120; *Vibert*, obra citada, paginas 434 a 436; *Ferreira Borges*, *Instituições de medicina forense*, paginas 574; *snr. dr. José Francisco de Gouveia*, *Apostamentos das lições de medicina legal*, paginas 30 a 51; *Julius Clarus*, *Sententiarum*, liber v, questio 4.ª.)

904.º, que os peritos deverão declarar: — 1.º, o numero e qualidade das feridas; 2.º, o instrumento com que denotarem haver sido feitas; 3.º, se são mortaes ou somente perigosas; 4.º, se a morte resultou necessariamente d'ellas, ou proveio de alguma circumstancia accidental.

Procurando preencher esta lacuna, estabelecemos no nosso *Projecto de Código do Processo Penal* o seguinte:

«Artigo 132.º Nos exames feitos em cadáveres os peritos procederão, a requerimento das partes, ou *ex-officio*, à autopsia cadaverica, se puder fazer-se sem prejuizo da saude publica, e examinarão sempre as cavidades craneana, thoraxica e abdominal (?).

(1) «S6 nos casos em que os soffrimentos sejam de tal ordem, que não haja duvida alguma sobre a causa da morte, a natureza do fermento e a qualidade do instrumento que o produziu, é que se poderá dispensar a autopsia: em todos os outros casos deve proceder-se a ella, mas sem alterar as feridas externas, e começando pela cavidade splanchica.» (*snr. Macedo Pinto*, *Tratado elementar de medicina legal*, II parte, pagina 543).

«S6 nos casos excepcionaes se deve permitir o dissecar um cadáver antes de dezoito horas nos mezes de maio a outubro, e de vinte e quatro nos restantes, depois de verificada a morte por dois facultativos, e não havendo a menor suspeita sobre a realidade d'ella. O facultativo que proceder à autopsia, antes de a começar, deverá sempre verificar a morte real.» (*snr. Macedo Pinto*, *Medicina administrativa e legislativa*, II parte, paginas 304).

II «Consistem as regras geraes da autopsia em examinar successivamente as tres grandes cavidades do tronco—cabeça, peito e abdomen—, porque nelas se encontram o mais frequente as lesões graves: raras vezes são os membros a sede de feridas capazes de causar a perda da vida. Ainda mesmo que nas primeiras indagações se achassem alterações sufficientes para explicar a morte, não deveria por isso crer-se dispensado de terminar a autopsia, porque o exame das outras cavidades poderia ser tambem de grandissimo valor: assim, tendo sido feitas duas feridas no peito e no abdomen por dois diferentes individuos, pôde ser necessario saber qual das duas era mortal mais promptamente: um homem pôde ter sido envenenado e depois espancado. Causas apparentes da morte não desculpariam uma negligencia que pôde ter consequências graves.» *Sédlitz*, *Manual de medicina legal*, traduzido por *Luiz Leão*, paginas 130).

IV «A autopsia deve ser feita por forma que se possam observar os orgãos internos, sem que tenha sido alterada a direcção da ferida, com o fim de poder avaliar a posição do individuo no acto do fermento, a forma e extensão do instrumento vulnerante, e a direcção com que penetrou no corpo. Sobre os orgãos feridos somente se devem praticar as incisões absolutamente necessarias para o exame das feridas, para que estas possam ser observadas segunda vez, se porventura houver necessidade de proceder-se a outro exame.»

«Em seguida deve praticar-se a abertura das outras cavidades, e explorar o estado das suas visceras; embora a offensa seja sufficiente para explicar a morte, cumpre investigar o estado das outras cavidades; por isso que n'ellas podem apparecer outras lesões, que concorressem para a morte, sendo estranhas a offensa, ou que sejam effectos do mesmo crime, e que possam esclarecer as circumstancias que o acompanharam. Até mesmo no caso em que o cadáver esteja mutilado e dividido em partes, é indispensavel pro-

§ 1.º Estes exames serão feitos nos theatros anatomicos, ou, não os havendo, nos hospitaes, casas ou locaes fornecidos pelas camaras municipaes ou juntas de parochia, ou na casa do defuncto, se a familia assim o requerer.

§ 2.º Findo o exame, os peritos farão a sua declaração, descrevendo tudo o que julgarem digno de menção, concluindo por emitirem o seu juizo acerca da causa efficiente da morte.»

ceder ao exame dos órgãos internos; por isso que a mutilação podia ser um ardid posterior à morte, para occultar a sua verdadeira causa, e tornar o cadaver desconhecido.»

«Depois de terminado o exame, prepara-se o cadaver, unindo todas as partes, envolvendo-o em panno para ser sellado pela auctoridade, antes da inhumação, que deve ser feita em local determinado.» (Snr. Macedo Pinto, obra citada, paginas 544.—Vid. Ferreira Borges, Instituições de medicina forense, paginas 569) (a).

Se o medico tem a maior latitude na marcha que deve seguir na autopsia, está contudo moralmente adstricto a certas regras importantes, devendo aquella ser feita methodicamente e com todo o tanto alim de que, sendo mister, possa fazer-se uma contra-prova. A autopsia deve ser completa, devendo abrir-se as tres cavidades, craniana, thoracica e abdominal, pois que ha exemplos de se attribuir a morte a violencias e contusões, tendo allás sido a consequência de um envenenamento. (Legrand Du Saule, obra citada paginas 1:132).

VI. A autopsia medico-legal deve ser feita por um modo completo, devendo todos os órgãos ser successivamente examinados e mencionar-se no relatório qual o seu estado, ainda que a causa da morte seja evidentemente indicada pela lesão de um órgão especial, porque pôde suscitar-se ulteriormente alguma questão, que não possa resolver-se satisfactoriamente, se não se tiver observado com exactidão o estado dos diversos órgãos.

No decurso do processo de instrução ou durante os debates, muito tempo depois da inhumação do cadaver autopsiado, o medico pôde ser interrogado sobre se a victima tinha tomado alimento ha muito tempo, se estava em estado de embriaguez, se succumbiu pouco depois de ter urinado ou defecado; se um homem tinha hemorragia; se uma mulher apresentava

(a) 1.º Posto que o Supremo Tribunal de Justiça decidia em um processo instaurado por crime de ferimentos de que resultou a morte, e em que se não procedeu a exame por autopsia cadaverica, que não havia nulidade por deliberação de corpo de delicto, visto que os peritos declararam no exame feito no fallecido, quando já moribundo, que elle tinha na cabeça e no ventre muitas feridas, exprimindo-se os peritos a respeito das primeiras «as quaes pôde resultar morte», e a respeito das segundas «causa sufficiente para se seguir morte», entendemos que é de toda a conveniência que se proceda sempre a autopsia cadaverica, porque a morte pôde resultar de outras causas, e o exame directo é o *crimen et reatum*.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 19 de junho de 1852 (D. G., n.º 171). Vid. *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1:854.

II. Os peritos devem declarar, se as lesões achadas no cadaver depois de enterrado e desenterrado procederam a morte ou seriam posteriores a ella, obra do enterramento e desenterramento.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 22 de março de 1872 (D. G., n.º 197).

III. Na autopsia cadaverica consiste a propria essencia do corpo de delicto directo.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 13 de julho de 1877 (D. G., n.º 361).—Vid. a critica d'este accordão no *Directo*, tomo 10.º, pag. 510.

SECÇÃO II

Envenenamento

186. A natureza e gravidade do crime de envenenamento (1)

vestigios de parto antigo; se havia signaes de certa e determinada doença chronica, etc.

Convém fazer verificações por um modo tão preciso como possível: por exemplo, medir e pesar os órgãos, cujo volume é anormal, sobretudo quando esta circumstancia pôde concorrer para a explicação da morte.

Quando o facilitativo encontrar alguma lesão de alguma importancia, não deve limitar-se a mencioná-la, declarando, por exemplo, que existe um cancro, um kisto idático no fígado, mas é mister descrever minuciosamente a alteração que notar a fim de que possa ulteriormente discutir-se acerca da sua verdadeira natureza. Sempre que esta parecer duvidosa, é conveniente colligir as peças e submettel-as, em certos casos, ao exame microscopico, feito por perito competente. (Ch. Fibert, *Précis de médecine légale*, 3.ª ed. (1889), paginas 67 e 68.

(1) Em um artigo intitulado «*o proposito do caso do Recolhimento das Trindades*», publicado no n.º 2:500 do *Correio da Noite*, escrevemos o seguinte: «E' certo que este artigo (o 353.º do Codice Penal) e respectivo paragrafo punem o crime de envenenamento, sem se preocuparem com as consequencias que resultem das substancias toxicas ministradas a uma pessoa, considerando como crime de envenenamento todo e attentado contra a vida de alguma pessoa por effeito de quaesquer substancias que possam dar a morte mais ou menos promptamente, de qualquer modo que estas substancias sejam empregadas ou administradas, e quaesquer que sejam as consequencias.

«Este artigo está comprehendido na secção 3.ª do capitulo II do titulo IV do livro II do Codice Penal, a qual o inscreve: *Homicídio voluntario simples e aggravado e envenenamento*.

«O legislador portuguez, attendendo á gravidade d'este crime, inclinou na secção em que trata do homicidio, punindo aquelle crime com pena mais grave do que a que corresponde pelo artigo 349.º ao homicidio simples, embora consista em uma simples e mera tentativa (*tentado*), embora se não verifique a morte. Não o denominou, nem o podia denominar homicidio (*hominis caedes*), porque a morte nem sempre resulta da propinação do veneno, mas equiparou-o a este crime, punindo-o com pena da mesma natureza, mas de mais larga duração.

«Todos os criminalistas, e entre elles os distinctos escriptores *Chauveau e Hélie, Morin e Bédard*, consideram o envenenamento como uma especie de assassinato, comprehendendo simultaneamente um homicidio consummado ou tentado, e a circumstancia da premeditação, que presuppõe o emprego do veneno no alimento ou bebida destinados ás victimas, com o fim de dar-lhes a morte.

«Se este crime se distingue do assassinato, é porque é mister determinar os seus elementos constitutivos em razão do modo especial da sua execução. Mas não tem deixado de ser sempre considerado como um crime tão grave como o assassinato, mais grave talvez, ou, pelo menos, mais perigoso, porque envolve uma traição e é cometido por aquelles de quem menos se desconfia. A lei 1.ª *Cód. de malefais et malis*, dizia: *Plus est hominem exiguere veneno quam occidere gladio*.

«Do que fica exposta resulta que o crime de envenenamento é um crime sui generis, um attentado contra a vida, qualificado pela intenção do agente, mais grave que o homicidio simples e punido mais severamente do

e a dificuldade da sua prova (?) demandam a adopção de meios e precauções especiais, que passamos a resumir.

107. Quando fallecer alguma pessoa, que se suspeite ter sido envenenada, deverá observar-se o seguinte:

1.º Proceder-se immediatamente à autopsia no cadaver (Circ. do Proc. Reg. dos Açores, n.º 84) (?);

2.º Declararem os peritos expressamente se existem, ou não, suspeitas de envenenamento, ou tentativa d'elle, especificando os factos ou signaes indicativos que os levam a suppor a existência do veneno;

3.º No caso affirmativo, deverão:

1.º Abrir-se por ordem successiva todas as cavidades corpóreas, começando pela *craneana*, seguindo pela *thoracica* e terminando pela *abdominal*, descrevendo genericamente, mas exacta e explicitamente, os caracteres e signaes anatomico-pathologicos encontrados, designando-os pelo seu nome scientifico, excepto os phenomenos cadavericos, e indicando todos os signaes improprios do estado physiologico natural aos órgãos de cada cavidade. (Circulares do Proc. Reg. de Lisboa, n.º 461 e 509; do Porto, n.º 453, 564, 624, 649 e 882; dos Açores, n.º 81; *Hofmann*, obra citada, paginas 450);

2.º Extrahir de cada uma d'ellas:

a) Da cavidade *craneana*: toda a massa encephalica (cere-

bro, cerebreito, etc.), recolhendo-a cuidadosamente em frasco de vidro, bem limpo e fresco;

b) Da cavidade *thoracica*: o coração, os pulmões e liquidos, principalmente sangue escorrido e apañado com esponja, sendo tudo da mesma forma metido em frasco de vidro, separado do primeiro;

c) *abdominal*: o estomago, atado nas duas aberturas naturais, e o intestino delgado, atado nas duas extremidades, de forma a não extravazar o seu conteúdo, o figado com a sua vesicula fellea, intacto de modo a não perder o bile, os rins e a bexiga com a urina, liquidos ou contentos d'estas visceras, materias de vomitos e de excremento, etc. (Circulares, n.º 649 e 882 do Proc. Reg. do Porto); *Ch. Fíbert*, obra citada, paginas 99 e 100).

108. D'estas visceras e liquidos devem ser contidos isoladamente em frascos diferentes (?) tapados com rolhas de vidro ou de pau, tendo cada um d'elles o rotulo indicativo do seu conteúdo, os seguintes:

1.º O estomago e intestino delgado com os liquidos que d'elles escorram e possam ser recolhidos;

2.º O figado com a sua vesicula fellea e liquidos que d'elles escorram;

3.º Os rins, a bexiga e liquidos que d'estas provenham;

4.º As materias de vomito;

5.º As materias de excremento, fezes, etc.;

6.º Os liquidos em mistura, que d'estes órgãos ou materias tenham escorrido, quando respectivamente não podêrem vir com as visceras contêntes;

7.º Os restos das comidas ou bebidas que se julguem envenenadas, e quaisquer substancias ou liquidos suspeitos de venenosos, que devem ser apprehendidos. (Circulares n.º 649 e 882 do Proc. Reg. do Porto).

109. Em todos os frascos, que contiverem as visceras ou seus contentos, deve deitar-se alcohol puro, de graduação não inferior a 85 graus centesimais, o qual deve cobrir completamente as visceras, excepto se o envenenamento tiver sido causado por qualquer alcaloide ou pelo phosphoro.

N'estes casos as visceras devem ser encerradas nos frascos

(1) *Ch. Fíbert*, aconselha que os frascos devem ser novos, ou, não se podendo obter, lavados com agua e acido chlorhydrico ou com agua alcoolizada.

taes como foram extrahidas, expondo-se o estado em que foram encontradas e fazendo-se especial menção d'este facto. (Circular do Proc. Reg. do Porto, n.º 882).

170. Todas as vezes que as visceras forem mergulhadas em alcool, é indispensavel enviar em um frasco de vidro bem limpo e secco uma amostra do alcool empregado, tendo todo o cuidado de a separar do alcool que tiver de se empregar, antes de o applicar nas visceras do cadaver. (Circular do Procurador Regio do Porto, n.º 882). (1)

171. Havendo exhumação, e se o cadaver estiver em bom estado, deve enviar-se em um frasco de vidro, bem lavado e secco, um a dois kilogrammas da terra que estiver junto ao cadaver, conforme o terreno for solto ou pedregoso, e em outro frasco a mesma quantidade de terra extrahida do logar da sepultura, a um metro de distancia pelo menos.

Se, porém, o cadaver estiver em decomposição e os seus restos organicos misturados com terra da sepultura, deve esta ser tomada e vir em frascos separados pela ordem seguinte:

1.º Um kilo ou mais de terra, tirada do logar correspondente à cavidade *craneana*;

2.º Um kilo ou mais de terra, extrahida da parte correspondente à cavidade *thoracica*;

3.º Um kilo ou mais de terra, extrahida da parte correspondente à cavidade *abdominal*;

4.º Um kilo ou mais de terra, extrahida a um metro de distancia da sepultura. (Circulares do Proc. Reg. do Porto, n.ºs 649 e 882).

172. Nos frascos e vasos que contiverem as visceras, substancias e liquidos, que houverem de submeter-se a analyse chimica, depois de fechados e sellados, devem collocar-se rotulos exteiros, rubricados pelo juiz, delegado e peritos, devendo declarar-se a natureza e procedencia das materias n'elles contidas, sendo convenientemente acondicionadas n'um caixote, que deverá ser enviado pelo delegado ao respectivo procurador regio por intervenção de um almocreve, recoveiro ou embarcações. (Circulares do Proc. Reg. de Lisboa, n.º

(1) Vid. *Manual do Ministerio Publico* do auctor, vbo. *envenenamientos*; *Ordoian et Ledau*, Le Ministère Public, tomo 1, paginas 88 e 89; *Masabian*, Manuel du Ministère Public, tomo II, n.º 1574; *Fauriol*, *Hygiène*, obra citada, tomo V, paginas 462; *Jardieu*, Etude médico-légale et clinique sur l'empoisonnement, paginas 875.

493; do Porto, n.ºs 453, 474, 560 e 649; dos Açores, n.º 81, art. 9.º e 10.º) (1).

173. Logo que os autos sejam continuados com vista ao delegado do procurador regio, deverá promover que, para complemento do corpo de delicto, se expeça deprecada às justicias das comarcas de Lisboa, Porto ou Coimbra, segundo competir, para se proceder à analyse chimica (?), devendo

(1) A remessa não pôde ser feita pela estação postal. (Reg. telegraph. post. de 23 de setembro de 1880, art. 134.º e de 10 de novembro de 1892, art. 117.º, n.ºs 3.º e 4.º).

(2) A portaria do ministerio do reino de 30 d'agosto de 1890 mandou organizar um instituto toxicologico para se proceder às analyses chimicas, mas ficou no terreno especulativo.

II O Supremo Tribunal de Justiça tem adoptado a jurisprudencia seguinte:

1. Posto que seja para desejar que nos casos de envenenamento se empregue a analyse chimica, sempre que seja possível, nem isso é praticavel em muitas localidades, nem o artigo 903.º da Reforma Judiciaria o exige expressamente. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 17 de fevereiro de 1884; (D. do G., n.º 58).

II Não sendo explicitas as declarações dos peritos no crime de envenenamento e faltando a analyse chimica, não se pôde dizer que ha corpo de delicto completo. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 8 d'abril de 1886; (D. do G., n.º 172).

III Quando não se encontram os restos das substancias toxicas para poderem ser submettidas às competentes analyses, ou quando das que tiverem logar nenhum resultado se obtive, tornou-se de facto *transiente*, devendo proceder-se no summario em conformidade com o § unico do artigo 903.º da Reforma Judiciaria. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 9 de dezembro de 1883; (D. do G., n.º 1, de 1883).

IV Para ser procedente a accusação por crime de envenenamento é necessario que o corpo de delicto verifique o facto de propinacão de algum toxico. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 7 de fevereiro de 1871; (D. do G., n.º 53).—Vid. a critica d'este accordo no *Direito*, tomo 4.º, paginas 238.—Vid. acc. de 9 de junho de 1881. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 32.º, paginas 558.

V Não ha corpo de delicto pelo crime de envenenamento sem se verificar por meio de peritos o exame das substancias toxicas ou corrosivas, que se dizem propinacadas. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 6 de julho de 1885; (D. do G., n.º 243, de 1885).

VI Não sendo possível fazer exame no liquido venenoso ou no cadaver, deve revalidar-se o processo. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 3 de junho de 1887; (D. do G., n.º 197).

VII É elemento essencialmente constitutivo do crime de envenenamento, que a substancia toxica chegue de facto a ser empregada ou administrada à pessoa a quem é destinada. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 11 de janeiro de 1889; (D. do G., n.º 15 de 1890).

VIII No crime de envenenamento é indispensavel verificar por meio de exame as substancias que se diz estarem envenenadas, não podendo esta falta ser supprida pelos depoimentos das testemunhas no corpo de delicto a no summario, não constando a *verdade de modo irrecusavel*. (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 11 de dezembro de 1891; (D. do G., n.º 56).

Des extractos d'estes accordos conhece-se, que a jurisprudencia do

transcrever-se na deprecada: 1.º, a participação inicial, havendo-a; 2.º, o acto de exame directo, e quaesquer outros actos a que se tiver procedido; 3.º, qualquer informação ou historia progressiva da doença. (Circulars do Proc. Reg. de Lisboa, n.º 461; do Porto, n.º 163; dos Açores, n.º 81, art. 8.º).

174. As despesas dos exames toxicologicos, incluindo os honorarios dos peritos, são satisfeitas pelas procuradorias regias de Lisboa e Porto, onde são processadas as respectivas folhas, approvadas pelo ministerio da Justiça, e nas comarcas do districto judicial da Relação dos Açores pelo cofre das multas menores de 10\$000 réis. (Circulars do Proc. Reg. do Porto, n.º 560; dos Açores, n.º 81, art. 11.º; portarias do minist. da just. de 2 de julho de 1850 e 27 de setembro de 1854; officio do minist. da just. de 28 de dezembro de 1859; *Manual do Ministerio Publico* do auctor, vbs. «*envenenamento*.»)

SECÇÃO III

Infanticidio

175. «O infanticidio é um dos assumptos da medicina legal, que offerece ao facultativo maior numero de questões deliradas, e de pontos da mais difficil solução: é por isso que elle occupa um logar distincto em todos os tratados medico-legaes.» Snr. *Macedo Pinto*, Tratado elementar de medicina legal, tomo 2.º, paginas 173. (2)

Supremo Tribunal de Justiça é incerta acerca da necessidade da analyse chimica nas substancias toxicas. Se por um lado reconhece a indispensavel conveniencia de submeter á apreciação de peritos chemicos as substancias que se presumem venenosas, por outro lado, quando a verdade constar de um modo irrefragavel e quando seja impossivel proceder á analyse chimica, tem revalidado o processo, por força do disposto no artigo 900.º da Novissima Reforma Judiciaria e do artigo 13, n.º 1, da lei de 18 de julho de 1855.

Os magistrados judiciaes e do ministerio publico devem ser nimbamente zelosos em descobrir e fazer apprehender todas as substancias e liquidos, que foram absorvidos ou estavam destinados ás victimas, a fim de evitarem a impunidade de um crime de tanta gravidade.

(1) «O crime de infanticidio supõe tres condições: o acto voluntario da morte; um infante a nascer, ou que não tem mais de oito dias de idade; e que o infante seja vivo e viavel.

«E as provas medicas d'este crime deduzem-se, umas do corpo do infante, cuja existencia é indispensavel, e as outras do exame da mãe, se ha indícios de quem ella seja.»

n.º «As questões relativas ao infante são:

1.º O infante nasceu ha mais de oito dias?

SECÇÃO IV

Aborto

176. As questões relativas ao aborto, que ordinariamente se commettem aos peritos, podem formular-se da maneira seguinte:

1.º Tal alimento, bebida, medicamento, violencia ou outro meio, seria capaz de provocar o aborto?

2.º Houve provocação de aborto?

2.º O infante nasceu vivo e viavel?

3.º Se o infante nasceu vivo, que tempo viveu?

4.º Se o infante morreu, teria a morte lugar antes do parto, durante o trabalho, ou no momento de nascer por effeito de vicio de conformação, ou de molestia preexistente?

5.º Quando morreu o infante?

6.º Qual foi a causa da morte do infante?

«As questões relativas á supposta mãe são:

1.º É certo que a mulher teve um filho?

2.º E a idade do filho combina com a epocha do parto?

3.º Pertencerá o infante á supposta mãe?

4.º Poderá uma mulher parir sem ter a consciencia d'este acto?

5.º Póde uma mulher ficar, depois do parto, em tal estado que não lhe seja possivel ministrar ao recém-nascido os serviços que a posição d'elle reclama?»

«Taes podem ser as circumstancias d'alguns casos d'infanticidio, que demandem a solução de todas ou algumas d'estas questões.» Snr. *Macedo Pinto*, obra citada, tomo 2.º, paginas 172 e 183.—Vid. *Sédillot*, *Manuel de médecine légale*, traduzido por *Lima Leitão*, paginas 58; *Ferreira Borges*, *Instituições de medicina forense*, paginas 236; *Hofman*, obra citada; *Legendre Du Saulle*, obra citada; *Fübert*, obra citada, paginas 400 a 453.

II. a) Devendo no crime de infanticidio procurar-se, no exame directo, verificar além de outras cousas se a criança nascera morta ou viva, e quaes as causas da morte antes ou depois do parto, era já isto impossivel depois da criança estar morta ha doze dias e enterrada ha mais de dez, segundo os principios de medicina legal, nada mais restando do que mandal-o formar por testemunhas.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 27 de janeiro de 1852 (*D. do G.*, n.º 53).

b) Devendo os quesitos ser propostos ao jury em harmonia com as circumstancias articuladas, tanto no libello como na contestação, ou que resultarem da discussão, e tendo-se omitido as circumstancias de ter a ré committido o crime para occultar a sua deshonra e de não ser já o primeiro parto que tinha tido, está falta é essencialissima para se saber se se devia impôr á mãe a pena de artigo 366.º do Código Penal, se a do § unico do mesmo artigo, o que importa nulidade, visto que a lei no citado paragraho diz, que a mãe que mata para occultar a sua deshonra não soffre a pena do artigo, mas sim a do paragraho, a qual é diversa.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 1 de maio de 1877 (*D. do G.*, n.º 187).

IV Por accordão da Relação do Porto de 14 de outubro de 1884 foi condemnada uma ré na pena de prisão maior cellular por seis annos, seguida de dez annos de degredo, e, em alternativa, na de vinte annos de degredo em possessões d'Africa de 1.ª classe.

Fazendo a critica d'este accordão, observi-se na *Revista dos Tribunaes*, 3.º anno, paginas 161, que, tendo a Nova Reforma Penal modificado o Co-

3.º Houve aborto?

4.º Havendo tido lugar o aborto, foi este natural, ou o resultado do emprego de meios proprios a determiná-lo?—Vid. *sor. Macedo Pinto*, Tratado elementar de medicina legal, tomo 2.º, paginas 102 a 115. (1)

SECÇÃO V

Ferimentos e offensas corporaes

177. Nos crimes de ferimentos e offensas corporaes (2) os peritos deverão declarar:

digo Penal e a lei de 1 de julho de 1867, resulta que a penalidade, em vez de descer, subiu, impondo-se uma pena superior a seis annos a quem não podia ser applicada.

(1) Não damos maior desenvolvimento a este assumpto por ser do dominio da medicina legal, remetendo o leitor estudioso para esta obra e para as de *Hofman* e de *Legrand Du Sault e Fibert*, obra citada, paginas 388 a 398.

ii Tem-se suscitado a questão, se a tentativa de aborto praticada por um individuo com o consentimento da mulher que se acha grávida, é punível pelo artigo 358.º, § 1.º, do nosso Código Penal.

Na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 8.º, paginas 100 e 148, sustenta-se a opinião affirmativa com solidos e juridicos fundamentos, devendo no corpo de delicto verificar-se a gravidez da mulher e que a tentativa do aborto foi realisaada com o emprego de meios proprios para se consummar o crime.

iii No nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal* propozemos:

«Artigo 188.º Nos crimes de abortamento proceder-se-ha a exame na mulher que tiver abortado, e serão apprehendidos os agentes que se suspeitar terem servido para o provocar, observada a disposição do numero antecedente.»

(2) Tendo os peritos de proferir as suas conclusões acerca da natureza e effeitos das offensas corporaes, afim de habilitarem os juizes e tribunaes a applicar as penas dentro dos limites, maximo e minimo, estabelecidos na lei penal, faremos algumas considerações a respeito d'este assumpto.

«A expressão *offensa corporal*, de que usa o nosso Código Penal em muitos artigos, diz o *sor. Macedo Pinto* (a), é mais geral do que os termos *ferimento* e *espancamento*, que parecem corresponder as palavras *«blessures»* e *«coups»* do Código Penal Francez, artigo 309.º; e não só abrangem todos os actos seguidos de effeitos apparelhos, mas até aquelles que, sem causarem ferida ou alteração notavel nos tecidos, produzem perturbações das funções; assim uma pancada por motivo de violenta maldade (b) na região epigastrica pode causar grava enfermidade e até a morte, sem que se encontre lesão aprecivel nos tecidos. Também comprehende a applicação de substancias nocivas, mas não venenosas (artigo 361.º do Código Penal Portuguez), e as ameaças, que, feitas em disposição de offender com armas,

1.º O numero e qualidade das feridas;

2.º Se são mortaes ou sómente perigosas;

3.º O instrumento com que denotarem haver sido feitas;

4.º Se a morte resultou necessariamente das feridas, ou provento de circumstancias accessorias ou accidentaes. (Nov. Ref. Jud., art. 904.º, e Cod. Pen., art. 362.º);

podem causar impressão tanto maior, quanto o individuo for mais timoroso e de maior susceptibilidade nervosa. Emfim o termo generico *«offensa corporal»* não só comprehende os ferimentos, espancamentos, actos materiaes que, não deixando alterações apreciaveis nos tecidos, perturbam as funções, mas até, em vista da disposição do artigo 363.º do mesmo Código, comprehende o effeito moral das referidas ameaças sem ser seguido de doença, porque a lei não faz distincção alguma sobre este objecto.»

ii Este distincto professor, depois de notar que a classificação, feita por alguns legisladores modernos, das offensas corporaes em tres categorias: *pancadas (coups, íctus)*,—golpes sangrentos ou ferimentos propriamente ditos (*blessures, vulnery*),—e mutilações ou inhabilitações de membros ou órgãos (*ablatio aut debilitatio membri*), e de ponderar que o ferimento (*ulceratio*) é empregado na Ordenação, livro 5.º, titulo 131.º, pr., para designar as *feridas abertas e sanguentas*, opina que n'este mesmo sentido é tomado nos artigos 360.º, 361.º e 362.º do nosso Código Penal, onde corresponde a *feridas*, e o *espancamento a contusões* e outros soffrimentos, sendo o *espancamento a acção*, as *feridas e contusões o resultado ou paixão*.

iii Tratando da divisão das offensas corporaes, o mesmo escriptor diz (a): «Para que o legislador possa graduar as penas conforme a criminalidade das offensas corporaes, é necessario classificá-las convenientemente, colligindo um quadro de todos os differentes typos, e comprehendendo em cada um d'estes as offensas corporaes que tiverem approximadamente a mesma interpretação em relação ao criminoso, e as mesmas consequências materiaes com respeito ao offendido.

«Para base de uma tal classificação deve adoptar-se a gradação da gravidade das offensas corporaes; mas pelo conhecimento da extensão, natureza e sede das lesões dos tecidos, e da intensidade das desordens funcionaes que ellas causam, nem sempre podemos determinar os diversos graus de gravidade: é pois indispensavel investigar cuidadosamente todos os elementos de que ella depende, para podermos determinar se é um resultado inevitavel, directo e necessario, do ferimento em si, ou se circumstancias proprias ou estranhas ao ferido,—condições organicas, congenitas, morbidas ou accidentaes, lhe dêram um grau de gravidade que não teria, se fôra isento das referidas circumstancias.

«Ao passo que melhor se foram conhecendo os verdadeiros principios sobre imputabilidade, tornou-se necessario estudar a relação de causalidade entre o aggressor e o facto *offensa*, e entre esta e as suas consequências materiaes. O nosso Código Penal faz depender a criminalidade de duas condições:—facto material e vontade de fazer mal da parte do auctor do facto; por isso a imputabilidade do acto e a gravidade da offensa constituem a melhor base para a classificação das offensas corporaes em relação á pena-lidade.

«Da remota eras a classificação das offensas corporaes tem occupado a attenção dos legisladores e dos medicos, mas a diversidade das classificações, adoptadas em diversos tempos, e até na actualidade em diferentes nações, mostra de sobejo a difficuldade d'este objecto. E consiste esta na impossibilidade de avaliar com precisão o grau de imputação em relação ás

(a) Obra citada, tomo 2.º, paginas 342.

(a) Obra citada, tomo 2.º, paginas 331.

(b) Especies de homicidio que os pretos praticam com frequencia na America.

5.º Se a doença ou impossibilidade de trabalhar, resultantes dos ferimentos ou offensas corporaes, deverá durar por mais de dez dias, sem exceder a vinte, por mais de vinte sem exceder a trinta, ou por mais de trinta dias. (Cod. Pen., art. 360.º, n.º 1.º, 2.º, 3.º e 4.º);

6.º Se os ferimentos ou offensas corporaes produziram de-

diversas especies de offensas corporaes, e a maior ou menor gravidade d'estas.

iv No sentir do illustrado professor de medicina legal, a que nos referimos (a), as variadas classificações d'esta ordem de crimes podem reduzir-se a tres systemas. O 1.º, simplificando as divisões, estabelece o maximo e o minimo da pena mais distantes entre si, deixando maior arbitrio ao juiz na graduação da penalidade. Este systema, seguido pela maior parte dos antigos, ainda hoje se encontra nos Codigos penaes da Austria, Prussia e outras nações. O 2.º, multiplicando as divisões, particularisa a penalidade, restringindo por conseguinte o arbitrio do juiz. E' o systema adoptado pelo Codigo Penal Francez de 1791. O 3.º, enfim, consiste no meio termo entre os dois antecedentes; por isso, em relação ao primeiro systema, tem a vantagem de attenuar a arbitrariedade na applicação da pena, e a de minorar a difficuldade de estabelecer penas correspondentes ás divisões minuciosas que se encontram no segundo systema. No Codigo Penal Francez de 1810 seguiu-se este meio termo.

v Depois de apresentar uma tabella em que classifica as offensas corporaes em *leves*, *graves* e *mortaes*, que julgamos digna de ser imitada na reforma do nosso Codigo Penal, o citado autor diz (b): «o nosso Codigo Penal, que aproveita doutrina dos Codigos das diversas nações civilizadas, e particularmente dos Codigos Francez e Espanhol, seguiu o terceiro systema; por isso preferimos a seguinte classificação, que mais se harmonisa com as suas disposições, além de que os peritos melhor possam satisfazer aos seus deveres, em conformidade com o artigo 304.º da Novissima Reforma Judiciaria:

Offensas corporaes	MORTAES.	necessariamente	inherente á offensa estranha.
		por accidente..	
	GRAVES..	de cura incompleta.	
		de cura completa.	
	LEVES.		

vi O sr. *Macedo Pinto* (c), fazendo extensas e judiciosas considerações acerca das offensas mortaes, a que se referem os artigos 349.º, 359.º, 360.º, 361.º, § 2.º, 362.º e 368.º do Codigo Penal, e, ponderando que pôde verificar-se o homicidio sem intenção criminosa, com intenção de offender, mas não de matar (artigo 361.º, § 2.º), a intenção sem o facto (artigo 350.º),

(a) Obra citada, paginas 344.

(b) Obra citada, tomo 2.º, paginas 345.

(c) Obra citada, tomo 2.º, paginas 347 a 349.

formidade pouco notavel, ou deformidade notavel. (Cod. Pen., art. 360.º, n.º 2.º e 3.º);

7.º Se d'elles resultarão cortamento, privação, aleijão ou inhabilitação de algum membro ou orgão do corpo. (Cod. Pen., art. 360.º, n.º 5.º).

178. Nos crimes de ferimentos e offensas corporaes, os peritos facultativos podem ser chamados a resolver as questões seguintes (1):

1.ª QUESTÃO.— Existe uma ou mais lesões? Qual a sede e natureza? Qual a perturbação das funções do ferido?

2.ª QUESTÃO.— Os ferimentos ou offensas corporaes foram feitas durante a vida, ou no cadaver?

Muitas vezes é mister verificar se os ferimentos foram feitos durante a vida, ou depois da morte. Em alguns casos, as lesões são produzidas accidentalmente depois da morte, por exemplo, por effeito de choque, de topadas, que soffre o cadaver de um afogado, pelas mordeduras de ratos, cães ou outros animais. Em outros casos, os ferimentos são feitos intencionalmente para fazer acreditar, que um individuo assassinado succumbiu por virtude de um accidente, como succede

e até a intenção e o facto sem haver homicidio, se o individuo já estava privado da vida, quando o facto se praticou (a), e enfim que o homicidio pôde ser involuntario, resultante de offensa corporal, critica e discorda de *Silva Ferrão* (b), o qual estranha que o legislador não definisse o sentido legal ou juridico das palavras *offensa mortal*, julgando providentissimos os Codigos da Baviera e do Brazil em definirem as *offensas mortaes* e as *não mortaes*, evitando assim o grave inconveniente de ser este objecto entregue á apreciação dos peritos.

O illustre professor remata, dizendo que julga preferivel a omissão do nosso Codigo a qualquer definição imperfeita, visto como o legislador a não pôde dar perfeita, por serem muitas e de differente ordem as especialidades comprehendidas n'uma definição geral.

Por brevidade omitimos aqui a descripção das *offensas necessariamente mortaes*, *offensas mortaes por accidente*, *offensas não mortaes*, *offensas menos graves* e *offensas leves*, remittendo os que desejarem profundar este assumpto para o citado *Tratado Elementar de Medicina Legal*, do sr. *Macedo Pinto*, tomo 2.º, paginas 350 a 363, e para as obras de *Hofmann*, *Légarand du Saulle* e principalmente *Vibert*, obra citada, paginas 182 a 234, 237 e 272.

(1) Vid. sr. *Macedo Pinto*, obra citada, tomo 2.º, paginas 501 a 526; *Vibert*, obra citada, paginas 182 a 234.

(a) E' o que os criminalistas denominam *tentativa vi*, por impossibilidade de meio e de fim.—Vid. *Bertauld*, Cours de Code Penal, paginas 181; *Hans*, Observations sur le projet de révis crim., paginas 68; *Oriolan*, Elements de droit pénal, n.º 1001; *Garravay*, obra citada, n.º 118; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 24.º, paginas 407.

(b) *Theoria do Codigo Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez*, volume 7.º, paginas 106.

quando um assassino, depois de ter estrangulado ou morto a victima, dispoz o cadaver em ordem a ser esmagado por um vehiculo. Outras vezes, o corpo é despedaçado e dividido em fragmentos e o medico é interrogado, se entre estas lesões existem feridas feitas antes da morte.

Os principaes signaes para reconhecer, que as feridas foram feitas durante a vida são: a hemorragia, a coagulação do sangue, o afastamento dos labios da ferida (*Vibert*, obra citada, paginas 182 e 183).

3.ª QUESTÃO. — Qual o instrumento vulnerante com que foi commetida a offensa? Seria com a arma, que se encontrou junto do offendido?

4.ª QUESTÃO. — Como foi empregado o instrumento?

5.ª QUESTÃO. — Em que posição estava o offendido no acto do ferimento ou espancamento?

6.ª QUESTÃO. — O auctor dos ferimentos foi o proprio individuo, ou pessoa estranha? N'este ultimo caso, teve lugar um duello, de castro, assassinato ou suicidio?

7.ª QUESTÃO. — Quando teve lugar a offensa?

8.ª QUESTÃO. — Qual a ordem em que foram feitos os ferimentos?

9.ª QUESTÃO. — A victima foi ferida, ou precipitou-se sobre a arma?

10.ª QUESTÃO. — A victima pôde praticar certos actos depois dos ferimentos?

11.ª QUESTÃO. — Quanto tempo antes da morte a victima praticou certos actos physiologicos?

12.ª QUESTÃO. — Em que lugar foi ferida a victima?

179. *Legrand du Sault* (*) pondera que, a classificação das feridas mais util, em medicina legal, seria evidentemente segundo a sua gravidade, offerecendo a grande vantagem de ser conforme à jurisprudencia e de dictar, por assim dizer, a pena correspondente a cada caso particular, segundo a classe a que pertencesse a ferida. Mas ao mesmo tempo observa que a divisão das feridas, conforme estas bases, é pouco pratica, sendo mister a intervenção da clinica.

180. O artigo 360.º do Código Penal de 16 de setembro de 1836, referindo-se ao trabalho profissional ou a qualquer outro, afastou a questão agitada pelos commentadores do Código Penal Francez, se a disposição do artigo 309.º d'esta

(1) Obra citada, paginas 415.

Código, especificando o trabalho pessoal, comprehendia todo o trabalho corporal do offendido.

Alguns criminalistas sustentam que o trabalho pessoal era synonymo do trabalho habitual. (1).

No nosso Projecto de Código de Processo propozemos o seguinte:

«Artigo 134.º Quando o exame versar sobre ferimentos ou offensas corporaes, os peritos deverão declarar o numero e a natureza d'ellas, a sua extensão e profundidade, a qualidade do instrumento com que indicam ter sido feitas, o prognostico provavel da doença e os effeitos que d'ellas podem resultar ao estado physico e intellectual, actual ou futuro do examinado, a duração da impossibilidade do trabalho profissional ou de qualquer outro.

§ 1.º Se os peritos entenderem que pôde haver grave inconveniente em proceder desde logo ao exame, o juiz deverá addial-o para o dia que elles indicarem.

§ 2.º Não se achando os peritos habilitados para proferirem uma conclusão positiva acerca do prognostico ou da duração da impossibilidade do trabalho, poderão reservar-a para o exame de sanidade, declarando, sempre que seja possível, o dia em que este deve verificar-se.

§ 3.º Se o offendido vier a morrer em seguida aos ferimentos ou offensas corporaes que soffrer, deverão os peritos declarar sempre se a morte resultou d'elles directa e necessariamente, ou de alguma causa accidental.»

181. Nos crimes de que tiver resultado ferimento, contusão ou fractura, deverá proceder-se a exame de sanidade (2).

(1) Vid. *Id. Chauveau et F. Hélie*, Théorie du Code Pénal, n.º 2564 a 2567 (edição de Bruxellas, 1845); *Pascal Bonin*, Commentaire au Code Pénal, paginas 270; *Boizard*, Léçons sur les Codes Pénal et d'Instruction Criminelle, paginas 321, 7.ª edição; *Rauter*, Traité de droit criminel, § 457; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 14.º, paginas 227.

(2) *Pereira e Sousa* (a) diz: «quando o crime é de ferimentos ou de contusões, torna a fazer-se exame, que vulgarmente se chama de sanidade, nos termos finais da causa, a custa do accusador. Se o queixoso está ausente, em parte incerta, justificada a ausencia, procede-se ao exame pelo auto da culpa.»—Vid. Ordenação, livro 5.º, título 129.º, § 1.º

Nazareth (b) opina, que em vista da disposição da lei de 16 de julho de 1835 e dos termos ali empregados—no pessoa do offendido,—sendo possível,—sem ser por impossibilidade provada do processo,—ella rejeita o exame de sanidade pelo auto da culpa.

III A nossa lei do processo criminal é omissa a este respeito, parecen-

(a) *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, § 50.º, nota (1).

(b) *Elementos do Processo Criminal*, § 237.º, nota (a), 4.ª edição.

na pessoa do offendido, sendo possível, antes de ser o réu sentenciado afinal.

do-nos todavia que, não podendo ser encontrado o offendido ou tendo fallecido, não ha inconveniente, antes reconhecida vantagem para a administração da justiça, em convocar os peritos que intervieram no exame de verificação do corpo do delicto, não para um exame de sanidade, que não pôde verificar-se, mas para confirmarem ou reafirmarem o seu juízo e declararem quaes os resultados dos ferimentos ou offensas corporaes.

Não existindo ou não sendo possível fazer intimar estes peritos, deverá proceder-se a um auto de declaração de peritos, no qual estes deverão expôr o seu parecer acerca dos resultados prováveis, provenientes dos ferimentos ou offensas corporaes, tendo em consideração os elementos que lhes possam fornecer as declarações e conclusões dos primeiros peritos.

iv «O exame de sanidade é, em grande numero de casos de ferimentos e offensas corporaes, complementar do exame para corpo de delicto.

«Nem sempre é possível fixar desde logo a duração da impossibilidade de trabalhar, nem prever e precisar *a priori* os phenomenos que podem resultar d'aquelles ferimentos e offensas, mormente os que tem a sua sede na cavidade craneana. D'onde resulta para o perito circumspecto e prudente a imprevisível necessidade de addir o prognostico para o exame de sanidade.

«De ordinario tem lugar estes exames antes do julgamento final do crime, e depois da cura do soffrimento, ou n'uma época em que bem se possa conhecer as suas consequências; mas tambem se pôde proceder a elles com alguma anticipação, quando forem requeridos pelo criminoso com o intuito de obter a fiança, que lhe fôr denegada; ou quando os peritos em exame de corpo de delicto reservarem a resolução d'alguã questão para ulterior exame de sanidade, em determinado tempo.

«Estes exames tem por fim apreciar com exactidão as consequências dos ferimentos; por isso a inspecção na pessoa do ferido é o meio mais seguro de conseguir este resultado; porém, quando esta se não possa fazer, devem os peritos, em vista de todos os esclarecimentos que possam deduzir do auto de corpo de delicto relativos ao ferimento, declarar quaes deviam ser os seus resultados.» (Sr. Macedo Pinto, obra citada, tomo 2.º, paginas 540).

7. Determinado por estas considerações, propozemos no nosso *Projecto de Código do Processo Criminal* o seguinte:

«ARTIGO 134.º § 2.º Não se achando os peritos habilitados para proferir uma conclusão positiva acerca do prognostico, ou da duração da impossibilidade do trabalho, poderão reservar a para o exame de sanidade, declarando, sempre que seja possível, o dia em que este deverá verificar-se.»

vi O supremo tribunal de justiça tem seguido uma jurisprudencia incerta e vacillante acerca da natureza, effeitos e opportunidade do exame de sanidade, como se vê do extracto dos accordãos seguintes:

a) Ao exame de sanidade deve assistir o Ministerio Publico e duas testemunhas. — Acc. do Sup. Trib. de 8 de abril de 1853 (D. do G., n.º 87).

b) Na classificação do crime de ferimentos deve attender-se ao que constar do exame de sanidade, que é sempre preciso nos crimes de que tiver resultado ferimento, contusão ou fractura, não podendo a demora em proceder a este exame annular ou prejudicar este acto, a que se deve proceder nos termos dos artigos 10.º, 13.º e 14.º e seu parágrafo da lei de 18 de julho de 1855. — Acc. de 17 de março de 1883 (D. do G., n.º 80). — Concorda o accordão de 22 de dezembro de 1883 (D. do G., n.º 23, de 1883).

c) Para dever ter lugar o exame de sanidade, não é necessário que alguma das partes o requiera, mas está sim nas attribuições legais do juiz, o

Tendo-se faltado á dita solemnidade sem ser por impossibilidade provada do processo, deverão os juizes superiores

até a elle deve mandar proceder na conformidade do artigo 14.º, § unico, da lei de 18 de julho de 1855; e igualmente no artigo 129.º do regulamento de 1.º de dezembro de 1856, porque do exame de sanidade se verifica o estado do offendido e o resultado dos ferimentos ou contusões, e assim habilita o juiz a com mais conhecimento da causa impôr pena condigna, ou absolver o réu. — Acc. de 13 de julho de 1855 (D. do G., n.º 182).

d) O exame de sanidade nos crimes de que resultar ferimento, contusão ou fractura, admittido no artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855, não annulla o corpo de delicto, que foi base da querrela pendente; serve só para aggravar ou attenuar a pena dentro dos limites da lei, que para isso manda proceder a elle antes da sentença definitiva, a menos que não venha, como novo corpo de delicto regular, demonstrar a existencia de outra diversa incriminação e servir de base a outra querrela. — Acc. de 3 de março de 1876 (D. do G., n.º 117; *Direito*, tomo 8.º, paginas 406).

e) Deve prevalecer a qualificação do facto criminoso feita pelo corpo de delicto (sem necessidade do exame de sanidade, estabelecido para antes do julgamento final, no artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855). — Acc. de 24 de novembro de 1875 (D. do G., n.º 37 de 1877; *Direito*, tomo 8.º, paginas 325 e 328).

f) O corpo de delicto directo não carece de ser completado pelo exame de sanidade estabelecido no artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855 para antes do julgamento plenário, ou final. — Acc. de 18 de maio de 1877 (D. do G., n.º 190). — Vid. a critica no *Direito*, tomo 10.º paginas 109.

g) Os exames de sanidade obrigatórios pelo artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855 tem por fim descobrir novos crimes, e não supprir a falta dos corpos de delicto directos, se os ha, nem alterar os corpos de delicto em que se fundar o procedimento existente. — Acc. de 16 de novembro de 1877 (D. do G., n.º 379). — Vid. a critica d'este accordão no *Direito*, tomo 10.º, paginas 543.

h) Só no exame de sanidade é que pôde fazer-se com certeza e exactidão a classificação dos crimes de offensas corporaes, quando fôr incerta a que se faz na occasião em que se procede aos corpos de delicto com relação ao padecimento que se pôde revelar mais tarde. — Acc. de 25 de janeiro de 1878 (D. do G., n.º 57).

i) Nos crimes de ferimentos e outras offensas corporaes de que fica algum vestigio, a gravidade do crime e sua classificação legal tem necessariamente de regular-se pelas declarações dos peritos medicos, escriptas nos respectivos autos de corpo de delicto e exames feitos na pessoa offendida, e no de sanidade, que é o complemento d'aquelles. — Acc. de 3 de julho de 1880 (D. do G., n.º 282).

j) Se os peritos declaram no exame de sanidade, que a impossibilidade de trabalhar, produzida pelos ferimentos, prognosticada por espaço de vinte dias, se prolongará até vinte e oito, contados desde as lesões que o quezoso finha soffrido, e o facto era que o não estavam, a classificação do crime deve fazer-se segundo o exame de sanidade. — Acc. de 29 de julho de 1881 (D. do G., n.º 248).

k) Nos crimes de ferimentos, pela jurisprudencia criminal é indispensavel o exame de sanidade, porque certifica o estado do offendido e o resultado dos ferimentos, habilita o juiz do sumario a classificar devidamente o crime, a impôr ao réu uma pena justa, ou a absolver-o (artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855). — Acc. de 20 de junho de 1882 (D. do G., n.º 256).

O Supremo Tribunal de Justiça, preocupado porventura com a dis-

mandar a supprir sem voltar o processo ao juiz de primeira instancia; e o juiz que tiver sentenciado afinal será condemnado

posição imperativa do § unico do artigo 14.º da lei de 18 de julho de 1855, que manda proceder a exame de sanidade no offendido, *antes de ser o réu sentenciado afinal*, den em alguns accordãos a esta determinação uma interpretação as-as restricta, circumstancendo-a a uma época proxima do julgamento do réu, não admitindo que este exame fosse, em alguns casos, complementar do exame de verificação do corpo de delicto, abandonando mais tarde a jurisprudencia que parecia ter estabelecido.

Esta lei determina, no lugar citado, que nos crimes de que tiver resultado ferimento, contusão ou fractura, deverá proceder-se a exame de sanidade na pessoa do offendido, sendo possível, antes de ser o réu sentenciado afinal, comminando no § unico penas disciplinares aos magistrados que infringirem este preceito. O legislador marcou o limite maximo, até o qual deve praticar-se este acto; mas não prohibiu que elle possa verificar-se em seguida ao primeiro exame, antes da decorrido o prazo marcado no artigo 9.º da mesma lei para a prestação da querrela, durante o curso do processo preparatorio, ou depois do encerramento d'este. O pensamento do legislador foi indubitavelmente evitar que houvesse uma condemnação nos crimes de ferimentos, ou offensas corporaes, sem que o exame de sanidade verificasse o estado physico, moral, ou intellectual do paciente e o resultado d'aquelles ou d'estas, como se deprehe da disposição do § unico do citado artigo 14.º da referida lei de 18 de julho de 1855; mas este preceito não obsta a que, durante o processo preparatorio, ou depois de findo este, se proceda áquelle exame, do qual dependem muitas vezes a exacta e verdadeira qualificação do facto criminoso, para os effeitos da concessão ou denegação da fiança e para a deducção do libello accusatorio, e condemnacão do réu.

Vi o sr. *Alcides Pinto* (a) aconselha que, sempre que o prognostico não habilite o perito para avaliar devidamente os resultados consecutivos á offensa, ou não emitirá opinião sobre elles, ou só como provavel, reservando sempre para ulterior exame de sanidade a sua opinião. Já se vê, portanto, que a classificação do facto criminoso não pôde, em muitos casos, fazer-se em face do primeiro exame, e que se torna mister proceder a um ou mais exames de sanidade até que os peritos possam formar um juizo fundado e seguro e assentar uma conclusão clara e positiva ácerca dos effeitos dos ferimentos ou offensas corporaes.

Esta mesma doutrina foi seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 25 de janeiro de 1878 (b) (D. do G., n.º 57), onde se reconhece que na especie ventilada só em presença do exame de sanidade podia fazer-se com certeza e exactidão a classificação dos crimes.

Vi No accordão proferido pelo Tribunal Superior de Guerra e Marinha em 30 de novembro de 1889 (*Boletim dos Tribunaes*, tomo 5.º, paginas 350), sendo o auctor o relator, diz se:

«Considerando que nas offensas e lesões que atacam a integridade physica ou moral do paciente do delicto, é do dominio da medicina legal verificar a existencia da impossibilidade ou incapacidade, absoluta ou relativa, total ou parcial, actual ou futura do lesado para o respectivo trabalho a que costuma entregar-se;

«Considerando que esta impossibilidade ou incapacidade só pôde ser attestada nos crimes de facto permanente, de que resultam vestigios physicos, por peritos a quem compete examinar os phenomenos submettidos á sua observação, fazer o prognostico e fixar a duração do impedimento do offendido para poder exercer o trabalho material ou professional a que se dedica;

«Considerando que nos crimes de offensas corporaes os peritos facultati-

na multa de 55000 a 503000 réis. — Lei de 18 de julho de 1885, artigo 14.º e § unico.

vos não podem, muitas vezes, no exame originario, assentar um prognostico definitivo ácerca da duração da impossibilidade ou incapacidade para o allindado trabalho, pela possibilidade de superveniencia de phenomenos, que não podem a priori prever-se, sendo n'estes casos o exame de sanidade complementar d'aquelle.

Viii Tem-se controvertido se o jury tem competencia para apreciar a duração da impossibilidade ou incapacidade de trabalhar, em opposição ao juizo dos peritos facultativos enunciado no exame de verificação do corpo de delicto ou nos exames de sanidade complementares.

O Supremo Tribunal de Justiça proferiu as decisões seguintes:

a) Não pôde sujeitar-se á decisão dos jurados a materia do exame de sanidade, sendo incompetente o jury para a avaliar. — Acc. de 6 de maio de 1889 (D. do G., n.º 148).

b) Nos termos do artigo 157.º, n.º 3.º, da Reforma Jadicaria, não tem logar a intervenção do jury nas causas ou artigos que se acharem provados por documentos, inspecção occular, exames, etc., existindo no exame de sanidade comparado com os autos do corpo de delicto os elementos necessarios para apreciar a circumstancia da impossibilidade de trabalhar. — Acc. de 20 de julho de 1886 (D. do G., n.º 178).

c) O jury é competente para apreciar a duração da impossibilidade de trabalhar de modo contrario ao que constar do exame de sanidade. — Acc. de 21 de março de 1879 (D. do G., n.º 159).

A este respeito escrevemos na *Revista dos Tribunaes*, tomo 1.º, paginas 975:

«Se ao primeiro aspecto esta attribuição parece alheia da indole do jury e importar uma invasão das attribuições dos peritos, aos quaes compete examinar, apreciar e determinar os effeitos, proximos ou remotos, immediatos ou mediatos, dos ferimentos ou offensas corporaes no estado physico, moral ou intellectual do paciente, confiado, como não se trata de invalidar as declarações ou conclusões, que os juizes de direito tiveram de attender no processo preparatorio, mas tão só de averiguar um facto transitente, que o plenário da causa pôde evidenciar, parece-nos que ao jury não deve ser deízo pronunciar-se sobre a duração da impossibilidade de trabalhar, quando os peritos convocados para o exame de sanidade antes de decorrido o prazo de vinte dias, tenham feito o seu prognostico ácerca d'esta circumstancia. Adoptada esta doutrina, concilia-se o respeito pela sciencia com os interesses da administração da justiça. Se a autoridade moral e sciéfica dos peritos nada padecer com o *verdictum* do jury, que fixa a duração da impossibilidade de trabalhar em um prazo inferior ao que prognosticaram, visto como a produção das provas no plenário da causa pôde fazer conhecer que a diminuição do impedimento do offendido foi menor do que haviam previsto, não poderia dizer-se o mesmo, se o jury fosse chamado a decidir se houve, ou não, infanticidio, e se resultou, ou não, aleijão, ou deformidade, ou alienação mental, tendo-se os peritos pronunciado a este respeito. A missão do jury consiste em decidir se existe culpabilidade no facto criminoso submettido ao seu exame e apreciação, e, para proferir o seu *verdictum*, interrogar-se a si proprio no silencio e recolhimento, attendendo aos impulsos da sua consciencia, tendo em consideração a existencia ou não existencia do facto criminoso, e se o seu agente obrou com moralidade e intenção criminoso. A omnipotencia do jury não vai tão longe, que possa invadir a esphera dos peritos; limita-se a apreciar

(a) Obra citada, tomo 2.º, paginas 356 e 540.

(b) Vid. a critica d'este accordão no *Diraio*, tomo 11.º, paginas 78.

SECÇÃO VI

Crimes de Incontinência

182. A propósito dos crimes enunciados na epigraphé d'este artigo, diz o sr. *Macedo Pinto* ⁽¹⁾: «A competência do toxicologista forense, no que respeita a estes crimes, limita-se aos casos em que os actos deshonrosos deixam vestígios permanentes.»

183. Os exames de corpo de delicto nos crimes de incontinência são por sua natureza melindrosos e diffíceis, e reclamam peritos consummados em sciencia e probidade ⁽²⁾.

SECÇÃO VII

Attentado ao pudor

184. Do crime de attentado ao pudor de alguma pessoa de ambos os sexos com violencia trata o Código Penal no artigo 391.º ⁽³⁾.

Aos peritos incumbe o dever de verificar se, conjunctamente com os signaes da sodomia, apparecem contusões, escoriações e outras lesões em diversas partes do corpo, que indiquem actos de violencia para aquelle fim. E estes são tanto mais notaveis, quanto mais porfiada for a lucta entre os dois individuos, cumprindo portanto avaliar as forças de ambos ⁽⁴⁾.

a existencia do facto material do crime e a avaliar a responsabilidade criminal do agente.

«Mas, repetimos, se carece de competência para alterar ou invalidar as conclusões de pessoas technicas, chamadas como auxiliares dos juizes na classificação dos factos criminosos, não pôde deixar de se lhe reconhecer para apreciar um facto transiente, quando ellas não tenham proferido uma conclusão definitiva, que é o «*actum et reperiens*», e não pode ser contraverdida por quem não possui conhecimentos especiaes da sciencia, arte ou industria, a que é mister recorrer como subsidio indispensavel para determinar a imputação do facto imputado ao delinquentes.»

(1) Obra citada, tomo 2.º, paginas 285.

(2) Sr. *Macedo Pinto*, obra citada, tomo 2.º, paginas 330.

(3) O attentado ao pudor consiste, em geral, nos toques nas partes genitales, ou seja com as mãos, ou com o penis, quando se não prova que se verificou o coito, ou quando se prova que se não realizou. Também são considerados como attentado ao pudor todos os actos impudicos, além da violação, praticados não só com o fim de satisfazer um prazer venereo, mas ainda por curiosidade, vingança ou depravação. (Fibert, obra citada, paginas 282).

(4) Sr. *Macedo Pinto*, obra citada, paginas 285.

SECÇÃO VIII

Estupro

185. O Código Penal trata do crime de estupro nos artigos 392.º e 393.º nas differentes hypothèses n'elles previstas ⁽¹⁾.

Julgamos indispensavel e impreterivel a formação de corpo de delicto directo para a verificação d'este crime, afim de que a acção publica possa ter ingresso em juizo. Da perpetração d'este crime resultam por sem duvida vestígios physicos, que muito releva verificar e apreciar para comprovar a existencia d'este crime ⁽²⁾.

186. *Pereira e Sousa* ⁽³⁾ diz que, no caso de estupro, o juiz manda fazer exame por duas parteiras, e, não as havendo no lugar, por duas matronas, ajuramentadas. O escrivão porta então por fe que estas, vindo em uma casa separada a queixosa, affirmaram achar-se ella corrompida.

187. *Corrêa Telles* ⁽⁴⁾ entende que mulheres peritas ou parteiras são mais proprias para exame de estupro, pedindo o decóro que este exame se não faça na presença do juiz, escrivão e demais pessoas indicadas no artigo 903.º da Novissima Reforma Judiciaria.

188. *Nazareth* ⁽⁵⁾ conforma-se com esta pratica, julgando indecoroso que o exame de estupro se faça perante as pessoas a que se refere o citado artigo.

189. O sr. *Macedo Pinto* ⁽⁶⁾ diz a este respeito: «É uma verdade incontestavel, que a mulher não pôde sujeitar à inspecção de facultativo as partes mais secretas do seu corpo sem corar de vergonha, e sem que offensa seja feita á sua honestidade; mas não é menos incontestavel, que os exames feitos por parteiras ou matronas ignorantes, se por ventura

(1) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 21.º, paginas 795, 327 e 410; tomo 25.º, paginas 40.

(2) Na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 11.º, paginas 312, e tomo 30.º, paginas 380, sustenta-se que a estuprada ou a adúltera, no caso de ser mister averiguar o seu estado de gravidez, não podem recusar-se ao exame, podendo o juiz obrigar-as a sujeitar-se a elle, embora seja necessario empregar a força.

(3) *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, § 50.º, nota (1).

(4) *Manual do Processo Civil*, nota ao artigo 903.º da Novissima Reforma Judiciaria.

(5) Obra citada, § 76.º, nota (4).

(6) Obra citada, tomo 2.º, paginas 330.

offendem menos a honestidade da mulher, são infructuosos e prejudiciaes, deixando a auctoridade na obscuridade ou dando como verdadeiros factos que não existiram. E' melhor que taes exames se não façam, do que pratical-os por este modo: no nosso paiz será difficil encontrar uma parteira, que possua os conhecimentos necessarios para resolver as delicadas questões que envolvem estes exames. E por outro lado deve notar-se, que, na maior parte dos casos, é a propria queixosa, que voluntariamente se subjeita ao martyrio de ser examinada por peritos, afim de que lhe seja feita justiça nos crimes de estupro ou violação. Emfim, estes exames podem restituir a honra a mulher raptada, que na fama publica a havia perdido, e podem igualmente descobrir a astuciosa simulação do crime de estupro ou violação, imputados a um homem innocente.

«Portanto deve este exame ser feito por facultativos os mais competentes, ou pelo menos por um perito e uma das melhores parteiras da localidade, sendo a observação das partes sexuaes da queixosa feita pela parteira, dirigida pelo perito; mas nos casos duvidosos este examinará tambem aquellas partes.»

190. *Ferreira Borges* (1) mostrou tambem a insufficiencia do exame por parteiras, concluindo que os tribunaes nunca as devem admitir (2).

191. A prática que se nos afigura mais racional é a indicada na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* (3), e consiste em fazerem os peritos a sós o exame em um gabinete reservado, assistindo, segundo a indicação de *Tardieu*, uma ou duas mulheres, e de preferencia a mãe ou uma parente da examinada, quando esta fór menor, ou quando ella ou os peritos a reclamarem. Findo o exame, voltam os peri-

tos ao tribunal ou ao local em que se acham o juiz e as pessoas que devem assistir ao exame, reservando a sua declaração e conclusões para o relatorio, que deverão redigir no remanso do gabinete, salvo se o caso fór simples.

192. Neste exame cumpre aos peritos:

1.º Guardar escrupulosamente as formas da decencia em todos os seus actos, e não consentir que assista pessoa alguma, além da mãe ou parente da queixosa, o qual elles devem reclamar para estar junto d'ella;

2.º Interrogar separadamente com urbanidade e circumspecção a queixosa e sua familia, ou as pessoas que tiverem conhecimento do facto, bem como o supposto criminoso, se estiver em juizo;

3.º Fazer assentar na cama a offendida, reclinada para traz com os membros abdominaes em meia flexão, afastados um do outro, e com os pés apoiados no bordo da cama ou d'uma cadeira, devendo estar coberta com um lençol, que deverá ter uma abertura de duas ou tres pollegadas, a qual permita a inspecção das partes sexuaes;

4.º Observar o aspecto exterior do podendo, para notar as lesões que encontrarem nas partes externas, afastando depois os grandes e pequenos labios, afim de poderem inspecionar o estado do hymen, do osculo da vagina e do interior d'este canal, para conhecerem todas as mudanças e lesões que apresentarem as partes internas, devendo este exame ser feito com muita prudencia, para que não se altere em cousa alguma o estado d'estas partes;

5.º Examinar os ferimentos das outras partes do corpo, observando-os todos, mas não descobrindo seão as partes que fór necessario examinar, sem comtudo deixar de inspecionar, nos casos de violação, os pontos em que devem existir as lesões occasionadas pela fricção entre a mulher e o seu agressor;

6.º Proceder a exame no presumido delinquente, observando não só os órgãos sexuaes, com o fim de encontrar ajuda os vestigios do acto da copula, os symptomas de syphilis (4) ou de comparar o volume do pene com a capacidade da vagina, mas tambem as diversas partes do corpo, para conhecer se existem algumas lesões feitas pela offendida em defeza propria;

(1) Vid. *Revista dos Tribunaes*, tomo 13.º, n.º 324.º, paginas 306, onde se apresentam indicações profusas acerca dos exames medico-legaes nos crimes de estupro, acompanhados de infeccionamento syphilitico ou venereo.

(1) *Medicina Legal*, sessão IV, paginas 106.
(2) O Supremo Tribunal de Justiça decide, que a pratica de se fazerem taes exames por matronas não se acha derogada por lei alguma, e que tambem não na lei que exclua as mulheres de serem peritas, antes a legislação actual as admite a isso e em particular para o exercicio da arte obstetricia.—Acc. de 30 de outubro de 1848 (*D. do G.*, n.º 377).

Entendemos, porém, que é de todo o ponto inconveniente a intervenção n'estes exames de pessoas que não tenham um curso regular de obstetricia, e que, na falta de parteiras devidamente approvadas pelas escolas medico-cirurgicas do paiz, embora soffra o decóro do sexo, devam sempre ser chamados peritos facultativos idoneos para averiguarem a existencia d'este crime.

(3) Tomo II.º, paginas 212.

7.º Proceder á analyse chimica e observação microscópica das nodoas, quer de sangue, quer de espermia, encontradas na camisa, roupa da cama, ou vestidos de ambos, ou, não podendo effectual-a, recolhê-las em vasos de vidro arrolhados e lacrados, que entregarão ao juiz para os sellar e rubricar (7).

193. No nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal* propozemos:

«Artigo 190.º Nos crimes de estupro ou violação proceder-se-ha a exame:

«1.º Na pessoa estuprada ou violada, quando tiver allegado a perda da virgindade, ou a existencia de offensas corporaes;

2.º No presumido estuprador, quando seja apprehendido em flagrante delicto, ou quando pela proximidade do commettimento do crime se presumir que ainda podem encontrar-se vestígios indicativos d'elle.»

SECÇÃO IX

Violação

194. Este crime está previsto e punido pelo artigo 394.º do Código Penal, sendo applicaveis aos exames para a sua verificação as regras estatuidas para a do crime de estupro (7).

SECÇÃO I

Arrombamento—Escalamento—Chaves falsas

195. Posto que o arrombamento, escalamento e as chaves falsas, em muitos casos, sejam meios de preparação e execução do delicto, comtudo são especialmente mais considerados e apreciados, quando se trata dos crimes de roubo (8).

196. Definindo o roubo, o Código Penal diz: «E' qualifi-

(1) Sr. *Macedo Pinto*, obra citada, paginas 331 a 334.—Vid. *Fibert*, obra citada, paginas 288.

(2) A *violação* é o acto pelo qual o homem se entrega ao coito com uma mulher sem o seu consentimento, quer seja virgem, quer desflorada anteriormente. O coito pôde verificar-se sem o consentimento da mulher, quer seja por meio de violencia, ou por meio de fraude, sendo sarprehendida, por exemplo, durante o somno, ou quando por qualquer causa ella se torna incapaz de resistir. *Fibert*, obra citada, paginas 282. — Sobre os elementos constitutivos d'este crime veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 24.º, paginas 136, 327, 440.

(3) *Ortolan*, obra citada, tomo 1.º, n.º 820.

cado como roubo a subtracção da cousa alheia, que se commete com violencia ou ameaça contra as pessoas» (Cod. Pen., art. 432.º).

197. A entrada em casa habitada, com arrombamento, escalamento ou chaves falsas é considerada como violencia contra as pessoas, se ellas effectivamente estavam dentro n'essa occasião (Cod. Pen., art. 432.º, § unico).

198. E' arrombamento o rompimento, fractura ou destruição, em todo ou em parte, de qualquer construcção, que servir a fechar ou impedir a entrada, exterior ou interiormente, de casa ou lugar fechado d'ella dependente, ou de moveis destinados a guardar quaesquer objectos (Cod. Pen., art. 442.º).

199. E' escalamento a introdução em casa ou lugar fechado, d'ella dependente, por cima de telhados, portas, paredes, ou de quaesquer construcções, que sirvam a fechar a entrada ou passagem, e bem assim por abertura subterranea não destinada para entrada (Cod. Pen., art. 442.º).

200. *Ortolan* (4) observa que, posto que vulgarmente a palavra «escalamento» importa a idea de ascensão e não a de descensão, comtudo aquelle termo pôde, racionalmente e segundo a raiz da palavra, applicar-se extensivamente ao acto da descida, como exemplificativamente succederia no caso de se empregar uma escada ou outro meio equivalente para descer.

201. São consideradas chaves falsas: — 1.º, as imitadas, contrafeitas ou alteradas; 2.º, as verdadeiras, existindo fortuita ou subrepticamente fóra do poder de quem tiver o direito de as usar; 3.º, as gazuas ou quaesquer instrumentos que possam servir para abrir fechaduras (Cod. Pen., art. 442.º) (5).

202. O citado criminalista *Ortolan* (6) pondera, que ás chaves falsas se associa a idea de um lugar ou movel encerrado e fechado por um systema mechanico de fechadura, e que tenha sido aberto com o auxilio de um instrumento qualquer que não seja o que é empregado pelo proprietario ou usuario legitimo da fechadura, quer este instrumento seja um

(1) Obra citada, n.º 828.º.

(2) E' nullidade não se proceder a exame directo na chave falsa, com que se diz fóra committido o crime. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 9 de agosto de 1881 (D. do G., n.º 209.)

(3) Obra citada, n.º 820.

ganchinho, gazua, ou chave fabricada ou alterada, de modo que possa servir para poder entrar e dar volta na fechadura, quer seja uma chave estranha que sem alteração se adapte às fechaduras.

203. A chave é falsa desde o momento em que não é a propria chave de que se servem o proprietario ou usuario legitimos. D'onde resulta, que no caso de perda ou subtracção da chave verdadeira e de mandarem os proprietarios ou usuarios fazer uma nova, embora sem alteração ou modificação alguma, a antiga chave encontrada nas mãos de pessoas estranhas que d'ellas se servem é uma chave falsa (1).

204. Em cada uma das hypothèses previstas nos artigos 432.º e 442.º do Código Penal é necessario proceder a exame *directo* por meio de peritos idoneos para verificar a existencia da violencia physica exercida sobre o offendido, ou do arrombamento, escalamento ou chaves falsas.

Portanto, no caso de ferimentos ou offensas corporaes, o exame *directo* deve ser feito por peritos facultativos, e nos casos de arrombamento, escalamento, chaves falsas ou gazuas, por peritos serralheiros, carpinteiros ou pedreiros, que reünam as condições de aptidão necessarias para observarem a natureza e estado dos objectos submettidos à sua apreciação e exame e estimarem o damno causado.

SECÇÃO II

Arrombamento de marcas

205. Para a verificação d'este crime, de que trata o artigo 446.º do Código Penal, é preciso proceder a exame *directo*, sempre que seja possível (2).

SECÇÃO III

Incendio

206. O crime de incendio está previsto e punido pelos artigos 463.º a 471.º do Código Penal, devendo proceder-se a

(1) Vid. *Chauveau et Hélie*, obra citada, tomo 3.º, n.º 3392; *Morin* obra citada, vbo. «*Clefs*», n.º 3.

(2) Na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 23.º, paginas 88, sustenta-se que o artigo 446.º do Código Penal comprehende tanto o agente que não tem direitos sobre o immovel ou immoveis demarcados, como qualquer das partes, cujos direitos são por elles delimitados.

exame *directo* nos edificios, construcções e objectos n'elles mencionados (1).

SECÇÃO XIII

Damno

207. A existencia d'este crime deve ser verificada por peritos em exame *directo*, nos casos previstos nos artigos 472.º a 481.º do Código Penal (2).

SECÇÃO XIV

Falsidade da moeda—Notas dos Bancos Nacionais e Titulares de Estado

208. Para a verificação d'estes crimes, de que trata o Código Penal nos artigos 206.º a 244.º, é necessario proceder a exame *directo* por peritos competentes, que declarem se as moedas, notas de bancos, inscrições ou obrigações da divida publica portugueza são falsificadas, expondo as razões que os determinam a proferir as suas conclusões.

209. Sendo este um crime da maxima gravidade, devem ser nomeados peritos de reconhecida aptidão e competencia para examinarem as moedas, notas ou titulos, balancés, pre-

(1) Para a classificação do crime de fogo posto, comprehendido no artigo 461.º, n.º 1.º, ou no artigo 469.º do Código Penal, como não é excedente a 200000 réis, é indispensavel avaliar separadamente o prejuizo no edificio e no mobiliario. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 11 de maio de 1888 (*Boletim dos Tribunaes*, tomo 3.º, paginas 492).

(2) O Supremo Tribunal de Justiça estabeleceu a jurisprudencia seguinte:

I Para dever ter lugar processo criminal com fundamento nas prescrições dos artigos 475.º e 479.º do Código Penal, não é bastante verificar a existencia do facto, do qual resulta damno, mas misto é demonstrar que elle foi praticado por pessoas estranhas e alheias à propriedade. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 22 de dezembro de 1874 (*D. do G.*, n.º 30, de 1875). — Vid. a critica d'este accordão no *Directo*, tomo 7.º, paginas 336.

II Nas questões de damno o corpo de delicto deve ser *directo*, sempre que seja possível, sendo essencial para existencia d'este crime a prova de que a cousa em que se fez o damno seja pertencente a outrem. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 19 de outubro de 1875 (*D. do G.*, n.º 271.)

III No caso de damno não deve admitir-se acção criminal, quando a intenção criminosa não esteja verificada, e com aquelle meio se possa prejudicar a defeza ao legitimo desforço ou outra de direito civil. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 7 de dezembro de 1877 (*D. do G.*, n.º 287.). — Vid. a critica no *Directo*, tomo 10.º, paginas 494.

IV No caso de damno é incompetente o meio criminal, enquanto se não obtém sentença civil sobre a posse da cousa, quando a mesma posse não tem sido pacifica. — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 21 d'abril de 1879 (*D. do G.*, n.º 146).

sas de enchar ou serrilhas, que tenham sido apprehendidas (2).

210. As moedas falsas de qualquer natureza, bem como todos os cunhos, chapas e mais utensilios apprehendidos, são remetidos com a maior cautela e segurança e com a devida separação à casa da moeda em Lisboa, sendo a despesa da remessa paga pelo ministerio da justiça (Port. do minist. da just. de 3 d'agosto de 1855).

SECÇÃO XV

Objectos nocivos à saúde publica

211. Nos crimes contra a saúde publica, punidos pelo artigo 248.º do Código Penal, os delegados devem enviar à respectiva procuradoria regia as substancias que se julguem nocivas, taes como são expostas à venda, sem as misturar com substancia alguma, tendo o maximo cuidado em que o frasco de vidro em que devem ser repetidas seja previamente bem lavado, limpo e secco, e devendo os peritos mencionar minuciosamente todas estas circumstancias que serão exaradas no auto (Circ. do Proc. Reg. do Porto, n.º 882).

212. Nos casos previstos no § 2.º do artigo 251.º do Código Penal, as aguas podem conter naturalmente substancias toxicas em maior ou menor dose, e portanto é mister verificar pela analyse comparativa, se a substancia toxica n'ella existente é natural á agua ou foi ali lançada com o proposito de a corromper e inutilisar.

Devem, pois, os peritos descrever a nascente, as propriedades physicas da agua, o terreno onde ella brota, e, sendo possível, aquelle por onde passa, e colher diversas amostras, não inferiores a um litro, em diferentes pontos do seu curso, sendo cada uma d'ellas contida em um frasco de vidro numerado e com um rotulo indicativo do local em que foi colhida a agua.

Conjunctamente com estes specimens deve remetter-se, em igual quantidade, uma amostra da agua da nascente e da agua mais proxima áquella que se julga envenenada (Circ. cit., n.º 882).

213. Nos processos instaurados por transgressões das leis

(1) Tendo-se apprehendido os cunhos d'alguuma moeda, deve fazer-se a confrontação d'esta com aquelles.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 3 de novembro de 1859 (D. do G., n.º 8).

e regulamentos sanitarios, os autos levantados com as solemnidades legais pelas auctoridades administrativas valerão em juizo como autos judiciaes de corpo de delicto e será o juiz competente dispensado de repetir as diligencias já praticadas, salva reclamação em contrario do ministerio publico (Decreto de 3 de dezembro de 1868, artigo 40.º).

214. Posto que em regra os corpos de delicto são essenciaes para a formação de qualquer processo nos crimes contra a saúde publica, são legalmente substituidos por autos de investigação formados pelos administradores de concelho ou commissarios de policia, que são officiaes de policia judicial, nos termos do artigo 33.º do decreto de 21 de dezembro de 1876, quando não houver reclamação em contrario do ministerio publico, ou, posto que a haja, quando os generos avariados ou corruptos tenham sido destruidos, segundo o disposto no artigo 62.º do decreto de 3 de dezembro de 1868 (3).

CAPITULO V

Instrumentos do crime

215. Dissemos que a prova *real* tinha differentes origens, uma das quaes eram os instrumentos, que serviram para commetter o crime ou estavam para elle destinados (2) e que devem ser apprehendidos, nos termos do artigo 905.º da Novissima Reforma Judiciaria.

Dissemos tambem que os peritos deverão declarar qual o instrumento com que denotarem haver sido feitos os ferimentos e offensas corporaes, segundo o disposto no artigo 904.º da citada Reforma (3).

216. É indispensavel proceder a exame directo nos instrumentos que serviram ou estavam destinados para a perpetração do crime, nomeando os juizes para este fim os peritos mais aptos e idoneos, que possam examinar os instrumentos e fazer as declarações necessarias acerca da natureza e destino d'elles e da relação que possam ter com o facto criminoso (4).

(1) Vid. *Boletim dos Tribunaes*, tomo 4.º, paginas 337.

(2) Vid. n.º 112.

(3) Vid. n.º 176.

(4) Vid. n.º 144.

o O réu definitivamente condemnado, qualquer que seja a pena, incorre na perda, a favor do Estado, dos instrumentos do crime, não tendo o offendido, ou terceira pessoa, direito á sua restituição (Cód. Pen., art. 75.º, n.º 1).

217. O snr. *Macedo Pinto* ⁽¹⁾, ponderando que para o diagnostico e prognostico das offensas corporaes é indispensavel conhecer o modo como os tecidos foram offendidos, e rejeitando a divisão dos instrumentos vulnerantes em *armas offensivas e defensivas*, porque a mesma arma pôde ser offensiva ou defensiva, conforme o uso que d'ella se fizer, apresenta outra divisão dos instrumentos vulnerantes em *armas brancas*, que ferem directamente, e *armas de fogo*, que ferem por meio de projectil, que arremessam contra o individuo. As armas brancas leem sido subdivididas em *armas propriamente ditas*, taes como o sabre, a espada, a faca, o punhal, etc., *pseudo-armas, instrumentos domesticos*, agricolaes e mechanicos, que pôdem ser empregados para ferir.

Opinando, porém, que estas divisões são incompletas, organiso o quadro, que em seguida transcrevemos, e que elle julga mais adequado para se poderem apreciar os effeitos dos instrumentos vulnerantes.

INSTRUMENTOS VULNERANTES

Agentes physicos	Perforantes.....	Arinha, Estilete, Punção, Fierete, Choupa, etc.
	Cortantes.....	Machado, Cutello, Navalhas de barba, Facas de mesa, de cozinha, Alfange, etc.
	Dilacerantes.....	Tenazes, Torquizes, Picoas, Dentes, Limas e grozas, Rodas dentadas, Peznas de roda de moinho, etc.
	Contundentes.....	Maco, Martello, Pau, Coronha d'arma, Pedra ou taboa, Alavanca, Boteinha ou garrafa, etc.

(1) Obra citada, tomo 2.º, paginas 361.

Agentes physicos	Perfuro-cortantes.....	Espada, Punhal, Tesoura de pontas, Bisturi, Dardo, Azagaia, Navalhas e facas ponteagudas, Lança, etc.
	Perfuro-dilacerantes.....	Harpão, Gancho, Albarda, Picos, Pontas de animais corníferos, Forcado, etc.
	Perfuro-contundentes.....	Compasso, Espeto, Prego, Grade de dentes, etc.
	Corto-dilacerantes.....	Foice, Podão, Navalha faciforme, Agoniz, etc.
	Corto-contundentes.....	Acha de lenha, Ripa de taboa, Instrumentos de game rombo, etc.
Agentes physicos	Combustentes.....	Corpos em ignição, agua e outros líquidos em ebulição.
	Corrosivos.....	Substancias causticas.
Agentes physico-chimicos. Armas de fogo	Armas de teches.	Curtas... Pistola, Clavina, Bacamarte.
		Compridas... Espingarda de pouco al- cance, Dita de alcance ordina- rio, Esmerilhão.
	Armas de artilheria.....	Canhões de pequeno, me- diano, ou grosso calibre, Obuzes, Morteiros, Bombas, Granadas.

CAPITULO VI

Armas

218. Todos os instrumentos cortantes, perfurantes ou contundentes são compreendidos na denominação de armas (Cod. Pen., artigo 178.º, § 2.º).

Aqueles objectos, porém, que servirem habitualmente para usos ordinarios da vida, são considerados armas sómente no caso em que se tiverem empregado para matar, ferir ou espancar (Cod. Pen., art. 178, § 2.º) (1).

219. A fonte do § 2.º do artigo 178.º do nosso Código Penal é o artigo 161.º do Código Penal Francez, onde se diz que «são comprehendidos na palavra «armas» todas as machinas, todos os instrumentos ou utensilios cortantes, penetrantes ou contundentes. As facas e tesouras de algibeira, as simples bengalas sómente serão consideradas armas, quando d'ellas se fizer uso para matar, ferir ou espancar.»

220. *Elouin, Trebuchet et Labat* (2) definem armas todos os objectos que servem para atacar ou para defender.

221. *Ortolan* (3) divide as armas em armas propriamente ditas e armas impropriamente assim chamadas. As primeiras são todos os instrumentos, cujo destino principal e ordinario consiste em servirem de meio de ataque ou de defeza, e as se-

(1) As leis romanas definiam ou descreviam as armas por formas diferentes, posto que no fundo as definições se identificassem: «*arma sunt omnia tela, hoc est et fustes et lapides; non solum gladii, hasta, framae, id est romphae.*» (L. 9.ª, § 2.º, Dig. de vi et vi armata). — «*Armorum appellatio non ubique scuta et gladios et galeas significat, sed et fustes et lapides.*» — Gaius define-as: «*Teli appellatio et ferrum et fustes et lapides et denique omne quod nocendi causa habetur, significatur.*» (L. 51.ª, § 2.º, Dig. de furtis).

(2) Acerca da legislação anterior ao Código Penal sobre porte e uso d'armas, e interpretação do artigo 253.º e seus paragraphos do mesmo Código, consulte-se *Levi Maria Jordão* (Visconde de Poço Branco), *Commentário ao Código Penal*, tomo 3.º, Appendice 1.º, pag. 209.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomos 10.º, paginas 599; 12.º, paginas 247; 17.º, paginas 456; 20.º, paginas 115; e 21.º, paginas 5.

(3) Os juizes de direito podem usar de quaesquer armas brancas ou de fogo (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 21.º, paginas 354; e *Revista dos Tribunals*, 8.º anno, paginas 66).

(4) Os empregados das alfândegas não são responsáveis pelo uso legitimo das armas (decreto de 14 de outubro de 1879, artigo 28.º; decreto de 1 de setembro de 1881, artigo 13.º; decreto n.º 4, de 17 de setembro de 1885, artigo 130.º; decreto n.º 3, de 17 de setembro de 1885, artigo 67.º, n.º 1; organização de 29 de dezembro de 1887, artigo 184.º, n.º 1).

(5) *Nouveau Dictionnaire de Police*, vbo. «*Armes*».

(6) *Éléments de droit pénal*, n.º 818 e 821.

gundas pertencem os instrumentos e quaesquer objectos, que posto que não tenham este destino, são para elle applicados ou empregados occasionalmente pelo delinquente.

N'este ultimo caso, é mister que os factos denotem claramente, que o delinquente leve a intenção de transformar estes objectos, ou que o uso que d'elles fez não deixa a menor duvida a este respeito.

222. *Morin* (1) diz que sob o nome de armas se comprehendem não só as armas de guerra ou de caça, senão também todo o instrumento, ostensivo ou occulto, que é proprio para o ataque ou para a defeza, e ainda os objectos de que um individuo se pôde armar accidentalmente para ferir alguém ou para facilitar um crime.

Quanto ás armas propriamente assim chamadas, milita contra o delinquente a presumpção de que se maniu d'ellas intencionalmente, como meio de execução ou de intimidacão para commetter o crime, incumbindo-lhe o dever de provar que o porte d'ellas foi meramente accidental e com um fim inteiramente innocente ou legitimo.

Tratando-se, porém, de armas impropriamente assim chamadas, taes como ferramentas de trabalho, utensilios de cozinha, martellos, pás, alavancas, agulhões, forcados, espetos e outros semelhantes, a presumpção geral é em sentido contrario, incumbindo á accusação o onus da prova de que estes objectos, n'aquella conjunctura, foram desviados do seu uso ordinario e convertidos pelo delinquente em armas, devendo esta prova ser mais ou menos facilmente acreditada, segundo a natureza, ou disposição d'estes objectos e conforme os factos particulares de cada causa (2).

(1) *Répertoire générale et raisonné de droit criminel*, vbo. «*Armes*».

(2) O Supremo Tribunal de Justiça decidiu por accordo de 13 de julho de 1878, que quando se trata de verificar o uso e simples porte de armas que se dizem defezas, é indispensavel o exame directo d'ellas, porque nem todas o são em termos absolutos, e quando muito aquellas sómente declaradas no artigo 178.º, § 2.º do Cod. Pen.º

Esta decisão singular não pôde constituir jurisprudencia.

Mais conciliavel com os bons principios se não alguma o accordo proferido pela Relação do Porto em 14 de junho de 1874, publicado no *Dirêito*, 4.º anno, paginas 528, decidindo que não é essencial a apprehensão da arma de que se fez uso sem previa licença, «porquanto, não deixando vestigio permanente em que possa recahir exame directo, tem necessariamente de se proceder ao corpo de delicto indirecto, nos termos do artigo 908.º da Novissima Reforma judicial, ainda mesmo quando a arma tivesse sido ap-

223. Disputa-se entre os criminalistas ⁽¹⁾, se os paus são considerados como armas.

A jurisprudência do tribunal de cassação de Paris tem estabelecido: — 1.º, que os paus encontrados em um tumulto sedicioso são armas que podem causar a morte ⁽²⁾; 2.º, que um enorme pau, sendo uma arma que pôde causar a morte, deve ser reputado arma ⁽³⁾; 3.º, que um pau grosso, sendo um instrumento contundente, deve ser considerado arma pelo artigo 101.º do Código Penal Francez ⁽⁴⁾.

224. Tem-se também controvertido se as pedras devem ser consideradas como armas.

A jurisprudência do citado tribunal de cassação está fixada em sentido affirmativo, decidindo que as pedras se comprehendem no numero dos instrumentos penetrantes ou contundentes, de que trata o precitado artigo 101.º ⁽⁵⁾.

225. Esta jurisprudência não é isenta de reparos, antes se presta a uma critica fundada.

226. *Carnot* ⁽⁶⁾ era de opinião que as pedras não eram armas propriamente ditas, nem machetas, nem utensilios, de que trata o artigo 101.º do Código Penal Francez, e combate a opinião contraria como opposta á letra clara e precisa d'este artigo, fazendo sentir os inconvenientes da interpretação extensiva.

227. *Chauveau et Hélie*, porém, observam que, sendo dif-

prehendida, e nem a sua apprehensão como um dos meios de prova do facto punivel é elemento constitutivo do crime, porque, por outros meios, que não o da apprehensão, se pôde verificar o seu uso e porte.

O artigo 900.º da Novissima Reforma Judiciaria exige a formação do corpo de delicto directo nos crimes que deixarem vestígios permanentes, sendo possível. Se, pois, for encontrada e apprehendida a arma que serviu para a perpetração do crime, ou estava para elle destinada, de razão é que se proceda á exame por inspecção occular. Se, porém, não for possível effectuar este exame, entendemos que o procedimento criminal pôde validamente basear-se em corpo de delicto indirecto, conforme o disposto no artigo 908.º da citada Reforma.

Em sentido contrario á nossa opinião proferiu a Relação do Porto um accordo em 23 de maio de 1890, publicado na *Revista dos Tribunaes*, 9.º anno, n.º 191, paginas 25, mas não se baseia em fundamentos juridicos, referindo-se apenas á jurisprudência seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça.

(1) Vid. *Chauveau et Hélie*, obra citada, n.º 1:231; *Morin*, obra citada, vbo. «Armes».

(2) Accordão de 15 de agosto 1807.

(3) Accordão de 7 de outubro de 1808.

(4) Accordões de 3 de outubro de 1817 e 16 de fevereiro de 1832.

(5) Vid. os accordões citados por *Chauveau et Hélie*, n.º 1:232, e principalmente o de 20 de outubro de 1831.

(6) *Commentaire sur l'article 101.º*, n.º 1.

ficil comprehender as pedras entre os instrumentos contundentes, e não sendo explicito o Código Penal a este respeito, devem julgar-se comprehendidas na disposição do § 2.º do mencionado artigo 101.º, porque a enumeração dos objectos n'elle declarados é meramente e simplesmente enunciativa ou demonstrativa, não podendo duvidar-se que o arremesso de pedras, revelando a intenção do agente, constitue um acto que lhe attribue a qualidade de armas.

228. *Ortolan* ⁽¹⁾ pondera judiciosamente, que as circumstancias do facto e a disposição dos objectos podem demonstrar, que o delinquente os tinha desviado do seu destino, convertendo-os em armas. Assim, por exemplo, tratando-se de collocar pedras em fundas, não se offerece duvida de que ellas são um instrumento de ataque, uma arma propriamente dita. Mas, se um bando em estado de rebelião se entrincheira n'um edificio, amontôa pedras da calçada ou simplesmente quaesquer pedras, manindo d'ellas as divisões e janellas, e dispondo-se a lançá-las como projectis sobre a força publica, a que intenta resistir, também não pôde entrar em duvida que as pedras assim accumuladas são armas impropriamente assim chamadas.

CAPITULO VII

Dos objectos que serviram para a perpetração do crime, soffreram modificação, ou servem para o reconhecimento do delinquente

229. A's vezes pôde dar-se tão estreita relação entre um individuo e os objectos que serviram para a perpetração do crime, que se torna mister não só apprehendê-los, mas submettê-los a um exame por peritos competentes. Assim, se um individuo costuma usar de certos objectos, como, por exemplo, um instrumento de officio, uma bengala, um pau ferreiro, é da maior conveniencia que estes objectos sejam devidamente examinados, e que em seguida se proceda ao reconhecimento d'elles por meio de testemunhas idoneas que possam reconhecê-los, o que pôde fazer-se, sempre que possível seja, no seguimento do auto de exame para corpo de delicto directo, nos termos do artigo 902.º da Novissima Reforma Judiciaria.

(1) Obra citada, tomo 1.º, n.º 822.

230. Quanto aos objectos que soffreram alguma modificação, convém examina-los também por peritos, fazendo consignar no auto de exame as modificações apparentes que offerecem á observação e inquirir em seguida testemunhas, que melhormente possam depôr ácerca do estado anterior d'esses objectos, para d'este modo se tornar, quanto possível, manifesta a alteração ou modificação que soffreram.

231. Finalmente, quanto aos objectos que possam servir para reconhecer o delinquente, importa egualmente proceder a exame *directo* n'elles e á subsequente inquirição de testemunhas que possam auxiliar o reconhecimento. Se, por exemplo, nas proximidades do local em que o crime foi commettido, for encontrado um chapéu, uma jáléca, um casaco, um capote, ou outro objecto pertencente a um individuo, deve recahir n'elle o competente exame *directo*, e seguidamente proceder-se ao inquerito de testemunhas juradas.

232. Todavia *Bentham* ⁽¹⁾ observa judiciosamente, que, sem embargo da ligação necessaria entre o facto principal e o facto probatorio, muito releva estar precavido, porque, embora esteja provado este facto, que induz a prova da existencia d'aquelle, não ha facto testemunhal que não tenha algum facto *infirmativo* correspondente, como pôde succeder nos casos seguintes:

1.º *Accidente*. — Podem as apparencias ser manifestas, mas o facto ser puramente accidental, fortuito, casual, inteiramente alheio da vontade do presumido delinquente, ou senão pelo menos não dirigido a produzir um successo malefico, mas com um fim innocente, ou, quando houvesse intenção de commetter um delicto, não ser o delicto em questão.

Bentham ⁽²⁾ refere que as causas celebres fornecem muitos exemplos em que as combinações de puro acaso arrastaram condemnações, cuja injustiça foi descoberta por outros acasos.

A origem da missa da pèga é devida a um d'estes funestos acasos.

2.º *Falsificação da prova real justificativa de si mesma*. — Esta hypothese pôde verificar-se no caso em que a coisa que serve de prova foi posta no estado em que se encontra por outro individuo que, tendo commettido o delicto de que

se trata, ou outro delicto, tinha disposto as cousas em ordem a que as suspeitas não pudessem recahir sobre elle, ou a poder desculpar-se.

3.º *Falsificação da prova real por precaução da parte de uma pessoa innocente*. — Este caso, que não é raro, verifica-se quando um individuo, que não é accusado, receiando por qualquer circumstancia que n'elle recáiam suspeitas de ser agente de um delicto, de que está innocente, altera a apparencia do objecto e procura occultar-o ou desnaturalizá-lo, com a intenção de destruir os indícios que poderiam resultar, se o objecto permanecesse no seu estado natural.

4.º *Falsificação da prova real por um terceiro n'uma intenção calumniosa*. — Verifica-se este caso, sempre que uma pessoa estranha ao facto principal altera o objecto, com a intenção de sujeitar um innocente á imputação do delicto, quer seja por virtude de inimizade contra elle, quer seja para pôr a coberto o verdadeiro auctor do delicto.

5.º *Falsificação da prova real, faceta ou por zombaria*. — Dá-se este caso, quando, sem expôr o individuo accusado ao risco de soffrer uma pena legal, se mirou tão só a experimentar um alarme momentaneo ⁽³⁾.

CAPITULO VIII

Da prova circumstancial ou conjectural

SECÇÃO I

Considerações geraes

233. A prova *circumstancial* é a que se deduz da existencia de um facto ou grupo de factos que, applicando-se immediatamente ao facto principal, levam a concluir que este facto existiu. Esta conclusão é uma operação do raciocinio ⁽¹⁾.

234. Importa distinguir os factos das *circumstancias*. Os factos formam as condições, os elementos indispensaveis para a existencia do delicto (*condere*). As *circumstancias* são os factos accessorios que, verificado o delicto, vêem unicamente modificá-lhe, mais ou menos, a criminalidade, agrupando-se

(1) Obra citada, livro v, capitulo 3.º

(2) Obra e lugar citados.

(1) *Bentham*, obra citada, liv. 5.º, cap. 3.º

(2) *Bentham*, obra citada, livro v, capitulo 1.

em volta d'elle (*circumstance*). Mas, como nota *Bentham* (1), qualquer facto em relação a outro pôde ser considerado como uma circumstancia. Assim, o facto de ter trevejado ou nevado no dia em que o crime foi commetido é um acontecimento independente do facto principal, mas pôde ser uma circumstancia digna de observação e que pôde conduzir a uma prova. As circumstancias são, pois, factos collocados em volta de outro facto, o qual pôde considerar-se como um centro em torno do qual elles se grupam (2).

235. Importa notar que as circumstancias comprehendem o estado das cousas e a conducta das pessoas. As cousas fornecem as provas *reaes*, mas, quer se deduzza argumento do estado d'ellas, quer da conducta das pessoas, esta especie de prova é sempre fundada na analogia, no encadeamento das causas e effectos. E' por isso que dissemos que todas as provas *reaes* são circumstanciaes (3).

São exemplos d'esta especie de prova: o arrombamento de uma porta, o estado da fechadura, os vestigios de violencia indicativos de que o arrombamento é exterior; a achada de uns sapatos em uma escada escura, reconhecidos por um sapateiro como vendidos por elle a um operario que trabalhava na aldeia e desapareceu em seguida; os objectos furtados perdidos no caminho e que conduzem a uma taberna, onde se sabe que se demorou um individuo que alli trocou uma peça de ouro.

D'estas e outras circumstancias, resultantes das cousas e da conducta do individuo, pôde tirar-se a illação de que elle possa ser o auctor do delicto.

236. Cumpre, porém, ter em consideração, que o juizo instinctivo que formamos de que um facto constitue a prova de outro facto é uma operação de raciocinio baseada em simples analogia, e que, se ha factos circumstanciaes que tornam o facto principal mais provavel, ha outros que o tornam menos provavel.

237. O facto que augmenta a probabilidade do facto principal denomina-se facto *corroborativo*. O facto que a diminui chama-se facto *infirmativo*.

Segundo *Bentham* (4) toda a logica judiciaria consiste em fazer uma justa avaliação d'estas duas especies de factos, tanto dos que tornam provavel o facto principal, como dos que o tornam improvavel, podendo resultar uma injustiça do erro commetido n'esta avaliação. Assim, se um só facto *corroborativo* fôr omitido ou indevidamente avaliado, o culpado pôde subtrahir-se á imposição da pena, e, se um só facto *infirmativo* fôr preterido ou avaliado abaixo do seu valor, pôde ser condemnado um innocente (5).

238. As provas *circumstanciaes* são mais simples do que as provas *directas*. Estas tornam-se complexas e complicadas, em virtude de um grande numero de considerações moraes ácerca de tudo o que constitue a credibilidade de uma testemunha, do seu caracter, intenção, affeições, grau de conhecimento e intelligencia. Pelo contrario, na prova *circumstancial* a unica relação que cumpre examinar é a que existe entre um facto e outro facto, a ligação entre o facto principal provisoriamente admittido e o facto secundario, pelo qual se pretende provar aquelle (6).

239. A prova é *directa*, positiva e immediata, quando, verificada a sua exactidão, gera a convicção do facto que se pretende provar. A prova *circumstancial* sómente produz esta convicção por meio de indução, de raciocinio, de inferencia (7).

240. Sobre este assumpto convém observar as regras seguintes:

1.ª Sendo a prova *circumstancial* um facto destinado a servir de base a uma indução, este facto deve ser provado tão regularmente e tão completamente como se fosse o objecto da investigação.

Assim, se Pedro fôr accusado de ter assassinado Paulo, por ter sido visto, ao romper da aurora, a uma legoa distante do lugar onde foi encontrado o cadaver, caminhando com perturbação, com manchas de sangue no fato, entrar na posta e andar muitos kilometros sem descansar, mudando de vestuario em certo lugar, cada um d'estes factos, considerados separadamente, subministra uma prova *circumstancial*. Considerados nas suas relações, fornecem uma concatenação de

(1) Obra citada, livro v, capitulo 1.

(2) *Bentham*, obra citada, livro v, capitulo 1.

(3) *Bentham*, obra citada, livro v, capitulo 1.

(4) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capitulos 11.º e 17.º; notas a este capitulo.

(1) Obra citada, livro v, capitulo 1.

(2) *Bentham*, obra citada, livro v, capitulo 1; *Ortolan*, obra citada, n.º 1.052; *Gervad*, obra citada, n.º 77, 240 e 242.

(3) Vid. n.º 11.

provas tendentes a legitimizar a indução de que Pedro foi o assassino de Paulo, posto que ninguém o visse matar este.

Todavia esta indução sómente é legítima a respeito de cada facto, quando este está devidamente provado, porque, sendo os factos a base da indução, esta não subsiste desde que aquellos não estão provados.

E' da maxima conveniencia que no acto da accusação se enuncie categoricamente cada um dos factos *circumstanciaes*, ainda os mais insignificantes na apparencia, em uma linguagem precisa e technica, tanto quanto possível, e que cada um d'elles seja devidamente provado, porque não é o facto isolado que tem importancia, mas sim a inferencia que d'elle se deduz.

2.ª Baseando-se toda a prova *circumstancial* sobre um facto *accessorio*, que se liga a um facto *principal*, este deve ser provado directamente, como já dissemos (1).

No exemplo figurado, os factos *accessorios* são a fuga de Pedro, as manchas de sangue no fato, o cuidado que tem em se afastar. O facto *principal* é o homicidio de Paulo. Sem se verificar a existencia do facto *principal* por meio de uma prova *directa*, os factos *accessorios* não tem valor algum.

A necessidade da prova *directa* do facto *principal* sube de ponto no crime de conjuração e nos crimes complexos, em que é mister provar o facto que serve como que de centro aos factos *circumstanciaes*.

3.ª A parte que produz factos *circumstanciaes* deve ligar todos os anéis da cadeia, de modo que o primeiro anel se ligue ao facto *principal* e que o ultimo se ligue ao primeiro sem interrupção. Na concatenação dos factos *circumstanciaes* nenhum anel deve desligar-se da cadeia, que na indução liga as circumstancias conhecidas ao facto gerador da culpabilidade, devendo sempre mostrar-se que existe uma relação inequivoca entre o facto que se prova e a culpabilidade que trata de se demonstrar. Faltando um dos anéis, a cadeia fica quebrada.

Os factos *circumstanciaes* não podem adicionar-se uns aos outros senão quando são de alguma sorte quantidades identicas, isto é, quando se grupam directamente, ou por um encadeamento ininterrompido em volta do mesmo facto, quando o espirito segue a ligação que os encadeia sem a perder de vista um instante, quando concorrerem conjunctamente para

estabelecer, não uma opinião ou uma conjectura, mas a existencia de um facto principal (2).

SECÇÃO II

Indícios ou presumpções

SUB-SECÇÃO I

Da natureza dos indícios ou presumpções

241. «Indício, diz Pereira e Souza (3), se diz a circumstancia que tem conexão verosimil com o facto incerto de que se pretende a prova.»

242. «A indução, diz Bonnier (4), que se baseia unicamente sobre indícios deduzidos, quer da ordem physica, quer da ordem moral, dá origem às presumpções. O artigo 1:349.º do Código Civil Francez define as *presumpções* as consequências que a lei ou o magistrado tira de um facto conhecido para outro facto desconhecido. Definição semelhante se encontra no artigo 2:516.º do nosso Código Civil.

«Quando se conclue, diz o mesmo escriptor, da existencia de certos vestígios, encontrados no caminho que conduz ao lugar em que o crime foi commetido, para a culpabilidade de um individuo a cujo pé elles correspondem perfeitamente, esses vestígios não comprovam o que se pretende estabelecer, são apenas um signal mudo, mais ou menos equivooco. A operação do espirito pela qual se conclue da approximação dos vestígios para a existencia da culpabilidade não se apóia em principios geralmente admitidos, mas sobre uma conjectura do juizo. E' o que os jurisconsultos inglezes chamam uma «*construção*».

243. «A prova *conjectural*, diz Lagrèze (5), é a mais perigosa de todas, devendo ser acolhida com toda a reserva.

«A prova artificial, a prova pelo concurso da circumstancias, é não só admissivel, mas indispensavel em materia criminal.

(1) Bentham, obra citada, livro v. capítulo 1; notas do duque de Broglie ao mesmo livro e capítulo, edição de Dumont, paginas 386; Bonnier, obra citada, n.º 729 a 731.

(2) Obra citada, § 54.º

(3) Obra citada, n.º 29.

(4) Obra citada, capítulo xxii, § 8.º, paginas 215.

(1) Vid. n.º 22; Bentham, obra citada, livro 5.º, capitulos 18.º e 17.º

«Muitas vezes o culpado procura a ausência de testemunhas, a escuridade da noite, a solidão dos lugares desertos para commetter o crime, e seria uma verdadeira desgraça se o criminoso ficasse impune, por não haver testemunhas presenças.

«Todavia, raro succederá que não exista algum indicio que o traia: *Nunquam deservit scelus pona pede claudo*. Raras vezes acontecerá que no theatro do crime ou na pessoa do delinquente se não encontrem alguns testemunhos accusadores. Estes testemunhos mudos são muitas vezes mais eloquentes e tem mais força do que os outros, porque tem a vantagem de ser incorruptíveis e estarem ao abrigo da suspeita de mentira.»

SUBSECÇÃO II

Classificação dos indícios ou presumpções

244. Os antigos legistas occuparam-se largamente da classificação dos indícios, dividindo-os em indícios communs a todos os crimes e indícios particulares e privativos de certos crimes especiaes, taes como homicidio, envenenamento, incendio, moeda falsa e roubo (¹).

245. Para servir de guia aos juizes, vamos fazer uma resumida exposição das diferentes classificações dos indícios feitas pelos antigos tratadistas, que se occuparam d'este assumpto e que os modernos tem omitido.

Julio Claro (²) divide os indícios em *leves, graves e gravissimos*.

Os primeiros eram considerados como sufficientes para investigar acerca do delicto, constituindo apenas uma suspeita ou presumpção; os segundos bastavam para se proceder contra o ausente, que era considerado como réu, podendo ser sujeito à tortura; e os terceiros eram exigidos para a condemnacão.

246. Segundo *Muyart de Vouglans* (³), os indícios dividem-se em *urgentes ou necessarios, proximos ou remotos*.

247. Os indícios *urgentes* ou *necessarios* são assim chamados, porque consistem em circumstancias de tal modo li-

gadas com o facto do crime, que pôde dizer-se que são tão sequencias necessarias d'elle e não podem ser produzidas por outras causas, constituindo o que em direito se chama *præsumptio juris et de jure*, que não admite prova em contrario.

Estes indícios são denominados pelos escriptores *indicia intra rem*, porque acompanham o facto criminoso.

248. São exemplos de indícios *urgentes* os *necessarios*:

1.º O facto de ser encontrado um homem com uma espada ensanguentada na mão, sahindo precipitadamente de uma casa, que tem uma só porta, e na qual é encontrado morto um individuo em quem se observa uma ferida, que só podia ser feita com uma arma semelhante áquella;

2.º A achada de um cadaver enterrado em uma hospedaria e reconhecido como o de um individuo, que costumava alugar-se n'ella, negando o hospedeiro que em tempo algum o conhecera e albergara;

3.º A occultação da gravidez e do nascimento do infante, quando a presumida mãe o não apresenta;

4.º A achada de um homem só deitado no mesmo leito com a mulher de outro, em posições lascivas (¹);

5.º A sahida de um individuo, de noite, do lugar em que foi commetido um furto, trazendo o objecto furtado e fugindo em seguida.

249. Indícios *proximos* são aquelles que, posto que não tenham uma relação directa e necessaria com o facto criminoso, são comtudo o effeito mais ordinario d'elle, e constituem o que em direito se denomina *præsumptio juris*, que admite prova em contrario.

Estes indícios são conhecidos por *indicia extra rem*, por serem tirados de circumstancias que precedem ou seguem o facto criminoso.

250. São exemplos de indícios *proximos*:

1.º A transacção onerosa entre o accusador e o accusado;

2.º O interesse particular que tem o arguido em commetter o facto criminoso, que lhe é imputado;

3.º A inimidade capital que existe entre este e o paciente do crime;

4.º A fuga do arguido no momento em que o crime é per-

(1) *Muyart de Vouglans*, obra citada, tomo 2.º, paginas 299; *Bonnier*, obra citada, n.º 728; *Lagrèze*, obra citada, capitulo XXII, § 6.º, paginas 217.

(2) *Sententiarum Liber V, questio II*.

(3) Obra citada, tomo 2.º, paginas 298.

(1) Cap. *Litteris, extra de præsumpti*.

petrado e antes de se instaurar procedimento criminal contra elle (1);

5.º As ameaças feitas pouco tempo antes da perpetração do crime, mórmente se o arguido está habituado a pô-las em pratica em relação a outros factos (2);

6.º A prática habitual de commetter crimes da mesma natureza, principalmente se o arguido já foi processado e respondeu por algum crime semelhante;

7.º As revelações feitas nos interrogatorios por um arguido contra algum co-réu;

8.º As declarações feitas á hora da morte pelo queixoso;

9.º As circumstancias do lugar e tempo favoráveis para commetter o crime, taes como ser visto o arguido em lugar afastado, durante a noite e em tempo proximo ao delicto (3);

10.º O rumor e fama publica;

11.º A perturbação, pallidez, tremor da voz do arguido, no momento em que sahe do lugar em que o crime acaba de ser commettido;

12.º As divergencias e contradicções nas respostas do arguido;

13.º As demonstrações de arrependimento, que deu depois da perpetração do crime e de que não pudesse dar explicação plausivel;

14.º O arrombamento da cadeia feito pelo arguido;

15.º A achada de nodos de sangue, feridas e rasgões no vestuario do arguido, e que denotem ter havido lucta com o assassinado;

16.º A achada em poder do arguido de objectos pertencentes ao morto, ou a venda d'elles;

17.º Os gritos da victima no momento em que é ferida (4);

18.º A presença do arguido no lugar do crime, trazendo armas;

19.º A semelhança e relação exacta da arma apprehendida ao arguido com a qualidade da ferida feita ao offendido;

(1) Vid. Ordenação, livro 8.º, título 56.º, § 7.º

(2) Vid. *Faustina Hélie*, obra citada, tomo 1.º, § 90.º, e *Bonnier*, obra citada, n.ºs 16 e 28.

(3) Vid. Ordenação, livro 5.º, título 134.º, § 1.º

(4) «Se alguém fôr ferido de noite, ou espancado, que lhe fiquem nodos negros, ou inchados, se elle não tiver provas, pôde-o provar pela maneira seguinte: se bradar de noite, quando o ferirem, ou espancarem, dizendo: Fere-me Fuiço, ou isto me fez: se alguns homens sahem ás janellas, ou ás portas, e vêem estar na rua aquelle, de que o ferido, ou espancado, dá voz e brado, fica assim o maleficio provado.» Ord. liv. v, tit. 134.º, pr.

20.º A compra e preparo do veneno, quando o arguido não possa indicar outra causa para fazer uso d'elle;

21.º A negativa de o haver adquirido e preparado, provando-se por testemunhas que effectivamente o comprou e preparou;

22.º A achada de substancias ou materias explosivas ou inflammaveis, fogos de artificio e outros instrumentos proprios para a perpetração do crime de incendio, não justificando o arguido que estes objectos tinham outro destino;

23.º A achada em casa do arguido de instrumentos proprios para a fabricação de moeda falsa (1);

24.º A achada de moeda falsa em casa do arguido, quando não possa declarar a proveniencia d'ella;

25.º A achada de escada, pertencente ao arguido e assentada contra o muro da casa em que se commetteu o roubo;

26.º A achada, em casa do arguido, do objecto furtado, não provando d'onde lhe proveio;

27.º O facto de facilitar a evasão do ladrão, em seguida ao furto;

28.º A venda ou empenho do objecto furtado;

29.º Os gastos e despesas extraordinarias feitos repentinamente pelo arguido, não justificando o motivo por que mudou de fortuna (2).

§ 51. Indícios *remotos* são os que não tem relação alguma com o facto criminoso, nem com as circumstancias que o acompanham, mas que recahem principalmente sobre a pessoa do arguido, por versarem sobre factos tendentes a fazê-lo julgar capaz de commetter o crime que lhe é imputado.

Estes indícios constituem uma simples duvida ou suspeita e chamam-se em direito *presumptiones hominis* ou *administrativos*.

§ 52. São exemplos de indícios *remotos*:

1.º Os maus antecedentes judiciais do arguido, por ter sido processado por outros crimes;

2.º A mudança de nome ou de trajo, disfarce de sexo, extrema pobreza, ligações com pessoas de má conducta;

(1) Taes como balancés, prensas de cunhar e serrilhas, que sirvam, posto que não exclusivamente, para a falsificação da moeda, notas ou títulos (Cod. Pen., art. 210.º, § 2.º; Lei de 4 de junho de 1859, art. 2.º).

(2) *Muyari de Veuglans* (obra citada, tomo 2.º, paginas 304.) menciona tambem, entre outros, o nascimento no lugar em que domina o mesmo vicio, a má physionomia e um nome vil, que hoje não podem admitir-se.

3.º A falta de profissão ou occupação conhecida, radiagem e mendiciedade habituaes do arguido.

253. Faustin Hélie (*), que parece ter adoptado e quasi reproduzido as idéas de Muyart de Vouglans, diz que os antigos legistas dividiam os indícios em tres especies:

1.º Indícios violentos ou necessários;

2.º Indícios graves ou proximos;

3.º Indícios leves ou remotos.

Os primeiros são os que affectam de tal arte o espirito e a consciencia do juiz, que o obrigam a julgar conformemente á impressão que lhe causam.

Os indícios graves são os que produzem no espirito do juiz uma prova ou presumpção consideravel.

Os indícios leves são os que geram simplesmente nma conjectura ou ligeira presumpção.

254. No sentir de Cudain (*), as circumstancias moraes não são menos fecundas em indícios do que as circumstancias materiaes.

Os indícios teem com o facto que se pretende provar uma relação mais afastada, do que a que existe entre este facto e as provas indirectas. Portanto as origens dos indícios são mais numerosas e variadas do que as provas indirectas, sendo quasi impossivel enumeral-as.

Qualquer circumstancia, embora à priori pareça a mais indifferente, pôde constituir um indício.

255. Segundo este escriptor, os indícios dividem-se em duas classes: — 1.º, indícios criminativos, tendentes a fortalecer a accusação; 2.º, indícios justificativos, tendentes a alhear as provas da culpabilidade.

Os indícios incriminativos não podem, se concorrem sós, ser sufficientes, embora sejam numerosos e fortes, aliás poderia acontecer que, no caso de duvida, pudésse condemnar-se um individuo contra quem elles militassem. Estes indícios devem ser acolhidos com muita reserva, tendo comtudo a vantagem de fortificar as provas indirectas e de neutralisar os indícios justificativos a favor do presumido delinquente (*).

256. Em materia criminal, diz Bonnier (*), as presumpções, que vulgarmente se denominam indícios, teem uma ex-

trema importancia, porque, sendo muitas vezes os delictos commettidos sem testemunhas, torna-se mister recorrer ás provas circumstanciaes, embora sejam inferiores ás provas directas.

Reproduzindo a classificação dos indícios em manifestos, proximos e remotos, adoptada por Muyart de Vouglans, aquelle escriptor pondera que a divisão dos indícios em antecedentes, concomitantes e subsequentes, segundo se referirem ao tempo anterior, actual ou posterior á perpetração do crime, é mais commoda e offerece a vantagem de estabelecer em certa maneira a chronologia da accusação.

257. São exemplos da primeira especie de indícios: as ameaças e outros actos semelhantes. Podem considerar-se indícios concomitantes a achada de uma arma pertencente ao arguido. São indícios subsequentes as tentativas de suborno de testemunhas (*).

258. O Codice Penal Austriaco de 1803, modificado pelo decreto de 6 de julho do mesmo anno, estatuiu acerca dos indícios as disposições seguintes:

Art. 259.º Os indícios legais são as circumstancias que dão lugar a reconhecer entre o delicto e certa pessoa uma conexão tal, que, pesando-as com imparcialidade, ha verosimilhança de que o delicto foi commettido por aquella pessoa.

Art. 262.º Os indícios directos para a imputação legal dirigem-se especialmente: — 1.º, contra aquelle que se denunciou a si mesmo como author do facto; 2.º, contra aquelle que manifestou uma violenta raiva ao offendido, e o ameaçou com o mal que elle soffreu; 3.º, contra aquelle, que antes do facto annunciou a intenção de o praticar, ou qua, depois do praticado, contou ou confessou haver-o commettido; 4.º, contra aquelle, que, no tempo ou lugar do delicto foi visto commetter uma acção, que tem conexão com a execução do delicto; 5.º, contra a pessoa, de quem se acharam cartas, ou escriptos do seu punho, cujo conteúdo, segundo o seu sentido natural, dá a conhecer que elle commetteu o delicto; 6.º, contra aquelle, que com falsas narrações procura desviar de si as suspeitas, ou fazê-las recahir sobre outros; 7.º, contra aquelle que procurou meios ou instrumentos, que teem uma relação directa com a execução do delicto; 8.º, contra aquelle, em cujo poder foram achados instrumentos que não podiam ter outra applicação

(1) Obra citada, tomo 1.º, § 90.º e tomo 3.º, § 373.º

(2) Obra citada, n.º 425, 426 e 427.

(3) Obra citada, n.º 437.

(4) Obra citada, n.º 717.

(1) Obra citada, n.º 726 e 727.

senão para commetter o delicto, ou objectos que apresentam visivelmente marcas ou signaes do delicto, ou provierem do proprio delicto; 9.º, contra aquelle que já commetten um delicto semelhante e com circumstancias particulares analogas ás que de novo se encontram no caso actual; 10.º, contra aquelle, que fugiu immediatamente depois do delicto, ou desde que a voz publica o deu a conhecer, sem que a fuga se possa attribuir a outra causa; 11.º, contra aquelle, cujos signaes são exactamente os do delinquente, que vem designado no mandado de captura.

Art. 263.º Nos delictos que teem por objecto um lacre qualquer, são especialmente consideradas como indícios legais as circumstancias seguintes:—1.º, se uma pessoa que em geral é de má reputação, faz uma despesa desproporcionada ao seu estado; 2.º, se esta pessoa mostra, ou dispende muitas peças de moeda da especie das que foram roubadas; 3.º, se um vagabundo ou outra pessoa suspeita traz consigo ou offerece à venda objectos, cuja posse legitima é incompativel com a sua posição.

Art. 264.º No infanticidio um indício legal directo resulta do concurso das circumstancias seguintes: se a mulher apparece com uma mudança subita no exterior do ventre, sem mostrar infante que desse á luz, e se no exame que se lhe fez se verifica a certeza de parto recente.

Art. 265.º A revelação de um co-réu que confessa o delicto será indício legal directo, quando for feita espontaneamente, sem que a sua attenção seja especialmente dirigida sobre certa pessoa, e quando essa revelação seja acompanhada de circumstancias, que se acham verificadas no summario.

Art. 266.º Para que uma denuncia, feita de viva voz ou por escripto, por pessoa que se descobre, possa constituir indício legal, é necessario que seja acompanhada de circumstancias, que tenham relação com o auctor do facto.

Art. 267.º Não se deve proceder contra pessoa alguma por denuncia anonyma, ou assignada por um desconhecido, que se não pôde achar. Mas se a denuncia contiver requisitos, que em si mesmos constituem indício legal, e que se acham verificados pelo summario, pôde proceder-se em virtude d'esta denuncia anonyma contra a pessoa denunciada.

Art. 269.º Os indícios indirectos podem tambem ser sufficientes para uma imputação legal, se se reúnem muitos em numero contra alguém, com uma tal concordancia, que mutua-

mente se apoiam, a não existir alguma circumstancia contraria, que venha enfraquecer a sua conexão.

Art. 270.º Os indícios, ou conjecturas em si mesmas fracas adquirem força, quando o indiciado é pessoa de reputação duvidosa e capaz de commetter o delicto.

Art. 271.º Havendo indícios contra determinada pessoa, deve-se indagar com a maior exactidão a verdade de todas as circumstancias, d'onde sargem aquelles indícios, esclarecer e pôr fora de duvida tudo o que forma a base da imputação.

Art. 273.º Se concorrerem circumstancias, que diminuam a força d'aquelles indícios, deve examinar-se com igual diligencia a verdade d'aquellas.

Art. 279.º Se é importante para a segurança publica descobrir os culpados, pelo exame dos indícios, não o é menos proteger a reputação d'aquelles, que por uma desastrosa combinação de circumstancias podem innocentemente ter-se tornado suspeitos de haver commettido o delicto (?).

258. No nosso primeiro *Projecto deCodigo do Processo Criminal* (?) propozemos o seguinte:

Art. 349.º Os indícios ou presumpções são as legitimas consequências deduzidas de factos conhecidos, dos quaes se conclue a existencia da criminalidade dos agentes dos crimes:

Art. 350.º Os indícios podem ser:

1.º Manifestos, proximos ou remotos, segundo tiverem uma relação necessaria, directa ou indirecta com a criminalidade dos agentes dos crimes;

2.º Antecedentes, concomitantes ou consequentes, segundo se referirem a uma epocha anterior, actual ou posterior ao commettimento do crime.

Art. 351.º A apreciação dos indícios pertence aos juizes, devendo attender á conexão e concordancia dos factos entre si.

CAPITULO IX

Da prova inoriginal

260. Uma das especies da prova *indirecta* é a prova inoriginal, da qual já tratamos em os n.ºs 110 e 144. Tendo defi-

(1) Vid. Corrêa Telles, *Manual do Processo Civil* (Appendice ao art. 387, da Nov. Ref. Jud.).

(2) Impresso na Imprensa Nacional em 1874.

nido esta especie de prova, trataremos d'ella com maior extensão no processo preparatorio, quando apreciarmos a prova testemunhal.

TITULO V

Da prova litteral ou documental

CAPITULO I

Considerações geraes

361. Prova documental é a que resulta de documento escripto (Cod. Civ., art. 2:42.º).

362. Os documentos, para o effeito da prova, podem ser authenticos ou particulares (Cod. Civ., art. 2:421.º (1)).

363. Sendo o fim da justiça criminal o descobrimento do delinquente, para que possa ser exemplarmente punido, da razão é que se recorra a todos os meios de prova para attingir este fim.

364. No processo criminal é admittida a prova documental:

1.º No processo preparatorio (Nov. Ref. Jud., art. 944.º, 946.º e 948.º);

2.º No processo accusatorio (Nov. Ref. Jud., art. 1:406.º e 1:411.º, § 1.º);

3.º Na audiencia de discussão e julgamento (Nov. Ref. Jud., art. 525.º, 530.º, 1:127.º e 1:431.º).

365. O poder judicial não tem competencia para exigir a entrega de actas, cadernos e papeis relativos á eleição de deputados para proceder a exames, porque, devendo ter o destino determinado no artigo 93.º do decreto eleitoral de 30 de setembro de 1852, viria d'este modo a impedir ou retardar a constituição de um dos ramos do poder legislativo, restando a apresentação dos processos eleitoraes á camara dos snrs. deputados para a respectiva verificação do poderes. Este acto constitucional não pôde, sob qualquer fundamento, ser impe-

dido ou retardado, aliás a constituição da camara ficaria por este facto dependente de outro poder politico, com manifesta invasão de poderes e quebra da sua independencia. (Offic. do Proc. Ger. da Cor. e Faz. (Martens Ferrão) ao Proc. Reg. da Rel. do Porto, de 21 de outubro de 1878).

CAPITULO II

Da falsificação dos documentos

366. Mostrar a authenticidade de um escripto, diz *Bentham* (1), é mostrar que elle perience á pessoa a quem é attribuido e que não foi alterado.

367. Na produção de documentos suscita-se muitas vezes o incidente da falsidade d'elles, devendo n'este caso proceder-se nos termos dos artigos 341.º e 1:126.º do Código do Processo Civil.

368. Se são incommensuraveis as vantagens da escripta, porque por meio d'ella se transmite e perpetua o pensamento e se tornam firmes e perduraveis os contractos e actos juridicos, são tambem sobremaneira nocivos os abusos que d'ella podem resultar.

São de ha muito conhecidos os meios de alterar a escriptura por meio de acidos ou alcalis, mas o descobrimento do chloro veio proporcionar aos falsarios resultados que algumas vezes teem zombado da sciencia. E', portanto, mister conhecer os meios que se devem empregar para descobrir a falsificação dos documentos; e, embora possa objectar-se que a enunciação das regras sobre este assumpto possa pôr de sobreaviso os falsarios, este inconveniente desaparece pela revelação dos meios de descobrir a falsificação (2).

369. E' por extremo difficil obter a evidencia physica de que a letra ou assignatura de um documento ou escripto arguidos de falsos são effectivamente do individuo a quem se attribuem. A contrafacção raras vezes se apresentará por um modo tão grosseiro que denuncie desde logo o seu auctor. D'aqui a necessidade de recorrer a exames para verificar a existencia da falsificação.

(1) 1 Sobre documentos authenticos e particulares e sua força probatoria vejam-se os artigos 2:422.º a 2:440.º do Código Civil.

2 As actas da commissão de recenseamento são documentos authenticos. Acc. da Rel. do Porto de 7 de julho de 1892 (Revista dos Tribunaes, tomo 11.º, pag. 43).

(1) Obra citada, livro 1.º, capitulo 8.º.

(2) Vid. *Lévesque*, Verification des écritures, Agen, 1840, préface; Bonnier, obra citada, n.º 641.

270. É da maxima conveniencia classificar os diferentes generos de escripta e reconhecer as causas physicas e moraes, que produzem a variedade que n'ella se observa, pois que, assim como duas folhas da mesma planta offerecem sensivel dissimelhança, assim tambem difficilmente se encontram duas escripturas que se pareçam perfeitamente. A observação constante mostra, que a calligraphia de innumerados discipulos ensinados pelo mesmo professor, pelo mesmo methodo e com identicos modelos, não apresenta identidade, mas pelo contrario a maior differença nos caracteres. Torna-se, pois, mister que os exames sejam feitos com toda a circumspecção (*).

271. Para verificar a existencia da falsificação que se supõe ter sido commettida em qualquer documento, escripto ou assignatura, é mister que no exame intervenham peritos idoneos da mais reconhecida aptidão, probidade e incorruptibilidade, e que sejam versados, quanto possivel, no conhecimento da arte de escrever, e conheçam as regras prescriptas pelos escriptores que tem estudado este assumpto.

Competido aos juizes a nomeação dos peritos nos exames em materia criminal (*), devem nomear com preferencia os tabelliães de notas mais habéis, e, onde os houver, individuos habilitados com o curso de paleographia, e, em alguns casos, de chimica, visto como os falsarios se tem prevalido dos progressos d'esta sciencia para os seus criminosos intentos (*).

272. O exame pôde recahir sobre a contrafacção ou disfarce, ou sobre a falsificação.

273. Dá-se a contrafacção, ou disfarce, sempre que um individuo procura imitar a escripta ou a assignatura de outro. A contrafacção ou disfarce pôde verificar-se; 1.º, no corpo inteiro de um escripto; 2.º, na assignatura; 3.º, no genero da escripta; 4.º, na orthographia; 5.º, no talho da penna; 6.º, na posição do corpo, do braço ou do papel (*).

274. A falsificação pôde fazer-se por uma infinidade de maneiras, mas quasi todas podem reduzir-se ás seguintes: 1.º, alteração do papel; 2.º alteração da tinta; 3.º addição de palavras ou de letras; 4.º, suppressão de palavras ou de letras (*).

275. Os peritos chamados para verificarem qualquer escripto ou assignatura, que se presunhem contrafeitos ou são arguidos de falsos, deverão attender: 1.º, aos signaes ou vestigios materiaes; 2.º, ás condições moraes do individuo.

276. Com referencia ás condições materiaes, os peritos deverão prestar toda a sua attenção, ao papel, á tinta e ao sello, com que muitos são firmados, porque d'estas condições podem deduzir poderosos indicios de falsificação do escripto submettido ao seu exame (*).

277. Quanto ao papel, incumbe aos peritos examinar: 1.º, se é de data posterior à data apparente do escripto; 2.º, se a superficie apresenta desigualdades de espessura taes, que pudessem resultar de razuras.

Para verificarem se foi alterada ou viciada alguma peça escripta ou alguma assignatura, os peritos deverão examinar se o papel apresenta signaes de viciação ou alteração, voltando-o contra a luz e recorrendo ao auxilio de uma lente.

Armados d'este instrumento, facilmente reconhecerão se houve alguma razura ou raspadura, que indiquem haver sido escriptas anteriormente outras palavras, assignatura ou signal, porque o grão do papel é differente na parte raspada, apresentando a superficie mais polida e brilhante por virtude da acção da raspadura, qua une os póros do papel (*).

278. Posto que o falsificador, depois de raspar o papel, costuma empregar uma camada de gomma graxa para o tornar mais consistente e menos transparente, afim de obviar a que a escripta alastre, comtudo para conhecer o emprego d'aquella substancia basta esfregar por alguns segundos com um pedaço de papel a parte que se supõe raspada, e aspirando com cuidado, sentir-se-ha um cheiro pronunciado da referida substancia, ainda que sejam decorridos muitos annos (*).

279. Os peritos deverão igualmente examinar se o papel apresenta em alguma parte cor differente ou manchas, que denotem ter sido empregado o acido oxalico ou algum outro agente chimico, para fazer desaparecer a primitiva escriptura, ou se está humedecido com acido nitrico, carbonato de potassa ou com qualquer outro reagente (*).

(1) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, paginas 49.

(2) *Ibid.* n.º 153, vi, paginas 70.

(3) *Lévéque*, obra citada, capitulo 3.º, paginas 14; *Bonnier*, obra citada, n.º 641.

(4) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, § 3.º, paginas 43, 44 e 47.

(5) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, paginas 43.

(1) *Bentham*, obra citada, livro 4.º, capitulo 9.º.

(2) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, § 1.º, paginas 44.

(3) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, § 1.º, paginas 45.

(4) *Lévéque*, obra citada, capitulo 10.º, § 2.º, paginas 47; *Devergie*, *Traité de médecine légale*, tomo 3.º, paginas 501 e seguintes.

280. Um dos indícios materiais da existência de falsificação pôde resultar da tinta. Se a cor d'esta, uniforme em todo o escripto, parece mais fresca do que poderia suppor-se em face da data d'elle, ha motivo fundado de suspeita da sua veracidade. Mas esta circumstancia não é de todo o ponto procedente, porque a qualidade, a intensidade e o brilho da cor da tinta podem variar consideravelmente em diversas tintas feitas ao mesmo tempo.

Se, porém, a apparencia da tinta é differente em diversas partes do mesmo escripto, este facto importa, em certos casos, uma suspeita mais forte e fundada. Convém, todavia, ter em consideração que, se a tinta que succede á primeira é empregada até o fim, a mudança de cor não pôde fazer nascer suspeita de falsificação, porque deve presumir-se que o auctor do escripto mudou de tinta ou de penna. Quando, porém, a differença da tinta apresenta manchas e palavras diversamente coloridas, o indício adquire uma força consideravel, e n'este caso uma inspecção mais attenta poderá fazer descobrir emendas chimicas ou mechanicas ⁽¹⁾.

281. Depois de estudarem o genero de escripta do individuo a quem se attribue a peça ou assignatura, que se suspeita ter sido falsificada, depois de conhecerem se a letra é redonda, gothica, corrida, bastardo, inglez ou cursivo, ou se pertence ao genero misto, como ordinariamente succede, depois de procurarem conhecer a organização do mesmo individuo, a posição habitual do braço e da mão, o modo de collocar a pena sobre o papel, os peritos deverão examinar: 1.º, se o genero e a physionomia da escripta são identicos aos autographos apresentados; 2.º, se a distancia e direcção das linhas correspondem ás dos mesmos autographos; 3.º, se se observa espontaneidade, nitidez, vivacidade no escripto ou assignatura, arguidos de falsos, ou se pelo contrario n'elles se notam hesitação ou constrangimento.

Por muito versado que seja o falsario na arte calligraphica, é quasi impossivel que a sua propria escripta se não denuncie, quer pela interrupção, quer pelo modo de tomar a tinta, quer pelos traços, quer por algumas letras ou parte d'ellas, que desdizem inteiramente da calligraphia que se pretende imitar ⁽²⁾.

(1) Bentham, obra citada, livro 4.º, capitulo 9.º.

(2) Lévêque, obra citada, capitulo 10.º, § 2.º, paginas 50.

282. Todavia os peritos devem proceder com toda a prudencia e circumspecção, abstendo-se de formar um juizo precipitado.

A calligraphia da mesma pessoa apresenta algumas vezes muita differença, não sendo sufficiente um exame perfunctorio e superficial para attribuir a certa e determinada pessoa a escripta ou assignatura submettida ao seu exame ⁽¹⁾.

283. A diversidade dos caracteres da escripta pôde provir de diversas causas, que os peritos devem investigar. Para que um individuo possa produzir a sua escripta habitual, é mister que o seu espirito esteja tranquillo, pois que a menor agitação pôde causar variações sensiveis, em ordem a desflegar por completo a sua escripta e dar-lhe uma physionomia differente. E' contudo certo, que os caracteres essenciaes permanecerão sempre identicos, e portanto muito convém que os peritos procurem reconhecer o typo da escripta no meio das mudanças produzidas pelas causas, que possam perturbar a serenidade de animo do auctor do escripto sujeito ao exame.

Essas causas podem ser a coacção, as paixões violentas, transitorias ou permanentes, a idade, a fraqueza da vista, a doença, o uso de bebidas alcoolicas, que exercem um poderoso influxo no organismo humano.

Um individuo a quem é extorquida, sob ameaças de morte, uma letra, livrança, ou outra obrigação escripta, ou a sua assignatura, não tem a serenidade de espirito necessaria para escrever ou assignar pela mesma forma como o faz habitualmente, porque o seu systema nervoso está profundamente affectado, a mão agitada, os dedos sem a firmeza precisa, a cabeça não pôde conservar uma posição estavel, a vista participa da agitação geral e a columna vertebral agitada communica os seus movimentos a toda a massa do corpo ⁽²⁾.

284. Outro tanto succede com as paixões violentas, cujos efeitos se reflectem na escripta por virtude da commoção d'ellas resultante.

Os progressos da idade exercem grande influencia sobre a escripta, a qual na idade viril é em geral firme, regular e legivel, distanciando-se as linhas com espaços quasi eguaes, e identidade na forma das letras, offercendo a assignatura pouca variedade, bem como os signaes ou cetera, que são es-

(1) Lévêque, obra citada, capitulo 2.º, paginas 9.

(2) Lévêque, obra citada, capitulo 6.º, § 1.º, paginas 22 e 24.

criptos quasi sempre pela mesma forma, ao passo que na idade provesta estas qualidades desaparecem, pelo enfraquecimento da vista, pouca firmeza nos musculos, rijeza das articulações e lentidão dos movimentos.

E' geralmente conhecido o influxo que exercem na escripta as doenças, o uso de bebidas alcoolicas e a temperatura, e por isso nos abstermos de entrar em pormenores a este respeito (1).

285. No exame para reconhecimento de letra deve observar-se o disposto no artigo 248.º do Código do Processo Civil (2).

Os peritos convocados para verificarem se algum escripto ou assignatura foram viciados ou contrafeitos, devem prestar a maxima attenção, tanto aos signaes materiaes da peça escripta submettida ao seu exame e apreciação, como ás condições moraes do individuo que pôde ser o auctor da viciação ou contrafeição.

286. Deverão outrossim exigir, sempre que seja possível, a apresentação de algum autographo da pessoa, cuja letra ou assignatura se suspeita ter sido viciada, falsificada ou alterada, confrontando-o com o escripto, documento ou assignatura, em que tem de recahir o exame (3).

(1) Vid. *Lévesque*, obra citada, capítulo 6.º, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º, paginas 22 a 30.

(2) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 20.º, paginas 214.

(3) A jurisprudencia estabelecida pelo supremo tribunal de justiça é a seguinte:

1. Na pesquisa dos crimes por fraude e falsificação de escriptos particulares ou documentos publicos deve, da parte do magistrado criminal, desenvolver-se sempre a maior solicitude para o descobrimento da verdade, e não ficarem imunes crimes de tanta gravidade, que nada menos importam do que a desordem nas importantes relações da vida civil, e se tira ao funcionario publico a fé e a confiança que a lei lhe commetteu, devendo sobretudo presidir escrupulosa circumspecção na formação do auto de exame a cargo de delicto, por ser este a base, que conduz o juiz na sua ardua e esabrosa missão. É lacuna importantissima, que torna diificante o corpo de delicto, não se apresentar ao exame dos peritos algum escripto do punho da pessoa a quem se attribue, para com elle, e em vista da comparação d'esse autographo, se tirar a illação se o reconhecimento feito é ou não verdadeiro.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 20 de dezembro de 1870 (D. do G. n.º 21, de 1871).—Vid. *Rev. de Leg. e de Jur.*, tomo 20.º, pag. 108; *Directio*, tomo 3.º, pag. 311.

Fazendo a critica d'este accordão, observa-se no *Direito*, tomo 3.º, paginas 636, que, se os peritos reconhecem a assignatura da pessoa a quem se attribue aquella, de cuja verificação se trata, é dispensavel e inutil a apresentação de documentos que sirvam de comparação da letra, porque a lei só indica genericamente os meios de prova, por virtude dos quaes de-

287. *Pereira e Sousa* (4) diz, que deve apresentar-se instrumento autentico que sirva de exemplar com que se compare o instrumento ou signal daviado, devendo indagar-se e comparar-se exactamente pelos peritos o caracter e talhe da letra e a firma do signal que faz objecto do exame.

288. *Correa Telles* (5) diz: «Um tabelião pôde reconhecer letra alheia, dar fé d'isso, e firmal-a com seu signal publico, ou por certeza, ou por semelhança. Por certeza, sendo escripto á sua vista por sujeito seu conhecido, ou ao menos conhecido de testemunhas, que affirmam ser o proprio sujeito, e deverão assignar o reconhecimento. Por semelhança, declarando que aquella letra é de F... pela semelhança, que tem com outra, que tem visto d'aquelle F...: este reconhecimento apenas faz meia prova. Ordenação, livro 3.º, titulo 32.º, pr., mas por estylo se lhe dá credito» (6).

289. Acerca da comparação dos escriptos escrevem *Bellet* (7), que este genero de prova parte da supposição de que cada individuo dá á sua escripta um caracter particular, podendo concluir-se da semelhança ou dissemelhança de muitos escriptos, que são, ou não, da mesma mão, o que todavia não deixa de offerecer difficuldade e perigo.

Os que impugnem este meio de prova dizem, que esta verificação tira toda a sua auctoridade de um argumento pouco

vem formar o seu juizo, sendo certo que, dispondo o Código Civil no artigo 248.º, que o exame é applicavel á averiguação de factos, que possam ser sujeitos á inspecção ou exame occular, n'este caso está qualquer escripto ou assignatura, que deixa sempre vestigio sujeito á inspecção occular.

Parce-nos menos fundada a critica ao accordão que acima extractamos. Se a lei declara que a prova por meio de exame é applicavel á averiguação de factos, que possam ser sujeitos á inspecção occular, não prohibe que se recorra ao confronto de letra ou assignatura de qualquer individuo para habilitar os peritos a proferirem uma conclusão fundada e segura. A confrontação da escripta ou assignatura pôde ser um poderoso auxiliar para os peritos que intervierem no exame.

II A simples comparação de letra nos escriptos ou documentos particulares é inefficaz em juizo para provar a sua veracidade ou falsidade: o que é de vêr da Ordenação, livro 3.º, titulo 52.º pr., e do Código Civil nos artigos 2433.º e seguintes.—Acc. do Sup. Trib. de Just., de 26 de abril de 1872 (D. do G. n.º 123).

III O reconhecimento dos peritos feito só por comparação de letras na censura de direito tem pouco valor.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 16 de maio de 1873 (D. do G. n.º 140).

(1) *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, nota 470.—Vid. *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 363.º

(2) *Manual do Tabelião*, § 280.º

(3) Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 25, paginas 60, e auctores ibi.

(4) *Rapport sur la loi de procédure civile de Genève*.

concoindente, qual o de *simili et verosimili*, sendo que ha grande distancia da verosimilhança á verdade, porque ser semelhante não é ser identico.

Mas, por conjectural e imperfeito que seja este meio de prova, o legislador não poderia prohibir-o sem imprudencia. A sua exclusão favoreceria a fraude e animaria os falsarios, privando a administração da justiça do unico meio, que tem, em um grande numero de casos, de pvoir o crime.

290. Os peritos deverão egualmente prestar a maior attenção á assignatura, rubrica, signal ou *cetera* (?) do escripto ou documento submettido ao seu exame.

Ha grande differença entre a letra de um escripto e a assignatura ou signal de um individuo. A assignatura de alguns, cuja letra aliás é regular e elegante, é inteiramente illegivel e assás difficil de imitar, ao passo que a letra da escripta offerece mais variedade, e portanto é mais facil de contrafazer.

Muitos individuos costumam acompanhar a sua assignatura de um signal particular (*cetera*), que a faz reconhecer por um modo certo e irrefragavel, e alguns funcionarios publicos, que tem de assignar inumeros documentos ou escriptos, tem a precaução de fazer a sua assignatura ou rubrica por uma forma illegivel e quanto possivel identica, obviando assim á contrafacção (?).

291. Apesar da difficuldade da imitação, o falsario consegue muitas vezes o seu maleficio intento, contrafazendo a assignatura, rubrica ou signal de uma pessoa ou de um funcionario publico, que os executa com a maxima facilidade e celeridade, imprimindo-lhe um caracter de vivacidade e de graça natural, que o falsario difficilmente pôde executar. Entretanto o perito experimentado, examinando attentamente a assignatura, rubrica, e principalmente o signal ou *cetera*, em que o falsario fixa com preferencia a sua attenção, e procura especialmente reproduzir, pôde conhecer se ellas são ou não da pessoa a quem se attribuem. De ordinario o signal ou *cetera* é feito, depois da assignatura, com a mão não assente no papel, com rapidez, sem attenção nem estudo, sendo isto como que a pedra de toque para distinguir a verdade da falsidade. O estudo, a hesitação, a interrupção, o acto de tomar a tina na feitura da *cetera*, a dissemelhança na forma dos traços, na

directção e no modo como são feitos pela penna, constituem indícios concludentes da falsificação (?).

292. Em resumo: os peritos devem observar as regras seguintes:

- 1.º Classificar as differentes peças sujeitas ao seu exame e numeral-as a lapis;
- 2.º Estudar cuidadosamente as peças de comparação escriptas pela pessoa, a quem se attribue a peça arguida de falsa;
- 3.º Examinar a directção das linhas e ver se são, ou não paralelas, directas, curvas, horizontaes ou inclinadas;
- 4.º Observar a inclinação da escripta, a nitidez ou confusão dos caracteres, a extensão das letras da cabeça ou na cauda, a finura ou grossura das pernas d'ellas;
- 5.º Prestar attenção ás letras maiores e em seguida ás menores, fixando-a especialmente nas mais salientes;
- 6.º Procurar descobrir os habitos da pessoa que escreveu as peças examinadas;
- 7.º Indagar se a mão é tesa ou flexivel, e se ordinariamente a mesma pessoa costuma approximar ou afastar o cotovello do corpo, ler a mão direita ou virada, fazer correr sobre o papel a mão que escreve, ou puxar o papel com a mão esquerda, sem que a direita mude de posição;
- 8.º Se usa de pennas finas ou grossas, metallicas ou de ave. (?).

CAPITULO III

Da prova casual

293. As cartas, escriptos particulares, notas, registos e jornaes particulares não são em geral provas *preconstituídas*, mas simplesmente escriptos *casuaes*, que não estão destinados a ser publicados (?).

294. Os escriptos particulares (?) representam um papel

(1) Lévesque, obra citada, capitulo 10.º, § 3.º, paginas 47; capitulo 11.º, paginas 58.

(2) Lévesque, obra citada, capitulo 14.º, paginas 59.

(3) Bentham, obra citada, livro 1.º, capitulo 6.º; livro 4.º, capitulo 1.º; Bonnier, obra citada, n.º 671.

(4) Acerca dos documentos particulares reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos, veja-se a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 25.º, paginas 69; sr. Dias Ferreira, *Código Civil Annotado*, tomo 5.º, paginas 163; Francisco de Sousa Cabral, *Considerações sobre a prova por escriptos particulares*, paginas 6 a 30; *Boletim dos Tribunaes*, tomo 3.º, paginas 177.

(1) A etimologia vem do latim: *et cetera* (*Diccionario Contemporaneo*).

(2) Lévesque, obra citada, capitulo 10.º, § 3.º, paginas 47.

importante no processo criminal, quer seja porque fazem objecto do corpo de delicto, quer seja porque podem ser invocados como prova de um outro delicto.

295. Na primeira hypothese do numero antecedente, têm toda a importancia:

1.º As cartas ou escriptos particulares, no caso de serem arguidos de falsos;

2.º A correspondencia prohibida pela lei ou pelo governo com subditos de potencia inimiga, no caso do artigo 145.º doCodigo Penal;

3.º As cartas e escriptos assignados, contendo ameaças, no caso do artigo 279.º do mesmoCodigo;

4.º As cartas ou documentos escriptos pelo co-rén adultero, no caso do § 2.º do artigo 401.º do citadoCodigo.

296. Quando as pessoas a quem são attribuidos estes escriptos alegam ter sido auctores d'elles, convém recorrer não só ao exame e juizo dos peritos, mas tambem á prova testemunhal, quando seja possível obtel-a.

Bonnier (*) nota o perigo da intervenção de peritos n'este caso, e cita exemplos de terem os conegos de Beauvais, o vigario de Jonarre e o cura de Orléans escripto cartas anonymas injuriasas, declarando unanimemente os peritos que eram escriptas pelo punho dos accusados, sendo certo que a innocencia d'elles se demonstrou claramente, descobrindo-se o verdadeiro auctor das cartas.

297. O Codigo Penal pune no artigo 295.º com pena de prisão correccional e multa o empregado do serviço publico dos correios ou qualquer outro funcionario publico, ou agente da auctoridade, que supprimir, subtrahir ou abrir alguma carta confiada ao serviço publico. Todavia, no § 2.º, exceptua os casos em que a auctoridade competente procede, para a formação do processo criminal, ás investigações necessarias, com as formalidades prescriptas na lei.

Estas formalidades são as mencionadas nos artigos 914.º e 916.º da Novissima Reforma Judiciaria.

298. Os papeis e objectos, que não tiverem relação com o crime, não poderão ser apprehendidos (Novissima Reforma Judiciaria, artigo 916.º, § 4.º).

299. As cartas missivas, que, na phrase de *Jousse* (*),

(1) Obra citada, n.ºs 667 e 668.

(2) Tomo 1.º, paginas 744.

não são mais do que a conversação escripta, e que não exprimem em geral senão impressões fugitivas e instantaneas, expansões do espirito e phantasias, não constituem um elemento de prova, devendo respeitar-se o seu caracter confidencial, como se respeita a confidencia feita ao padre, ao medico ou ao advogado. Mas, desde que o juiz instructor do processo as apprehendeu no domicilio do presamido delinquente, por subministrarem elementos de prova, perderam o caracter de cartas, tornando-se simples papeis que podem servir para a instrução do processo (*).

CAPITULO IV

Certidões e cópias de documentos

300. Embora as certidões extrahidas de documentos originaes authenticos, tenham lê, nos termos do artigo 2501.º doCodigo Civil, a certidão de um escripto, injurioso e diffamatorio não é por si sufficiente para constituir corpo de delicto, devendo verificar-se por meio de exame *directo* as expressões injuriasas e diffamatorias constantes do escripto, e proceder-se tambem a corpo de delicto *indirecto* por meio de inquirição de testemunhas, sob pena de nullidade insanavel, nos termos dos artigos 900.º, 901.º e 902.º da Novissima Reforma Judiciaria e do artigo 13.º, n.º 2.º, da lei de 18 de julho de 1853 (*Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 20.º, paginas 178 e 214).

301. As cópias authenticas dos telegrammas expedidos ou recebidos são passadas pelos chefes das estações telegraphopostaes, enquanto conservarem os originaes ou cópias; mas, depois de remettidos estes documentos á direcção geral dos correios, telegraphos e pharoes, é esta direcção a competente para passar as cópias authenticas dentro do praso de dois annos a contar da data dos telegrammas (Instrucções regulamentares de 1 de dezembro de 1887, artigos 156.º e 160.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 24.º, paginas 294).

(1) *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 361.º, paginas 631.

LIVRO II

Da Prova no processo penal ordinario

PARTE I

Da Prova no processo preparatorio

TITULO I

Considerações geraes

302. A instracção é, na phrase de *Agrault* ⁽¹⁾, a alma do processo.

E' principalmente no processo preparatorio ou de instracção preliminar que o juiz ha mister de ter presentes as regras que o devem guiar, como o fio de Ariadne, no labyrintho de factos e circumstancias sujeitos ao seu exame e apreciação.

303. O resultado do processo pôde ser diverso, segundo a maior ou menor solicitude, vigilancia e exactidão empregadas pelo juiz instructor, e portanto a este incumbe proceder a todos os actos necessarios e indispensaveis para que o crime se verifique por um modo irrefragavel, para que a culpabilidade do presumido delinquente se patenteie em toda a sua luz e para que se evidencie a innocencia d'aquelle a quem injustamente é imputado. O juiz instructor faltaria á sua elevada missão, se não empregasse no desempenho d'este importantissimo dever do seu cargo uma actividade energica e esclare-

(1) *De l'ordre, formalité, et instruction judiciaire*, parte 1, n.º 5.

cida, se se limitasse a colligir factos parciaes, truncados, mal descriptos, provas equivoacas e imperfeitas (1).

304. O magistrado instructor nas suas investigações deve conhecer, prever, verificar e reunir tudo o que importa saber para pronunciar um juizo seguro ácerca da realidade e moralidade dos factos submettidos ao seu exame e apreciação, explorando-os em toda a sua extensão e com todas as circumstancias que os precederam, acompanharam ou seguiram, encarando-os sob todos os aspectos e examinando-os em todas as relações. A' sua paciencia, penetração e sagacidade não deve escapar ponto algum que seja conveniente descobrir, investigar, verificar e formular, nem ainda os pormenores mais minuciosos, embora de somenos importancia, nem as circumstancias aparentemente mais insignificantes, que porventura possam derramar alguma luz ou exercer qualquer influencia no processo. Desprendido de toda a preocupação, que não seja a de chegar ao descobrimento da verdade, solícito em não comprometter os interesses da sociedade ou a sorte dos presumidos delinquentes, deve manejar por igual as armas da accusação e as da defeza. Consistindo, em summa, os seus principaes deveres na imparcialidade e no amor da justiça, deve proceder com o maximo escrupulo na instrução do processo, quer a favor, quer contra os presumidos delinquentes. A lei franceza, em forma de instrução, de 29 de setembro de 1791, estatuiu que «todo o processo deve ser organizado com um espirito de boa fé, que remova quanto possivel os estorvos e subtilidades de pura formalidade, afim de investigar constantemente e unicamente a verdade» (2).

305. Os mais autorisados tratadistas do processo penal aconselham os juizes instructores a que tenham sempre em consideração, que a sua missão não consiste em procurar um innocente ou um culpado, mas em descobrir a verdade, que é o fim da justiça social (3). Os juizes devem compenetrar-se do principio de que o primeiro dever da justiça consiste em investigar lealmente ácerca da culpabilidade do presumido delinquente, e que, embora a mór parte das vezes tenham perante si verdadeiros culpados, não devem mostrar-se prevenidos, nem repellir como mentirosas, ou considerar como sub-

terfugios, todas as allegações justificativas produzidas pelos arguidos, que muitas vezes se apresentam commovidos e tremulos ao aspecto do juiz que os interroga, e a quem corre o dever de escutar com benevolencia e decora as suas explicações, embora incompletas e diffusas. Assim como nas sciencias não se admite a certeza de uma operação senão depois de se ter feito a prova, assim tambem nos processos criminaes o juiz deve abster-se de procurar unicamente as provas de culpabilidade, devendo pelo contrario indagar todo o que seja em descargo do arguido, afim de que d'esta contraprova possa resultar ou a justificação d'este ou a impossibilidade da sua innocencia (4).

306. O processo preparatorio tem por fim o descobrimento da verdade e mais importa á sociedade que o innocente não seja punido do que o seja o culpado. Impende, portanto, ao juiz instructor o rigoroso dever de indagar e colligir todas as provas, todos os indícios de não culpabilidade com a mesma, para não dizer com a maior solícitude, do que a que deve empregar para os obter a pró da culpabilidade; o que vale o mesmo que dizer em linguagem technica, que «o processo preparatorio é organizado tanto a favor, como contra o arguido» (5).

307. Um dos mais strictos deveres do juiz instructor consiste em fortalecer a sua convicção, abstando-se de acreditar de leve na culpabilidade ou na innocencia do arguido. O juiz deve ser superior a quaesquer preocupações anticipadas que possam comprometter o exito do processo.

Obtemperando, mau grado seu, ao influxo d'ellas, entregase a investigações que fortalecem a opinião que desde o começo formou. Os factos como que reflectem as côres do prisma atravez do qual os viu. E' de receiar que, julgando seguro o resultado do processo, não deixe de dar a conhecer

(1) *Donneville*, De l'amélioration de la loi criminelle, pag. 541 e 544. Port. do minist. da just. de 17 de agosto de 1826; *Nazareth*, Elem. do Proc. Crim., 4.ª ed., pag. 522.

(2) Por maior que pareça a innocencia dos réus, a falta de provas da sua culpabilidade, e a coincidência das da sua defeza, não é licito aos juizes anticipar os termos ou as consequências regulares do processo, que assim como não deve ser tumultuario a favor, tambem não o deve ser contra a accusação.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 23 de janeiro de 1875 (*D. do C.*, n.º 43).

(3) *Ortolan*, Eléments de droit pénal, tomo 2.º, n.º 2176.—*Id.* *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 324.º, paginas 211 a 227, onde se lêem as mais judiciosas considerações.

(4) *Duverger*, Manuel des juges d'instruction, tomo 2.º, paginas 3.

(5) *Duverger*, Manuel des juges d'instruction, tomo 2.º, paginas 1.

(6) *Pentham*, obra citada, livro 2.º, capitulo 11.º; *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 324.º

ao presumido delinquente o seu juízo acerca da accusação. A manifestação d'este juízo annulla no arguido a força necessária para se defender, se porventura está innocente e o juiz lhe é adverso, e fortifica-o nas suas negativas, se é culpado e se acaso percebe que o magistrado instructor erê na sua innocencia. Para evitar uma parcialidade involuntaria e uma indiscrição funesta, o juiz instructor deverá sempre desconfiar da promptidão do seu juízo e sustar a sua convicção até que esteja inteiramente esclarecido (1).

308. A lei, encarregando o juiz instructor de ordenar todas as diligencias necessarias para a verificação do facto criminoso e da culpabilidade do delinquente, não o investiu de uma auctoridade puramente arbitraria, mas absteve-se de prescrever-lhe regras prefixas da sua conducta. Se incumbiu o ministerio publico de perseguir os delictos, conferiu ao juiz uma missão mais alta, qual a de instruir o processo preparatorio com todos os elementos necessarios para a comprovação do delicto e descobrimento dos seus agentes, dirigindo e dominando, sem a impecer, a acção das partes. Collocado entre a parte que accusa e a parte que se defende, o juiz instructor exerce uma missão de inteira imparcialidade, não de uma imparcialidade que o torna como que immovel sem animo de fazer triumphar uma causa, mas tão só de fazer triumphar a lei. Sobranceiro ás paixões e aos interesses das partes e animado de uma só paixão, — a justiça —, o juiz deve proceder ás diligencias mais minudenciosas, sem desprezar quaesquer circumstancias que possam influir no caracter legal ou no valor moral dos factos.

Embora o habito dos negocios criminaes, embora a experiencia da perversidade humana, embora a progressiva iniciação nas manhas e mentiras dos criminosos, embora o centro de corrupção e immoralidade em que o juiz tem de exercer as suas funcções, possam fazer inclinar o seu animo para o lado contrario ao arguido, comtudo deve manter-se n'um completo equilibrio entre as allegações da accusação e as da defeza.

E' este por sem duvida um dos pontos mais delicados e difficeis da missão do juiz instructor. E', pois, mister que resista a quaesquer impulsos de animadversão contra o criminoso e que escute pacientemente as explicações d'este, embora incoherentes e contradictorias, tendo em consideração que só tem

(1) *Duenger*, obra citada, tomo 2.º, paginas 3.

um dever a cumprir: a investigação conscienciosa e imparcial da verdade. O juiz não deve procurar no arguido um culpado ou um innocente, mas a verdade do facto da sua innocencia ou do crime que lhe é imputado (2).

309. O juiz instructor não pôde basear as suas decisões no conhecimento pessoal que porventura tenha do facto em questão (3).

E' principio incontestado, que o juiz só pôde julgar «*secundum allegata et probata*».

Tal era o preceito da Ordenação, livro 3.º, titulo 86.º, *pr.*, que diz: «Todo o julgador, quando o feito fôr concluso sobre a definitiva, verá e examinará com boa diligencia todo o processo, assim o libello, como a contestação, artigos, depoimentos a elle feitos, inquirições, e as razões allegadas de uma e outra parte; e assim dê a sentença definitiva segundo o que achar allegado e provado de uma parte e da outra, ainda que lhe a consciencia dicte outra cousa, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado» (4).

310. Entretanto não tem faltado quem haja sustentado, com fundamento na Ordenação, livro 3.º, titulo 54.º, § 3.º, livro 4.º, titulo 58.º, § 2.º, e artigo 269.º, § 2.º, da Novissima Reforma Judiciaria, que o juiz nas suas decisões não pôde deixar de ter algum arbitrio, e de attender á sciencia propria, podendo empregar na combinação e apreciação dos factos aquellas evoluções do raciocinio, a que na applicação da lei é obrigado pelo § 11.º da lei de 18 de agosto de 1769. Mas forçoso é reconhecer, que no exame dos factos e nas operações do juizo e raciocinio o julgador não usa de um arbitrio discrecionario, mas subordinado aos principios de hermeneutica jurídica, a que deve socorrer-se para aquilatar os factos e deduzir as illações que d'elles resultam.

Embora o juiz seja testemunha presencial dos factos, o conhecimento pessoal que d'elles tem pôde apenas ser sufficiente para gerar a sua convicção, mas não a do publico. Não basta que a sua decisão seja justa, mas é mister que o pareça (5).

(1) *Faustin Idée*, obra citada, tomo 5.º, § 324.º; *Desquiron*, *Traité de la preuve*, paginas 488.

(2) *Morin*, obra citada, vbo. «*Preuves*», tomo 2.º, paginas 509, n.º 6.

(3) *Henriot de Pansey*, *De l'autorité judiciaire en France*, tomo 1.º, capitulo 32.º; *Krug Basse*, *De l'office du juge en matière civile*, n.º 73.

(4) *Benham*, obra citada, livro 1.º, capitulo 18.º

311. O objecto do processo preparatorio é colligir as provas que devem estabelecer, por uma parte, a existencia material dos factos criminosos, e, por outra parte, a culpabilidade ou a innocencia dos presumidos delinquentes.

312. O fim de todas as operações judiciaes é chegar ao conhecimento da verdade, a qual, no processo preparatorio, consiste na certeza de que tal facto existe ou não existe e que tal individuo é ou não culpado.

Toda a sciencia, todos os esforços do juiz devem, portanto, tender a verificar as probabilidades, que são a base necessaria de todo o procedimento e a procurar obter a certeza, que é a base essencial de todo o julgamento. E' por isso que *Servan* (?) disse com razão: «A perfeição das leis sobre a instrução criminal depende absolutamente da exactidão dos nossos conhecimentos sobre os calculos da probabilidade e da certeza.»

313. Consistindo, porém, a certeza na situação de uma intelligencia, que afirma que um facto existe ou não existe, e que uma proposição é verdadeira ou falsa, importa ter em consideração que a philosophia não admite senão dois meios de chegar ao conhecimento das cousas: a evidencia e a indução.

A *evidencia* pôde ser interna ou externa. A primeira, que também se chama *intuição*, é a concepção firme da luz da razão, que nasce em um espirito são e attento.

A segunda presuppõe a noção do facto adquirida pelos órgãos sensorios e a affirmação d'esta noção pela intelligencia que a recebe.

A *indução* é um acto por meio do qual a intelligencia, apoiando-se nas leis da ordem physica ou da ordem moral, procede do conhecido para o desconhecido, afim de concluir de certos factos para outros da mesma natureza (*).

314. Mas, embora a certeza seja a base evidente da verdade, não é a propria verdade. A certeza, na phrase de *Filangieri* (2), é o estado do espirito, independentemente da verdade ou da falsidade da proposição sobre que versa essa certeza.

Pôde um individuo ter por verdadeira uma proposição,

(1) *De l'influence de la philosophie sur l'instruction criminelle.*

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 3.º, § 341.º; *Bonnier*, obra citada, n.ºs 7, 8, e 13.

(3) *La science de la législation*, tomo 1.º, paginas 363.

falsa por sua natureza, e esta opinião pôde ser para elle a certeza, e pôde igualmente affirmar uma proposição de que outro duvida, e duvidar da que esse outro affirmar.

E', pois, indubitavel que frequentes vezes o erro tem tomado o lugar da certeza e a verdade tem sido posta em duvida, contribuindo para este resultado a fraqueza do espirito humano, a imperfeição de seus conhecimentos, os erros que formam a maior parte do que elle chama a sciencia. A verdade ou falsidade está, pois, na proposição; a certeza ou incerteza está no espirito (?).

315. Não sendo, porém, dado ao homem attingir a certeza absoluta, deve contentar-se com a certeza relativa. Existe a certeza *intuitiva*, quando uma proposição se apodera do nosso espirito pela sua propria evidencia; e dá-se a certeza produzida pela *indução*, quando os factos não chegam á evidencia senão por effeito de uma demonstração. A certeza racional diz-se *mathematica*, quando é o resultado de uma demonstração rigorosamente exacta; e denomina-se *moral*, quando se funda ou sobre a apreciação de factos, que não foram presenciados por nós; ou sobre a deducção das leis e das idéas geralmente accetees pela consciencia humana.

316. *Filangieri* (?) define certeza *moral* «a disposição do espirito de um homem, seguro da verdade de uma proposição relativa á existencia de um facto, que não se passou diante de nós.» Sendo esta certeza a que forma a convicção do juiz, é também a que está mais exposta aos perigos do erro.

Posto que a certeza de uma verdade não adquire pela demonstração d'esta um character mais absoluto, contudo confirma-a e torna-a mais inconcussa, não podendo duvidar-se que existe differença entre o estado do espirito que affirmar instinctivamente e o que affirmar depois da verificação e comprovação d'essa verdade (?).

317. A certeza que fundamenta a obra do juiz, e da qual dependem os direitos mais sagrados e os bens mais preciosos do cidadão, não se obtém senão por via de indução, isto é, pelo estudo dos factos e pelo raciocinio.

Não basta que a convicção seja instinctiva, deve ser razoavel e fundar-se em motivos sólidos, que, deduzidos com pre-

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 341.º

(2) Obra citada, tomo 2.º, paginas 363.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 341.º

cisão, a expliquem e confirmem. E' mister que o espirito não vá após simples verosimilhanças, que tomam o lugar da verdade, de simples percepções, que não representam senão as cousas e não as suas relações, de razões imperfeitas e confusas, que apenas explicam um facto parcialmente, devendo apreciar e debater todos os pontos com a mais escrupulosa attenção e fazer passar tudo pelo crisól do exame mais severo e da analyse mais rigorosa (*).

318. Tres condições são essenciaes para a existencia d'esta certeza:

1.ª Verificação attenta do facto imputado e de todas as suas circumstancias, o que comprehende a verificação do corpo de delicto, o exame do lugar, a investigação de todos os indícios, ainda os mais insignificantes, de todos os esclarecimentos, embora os mais accessorios, relativos à natureza do facto, à moralidade do presumido delinquente e das testemunhas.

Se existir sombra de duvida, diz *Mittermayer*, não haverá certeza possivel para o juiz.

2.ª Exame de todas as hypothèses, que possam explicar o facto incriminado.

A certeza, diz o citado *Mittermayer*, exige que seja precedida de um esforço sério e imparcial, profundando e afastando os meios que tendam a fazer admitir a solução contraria.

3.ª Demonstração da verdade por motivos concludentes.

Posto que, depois do exame e discussão das causas da certeza, ainda seja possivel que o juiz tome o erro pela verdade, e que a convicção adquirida possa ser abalada e destruida por circumstancias extraordinarias, que escaparam às investigações judiciais, o mais que pôde exigir-se da justiça humana é um exame consciencioso, uma certeza racional.

E' mister tambem confiar nas luzes da consciencia, onde se acha escripta a lei do justo e do injusto (*).

TITULO II

Das meios de prova no processo preparatorio

319. A missão do juiz instructor é dupla, incumbindo-lhe:

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 341.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 341.º

- 1.ª Verificar e comprovar a existencia do facto criminoso;
- 2.ª Descobrir o agente ou agentes responsaveis (*).

320. Tendo o processo preparatorio ou de instrucção por fim a verificação do delicto e o descobrimento do delinquente, a lei confiou ao prudente arbitrio do juiz instructor a escolha dos meios consentaneos para attingir este fim.

Sem embargo da impossibilidade do poder judicial, e de não lhe ser permitido obrar sem que previamente seja provocado, o juiz instructor não está adstricto a seguir necessariamente a via traçada pelo ministerio publico ou as indicações d'este, competindo-lhe o direito de apreciar livremente a opportuniidade das medidas que lhe são requeridas.

A lei incumbem-lhe a direcção do processo, e, portanto, compete-lhe a escolha dos meios legaes tendentes ao conseguimento do fim a que mira. O legislador torna o juiz instructor arbitro do processo e reconhece-lhe o direito de recorrer aos meios de instrucção necessarios para o conseguir. O poder do juiz instructor é immenso e quasi discrecional (*).

321. Sendo secreto (*) o processo preparatorio, conforme o disposto no artigo 1.º do 1.º da Novissima Reforma Judicial, e não exercendo o ministerio publico a sua acção fiscal sobre elle, nem estando o reu ainda em juizo, nenhuma das partes pôde desviar o juiz da sua missão investigadora, nem desnorreal-o das pesquisas que empregar para descobrir o delinquente.

322. *Bonnier* disse que os delictos se provam por todos os meios possiveis (*). O legislador não podia adstringir o juiz a empregar certos e determinados meios de prova para a

(1) Vid. n.º 113.—Vid. 1.º decreto de 15 de setembro de 1893, art. 13.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 319.º

(3) Acerca do segredo da justiça, escrevemos a paginas 18 da «*Breve Exposição de Motivos*» do nosso primeiro *Projecto de Código do Processo Criminal*: «No artigo 261.º não se admite a publicidade do processo preparatorio, enquanto os reus não estiverem em juizo. Muito de intento não estabelecemos o preceito do segredo de justiça, reconhecido na Novissima Reforma Judicial, porque tal segredo é irritorio desde que no processo podem ser chamadas a depôr de oito até vinte testemunhas, já as referidas, as quaes difficilmente deixarão de divulgar o que depozeram e as perguntas e instancias que se lhes dirigiram.

«Se não admitimos, por impossivel, o segredo de justiça, reconhecemos a conveniencia indisputavel de não ser publica, contenciosa ou controversa a investigação do crime e o descobrimento dos seus agentes.»

Veja-se o que escrevemos no tomo 1.º da *Revista dos Tribunaes*, paginas 257 e 261, acerca das vantagens e inconvenientes da publicidade do processo preparatorio.

(4) Obra citada, n.º 129.

verificação do crime e para o descobrimento dos seus agentes responsáveis, com preterição de outros meios que se lhe afigurassem mais adequados e consentâneos. O legislador que intentasse encadear o arbitrio do juiz em um círculo de ferro daria azo à impunidade, e, em vez de coarctar um abuso, originava um mal mais grave.

Não é possível prescrever *a priori* a natureza e o numero de provas a que o juiz instructor deve recorrer para averiguar a existencia do delicto, indagar quem é o delinquente e determinar qual a sua culpabilidade. Estê importante assumpto não pôde deixar de ser confiado ao juizo prudencial e ao arbitrio discrecionário do juiz instructor.

Com razão disse o imperador Adriano: «*Quæ argumenta, et ad quem modum probanda cuius rei sufficiant, nullo satis certo modo definire potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua queritur, fiden. Hoc ego solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te astimare debere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris*» (1).

323. Nos tempos em que vigorava o systema das *provas legais* (2) o juiz instructor tinha a sua actividade encadeiada e circumscripção aos meios de prova minuciosamente descriptos pelos legistas. O legislador, para coarctar o arbitrio do juiz, tinha como que systematisado a certeza e creado para os magistrados uma consciencia artificial. O valor juridico de cada circumstancia era assemelhado a uma quantidade. Havia provas, meias provas, fracções de provas, presumpções, indícios, admissculos e uma infinidade de distincções secundarias, e, quando estavam reunidos todos os elementos de convicção,

(1) Lei 7.ª, § 2.º, ff. de testib.

(2) Os estudiosos que desejarem adquirir extensas noções acerca das diferentes especies de *provas legais*, podem consultar as obras de Faustin Hélie, obra citada, tomo 1.º, §§ 50.º, 51.º e 56.º; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, tomo 2.º, n.º 2307; Bonnier, obra citada, n.º 96 e 97; Béme, *Philosophie du Droit*, tomo 2.º, livro 6.º, capítulo 4.º; Tissot, *Le Droit Pénal étendu dans ses principes*, tomo 2.º, paginas 459 e 460; Etienne, obra citada, tomo 2.º, paginas 371; sr. Neves e Castro, *Theoria das Provas e sua applicação aos actos civis*, parte 1.ª, capítulo 2.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 15.º, paginas 2.

eram avaliados por uma especie de computação arithmetica (3).

Succedia, pois, no sentir de Mayer, (4), que os magistrados, julgando-se encadeiados pela jurisprudencia, condemnavam o accusado, porque a prova legal estava feita, posto que a sua convicção não fosse completa.

324. Segundo as Ordenanças Francezas de 1539 e 1670, se o juiz era livre na sua convicção, não o era na sua sentença. O legislador, porventura no intuito de estabelecer um contrapêso ao processo secreto, adstringia os juizes a um grande numero de regras que encadeiavam inteiramente a sua vontade.

Estas regras precisavam anticipadamente o valor legal de cada facto, de cada circumstancia do processo, materialisavam, por assim dizer, os elementos do julgamento, e dictavam ao juiz a sua decisão, independentemente da sua propria convicção: «*Nec enim à iudice exigitur ut suam sententiam de crimine dicat, verum ut sententiam legislatoris applicet facto*» (5). Eis que a causa offercia tal prova, tal presumpção, tal indicio, o juiz devia attribuir-lhe o effeito que a lei lhe havia assignado, sem que lhe fosse licito apreciar a prova e recusar-lhe o seu assentimento, a despeito da sua intima convicção em contrario (6).

325. Sendo, pois, a prova, em these, todo o meio de produzir a certeza, a lei do processo não fez uma classificação methodica das provas, nem estatuiu que o juiz empregasse somente certas e determinadas especies de provas para chegar ao descobrimento da verdade. Todas as provas, qualquer que seja a sua natureza, são puras e simplesmente moraes, no sentido de não produzirem effeito necessario, sendo submettidas à apreciação do juiz, que pôde fundamentar a sua opinião, tanto em uma prova affirmativa, directa e completa, como em uma prova negativa, conjectural e imperfeita (7).

326. No decurso do processo preparatorio o juiz instructor pôde recorrer a todos os meios de prova estabelecidos na lei.

(1) Lagrèze, obra citada, capitulo 16.º, § 6.º

(2) Tomo 5.º, livro 6.º, capitulo 11.

(3) Kress, *Comment, in const. crim. carol.*, liv. v., in art. 2, paginas 26.

(4) Faustin Hélie, obra citada, tomo 1.º, § 90.º

(5) Faustin Hélie, obra citada, tomo 5.º, § 334.º

Assim, pôde e deve:

1.º Inquirir todas as testemunhas referidas pelas do corpo de delicto (1);

2.º Fazer instruir o processo com a prova documental necessária para comprovar a existência do facto criminoso e a culpabilidade do presumido delinquento (Nov. Ref. Jud., art. 461.º, 948.º e 1.º553);

3.º Proceder ás vistorias (2) que julgar necessárias para o mesmo fim (Nov. Ref. Jud., art. 461.º).

327. No nosso *Projecto de Código do Processo Penal* propozemos o seguinte:

Art. 90.º São admitidos no processo criminal todos os meios de prova estabelecidos na lei civil e do processo civil com as modificações decretadas n'este código.

Art. 420.º No processo criminal preparatorio são admitidos os meios de prova seguintes:

1.º Confissão das partes;

2.º Exames;

(1) No artigo intitulado — *A Reorganização ou Desorganização Judiciária*, — publicado no n.º 3.945 do *Correio da Noite* e na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 25.º, paginas 307, a propósito do artigo 14.º do primeiro decreto de 15 de setembro de 1892, escrevemos: «O summario é a inquirição resumida das testemunhas, segundo a querela e o corpo de delicto, acerca do crime e das circunstâncias do tempo, lugar e modo como foi commetido. Tal é a definição que resulta da disposição do artigo 946.º da Notissima Reforma Judiciária.

«Eliminado o summario, e restricta a querela aos elementos subministrados pelo corpo de delicto, no qual nunca poderá ser inquirido um numero de testemunhas inferior a oito, nem superior a vinte, resulta que as investigações do juiz instructor do processo têm de circumscrever-se fatalmente a este numero de testemunhas, embora ellas façam referencia a outras, que podem ser presenças dos factos que as referências affirmam que estas viram. As averiguações do juiz ficam encerradas n'este circulo de ferro. Aquelle numero é a medida da sua jurisdicção em materia de prova testemunhal. Nada mais e nada menos.

«Mas no artigo 14.º do projectado decreto nem sequer se auctorisa a inquirição das testemunhas referidas, como estatua o artigo 10.º da lei de 18 de julho de 1890. O numero das testemunhas, que podem ser inquiridas no corpo de delicto, é fixado no limite minimo de oito e no maximo de vinte. Parece-nos que se sacrificaram os legitimos interesses da repressão em prol da celebridade exaggerada no processo preparatorio.

«Apesar de ser esta a nossa opinião, entendemos que, enquanto não estiver fixado este ponto por decisões dos tribunaes superiores, ou por alteração provavel na lei que relevar o governo da responsabilidade em que incorreu, os juizes devem inquirir todas as testemunhas referidas pelas do corpo de delicto, embora excedam o numero de vinte.

(2) Na actual lei do processo penal não existe disposição expressa, que auctorise o juiz instructor a recorrer a este meio de prova, mas tambem não ha lei prohibitiva que lhe vede o emprego d'esta especie de prova, que em alguns casos pôde ser da maior importancia e profundidade.

3.º Vistorias;

4.º Prova documental;

5.º Prova testemunhal;

6.º Juramento da parte offendida;

7.º Indícios ou presumpções.

TITULO III

Da prova vocal no processo preparatorio

328. A prova vocal é a que resulta das declarações do delinquento. Esta prova pertence as provas *directas* e é uma das especies das provas *pessoaes* (3).

329. No interrogatorio dos réus observar-se-hão as disposições dos artigos 972.º a 986.º da Notissima Reforma Judiciária (4).

TITULO IV

Da prova testemunhal no processo preparatorio

CAPITULO I

Considerações geraes

330. Antes de tratarmos dos meios de prova, convém tratar dos meios de as descobrir.

Acontee muitas vezes perpetrar-se um crime e não se descobrirem as provas dos seus agentes responsaveis.

Para servirem de norte ao juiz instructor, offerecemos ao seu discernimento as regras seguintes.

As provas *reaes* e *pessoaes* podem descobrir-se por intermedio das relações, que as possam indicar. Estas relações são: 1.º, o tempo e o lugar; 2.º, as affeições e o interesse (5).

331. Se acaso se perpetrar um crime e se suppõe que algumas pessoas desconhecidas tem conhecimento d'elle, como testemunhas immediatas, para poder descobri-las e saber so-

(1) Vid. n.º 30.

(2) Vid. n.º 31 a 37.

(3) *Bentham*, obra citada, livro 9.º, capitulo 7.º

bre que parte do facto ellas possam prestar o seu depoimento, importa attender ás relações seguintes:

1.º *Relações de tempo e de lugar.* — Convém averiguar qual foi o lugar da scena: se é publico ou particular, aberto ou fechado; se é um jardim, uma casa ou suas dependencias. Sendo um lugar publico, importa indagar quaes eram os transeuntes que, ao tempo em que o facto se verificou, poderiam estar presentes. Se o lugar for particular, releva saber quem é o habitante principal, quaes os seus domesticos e os visitantes occasionaes (1).

2.º *Relações resultantes das affeições e interesses.* — É de toda a conveniencia indagar quaes as pessoas que naturalmente devem ter conhecimento do facto e dos seus agentes, em virtude de uma ligação habitual ou occasional, proveniente da vizinhança de casas, de relações de familia e de parentesco, da conexão de interesses, de serviço, de occupação, de estudo ou divertimentos (2).

3.º *Relações publicas.* — Convém egualmente procurar descobrir quaes são as pessoas, que em razão do seu cargo devem naturalmente conhecer os agentes do facto criminoso, recorrendo á intervenção dos magistrados, agentes de policia e tabelliães, se se tratar de algum escripto (3).

332. Já fizemos sentir a importancia do testemunho (4). Um grande numero de factos é attestado pela informação dos nossos semelhantes, e por diuturna experiencia sabemos que o testemunho do homem em certas occasiões tem sido conforme á verdade. D'aquí o natural pendor do nosso espirito para crêr, que esse testemunho é egualmente veridico em outras occasiões, em que não podemos verificar a sua exactidão. Crê-se no testemunho humano pela mesma razão por que se crê na existencia da materia, isto é, em virtude de uma experiencia geral confirmada pela de cada individuo. Se esta indução usual, que se baseia na observação das leis da ordem moral, não tem a mesma força do que a que se apoia nas leis puramente physicas, não deixa contudo de ter a maxima importancia. O mundo moral não está sujeito a regras fixas e invariaveis. Se a tendencia natural do espirito humano é para

a verdade, como a dos corpos para o centro da terra, o homem, como ser racional e livre, pôde obedecer ou deixar de obedecer a esta tendencia, e não acreditar sem exame nem criterio no testemunho. Importa, porém, repellir o scepticismo que nos levaria a rejeitar absolutamente a fé no testemunho humano. Todas as verdades historicas e um grande numero de verdades scientificas não assentam em outra base (5).

333. Para se obter uma boa decisão, o testemunho deve ter dois requisitos: ser *exacto e completo*, não devendo conter senão a verdade, mas toda a verdade, isto é, uma justa representação de todos os factos essenciaes á causa.

O testemunho pôde ser *inexacto* de duas maneiras: 1.º, por falsidade *positiva*, se a testemunha afirma um facto que realmente não existiu; 2.º, por falsidade *negativa*, se nega um facto que realmente existiu. O que vale o mesmo que dizer, que um testemunho é inexacto por falsa affirmacão ou por falsa negação.

O testemunho é *incompleto*, quando não representa um facto essencial que realmente existiu, dando-se n'este caso a falsidade por omissão.

Cumpra, porém, ter em consideração que estes dois requisitos sómente se referem a factos que tem directa influencia no julgamento e não a factos que não tem importancia para a causa de que se trata, pois que ha omissões de todo o ponto indifferentes (6).

334. O depoimento das testemunhas deve ser *concludente e concordante*.

Para que se possa considerar *concludente*, é mister que seja *exacto*, isto é, conforme as regras da boa fé, e *preciso*, devendo a testemunha declarar que tem um conhecimento certo do facto sobre que depõe, quer seja por tê-lo presenciado e visto com seus proprios olhos, quer seja por tê-lo ouvido a outras pessoas.

Não basta, porém, que o depoimento seja *concludente*, é mister que seja *concordante*, de modo que se accorde com outras testemunhas que depõem no mesmo processo (7).

(1) Bentham, obra e lugar citados.

(2) Bentham, obra e lugar citados.

(3) Bentham, obra e lugar citados.

(4) *Testimoniorum usus frequens et necessarius est, et ab his proci-*
pue exigitur quorum fides non vacillat. L. 1.ª, ff. de testibus.—Vid. n.º 68.

(5) Bentham, obra citada, livro 1.º, capitulo 7.º; Bonnier, obra citada' n.º 15; Faustin Hélie, obra citada, § 388.º

(6) Bentham, obra citada, livro 2.º, capitulos 1.º e 2.º

(7) Mayari de Vouglans, obra citada, tomo 2.º, pag. 285; Faustin Hélie, obra citada, vol. 1.º, § 90.

CAPITULO II

Da inquirição das testemunhas no processo preparatório

335. Toda a pessoa que fôr convenientemente intimada para testemunha deve comparecer no dia, hora e lugar para que fôr chamada. A que deixar de comparecer será condemnada como desobediente em prisão correccional até tres mezes (Novissima Reforma Judiciaria, artigo 959.º; Código Penal, artigos 188.º e 189.º).

336. O testemunho é simultaneamente um dever moral e um dever civico. E' um dever moral, porque todo o homem tem obrigação de informar a justiça de tudo o que viu e ouviu ácerca dos factos que ella investiga, tornando-se o seu depoimento um elemento necessario do julgamento que ella vae proferir. Da sua recusa em comparecer ou a depôr resulta ser o juiz privado dos esclarecimentos indispensaveis para julgar, tornando-se cúmplice dos erros d'este. E' um dever civico, porque, como membro da sociedade, a testemunha deve-lhe o seu concurso para assegurar a repressão dos crimes. O cidadão que presenciou um facto criminoso reveste accidentalmente uma especie de caracter publico, e, chamado a informar o juiz do que sabe, torna-se um verdadeiro auxiliar da justiça, subministrando-lhe os elementos necesarios para uma decisão (1).

337. Antes de começar a inquirição, as testemunhas serão recolhidas em uma sala, onde serão vigiadas por um official de diligencias, e d'onde sahirão para depôr pela ordem em que estiverem mencionadas no rol, sempre que seja possível (Nov. Ref. Jud., art. 249.º; *Projecto de Código do Processo Penal*, do auctor, art. 160.º).

338. O sr. *Bonneville* (2) lamenta que as testemunhas, depois de constrangidas a abandonar o lar domestico e interromper as suas habituaes occupações, depois de soffrerem penosas deslocacões, depois de perderem um tempo precioso em depoimentos successivos, sejam amontoadas, sem distincção de sexo e de idade, em salas de espera infectas e sem luz, onde permanecem horas e muitas vezes dias inteiros.

Lastimando a posição das testemunhas perante os juizes,

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, vol. 5.º, § 354.º

(2) Obra citada, paginas 92.

censura a falta de affabilidade, de consideração e de benevolencia, indispensaveis para acalmar a sua perturbação, accordar as suas reminiscencias e fortalecer as hesitações da sua consciencia, e estigmatiza os abusos de discutir os antecedentes d'ellas, a sua moralidade pessoal e de sua familia, de suspeitar da sua sinceridade, de as ridicularisar, invectivar, diffamar e flagellar com reprehensões e sarcasmos, infligindo-lhes uma tortura moral, não menos cruel e oppressiva do que a tortura physica, a que outr'ora eram sujeitos os accusados.

Esta distincto escriptor attribue a este condemnavel abuso a difficuldade de obter o testemunho dos factos criminosos, affirmando que todos recuam perante o que se chama «o supplicio da audiencia».

Quando succede em França o que fica exposto, o que diremos ácerca da falta de commodidades e de conforto dos nossos tribunaes, das privações que soffrem as testemunhas no decurso de reiteradas audiencias, que muitas vezes se prolongam por mais de uma sessão, e dos abusos commettidos no modo de interrogar as testemunhas?

E' da mais obvia conveniencia, que os juizes procedam ao acto da inquirição das testemunhas com a mais circumspecta gravidade e com maneiras affaveis, abstenendo-se de palavras, allusões ou gestos offensivos e bem assim de empregar quaesquer meios captatorios para conseguirem o depoimento.

339. O juiz instructor, na inquirição das testemunhas, deverá:

1.º Não admittir a depôr as pessoas que por direito são prohibidas (Nov. Ref. Jud., art. 969.º) (1);

2.º Referir-lhes juramento nos santos evangelhos de dizer a verdade, podendo depôr sem juramento as que não professarem religião alguma (Nov. Ref. Jud., art. 944.º; Decreto de 15 de setembro de 1892, artigo 19.º) (2);

(1) Vid. n.º 77 a 110.

(2) A este proposito escrevemos na *Exposição de Motivos do nosso Projecto definitivo de Código do Processo Criminal*: «Respeitando a liberdade de consciencia, e convencido de que convém á magestade da justiça evitar a representação de scenas pouco edificantes nos tribunaes, prevenimos nos artigos 98.º, 127.º e 138.º a hypothese de declararem os peritos, as testemunhas e os interpretes que não professam religião alguma, admittindo-os a fazer declarações ou a deporem, mediante a sua palavra de honra. Para os denominados livres pensadores, que se acharem n'esta situação e que não pódem invocar a divindade para affirmarem a verdade do seu depoimento, entendemos que este é o unico vinculo que os póde ligar.

«Em Italia procedea-se semelhantemente, approvando-se as disposições

3.º Inquiril-as separadamente umas das outras (Nov. Ref. Jud., art. 943.º);

4.º Inquiril-as sobre todas as circumstancias do crime, tempo, lugar e modo como foi commetido (Nov. Ref. Jud. art. 946.º);

5.º Pergantal-as sobre o modo como souberam o que depõem, observando o disposto no artigo 947.º da Novissima Reforma Judiciaria;

6.º Não se contentar com a resposta da testemunha, que declarar que sabe de sciencia certa o que depõe (Novissima Reforma Judiciaria, artigo 947.º, § unico);

7.º Mandar ler ás testemunhas os depoimentos, antes de assignados (Nov. Ref. Jud., art. 952.º);

8.º Assignar e rubricar o depoimento com a testemunha, que souber e puder assignar, e com o escrivão (Nov. Ref. Jud., artigos 952.º, § unico, e 955.º);

9.º Resalvar á margem as entrelinhas, rasuras e emendas dos documentos, sendo a resalva assignada por todos (Nov. Ref. Jud., art. 953.º).

340. A inquirição das testemunhas é uma arte, que exige sagacidade, ousadia, promptidão e outras qualidades de espirito. Neste ponto existe grande differença de juiz para juiz. Uns dirigem-se ao escopo por um pequeno numero de perguntas, ao passo que outros se envolvem em uma multidão de pormenores innúteis. Mas para descobrir a verdade não ha arte alguma (1).

modificativas da formula do juramento, com a collaboração dos ministros da justiça, os snrs. *Figliani* e *Moncint*, tirando-lhe todo o caracter theologico e religioso (a).

o sr. *Humbert*, guarda-sellos, ministro da justiça da republica franceza, ao intuito de obviar os incidentes motivados por escrúpulos de consciencia, apresentou na sessão da camara dos deputados de 18 de março de 1882 um projecto de lei, permitindo a substituição do juramento por uma promessa solemne de dizer a verdade, quando a testemunha, os jurados, ou outras pessoas que tiverem de prestar juramento, declararem que as suas convicções não l'ho permitem prestar (b). A commissão encarregada de examinar este projecto, de que foi relator o sr. *Juillet*, rejeitou a formula do juramento, admitindo somente a simples promessa de dizer toda a verdade (c).

(1) *Bentham*, obra citada, livro 9.º, capitulo 7.º

(a) *Braudtongh*, tendo sido excluido da camara dos commons em Inglaterra, por ter recusado prestar juramento, foi expulso segunda e terceira vez, por ter declarado que o juramento não tinha para elle força obrigatoria.

(b) Vid. *Journal des débats politiques et littéraires*, 20 mars, 1882.

(c) Vid. o mesmo *Journal*, 1 e 2 avril, 1882.

341. O juiz instructor não deve ouvir as testemunhas em forma de interrogatorio, e tal parece ser o pensamento do artigo 946.º da Novissima Reforma Judiciaria, quando manda ler ás testemunhas os autos do corpo de delicto e da querela, sendo depois inquiridas sobre as circumstancias do crime.

342. Os mais insignes tratadistas do processo criminal (2) aconselham os juizes a que mandem ler ás testemunhas a queixa ou querela, fazendo-lhes uma succinta exposição do objecto d'ella, ouvindo em seguida o seu depoimento, e dirigindo-lhe perguntas somente depois de terem acabado de fallar, quando notarem lacunas, obscuridades ou contradicções no depoimento. E' n'isto que consiste o «*exame das testemunhas*» (3).

343. As testemunhas não devem ser interrogadas minuciosamente, facto por facto, de modo que seja sufficiente responder por um monosyllabo, *sim* ou *não*, porque um tal methodo de interrogatorio pôde induzir a testemunha, se for pouco intelligente, a responder machinalmente por uma simples affirmacção ou negação. A testemunha deve declarar *proprio motu* tudo o que sabe acerca do assumpto em que é interrogada, podendo em seguida dirigir-se-lhe perguntas especiaes (4).

344. E' sensivel a differença que existe entre a *audição* e o *interrogatorio*. Na audição a testemunha falla livre e espontaneamente, empregando os termos que lhe occorrem para descrever os factos que narra. No interrogatorio o juiz traça o caminho que deve seguir, escolhe o terreno a que quer conduzir a testemunha, dirige, e, muitas vezes, suggere as suas respostas.

Mas, se em these, o juiz não deve provocar o depoimento por meio de um interrogatorio, nem por isso fica inhibido de recorrer a elle, sempre que for mister fixar o espirito da testemunha sobre os pontos em que deve depôr, ou para explicar ou completar as suas declarações. A mente do legislador é que a testemunha não esteja na mesma situação do presumido delinquente, mas que possa usar de uma linguagem livre, limitando-se a missão do juiz a dictar as declarações que

(1) *Jousse*, tomo 2.º, paginas 65; *Muyart de Vouglans*, *Instruction Criminelle*, paginas 246; *Foussier Hille*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º

(2) Novissima Reforma Judiciaria, artigos 1.º34.º e 1.º35.º

(3) *Boitard*, *Léçons de Code Pénal et d'Instruction Criminelle*, n.º 807, 7.ª edit., 1856.

ella fizer, tornando-as claras e precisas, sem todavia as ampliar ou suggerir, e recordando-lhe que deve dizer tudo o que sabe (*).

345. Uma outra regra que pôde considerar-se um corollario da antecedente, consiste em que o juiz instructor deve manter cuidadosamente a cada depoimento o seu caracter e originalidade, de modo que o interrogatorio não limite a independencia e a lucidez do depoimento, que deve ser a livre emanção da consciencia da testemunha.

A Novissima Reforma Judiciaria diz no artigo 951.º: «As testemunhas terão a faculdade de dictar os depoimentos, que serão escriptos pelo escrivão. Se, porém, não usarem d'esta faculdade, os depoimentos serão dictados pelo juiz, conservando, quanto possível for, as proprias expressões da testemunha, e de maneira que cada palavra possa ser bem comprehendida por ella.»

Convém, pois, que o juiz instructor empregue na redacção do depoimento da testemunha, com o maior escrupulo, as palavras e locuções de que ella usar, conservando-lhe, por assim dizer, a sua verdadeira physionomia, e descrevendo, nos assumptos de maior importancia, os incidentes característicos, os gestos, as exclamações, a demora affectada nas respostas e todos os symptomas que possam fazer julgar da disposição da testemunha (*).

346. Alguns magistrados julgam, que o seu dever consiste em consignar fielmente o sentido das declarações da testemunha e que lhes é permitido corrigir a linguagem grosseira d'esta, redigindo o depoimento com elegancia para fixar mais a attenção. A este proposito observa judiciosamente um escriptor, que esta persuasão é erronea, porque cada pessoa deve usar da sua linguagem, a qual perde a força, quando se corrige, resume ou altera. A verdade resalta muitas vezes de uma expressão vulgar, que encerra uma eloquencia persuasiva. Deve deixar-se ao fanatico o emprego de suas expressões onçadas, ao ciumento os seus accentos apaixonados, ao innocente a sua palavra simples e calma. A instrução deve ser um espelho, onde deve reflectir-se a realidade (*).

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º; tomo 8.º § 640.º
(2) *Benham*, obra citada, livro 3.º, capítulo 13.º; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 8.º, § 360.º

(3) *Desclaux*, *Gazete des Tribunaux*, de 4 de novembro de 1836; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 360.º

347. Dos principios expostos resultam os corollarios seguintes:

1.º O juiz deve redigir o depoimento das testemunhas com inteira imparcialidade e impassibilidade, abstendo-se de formar um juizo antecipado acerca da culpabilidade, ou da innocencia do arguido e da verdade ou falsidade dos factos, porque só um espirito isento de toda a prevenção pôde conservar aos factos o seu verdadeiro caracter;

2.º O depoimento das testemunhas deverá ser redigido, não em primeira pessoa, como se ella o dictasse, mas em terceira pessoa, dictado e consignado pelo juiz;

3.º O juiz deve fazer consignar com exactidão, não só as palavras da testemunha, mas tambem as circumstancias incidentes que as acompanham, declarando se foram proferidas espontaneamente em resposta a uma pergunta, se foram pronunciadas com hesitação, retractadas ou restabelecidas, em virtude de alguma observação do juiz (*).

CAPITULO III

Da apreciação da prova testemunhal no processo preparatorio

348. A prova testemunhal tem, sob certos aspectos, alguma superioridade sobre a prova escripta. E' mais minuciosa, mais explicativa e mais completa.

A testemunha, na presença do juiz, dá ás suas palavras a sua verdadeira physionomia. A inflexão da sua voz e o seu gesto são o melhor commentario d'ella, e, dando razão do que refere, esclarece e desenvolve o seu pensamento incompleto ou obscuro. Os actos escriptos, que os antigos tratadistas denominavam «*surda testimonia*», não têm a mesma energia, nem equivalem sempre á prova animada e viva. O juiz que dirigir á testemunha perguntas bem formuladas obtém respostas a tudo o que ha mister saber (*).

349. Mas, se é indubitavel que a prova testemunhal offerece incommensuraveis vantagens, tem igualmente graves inconvenientes. A verdade encontra tantos obices, que nada é mais difficil do que a sua inteira e completa manifestação.

A percepção erronea dos nossos órgãos sensorios, suscepti-

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 360.º

(2) *Lagrèze*, obra citada, capítulo 19.º, § 6.º

veis de illusões, a infidelidade da memoria, o influxo ineluctavel e secreto da affeição e do odio, do interesse ou do temor, emfim todas as imperfeições da natureza humana podem reflectir-se nas palavras da testemunha e alterar a sinceridade do seu depoimento ⁽¹⁾.

350. E' impossivel estabelecer *a priori* regras e preceitos positivos para apreciar o testemunho.

Podem fazer-se simples indicações, mas os conselhos que devem dar-se ao juiz devem ser fundados no bom senso e na observação ⁽²⁾.

A lei não pôde nem deve regular a fórma e as solemnidades das provas, mas pôde tão só estabelecer principios geraes, que assignem a cada meio de prova o seu valor proprio, sem que todavia estes principios sejam obrigatorios, mas meramente indicadores e tendentes a esclarecer a marcha do juiz, que deve seguir livremente os impulsos da sua convicção ⁽³⁾.

351. Já ponderámos ⁽⁴⁾ que as provas no processo penal, qualquer que seja a sua natureza, são pura e simplesmente moraes. A prova *moral* é a livre impressão produzida na consciencia do juiz pela instrucção a que proceda, sem estar adstricto a regras fixas, subtile e complicadas, que desconheçam a moralidade das acções humanas. E' certo que os legistas do seculo xvi publicaram trabalhos reflectidos e luminosos sobre a apreciação da confissão, do testemunho e dos indícios, mas a theoria das *provas legaes* está hoje proscripta no processo penal, quer n'aquelle em que intervêm somente os juizes de direito, quer n'aquelles em que figuram tambem os juizes de facto.

Os juriconsultos podem elaborar scientificamente dogmas de consciencia juridica, mas o que não podem é agrilhoar a consciencia moral dos juizes. Qualquer regra prefixa em materia de prova no processo penal, por mais pautada e prudente que seja, só pôde servir para escravizar a convicção do juiz instructor. O seu alvo é a certeza *moral*, e não a certeza *legal* ⁽⁵⁾.

352. Ao juiz instructor compete determinar o grau de

força probatoria do testemunho, ou decidir entre dois testemunhos oppostos qual é o mais forte.

Se nos negocios quotidianos muito importa conhecer e apreciar o valor do testemunho, é da maior relevancia aqui-latal-o, estimal-o e apreciar a sua veracidade e exactidão no tocante a assumptos, que se relacionam com a liberdade e honra do cidadão.

353. Bentham ⁽¹⁾ observa que seria para desejar, que houvesse um padrão, uma craveira para aferir a medida média de probabilidade, que servisse de termo de comparação, e a qual o juiz se referisse para decidir, se o testemunho estava acima ou abaixo d'este termo. Reflectindo sobre este assumpto, o notavel juriconsulto inglez encontra esta medida de comparação em qualquer individuo da classe média, dotado de intelligencia ordinaria e de inconcussa probidade, que depouha como testemunha ácerca de um facto, não improvavel em si, fallando pertinentemente de todas as circumstancias e depondo pelo modo mais conveniente para assegurar a verdade. O testemunho prestado por esta fórma, se não é contrabalançado por outro testemunho contrario, encontra naturalmente o espirito do juiz disposto a credital-o. Tal é a medida nominal, o termo médio de comparação, que este escriptor encontra para estimar o valor da prova testemunhal.

354. A prova considera-se de força maior, quando attinge esta medida, de força superior, quando se eleva acima d'ella, e de força inferior, quando desce abaixo d'ella. Quanto maior for o grau de força das provas, feita a deducção de tudo o que é contrario, tanto mais certo será o seu effeito para operar a convicção do juiz e para legitimar a sua decisão.

A força média das provas é susceptivel de augmento ou diminuição, segundo a origem d'onde emana o testemunho. Assim o valor do testemunho sobe de ponto, attendendo á qualidade da pessoa que o presta, se ella pertence a uma classe superior e de tal condição, que faça presumir educação mais cuidada, maior responsabilidade, maior sensibilidade em pontos de honra. O numero das testemunhas augmenta egualmente a força da prova. Finalmente a força probatoria do testemunho é augmentada pela addição de provas *reaes* e *circumstanciaes* ⁽²⁾.

(1) *Lagrèze*, obra citada, capitulo 19.º, § 6.º; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 353.º

(2) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, capitulo 16.º; *Bonnier*, obra citada, n.º 345.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 343.º

(4) *Id.* n.º 325; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 343.º

(5) *Bonnier*, obra citada, n.º 241; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, §§ 343.º e 344.º; *Morin*, obra citada, vdo. *«Témoin»*; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2307.

(1) Obra citada, livro 1.º, capitulo 14.º

(2) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, capitulo 14.º

355. Ventilo-se entre os antigos tratadistas do processo penal, e ainda hoje tem livre curso, a questão do valor jurídico do depoimento de uma só testemunha.

O direito romano estabeleceu: «*Sancimus ut unius omnimodo testis responsio non audiat, etiamsi praelarae curiae honore fulgeat*» (Lei 9.ª, § 1.º, Cod. de testibus). «*Unius testimonio non esse credendum*» (Lei 20.ª, ff., de quest.). «*Testimonium unius non recipitur in criminibus*» (Cod. de testibus).

Ha poucos adágios tão vulgares, diz Lagrèze (*) como o de: «*Vox unius, vox nullius; testis unus, testis nullus*». Esta maxima, que Loysel (**) reproduz nas palavras: «*voix d'un, voix de nul*», e que deriva a sua origem do direito romano, pertencente ao baixo-imperio. O direito canonico foi procural-a ao Deuteronomio, onde se lê:

«*Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati el facinoris fuerit: sed in duorum aut trium testimonio stabit omne verbum*» (*).

«*In ore duorum aut trium testimonio peribit qui interfecerit*». «*Nemo occidatur unc dicente contra se testimonium*» (**).

S. Paulo disse: «*Accusationem noli recipere nisi sub duobus vel tribus testibus*» (*).

Apoiados n'estas maximas, derivadas do direito romano e da Biblia, os jurisconsultos sustentavam que as decisões judiciais deviam basear-se na concordancia e consequentemente na pluralidade dos depoimentos das testemunhas.

356. A maxima de bom senso de que o grau de credito e de confiança no testemunho humano não depende do numero, mas do caracter de sinceridade que revela, foi proclamada pelos jurisconsultos romanos, que não admittiam o systema das *provas legales*. Segundo elles, os depoimentos não devem contar-se, mas pesar-se: *Non numerandi, sed ponderandi* (*).

357. O numero das testemunhas foi unicamente conside-

rado pelos jurisconsultos romanos como um dos elementos de apreciação:

«*Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit*» (Lei 21.ª, § 3.º, ff., de testibus).

«*Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei de qua queritur, fidem*» (Lei 3.ª, § 3.º, ff., de testibus).

358. Um testemunho, embora isolado, pôde apresentar um caracter saliente de verdade, do qual aliás podem carecer testemunhos numerosos, mas suspeitos. E' certo que a verdade de um unico testemunho não pôde ser contrastada, e desde o momento em que se levanta uma sombra de suspeita contra elle, justo é repellil-o. Mas, se a testemunha se apresenta a depôr por um modo simples, claro, formal, em ordem a excluir a possibilidade de um erro voluntario, se o seu depoimento tem o cunho de toda a sinceridade (*), o juiz não pôde deixar de prestar a esse depoimento singular o grau de credibilidade e de confiança, que as qualidades e antecedentes da testemunha devem inspirar (*).

359. Se o fim da justiça social é a investigação da verdade, se a missão do juiz é a aquisição da certeza moral de que certo e determinado individuo é o agente responsavel pelo facto imputado, de razão é que elle não subordine a sua convicção ao numero prefixo de duas testemunhas. A essencia da prova moral consiste em não oppôr obices á independencia da consciencia do juiz.

Como todas as provas, a prova testemunhal é susceptivel de todos os graus de credito no-espirito do juiz, e a impressão do depoimento depende em grande parte da força de persuasão, que a testemunha exprime, e que é mui variavel, segundo a natureza do facto, o estado de suas faculdades, a distancia dos acontecimentos e um grande numero de outras circunstancias (*).

360. Segundo a conceituosa phrase de Bentham, «as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça». De feito, é por meio d'ellas que o juiz vê e ouve os factos que aprecia.

(1) Obra citada, capitulo 21.º, § 6.º

(2) Inst. contum., lit. des preces, § 10.º

(3) Capitulo 19.º, vers. 15.º

(4) Capitulo 17.º, vers. 6.º e 7.º

(5) 2 ad Timotheum, capitulo 5.º, vers. 10.º

(6) Bonnier, obra citada, n.º 242; Morin, obra citada, vbo. «*Témoin*»; Lagrèze, obra citada, capitulo 19.º, § 6.º; Krug Basse, obra citada, capitulo 5.º

(1) *Respecti oportet ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia quibus lux veritatis adsistit* (Lei 21.ª, § 3.º, ff., de testibus).

(2) Faustin Hélie, obra citada, tomo 5.º, § 358; Lagrèze, obra citada, capitulo 21.º, § 6.º; Bonnier, obra citada, n.º 241.

(3) Bentham, obra citada, livro 1.º, capitulo 19.º

Os interrogatorios como que prolongam a potencia dos seus sentidos, extendendo-a aos logares e tempo, em que os factos occorreram, tomando-se em certa maneira testemunha d'elles. Mas o que elle vê e crê vê não é sempre o que é, porque o testemunho está sujeito ás imperfeições e fragilidades da natureza humana (1).

São diversas as causas determinantes do erro: umas *physicas*, outras *moraes*. De umas e outras trataremos adiante.

341. O juiz instructor ha mister de assegurar-se que tal facto existiu em tal logar e em tal tempo. Mas não basta que conheça e verifique o facto *physico*, que se manifesta aos órgãos sensorios; mister é que conheça e aprecie o facto *psychologico*, occulto no interior do homem, e que só pôde ser conhecido por actos externos, por factos materiaes. O juiz tem, pois, de conhecer e apreciar os factos *criminaes* ou *inculpativos*, e os factos *justificativos* ou *desculpativos*. Analysar os motivos de um testemunho, diz Bentham (2), discernir os diversos graus de intenção, discriminar as causas que influem sobre a sensibilidade, pesar um testemunho contra outro, um testemunho particular contra uma probabilidade geral, são operações que presuppõem um grande estudo do coração humano.

342. Antes de confiar plenamente nas palavras da testemunha, impende ao juiz instructor o dever de attender ás suas condições physicas e moraes, isto é, á sua intelligencia, moralidade, conducta, reputação e probidade.

O exame e apreciação do valor do testemunho depende essencialmente de duas causas psychologicas:

1.º Estado das faculdades das testemunhas, isto é, do seu entendimento e vontade;

2.º Disposição moral do seu espirito.

343. Em relação ás faculdades, Bentham (3) resume estas causas em: percepção, juizo, memoria, imaginação e expressão.

Suppondo que a testemunha se acha na disposição moral mais favoravel para dizer a verdade, o merito do seu depoimento dependerá do estado de suas faculdades intellectuaes. Qualquer imperfeição em uma ou outra faculdade importa uma imperfeição correspondente no testemunho. O magistrado

deverá, pois, attender não só ao estado das faculdades intellectuaes da testemunha, senão tambem ao das suas faculdades physiologicas.

1.º *Percepção*. — A experiencia confirma a cada passo quam fallaz é o testemunho dos nossos órgãos sensorios. A visão pôde ser imperfeita e sujeita a causas de erro, que lhe são peculiares e que é mister conhecer. Para que a asserção da testemunha seja acreditada, é necessario que tenha visto claramente o objecto sobre que depõe. Pôde succeder que dez pessoas presenciem uma desordem e a não refram do mesmo modo. Esta divergencia pôde provir da conformação particular de certos individuos, pois que alguns ha que não distinguem certas côres, e em outros varia singularmente a faculdade de reconhecer as feições do rosto, e pôde tambem resultar da posição em que se achavam, e que não permitiu que todos pudessem vêr distinctamente o que se passou.

O mesmo phenomeno pôde verificar-se a respeito da audição, pois que a testemunha pôde ter algum defeito physico que obste a que ouça bem, e podem occorrer circunstancias que dêem ao enganoso, taes como se as palavras que ella refere foram proferidas em uma lingua que lhe é, ou não, familiar, se não prestou inteira attenção aos factos que barra, ou se apenas ouviu fugitivamente palavras indistinctas e interrompidas (1).

2.º *Juizo*. — Depois da percepção da testemunha, deve attender-se ao juizo que ella fórma do facto sobre que depõe.

Seria para desejar que a testemunha pudesse circumscrever o seu depoimento á narração pura e simples do que affectou os seus sentidos. Ha, porém, uma ligação tão intima entre a impressão produzida no órgão sensorio e o acto do juizo que d'ahi resulta, é tão prodigiosa a rapidez na successão d'este áquella, que, a menos que não se empregue uma attenção analytica, a distincção entre o sentir e julgar passa desapercibida.

O juizo pôde ser viciado por *precipitação*, por *ignorancia*, ou por *falsas opiniões*. Os erros resultantes da *precipitação* são conhecidos de todos. Os provenientes da *ignorancia* são os mais faciles de discernir. Facilmente se conhece, pela condição da pessoa, pela sua idade e pelo estado do seu espiri-

(1) Vid. n.º 71.

(2) Obra citada, livro 1.º, capitulo 8.º

(3) Obra citada, livro 1.º, capitulo 9.º

(1) Bentham, obra citada, livro 1.º, capitulo 9.º; *Fassett's Evidence*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º; *Lugrés*, obra citada, capitulo 21.º, § 6.º

to, se o objecto sobre que depõe está acima da esphera dos seus conhecimentos. Os erros que resultam de *opiniões falsas* são os mais geraes (1).

3.º *Memoria*. — Uma das causas de inexactidão no testemunho é a decadência da memoria. Segundo *Bentham* (2), a falta de memoria pôde provir da fraqueza dos actos de percepção, ou do lapso de tempo. A exactidão da concepção com referencia a um facto não admite graus, mas não acontece outro tanto em relação à reminiscencia quanto a factos occorridos em tempo remoto. A vivacidade da concepção está na razão directa da importancia dos factos. Os factos de certa relevancia deixam vestígios perduraveis na nossa memoria, enquanto os de menor momento passam n'ella como sombras fugitivas. Ha factos cuja importancia absoluta ou relativa é de tal arte, que, a menos que não se verifique uma decadencia quasi total das faculdades, por virtude da idade ou de doenças, não é crível que possam obliterar-se da memoria em tempo algum.

Compre ter em consideração, que, além da falta de reminiscencia, podem dar-se as falsas recordações, isto é, a falta de lembrança, sem que a testemunha tenha a consciencia do seu erro.

Bentham (3) indica duas causas, que podem refrescar a memoria da testemunha, no caso de falsidade *obliterativa* ou *fabricativa* de alguma circumstancia das pretendidas recordações d'ella:

1.º O recurso ás relações intermedias, quando se trata de acontecimentos que muitas vezes foram narrados, sobreindo se o foram por escripto;

2.º A occorrença de novos incidentes, os quaes, ligados com o facto de que se trata, o recordam por virtude de associação de idéas.

4.º *Imaginação*. — Se a imaginação é um dom precioso do espirito, para a testemunha pôde ser a origem de um grande perigo.

A imaginação dá aos factos uma physionomia diversa, engrandece-os, transforma-os, e é tal o seu influxo, que o homem chega a crer na obra chimerica do seu pensamento,

acabando por não saber discriminar o que é verdadeiro no que viu e o que é imaginario. Ordinariamente a imaginação representa factos que nunca existiram e combina imagens e acontecimentos armazenados na memoria, reunindo-os a seu talante. Outras vezes, porém, toma como realidades as proprias invenções.

Ao juiz instructor impende o dever de precaver-se contra a tendencia que muitas testemunhas das classes menos illustradas tem para os successos maravilhosos, devendo fazer passar pelo crisol de uma critica desprevenida as narrativas menos verosímeis das testemunhas (4).

5.º *Expressão*. — A expressão é a faculdade de representar pelo discurso o que se passa no espirito.

A impropriedade da *expressão* é uma das causas, que mais poderosamente pôde concorrer para a inexactidão do testemunho.

364. A persuasão é susceptível de differentes graus de força ou intensidade, e a persuasão do juiz está em relação com a da testemunha. Muito conviria encontrar o modo ou forma de exprimir com exactidão os diversos graus de persuasão que a testemunha experimenta. As gradações d'esta persuasão são expressadas por estas locuções: «sei; creio; inclino-me a crer; penso; presumo; parece-me»; mas estas palavras estão longe de exprimir todas as variantes intermedias desde a simples probabilidade até á certeza moral.

E' por extremo difficil apreciar os diversos graus de persuasão da testemunha, porque a linguagem não é assás precisa para dar a medida exacta da convicção, e além d'isto as variantes reveladas nas expressões quasi identicas das testemunhas não são comprehendidas senão por um pequeno numero d'estas (5).

365. O testemunho sómente pôde fazer fé, quando apoiado na observação da propria pessoa d'onde emana. A este proposito *Jousse* pondera: «E' condição essencial que a testemunha deponha ácerca do que se passou na sua presença, isto é, que relate o facto como tendo-o visto, ou como tendo-o ouvido com os seus proprios ouvidos, se se tratar de

(1) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, capítulo 9.º

(2) Obra citada, livro 1.º, capítulo 9.º

(3) Obra citada, livro 1.º, capítulo 9.º

(4) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, capítulo 9.º; *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º

(5) *Bentham*, obra citada, livro 1.º, capítulo 17.º; *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º; *Cubani*, obra citada, n.º 522.

coisas sujeitas à audição. De feito a certeza necessaria para formar um testemunho não pôde ser produzida senão pela vista ou pelo ouvido, pois que sómente estes dois sentidos são susceptíveis de receber as imagens das acções e das palavras dos homens, taes quaes é mister para produzir no espirito um perfeito conhecimento» (1).

366. O juiz instructor deve procurar discernir o modo como o facto chegou ao conhecimento da testemunha e o grau de certeza que ella exprime na sua affirmativa. A testemunha deve dar conta à justiça do que sabe e do modo como o sabe (2): «*Testis debet reddere rationem dicti sui per sensum corporalem, puta visum vel auditum*» (3).

367. Não basta que a testemunha affirme ter visto ou ouvido o que narra, se, pela distancia em que se encontrava, pôde vir em duvida que pudesse ver ou ouvir. É mister, n'este caso, verificar as circumstancias que poderiam oppôr-se a que a percepção da testemunha fosse exacta e completa.

As testemunhas que viram ou ouviram os factos que relatam não tem todas os mesmos graus de certeza. umas affirmam que viram, outras que creem ter visto, e outras que lhe parece que viram. Estas diversas maneiras de exprimir revelam diferentes graus de convicção.

Ao juiz instructor impende o dever de destrinçar as causas d'estas affirmações, hesitações e vacillações, indagando se o depoimento é simultaneamente o resultado da percepção dos sentidos e do raciocínio da testemunha (4).

368. A prova enfraquece à medida que se afasta da sua origem. Um dos adágios de *Loysel* (5) era: «*Un seul œil a plus de credit que deux oreilles n'ont d'audire*» (6).

Não merecem fé as testemunhas de ouvida alheia (7). As testemunhas que se limitam a referir o que ouviram não fazem prova: «*Testis de auditu alieno non probant. Ratio hujus regula quia testis debet deponere de eo quod novit et*

præsens fuit. et sic per proprium sensum, non autem per sensum alterius» (8).

Esta regra milita ainda no caso em que a testemunha affirmar, que ouviu o facto da bocca d'aquelle que o presenciou. A experiencia mostra de feito, que os factos se alteram e desfiguram, quando são referidos por muitas pessoas, que os relatam consoante a narrativa que ouviram (9).

O testemunho de ouvida é muito inferior ao testemunho directo. Assim, se *A* declara que *B* lhe narrou tal facto, o depoimento de *A* prova sómente que *B* lhe referiu o facto, mas não prova que *B* disse a verdade.

369. O juiz instructor deve attender a diferentes causas, que podem influir na prestação do depoimento da testemunha, sem animo deliberado de faltar à verdade.

A testemunha pôde prestar declarações falsas por omissão, sem intenção maliciosa, as quaes tão só podem e devem imputar-se à temeridade d'ella, e que poderia ter evitado, se prestasse ao seu depoimento o grau de attenção a que é obrigada. Este depoimento pôde qualificar-se como imprudente e temerario (10).

370. Do mesmo modo deverá ter-se em consideração, que o depoimento pôde ser defeituoso por *confusão*, que é a carencia da nitidez, e que pôde ser o resultado da incapacidade, ignorancia da linguagem e da precipitação, mas que também pôde ser um recurso de má fé (11).

371. Em conclusão: a predisposição natural do nosso espirito é para crer no testemunho humano, mas a persuasão concernente à verdade d'este tem limites variaveis. Assim, embora não seja mister uma razão especial para crer, porque o testemunho inspira naturalmente confiança ao juiz, não succede outro tanto para este não crer n'esse testemunho, sendo portanto preciso adduzir-se uma razão justificativa e determinante para repellir a credibilidade no depoimento da testemunha (12).

372. As causas de suspeição das testemunhas no processo preparatorio são as indicadas em os n.ºs 96 a 109.

(1) *Farinactus*, questio 69.º, n.º 2; *Bonnier*, obra citada, n.º 138; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º § 359.º.

(2) *Bonham*, obra citada, livro 1.º, capítulo 17.º; livro 6.º, capítulos 4.º e 5.º; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º; *Cubain*, obra citada, n.º 534.

(3) *Bonham*, obra citada, livro 2.º, capítulo 1.º.

(4) *Bonham*, obra citada, livro 2.º, capítulos 1.º e 3.º.

(5) *Bonham*, obra citada, livro 1.º, capítulos 7.º e 8.º.

(1) Tomo 1.º, paginas 715.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º.—Vid. Nov. Ref. Jud., art. 947.º, acc. do Sup. Trib. de Just. de 10 de março de 1867 (D. do G. n.º 89) e 1 de abril de 1862 (D. do G. n.º 81).

(3) *Glossa ad leg. 18.ª, Cod. de testibus*.

(4) *Bonham*, obra citada, livro 1.º, capítulo 9.º; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 359.º.

(5) *Incl. contum.*, tit. «des preuves», § 3.º.

(6) *Bonnier*, obra citada, n.º 193.

(7) *Pereira e Sousa*, Primeiras linhas sobre o processo criminal, § 189.º.

TITULO V

Da prova circumstancial ou conjectural
no processo preparatorio

CAPITULO I

Considerações geraes

373. A prova *circumstancial* ou *conjectural* é de extrema importancia no processo preparatorio. A minuciosa investigação e exacta apreciação dos indícios são do maior momento n'esta phase do processo.

Nem sempre se depara ao juiz instructor o testemunho *directo*, que remove toda a duvida ácerca do agente ou agentes responsaveis pelo facto criminoso de que se trata. Mister é, não raro, recorrer ao exame e verificação de factos e circumstancias que, pela sua correlação e cohesão conduzem, por meio de induções, ao descobrimento do delinquente ⁽¹⁾.

374. Succede muitas vezes, em circumstancias graves, não podermos basear-nos na evidencia, na percepção immediata, e sermos forçados a concluir do conhecido para o desconhecido. Quando os factos desconhecidos se acham comprehendidos nos factos conhecidos, dos quaes a nossa intelligencia consegue extrahil-os, o nosso espirito procede por meio de *deducção*. Se, porém, os factos conhecidos tornam sómente prováveis os factos desconhecidos, a operação por meio da qual partimos dos primeiros para remontar aos segundos, denomina-se *inducção* ⁽²⁾.

375. A *inducção*, que é uma das bases mais importantes dos conhecimentos, tanto scientificos, como historicos, está intimamente ligada á persuasão da constancia das leis da ordem physica e da ordem moral. Aos olhos do juriconsulto a constancia d'estas ultimas leis é considerada como evidente, e a prova mais frequentemente empregada no processo penal tem por base esta especie de *inducção*, que assenta na mais importante das leis da ordem moral, — a fé no testemunho humano, — prova que todavia está longe de ser infallivel, mas que é indispensavel ⁽³⁾.

(1) Vid. n.ºs 233 a 259; *Bonnier*, obra citada, n.º 717.

(2) *Bonnier*, obra citada, n.ºs 9, 11, 23 e 29.

(3) *Bonnier*, obra citada, n.º 27.

Os acontecimentos ligam-se entre si por meio de relações de causalidade, que o homem chega a conhecer por experiencia. Desde que elle vê constantemente a mesma causa produzir os mesmos effeitos, julga que deve concluir, em circumstancias analogas, da existencia do effeito para a existencia da causa, posto que não haja prova *directa* d'esta ⁽¹⁾.

376. A *inducção* que resulta das leis da ordem moral pôde referir-se a factos e ao testemunho do homem. Na ordem moral, como na ordem physica, ha factos que tornam mais ou menos provavel a existencia d'aquelles, que a justiça se propõe verificar ⁽²⁾.

377. Entre os factos *criminosos* comprehendem-se:

1.º A fuga do arguido;

2.º A mudança completa de habitos;

3.º A clandestinidade para occultar o facto principal, escolhendo a noite para um acto que naturalmente devia ser praticado de dia;

4.º A clandestinidade para occultar a participação do arguido no facto criminoso;

5.º A clandestinidade por meio de adopção de medidas tendentes a afastar do logar da scena, onde deve passar-se o acto criminoso, tal ou tal individuo, ou para enganar uma pessoa que tivesse sido testemunha do crime;

6.º A clandestinidade por meio de afastamento, destruição ou anniquilamento das provas *reaes criminosas*, o que pôde verificar-se de muitas maneiras: já obliterando a forma externa, já alterando a apparencia dos objectos, já fazendo desaparecer as armas e instrumentos que serviram para a perpetração do crime, as nodos e manchas de sangue dos moveis e vestidos;

7.º A clandestinidade por meio de providencias para subtrahir ou occultar documentos ou escriptos que possam servir de prova ⁽³⁾.

CAPITULO II

Da apreciação da prova circumstancial ou conjectural
no processo preparatorio

378. Os indícios são «testemunhos mudos», mas por ve-

(1) *Belime*, obra citada, tomo 2.º, livro 6.º, capitulo 12.º, *Lagrèze*, obra citada, capitulo 22.º, § 9.º.

(2) *Bonnier*, obra citada, n.º 28.

(3) *Bentham*, obra citada, livro 4.º, capitulo 11.º.

zes de uma eloquência assás persuasiva, e tem a dupla vantagem de ser incorruptíveis e estar ao abrigo da suspeita de mentira (1).

Tendo dado noticia da natureza e classificação dos indícios (2), julgamos a propósito consignar aqui algumas indicações e regras para uso do juiz instructor.

379. Ha casos em que a probabilidade do facto *principal*, o delicto, não pôde verificar-se senão por intermedio de muitos factos, cujo conjuncto constitue uma cadeia testemunhal. Esta expressão metaphorica leva-nos a considerar os factos, emquanto dependentes uns dos outros, como anneis, que devem todos unir-se para que a cadeia subsista. Desde que falta um só anel, a cadeia quebra-se e deixa de existir. N'esta especie de cadeia psychologica succede o mesmo que n'uma cadeia physica, tornando-se tanto mais fraca, quanto maior for o numero de anneis que a constituem (3).

380. Já ponderámos que, baseando-se a prova *directa* ou *circumstancial* sobre um facto accessorio, que se liga a um facto principal, este deve ser provado directamente. E' de indeclinavel necessidade estabelecer a prova *directa* do facto *principal*, que serve de centro aos factos circumstanciaes. Sem esta prova os factos accessorios não teem valor algum (4).

381. Sendo a prova *circumstancial* um facto destinado a servir de base a uma indicação, deve ser provado tão completa e regularmente como se fosse o objecto da investigação. Assim no exemplo, mais uma vez repetido, de *Pedro* ser accusado de ter assassinado *Paulo*, por ter sido visto ao romper da aurora, a cinco kilometros de distancia do lugar em que jazia o cadaver, caminhando com ar desvairado, e apresentando nodos de sangue no vestuario, por ter tomado a posta, por ter percorrido muitos kilometros sem descansar, e por ter mudado de vestuario em certa e determinada cidade ou villa, cada um d'estes factos pôde separadamente constituir uma prova *circumstancial*. Considerados nas suas relações, estes factos formam uma concatenação de provas ten-

dentas a legitimar a indução de que *Pedro* é o assassino, posto, que ninguém visse que elle matou *Paulo*. Proviendo, pois, a força das provas *indirectas* do vinculo que une cada facto ao facto seguinte, na ordem das induções, é evidente que, se faltar este vinculo, as induções são illegitimas e não teem razão de ser (5).

382. E' impossivel prescrever *à priori*, regras fixas para assegurar uma justa decisão. A natureza das cousas repelle absolutamente semelhante intento, e o mais que os tratadistas do processo penal podem fazer é offerecer á prudencia e criterio do juiz instructor algumas indicações ou principios, que lhe sirvam como de bussola para o guiar na apreciação da prova *circumstancial*, que por alguns tratadistas é appellada prova *artificial* (6).

383. O juiz deve partir de um ponto fixo: a presumpção da innocencia. E' esta por sem duvida uma das mais bellas maximas, que constituem o apanagio da humanidade. Este principio escuda-se nas quatro sanções tutelares, descriptas por *Bentham*: «sanção natural, que inspira instinctiva repugnancia e horror ao crime; sanção politica, que contém o homem pelo temor da pena; sanção da opinião publica, que o faz recear incorrer na animadversão e desprezo da sociedade; e sanção religiosa, que o intimida pelo receio das penas em que incorre, ainda que escape á justiça humana.»

E' tal o effeito d'estas sanções que, avaliando os motivos que impelliram o homem ao crime, o menos mau d'estes é sempre o mais provavel. Dominado por este generoso principio, *Bentham* chega a dizer que o proprio *Averno* não constitua uma excepção a todas as regras da humanidade, mostrando-se mais inclinado a attribuir o incendio de Roma ao desejo de ser este imperador o segundo fundador d'esta cidade, do que ao prazer de gosar do horrivel espectaculo dos soffrimentos e do desespero do povo romano. Portanto, quanto mais grave for o delicto, mais improvavel se torna e mais preciso é, que a prova seja forte para attestar a responsabilidade criminal do agente a quem é imputado (7).

384. Proseguindo na sua ardua e espinhosa missão de descobrir o crime e os seus agentes responsaveis, o juiz ins-

(1) *Bonnier*, obra citada, n.º 16; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 22.º.

S 6.º

(2) Vid. n.ºs 241 a 250.

(3) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capitulo 10.º; *Cubain*, obra citada, n.ºs 411 a 416.

(4) Vid. n.ºs 224 e 240.

(1) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capitulo 17.º, nota a paginas 366; *Cubain*, obra citada, n.º 412. — Vid. n.º 240.

(2) *Lagrèze*, obra citada, capitulo 22.º, § 6.º

(3) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capitulo 15.º

tractor deve proceder com a maxima serenidade e impassibilidade ao exame e verificação de todos os factos e circumstancias, tirando de uns e outras sem prevenção as induções e inferencias, que naturalmente decorrem, quer dos factos materiaes, quer do testemunho do homem.

355. O juiz deverá investigar, se existe alguma causa ou motivo especial determinativo do crime, se ha algum interesse de ordem superior ou alguma facilidade especial, que impelisse o arguido á perpetração do facto imputado, tendo em consideração o caracter, reputação e situação d'elle para justificar o maior grau de suspeita, que de preferencia recae sobre elle (*).

356. Bentham (*) formula as seguintes instrucções praticas de natureza meramente monitoria para uso do juiz instructor:

1.º Não rejeitar qualquer prova *circumstantial*, embora se lhe afigure fraca, ou não concludente;

2.º Não julgar antecipadamente que o conjunto das provas *circumstantiaes* é insufficiente, em virtude da insufficiencia separada das suas partes elementares;

3.º Não ter como insufficientes as provas *circumstantiaes*, pela simples ausencia de provas *directas*, quando não seja possível obter estas;

4.º Não considerar insufficientes as provas *directas*, somente pela carencia das *circumstantiaes*;

5.º Não julgar, ainda mesmo provisoriamente, como tendo uma força concludente, tal artigo de provas *circumstantiaes*, ou tal complexo d'estas provas;

6.º Não julgar concludentes estas provas a ponto de excluir as provas contrarias;

7.º Não se contentar com provas *circumstantiaes*, sempre que se puder obter da mesma origem um testemunho *directo* e especial;

8.º Quaesquer que sejam as provas, e em particular as provas *circumstantiaes*, proceder ao interrogatorio do arguido afim de tornar a prova mais completa ou mais correcta;

9.º Não rejeitar as provas *circumstantiaes* como superfluas, em virtude das provas *directas*.

357. A lei do processo não estabelece, nem pôde estabe-

lecer, regras precisas e fixas acerca do numero e qualidade dos factos e circumstancias necessarias para constituir a prova indiciaria. Podendo uns e outras variar até o infinito, não é possível estabelecer preceitos certos para eperar a convicção moral do juiz. A força dos indícios moraes, como a dos indícios physicos, é essencialmente variavel, consoante as circumstancias, e portanto a lei não pôde deixar de confiar este assumpto ao prudente arbitrio do juiz instructor (*).

358. A lei romana dizia: «*Nec de suspicionibus debere aliquem damnari dicitur Trajanus rescriptit*» (*).

Outra lei dizia: «*Indiciis ad probationem indubitalis et luce clarioribus*» (*).

Os juriconsultos romanos abstinham-se de prescrever regras tendentes a encadear a consciencia dos juizes, porque entendiam que a sua convicção legal não podia resultar senão da sua convicção moral, contentando-se em dar-lhes conselhos que os guiassem na sua espinhosa missão. Os escriptos de Cicero e de Quinctiliano mostram, que em Roma os indícios representavam um papel importante nas accusações criminaes, e que a discussão d'elles se prestava aos mais impressionantes raplos oratorios (*).

359. Ao juiz instructor impende o dever de attender:

1.º Ao motivo *externo*, isto é, ao objecto pelo qual o desejo é excitado;

2.º Ao meio e á oportunidade de commetter o delicto, isto é, ao concurso de circumstancias favoraveis n'um momento dado para a sua execução;

3.º A disposição do agente, a qual é a resultante dos motivos que n'elle actuam para commetter o crime;

4.º A reputação, antecedentes e fama do arguido.

360. Os antecedentes e má reputação de um individuo podem conduzir a conjecturas e suspeitas, mas este facto unico e isolado de qualquer circumstancia, que tenha relação com o delicto, não constitue de per si um elemento indicativo, um indicio de culpabilidade. O mais que pôde revelar é que

(1) Bonnier, obra citada, n.º 18.º. Faustin Hélie, obra citada, tomo 6.º, § 409.º. Mayari de Voglians, obra citada, tomo 2.º, paginas 298.

(2) L. 5.º, Cod., de penis.

(3) L. ult., Cod., de probationibus.

(4) Bonnier, obra citada, n.º 718.

(1) Bentham, obra citada, livro 5.º, capitulo 15.º

(2) Obra citada, livro 5.º, capitulo 16.º

elle é capaz de commetter um delicto, mas não que o commettesse (1).

391. Quanto á fama publica, a lei romana dizia: «*Non vana voces populi sunt audiendæ*» (2).

Os nossos praxistas (3) também opinavam, que a mera e simples voz publica era insufficiente para a pronuncia. Em regra, devem ser recebidas com toda a reserva as declarações, que são a mera e simples reprodução do que toda a gente diz e cuja origem não pôde ser indicada. Nada mais falaz do que o echo dos rumores publicos, que longe de se irem enfraquecendo, engrossam a cada repercussão que o propaga (4).

Julio Claro (5) disse, que as testemunhas, que depõem sobre a fama do arguido devem declarar, que elle gosa d'ella, por o terem ouvido á maior parte do povo e indicar as pessoas a quem o ouviram (6).

392. Afigura-se-nos que a simples fama ou rumor vago, que attribue a um individuo a participação em um delicto, não

(1) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capítulo 14.º, *Bonnier*, obra citada, n.º 38; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 379.º

(2) *L. 12.ª Cod., de poen.*

(3) *Mello Freire*, *Institutiones Juris Criminalis*, título 4.º, § 4.º; *Fernandes Thomas*, *Repertorio das Leis Extravagantes*, vbo. «pronuncia»; *Pereira e Sousa*, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, § 58.º, nota 140.ª; *Jornal de Jurisprudencia*, tomo 4.º, paginas 214.

(4) *Cubain*, obra citada, n.º 594.

(5) *Sententiarum Liber V.* questão 6.ª e 7.ª.

(6) A Jurisprudencia estabelecida pelos tribunaes superiores é a seguinte: 1.ª Se nada, de facto positivo, consta do corpo de delicto, não se pôde supprir pelo summario, nos termos do artigo 708.º, § unico, da *Lei. jud.*, por isso que nem a suspeita, nem o murmuro, podem tomar o lugar de crime, ou de prova de crime para base de processo de accusação, sem grave comprometimento da segurança dos cidadãos e da recta administração da justiça.—*Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de dez. de 1855 (D. G. n.º 25, de 1856).*

2.ª A fama publica não é sufficiente para a pronuncia. (*Acc. da Rel. do Porto de 17 de março de 1868 e 22 de julho de 1872; — Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 2.º, paginas 936;—*Revista citada*, tomo 6.º, paginas 350).

3.ª A queixa immediata do offendido e a voz publica, que não tiver outra origem diversa d'aquella queixa, não são indícios bastantes para fundamento da pronuncia. (*Acc. da Rel. do Porto de 18 de junho de 1872 — Direito*, tomo 10.º, paginas 552).

4.ª A fama publica, os maus precedentes do querelado, o ter sido visto com um sacco cheio ás costas e a circumstancia de procurar occullar-se a uma testemunha, são indícios bastantes para ser pronunciado por crime de furto. (*Acc. da Rel. do Porto de 10 d'outubro de 1883).*

5.ª As testemunhas que se referem a uma voz vaga e de ouvida nada provam. (*Acc. do Supr. Trib. de Just. de 20 de março de 1877—D. do 6.º, n.º 189).*

pôde constituir de per si indício sufficiente para pronuncia obrigatoria. Quando, porém, este indício esteja de accordo com os maus precedentes, com os antecedentes judiciais do presumido delinquente, com o desaparecimento d'este, ou com algum outro indício connexo e concordante com o crime, parece-nos que o juiz deve indiciar o individuo indigitado como responsavel pelo crime que lhe é imputado, porque, sendo a pronuncia uma simples e mera suspeita juridica de responsabilidade criminal (1), pôde o presumido delinquente no plenário da causa, em debate controvertido, demonstrar a sua innocencia, ou patentear-se a sua responsabilidade criminal no facto que lhe é attribuido.

393. Incumbe ao juiz instructor investigar se aos factos ou circumstancias criminaes se contrapõem outros factos ou circumstancias infirmativas

Assim, a ameaça de praticar um acto criminoso exprime a intenção de o commetter. O que ha de característico na ameaça é que o seu auctor não só declara a intenção de commetter o crime, senão que exprime o designio formal de que ella chegue ao conhecimento de certo individuo, no intuito de lhe causar um alarme proporcional ao perigo.

A ameaça tem muitas vezes por fim, não o crime, mas unicamente a apprehensão que d'ella resulta, sem que o seu auctor tenha outra intenção senão o alarme que ella excita. O arguido pôde dizer, que a ameaça é a prova cabal de que não tinha o projecto de a pôr por obra, e que, se tivesse o intuito de praticar o facto criminoso que ella revela, por certo não teria feito este aviso.

Bentham (2) observa que a ameaça, por si mesma, tende a provar duas circumstancias criminaes: — 1.ª, a existencia de motivos correspondentes; 2.ª, a existencia de disposições correspondentes. O que tudo, no sentido d'este notavel juriconsulto, é origem permanente da especie de delicto, que corresponde a estes motivos e a estas disposições.

O juiz deverá, pois, indagar se a ameaça se relaciona mais ou menos proximalmente com o facto criminoso.

394. Ha também outros indícios, deduzidos do comportamento activo do presumido delinquente, a que o juiz deve attender. Taes são: a expatriação, a fuga e a transferencia

(1) *Pereira e Sousa*, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, § 58.º

(2) *Obra citada*, livro 5.º, capítulo 7.º.

clandestina de valores para outro individuo ou para outro logar.

Estes factos são geralmente considerados como *criminosos*, porque são indicativos de receio da parte do seu auctor ⁽¹⁾. Entrelanto incumbe ao juiz examinar se estes factos teem uma relação de causalidade com o facto criminoso imputado ao arguido, ou se pôde dar-se uma explicação satisfactoria e justificativa de que não teem conexão alguma com elle.

TITULO VI

Da prova litteral ou documental no processo preparatorio

CAPITULO I

Considerações geraes

395. A prova escripta é uma asserção exprimida pelos caracteres visiveis e permanentes da linguagem. Esta prova não é senão a prova oral exposta por outra fórma e dirigida a outro sentido. A arte de escrever, na phrase de *Bentham* ⁽²⁾, equivale á arte de pintar a palavra e de fallar aos olhos.

396. Comparando o testemunho escripto com o testemunho oral, facilmente se conhece a superioridade d'este em geral. O interrogatorio das testemunhas por maneira habil, discreta e subita, e nunca por modo capcioso e suggestivo, o confronto das testemunhas entre si, feita por um juiz douto e experimentado, podem attingir o descobrimento da verdade. Se se interrogar uma testemunha, que não possa ouvir as perguntas que se lhe dirigem, que não possa dar nenhum esclarecimento posterior á sua primeira declaração, que tenha o rosto velado, de maneira que não possa avaliar-se o seu pensamento por nenhum signal externo, o depoimento d'essa testemunha, cega e surda, terá precisamente o mesmo valor que o da prova escripta. Esta prova pôde dizer-se inanimada e fria ⁽³⁾.

(1) *Bentham*, obra citada, livro 5.º, capitulo 13.º.

(2) Obra citada, livro 6.º, capitulo 3.º

(3) *Bentham*, obra citada, livro 6.º, capitulo 3.º

397. Já expozemos as controversias suscitadas a proposito do valor e importancia da prova *litteral*, que alguns legistas denominaram *probatio probata*.

Por direito romano a prova por testemunhas era assimelhada á prova por documentos: «*eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quàm depositiones testium*» ⁽¹⁾; e a lei, depois de ter estatuido que os accusadores baseassem a sua accusação em depoimentos de testemunhas idoneas, accrescenta, ou em documentos evidentes: «*vel instructa apertissimis documentis*». ⁽²⁾

O artigo 5.º do título 25.º da Ordenança Franceza de 1570 determinava, que os processos criminaes poderiam ser instruidos e julgados, ainda que não tivesse havido informação, se houvesse prova sufficiente pelos interrogatorios e por peças *authenticas ou reconhecidas pelo accusado*. Convém todavia notar, que o emprego d'esta prova era restricto aos casos em que o delicto se continha no proprio escripto, como em materia de libello diffamatorio ou de contracto usurario, ou em que o delicto era de tal natureza que padessa ser provado por este meio, como em materia de falsidade, de perjurio e heresia.

Na primeira hypothese, o exame da peça era sufficiente para fundamentar uma condemnação; na segunda, o escripto não constituia prova plena e sufficiente para tanto. ⁽³⁾

398. Posto que a nossa lei do processo criminal se occupe desenvolvidamente da prova *testemunhal*, não exclue a prova *litteral*. no processo preparatorio, como se estatue nos artigos 337.º, 914.º, 916.º e 948.º da Novissima Reforma Judiciaria.

399. A nossa lei do processo admite no juizo criminal, e manda acreditar, até prova plena em contrario:

1.º Os exames e autos de noticia ou averiguação feitos com as solemnidades legais pelas autoridades administrativas acerca da transgressão do regulamento de 21 de outubro de 1863 sobre policia dos estabelecimentos insalubres, incommodos ou perigosos (Decreto de 21 de outubro de 1863, artigo 40.º);

2.º Os autos lavrados pelos agentes da administração publica ou municipal com respeito ás infracções dos regulamen-

(1) L. 15.ª, *Cod. de fide instrumentorum*.—Vid. n.º 75 e 76.

(2) *Favre et Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 361.º

(3) *Muyart de Vouglans*, obra citada, tomo 2.º, paginas 330.

tos policiaes sobre estradas municipaes (Lei de 6 de junho de 1864, artigo 15.º § unico);

3.º Os autos lavrados pelo engenheiro fiscal e demais empregados seus subordinados ácerca de todos os factos occorridos contra as leis e regulamentos da policia dos caminhos de ferro (Decreto (1.º) de 31 de dezembro de 1864, artigo 6.º; regulamentos de 23 de outubro de 1856, artigo 23.º, e de 11 de abril de 1866, artigo 90.º) (1).

4.º Os autos lavrados pelos fiscaes e cantoneiros ácerca de quaesquer factos contrarios ás leis e regulamentos da policia das estradas publicas (Decreto (2.º) de 31 de dezembro de 1864, artigo 14; decreto de 16 de dezembro de 1869, artigo 5.º; Portarias do Ministerio do Reino de 27 e do Ministerio da Justiça de 30 de julho de 1866; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 14.º, paginas 118);

5.º Os autos lavrados pelos empregados incumbidos da guarda e conservação das linhas telegraphicas ácerca das violações do respectivo regulamento (Decretos de 31 de dezembro de 1864, artigo 24.º, e de 17 de janeiro de 1866, artigo 25.º);

6.º Os autos de noticia jurados, feitos pelos guardas de policia ácerca das transgressões das posturas e regulamentos municipaes e contravenções dos regulamentos geraes de policia (Lei de 2 de julho de 1867, artigo 24.º; regulamentos de 14 de dezembro de 1867, artigo 35.º, n.º 16.º, e de 21 de dezembro de 1876, artigo 40.º, n.º 17.º);

7.º Os autos lavrados pelos mestres e guardas dos campos do Mondego (Lei de 2 de julho de 1867, artigo 21.º, e decreto de 26 de dezembro de 1867, artigo 23.º);

8.º Os autos formados com as solemnidades legais pelas autoridades administrativas ácerca das transgressões das leis e regulamentos sanitarios (Decreto de 3 de dezembro de 1868, art. 40.º—Vid. *Boletim dos Tribunaes*, tomo 4.º, paginas 337);

9.º As participações dos commandantes dos districtos, formuladas em um auto em duplicado, ácerca da infração dos artigos 116.º a 123.º do regulamento de 31 de dezembro de 1891, commettida pelos reservistas (Reg. citado, art. 124.º, § 1.º);

10.º Os autos lavrados em duplicado pelos inspectores industriaes de todos os factos occorridos contra o decreto de 14

(1) Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico vda. «corpo de delictos»*, 2.ª ed.

de abril de 1891 (Reg. de 16 de março de 1893, art. 16.º, § unico).

400. Os tratadistas do processo penal francez dão a maxima importancia e a maior auctoridade juridica aos *processos verbaes* (*procès verbaux*), organisados pelos differentes funcionarios a quem a lei incumba a sua formação.

A denominação de *processos verbaes* provém de serem ouvidos *verbalmente* os agentes da auctoridade, que faziam as suas declarações ácerca dos factos criminosos e das circumstancias que os revestiam, e que eram reduzidas a auto. O uso dos *processos verbaes* remonta a uma antiguidade assás remota, ao tempo do reinado de *Filippe, o Bello*. E era talvez por não estar vulgarizada a arte da escripta, que estes agentes eram ouvidos a respeito dos factos criminosos de que tinham noticia (1).

401. Estes *processos verbaes* podem considerar-se como documentos authenticos extra-officiaes, nos termos do artigo 2.º 123.º, § 3.º, doCodigo Civil, mas a fé que a lei attribue aos autos authenticos civis não é a mesma que compete aos autos lavrados pelos agentes da administração, policia ou fazenda, com relação aos factos criminosos ou contravenções que verificam.

O principio fundamental, em que assenta a fé d'estes autos, é que elles não provam senão os factos *materiaes* relativos aos delictos e contravenções que attestam, e de nenhum modo os factos *moraes* que enunciam. E' por isso que as nossas leis admittem a prova em contrario contra elles, posto que esta declaração não seja expressa em todos os diplomas que attribuem aos mencionados agentes a competencia para lavar estes autos. O grau de fé attribuida ás declarações do funcionario que os organisa provém unicamente da natureza dos factos incriminados e da difficuldade, senão impossibilidade, de recorrer a intervenção de funcionario mais graduado. Elles não são mais do que testemunhas *officiaes* dos factos que attestam (2).

402. Poderá o presumido delinquente requerer ao juiz

(1) *Bonnier*, obra citada, n.º 498; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 4.º, § 365.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 4.º, §§ 264.º e 265.º; tomo 5.º, § 362.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 280; *Garraud*, obra citada, n.º 460; *Bonnier*, obra citada, n.º 496 e 513; *Morin*, obra citada, vda. «*Procès verbaux*».

instructor, que mande juntar ao processo a prova documental demonstrativa da sua innocencia ou da sua irresponsabilidade criminal, e deverá o mesmo juiz mandal-a incorporar nos autos?

No nosso *Projecto deCodigo do Processo Penal* estabelecemos:

«Art. 116.º, § 2.º E' permitido ao presumido delinquente, ainda que não esteja preso, offerecer ao juiz, durante o processo preparatorio, as provas que tiver da sua innocencia, e requerer as diligencias e averiguações que verosimilmente a possam comprovar e a que o juiz deverá proceder, comtanto que não tendam manifestamente a protrahir o processo preparatorio».

Justificando esta disposição, dissemos na *Exposição Justificativa*, a paginas 42. «Se não admittimos a publicidade do processo preparatorio, por incompativel com a necessidade de não desnortear o juiz instructor na série de investigações indispensaveis para chegar ao descobrimento da verdade, concedemos, todavia, que tanto o representante da sociedade, como a parte particularmente offendida e o presumido delinquente, possam fornecer ao juiz os elementos de prova necessarios para atingir aquelle fim, posto que não estejam em juizo. A sociedade não quer achar criminosos, deseja antes encontrar innocentes; e, sendo da mais obvia conveniencia poupar ao cidadão os incommodos, vexações e prevenções, que resultam de uma pronuncia, muitas vezes fundada em provas debeis, fallazes ou falsas, não duvidamos admittir no artigo 116.º esta garantia anticipada, que tanto pôde salvaguardar os interesses da sociedade como proteger os direitos do cidadão» (1).

403. Se este é o nosso sentir a respeito do *jus constituendum*, diverso é o nosso pensar acerca do direito vigente, que rege a forma do processo.

O processo preparatorio é secreto, nos termos do artigo 1.º001.º da Novissima Reforma Judicialia. Nem o ministerio publico, nem a parte querelante, nem o querelado, podem tomar parte nas pesquisas e investigações, a que o juiz se entrega para o descobrimento da verdade, que é o fim da jus-

(1) Doutrina identica seguimos no artigo 365.º do nosso primeiro *Projecto deCodigo do Processo Criminal*, e no artigo 76.º, § 2.º, do *Projecto Definitivo*.

tiça criminal. Desde que a lei confia ao juiz a verificação do delicto e dos seus agentes responsaveis, sem intervenção e fiscalisação das partes, só elle, com a imparcialidade inseparavel da sua elevada missão, pôde proceder a todas as diligencias tendentes a este fim (2).

CAPITULO 11

Crimes especiaes em que se exige a prova documental ou escripta

404. Ha certos delictos que exigem a prova litteral como elemento essencial de sua verificação. Taes são:

1.º Os delictos que tem origem na violação de um contracto, conviado todavia notar que a prova *litteral* não se refere ao delicto, mas sómente ao contracto cuja existencia elle suppõe (3);

2.º Os de quebra fraudulenta ou culposa, em que estão implicados terceiros, agentes do crime (Cod. Com., art. 712.º) (4);

3.º Os alcances dos responsaveis, que não podem ser relaxados ao poder judicial sem julgamento previo do Tribunal de

(1) 1. Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 8.º, paginas 162; tomo 19.º, paginas 467; tomo 26.º, paginas 14.

2. A jurisprudencia seguida pelos-tribunaes superiores é a seguinte:

a) O juiz pôde e deve admittir por linha documentos ao querelado, antes de indiciado, não obstante o artigo 1.º001.º, § unico, da Novissima Reforma Judicialia (Acc. da Rel. do Porto de 12 de julho de 1882).

b) Os documentos não podem estar em discussão no processo preparatorio, por se juntarem antes de tempo e fóra do lugar em que podiam ser discutidos e avaliados legalmente (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 26 de junho de 1874, D. do G., n.º 170).—Vid. a critica d'este accordo no *Direito*, tomo 6.º, paginas 616, onde esta doutrina é impugnada.

c) As certidões juntas pelo recorrido com a minuta do seu agravo sómente no plenário podem juntar-se e apreciar-se por occasião dos articulados e durante a produção das provas e discussão da causa e sua competente decisão (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 15 de dezembro de 1876, D. do G., n.º 21, de 1877).—Vid. a critica no *Direito*, tomo 2.º, paginas 276.

d) O arguido de um crime publico não pôde requerer, que no corpo de delicto se inquiram testemunhas por elle indicadas, porque o processo preparatorio é secreto, não sendo autorizada a audiencia dos denunciados ou suppostos criminosos senão depois da pronuncia (Acc. do Sup. Trib. de Just. de 30 de novembro de 1883, D. do G., n.º 244).

(2) *Flexén Hållie*, obra citada, tomo 5.º, § 362.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 24.º, paginas 131.

(3) Vid. accordões do Supremo Tribunal de Just. de 2 de abril e 31 de maio de 1867, 21 de fevereiro de 1879, e o nosso *Manual do Ministerio Publico*, vbo. «Quebra».

Contas (Reg. do Trib. de Cont. de 30 de agosto de 1886, art. 50.º, § 2.º) (1);

4.º Os delictos de adulterio, em que sómente são admittidos contra o co-réu adultero as provas do flagrante delicto, ou as provas resultantes de cartas ou outros documentos escriptos por elles (Cod. Pen., art. 401.º, § 2.º) (2);

5.º Os relativos aos factos criminosos, a que se refere o artigo 14.º da lei de 4 de junho de 1883 sobre marcas de fabrica e do commercio, nos quaes a sentença do respectivo juizo commercial ou civil faz prova plena quanto á existen-

(1) Os alcances dos responsáveis á fazenda publica não podem ser relaxados ao poder judicial sem prévio julgamento do tribunal de contas, excepto as dividas que não dependem de liquidação de contas perante o mesmo tribunal, como são as contas correntes processadas e extrahidas nas respectivas repartições de fazenda, nos termos dos artigos 1.º e 6.º do decreto de 14 de julho de 1851.—Acc. do Sup. Trib. de Just., de 5 de agosto de 1869, (D. do G. n.º 194).

ii Os tribunaes judiciais não têm competencia para fixarem os alcances dos responsáveis para com a fazenda publica, competindo apenas ao poder judicial, antes de serem os alcances definitivamente fixados pelo tribunal de contas, empregar os meios civis determinados nos artigos 2.º, 3.º e 4.º do decreto de 14 de julho de 1851, e só depois de fixado o alcance por accordam definitivo do tribunal de contas, pôde ser relaxado ao poder judicial para este proceder civil ou criminalmente.—Acc. do Sup. Trib. de Just., de 17 de março de 1876 (D. do G. n.º 151).—Vid. *Direito*, tomo 8.º, paginas 385 e 467.

iii A acção criminal contra os exactores da fazenda publica no ultramar deve preceder o julgamento das contas pela junta de fazenda, que é o tribunal próprio e privativo para o conhecimento das contas, artigo 32.º do regimento do conselho ultramarino de 31 de dezembro de 1866.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 16 de dezembro de 1884 (Bol. dos Trib., tomo 8.º, paginas 17 e 30).

iv Os alcances dos exactores e outros quaisquer responsáveis para com a fazenda publica não podem ser relaxados ao poder judicial, sem prévio julgamento do tribunal de contas, porque só este é que tem competencia para fixar definitivamente a importancia de tais alcances, exceptuando apenas dois casos—verificação do alcance por visita de surpresa, segundo os artigos 165.º e 173.º do regulamento geral da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, sendo os alcances por visitas de surpresa unicamente para os effeitos da responsabilidade civil, como providencias preventivas e provisórias de segurança, quaes a da prisão do alcançado e arresto de seus bens, e não podendo a conta de responsabilidade verificada só pelo escrivão de fazenda e sem o julgamento definitivo do tribunal de contas supprir a falta d'este julgamento, que é a base e corpo de delicto, e cuja falta é nulidade insanavel.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 21 de janeiro de 1887 (Boletim dos Tribunaes, tomo 2.º, paginas 335).—Vid. accordam da Relação do Porto de 4 de março de 1890, transcripto na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 23.º, paginas 456 a 460; *Revista dos Tribunaes*, tomo 10.º, paginas 353.

(2) *Faustina Hélie*, obra citada, tomo 5.º, §§ 344.º e 368.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2119; *Bonnier*, obra citada, n.º 301 e 669; *Morin*, obra citada, vbs. «*Questions préjudiciales*»; *Garraud*, obra citada, n.º 658 e 669.

cia e veracidade do facto arguido (Lei citada, art. 22.º e § unico);

6.º O incidente de falsidade, de que tratamos nos n.ºs 266 a 292.

7.º As *questões prejudiciaes*, que, como excepções, suspendem o proseguimento ou julgamento de um crime, até á verificação prévia de um facto anterior, cuja apreciação é uma condição indispensavel d'este proseguimento ou julgamento (1).

CAPITULO III

Da apreciação da prova documental ou escripta no processo preparatorio

405. Em regra os documentos são, como o testemunho oral, considerados um meio de prova, que o juiz instructor pôde apreciar livremente, sem estar adstricto a seguil-os necessariamente (2).

406. Sendo a prova, em these, todo o meio de produzir a certeza, e sendo as provas, qualquer que seja a sua natureza, para e simplesmente moraes e sujeitas ao livre exame e apreciação do juiz instructor, este tem a faculdade de avaliar e fazer passar pelo crísol da sua critica os factos *probatorios* para d'elles deduzir os corollarios que d'elles resultam (3).

TITULO VII

Da apreciação das causas justificativas e das excusas no processo preparatorio

407. Tem sido materia de controversia entre os tratadistas do processo penal, se porventura o juiz instructor é competente para conhecer e apreciar a existencia de alguma causa justificativa, dirimente da responsabilidade penal, a que se referem os artigos 41.º, 43.º, 44.º, 45.º e 46.º do Código Penal, ou se o conhecimento d'esta materia deve ser reservado para

(1) *Faustina Hélie*, obra citada, tomo 3.º, § 151.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2118; *Garraud*, obra citada, n.º 658 e 669; *Bonnier*, obra citada, n.º 178 a 190; *Morin*, obra citada, vbs. «*Questions préjudiciales*».—Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico*, vbs. «*Questões prejudiciaes*».

(2) *Faustina Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 361.º

(3) *Faustina Hélie*, obra citada, tomo 5.º, §§ 344.º e 368.º; *Ortolan*, obra citada, n.º 2307.—Vid. n.º 235.

o plenário da causa, precedendo debate controvertido entre as partes.

Os que sustentam que o juiz instructor tem competencia para conhecer d'este assumpto, fundam-se em que, desde o momento em que qualquer facto *justificativo* tira ao acto imputado o caracter delictuoso, não é justo que o auctor d'este facto seja compellido a dar conta do seu procedimento em publica audiencia, sujeitando-se aos incommodos, vexames e despezas inherentes a um julgamento. Se o presumido auctor do facto imputado não delinquin, se não violou a lei penal, antes com ella se conformou, de razão é que a acção repressiva cesse, eis que não existe delinquente.

Pouco importa, diz *Faustin Hélie*, que o facto, em geral, seja punivel, se deixa de o ser na pessoa a quem é imputado. O que a justiça penal reprime não são os factos considerados em abstracto, mas os seus agentes responsaveis (*).

408. Os que se pronunciam pela incompetencia do juiz instructor para conhecer d'esta materia invocam a conveniencia de se derramar toda a luz acerca da innocencia do procedimento do arguido, o que sómente pôde verificar-se cabal e evidentemente em debate contestado e controvertido, dando o supposto delinquente conta da sua conducta em face do ministerio publico, como representante da sociedade.

409. Nos casos, porém, de *excusa* e de *circumstancias attenuantes*, que façam descer a pena, os tratadistas do processo penal opinam, que o juiz instructor carece de competencia para apreciar os factos demonstrativos d'ellas e alterar a competencia, fundando-se em que as *excusas* e *circumstancias attenuantes* não mudam a qualificação do facto, e consequentemente não podem alterar a competencia. O juiz instructor não tem que preoccupar-se com a modificação da pena, visto como a sua missão não consiste em applical-a, mas unicamente em colligir e apreciar as provas do facto criminoso e da responsabilidade criminal do agente (**).

Todavia o juiz instructor pôde no despacho de pronuncia mencionar os factos de excusa e as circumstancias attenuantes comprovadas no processo preparatorio (**).

(*) Obra citada, tomo 6.º, § 408; *Garrand*, obra citada, n.º 362, 2.ª ed.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 408.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 408; *Manual do Ministerio Publico*, do auctor, 2.ª ed., vbo. *competencia*.

TITULO VIII

Da pronuncia

CAPITULO I

Considerações geraes

410. A pronuncia é a declaração feita por despacho do juiz instructor de que um individuo é responsavel como agente de um crime, prevenido e punido pela lei penal (*).

Pereira e Sousa (2) define a pronuncia: «a sentença do juiz, que declara o réu suspeito do delicto que faz objecto da devassa, ou querela contra elle dada, e o põe no numero dos culpados.»

Nazareth diz (3): «Pronuncia é o despacho do juiz, que declara se o querelado está, ou não, indiciado de ter cometido o crime que faz objecto da querela, e no caso affirmativo o manda pôr no relatorio dos culpados.»

Devendo as definições ser concisas, quanto possivel, assigna-se-nos que a nossa satisfará porventura a natureza d'este acto do processo criminal, que lança sobre o presumido delinquente, quer seja *auctor*, *cumplice* ou *encobridor*, uma suspeição de responsabilidade penal, que o obriga a justificar-se da imputação que lhe é attribuida.

411. O despacho de pronuncia também vulgarmente se denomina despacho de *indicação*, mas entendemos que esta locução é de todo o ponto impropria, porque a situação provisoria de suspeição de responsabilidade penal pôde resultar, não só da existencia de *indícios*, senão também da de *provas*; o que se fortalece com a disposição do artigo 41.º da lei de 18 de julho de 1855, que estatue: «O despacho de pronuncia deverá ser lançado logo que haja *prova bastante* para a indicação.»

(1) O jury de ratificação de pronuncia, estabelecido pelo artigo 229.º da 2.ª parte da Reforma Judicial de 1837, foi suspenso pelo artigo 19.º da lei de 28 de novembro de 1840 e pelo artigo 175.º da Novissima Reforma Judiciaria.

Sobre as vantagens e inconvenientes do jury de ratificação de pronuncia pôde consultar-se *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 596.

(2) Obra citada, § 58.º

(3) Obra citada, § 123.º

412. No nosso *Projecto de Código do Processo Penal* propozemos o seguinte:

«Artigo 177.º Logo que pelo exame e apreciação dos meios de prova, de que trata o artigo 120.º, o juiz instructor do processo julgar verificada a existência do crime ou delicto e a culpabilidade do querelado, ou de qualquer outro delinquente, proferrá despacho de pronuncia fundamentado contra elle, que desde então será considerado réu no processo.

«§ unico. O despacho de pronuncia deverá declarar:

«1.º O nome, appellidos e alcunhas do réu, que constarem do processo, ou quaesquer signaes ou indicações, que possam auxiliar o seu reconhecimento (¹).

«2.º Se é responsavel como auctor, cumplice ou encobridor do crime;

«3.º A natureza d'este e as circumstancias que o revestiram, quer seja contra, quer a favor do réu;

«4.º O logar e tempo em que foi commetido, sempre que sejam conhecidos;

«5.º A citação da lei penal que pune o facto criminoso;

«6.º Se é, ou não, admissivel a fiança;

«7.º Que se passem mandados de captura para o réu ser conduzido á custodia, se não estiver delicto ».

413. São effeitos da pronuncia;

1.º A suspensão dos funcionarios de justiça, sem dependencia de ordem superior do governo (Decreto n.º 24, de 16 de maio de 1832, artigo 276.º);

2.º A suspensão dos empregados de fazenda dos districtos, concelhos e bairros, tanto que passa em julgado (Decreto de 27 de maio de 1892, artigo 44.º).

414. Para que o despacho de pronuncia suspenda o exercicio dos direitos politicos, é indispensavel que tenha transitado em julgado (Decreto de 20 de setembro de 1852, artigo 9.º, n.º 2) (²).

(1) Póde ser indiciado sem designação de nome e só com referencia aos trajos e outros signaes um réu querelado por um crime, quando se verifique e julgue por outro despacho a sua identidade (*Revista dos Tribunaes*, tomo 4.º, paginas 79).

(2) O sr. Conselheiro José Luciano de Castro («Legislação Eleitoral Anotada», 2.ª edição, paginas 4) pondera que, sendo actos diferentes a inscrição no recenseamento e a exclusão do votar, pois que sem aquella não podia esta ultima ter lugar, não suspendendo a pronuncia o exercicio dos direitos politicos (artigo 4.º, § 2.º do decreto), sendo eleitor todo o cidadão portuguez, que estando no gozo dos seus direitos politicos, tiver o

415. Sempre que se decretar a pronuncia de algum dos funcionarios do ultramar, de cujos actos se tiver mandar syndicar, se ella recabar sobre o crime em que tenha logar a imposição da pena de multa, ou alguma indemnisação ao estado, ou a terceiro, o tribunal ou juiz ordenará que se proceda a arresto em tantos bens do pronunciado, quantos bastem para segurar o pagamento, e fixará logo a quantia (Regimento de 27 de dezembro de 1852, artigo 49.º, § 4.º, para as provincias de Angola, S. Thomé e Príncipe).

CAPITULO II

Dos requisitos da pronuncia

416. O artigo 987.º da Novissima Reforma Judiciaria impoz aos juizes a obrigação de exararem o despacho de pronuncia, logo que n'elle appareça *sufficientemente* indiciado algum dos querelados, e a lei de 18 de julho de 1855 estatuiu no artigo 11.º o mesmo preceito, logo que haja *prova bastante* para a indicição (³).

417. O legislador, reconhecendo a impossibilidade de estabelecer *à priori* regras immutaveis, que possam guiar os juizes na apreciação da prova necessaria para compellir os presumidos agentes do crime a justificar-se em debate contradictorio no processo plenario, deixou este momentoso assumpto ao prudente arbitrio do juiz instructor.

418. Dois systemas se defrontam na apreciação da prova necessaria para a pronuncia: o da *inflexibilidade* e o do *prudente arbitrio* do juiz. No primeiro tudo é stricto, tudo su-

cense (artigo 5.º do mesmo decreto), e não podendo o despacho de pronuncia equiparar-se á sentença judicial passada em julgado, artigo 64.º) conclue todavia que não podem ser recenseados os individuos que se acharem na situação de pronunciados.—Vid. *Direito*, tomo 5.º, paginas 220; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 15.º, paginas 215.

(1) Não é necessario que exista certeza ou prova plena acerca do criminoso.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 20 d'agosto de 1889 (*D. de G.* n.º 238).—Vid. acc. da Rel. do Porto de 6 de maio de 1889 (*Rev. dos Trib.*, tomo 1.º, paginas 26).

(2) Provada a existência do crime pelos exames e corpos de delicto, directos e indirectos, bastam indícios, conforme o artigo 987.º da Reforma Judiciaria, que não foi revogado pelo artigo 11.º da lei de 18 de julho de 1855, para dever ser pronunciado o individuo contra quem se verificarem; não ha para esse effeito necessidade de prova plena.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 20 d'agosto de 1880 (*Collecção*, tomo 6.º, paginas 332).

bordinado a regras prefixas e imutáveis que encadeiam o arbitrio do julgador. No segundo confia-se ao poder discricionário do juiz a apreciação da prova e dos indícios contra os presumidos delinquentes.

419. Ao primeiro aspecto seduz mais o nosso espirito o systema da *inferibilidade*, por coartar o arbitrio do juiz e parecer a egide protectora da liberdade do cidadão, constantemente ameaçada pelo poder illimitado do juiz instructor do processo. Quem reflectir, porém, attentamente n'este assumpto ha de convencer-se de que a multiplicidade dos indícios e a diversidade de relação de causalidade entre estes e os presumidos delinquentes tornam de todo o ponto impossivel organizar um catalogo de regras, que seria sempre deficiente, por mais amplo e comprehensivo que parecesse. Se a fixação d'estas regras offerece a vantagem de obviar os abusos do poder, tem o gravissimo inconveniente de eximir da responsabilidade criminal muitos individuos, quando a prova indiciaria não seja afferida pela tarifa legal.

420. Posto que reconheçamos que se pôde abusar do systema do *prudente arbitrio* do juiz, não hesitamos em optar por elle, porque confiamos na independencia, rectidão e imparcialidade tradicionaes da magistratura judicial, e porque qualquer desvio dos boos principios e das boas normas da administração da justiça pôde ser corrigido pelos tribunaes das respectivas Relações, que em materia de pronuncia são juizes de facto e de direito, em conformidade com o disposto no artigo 996.º da Novissima Reforma Judiciaria.

421. Embora o despacho de pronuncia não seja mais do que uma suspeita jurídica, que recae sobre um individuo, indigitado como agente, directo ou indirecto, de um crime, importa que o juiz proceda com a maior circumspecção e sizerza n'este importante objecto. Se por um lado a necessidade da repressão é o principio conservador da ordem social, por outro lado a liberdade individual, a segurança pessoal, o bom nome e a reputação do cidadão, devem encontrar no juiz instructor do processo o mais strenuo protector e o mais imparcial defensor. O Supremo Tribunal de Justiça estabeleceram o principio de que o «despacho de pronuncia é o acto mais sério e importante da vida do juiz, porque d'elle pôde resultar, umas vezes, a impunidade de verdadeiros criminosos, e, outras, damno irreparavel para innocentes, aos quaes se uma sentença absolutoria pôde restituir o seu bom nome, não pôde

fazer com que deixassem de soffrer o mal de uma prisão injusta» (1).

422. Releva, portanto, que o juiz quando o processo de instrucção não seja baseado em provas, ou em indícios conexos e concordantes, pondere que só podem fundamentar um despacho de pronuncia a relação de causa e effeito, a conexão mais ou menos directa, mais ou menos proxima e concordante, entre o facto criminoso e o seu presumido agente. Na investigação de todos os factos e circumstancias, que possam ter alguma relação com o crime e com o supposto delinquent, deverá ser escrupulosamente minucioso e ter presentes as conceituosas palavras de *Bonnier* (2): «assim como o fogo nasce do contacto de diversas substancias que, tomadas separadamente, não são susceptíveis de produzir este phenomeno, assim tambem a convicção pôde resultar do concurso de circumstancias, que, consideradas isoladamente, parecem insignificantes.»

Depois de ter recorrido a todos os meios de prova estabelecidos na lei, o juiz forma a sua consciencia jurídica em face da prova moral, para decidir se tem diante de si um criminoso ou um innocente.

423. Convém que os tribunaes das Relações tenham em consideração, que são graves as difficuldades com que luctam os juizes de primeira instancia para apurar os factos, colligir as provas e indícios demonstrativos da culpabilidade e destrinçar as responsabilidades dos delinquentes, e que é sobremaneira arriscado e perigoso aniquilar a obra do juiz instructor, que escutou as testemunhas, procedeu ás acareações entre estas e os presumidos delinquentes, presenciou o gesto, a attitud e as impressões, que uns e outros experimentaram no decurso das diligencias empregadas para o descobrimento da verdade. Se pôde haver casos em que a segurança individual e a boa reputação de um individuo possam ser comprometidas por um despacho de pronuncia, apparentemente menos fundado, convém não arriscar os legitimos interesses da sociedade e não desviar os presumidos delinquentes dos seus naturaes juizes, perante os quaes, em debate contradictorio, po-

(1) Accordão de 24 de de janeiro de 1873 (B. do G. n.º 40; *Dirécção*, tomo 5.º, paginas 167 e 308. — Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 10.º, paginas 26.

(2) *Traité Théorique et Pratique des Preuves*, tomo 1.º, paginas 80, 8.ª ed.

dem justificar a sua conducta e concorrer com a sua presença para mais fundamente se averiguarem os factos e discriminar o grau de responsabilidade, que possa competir ao agente e aos seus socios no crime, ou a carencia d'essa responsabilidade. Importa, pois, que n'este momentoso assumpto os juizes e tribunaes procedam com a maxima circumspecção e discricção, em ordem a não comprometter os interesses da sociedade e os direitos da innocencia (1).

424. A pronuncia não é sentença condemnatoria; é tão só uma simples e mera suspeita de que sobre um cidadão pesa uma serie de indícios, mais ou menos connexos, mais ou menos concordantes, ou a prova mais ou menos plena, directa ou indirecta, de culpabilidade: nada mais. O indiciado não é um criminoso convicto; é um presumido delinquente. A discussão publica, a confrontação das testemunhas, a acareação d'estas com o asserto delinquente, as respostas d'este ao interrogatorio e os debates da causa, formam um drama judicial animado, em que se derrama a luz necessaria para se verificar se a obra paciente e reflectida do juiz instructor assenta em fundamentos solidos, ou se pelo contrario carece de base segura para se impor a responsabilidade criminal áquelle a quem a contingencia da prova moral fez parecer criminoso (2).

(1) O Supremo Tribunal de Justiça tem fixado a jurisprudência de que somente os tribunaes das Relações são competentes para apreciar as provas em materia de facto, como pôde ver-se, entre outros, nos accordões de 8 de janeiro de 1847 (D. do G. n.º 17), 21 de dezembro de 1849 (D. do G. n.º 42, de 1850), 1 de dezembro de 1854 (D. do G. n.º 298), 8 de novembro de 1870 (D. do G. n.º 259), 10 de novembro de 1874 (D. do G. n.º 264), 8 de julho de 1884 (D. do G. n.º 219, de 1885), 13 de março e 13 de junho de 1888 (Revista dos Tribunaes, tomo 10.º, paginas 134), 1 de agosto de 1891 (Boletim dos Tribunaes, tomo 6.º, paginas 694), 8 d'abril e 13 de maio de 1892 (Boletim dos Tribunaes, tomo 7.º, paginas 509 e 513).

Em opposição a esta jurisprudência proferiu o mesmo tribunal o accordo de 12 de abril de 1878 (D. do G. n.º 85, de 1879), no qual conheceu da prova e apreciou os indícios, que julgou sufficientes para a pronuncia.

Parece-nos que o Supremo Tribunal, longe de exorbitar pratica um tào da sua competência, conhecendo e apreciando a prova e indícios que o processo offerece contra os criminosos. Segundo o artigo 1.º e § 2.º da lei de 19 de dezembro de 1848, o referido tribunal tem competência para annullar a sentença que fizer applicação manifestamente errada da lei, e, podendo o erro verificar-se no exame e apreciação da prova e indícios, parece que, conhecendo d'este objecto, não se arroga attribuições pertencentes aos tribunaes de segunda instancia. Entretanto a jurisprudência é uniforme no sentido exposto.

(2) Vid. um artigo nosso na Revista dos Tribunaes, tomo 1.º, n.º 17, paginas 259.

425. A lei do processo exige prova ou indícios sufficientes para a pronuncia obrigatoria.

Quaes são porém essa prova e indícios, cuja sufficiencia o legislador não precisou e determinou? Onde existe o criterio, onde o padrão para affirir a qualidade e quantidade de uma e outros? Questão é esta que a lei não pôde *a priori* resolver e que pela sua natureza não podia deixar de coular ao alvedrio racional do juiz.

426. Da combinação dos artigos 128.º, 133.º, 221.º e 229.º do Código de Instrução Criminal Francez (1) resulta, que é mister que o juiz instructor declare, que não ha prova ou indícios sufficientes de culpabilidade, ou que a prevenção está bem estabelecida e existem indícios bastantes (*charges*) para que possa ordenar ou a restituição do arguido á liberdade, ou a sua remessa ao juizo de accusação (2).

427. A missão do juiz instructor não consiste em investigar a existencia de provas irrefragaveis de culpabilidade do presumido delinquente, mas em indagar e descobrir a probabilidade d'ella. Assim como a certeza moral é a base do julgamento, a probabilidade é a medida da pronuncia (3).

428. O artigo 221.º do Código de Instrução Criminal Francez determina, que os juizes examinarão se ha *provas* ou *indícios* contra o arguido, sendo esta deliberação tomada pelo Conselho d'Estado, sob proposta de *Combacérés* (4). As *provas*, no sentido da lei, não são mais do que *indícios*. As *provas* de culpabilidade só podem resultar de um debate oral e publico, mas as presumpções d'ella podem ser avaliadas e apreciadas no processo preparatorio (5).

429. O despacho de pronuncia deve ser fundamentado,

(1) A *Camara do conselho*, que conhecia em França de sufficiencia da prova e indícios de culpabilidade do presumido delinquente, foi supprimida pela lei de 17 de julho de 1856, passando as suas attribuições para o juiz de instrução, no intuito de dar mais simplicidade á organização, mais facilidade ao processo e abreviar a duração da detenção preventiva. — Vid. *Orelan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 207; *Garrault*, obra citada, n.º 497.

(2) *Bérard* (a) e *Esmein* (b), julgam inconveniente a supressão da *camara do conselho*, e no projecto apresentado pelo guarda sellos de França, sr. Le Royer, na sessão do senado de 27 de novembro de 1879, artigo 36.º, propoz-se o restabelecimento d'ella.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 409.º

(4) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 409.º

(5) Vid. *Loché*, tomo 25.º, paginas 431.

(6) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 409.º

(a) *Des réformes de l'instruction criminelle*, paginas 4.

(b) *Histoire de la procédure criminelle en France*, paginas 574 e 596.

não só na lei penal applicavel ao facto criminoso imputado ao agente, senão também na existencia de indícios *sufficientes*. Não basta que o despacho declare, que ha indícios para a pronuncia; é mister qualificar os indícios como *sufficientes* para servirem de base á accusação (*).

430. Não podendo, porém, a lei definir a sufficiencia dos indícios, confiou este assumpto á consciencia, criterio e prudente arbitrio do juiz instructor. Portanto, se este não tem a convicção, não de que o arguido é culpado, mas de que é provavel que o seja, sujeital-o ao juizo de accusação seria um acto vexatorio e oppressivo da sua liberdade e offensivo da sua reputação, seria infligir-lhe um stigma inutil, que nem sempre fica desvanecido pela absolvição (*).

431. O juiz deverá, pois, attender a que, constituindo os factos simples presumpções, devem adquirir um caracter de evidencia incontestavel pela sua ligação intima e necessaria com o crime, de tal guisa que, sendo um certo, seja impossivel que os outros também o não sejam. Desde que muitos effeitos não podem provir senão da mesma causa a que são attribuidos, não é licito negar a origem d'elles e a existencia d'esta causa (*).

432. O juiz instructor deve escutar os dictames da sua consciencia, que, segundo *Jouffroid*, é uma especie de tacto que, em cada circumstancia, faz sentir o caracter bom ou mau das acções.

Não ha outro criterio da verdade senão a certeza moral, a consciencia humana. A origem d'esta certeza não está na affirmacão das testemunhas, no seu numero, na natureza dos indícios, na confissão do arguido, mas em mil circumstancias materiaes ou moraes que, actuando no nosso espirito, ahí deixam um germen fecundo. A crença do juiz, que não depende senão do livre arbitrio, e resulta da propria consciencia, não pôde submeter-se a regras fixas e invariaveis (*). Um só indício pôde ser decisivo, e tres ou quatro podem não ter a mesma força (*).

O juiz instructor é, portanto, soberano apreciador da sufficiencia dos indícios necessarios para a pronuncia.

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 409.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 6.º, § 409.º

(3) *Lagrèze*, obra citada, capitulo 22.º, § 6.º

(4) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 343.º

(5) *Bonnet*, obra citada, n.º 723.

433. O despacho de pronuncia deverá:

1.º Ser conforme á querela (*);

2.º Fixar a responsabilidade do agente quanto ao facto criminoso, isto é, se é responsavel por crime consummado, *frustrado ou tentativo* (Cod. Pen., art. 8.º, 10.º e 11.º) (*);

3.º Indicar o grau de participação do agente, isto é, se é *auctor*, *cumplix* ou *encobridor* (Cod. Pen., art. 49.º) (*);

4.º Declarar a existencia de indícios *sufficientes* para a pronuncia (Nov. Ref. Jud., art. 987.º; lei de 18 de julho de 1833, art. 11.º) (*);

(1) Nos crimes de ferimentos, o despacho de pronuncia pôde afastar-se da querela, se pelo exame de sanidade se verificar que a gravidade d'elles é maior do que a que consta do corpo de delicto, substituindo comtudo a querela prestada (*Rev. de Leg. e de Jurisp.*, tomo 328.º, pag. 328.º—Vid. o nosso *Projecto de Código do Processo Penal*, art. 107.º).

(2) *Projecto de Código do Processo Penal*, do auctor, artigo 177.º, § unico, n.º 2.º

(3) 1 Nos casos de cumplicidade devem especificar-se os factos demonstrativos d'esse grau de participação.—Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 1855 (*D. do G.* n.º 6, de 1855).

2 Nos despachos de pronuncia, em que, além dos auctores do crime, ou como taes participantes qualificados, são comprehendidos cumplixes, deve especificar-se o facto ou factos accessorios, para que não fique ao méro arbitrio dos juizes, por occasião de um facto criminoso que ontrem praticou, envolver outras pessoas que, em relação ao mesmo facto, não praticaram algum dos qualificados de cumplicidade no artigo 25.º do Código Penal.—Accórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1861 (*D. de L.* n.º 110).

(4) 1 O juiz não deve limitar-se a declarar que pela comparação do depoimento das testemunhas e dos autos com a lei penal não ha motivo para a pronuncia dos querelados, porque, assim exarado semelhante despacho, não se sabe se a não pronuncia foi o resultado da falta de prova bastante, ou de não ser criminoso o facto arguido, em vista da lei, comprehendendo ao juiz fazer essa discriminacão e fundamental-a, visto que n'uma ou n'outra hypothese os effeitos legais são completamente distinctos, em vista dos artigos 931.º, 932.º e 935.º da Reforma Judiciária.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 3 d'agosto de 1887 (*D. de L.* n.º 158; *Directo*, tomo 10.º, paginas 498).

2 O despacho de pronuncia deve especificar as provas que fazem culpa ao réu com as circumstancias indicadoras do crime.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 16 de novembro de 1877 (*D. do G.* n.º 384; *Directo*, tomo 10.º, paginas 918).

3 Para o juiz indiciar os co-réus como mandante e mandatario, deve estabelecer-se não só que houvera uma ordem ou mandado a executar, mas quaes os precisos termos d'esta para a comparar com a excepção do crime, e se examinar se resulta imputabilidade em razão, ou do facto subsequente á sua conformidade, ou do seu excesso, quando de facil previsto, como consequencia provavel, segundo os muito expressos e claros termos do § unico do artigo 25.º do Código Penal.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 23 de abril de 1861 (*D. do G.* n.º 110).

4 Não basta, segundo o artigo 135.º da 3.ª parte da Reforma de 13 de janeiro de 1837 e o artigo 989.º da Novissima Reforma Judiciária, que o despacho de pronuncia se limite a declarar vagamente que ha prova bastante para pronunciar taes e taes individuos por um facto prohibido e punido por

5.º Citar a lei penal applicavel ao facto imputado (1). (Nov. Ref. Jud., art. 989.º);

6.º Ser intimado ao réu para poder interpor os recursos competentes (2).

lei; o Código Penal, nos artigos 24.º, 25.º e 26.º, tornou impreterivel a necessidade de nelle se declarar a qualidade em que são pronunciados os réus, ao menos com referencia aos numeros dos artigos 25.º e 26.º, porque, só verificados e declarados, ao menos remissivamente, os factos definidos n'estes artigos, começa a responsabilidade criminal contra qualquer cidadão.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1873 (D. do G. n.º 40; *Dir. do*, tomo 5.º, paginas 167 e 268).

v Os despachos de pronuncia não devem ser vagos e incertos, mas designar a qualidade em que se pronunciaram os querelados, se na de auctores, se na de complices.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 17 d'outubro de 1874 (D. do G. n.º 266).

vi Para pronunciar um individuo como complice em um delicto frustrado, é necessario que no corpo de delicto se achem verificados os elementos constitutivos expressamente consignados no artigo 26.º do Código Penal.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 27 de junho de 1876 (D. do G. n.º 180).

vii Sendo o crime de adultério commum e complexo, de modo que não pôde haver adultera sem haver adúltero, e tanto que o marido não pôde querelar senão simultaneamente contra ambos os co-réus, se ambos forem vivos (Código Penal, artigo 401.º, § 4.º), deve o despacho de pronuncia indiciar os dois co-réus.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 20 de dezembro de 1870 (D. do G. n.º 20, de 1871).—Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 3.º, n.º 136, paginas 353.

(1) A pronuncia não deve ser vaga e indefinida, devendo o juiz citar a lei, que prohibe o facto e o qualifica como crime, como expressamente ordena o artigo 989.º da Novissima Reforma Judiciaria.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 2 de outubro de 1885 (D. do G. n.º 249).

(2) O despacho de pronuncia só passa em julgado, ou pela acquiescencia dos réus, presumida pelo lapso do tempo marcado na lei para se recorrer do mesmo despacho, ou pela confirmação d'este pelos tribunaes das Relações.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 26 de janeiro de 1849 (D. do G. n.º 89); 22 de novembro de 1850 (D. do G. n.º 301); 5 de dezembro de 1851 (D. do G. n.º 997); 27 de agosto de 1852 (D. do G. n.º 247); 4 de julho de 1857 (D. do G. n.º 223); 30 de maio de 1859 (D. do G. n.º 133); 8 de abril de 1862 (D. do G. n.º 118); 13 de fevereiro de 1863 (D. do G. n.º 87); 23 de agosto de 1867 (D. do G. n.º 198).

PARTE II

Da prova no processo de julgamento

TITULO I

Considerações geraes

434. O julgamento do réu varia, segundo a forma do processo competente para verificar e tornar effectiva a sua responsabilidade criminal no facto imputado.

435. Se o facto constitua um crime, a que corresponde o processo ordinario ou de *querela*, o réu é julgado com intervenção de jurados (1).

436. Se a prova é do maior momento no processo preparatorio, em que se colligem as provas e indícios, que hão-de servir para a discussão judicial, em que se declara haver motivo para a accusação, em que se caracterisam e qualificam provisoriamente os factos e fixa a jurisdicção que os ha-de julgar, é por certo da maxima importancia no processo plenario ou de *julgamento*, em que se asseguram por meio de solemnidades essenciaes os interesses da repressão e a liberdade da defeza, e em que se pronuncia a final a sentença (2).

437. Sendo as provas no processo penal, qualquer que seja a sua natureza, pura e simplesmente *morales* (3), este principio tem inteira e incontestavel applicação nos processos, em que a decisão de direito é precedida da decisão de facto proferida pelo jury.

438. Os jurados decidem soberanamente sobre a existencia da culpabilidade do réu, escutando apenas os dictames da sua razão e obtemperando aos impulsos da sua consciencia.

A carta constitucional estatue no artigo 147.º: «Os jurados pronunciam sobre o facto, e os juizes applicam a lei.» Nesta

(1) Vid. lei de 18 de agosto de 1853, artigo 2.º; decreto n.º 2 de 29 de março de 1850, artigo 1.º.

(2) *Projectos de Código de Justiça Militar* de 21 de dezembro de 1859, artigo 235.º, e de 17 de abril de 1894, artigos 329.º, 351.º e 402.º, redigidos pela commissão de que o rector foi vogal, nomeada por portaria de 30 de julho de 1888 e dissolvida com honra por portaria de 5 de julho de 1894.

(3) Vid. n.ºs 325 e 351.

succincta disposição está compendiada e consubstanciada a missão do jury e a inteira separação das suas attribuições das que competem aos juizes de direito (1).

439. Releva, porém, ter em consideração que as funções do jury não se limitam a proferir um *verdictum* acerca do facto *material* submettido à sua apreciação e decisão. Os jurados, para chegarem a uma conclusão a respeito da culpabilidade do presumido delinquente no facto que lhe é imputado, tem de attender não só à sua *materialidade*, isto é, à existência de um facto *physico* imputavel ao agente, senão também à moralidade d'este, à sua intenção criminosa ou culpabilidade (2). E' o que resulta da disposição do artigo 1:156.º da Novissima Reforma Judiciaria, que diz: «Se a todos os jurados, ou aos dois terços d'elles, parecer que o facto não existiu, ou que existiu, mas d'elle não foi auctor o réu accusado, ou finalmente que, existindo o facto, e sendo d'elle auctor o réu accusado, n'elle não obrou com intenção criminosa, darão a resposta da maneira seguinte: (Por maioria ou unanimidade) o crime de que o réu F... é accusado, não está provado.»

440. O principio das provas de consciencia, inaugurado pela assembléa constituinte em França, está nitidamente formulado em uma especie de instrução aos jurados, no artigo 372.º do *Codigo brumaire*, anno IV, e reproduzido no artigo 342.º do *Codigo de Instrução Criminal*. Diz este artigo: «A lei não pede contas aos jurados dos meios pelos quaes formaram a sua convicção, nem lhes prescreve regras, das quaes devam particularmente fazer depender a plenitude e a sufficiencia de uma prova; apenas lhes prescreve interrogarem-se a si proprios no silencio e recolhimento, e procurar, na sinceridade da sua consciencia, qual a impressão produzida na sua razão pelas provas adduzidas contra o accusado e pelos meios de defesa. A lei não diz: «Vós tereis por verdadeiro qualquer facto attestado por certo numero de testemunhas;

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 2.º, § 659; *Morin*, obra citada, vhs. «*Questions au jury*», § 2.º, n.º 6.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 2.º, § 811.º, e tomo 9.º, § 659; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2:059; *Gorraud*, obra citada, n.º 56, 77, 112, 124 e 125; *Boitard*, *Leçons sur les Code pénal et d'instruction criminelle*, n.º 245, 7.ª ed.; *Berriat-Saint-Prix*, *Le Jury en Matière Criminelle*, n.º 288, 2.ª ed.; *Méreyer*, *Nouveau Manuel du Jury*, 4.ª ed., paginas 306.— Vid. acc. do S. T. J. 2 de março de 1883 (*D. G.* n.º 255).

deveis considerar como sufficientemente estabelecida a prova resultante de certo e determinado *processo verbal*, de certo numero de testemunhas e indícios. A lei dirige aos jurados a seguinte interrogação, que é a medida dos seus deveres: *Tendes uma intima convicção?* (3).

441. No artigo 357.º do nosso *Projecto de Codigo do Processo Penal* propozemos: «Na sala das deliberações do jury deverá estar affixado um cartão impresso á custa da respectiva camara municipal, que deverá conter em letras maiúsculas o seguinte: «A lei não estabelece regras fixas acerca das provas dos factos criminosos imputados aos réus; mas impõe unicamente aos jurados o dever de se interrogarem a si mesmos no silencio e recolhimento da sua consciencia para avaliarem a impressão que fizeram no seu espirito as provas, quer sejam a favor, quer contra o réu, sem attenderem ás disposições da lei penal.»

442. Identico principio está consignado no artigo 1:130.º da Novissima Reforma Judiciaria, que contém a formula do juramento dos jurados, onde se estatue que «não escutarão senão os *dictames da sua consciencia*.»

443. O *verdictum* do jury é e deve ser sempre a livre e espontanea expressão da sua intima convicção, que não está, nem pôde estar, subordinada a preceitos ou regras estabelecidas na lei, e que resulta tão somente dos impulsos da sua consciencia.

A prova *moral* é a base fundamental das decisões dos jurados. O jury escuta apenas os *dictames da sua consciencia*, que é o seu norte e regulador da sua intima convicção. Na investigação da verdade basta que encontre em si mesmo uma potencia instinctiva que o guie. Se o unico meio de reconhecer a verdade de um facto, ou de uma proposição, diz *Faustin Hélie* (4), é a certeza que temos de que este facto existe, ou não, e de que esta proposição é verdadeira ou errônea, é mister concluir que a intima convicção do juiz deve ser o unico fundamento da justiça humana.

444. E' o juramento que faz o jurado; é d'esta formalidade que provém o seu nome, o seu poder, os seus direitos e

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 342.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2:294, 2:306 e 2:307; *Gorraud*, obra citada, n.º 449.

(2) Obra citada, tomo 5.º, § 343.º; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 14.º, § 6.º

as suas attribuições. A palavra «jurados» é a traducção de «jurati», usada pelos romanos e na Germania (1).

A falta de juramento importa nullidade insanavel (Lei de 18 de julho de 1855, artigo 13.º, n.º 8.º).

445. Os deveres dos jurados estão succintamente consignados na formula do juramento estabelecida no artigo 1:130.º da Novissima Reforma Judiciaria: «*Vós juraes na presença de Deus Todo-Poderoso e dos homens, de examinares, com a mais escrupulosa attenção, a accusação que se vos apresenta, de não trahirdes nem os interesses da sociedade, nem os direitos da innocencia e da humanidade, de não communicardes, sem rigorosa necessidade, com pessoa alguma, até proferirdes a vossa decisão, na qual vos não deixareis mover pelo odio ou afeição, antes não escutareis senão os dictames da vossa consciencia e intima convicção, com aquella imparcialidade e firmeza de caracter, que é propria do homem livre e honrado*» (2).

446. Nesta formula, que reproduzimos com algumas modificações no artigo 317.º do nosso *Projecto deCodigo do Processo Penal*, consubstanciam-se os principaes deveres e os elementos essenciaes da instituição do jury.

A lei não impõe aos jurados regra alguma para proferirem as suas decisões, exige apenas que julguem, segundo a sua intima convicção. Estas palavras, apparentemente tão simples e singelas, tem um immenso alcance e importam uma completa revolução no processo penal: a abolição da theoria das *provas legais*.

Já ponderámos que, quando vigorava este systema, o legislador, para restringir o arbitrio do juiz, tinha como que systematisado a certeza e creado uma consciencia artificial para os magistrados. A instituição do jury é incompativel com a theoria das *provas legais*. A instrução contida no artigo 342.º do código de Instrução Criminal francez, acima transcripta, estabelece clara e precisamente a abolição da prova te-

gal, consignando o principio de que a intima convicção é a base fundamental das decisões do jury (3).

447. Muito antes da formula do juramento dos jurados, estabelecida no artigo 312.º do Código de Instrução Criminal francez, já o rei Luiz XVI, na proclamação, por occasião da lei de 15 de janeiro de 1792 sobre o jury, disse: «Os interesses da sociedade, os direitos da humanidade, estão reunidos nas vossas mãos. Vós sereis culpados para com aquella, se escutaes uma fraca indulgencia, e offendeis esta, se exaggeraes a severidade legal. A vossa consciencia é o vosso guia, a justiça a vossa regra, a impassibilidade o vosso dever. Tirar ao crime a esperanza da impunidade, subtrahir a innocencia ao temor da oppressão ou do erro dos tribunaes, e o juiz ao imperio da sua vontade: tal é perfeição do systema das leis criminaes, tal o objecto das funcções que vos são confiadas».

448. A mór parte dos deveres dos jurados cumpre-se no fóro interno. Mas um dos seus principaes deveres, apreciaveis no fóro externo, é por sem duvida a attenção que devem prestar a tudo o que se passa na discussão da causa.

Um dos primeiros deveres do julgador consiste em estar attento ao objecto submettido ao seu exame e apreciação. A attenção é uma disposição do espirito fixado exclusivamente em um só objecto. A faculdade de absorver todos os pensamentos em um pensamento unico, que se apodera inteiramente do nosso espirito, encontra immensos obstaculos na mobilidade e na rapidez das nossas sensações. A dificuldade de conciliar a attenção sobre de ponto no meio do drama judicario, das peripecias que se offerecem, da série de depoimentos confusos, prolixos e contradictorios, do ardor dos debates e da protelação da audiencia. Releva, pois, que os jurados concentrem toda a sua attenção no importante assumpto sujeito ao seu exame, excitando-a com a só ideia de que são chamados a julgar os mais sagrados direitos do homem: a liberdade e a honra (4).

449. Não basta uma simples attenção, a lei exige uma attenção *escrupulosa*. A paciencia que, segundo *Plinio*, pôde considerar-se uma parte integrante da justiça, é o primeiro

(1) *Ernestin Hélie*, obra citada, tomo 8.º, §§ 593.º e 605.º; *Morin*, obra citada, vbo «Jury».

(2) A declaração feita pelo escrivão na acta de «que o juramento fóra deferido pela forma que prescreve a Novissima Reforma Judiciaria, encarregando o juiz ao jury, que debaixo do mesmo, sem dolo, nem malicia, com boa e sã consciencia, conhecesse dos factos da causa» não satisfaz ao prescripto no artigo 1:130 da mesma Reforma.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 16 d'outubro de 1848 (D. do G. n.º 273).

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 343.º; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 16.º, § 6.º; *Morin*, obra citada, vbo «Preuves».—Vid. n.ºs 325, 324, 325, 351 e 427.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 8.º, § 605.º; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 2.º, § 2.º

dever do juiz, que deseja esclarecer-se. Os jurados devem estar attentos a todas as minudencias da causa, embora apparentemente de somenos importancia.

Não basta igualmente estar attento, é mister parecê-lo. O juiz deve conservar sempre a mais imperturbável serenidade de animo e inalterável compostura de porte, abstando-se de quaesquer demonstrações de impaciencia e enfado e de gestos, que denotem assentimento ou desapprovação. A lei romana (2) impunha ao julgador o dever de apresentar no semblante a imagem da impassibilidade: «*Nec est enim constantis et recti iudicis cujus animi motum vultus delegit*».

450. Tem-se por vezes agitado a questão da faculdade que alguns escriptores concedem ao jury de apreciar a lei penal.

Sendo os jurados meros juizes de facto, não podem preoccupar-se com as questões de direito. As attribuições do jury e do juiz de direito, como diversas que são, não podem, oem devem confundir-se. Essas attribuições são como duas linhas parallelas e equidistantes, que, trapadas uma ao terreno dos factos e outra no campo do direito, se approximam, sem já-mais se tocarem. Os jurados devem conhecer os limites das suas attribuições, que não devem ultrapassar.

Na parte final da instrucção contida no artigo 342.º do Código de Instrucção Criminal Francez, diz-se: «*que os jurados fallam ao seu primeiro dever, se, pensando nas disposições das leis penaes, consideram as consequencias que podem resultar para o accusado da resolução que vão tomar. A sua missão não tem por fim a perseguição e a punição dos delictos; são apenas chamadas para decidir se o accusado é, ou não, culpado do crime que lhe é imputado*».

Entretanto alguns tratadistas do processo penal, embora reconheçam que o jury não deve preoccupar-se com a applicação da pena, o que importa uma invasão em attribuições alheias, não desconhecem que difficilmente pôde abstrahir das consequencias da lei penal em relação ao accusado, sobretudo quando a nimia severidade da pena não corresponde à natureza e gravidade do crime (3).

TITULO II

Da prova testemunhal no processo de julgamento

CAPITULO I

Considerações geraes

451. A prova mais communmente usada no processo plenário ou de julgamento é a prova testemunhal, de que se occupa a Novissima Reforma Judiciaria nos artigos 1:132.º a 1:139.º.

D'este assumpto trata o nosso *Projecto de Código do Processo Penal* nos artigos 320.º a 331.º.

452. Se esta especie de prova tem summa importancia no processo preparatório, o seu valor sóbe de ponto no processo de julgamento, em que vão definitivamente averiguar se e aquilatar-se a responsabilidade criminal do agente da infracção, ou a carencia d'ella ou a sua innocencia.

453. Posto que o jury representa uma magistratura popular tirada de diferentes classes da sociedade e que determina as suas decisões pelos impulsos da sua consciencia, contudo um dos principaes elementos da sua convicção é por certo a prova testemunhal.

Os jurados devem procurar adquirir a certeza moral da culpabilidade d'aquelle a quem a contingencia da prova moral levou ao banco dos réus. O despacho de pronuncia faz parecê-lo culpado. A produção das provas em publica audiencia, em presença do réu, e os debates da causa, é que patenteiam a sua responsabilidade criminal ou a sua innocencia. O acto accusatorio não preestabelece nenhuma prevenção, nem fornece nenhum elemento para a decisão; é apenas um programma da causa.

Releva, pois, que os juizes de facto estejam e pareçam attentos ao inquerito das testemunhas, cujos depoimentos são um poderoso elemento da sua convicção (4).

(1) L. 19.ª II, *de officio presidis*.—Vid. Lagrèze, obra citada, capitulo 3.º, § 2.º; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 309; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 3.º, §§ 603.º e 611.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 3.º, § 556.º; *Morin*, obra citada, vbo. *Jury*, paginas 319; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 1.º; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 216 e 255; *Mezger*, obra citada, paginas 229.

(3) *Lagrèze*, obra citada, capitulo 4.º, § 2.º

CAPÍTULO II

Da inquirição das testemunhas no processo de julgamento

SECÇÃO I

Considerações gerais

454. Na inquirição das testemunhas na audiência de julgamento deve observar-se o que está indicado nos n.ºs 335 a 344, a que por brevidade nos reportamos.

455. A todas as testemunhas impende o dever de comparecer na audiência, no dia e hora indicados no mandado da intimação, salvo se estiverem impossibilitadas de o fazer, o que deverão provar por certidão jurada de facultativo, ou, na falta d'este, do respectivo parócho, confirmada pelo juiz de paz (Nov. Ref. Jud., art. 961.º; Lei de 16 d'abril de 1874, art. 1.º; Dec. de 29 de julho de 1886, art. 2.º, n.º 2.º).

456. Não poderão ser citados para comparecer como testemunhas na audiência de julgamento, sem precedência de decreto que auctorise o seu comparecimento e regule o ceremonial que ha-de observar no acto do depoimento:

1.º Os membros da familia real;

2.º Os ministros d'estado e conselheiros d'estado em effectivo exercicio (Nov. Ref. Jud., art. 1:232.º) (1).

457. Fóra do caso mencionado no numero antecedente, se as pessoas n'elle declaradas residirem na cidade que fór sede de Relação, o respectivo juiz remetterá ao presidente d'ella cópia dos artigos do libello ou da contestação, sobre que hão-de depôr, e este designará por distribuição o juiz da Relação que ha-de tomar os depoimentos e o escrivão que os ha-de escrever. O juiz, acompanhado do respectivo escrivão, irá á morada das testemunhas receber os depoimentos, que serão remettidos fechados e lacrados ao juiz que os deprecia-

(1) Determinando o artigo 13.º do decreto de 9 de janeiro de 1850, que, quando em juizo se houver de tomar depoimento aos conselheiros d'estado effectivos ou extraordinarios, observar-se-hão as disposições dos artigos 1:122.º, 1:193.º e 1:124.º, da Novissima Reforma Judiciaria, os termos explicitos e positivos d'aquelle artigo não permittam que se restrinja ao juizo criminal uma disposição, que pela lei é ampla e sem restrição de especie alguma.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 14 de novembro de 1876 (D. do G. n.º 967).

(Nov. Ref. Jud., art. 1:123.º; Proj. de Cod. Pen. do auctor, art. 323.º).

458. Tem-se ventilado a questão do comparecimento obrigatorio, na audiência de julgamento, das testemunhas moradoras em comarca diversa d'aquelle em que hajam de depôr.

Sustentam alguns que as testemunhas não podem ser compelidas a ir depôr a comarca differente d'aquelle em que residem, devendo ser inquiridas n'esta, precedendo a expedição de carta precatoria dirigida ao respectivo juiz de direito, fundando-se para tanto nas disposições dos artigos 956.º, 957.º, 958.º e 1:121.º da Novissima Reforma Judiciaria (1).

Outros, pelo contrario, apoiados na disposição do artigo 264.º doCodigo do Processo Civil, entendem que as testemunhas, embora residentes em alheia jurisdição, podem ser inquiridas em outra comarca, se forem apresentadas pela parte.

459. A inquirição das testemunhas é precedida da prestação de juramento, salvo se declararem que não professam religião alguma (Nov. Ref. Jud., art. 944.º e 1:134.º; Dec. (2.º) de 15 de setembro de 1892, art. 19.º) (2).

460. Os depoimentos das testemunhas na audiência de julgamento dos crimes de fabricação ou falsificação de moeda ou papeis ou notas de banco nacional ou estrangeiro, companhia ou estabelecimento legalmente auctorisado para a emissão de notas, serão escriptos pelo escrivão, ou por extenso, ou tão sómente por extracto do seu resultado definitivo, segundo fór requerido por qualquer das partes, ou ordenado pelo juiz (Lei de 4 de junho de 1839, art. 7.º, § 4.º) (3).

461. As testemunhas devem conservar-se dentro da tãa do

(1) N'este sentido decidiu a Relação do Porto em accordão de 31 de outubro de 1893, proferido no processo contra o réu *Urbino de Freitas*, e publicado no n.º 274 da *Revista dos Tribunales*, paginas 158.

(2) O juramento é um poderoso vinculo que liga a testemunha, e a promessa solenne de dizer a verdade, invocando o nome de Deus, não pôde deixar de exercer um salutar influxo no animo das testemunhas.

No processo do abbade *Contrafatto* uma testemunha fez diante do tribunal de assizes uma declaração muito mais extensa do que havia feito perante o juiz de instrução. Observando-lhe o presidente porque não tinha sido tão innociosa perante este juiz, respondeu que o teria sido, se tivesse prestado juramento, pois que não julgava ser obrigado a dizer toda a verdade. *Perrin*, Code du Jury, paginas 225.—Vid. *Bonnier*, obra citada, n.ºs 222, 223 e 272; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 8.º, § 639.º

(3) Parece-nos que esta disposição é uma pura superfluidade, porque o jury decide-se pelos impulsos da consciencia, e, sendo o seu veredictum irrevogavel e irretractavel, nos termos do artigo 1:162.º, § 2.º, da Novissima Reforma Judiciaria, nenhuma influencia tem nos tribunales superiores o depoimento das testemunhas escripto na audiência de julgamento.

tribunal, não podendo retirar-se da audiência, não só por causa das acareações a que seja mister proceder, mas para deporem em outro julgamento, no caso de ser anulada a decisão do jury por iniqua nos termos do artigo 1:162.º da Novíssima Reforma Judiciária.

Persin (*) observa judiciosamente que seria conveniente fazê-las recolher em outra sala, porque a presença d'ellas no auditorio pôde expô-las á influença de sentimentos e de impressões, que ás vezes podem modificar o seu modo de ver e de sentir. Os debates, os depoimentos das outras testemunhas e os documentos que estas porventura apresentem, podem actuar profundamente no seu animo e influir na veracidade das declarações que hajam de fazer durante a discussão da causa.

SECÇÃO II

Das testemunhas defeituosas ou suspeitas

462. Tendo tratado nos n.ºs 96 a 110 das testemunhas defeituosas ou suspeitas, e, tendo o jury de apreciar e avaliar o depoimento das testemunhas, vem a pélo tratar n'este logar da materia das contradictas.

463. Pode ser objecto de contradicta *qualquer circumstancia* que influa na força probatoria do depoimento (Cod. do Proc. Civ., art. 278.º; Cod. Civ., art. 2:514.º; Nov. Ref. Jud., art. 528.º, 533.º, 1:126.º e 1:224.º).

464. No sentir de *Manoel Lopes Ferreira* (*), para ser admitida a reprova das testemunhas deve *in specie* mostrar o reu a causa concludente da sua objecção, como, *verbi gratia*, dizendo que a testemunha ou testemunhas são suas inimigas por intimsada capital, ou que a testemunha é infame, ou movida por dinheiro que lhe dêram, mostrando sempre e assignando a causa de taes defeitos.

465. O mesmo praxista aconselha, que a parte que contradiz as testemunhas o deve fazer tão legal e curialmente, que as não infame sem uma causa muito justa, porque, se fizer o contrario e não provar o facto de que argue as testemunhas, teem estas contra ella a acção de injuria.

466. A este proposito observa a *Revista de Legislação e*

de Jurisprudencia (*), que, «segundo a Novissima Reforma Judiciária, artigos 528.º, 533.º, 1:126.º, e 1:224.º, as partes podem oppôr ás testemunhas, nas causas criminaes, contradictas que sirvam para diminuir ou tirar o credito a seus depoimentos, não havendo limite, além do qual a contradicta deixe de o ser, convertendo-se em injuria ou calúnia dirigida á testemunha.

«Acresce que não ha crime de injuria sem animo de offender a honra e consideração devida a alguma pessoa, nos termos dos artigos 1.º, 410.º e 414.º do Código Penal, e não deve presumir-se este animo n'aquelle que oppõe contradictas a uma testemunha, como lhe permite a lei, embora a contradicta consista em factos offensivos da honra e consideração da mesma testemunha» (*).

467. As testemunhas com que se provam as contradictas não podem ser contradictadas, nem reprovadas, para que se não dê processo *in infinitum*, que é odioso e prohibido em direito. E por esta razão devem as testemunhas das contradictas ser em grau superlativo inculpaveis e sem mancha alguma no seu procedimento, de sorte que não tenham falta alguma que se lhes opponha, porque, não sendo assim, nenhum credito merecem, e basta para que se reprovem que tenham qualquer defeito, ainda que seja leve (*).

468. Os antigos praxistas (*) entendiam, que a parte não podia contradictar a testemunha, que nomeou ou produziu, porque se entendia ter approvado o seu dito e credito.

Esta doutrina fundava-se acaso na Ordenação, livro 3.º, titulo 55.º, § 12.º, que diz: «E a parte, que den algum por testemunha em seu feito, não o poderá depois reprovare em esse feito, nem em outro.»

Esta regra tinha contudo duas excepções expressas na mesma ordenação: 1.ª, se allegar rasão sufficiente que de novo

(1) Tomo II.º, paginas 77.

(2) Neste sentido julga a Relação do Porto. — Acc. de 1 de junho de 1858 (*Revista Juridica*, de Coimbra, n.º 95).

Podem servir de fundamento de contradicta factos relativos ao estado, vida e costumes da testemunha contradictada, como permitta a generalidade dos artigos 2:514.º do Código Civil e 378.º do Código do Processo. — Acc. da Relação do Porto de 28 de março de 1852 (*Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 18.º, paginas 250).

(3) *Ferreira*, obra citada, logar citado, n.ºs 11 e 12.

(4) *Ferreira*, obra citada, capitulo 17.º, n.º 19.

(1) Obra citada, n.º 288.

(2) *Practica Criminal*, tomo 3.º, capitulo 17.º, n.º 9.º

houvesse, porque seja reprovado; 2.ª, se impugnar seu dito, arguindo-o de falso, se o entender provar.

Fundado n'esta ordenação e na do mesmo livro, título 58.º, § 2.º, *Pereira e Sousa* (1) opinou, que esta regra tinha as excepções seguintes: 1.ª, se a parte ignorava a causa da repulsa; 2.ª, se esta sobreveio depois.

469. Na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (2), depois de se reconhecer que este ponto é omissão no artigo 91.º do decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, nos artigos 88.º, § 3.º, 173.º e 178.º da 2.ª parte da Reforma Judicial de 1837, no artigo 528.º da Novíssima Reforma Judicial e no artigo 278.º do Código do Processo Civil, que se referem ás contraditas da *parte contraria*, sustenta-se que a própria parte que produziu a testemunha pôde contradictal-a, pelos fundamentos seguintes, com os quaes nos conformâmos:

1.º Porque, não prohibindo a legislação citada, que a parte que nomeou a testemunha possa contradictal-a, e permitindo o artigo 1:053.º da Novíssima Reforma Judicial que os réus contra quem depozerem as testemunhas, poderão dizer contra ellas e seus depoimentos *tudo que fôr útil á sua defeza*, sem todavia as injuriar, comprehende as testemunhas produzidas pelos réus, visto não se fazer distincção alguma;

2.º Porque, podendo a parte que nomeou a testemunha ignorar as relações d'esta com a parte contraria, ou que ella foi subornada, não deve ser defezo este meio de apurar a verdade;

3.º Porque, podendo os jurados fazer ás testemunhas as perguntas que julgarem necessarias para o descobrimento da verdade, nos termos dos artigos 1:057.º e 1:133.º da mesma Reforma, com o que se harmonisa o disposto no artigo 401.º, § 4.º, do Código do Processo Civil, a recusa da contradicta offerecida pela própria parte que produziu a testemunha, pôde importar a nulidade prevista no artigo 13.º, n.º 14.º, da lei de 18 de julho de 1855;

4.º Porque, embora a parte tenha a faculdade de prescindir da testemunha que nomeou, essa faculdade não equivale á

prestação do depoimento, sendo só então que pôde avaliar-se se ella falta á verdade.

SECÇÃO III

Do falso testemunho na audiência de julgamento

470. Um dos incidentes de maior importancia que não raro occorrem na discussão da causa é o falso testemunho. Muito da intento empregamos as palavras *falso testemunho*, não só porque são as de que usa o Código Penal na secção 6.ª do capitulo 8.º do título 3.º do livro 2.º, mas tambem porque o crime de *perjurio*, a que se refere a Novíssima Reforma Judicial, nos artigos 536.º, 1:064.º e 1:127.º, presuppõe a prestação de juramento, e as testemunhas que recusam prestal-o não deixam por isso de ser inquiridas, como dispõe o artigo 19.º do decreto n.º 2, de 15 de setembro de 1892 (1).

471. O crime de falso juramento pôde ser commetido fóra da audiência de julgamento e no decurso d'esta (2). Aqui tratamos d'esta ultimo.

472. Para que possa proceder-se á formação do auto de corpo de delicto e á captura da testemunha suspeita de ter commetido em audiência de julgamento o crime de testemunho falso, basta que a decisão do jury seja proferida por maioria absoluta, não se exigindo a maioria de dois terços de votos, como a Novíssima Reforma Judicial, em regra geral, exige no artigo 1:134.º (Nov. Ref. Jud., art. 535.º; Acta do conselho da Proc. Regia do Porto de 16 de agosto de 1843; Offi. do Proc. Geral da Coroa de 28 de outubro de 1843, transcriptos nas *Circulares* n.º 391 do Proc. Regia de Lisboa, e n.º 371 do Porto; *Manual do Ministerio Publico*, do auctor, vbo. «Perjurio») (3).

(1) Vid. *Bentham*, obra citada, livro 2.º, capitulo 6.º

(2) Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico*, 2.ª edição, vbo. «Perjurio».

(3) Sobre este assumpto veja-se o *Direito*, tomos 1.º, paginas 83; 2.º paginas 324; 9.º, paginas 338; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomos 4.º, paginas 402; 12.º, paginas 399 e 435; 18.º paginas 101 e 133; 25.º, paginas 103.—Vid. *acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* de 14 de novembro de 1873 (*D. do G. n.º 7*, de 1874), e 14 de março de 1876 (*D. do G. n.º 117*).

(1) *Primeiras Linhas sobre o processo civil*, nota 494, e *Primeiras Linhas sobre o Processo criminal*, § 195.º, nota (2).

(2) Tomo 97.º, paginas 8.

CAPITULO III

Da apreciação do depoimento das testemunhas no processo de julgamento

473. Se não é possível estabelecer *a priori* regras certas e precisas para apreciar e aquilatar o valor e procedencia dos depoimentos das testemunhas no processo preparatorio, se a prova moral é que principalmente actúa na consciencia do juiz instructor para formar a sua convicção, por maioria de razão este principio, que vae adquirindo fôros de axioma, prevalece no processo de julgamento com intervenção de jurados.

474. O jury, segundo a formula do seu juramento estabelecida no artigo 1.º 130.º da Novissima Reforma Judiciaria, que tem por fonte o artigo 312.º do Código de Instrução Criminal Francez, deve obedecer ás inspirações da sua consciencia, sem que a sua convicção esteja sujeita a regras preconcebidas.

475. Todavia convém advertir que os jurados não são omnipotentes. Vae longe a época da theoria da pretendida *omnipotencia* do jury, tambem denominada *epiedoso perjurio*.

Em França vogou por muito tempo a falsa theoria da supposta *omnipotencia* do jury. Antes de 1789 vigorava o systema da *arbitrariedade* para a maior parte dos crimes, ficando ao alvedrio do juiz a applicação da pena, segundo as suas inspirações pessoais. A assemblea constituinte, revoltada contra a exorbitancia do poder, proscreeu tão perigoso e infesto principio. Aconteceu, porém, o que quasi sempre succede com todas as reacções: cahiu-se no extremo opposto (1).

476. Seguiu-se o systema de *inflexibilidade*, adoptado pelo Código de 1791, que estatuiu penas fixas e invariaveis para cada infracção, sem embargo da infinita diversidade dos factos criminosos, da situação, moralidade e antecedentes do delinquente. A assemblea foi ainda mais longe: aboliu formalmente o direito de perdoar e commutar as penas, que foi restabelecido onze annos depois, no tempo do consulado, pelo Senatus-Consulto Organico de 16 thermidor, anno x.

(1) Morin, obra citada, vbo *Jury*; Lagrèze, obra citada, capitulo 2.º, § 1.º; Berriat-Saint-Prix, obra citada, n.º 317; Merger, obra citada, capitulo 16.º, § 1.º

Por virtude d'estas disposições inflexiveis, que vigoraram desde 1791 até 1802, quando o accusado era convencido do crime, mas parecia digno de indulgencia, o juiz tinha de optar entre uma condemnação exaggerada e uma absolvição completa. Esta alternativa tornou-se mais imperiosa durante as leis de 26 floréal, anno v, e de 29 niôse, anno vi, motivadas pelos roubos de estrada. O exaggerado rigor d'esta legislação applica a indulgencia do jury. D'aqui a pretendida *omnipotencia* (2).

477. O Código Penal de 1810, querendo evitar o perigo do escolho da invariabilidade da repressão, estabeleceu os limites maximo e minimo para a applicação da pena. O legislador fez uma especie de transacção entre o systema da *arbitrariedade*, que enthronisava a vontade do julgador, e o systema da *inflexibilidade*, que lhe limitava toda a liberdade de acção. Com a adopção d'este systema obviou-se aos inconvenientes dos systemas extremos (3).

478. A lei de 28 d'abril de 1832, estabelecendo as circumstancias attenuantes, que tornou extensivas a todos os crimes, modificou a severidade e rigor do Código. Mais tarde a pena de morte foi abolida nos crimes politicos por decreto de 26 de fevereiro e pelo artigo 5.º da Constituição de 4 de novembro de 1848, sendo tambem extincta a exposição publica pelo decreto de 12 d'abril do mesmo anno (4).

479. Se em França não tem razão de ser a pretendida *omnipotencia* do jury, muito menor fundamento pôde ter entre nós, onde a lenidade das penas e a sua graduada applicação não podem fornecer, sequer, remoto pretexto para o jury invadir as attribuições do legislador. Se cada decisão do jury, diz Lagrèze (5), fosse uma revisão do Código Penal, se o jurado tivesse a faculdade de postergar a lei, em vez de assegurar a sua execução, se lhe fosse licito substituir o seu arbitrio e capricho á sabedoria e previdencia do legislador, o mesmo valeria que permittir a accumulção das attribuições mais oppostas: a de declarar a existencia do facto e a de applicar a pena. Semelhante faculdade importaria a completa subversão da instituição do jury e o triumpho do arbitrio.

(1) Vid. anchoras citados na nota (1), ao n.º 476.

(2) Berriat-Saint-Prix, obra citada, n.º 317.

(3) Berriat-Saint-Prix, obra citada, n.º 317; Merger, obra citada, capitulo 15.º, § 1.º

(4) Obra citada, capitulo 2.º, § 1.º

480. A instrução contida no artigo 342.º do Código de Instrução Criminal Francez de que a lei não pede contas aos jurados dos meios pelos quaes adquiriram a sua convicção e de que a medida dos seus deveres se resume na pergunta seguinte: «*Tendes uma inteira convicção?*», é a mais completa demonstração da independência da consciência do jury, a qual nasce da certeza moral gerada no seu espirito acerca da culpabilidade do agente responsável por um facto criminoso.

481. Já se tem disputado se, sendo regra geral que os jurados devem decidir segundo as provas produzidas na discussão da causa, poderão também decidir conforme o conhecimento pessoal que porventura tenham do facto submettido á sua apreciação.

Em Inglaterra corre de plano que o jury tem plena liberdade para se determinar na escolha das provas geradoras da certeza, qualquer que seja a sua origem, uma vez que seja completa. Assim, os jurados podem descer do seu logar, depór como testemunhas e voltar a occupar o mesmo logar.

Entretanto em França é corrente a opinião contraria, considerando-se o uso que os jurados possam fazer dos factos conhecidos extra-judicialmente como uma infracção dos dois principios fundamentais, a publicidade dos debates e a liberdade da defeza.

Não pôde duvidar-se que, sendo consentanea á indole do jury a prova de consciencia⁽¹⁾, os jurados podem socorrer-se a qualquer genero de prova, que possa produzir a sua intima convicção, que é a resultante da consciencia, a qual, na phrase de S. *Tertuliano*, pôde ser obscurecida, mas não extinguir-se, porque emana de Deus: «*Potest obtenebrari conscientia quia non est Deus, extinguí non potest quia à Deo est.*»

TITULO III

Da prova litteral ou documental no processo de julgamento

482. No processo plenario ou de julgamento é admittida a prova por documentos, como resulta da expressa disposição do artigo 1:131.º da Novissima Reforma judiciaria.

(1) Vid. n.º 436.

Equal disposição propozemos nos artigos 270.º, 284.º e 312.º, § 1.º, do nosso *Projecto de Código do Processo Penal*.

483. Tem-se ventilado a questão da competencia do jury para conhecer dos factos e circumstancias da accusação, constantes de actos *authenticos* que fazem parte integrante do processo.

Os que se pronunciam pela incompetencia do jury para apreciar os documentos authenticos fundam-se em que os actos, de que estes fazem fé, devem considerar-se como se fossem conhecidos nos debates da causa e portanto não podem ser postos em duvida perante o jury.

Os que opinam pela competencia do jury dizem, que deve attender-se a que não se trata de contestar o teor e veracidade d'esses actos, que fazem fé em qualquer outro juizo, mas que perdem toda a sua força desde que estão sujeitos á apreciação do jury. A decisão dos jurados funda-se na sua intima convicção, que não pôde estar subordinada ás provas *legaes* (?), cabendo-lhes a facilidade de apreciar os actos enunciados nos documentos authenticos, como quaesquer outros elementos, que possam concorrer para gerar a certeza moral do facto ou circumstancia de que se trata. D'onde resulta que estes actos não importam mais do que uma presumpção, e que os factos n'elles enunciados podem ser contestados, não bastando que, quando constituem um dos elementos da accusação, sejam authenticamente provados, devendo ser declarados provados por decisão do jury (?).

A entrega das peças escriptas ao jury, permittida pelo artigo 341.º do Código de Instrução Criminal Francez e pelo artigo 1:132.º da Novissima Reforma Judiciaria, mostra evidentemente, que elle é chamado a apreciar a prova dos actos authenticos. Concorrendo as peças escriptas e os depoimentos das testemunhas, como um conjuncto moralmente indivisivel, para formar a convicção do jury, seria quasi sempre impraticavel sciindir a sua competencia (?).

(1) Vid. n.ºs 225, 351 e 427.

(2) *Fausin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 660.º; *Morin*, obra citada, vho. *Jury*, n.º 88; *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2:053.

(3) *Bonnier*, obra citada, n.º 623; *Morin*, obra citada, vho. *Jury*; *Lagrèze*, obra citada, capitulo 17.º, § 6.º

«Pertence ao jury a apreciação da materia de defeza, qualquer que seja ou venha a ser a decisão judicial em processo civil, pois que a prova substancial e legal n'este processo nada tem de commum com a prova moral e intrinseca da verdade dos factos, demonstrada sem sujeição a regras da de-

484. Segundo a nossa lei do processo penal, pôde duvidar-se se podem propôr-se ao jury quesitos sobre materia que esteja provada por documentos, em face do disposto no § 1.º do artigo 539.º da Novissima Reforma Judiciaria, applicavel ao julgamento dos processos criminaes pela determinação do artigo 1:127.º, visto como aquelle § manda separar os pontos de facto, que não se acharem provados por documentos, propondo o juiz o quesito sobre aquelles.

Entretanto afigura-se-nos que esta disposição comprehende unicamente os factos *materiaes*, attestados pelos documentos authenticos, como por exemplo a idade do delinquente ou da victima, e não os factos *moraes* de que resulta a culpabilidade d'aquelle (*).

485. Quanto á circumstancia aggravante da *reincidencia*, a jurisprudencia dos tribunaes francezes e a doutrina seguida e ensinada pelos mais insignes tratadistas do processo penal (*) é, que o jury carece de competencia para se pronunciar a respeito d'ella, devendo a prova fazer-se pela certidão da respectiva sentença condemnatoria transitada em julgado. A razão fundamental d'esta jurisprudencia consiste em que o facto da reincidencia não é jámais uma circumstancia aggravante da accusação, da qual é absolutamente independente, e não constitue por si só um delicto, visto como não é senão um facto moral, de que a lei deduz a prova de uma perversidade, em virtude da qual é aggravada a pena correspondente ao facto da nova accusação. Esta circumstancia relaciona-se com a moralidade e antecedentes do accusado e tem por fim estabelecer, não a sua culpabilidade, mas a sua respon-

sabilidade, a que, para effeitos criminaes, não é por modo algum vinculada a consciencia dos jurados.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 13 d'abril de 1859 (D. do G. n.º 115).

(1) A jurisprudencia estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:

1.º A certidão de idade dos réus, como prova preconstituída, não deve ser submettida á deliberação do jury, sendo a sua apreciação da privativa competência do juiz de direito.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 14 de dezembro de 1849 (D. do G. n.º 3, de 1850).

2.º Não é da competencia do jury a fixação da idade dos menores, a qual no caso de duvida ou impugnação, só pôde provar-se por certidão extrahida do respectivo registro publico.—Acc. do Sup. Tribunal de Just. de 27 de julho de 1859 (D. do G. n.º 139).

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 660.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2:071; *Merger*, obra citada, capítulo 14.º, n.º 5; *Haus*, obra citada, n.º 838.

sabilidade, e por conseguinte determinar a medida da pena (*).

TITULO IV

Da prova circumstancial ou conjectural no processo de julgamento

486. Se a prova *circumstancial* ou *conjectural* é de summa importancia no processo *preparatorio*, exerce igualmente grande influencia no animo do jury.

Os jurados, para preferirem uma decisão conscienciosa, tem de obterem aos impulsos da sua *intima convicção*. A prova forma-se de elementos diversos, que se contrastam e completam reciprocamente. Portanto, o jury pôde encontrar na prova denominada *artificial* poderosos elementos da sua convicção, para gerar a qual é impossivel prescrever *a priori* regras fixas (*).

Para guiar o jury no exame e apreciação dos *indícios* ou *presumpções*, reportamo-nos ao que escrevemos em os n.ºs 235 a 259 e 369 a 384.

TITULO V

Da prova vocal no processo de julgamento

487. Findos os depoimentos oraes das testemunhas, se farão aos réus, sob pena de nullidade, novos interrogatorios, acerca dos quaes se observará o que se acha disposto no ar-

(1) 1.º *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 660.º; *Merger*, obra citada, capítulo 14.º, n.º 5.

2.º Quando a reincidencia for articulada no libello, deve propôr-se um quesito ao jury em cumprimento da terminante disposição do artigo 1:148.º da Reforma Judicial.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 6 de junho de 1851 (D. do G. n.º 155), e 9 de novembro de 1880 (D. do G. n.º 32, de 1881).

Não podemos conformar-nos com esta jurisprudencia em face da disposição dos artigos 157.º, n.º 3, 539, § 1.º, e 1:127.º da Novissima Reforma Judicial. Desde que a querela ou o libello accusatorio seja instruido com a certidão da sentença que condemnou o réu por um crime da mesma natureza d'aquelle de que é accusado, antes de decorrido o prazo de oito annos, que são os factos constitutivos da reincidencia, nos termos do artigo 35.º do Código Penal, o jury não tem competencia para apreciar e decidir se está, ou não, provado um facto, cuja existencia consta de um documento.

(2) *Lagréze*, obra citada, capítulo 22.º, § 6.º—Vid. n.º 479.

tigo 1:068.º a 1:071 e 1:140.º da Novíssima Reforma Judiciária.

488. Havendo diferentes co-réus no mesmo processo, o juiz pôde seguir no interrogatorio d'elles a ordem de precedência que julgar conveniente para o descobrimento da verdade ⁽¹⁾.

489. No artigo 335.º do nosso *Projecto de Código do Processo Penal* propozemos: «Sendo julgados ao mesmo tempo diferentes co-réus, as perguntas serão feitas pela forma prescripta no artigo 243.º, sendo interrogado em primeiro lugar o réu que tiver a parte principal no crime, fazendo o juiz recolher os demais réus à sala respectiva, nos termos do artigo 160.»

490. Nos interrogatorios dos réus na audiência de julgamento devem observar-se as regras indicadas nos n.ºs 31 a 66.

TITULO VI

Dos quesitos

CAPITULO I

Da proposição dos quesitos

491. A proposição dos quesitos relaciona-se com a materia das provas, porque é por meio d'elles que se estabelece a certeza moral da existencia do delicto e dos seus agentes responsáveis.

492. Findas as allegações do ministerio publico ⁽²⁾ e dos advogados, e, depois de interrogado o réu acerca do que queira allegar em sua defeza, o juiz resumirá o facto, fazendo d'elle e de todas as circumstancias um relatorio ⁽³⁾ simples e claro, em que apontará aos jurados com rigorosa imparcialidade as principaes provas, assim a favor como contra os réus, e lhes propondrá os quesitos por elle dictados em voz alta, es-

criptos pelo escrivão, e lidos publicamente pelo juiz (Nov. Ref. Jud., art. 1:044.º).

493. A proposição dos quesitos é uma das obrigações mais espinhosas e difficeis dos juizes ⁽¹⁾, é uma obra capital, na phrase de *Ortolan* ⁽²⁾.

A nossa lei do processo penal seguiu o systema francez de interrogar o jury por meio de quesitos acerca da materia da accusação e defeza, não se conformando com o systema inglez, segundo o qual o jury redige a sua decisão ⁽³⁾.

494. Os quesitos, resumindo a criminalidade quanto aos factos imputados ao réu e quanto ao grau de participação que n'elles teve, a materia da defeza e as circumstancias aggravantes e attenuantes, que precederam, acompanharam ou seguiram o crime, são como que a synthese do processo, e portanto é da maior relevancia que o juiz preste a mais accurada attenção a esta importantissima parte das suas attribuições ⁽⁴⁾.

495. Não podemos deixar de applaudir a pratica adoptada por alguns juizes de redigirem os quesitos no remanso do gabinete, longe do bulicio da audiência, desassombrados da impressão que as discussões prolongadas, por vezes ericadas de difficuldades e recheiadas de episodios e incidentes, não podem deixar de exercer no seu espirito, e livres da influencia de debates apaixonados, que não raro conturbam o animo mais calmo e sereno, sem prejuizo de adicionarem os factos e circumstancias, que emergirem da discussão da causa, ou de alterarem a redacção dos quesitos, quer seja por iniciativa

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, paginas 9, § 665.º

(2) Obra citada, tomo 3.º, n.º 2:315; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 665.º

(3) *Garraud*, obra citada, n.º 375.

(4) 1.ª Novíssima Reforma Judiciária, artigos 1:146.º a 1:151.º; *Código de Justiça Militar*, artigos 341.º e 342.º, n.ºs 4.º, 5.º e 6.º

11 Devendo os quesitos propostos ao jury ser os resultados obtidos pela apreciação das allegações da accusação e defeza, pela analyse do processo, peças que o instrum. e respostas do accusado, sem o que não pôde obter-se uma conclusão segura relativamente á solução do problema da certeza jurídica que se procura achar, e cumprido para se obter essa certeza, que os quesitos sejam submittidos á razão e consciencia dos jurados com a maior clareza possível, além da que as suas respostas marquem exactamente o valor da certeza obtida, e fixem a realidade dos factos relativamente á criminalidade do seu agente, com toda a evidencia possível, acompanhados ou isolados de circumstancias, ou aggravantes ou attenuantes, devem observar-se as regras estabelecidas nos artigos 1:146.º e seguintes da Novíssima Reforma Judiciária.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 25 de junho de 1852 (*D. de G.* n.º 161).

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 8.º, § 643.º

(2) Vid. o nosso *Manual do Ministerio Publico*, vbo. «Accusação».

(3) O relatorio foi supprimido em França pela lei de 19 de junho de 1861. Em Hespanha o juiz faz o relatorio (*Ley de enjuiciamiento criminal*, de 22 de dezembro de 1872, artigo 740.º). O sr. Moraes Carvalho propoz a suppressão do relatorio na Proposta da lei de 9 de julho de 1861.

própria, quer por viriude de reclamação das partes, nos termos do artigo 1.145.º da Novíssima Reforma Judiciaria e do artigo 343.º do Código de Justiça Militar.

498. Em França, segundo o Código de 1791 e o Código *brumaire*, anno IV, artigos 374.º e 377.º, não podiam propôr-se ao jury quesitos *complexos*, devendo a respeito de cada crime decompôr-se o quesito principal em perguntas, cada uma das quaes devia apresentar uma idéa simples, unica e independente de qualquer outra. Assim, o jury devia ser interrogado: 1.º, se o facto estava, ou não provado; 2.º, se o accusado era, ou não, convencido de o ter commettido ou coopeado para isso; 3.º, se tinha obrado voluntariamente; 4.º, se tinha obrado com intenção de prejudicar ou malfezer.

499. O orador do governo, *Faure*, na exposição de motivos do Código de instrução Criminal apresentado ao corpo legislativo em 29 de novembro de 1808, ponderou que, se este systema era muito complicado e causava graves embaraços aos homens dotados de memoria firme e costumados a trabalhos de contenção de espirito, este inconveniente mais se accentuava com os jurados recrutados indistinctamente entre os cidadãos de todas as classes. Este systema dava em resultado uma infinita divisão e subdivisão de perguntas, que em uma causa se elevou a 6:000.

O relator do projecto do Código de 1808, *Riboud*, observou na sessão do corpo legislativo de 9 de dezembro do mesmo anno, que a serie de perguntas metaphysicas era muito abstracta para os jurados, succedendo muitas vezes que uma pergunta, que não era senão a deducção da antecedente, causava embaraços, perplexidades e hesitações, dando origem a decisões incoherentes ou contradictórias.

No sentir do mesmo relator, a formula do quesito estabelecida no artigo 337.º do Código de instrução Criminal simplifica as perguntas e faz desaparecer a relativa á intenção. Esta formula diz assim: «O accusado é culpado de ter commettido tal homicidio, tal roubo, ou tal crime com todas as circumstancias comprehendidas no resumo do acto da accusação?» (1).

500. Esta formula envolve um quesito evidentemente *complexo*, porque o facto principal encerra, em uma unica per-

gunta, as quatro perguntas em que o Código *brumaire* o tinha decomposto. A resposta affirmativa do jury áquelle quesito importa implicitamente, que o jury reconhece: 1.º, que o facto está provado; 2.º, que o accusado o commetteu; 3.º, que o praticou voluntariamente; 4.º, com vontade culpavel. Além d'isto comprehende tambem as circumstancias aggravantes.

Este systema foi modificado pelas leis de 9 de setembro de 1833 e 13 de maio de 1836, que indirectamente permitiram a divisão dos quesitos (2).

501. Deve evitar-se, quanto possivel, a *complexidade* dos quesitos, para que o jury possa conformar o seu voto com a sua convicção e proferir uma resposta correlativa á pergunta sobre o facto de que está convencido (3).

502. São considerados quesitos *complexos*, no sentido grammatical, os que comprehendem duas idéas distinctas, duas circumstancias, ainda que sejam elementos do mesmo facto. A prohibição do quesito *complexo* não significa que o legislador quizesse scindir os factos, quer fossem ou não complexos, mas que os separou desde que eram distinctos. A *complexidade* sómente se verifica, quando o mesmo quesito contém dois factos, que podem provocar duas respostas, e que, sendo diversamente apreciados, podem conduzir a consequências differentes. N'este sentido o tribunal de cassação de Paris decidiu (4), que «quando dois factos distinctos são comprehendidos no mesmo quesito e o jury duvida de um e está convencido da existencia do outro, achando-se na impossibilidade de dar uma resposta sincera, obrigado como está a responder affirmativamente a uma dupla pergunta, da qual uma das partes lhe parece não estar provada, ou a responder por uma negação geral acerca de um dos factos que lhe parece juridicamente provado, n'este caso a divisão das perguntas ao jury é substancial e liga-se indissolavelmente á necessidade da manifestação da verdade.»

A unica razão d'esta divisão, diz *Faustin Hélie* (5) é assecurar a expressão do voto dos jurados sobre todas as circumstancias do processo, não se applicando senão ás pergun-

(1) *Morin*, obra citada, vhs. «Questions au jury», § 1.º; *Garraud*, obra citada, n.º 577.

(1) *Boitard*, obra citada, n.º 887; *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 672.º; *Morin*, obra citada, vhs. «Questions au jury», § 1.º; *Garraud*, obra citada, n.º 577; *Merger*, obra citada, capítulo 14.º, § 3.º.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 672.º; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 243; *Merger*, obra citada, capítulo 14.º, § 3.º.

(3) *Morin*, obra citada, vhs. «Questions au jury».

(4) obra citada, tomo 9.º, § 672.º

tas que reúnem factos, que, considerados isoladamente, cada um d'elles contém um elemento distincto de criminalidade.

501. A complexidade verifica-se sómente nos casos seguintes:

1.º Quando o mesmo quesito reúne dois pontos de acção distinctos e independentes um do outro;

2.º Quando o quesito se refere a muitos co-réus accusados ao mesmo tempo;

3.º Quando comprehende o facto principal e uma ou mais circumstancias aggravantes;

4.º Quando se conglobam muitas circumstancias aggravantes;

5.º Quando no quesito se confunde um facto de escusa legal com outra circumstancia (*).

(*) 1. *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 673.º; *Garraud*, obra citada, n.º 577.

2. A jurisprudencia seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça é a seguinte:

1. Os quesitos não devem ser complexos.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 23 de março de 1849 (*D. do G. e.º* 97), 9 de maio e 6 de junho de 1856 (*D. do G. e.º* 137 e 172), 21 de junho de 1859 (*D. de Lisboa* n.º 260), 23 de outubro de 1860 (*D. de Lisboa* n.º 257), 6 de agosto de 1861 (*D. de Lisboa* n.º 239), 20 de julho de 1862 (*D. de Lisboa* n.º 196), 20 de maio de 1870 (*D. do G. e.º* 134).

2. É apenas irregularidade ser o quesito complexo e comprehender mais de uma circumstancia aggravante.—Acc. de 8 de abril de 1881 (*D. do G. e.º* 149).

3. Não ha nullidade por se terem englobado em um quesito os differentes graus de embriaguez, e se esta era anterior ou posterior ao projecto de commetter o crime, uma vez que no mesmo quesito se pergunta em primeiro lugar se o réu estava ebrio.—Acc. de 29 de julho de 1881 (*D. do G. e.º* 90).

Consideramos infundadas e contrarias á boa doutrina as duas precedentes decisões do Supremo Tribunal de Justiça. É nossa opinião, que nunca se devem conglobar no mesmo quesito factos diversos e distinctos, ou um facto e uma circumstancia accessoria, porque, exprimindo o jury a sua decisão por um simples monosyllabo *sim* ou *não*, ou pela resposta succinta *está provado* ou *não está provado*—, pôde a resposta não ser a exacta expressão da sua decisão, que pôde ser simultaneamente *afirmativa* de um facto e *negativa* de outro facto, ou *afirmativa* de um facto e *negativa* de uma circumstancia accessoria, em opposição á decisão que se vence. Para evitar, pois, os graves inconvenientes do methodo synthetico na redacção dos quesitos complexos, e conjurar os perigos da impunidade ou de uma injusta repressão, a jurisprudencia dos tribunales francezes tem adoptado o systema de dividir os quesitos, contendo cada um d'elles um só facto e uma só circumstancia (6).

É esta a jurisprudencia que temos seguido no Tribunal Superior de Guerra e Marinha, entre outros, nos accordãos de 21 de junho de 1888 (Re-

(a) *Garraud*, obra citada, n.º 577.

502. Os quesitos *cumulativos* teem o vicio de *complexidade*. Quando no quesito se comprehendem cumulativamente dois factos distinctos ou duas circumstancias distinctas, que deviam ter sido separadas e que na redacção do quesito se uniram pela copulativa «e», começando por uma interrogação e terminando por uma simples enunciação, quanto ao resto, semelhante quesito é manifestamente *complexo*. Assim, por exemplo, em uma accusação por crime de falsidade e abuso de confiança em prejuizo da mesma pessoa, se no quesito se faz uma só pergunta, comprehendendo dois factos, este quesito é *cumulativo* e portanto *complexo*, porque contém duas proposições differentes. Do mesmo modo é *complexo* o quesito, se o jury fôr interrogado, se o accusado é culpado de ter commetido tal crime, acompanhado de tal circumstancia (*).

503. Verifica-se o mesmo defeito de *complexidade* nos quesitos *alternativos*, que comprehendem uma dupla pergunta feita sob fôrma alternativa, em vez de ser dividida em duas perguntas, uma *principal* e outra *subsidiaria*, ou que envolvem duas perguntas distinctas reunidas pela disjunctiva «ou», como se se perguntasse, se o accusado é *autor* ou *cumplice*.

O inconveniente da redacção d'estes quesitos é obvio, porque a maioria do jury pôde formar-se de duas minorias, respondendo affirmativamente sobre dois pontos differentes do quesito *alternativo*, de sorte que a decisão do jury envolve necessariamente uma incerteza (*).

504. Todavia a jurisprudencia do tribunal de cassação de Paris tem admittido os quesitos *alternativos*, quando cada um dos factos tem a mesma criminalidade e importa a mesma pena, como, por exemplo, nos crimes de contrafacção ou alteração de moeda, attentado ao pudor consummado ou tentado e outros (*).

505. Um principio geral domina esta materia: os quesitos

vista dos Tribunales, tomo 8.º, paginas 47), 30 de março de 1890 (*Revista dos Tribunales*, tomo 13.º, paginas 191), 14 de julho de 1892 (*Boletim dos Tribunales*, tomo 7.º, paginas 699).

(1) *Garraud*, obra citada, n.º 577; *Marin*, obra citada, vhs. «Questions au jury»; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 245; *Merger*, obra citada, capitulo 14.º, § 2.º

(2) *Garraud*, obra citada, n.º 577.

(3) *Faustín Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 673; *Marin*, obra e lugar citados; *Garraud*, obra citada, n.º 577; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 245.

tos devem ser redigidos com a maxima precisão e clareza, afim de se obterem respostas explicitas e terminantes, que habilitem os juizes do direito a fazer uma exacta e justa applicação da lei penal (4).

506. Os quesitos devem enunciar, em primeiro lugar, a moralidade do facto, isto é, o caracter moral do facto e a intenção do agente que o praticou. Este duplo elemento exprime-se pela palavra «culpado» (5). E' o que implicitamente se reconhece no artigo 1:155.º da Novissima Reforma Judiciaria.

N'este sentido redigimos o artigo 350.º do nosso *Projecto de Código do Processo Penal*.

507. Comtudo convém notar, que a palavra «culpado» não exprime senão a moralidade geral da acção, a intenção que presidiu ao acto, e não a moralidade especial caracteristica do mesmo acto. Não basta, pois, em alguns casos, perguntar se o accusado é culpado (ou se está, ou não, provado que o réu commetteu o crime), mas é mister acrescentar se elle praticou o acto com *conhecimento, scientemente, voluntariamente, fraudulentamente*, como nos casos de encobrimento, fornecimento de instrumentos para commetter o crime, subtracção fraudulenta e contrafacção de obras, previstos nos artigos 21.º, n.º 1.º, 23.º, n.º 1.º, 2.º, 4.º e 5.º, 421.º e 457.º do nosso Código Penal (6).

508. Em segundo lugar, os quesitos devem designar especificadamente o facto criminoso, de que o réu é accusado no libello, como estatue a formula do artigo 1:146.º da Novissima Reforma Judiciaria (7).

509. Os quesitos devem, em terceiro lugar, comprehender os elementos essencialmente constitutivos do facto crimi-

noso, em conformidade com o libello accusatorio (Nov. Ref. Ind., art. 1:147.º; Cod. de Just. Mil., art. 342.º, n.º 1.º) (8).

510. Todos os tratadistas do processo penal concordam em que, em regra, os quesitos devem ser conformes à parte dispositiva do despacho de pronuncia, ou accordão, transitados em julgado, em harmonia com o qual deve ser deduzido o libello accusatorio (9).

511. A formula do quesito acerca do facto principal, prescripto no artigo 1:146.º da Novissima Reforma Judiciaria, é a seguinte: «O crime de que o réu F... é accusado no libello está, ou não, provado?»

Esta formula foi reproduzida com mais desenvolvimento no artigo 331.º do Código de Justiça Militar, nos termos seguintes: «O crime tal..., de que o réu Fudo é accusado, por haver (aqui se especificará o facto e todas as circumstancias), está provado?»

512. Segundo a jurisprudencia estabelecida pelo tribunal de cassação de Paris, a formula do quesito decretada no artigo 337.º do Código de Instrução Criminal, não é sacramental, para ser seguida literalmente, bastando que se reproduzam todos os pontos da accusação, com os seus elementos constitutivos, segundo a ordem que ao presidente parecer mais conveniente, podendo empregar-se expressões diferentes das adoptadas no libello, contanto que sejam equipollentes (10).

(1) 1.º Accordões do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de abril de 1886 (D. do G., n.º 121), 6 de março de 1880 (D. do G., n.º 116), 7 de maio, 6 de junho e 15 de outubro de 1881 (D. do G., n.º 128, 181 e 195), 15 de julho de 1882 (D. do G., n.º 178), 23 de agosto de 1887 (D. do G., n.º 198), 20 de maio de 1870 (D. do G., n.º 134), 29 de novembro de 1872 (D. do G., n.º 213), 2 de novembro de 1881 (D. do G., n.º 263), 11 de dezembro de 1883 (D. do G., n.º 178).—Vid. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, tomo 25.º, paginas 14.

2.º Os quesitos formulados sobre factos não referidos no libello são nulos sem que esta nullidade affecte o processo na parte relativo aos demais crimes articulados e propostos ao jury.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 3 de novembro de 1883 (D. do G., n.º 372).—Vid. o accordão de 14 de novembro de 1845 (D. do G., n.º 10, de 1842).—Acc. do Trib. Sup. de Guer. e Mar. de 22 de março de 1888 (*Revista dos Tribunaes*, tomo 8.º, paginas 351).

3.º O facto criminoso não pôde ser qualificado no processo de um modo vacillante e confuso, invocando-se incriminações distinctas na querela, no despacho de pronuncia, no libello e na sentença.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de outubro de 1859 (D. do G., n.º 15, de 1860).—Vid. *Diritto*, tomo 3.º, paginas 513.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 666.º; *Morin*, obra citada, vrb. «Questions au jury»; *Garraud*, obra citada, n.º 576.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 666.º; *Morin*, obra citada, vrb. «Questions au jury»; *Garraud*, obra citada, n.º 576.

(4) Jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça:

1.º E' impossivel a justa applicação da pena legal, faltando nos autos a competente decisão dos factos feita em termos precisos e claros.—Acc. de 20 de maio de 1870 (D. do G., n.º 134).

2.º E' impreterivel a necessidade de se formularem aos jurados quesitos de factos claros e adequados, e de se obterem respostas tambem claras e completas, sem o que é impossivel a justa applicação das leis aos casos occorrentes.—Acc. de 24 de fevereiro de 1871 (D. do G., n.º 87).

3.º Vid. os accordões do tribunal superior de guerra e marinha, em que fomos relator, de 27 de outubro de 1887 (*Revista dos Tribunaes*, tomo 7.º, paginas 62); e 21 de junho de 1888 (*Revista dos Tribunaes*, tomo 8.º, paginas 47).

(5) *Faustin Hélie*, obra citada, § 667.º

(6) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 667.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 1.º, n.º 401.

(7) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 668.º

mas não alterem essencialmente a qualificação do facto criminoso, não devendo comtudo os juizes alterar a qualificação legal dos factos, nem a substancia da accusação (1).

513. Effectivamente a substituição da formula do artigo 1:146.º da Novissima Reforma Judiciaria por outra mais explicita e comprehensiva do facto ou factos criminosos imputados ao réu, comtanto que não se altere a sua natureza, não é nullidade prevista no artigo 13.º da lei de 18 de julho de 1855.

514. A formula dos quesitos contida no artigo 1:146.º da Novissima Reforma Judiciaria é sobremaneira succinta e lacónica, não podendo actualmente satisfazer ás justas exigencias do moderno direito penal.

Os quesitos devem comprehender a criminalidade: 1.º, quanto ao facto imputado; 2.º, quanto ao grau de participação do agente.

Quanto ao facto, a accusação pôde versar sobre: 1.º, crime consummado; 2.º, crime frustrado; 3.º, tentativa; 4.º, actos preparatorios.

Quanto ao grau de participação, pôde referir-se a: 1.º, agentes directos, auctores; 2.º, agentes indirectos, cumplices; 3.º, encobridores.

515. No caso de crime consummado, que se verifica, quando o agente praticou a série de actos necessarios para a sua inteira execução (2), a formula do quesito é a estabelecida no artigo 1:146.º da Novissima Reforma Judiciaria.

Como dissemos, esta formula não é sacramental, podendo ser substituida por outra equivalente que não altere essencialmente a qualificação do facto criminoso (3).

516. Na redacção do artigo 350.º, § 1.º, do nosso Projecto de Código do Processo Penal adoptámos a ideia do artigo 357.º do Código de Instrução Criminal Francez, substanciando o facto material e a culpabilidade do agente.

A formula que propuzemos é a seguinte: «Está, ou não, provado que o réu N... é responsavel como auctor (ou como cumplice, ou encobridor, conforme fôr accusado) do... (Deve declarar-se o facto criminoso, especificando se são

actos preparatorios, tentativa, crime frustrado ou crime consummado)?»

517. No artigo 750.º da ley de enjuiciamiento criminal, de Hespanha, de 22 de dezembro de 1872, contém-se a formula comprehensiva da criminalidade quanto ao facto e quanto ao grau de participação do agente, que não se acha reproduzida na ley de 14 de setembro de 1882, por ter sido suspensa a intervenção do jury, actualmente restabelecido.

518. Sendo o réu accusado de crime frustrado, o quesito deverá comprehender, nos termos do artigo 10.º do Código Penal, todos os actos de execução praticados com intenção pelo agente, e que deveriam produzir como resultado o crime consummado, sem que todavia este se realisasse por circunstancias independentes no alheias da sua vontade.

A formula do quesito deverá ser: «Está, ou não, provado que o réu N... (por exemplo em crime de homicidio) desfechou a espingarda contra N..., verificando-se a explosão, e não acertando a pontaria, porque N... lhe desviou o braço no acto em que o réu deu o tiro?»

519. Imputando-se ao réu a tentativa de algum crime, deverão ser incluídos no quesito os factos que a constituem, especificando sempre o começo da execução (4) e declarando que a suspensão d'esta não proveio da vontade do réu, mas de circunstancias estranhas a ella, nos termos do artigo 41.º, do Código Penal.

A formula do quesito é a seguinte: «A tentativa do crime

(1) No accordam do Tribunal Superior da Guerra e Marinha de 5 de abril de 1894, em que fomos relator, dissemos:

1.º Que começo de execução é todo o acto que pôde em perigo o direito especial, cuja violação directa constitue o fim do crime;

2.º Que o começo de execução é o inicio do proprio acto constitutivo do delicto, e não o principio nem mesmo a execução por completo dos actos preliminares conducentes á perpetração do delicto;

3.º Que o acto de desembarhar o sabre-bayoneta contra superior legitimo, sendo tal acto suspenso pela intervenção de terceiros pessoas, não importa um verdadeiro e caracterizado começo de execução contra a integridade pessoal do offendido, porque, embora o réu tivesse posto a sua actividade em acção, aquelle acto preliminar não pôde equivaler a ter incluído o acto do delicto, porque desde a pratica d'este acto até á sua consummção mediava ainda um intervalo, em que podia dar-se o arrependimento e a desistencia voluntaria;

4.º Que o referido acto de desembarhar o sabre-bayoneta pôde ser considerado, ou como simples ameaça, sem disposição de offender, ou como offensa corporal, havendo emprego de arma, nos termos do § 1.º do artigo 81.º e artigo 82.º do Código de Justiça Militar, conforme se verificou pela discussão da causa.

(1) Faustin Hélie, obra citada, tomo 9.º, § 666.º; Morin, obra citada, vbs. «Questions au jury»; Garraud, obra citada, n.º 576.

(2) Garraud, obra citada, n.º 117; Haug, obra citada, n.º 387.

(3) Faustin Hélie, obra citada, tomo 9.º, § 666.º; Morin, obra citada, vbs. «Questions au jury»; Garraud, obra citada, n.º 576.

(tal), de que o réu N... é accusado, está, ou não, provada? — Esta tentativa teve começo de execução, e não deixou de ser consummada senão por circunstancias independentes da vontade do réu? (Nov. Ref. Jud., artigo 1:450.º).»

520. As circumstancias qua caracterizam a tentativa devem ser comprehendidas no mesmo quesito, porque, como diz o accordo do tribunal de cassação de Paris, de 8 de setembro de 1863, «estas circumstancias não constituem, tomadas separadamente, perguntas principaes que possam ser objecto de um quesito distincto e separado, mas são elementos legaes e necessarios, cuja reunião só pôde caracterisar a tentativa do crime, que a lei assemelha ao proprio crime. Por conseguinte, estas circumstancias devem ser propostas ao jury conjuntamente em um só quesito». Ellas devem ser enunciadas no mesmo quesito, porque, se o accusado fosse declarado culpado de uma tentativa sem que os caracteres d'esta fossem especificados, o facto, despidido da sua qualificação legal, não seria mais do que uma intenção; um projecto que não podia ser sujeito á repressão (*).

521. Se o réu fôr accusado de ter praticado actos preparatorios, o quesito deverá conter a indicação dos actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda começo de execução, nos termos do artigo 11.º do Codigo Penal.

522. Posto que, em regra, sómente deve propôr-se ao jury um quesito unico (essencialmente complexo) sobre a culpabilidade, contudo quando, nos termos do artigo 43.º, n.º 1.º, do Codigo Penal, os menores que, tendo mais de dez annos e menos de quatorze, tiverem procedido sem discernimento, deverá propôr-se ao jury um quesito separado e distincto, interrogando-o se o réu, praticando o facto imputado, obrou com discernimento (*).

Sendo negativa a resposta do jury, procede-se-ha em conformidade com o disposto nos artigos 48.º e 49.º do Codigo Penal.

523. Convém notar que, no sentir dos criminalista, dis-

cernir não é só julgar, e discernimento não é qualquer juizo. O discernimento não consiste unicamente em julgar em globo do bem e do mal. Discernir, diz D. Joaquim Pacheco (*), é, segundo o Dicionario da Academia, julgar com rectidão, distinguir uma coisa da outra pelas differenças que entre ellas existem. Discernimento é juizo recto, por meio do qual se distinguem as cousas differentes. A palavra «discernimento» presuppõe na pessoa do agente a luz que nasce das faculdades moraes, a luz sufficiente para que o agente tenha conhecido claramente o justo ou injusto dos seus actos. Para determinar a culpabilidade, deve attender-se, não á concepção que o seu agente tem das noções do justo em geral, mas em especial, isto é, ácerca do facto particular que faz objecto do processo. A questão do discernimento deve ser resolvida, não por um indicio isolado, mas pelo conjunto dos factos e do estado do agente, segundo uma convicção conscienciosa (*).

524. A lei, cobrindo o menor, desde a idade de sete a quatorze annos, com a presumpção da irresponsabilidade penal, embora declarado culpado pelo juiz instructor, exige necessaria e indeclinavelmente que o jury se pronuncie sobre o discernimento com que procedem, isto é, se elle teve uma justa comprehensão e fez uma exacta apreciação da gravidade do facto que praticou. Não basta interrogar o jury sobre a culpabilidade do menor, propondo-lhe um quesito sobre a voluntariedade do facto imputado, é mister submeter á sua apreciação a questão do discernimento (*).

525. Em regra, os quesitos devem ser propostos, segundo a formula prescripta no artigo 1:446.º da Novissima Reforma Judiciaria. Mas no caso do § unico do artigo 361.º do Codigo Penal, deve propôr-se um quesito ácerca da intenção (*).

526. Tem vindo em duvida, se o juiz deverá propor ao jury quesitos ácerca dos factos justificativos allegados por parte da defesa.

Segundo o direito penal francez, ha factos justificativos, considerados como causas dirimentes, ou excusas peremptorias e circumstancias attenuantes (*).

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 669.º

(2) A questão do discernimento, em conformidade e para os effeitos do artigo 73.º do Codigo Penal, resultando do estado moral da pessoa dos réus, e sendo humadamento positivo ou negativo de imputação, deve ser proposta em quesito especial ao jury.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 2 de novembro de 1864 (*D. de L. n.º 296*).

(1) *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I.º, paginas 154.

(2) *Oryolán*, obra citada, tomo 2.º, n.º 280 e 282.

(3) *Garraud*, obra citada, n.º 136, 131 e 578.

(4) Accordão do Supremo Tribunal de Justica de 2 de março de 1883 (*D. do C. n.º 250*); *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 667.º

(5) *Bertauld*, Cours de Code Penal et Leçons de Législation Criminelle, paginas 352 a 358; *Garraud*, obra citada, n.º 151; *Haus*, obra citada, n.º 775.

Os factos justificativos, que são os mencionados nos artigos 41.º, n.º 2.º, 44.º, 45.º, 48.º, 377.º e 378.º do Código Penal de 16 de setembro de 1886, devem ser submettidos ao exame e apreciação do jury em quesitos separados e distinctos (Nov. Ref. Jud., art. 1.449.º; Cod. de Just. Milit., art. 342.º, n.º 6.º) (1).

527. Segundo *Faustin Hélie*, os factos justificativos, que excluem a imputabilidade penal e a intenção do crime, não devem fazer objecto de um quesito especial, porque estão necessária e essencialmente encerrados e compreendidos na questão da *culpabilidade*, a qual deixa de existir, se aquelles factos estão provados. Assim, o accusado não é culpado, se na época da perpetração do facto se achava em estado de demencia, ou se nada mais fez do que obedecer a uma força irresistível, ou se estava no caso de legítima defeza. Pronunciar-se o jury acerca da *culpabilidade* do mesmo vale que pronunciar-se sobre o *facto justificativo*. Affirmar que o accusado é culpado do facto que lhe é attribuido importa o mesmo que repellar a excepção. A jurisprudencia, reconhecendo que a prova do *facto justificativo* aniquila o crime e estabelece a innocencia completa do agente, considerará inútil a proposição de um quesito especial a respeito d'este facto, que se confunde com a questão da *culpabilidade*.

Entretanto o mesmo insigne tratadista declara, que a jurisprudencia admite uma especie de transacção e não repelle a formação de quesitos especiaes acerca dos *factos justificativos*, citando em apoio d'esta opinião os accordãos do tribunal de cassação de Paris de 10 de janeiro de 1834, 22 de setembro de 1836 e 15 de junho de 1853 (2).

(1) Neste sentido proferiu o Tribunal Superior de Guerra e Marinha o accordão de 13 de abril de 1889, em que fomos relator, e no qual se diz: "Considerando que, exigindo o artigo 48.º do Código Penal para justificação do facto praticado em legítima defeza o concurso simultaneo da—agressão illegal em execucao ou imminente, que não seja motivada por provocação, offensa ou qualquer crime actual praticado pelo que se defende,—impossibilidade de recorrer à força publica,—necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a aggressão,—não se mostra que estes requisitos fossem individualmente desdobrados em quesitos diversos e distinctos, como era mister, a fim de se obterem respostas affirmativas ou negativas acerca da existencia de cada um d'estes factos, pois que bem podia succeder que algum d'elles se provasse e que não se verificasse o mesmo a respeito de outros." (*Revista dos Tribunaes*, tomo 10.º, paginas 56).

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 663.; *Chauveau e Hélie*, *Théorie du Code Penal*, tomo 2.º, paginas 383; *Legravereud*, *Législation Criminelle*, tomo 1.º, paginas 168; *Morin*, obra citada, vhs. *Justifications, Questions au jury*.

528. A lei do processo penal, reconhecendo que o facto imputado ao accusado deve ser examinado sob todos os seus aspectos, com todas as variações e com todas as circumstancias aggravantes e atenuantes que os debates da causa possam apresentar, admite uma especie de prorrogação de competencia, estabelecendo a proposição de quesitos *subsidiarios*, que podem modificar a criminalidade do facto e o grau de participação do agente (Nov. Ref. Jud., art. 1.451.º; Cod. de Just. Milit., art. 342.º, n.º 5.º).

529. Posto que o processo oral seja a continuação do processo escripto, contudo o juiz não está adstricto a aceitar as qualificações feitas no processo de instrução, devendo procurar conhecer e apreciar o valor moral dos factos para os submeter sob o seu verdadeiro aspecto ao exame e decisão do jury, obviando por esta fórma à impunidade.

A proposição dos quesitos *subsidiarios* tem por fim verificar a transformação que no decurso da discussão da causa se opera na accusação, o novo aspecto que os factos offerecem e as circumstancias que a modificam e completam (3).

530. A difficuldade, porém, consiste em separar clara e nitidamente os factos *modificativos* e os factos *novos*.

Sempre que os factos resultantes dos debates não são mais do que o complemento ou a rectificação dos factos enunciados no libello accusatorio, a simples reparação de um erro ou omissão, nenhuma objecção se offerece em se submeterem à apreciação do jury, visto como existe completa identidade entre estes factos e aquelles (4).

531. Do mesmo modo, um facto pôde ser encarado sob um novo aspecto, com um novo caracter e revestido de uma criminalidade menos intensa, o que não importa uma accusação nova, mas a continuação da mesma accusação, apenas modificada e reduzida ao seu verdadeiro valor. A qualificação *subsidiaria* está comprehendida na qualificação primitiva, pela regra de que o menos se comprehende no mais. A accusação modifica-se na formula, mas permanece a mesma na essencia. Assim, se o réu fôr accusado de crime consummado, pôde propôr-se um quesito *subsidiario* de crime frustrado ou de tentativa, conforme resultar da discussão, podendo

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 664.; *Garraud*, obra citada, n.º 376.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 664.

proceder-se da mesma forma, se fôr accusado como *auctor* e da discussão se mostrar que é *cumplíce* (Nov. Ref. Jud., art. 1:150.º e 1:151.º) (1).

532. Graves dificuldades, porém, podem occorrer, quando os factos emergentes da discussão da causa não são meramente accessórios, ou a simples modificação e complemento dos factos incriminados, mas factos novos e distinctos, que modificam e transformam a accusação.

Se os factos novos não são mais do que um accessório ou modificação dos factos primitivos, podem fazer objecto de quesitos *subsidiários*, como, por exemplo, no crime de roubo com violencias, em que pôde propôr-se um quesito sobre se foi committido com ferimentos voluntarios.

Se, porém, os factos novos não são uma simples dependência do facto imputado, mas inteiramente distinctos, constituem uma nova accusação, devendo n'este caso proceder-se nos termos do artigo 1:177.º da Novissima Reforma Judiciaria (2).

533. Em relação ao *grau de participação* do agente, os quesitos deverão especificar se é *auctor*, *cumplíce*, ou *encobridor*, nos termos dos artigos 20.º, 21.º, 22.º e 23.º do Código Penal.

534. Assim, se o réu fôr accusado como *auctor* (3) de certo e determinado crime, os quesitos deverão enunciar os factos elementares demonstrativos da participação *directa*, nas

diversas hypotheseas previstas nos artigos 20.º e 21.º do Código Penal.

535. Se o réu fôr accusado como *cumplíce* (4), ou da discussão da causa resultar este grau de participação *indirecta* ou *secundaria*, os quesitos deverão conter os factos indicativos da *cumplicidade*, nos termos do artigo 22.º do Código Penal.

A formula do quesito é a seguinte: «A *cumplicidade* no crime (*tal*) ou na tentativa do crime (*tal*), de que o réu F... é accusado, por haver (aqui o *facto* ou *factos demonstrativos da cumulicidade do crime*), está, ou não, provada?» (Nov. Ref. Jud., art.º 1:150.º, § unico).

536. Os quesitos deverão, pois, comprehender: 1.º, os factos que constituem o crime principal: 2.º, os factos que constituem a *cumplicidade legal*. Para ser considerado culpado, não basta ser declarado *cumplíce*, é mister ser julgado *cumplíce* de um facto punivel (5).

537. Sendo accusado um réu como *cumplíce* em um delicto, e, proposto pelo juiz o quesito relativo à *cumplicidade*,

(1) Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

1.ª A Novissima Reforma Judicial, distinguindo perfeitamente no artigo 1:150.º e § unico as duas competências dos jurados e dos juizes de direito, fixadas no artigo 119.º da Carta Constitucional, e fazendo a devida applicação d'ellas, impoz ao juiz a obrigação de incluir no quesito o facto ou factos demonstrativos da *cumplicidade*, e ordenou aos jurados no artigo 1:150.º, que incluíam na resposta a expressa declaração do facto demonstrativo da *cumplicidade* que achar provado: não devendo copiar-se no quesito as duas regras dadas nos n.ºs 4.º e 5.º do artigo 38.º do Código Penal, allás resultaria inversão das respectivas attribuições competencias.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 24 de fevereiro de 1871 (D. do G. n.º 87).—Concordam os accordios de 6 de junho de 1866 (D. de Lisboa n.º 172); de 23 de abril de 1861 (D. de Lisboa n.º 110); de 19 de dezembro de 1862 (D. de Lisboa n.º 17, de 1863); de 30 de novembro de 1872 (D. do G. n.º 998); de 17 de outubro de 1874 (D. do G. n.º 264).

2.ª Para que se possam formular quesitos adequados e obter do jury respostas claras, completas e coherentes, é necessário que tanto a accusação como a defesa articulem convenientemente a qualidade em que os réus foram pronunciados, ao menos com referência aos numeros dos artigos 25.º e 26.º do Código Penal.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 24 de janeiro de 1873 (D. do G. n.º 40).

3.ª Nos crimes de envenenamento um dos elementos essencialmente constitutivos da *cumplicidade* é saber o réu, que a substancia ou veneno podia servir e effectivamente servir para o crime.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 1873 (D. do G. n.º 121).

4.ª O jury deve explicar na sua resposta o facto ou factos demonstrativos da *cumplicidade* do réu, nos termos do artigo 1:150.º da Novissima Reforma Judicial: o que constitue um acto substancial para o descobrimento da verdade, e que muito affirma a justa decisão da causa.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 10 de julho de 1891 (D. do G. n.º 232).

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 689.º

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 681.º

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 681.º

(3) Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

1.ª Sendo accusados dois réus como participantes do mesmo facto material, o libello deve especificar quasi d'elles foi o auctor directo e immediato por acto physico, e qual o que o foi por acto moral para ser julgado, segundo o grau de participação, ou como co-auctor, conforme no artigo 25.º do Código Penal, ou como *cumplíce*, nos casos previstos no artigo 26.º.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de outubro de 1859 (D. de Lisboa n.º 15, de 1860).

2.ª Podendo os auctores de um facto ser, uns immediatos e outros mediatos, e dar-se varias e diversas relações, umas voluntarias ou espontaneas, outras necessarias, umas proximas, outras remotas, que modificam ou alteram a sua gravidade relativa, segundo a intenção; compondo-se a culpabilidade de dois elementos, o material cujos caracteres podem ser determinados, e o moral que, dependendo de uma apreciação especial em cada caso, não pôde sujeitar-se a uma determinação geral; a differente qualidade com que um agente é accusado destrói a identidade juridica e obsta a que se considerem as suas accusações como fundadas na mesma causa.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 19 de julho de 1861 (D. de Lisboa n.º 188).—Vid. accordio de 22 de abril de 1861 (D. de Lisboa n.º 110); de 18 de novembro de 1859 (D. de Lisboa n.º 15).

não é permitido ao jury declarar na sua resposta que o accusado é *auctor* do delicto, porque viria a ser condemnado por um facto de que lhe resultava uma imputação mais grave, que o jury lhe attribua e de que não podia defender-se.

Se, porém, o jury no segundo juíamento insistir em qualificar o como *auctor*, entendemos que o ministerio publico deve interpor recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, protestando previamente, nos termos do artigo 1:153.º da Novissima Reforma Judiciaria, pela nulidade da errada classificação do facto criminoso, o que influe na discussão da causa, conforme o disposto no n.º 14.º do artigo 13.º da lei de 18 de julho de 1855.

Emitindo esta opinião, é obvio que dissimulamos do parecer da illustrada redacção da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* (1) que, na hypothese sujeita, alvitra que o juiz deve annullar a decisão do jury como *injusta*, invocando para tanto a disposição do artigo 1:162.º da citada Reforma.

O preceito d'este artigo é um remedio extraordinario, facultando ao juiz para o caso em que as respostas do jury, embora regulares e completas, forem evidentemente *iniquas*, e que não pôde ampliar-se além da sua litteral determinação.

N'este artigo trata-se da apreciação da prova em materia de facto, em que a lei concedeu ao juiz um arbitrio illimitado para corrigir as decisões evidentemente iniquas do jury, ao passo que na hypothese controvertida tem de se apreciar simplesmente uma questão de direito.

538. Se o réu for accusado de *encobrimento* de qualquer crime, deverão mencionar-se nos quesitos os factos elementares indicados no artigo 23.º doCodigo Penal.

539. Tem-se ventilado a questão, se a coarctada do *calibé*, a que recorrem alguns réus, para concluir em a impossibilidade de commetter o crime que lhes é imputado, deve ser objecto de um quesito especial, ou se deverá julgar-se virtualmente comprehendida e negativamente respondida, quando fór affirmativa a resposta do jury acerca da culpabilidade do réu. Esta resposta é inteiramente exclusiva da possibilidade de se achar o réu em logar distante d'aquelle em que foi commettido o crime, e portanto parece que a omissão de um quesito especial sobre este objecto não importa nulidade insanavel, por não ser materia relevante que deva ser apreciada

pelo jury, o qual, se entendesse que o réu, ao tempo da perpetração do crime, se achava distante do logar em que este foi commettido, e, como assim, impossibilitado de o praticar, responderia negativamente ao quesito principal sobre a culpabilidade do accusado.

Entretanto, nem sempre tem sido uniforme a jurisprudencia a este respeito, e será porventura conveniente propor um quesito sobre esta materia, quando fór allegada.

A coarctada do *calibé*, diz *Achilles Morin* (2), é um facto justificativo: *purgatio criminis ex absentia*. Não ha melhor meio de defeza para o accusado, que possa provar, que na occasião em que o crime foi commettido estava em outra parte. O juiz, porém, deve exigir uma prova positiva com indicações precisas, porque o afastamento pôde ser apparente (3).

CAPITULO II

Da decisão e respostas do jury

540. Entregue o processo ao presidente do jury, o juiz mandará retirar o réu da audiencia e os jurados passarão á sala destinada para as suas decisões, da qual não poderão sahir senão depois de haverem dado a sua decisão (Nov. Ref. Jud., art. 1:153.º: *Projecto de Codigo do Processo Penal*, do auctor, art. 355.º) (4).

541. Discutindo-se na camara dos deputados de Franca o projecto que se converteu na lei de 9 de setembro de 1835, o relator, *Parant*, disse que a discussão anterior ao voto algumas vezes é inutil, mas em muitos casos é indispensavel, porque faz apparecer provas a favor e contra o accusado, resolve duvidas e tranquillisa a consciencia dos jurados, conclaindo por affirmar que está em vigor o artigo 344.º do Codigo de Instrução Criminal, que determina que os jurados delibera-

(1) Obra citada, vdo. *Alfaro*.

(2) Vid. *Benham*, obra citada, livro 5.º, capitulo 17; *Boletim dos Tribunaes*, tomo 7.º, paginas 641.

(3) Sendo a disposição expressa nos artigos 1:153.º e 539.º, § 6.º, da Reforma Judiciaria a incomunicação dos jurados com outras pessoas, a instituição do jury fica violada na sua essencia com a entrada do juiz na sala das deliberações d'aquelle, a chamamento do presidente, sem constar da acta, nem fazer-se publico qual foi o esclarecimento exigido e a resposta dada pelo juiz.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 21 de março de 1883 (D. de Lisboa n.º 57).

rão sobre o facto principal e em seguida sobre cada uma das circumstancias. Declaração semelhante fez na sessão de 29 de abril de 1836 o deputado *Hebert*, relator do projecto que foi convertido na lei de 13 de maio do mesmo anno, que estabeleceu o voto do jury por scrutinio secreto. O governo provisório da Republica Franceza estatuiu no artigo 5.º do decreto de 6 de março de 1848, que a discussão no seio da assembléa do jury é de direito (*).

543. Ao jury, como a qualquer collectividade, não pôde ser defeza a discussão dos assumptos submettidos à sua deliberação, podendo deixar de exercer este direito, se forem tão simples e claros, que tornem ociosa qualquer discussão. E' sobretudo nos assumptos complicados, depois de sessões prolongadas e fadigasas, depois de debates apaixonados, durante os quaes o jury não pôde ter presentes todos os factos e as diferentes circumstancias e provas produzidas por parte da accusação e da defeza, que a discussão se torna indispensavel para despertar a sua memoria e relembra pormenores acaso obliterados, afim de esclarecerem o seu espirito, habilitando-se a proferir uma decisão que deve ser a expressão da sua intima convicção (*).

543. No nosso *Projecto de Código do Processo Penal* propozemos o seguinte :

«Artigo 359.º Se algum jurado se não julgar habilitado para votar e carecer de ser esclarecido sobre a materia de algum quesito, poderá promover discussão e expor as duvidas que se lhe offerecerem.»

544. Uma das questões que se tem suscitado, e cuja solução não é facil, é a da competência ou incompetencia do jury acerca da qualificação do facto criminoso submettido à sua apreciação, isto é, sobre a criminalidade d'este.

Em these, o jury sómente pôde pronunciar-se sobre a existencia do facto e da intenção. Tudo quanto se afastar d'este ponto é alheio das suas attribuições, mas tudo o que é conconente a estabelecer ou a fazer desaparecer a culpabilidade, as circumstancias com ella connexas, que podem caracterisar o facto material, fazer conhecer a sua moralidade ou

modal-o de qualquer maneira, tudo isso é sujeito ao exame e apreciação do jury (*).

545. Segundo a legislação ingleza, os jurados são juizes supremos dos processos, o seu *verdict* é um verdadeiro julgamento, e na formula «*guilt*» ou «*not guilt*» comprehendem o facto e o direito e pronunciam sobre todas as questões suscitadas pela accusação, apreciando os factos da causa como o fariam os magistrados. A sua competencia é extensiva a todos os pontos do processo, que devem resolver.

Originando-se, porém, algumas questões difficeis acerca da interpretação e applicação da lei, o juiz, para remover este embaraço, é obrigado a explicar aos jurados a disposição da lei e a subministrar-lhes as noções juridicas necessarias para proferirem a sua decisão. Se, porém, apesar d'esta explicação, os jurados não se julgam habilitados para resolverem o ponto de direito, tem a faculdade de proferir um *verdictum* especial, especificando os factos que consideram provados e a questão d'elles emergente, cuja solução deferem ao tribunal (*cour*), devendo, depois do auxilio d'elle, deliberar de novo por meio de um *verdict* geral e definitivo (*).

546. Fundados n'esta legislação, a mór parte dos publicistas sustentam que a instituição do jury operou necessariamente a separação do facto e do direito (*). *Montesquieu* (*) disse: «O povo não é jurisconsulto; as modificações dos arbitros não lhes pertencem; é mister apresentar-lhe um só objecto, um facto e um só facto, e que só tenha de decidir se deve condemnar ou absolver». No mesmo sentido opinaram *Beccaria* (*), *Filangieri* (*) e *Pastoret* (*).

547. A assembléa constituinte seguiu identica doutrina, e, em todas as discussões relativas ao estabelecimento dos jurados, considerou como principio fundamental d'esta institui-

(1) *Foustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 659.º; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.ºs 1.º-942 e 2.º-969; *Boitard*, obra citada, n.ºs 843 e 868; *Morin*, obra citada, vbo. *Jury*; *Cubain*, obra citada, n.º 231; *Merger*, obra citada, capitulo 14.º, § 1.º

(2) *Foustin Hélie*, obra citada, § 659.º, n.º 8.

(3) Os juizes de primeira e segunda instancia são juizes de direito, applicando a lei aos factos, sobre que os jurados tem pronunciado.—Decreto n.º 24, de 16 de maio de 1832, artigo 12.º, § unico.—Vid. *Accordos* do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de fevereiro de 1871 (D. do G. n.º 67); de 2 de março de 1883 (D. do G. n.º 56).

(4) *Esprit des lois*, livro 6.º, capitulo 4.º

(5) *Des delits et des peines*, § 7.º, ed. de 1856.

(6) *Science de la législation*, tomo 1.º, paginas 349 e 397.

(7) *Des lois pénales*, tomo 2.º, paginas 150.

(1) *Foustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 668.º; *Morin*, obra citada, vbo. *Jury*; *La-grèze*, obra citada, capitulo 12.º, § 4.º; *Garraud*, obra citada, n.º 582; *Berriat-Saint-Prix*, obra citada, n.º 257; *Merger*, obra citada, capitulo 15.º, n.º 3.

(2) Vid. auctores citados na nota (1).

ção a separação do *facto* e do *direito*, julgando-a como razão justificativa da sua competência e como a garantia mais eficaz de uma imparcial administração de justiça. O mesmo princípio foi exarado no artigo 9.º, capítulo 5.º, da constituição de 3 de setembro de 1791, nas leis de 16 e 29 do mesmo mez e anno, que contém a instrução sobre a deliberação dos jurados, na constituição de 5 *fructidor*, anno III, no Código de 3 *brumaire*, anno IV, na constituição de 22 *frimaire*, anno VIII, sendo o artigo 337.º do Código de Instrução Criminal redigido sob o imperio d'esta doutrina.

Nas discussões preparatorias d'este Código no Conselho d'Estado, depois de largo e instructivo debate sobre as attribuições do jury, em que tomaram parte *Faure*, relator, *Béranger*, *Cambacérès*, *Berlier*, *Trailhard*, *Regnaud*, *Bigot de Préameneu*, e o imperador *Napoleão*, assentou-se que ellas deviam circumscrever-se ao exame da culpabilidade, reconhecendo-se que eram do dominio do jury todas as circumstancias de facto, quer resultassem da accusação, quer dos debates, sem que todavia se desse nenhuma definição precisa do *facto* e do *direito*, nem se estabelecesse nenhuma delimitação exacta entre as attribuições dos juizes e dos jurados (?).

548. Da combinação dos textos dos artigos 337.º, 338.º, 342.º e 343.º do Código de Instrução Criminal Francez infer-se, que a lei deferiu ao jury a apreciação do *facto*, independentemente da sua qualificação legal, isto é, o facto com os caracteres do crime, taes como a lei o qualifica. Segundo a formula da parte final do artigo 342.º, a missão dos jurados não tem por fim a persaguiação ou a punição dos delictos, nem são chamados senão para decidir se o accusado é, ou não, culpado do crime que lhe é imputado. D'onde se infere que o jury é chamado, não só a declarar se o *facto* está provado, mas tambem se esse *facto* constitue o *crime* que faz objecto da accusação. A lei reservou aos tribunaes de *assises* (as *assises*) as questões puramente de *direito*, relativas á applicação da pena.

549. A este respeito diz *Faustin Hélie* (?): «O artigo 342.º, estatuinto as regras acerca das funções dos jurados, resumiu-as n'estas palavras:—A lei não lhes dirige senão uma unica pergunta, que é a medida dos seus deveres: «Ten-

des uma intima convicção?». E acaso não deverá deduzir-se d'este principio, que a competência do jury é essencialmente limitada ao conhecimento do *facto*? A certeza moral não pôde effectivamente versar senão sobre a existencia e moralidade do *facto*. Desde que se trata, não da apreciação do *facto* em si mesmo, mas das suas relações com a lei, da sua criminalidade relativa e legal, já não é a consciencia que pertence decidir, mas a sciencia do direito; já não é a intima convicção, mas ao raciocínio, á indução logica, á interpretação jurídica que incumbe resolver.

Não se trata já de uma simples operação do senso commun e da razão, mas da intelligencia esclarecida por noções especiaes. O artigo 344.º estabelece a base e ao mesmo tempo o limite da competencia do jury, que é extensiva a todos os factos da accusação, porque estes podem ser estabelecidos pela prova moral, mas de nenhum modo á relação d'estes factos com a lei, porque as questões suscitadas a este respeito não são resolvidas pela convicção intima, mas pela lei. O imperador *Napoleão* dizia na sessão do Conselho d'Estado de 8 *brumaire*, anno XIII: «Confia-se a juizes civis a decisão dos negocios tocantes á propriedade, porque o julgamento d'esta especie de contestações depende de regras, que formam uma sciencia particular que nem todos os cidadãos possuem; mas para pronunciar a respeito de um *facto*, não é mister mais do que o sexto sentido, isto é, a consciencia.» E na sessão de 9 de fevereiro de 1808 disse: «Não pôda duvidar-se que seria em extremo poderoso um juiz, que tivesse poder para pronunciar ao mesmo tempo sobre o *facto* e o *direito*.» A distincção entre os juizes de *facto* e os juizes de *direito* é da natureza das cousas (?).

550. Todavia o mesmo erudicto escriptor (?) não desconhece as graves difficuldades de extremar e delimitar as duas competencias do juiz e do jury, não duvidando affirmar que a distincção entre o *facto* e o *direito*, reconhecida em diversos accordos do tribunal de cassação, não é uma barreira entre o *facto* e o *direito*, que não possa transpôr-se, pois que não é facil traçar uma linha de demarcação sobre todos os pontos. A lei limitou-se a estabelecer o principio da divisão sem regu-

(1) *Loché*, tomo 24.º, paginas 443 e 611.

(2) Obra citada, tomo 9.º, § 871.º—Vid. *Morin*, obra citada, vbo. «*Jury*»; *Haus*, obra citada, tomo 2.º, n.º 820.

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.º, § 659.º

(2) Obra citada, tomo 9.º, § 659.º—Vid. *Boitard*, obra citada n.º 898.

lar a sua applicação, deixando á jurisprudencia a faculdade de fixar os termos nos casos occorrentes.

551. Esta regra, embora geral, não é, nem pôde ser absoluta, quer porque ha casos em que a distincção do *facto* e do *direito* não é possível, quer porque esta separação teria mais inconvenientes do que vantagens, quer finalmente porque a propria lei parece delegar algumas vezes ao jury o elemento do direito (2).

552. A separação do *direito* e do *facto* funda a dupla competencia do juiz e do jurado. Entretanto este principio, irrefragavel em theoria, offerece difficuldades na pratica. Em these, os quesitos devem ser propostos de modo que não contenham nenhuma questão de direito, que haja de ser resolvida pelo jury. Os jurados devem ser interrogados sobre os *factos*, que são os *elementos da qualificação legal*, mas não a respeito d'esta. As perguntas constantes dos quesitos devem versar sobre todas as circumstancias de que possa resultar uma questão de direito, mas de nenhum modo sobre se o *facto* attribuido ao réu constitue o *facto legal*, porque não lhes incumbe pronunciar-se sobre o *caracter legal* dos factos, nem acerca do sentido e do alcance da lei (3).

553. A decisão dos jurados a favor, ou contra os réus, volve-se pela maioria dos dois terços, e a sua declaração mencionará se houve unanimidade ou maioria (4), sem todavia exprimir o numero de votos (Nov. Ref. Jud., art. 1:154 °).

554. A declaração por unanimidade ou maioria será somente em relação ao *facto principal* do crime, e não ás circumstancias aggravantes ou attenuantes (Nov. Ref. Jud., art. 1:158 °) (5).

555. A formula das respostas (6) dos jurados está consi-

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.°, §§ 659.° e 671.°—Vid. *Boillard*, obra citada, n.° 888; *Morin*, obra citada, vbs. *Jury*, *Questions au jury*; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.°, n.° 2:069; *Haus*, obra citada, n.° 820 e 831.

(2) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 9.°, § 671.°; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.°, n.° 2:069.

(3) A decisão dos jurados por maioria, se não enfraquece a imputação, também e não fortalece no mesmo grau que a unanimidade.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 7 de maio de 1861 (*D. de Lisboa* n.° 130).

(4) Acórdãos do Tribunal Superior de Guerra e Marinha de 14 de julho de 1868 (*Revista dos Tribunaes*, tomo 8.°, paginas 253), e de 15 de fevereiro de 1890 (*Boletim dos Tribunaes*, tomo 5.°, paginas 366).

(5) Jurisprudencia do Supremo Tribunal de Justiça:

1 As respostas do jury devem ser precisas, especificadas, claras, completas e coherentes.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 23 de outubro de 1860 (*D. de G. n.° 257*); de 20 de maio de 1870 (*D. do G. n.° 134.°*); de 24 de feve-

guada nos artigos 1:155.°, 1:156.°, 1:157.°, 1:159.° e 1:160.° da Novissima Reforma Judiciaria.

Entretanto devemos fazer notar que na praxe dos tribunaes a formula relativa ás circumstancias aggravantes ou attenuantes prescripta nos artigos 1:156.° e 1:157.° não é observada, respondendo o jury separadamente a cada um dos quesitos, em que se comprehende cada uma das circumstancias.

reiro de 1871 (*D. do G. n.° 67*); de 24 de janeiro de 1873 (*D. do G. n.° 40*).

II A declaração feita pelos jurados acerca da falta de prova é definitiva e irrevogavel, não podendo ser desfeita pelos juizes de direito, sejam de primeira, sejam de segunda instancia, não tendo os primeiros a fazer outra coisa mais do que tirar da mesma declaração a sua conclusão, unica legal, a da immediata sultura dos réus.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 21 de dezembro de 1849 (*D. de Lisboa*, n.° 43, de 1850).

III Os juizes exorbitem dos limites das suas attribuições, pronunciando uma condemnação que não tem por base a explicita declaração do jury.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de agosto de 1854 (*D. de Lisboa* n.° 207).

IV Em materia de facto os juizes tem restricto dever de se conformar com as respostas dadas pelo jury aos quesitos respectivos.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 17 de janeiro de 1860 (*D. de Lisboa* n.° 57).

V Não é lícito aos juizes tomar os factos criminosos sendo nos precisos termos em que vêem caracterizados pelos jurados, conforme aos quesitos que lhes foram propostos, os quaes podem ser annullados por deficientes, mas nunca excedidos.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 27 de novembro de 1860 (*D. de Lisboa* n.° 936).

VI As sentenças devem ser sempre proferidas segundo as respostas validas do jury, e não segundo as suas respostas ou declarações impertinentes e nullas, que não invalidam os prejudicam as respostas validas, conforme o disposto nos artigos 1:147.° e 1:171.° da Novissima Reforma Judiciaria.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 29 de novembro de 1873 (*D. do G. n.° 293*).—Vid. a critica no *Direito*, tomo 5.°, paginas 159.

VII Sendo expresso no § 2.° do artigo 1:162.° da Reforma Judiciaria, que a decisão legal do jury é irrevogavel, depois dos jurados darem como provado o crime por que o réu foi accusado, já não é dado a nenhum tribunal annullar e tornar de nenhum effeito uma decisão de facto assim proferida.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 1 de maio de 1883 (*D. do G. n.° 19*, de 1884).

VIII A decisão do jury só é irrevogavel, quando proferida sobre factos qualificados crimes por disposição da lei.—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 18 de junho de 1884 (*D. do G. n.° 273*).

LIVRO III

Da prova no processo correccional e de policia correccional

TITULO I

Da prova no processo correccional

CAPITULO I

Disposições geraes

556. São julgados pelo juiz de direito em processo *correccional*, sem intervenção de jurados, os réus, a quem forem imputados crimes, a que corresponderem, separada ou cumulativamente, alguma das penas seguintes:

- 1.º Prisão correccional por mais de seis mezes;
- 2.º Desterro por mais de seis mezes;
- 3.º Multa por mais de seis mezes, ou até 1:000\$000 réis, quando a lei fixar a quantia;
- 4.º Suspensão de emprego por mais de dois annos ou sem limitação de praso;
- 5.º Suspensão dos direitos politicos por mais de dois annos (Decreto n.º 2, de 29 de março de 1890, artigo 3.º, n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º).

CAPITULO II

Des meios de prova no processo correccional

557. No processo *correccional* denominado processo *intermedio* ⁽¹⁾, são admittidos os meios de prova seguintes:

- 1.º Cinco testemunhas nomeadas na *queixa*, se o ministe-

(1) Vulgarmente dá-se-lhe no foro a denominação grotesca de processo de *galão branco*.

rio publico accusar somente, podendo ser produzidas seis, havendo parte accusadora, das quaes tres serão nomeadas por esta, e outras tres pelo ministerio publico. (Decr. n.º 2, de 29 de março de 1890, art. 3.º, § 2.º);

2.º Até cinco testemunhas por parte da defeza, podendo o réu produzir duas para cada facto, se allegar mais de dois factos. (Decr. cit., art. 3.º, §§ 2.º e 8.º);

3.º Documentos comprovativos da queixa e da defeza. (Decr. cit., art. 3.º, §§ 2.º e 8.º).

CAPITULO III

Da apreciação da prova no processo correccional

555. Está profundamente arraigada no animo de muitos magistrados e juriconsultos a crença de que os juizes, quando julgam em materia de *facto*, sem intervenção de jurados, estão adstrictos ás regras inflexiveis da *prova legal*. Esta idéa tem tido livre curso e exerce grande predominio em muitos espiritos illustrados.

A esclarecida redacção da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* diz (*): «O juiz que tem de julgar da prova do facto e de applicar o direito ao facto, deve decidir quanto ao facto pelas provas legais, e não pelas provas moraes ou pelos dictames da sua consciencia, pois a lei, quando prescreve as diferentes especies de provas e determina o valor de cada uma d'ellas, não admite que o facto se julgue provado senão em conformidade d'aquellas provas e do seu valor juridico. Permitir que o juiz julgasse pelos dictames da sua consciencia seria tomar a verdade subjectiva do julgador como criterio do justo, o que repugna com a exterioridade dos actos juridicos, ou arvorar a consciencia do julgador em tribunal infallivel de suas decisões, o que é absurdo.»

Proseguindo na sua argumentação, diz:

1.º Que o jury, como representante dos interesses da sociedade, julga mais da intenção criminosa do que da prova do facto criminoso, ao passo que o juiz, instituido para julgar da prova dos factos e applicar o direito, tem de seguir as prescripções da lei quanto á prova dos factos e applicação do direito;

2.º Que, consoante á idéa de que o jury julga da intenção, está o artigo 1:155.º da Novissima Reforma Judiciaria, definindo as attribuições do jury, enquanto nos artigos 1:251.º, § 5.º, e 1:255.º admite testemunhas da accusação e da defeza e contradictas, e manda escrever os depoimentos;

3.º Que, pelo que toca á força jurídica das provas, posto que uma unica testemunha não faz fé em juizo, excepto nos casos em que a lei o ordenar, nos termos do artigo 2:512.º do Código Civil, contudo, quando o depoimento fór acompanhado de outra prova, tal como documento, exame ou vistoria, ou presumpção grave, faz prova dos factos, como se vê dos artigos 2:512.º e 2:549.º do mesmo Código.

556. Se a convicção pudesse operar-se pelo peso da auctoridade, era por sem duvida mui grave a da distincta redacção da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*. Em que nos pese, porém, divergimos da opinião professada por esta auctorizada redacção.

Se o jury é o representante dos interesses da sociedade, o juiz togado representa por igual os mesmos interesses. A sua missão é fazer justiça: «*Fiat justitia, pereat, ut ne pereat mundus.*» O seu fim é o descobrimento da verdade, que é irmã gêmea da justiça, e por conseguinte tanto representam os interesses sociaes os magistrados togados, como os cidadãos momentaneamente investidos nas augustas funções de julgar.

Se muitas vezes o jury julga da *intenção*, outras vezes julga da *culpa* nos delictos meramente *culposos* (*).

557. Se a Novissima Reforma Judiciaria admite testemunhas de accusação e defeza e contradictas no processo correccional, e se essa especie de prova é admitida no artigo 3.º, §§ 2.º e 8.º, do decreto n.º 2, de 29 de março de 1890, que estabeleceu o processo correccional intermedio, tanto este decreto, como aquella lei são omissos acerca do modo como o juiz ha de apreciar a prova resultante dos depoimentos, dando, portanto, recorrer-se ás regras geraes de direito para apurar e determinar o seu valor.

558. Finalmente a asserção de que o *testemunho unico e isolado* só faz fé nos casos previstos nos artigos 2:512.º e 2:519.º do Código Civil fortalece a opinião que sustentamos, pois que raro succederá que não possa descobrir-se a existen-

(*) Código Penal, artigo 110.º

cia de outra prova ou indicio mais ou menos conexo com o facto delictuoso.

Entendemos, pois, que tanto os juizes de direito, como os juizes das Relações, quando conhecem da materia de prova, não estão adstrictos aos principios e regras estabelecidas pelos legistas medievaes, as quaes, se foram um fanal brilhante durante as espessas trevas d'aquelles tempos, não se coadunam com as idéas e progressos da sciencia da penaologia contemporanea.

562. Em materia penal, qualquer que seja a forma do processo de julgamento correspondente à infracção, não ha actualmente outra especie de prova senão a prova de *consciencia* ou de *convicção*, e os mais insignes tratadistas do processo penal são accordes em affirmar que, posto que o artigo 342.º do Código de Instrução Criminal Francez se refira ao jury, contudo este principio é egualmente applicavel aos tribunaes de simples policia e de policia correctional, com a só differença de que, enquanto o jury deve proferir um *verdictum* puro e simples, os juizes de direito devem expôr as razões fundamentaes da sua convicção, motivando as sua decisões e baseando-as nas provas admittidas pela lei (1).

563. Não desconhecemos que a opinião contraria à que seguimos é sustentada pelo eminente jurisconsulto *Mittlermayer* (2), que, depois de ter exposto com minuciosa sagacidade as vantagens da *prova moral*, parece inclinar-se a que esta prova, mais adequada à jurisdicção do jury, pôde offerecer perigos, quando a justiça criminal é exercida por juizes permanentes.

A esta grave auctoridade, porém, oppomos outra não de sômosen valia. Vejamos o que diz *Faustin Hélie* (3): «E' fora de duvida, que a prova resultante da intima convicção é a unica que pôde ser applicada à instituição do jury, mas nem por isso se segue que ella deva circumscrever-se a esta jurisdicção. Não ha dois modos de adquirir a certeza, um para os jurados e outro para os juizes. A certeza *moral* é, tanto para uns, como para outros, o *critérium* da verdade, e, por consequen-

te, deve ser o unico fundamento de suas sentenças. Os juizes permanentes exercem o officio de jurados (4) todas as vezes que pronunciam sobre a realidade dos factos ou sobre a sua moralidade, sendo portanto natural que, visto como desempenham as mesmas funcções, se sirvam dos mesmos meios. Não é em virtude da cultura da intelligencia do jury, em razão de suas luzes relativas, que o julgamento é confiado à sua propria convicção, mas porque esta convicção é o unico meio de conhecer a verdade, tanto quanto ao homem é permitido fazê-lo. Portanto, a mesma razão se applica ao juiz, desde que se trata, não de decidir um ponto de direito, mas de apreciar um ponto de facto.»

Em confirmação d'esta opinião cita differentes accordãos do tribunal de cassação de Paris (5).

564. Se a tendencia da natureza humana é para o bem e para a verdade, se o juiz tem por fanal a lei moral e por guia a propria consciencia, se aquella tendencia se fortalece no magistrado pela elevação das funcções que exerce, é forçoso admittir que a sua consciencia, mais severa e exigente do que em qualquer outro homem, que não está ligado pelo mesmo vinculo, é um poderoso elemento para attingir o descobrimento da verdade. A prova *moral*, que não pôde ser definida pela lei, que não tem base fixa, nem regras precisas, é a unica que pôde conduzir à certeza (6).

565. Todavia a lei estabelece algumas restricções à ampla faculdade que assiste aos juizes de apreciarem a prova da materia de facto.

Taes são os casos mencionados em o n.º 404.

566. Quaes são, porém, as prescripções da lei que regula as diversas especies de prova e determina o valor de cada uma d'ellas?

O alvará de 15 de julho de 1763 estatue que, nos conselhos de guerra, «só pertence aos juizes o *arbitrio* no exame das provas, para que cada hum as possa julgar conforme em-

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, §§ 342.º, 343.º e 344.º; *Morin*, obra citada, vhs. «*Preuves*», «*Témoins*»; *Ortolan*, obra citada, tomo 2.º, n.ºs 2296 e 2307; *Bonnier*, obra citada, n.ºs 281, 282 e 283; *Garrand*, obra citada, n.ºs 450 e 451.—E' tambem do mesmo parecer o *Direito*, tomo 2.º, paginas 301 e o *Boletim dos Tribunaes*, tomo 5.º, paginas 193.

(2) *Traité de la Preuve*, paginas 99, 133 e 135.

(3) Obra citada, tomo 5.º, § 344.º

(1) Nos casos em que não ha intervenção de jurados, e em que, nos termos da lei, são os juizes de direito não tão sômente os de primeira instancia, mas tambem os de segunda, os que substituem os jurados na apreciação das provas, não pôde ser considerada sentença abscisatoria, com execução prompta a favor do réu, a que ainda depende de confirmação por virtude do recurso legitimamente interposto.—Act. do Sup. Trib. de Just. de 21 de dezembro de 1849 (JL. do G. n.º 42, de 1850).

(2) Accordão do tribunal de cassação de 29 de julho de 1819, 10 de julho de 1819 e 12 de abril de 1824.

(3) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 5.º, § 343.º

«entender, que verificação ou não verificação bastantemente os delictos; e para que no caso de os não acharem provados o que «baste, possam absolver os réus que d'elles estiverem arguidos.»

E o alvará de 4 de setembro de 1765, artigo 7.º, determina «pertencer aos ditos conselhos de guerra somente o exame das «provas, ou para absolverem, não achando provados os delictos, ou para julgarem as penas determinadas pelas minhas «leis.»

567. D'estas disposições resulta, que a lei reconhece que compete aos juizes o *arbitrio no exame das provas, para que cada um possa julgar-as conforme entender*, não lhes prescrevendo regras fixas e invariáveis acerca da natureza e valor d'ellas, podendo absolver os réus, não achando provados os delictos, ou applicando as penas estabelecidas nas leis. Desde que a lei confia ao prudente arbitrio do juiz o exame das provas, desde que lhe confere a faculdade de *julgar-as conforme entender*, é força concluir que esse arbitrio dá margem para o juiz recorrer ás evoluções do raciocínio necessarias para aquilatar os factos e deduzir d'elles as conclusões que n'elles se contêm.

568. E não se diga que a verdade *subjectiva* do julgador se converte em criterio do justo. Na investigação da prova e na determinação e apreciação do seu valor juridico, o juiz não attende, nem pôde attende tão só á verdade *subjectiva*. O juiz que fôr testemunha presencial de um facto criminoso, que não possa ser comprovado por nenhuma especie de prova, não pôde de forma alguma condemnar o agente d'esse facto, baseando a sua decisão no conhecimento pessoal que tem do mesmo facto (1). O juiz julga *secundum allegata et probata* (2), mas a lei não precisa, nem especifica o genero ou especie de prova a que deve recorrer para produzir a sua convicção.

O jury conhece da existencia do facto *material* e conjunctamente da *intenção* ou *culpabilidade* do agente. Na determinação da responsabilidade criminal d'este tem de attende simultaneamente á *materialidade* do facto e á *culpabilidade* do seu agente responsável; o que vale o mesmo que dizer que os juizes de facto tem de conhecer e apreciar a prova de um fa-

(1) *Lagrèze*, obra citada, capitulo 14.º, § 6.º

(2) *Ibid.* n.ºs 306 e 307.

cto complexo: a *materialidade* do acto e a *intenção* ou *culpa* do presumido delinquente. E' o que resulta da disposição do artigo 1.º155.º da Novissima Reforma Judiciaria (1).

As mesmas attribuições devem competir aos juizes de direito quando conhecem e apreciam o facto sem intervenção de jurados. «Não ha dois modos de adquirir a certeza, um para os jurados e outro para os juizes.»

TITULO II

Da prova no processo de policia correccional

CAPITULO I

Disposições geraes

569. São julgados em processo de policia correccional os réus, a quem forem imputados crimes a que corresponde rem, separada ou cumulativamente, alguma das penas seguintes:

- 1.º Prisão correccional até seis mezes;
- 2.º Desterro até seis mezes;
- 3.º Multa até seis mezes, ou até 500\$000 reis, quando a lei fixar a quantia;
- 4.º Suspensão de emprego até dois annos;
- 5.º Suspensão dos direitos politicos até dois annos;
- 6.º Reprehensão;
- 7.º Censura (Decr. n.º 2, de 29 de março de 1890, art. 1.º).

CAPITULO II

Das meios de prova no processo de policia correccional

570. No processo de *policia correccional* são admittidos os meios de prova seguintes:

- 1.º Prova testemunhal, nomeando o ministerio publico, ou a parte accusadora, no verso do corpo de delicto, até o nu-

(1) *Faustin Hélie*, obra citada, tomo 3.º, § 658.º; *Morin*, obra citada, vbo. *Jury*; *Boissard*, obra citada, n.º 842; *Oriolani*, obra citada, tomo 2.º, n.º 2.º63; *Garrard*, obra citada, n.ºs 56, 77, 112, 195 e 125; *Bevilacqua-Saint-Prix*, obra citada, n.º 233; *Merger*, obra citada, capitulo 14.º, § 1.º

mero de tres testemunhas. (Nov. Ref. Jud., art. 1:251.º, § 1.º (1).

2.º Prova documental (2).

CAPÍTULO III

Da apreciação da prova no processo de policia correccional

571. As disposições dos n.º 549 a 559 são applicaveis á apreciação da prova no processo de policia correccional.

FIM

(1) Na pratica dos tribunaes são admittidas tres testemunhas em relação a cada facto. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, tomo 8.º, paginas 474 e tomo 17.º, paginas 471; *Directorio*, tomo 2.º, paginas 280.

(2) Posto que tanto a Novissima Reforma Judiciaria, como o decreto n.º 2 de 29 de março de 1890 sejam omissoes acerca da admissão da prova documental nos processos de policia correccional, é corrente no foro o uso d'esta especie de prova nos processos d'esta natureza, porque muitas infracções das leis penaes e transgressões de regulamentos de policia e de administração podem ser devidamente provados por documentos, e seria manifesto absurdo repellar a prova documental pelo desmesurada affecto á disposição literal dos artigos 1:251.º e 1:252.º da citada Reforma, que apenas mencionam a prova testemunhal á interpretação extensiva é sómente defeza para qualificar qualquer facto como criminoso, segundo o preceito do artigo 18.º doCodigo Penal, mas não podem nem devem restringir-se os meios de prova tendentes á verificação dos crimes, á representão dos seus agentes e á defeza d'aquelles a quem são imputados.

SYNOPSIS BIBLIOGRAPHICA

Obras citadas, com indicação dos nomes dos auctores

- Ayraud (Pierre)—L'Ordre, Formalité et Instruction.
 Bétime (W.)—Philosophie du Droit.
 Bellot—Rapport sur la Loi de Procédure Civile de Genève.
 Bentham (Jeremie)—Traité des Preuves Judiciaires, édition de et Dumont.
 Berriat-Saint-Brisz (Ch.)—Le Jury en Matière Criminelle, 3.ª édition.
 Bertoulet—Cours de Code Penal et Leçons de Legislation Criminelle ou Ré-
 positions Ecrites sur le Droit Criminel, 2.ª édition.
 Berlin—Des Reformes de l'Instruction Criminelle.
 Bocard—Leçons sur les Codes Penal et d'Instruction Criminelle, 7.ª édition.
 Bonnet—De l'Amélioration de la Loi Criminelle.
 Bonnier—Traité des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel, 2.ª
 édition et 3.ª édition.
 Bordeaux (Raymond)—Philosophie de La Procédure Civile, Mémoire sur la
 Réformation de la Justice.
 Briand (Jh.) et Brosson—Manuel Complet de Médecine Legal, 3.ª édition.
 Briand et Chaudé—A mesma obra, 7.ª édition.
 Chavrecau (Adolphe et Faustin Hélie)—Théorie du Code Penal, édition de
 Bruxelles, 1845.
 Castro (José Luciano de)—Legislação Eleitoral Annotada.
 Corrêa Telles (José Bonam)—Manual do Tabelião.
 Cubain (R.)—Traité de la Procédure devant les Cours d'Assises.
 D'Aquasaca—Oeuvres.
 Desquiron—Traité de la Preuve.
 Dias Ferreira (José Dias)—Codigo Civil Portuguez Annotado.
 Dutric (Gustave)—Mémorial du Ministère Public.
 Duverger—Manuel des Juges d'Instruction.
 Flouin, Trébuchet et Labat—Nouveau Dictionnaire de Police.
 Esmein—Histoire de la Procédure Criminelle en France.
 Farnacius (Prosp.)—Theorica et Practica Criminalis.
 Faustin Hélie—Traité de l'Instruction Criminelle.
 Ferrão (Francisco Antonio Fernandes da Silva)—Theoria doCodigo Penal
 applicada aoCodigo Penal Portuguez.
 Ferreira (Manoel Lopes)—Practica Judiciaria.
 Ferreira Borges (José)—Instituições de Medecina Forense.
 Filangieri—Oeuvres.
 Carraud (R.)—Précis de Droit Criminel, 2.ª édition.
 Garsonnet (E.)—Cours de Procédure.
 Gonçalves Osorio (José Fructuoso)—Apostamentos das Lições de Medecina
 Legal.
 Haas (J. J.)—Principes Généraux de Droit Penal Belge, 2.ª édition.
 Henrion de Pansey—De l'Autorité Judiciaire en France.
 Hofman—Nouveau Éléments de Médecine Légale.
 Jousse—Traité de la Justice Criminelle de France.

- Julius Clarus*—Sententiarum Liber V.
Krug-Basse—Da Officia do Juge en Matière Civile.
Lagrange (Gustave Basile de)—Droit Criminel a l'Usage des Jurés, 2.^{me} édition.
Lagrange Du Saulle—Traité de Médecine Légale, 9.^{me} édition.
Leveau—Vérification des Ecritures.
Levy Maria Jordão (Visconde de Paiva Manso)—Commentario aoCodigo Penal Portuguez.
 Ley de Enjuiciamiento Criminal de Hespanha de 22 dezembro de 1872 e de 14 de setembro de 1882.
Macedo Pinto (José Ferreira)—Tratado Elementar de Medicina Legal; Medicina Administrativa e Legislativa, Curso Elementar de Sciencias Medicas—Toxicologia.
Merger—Nouveau Manuel du Juré, 4.^{me} édition.
Mérin—Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence.
Mittermaier (G. J. A.)—Traité de la Preuve.
Molénas (Be)—Traité Pratique des Fonctions de Procureur du Roi.
Montesquieu—Esprit des Loix.
Morin (Achille)—Répertoire Général et Raisonné de Droit Criminel.
Muyart de Vouglans—Les Loix Criminelles de France.
Navarro de Paiva (José da Cunha)—Manual do Ministerio Publico, 2.^a edição, (1867); Projecto deCodigo do Processo Criminal (1874); Projecto Definitivo deCodigo do Processo Criminal (1882); Projecto deCodigo do Processo Penal (1886).
Nazareth (Francisco José Duarte)—Elementos do Processo Criminal, 4.^a edição.
Neves e Castro (Francisco Augusto)—Theoria das Provas e sua applicação aos actos civis.
Ortolan—Eléments de Droit Pénal, 3.^{me} édition, revue, complété et mise au courant de la législation française et étrangère par M. Albert Desjardin.
Pacheco (D. Joaquim)—ElCodigo Penal concordado y comentado.
Pereira e Souza (J. I. C.)—Primeiras Linhas sobre o Processo Civil; Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal.
Perez Furtado Gálvez (Januario)—Tratado Elementar de Medicina Legal.
Persin—Code du Jury.
Rogron—Code Pénal Expliqué.
Seregn—Da L'influence de la Philosophie sur l'Instruction Criminelle.
Sétiot—Manual de Medicina Legal, traduzido por Lima Leitão.
Sousa Cabral (Francisco)—Considerações sobre a Prova por Escriptos Particulares.
Tissot—Le Droit Pénal étudié dans ses Principes, dans les Usages et Les Loix des différents Peuples du monde.
Vibert (Ch.)—Précis de Médecine Légale, 3.^{me} édition.

INDICE SYSTEMATICO

	Paginas
Carta do ex. ^{mo} conselheiro Silva Amado	viii
Prologo	1
Livro I.—Da Prova em geral—Titulo preliminar—Leis substantivas e leis adjectivas	5
Titulo I—Considerações geraes	6
Titulo II—Divisão da prova	8
Titulo III—Da prova directa	16
Capitulo I—Considerações geraes	16
Capitulo II—Da prova vocal	17
Capitulo III—Da prova testemunhal	32
Secção I—Considerações geraes	32
Secção II—Das pessoas que podem ser testemunhas	35
Secção III—Das testemunhas defeituosas ou suspeitas	43
Titulo IV—Da prova indirecta	48
Capitulo I—Divisão da prova indirecta	48
Capitulo II—Da prova real	49
Capitulo III—Do corpo de delicto	49
Secção I—Considerações geraes	49
Secção II—Divisão do corpo de delicto	60
Capitulo IV—Dos exames technicos para a formação do corpo de delicto	64
Capitulo V—Dos exames technicos para a formação do corpo de delicto em certos crimes	70
Secção I—Homicidio	70
Sub-seção I—Levantamento do cadaver	71
Sub-seção II—Exumação do cadaver	75
Sub-seção III—Reconhecimento do cadaver	77
Sub-seção IV—Autopsia	78
Secção II—Envenenamento	81
Secção III—Infanticidio	86
Secção IV—Aborto	87
Secção V—Ferimentos e offensas corporaes	88
Secção VI—Crimes de incontinencia	93
Secção VII—Attentado ao pudor	93
Secção VIII—Estupro	99
Secção IX—Violação	102
Secção X—Arrombamento—Escalamento—Chaves falsas	103
Secção XI—Arranqueamento de marcos	104
Secção XII—Incendio	104
Secção XIII—Danno	105
Secção XIV—Falsidade de moeda—Notas dos Bancos Nacionais e Titulos do Estado	105
Secção XV—Objectos nocivos a saúde publica	105

Capítulo VI—Instrumentos do crime	107
Capítulo VII—Armas	110
Capítulo VIII—Dos objectos que serviram para a perpetração do crime, soffrerem modificação, ou servem para o reconhecimento do delinquent	113
Capítulo VIII—Da prova circumstancial ou conjectural	115
Secção I—Considerações geraes	115
Secção II—Indícios ou presumpções	119
Sub-seção I—Da natureza dos indícios ou presumpções	119
Sub-seção II—Classificação dos indícios ou presumpções	120
Capítulo IX—Da prova inoriginal	127
Título V—Da prova litteral ou documental	128
Capítulo I—Considerações geraes	128
Capítulo II—Da falsificação dos documentos	129
Capítulo III—Da prova casual	137
Capítulo IV—Certidões e copias de documentos	139
Livro II—Da prova no processo penal ordinario	141
Parte I—Da prova no processo preparatorio	141
Título I—Considerações geraes	141
Título II—Dos meios de prova no processo preparatorio	143
Título III—Da prova vocal no processo preparatorio	153
Título IV—Da prova testemunhal no processo preparatorio	153
Capítulo I—Considerações geraes	153
Capítulo II—Da inquirição das testemunhas no processo preparatorio	156
Capítulo III—Da apreciação da prova testemunhal no processo preparatorio	161
Título V—Da prova circumstancial ou conjectural no processo preparatorio	172
Capítulo I—Considerações geraes	172
Capítulo II—Da apreciação da prova circumstancial ou conjectural no processo preparatorio	173
Título VI—Da prova litteral ou documental no processo preparatorio	180
Capítulo I—Considerações geraes	180
Capítulo II—Crimes especiaes em que se exige a prova documental ou escripta	185
Capítulo III—Da apreciação da prova documental ou escripta no processo preparatorio	187
Título VII—Da apreciação das causas justificativas e das excusas no processo preparatorio	187
Título VIII—Da pronuncia	189
Capítulo I—Considerações geraes	189
Capítulo II—Dos requisitos da pronuncia	191
Parte II—Da prova no processo de julgamento	199
Título I—Considerações geraes	199
Título II—Da prova testemunhal no processo de julgamento	205
Capítulo I—Considerações geraes	205
Secção I—Considerações geraes	206
Secção II—Das testemunhas delictuosas ou suspeitas	208
Secção III—Do falso testemunho na audiencia de julgamento	211
Capítulo III—Da apreciação dos depoimentos das testemunhas no processo de julgamento	212
Título III—Da prova litteral ou documental no processo de julgamento	214
Título IV—Da prova circumstancial ou conjectural no processo de julgamento	217
Título VI—Da prova vocal no processo de julgamento	217
Título VII—Dos quesitos	218

Capítulo I—Da proposição dos quesitos	218
Capítulo II—Da decisão e respostas do jury	235
Livro III—Da prova no processo correccional e de policia correccional	243
Título I—Da prova no processo correccional	243
Capítulo I—Disposições geraes	243
Capítulo II—Dos meios de prova no processo correccional	243
Capítulo III—Da apreciação da prova no processo correccional	244
Título II—Da prova no processo de policia correccional	249
Capítulo I—Disposições geraes	249
Capítulo II—Dos meios de prova no processo de policia correccional	249
Capítulo III—Da apreciação da prova no processo de policia correccional	250

REPERTÓRIO ALPHABETICO

DO

TRATADO DAS PROVAS

NO

PROCESSO PENAL

(OS NÚMEROS ARÁBICOS INDICAM OS NÚMEROS DA OBRA E NÃO AS PÁGINAS)

A

Aborto—Questões submettidas aos peritos, 178.—Se é punivel a tentativa d'este crime, consentindo a mulher grávida, 178, nota (1).

Ação criminal—Contra exactores fiscaes, 404, n.º 3.—Vid. *alcançe*.

Accusação—Quando é apenas uma modificação e não uma accusação nova, 531.—Vid. *factos—qualificação—quesitos*.

Actas—O poder judicial não tem competencia para exigir a entrega das que são relativas à eleição de deputados, 265.

Acto accusatório—E' apenas um programma da causa, 453.—Vid. *libello*.

Actos authenticos—Se o jury tem competencia para conhecer dos factos d'elles constantes, 483.—Vid. *copias authenticas—documentos—jury*.

Actos preparatórios—Como devem formular-se os quesitos a respeito d'elles, 521.—Vid. *quesitos*.

Adulterio—Quaes as provas n'elle admittidas, 295, n.º 4.º.—E' crime complexo, 433, nota ao n.º 404, n.º 4.º.—Vid.

Advogados—Quando depoem como testemunhas não são obrigados a revelar os segredos relativos à profissão, 85 a 93.—Vid. *testemunhas*.

Afilhações—Devem fazer-se-lhe perguntas, 32, nota.

Aggrava—Se compete do despacho que julga constituido o corpo de delicto, 123, 131, 135.—Vid. *corpo de delicto*.

Aliens—Quando não podem ser testemunhas, 79, n.º 1.

Alcançe—O dos responsaveis para com a fazenda publica não pôde ser relaxado ao poder judicial sem previo julgamento do tribunal de contas, 404, n.º 3.º

Alibi—Se deve ser objecto de um quesito especial, 539.

Alteração—Não se pôde fazer no objecto do crime, logar e vestígios d'elle, 145.

Alternativos—Não devem ser os quesitos, 508.—Em que casos a jurisprudência os admite, 501.

Ameaças—Quando constituem indício proximo, 350, n.º 5.º—O juiz deve indagar se leem relação com o crime, 393.

Amigos—Quando são suspeitos como testemunhas, 103, n.º 6.º

Arbitrariedade—Este systema de apreciação da prova é preferível ao da inflexibilidade, 417 a 420.

Arbitrio—O juiz tem algum nas suas decisões, 310; e sobre a natureza e numero das provas, 322.—Vid. *prudente arbitrio*.

Armas—O que são, 218 a 220.—Impropriamente assim chamadas, 221, 222.—Se os pans são considerados armas, 223.—Quando é que as pedras são consideradas armas, 224 a 228.—Os juizes de direito podem usal-as, 218, nota (1).

Arrancamento de marcos—Para a verificação d'este crime deve proceder-se a exame directo, sendo possível, 205.

Arrastio—Quando se faz nos bens dos funcionarios do ultramar pronunciados, 415.

Arruinamento—O que é, 198.—Deve proceder-se a exame directo para o verificar, 304.

Arte—A inquirição das testemunhas é uma arte, mas não a ha para descobrir a verdade, 340.

Artifício—Não deve ser empregado no interrogatorio para obter a confissão do réu, 55, 57.—Vid. *interrogatorio*.

Accidentais—Não podem ser testemunhas, 79, n.º 1.º

Atenção—O juiz instructor não deve usar d'ella no interrogatorio, 57. Vid. *interrogatorio*.

Atenção—E' um dos principaes deveres do jurado, 448.—Em que consiste ibi.—Não basta uma simples attenção, a lei exige uma attenção escrupulosa, 449.

Atentado ao poder—Em que consiste 181, nota (3).—Deveres dos peritos na verificação d'este crime, 181.

Atribuições—Do jury.—E' da formalidade do juramento que provem, 442.—Vid. *juramento, jury*.

Auctor—O despacho de pronuncia deve indicar este gran de participação do agente do delicto, 438, n.º 3.º—Os quesitos devem especificar este gran de participação, com declaração dos elementos de participação directa, 533 534.—Vid. *quesitos*.

Autoridade—Arbitraria.—Não tem o juiz instructor, 208.—Vid. *procedimento preparatorio*.

Amalgão—Das testemunhas.—Em que differe do interrogatorio, 341 a 344.

Audiencia—De julgamento.—Vid. *falso testemunho*.

Autographo—Vid. *caligraphia—falsificação*.

Autopsia—Regras acerca do modo como deve fazer-se, 165.—Deve comprehender sempre as tres cavidades ibi.—Vid. *cadaver—exhumação*.

Autor—Os formados pelas autoridades administrativas não equivalem a autos de corpo de delicto, 281.—Quaes os acreditados em juizo, até prova em contrario, 399.—Vid. *corpo de delicto*.

Autos de investigação—Nos crimes contra a saúde, equivalem a corpo de delicto, 214.—Vid. *saude publica*.

B

Bancos—Vid. *falsificação—notas de banco*.

Barbeteos—Deve evitar-se a sua intervenção nos exames de crimes de ferimentos, 149, nota (2), iv.—Vid. *sangradores*.

C

Cadaver—Exame n'elle, 165.—Vid. *autopsia—exhumação—identidade*.
Caligraphia—Diferentes especies d'ella, 281.—Causas da diversidade dos seus caracteres, 282, 284.—Vid. *falsificação*.

Cartas—São prova casual, 11, n.º 3.º, 293.—Sua importancia, 285.—Penalidades contra os que as supprimem, subtrahem ou abrem, 297.—Depois de apreheuidas pelo juiz instructor, perdem o caracter de cartas, 299.

Causas dirimentes—São os factos justificativos, 526.

Causas justificativas—Se o juiz instructor é competente para as conhecer e apreciar, 487.—Devem ser objecto de quesito especial, 527.—Vid. *factos—quesitos*.

Cavidades—Vid. *autopsia*.

Cemiterios—Deve n'elles ser sepultado o cadaver dos suicidas, 159.

Certeza—Kin que consiste, 312 314.—*Certeza mathematica*, 315.—*Certeza moral*, 315, 316.—Como se obtem, 317.—Condições da sua existencia, 318.—E' tanto para os juizes, como para os jurados, 562.—Vid. *prova*.

Certidões—Se se pôde obter dos interrogatorios de um co-reu 67.—Não pôde ser recusado ao ministerio publico a do corpo de delicto, 187.—Pôde, porém, ser recusada a parte do réu, 138.—Deve proceder-se a exame directo nas expressões injuriosas constantes do escripto 300.—Vid. *corpo de delicto*.

Cetura—Indícios da sua falsificação, 290, 291.—Vid. *falsificação*.

Chaves falsas—O que são, 201.—Idéas que se lhe associa, 202.—Chaves encontradas em mãos de pessoas estranhas, 203.—Deve fazer-se o exame directo n'ellas, 204.

Circunstancias—O que são, 131, 234.—Se o jury conhece das que constam de actos authenticos, 483.—Vid. *factos*.

Circunstancias agravantes—A da reincidencia prova-se pela certidão da sentença, sendo incompetente o jury para se pronunciar a respeito d'ellas, 484, 485.—A formula dos *quesitos*, prescripta na reforma não é observada, 556.—Não se exige declaração de unanimidade ou maioria, 554.—Vid. *quesitos*.

Circunstancias atenuantes—Não se exige declaração de unanimidade ou maioria, 554.

Colera—O juiz deve abster-se de a mostrar nos interrogatorios, 61.—Vid. *interrogatorios*.

Condição—E' facto criminoso, 377, n.º 3.º a 7.º

Competencia—A do juizo e da forma do processo como se determina, 124.—Do jury acerca da qualificação do facto criminoso, 641 a 552.—Quando se proroga, 528.—Vid. *qualificação—quesitos*.

Complexidade—Deve evitar-se nos quesitos, 499.—Quando se verifica, 500 a 503.

Complexos—Não devem ser os quesitos, 499.—Quaes são, 500 a 508.—Vid. *quesitos*.

Condenação—definitiva—Sua effeitos, 81.

Condenado—Deve ser ouvido, 34.—Pôde ser testemunha, 81.

Condições—do delicto.—O que são, 131.

Confissão—Quando depõem, não são obrigados a revelar segredos, 65 a 90.

Confissão—Sua importancia, 40, 42, 43, 44.—Condições que deve reunir, 41.—Se é indivisivel, 45, 47.—Se o delinquente a pôde retractar, 51.—Vid. *interrogatorios—perguntas*.

Conhecimento—pessoal—O juiz não pôde basear n'elle as suas decisões, 319, 568.

Consciencia—E' pela sinceridade d'ella que o jury decide, 440.—Vid. *intima convicção—prova*.

Contradictórias—Podem ser absolutas ou respectivas, 101.—Não tem limite a matéria d'ellas, não havendo injúria sem intensão offensiva, 466.—Como se provam, 467.—A parte pôde contradictar a testemunha que nomeou, 468, 469.

Contrafacção—Vid. *falsificação*.

Convenção—A do juiz deve ser razoavel, 317.—A prova de convenção de consciência ou é a unica em que os juizes e jurados baseiam as suas decisões, 440, 562 a 568.—Vid. *prova*.

Cópias autenticas—As dos telegrammas por quem são passados, 301.—Vid. *certidões—documentos*.

Corpo de delicto—O que é, 114, 119, 120.—Dificuldades de reunir todos os seus elementos, 118, 119.—Deveres dos delegados, 122.—Se é secreto, 125, 126, 137.—E por elle, que se determina a incriminação dos factos, a competência do jury e a forma do processo, 124.—A sua falta é nullidade insanavel, 127.—Quando o juiz procede, ou manda proceder à sua reforma, 128.—O juiz julga-o constituido, 129 a 132.—Qual o recurso do despacho, que o julgar improcedente, 132, 134, 135.—Se pôde passar-se certidão d'elle, 136, 137, 138.—Devem ser registados pelo escrivão, 129.—Directo e indirecto, 140.—Devem verificar-se os vestígios materiaes do crime, 141, 142, 143.—Deveres dos juizes nos corpos de delicto directos, 144, 145.—Como se formam os indirectos ou de facto transcuente, 147.—Como se suppre a falta n'elles, 148.—Vid. *aggravações—certidões—diligências—exames technicos*.

Crime—A sua existencia prova-se por meio de prova directa, 29, 240.—Vid. *prova*.

Crime consummado—O que é, 515.—Formula do quesito, 514, 515.—Vid. *questitos*.

Crime frustrado—O que deve comprehender o quesito, 518.—Formula do quesito, ibi.—Vid. *questitos*.

Criminalidade—Quando o facto a tem menos intensa, não é uma accusação nova, 531.—Se o jury é competente para conhecer d'ella, 514.—Vid. *qualificação—questitos*.

Calpabilidade—Como deve ser investigada, 305.—O jury decide soberanamente sobre a existencia d'ella.

Calpado—O que é, 497, 506, 507.—Vid. *questitos*.

Cumplido—Os quesitos devem especificar este grau de participação, 514, 523, 535.—O jury não pôde declarar na sua resposta, que o *cumplido* é auctor do delicto, 537.—Vid. *questitos*.

Completião—Os quesitos devem conter os factos que a constituem, 535, 536.—Vid. *questitos*.

Constituídos—Não devem ser, os quesitos, 502.—Vid. *questitos*.

Custas—Quando apprehendidos, como se procede, 205, nota (1).

D

Damnos—Verifica-se por exame directo, 307.

Declaração—A dos jurados não é sujeita a regras, 443, 446.—Como se vence, 553.—Vid. *jurados—jury—prova—regras*.

Indução—Quando se procede por meio d'ella, 374.—Vid. *indução*.

Defeza—A apreciação d'ella pertence ao jury, 433, nota (3).—Vid. *legitima defeza*.

Delito—Quanto mais grave, mais forte deve ser a prova, 332.—Vid. *crime*.

Delictos—Como se provam, 332.—Vid. *prova*.

Despoimento—da testemunha—Deve ser conciliante e concordante, 334.—Causas que n'elle podem influir sem animo de fallar à verdade, 363.—De feito por confusão, 379.—Vid. *inquirição—prova—testemunha*.

Deputados—Vid. *actas*.

Desacordos—Não podem ser testemunhas, 79, n.º 1.º

Despacho de pronuncia—Tambem se denomina de indicição, 411.—Deve ser fundamentado, 429.—Deve ser conforme à querella, 432.—fixar a natureza da incriminação e o grau de participação, ibi; e declarar se ha indícios sufficientes, ibi.—Vid. *direitos politicos—indícios—prova—pronuncia*.

Deveres—do juiz—No processo preparatorio, 303 a 308.

Deveres—dos jurados—445 a 448.—Vid. *jurados*.

Diligências—Podem os juizes criminaes de Lisboa e Porto fazer para complemento do corpo de delicto, 146.—Vid. *corpo de delicto*.

Discreto—Em regra, o jury não conhece d'elle, 544 a 549.—Dificuldades de extremar as competências do juiz e do jury, 550, 552.—Vid. *factio—jury—questitos*.

Directas politicos—A suspensão d'ellas resulta do despacho de pronuncia transitado ou julgado, 414.—Vid. *pronuncia*.

Discreto—Em que consiste, 523.—Deve propor-se em quesito especial ácerca d'elle, quando o reu for maior de sete e menor de quatorze annos, 524.—Vid. *questitos*.

Districto—Como se dá, 372, 373.—Vid. *contrafacção*.

Documentos—São admitidos no processo penal, 364, 326, n.º 2.º, 327, 398, 399, 404, 482, 567, n.º 3.º, 570, n.º 2.º.—Competencia do jury para conhecer dos factos e circumstancias constantes de documentos autenticos, 488.—Se podem propor-se ao jury quesitos sobre materia provada por documentos, 484.—A rejeição da prova-se por elles, 485.—Vid. *actas—cópias—jury—prova—questitos—reus*.

Domesticos—São testemunhas suspeitas, 103, n.º 4.º.—O que são domesticos, ibi.

E

Ecclesiasticos—Não são obrigados a revelar os segredos da confissão, 90.—Quanto aos factos de que teve conhecimento por outra via, deve depor, ibi.—Vid. *confessores*.

Evidencia—A dos reus prova-se por documentos, 431.—Vid. *discernimento*.

Escobridor—Este grau de participação deve ser declarado no despacho de pronuncia, 423, n.º 3.º.—E nos quesitos, 514, 516, 526, 539.

Entrada—Em casa, 197.—Vid. *questitos*.

Envenenamento—Regras para verificar a sua existencia, 167 a 174.—Vid. *questitos*.

Elementos—Os do crime devem ser comprehendidos no quesito, 509.

Escritamento—O que é, 199, 200.

Escrito—Deve apresentar-se o da pessoa, cuja letra ou assignatura se suppõe falsificada, 286.—Vid. *falsificação*.

Escreptos—particulares—Sua importancia no processo penal, 294.—Quando se procede a exame n'elles, 298.—Vid. *cartas—exame—falsificação—prova*.

Escritão—Não pôde ser testemunha, 79, n.º 6.º

Estupro—Regras para verificar a sua existencia, 185 a 193.—Vid. *exame*.

Extensão—Interna e externa, 15, 313.—Vid. *certeza*.

Excoiores—Vid. *alcance*.

Exame pericial—O que é, e qual o seu objecto, 149, nota (1).—Como deve ser feito, 150 a 153.—De sanidade, em que casos deve fazer-se, 181.—Vid. *corpo de delicto*.

Exames technicos—Vid. *autopsia—peritos*.

Excessos—Vid. causas justificatórias—factos.
Exhumação—Como deve proceder-se n'ella, 165.—Vid. *autopsia*.
Expiração—E' um facto criminalitivo, 394.—Vid. *fuga*.

F

Facto—Que deve provar-se, 17.—*Probatório*, 17, 22.—*Principal*, 22, 240, n.º 2.º—*Corroborativo*, o que é, 237.—*Informativo*, ibi.—Dificuldade de separar o facto do directo, 550, 552.—Esta separação existe depois da instituição do jury, 546 a 549.

Factos—O que são, 131, 234.—*Criminativos*—Quaes são, 377.—*Justificativos*, 526.—Se o juiz instructor é competente para conhecer d'elles, 407.—Quaes são, 526.—Devem ser objecto de um quesito, 527.—*Modificativos*—Dificuldade de os separar dos factos novos, 530, 531, 532.—*Factos novos*—Quando constituem uma nova accusação, 532.—*Informativos*—Ao juiz cumpre investigal-os, 493.—Vid. *accusação*—*questões*.

Facultativa—Deve passar certidão de obito, sob pena de desobediência, 161.

Falsificação—de documentos—Como deve proceder-se para verificar a sua existência, 265 a 292.—*De moeda, notas de Banco nacionaes e títulos do Estado*, 308 a 310.

Falso testemunho—Como deve proceder-se no que é commetido em audiência de julgamento, 472.

Fama publica—E' indício proximo, 250, n.º 10.º—Não é sufficiente para a pronuncia, de per si só, 392.—Vid. *indícios*.

Ferimentos—O que os peritos devem declarar nos exames, 177.—Diferença entre elles e as offensas corporaes, 177, nota (3).—Classificação d'elles, ibi, nota (3), n.º IV.—Questões propostas aos peritos, 178.—Vid. *offensas corporaes*.

Fôrma do processo—Determina-se pelo corpo de delicto, 124.—Vid. *corpo de delicto*.

Furto—Vid. *jurados*—*questões*.

Furo intimo—E' n'ella que se cumpre a maior parte dos deveres dos jurados, 448.—Vid. *jurados*.

Fulgente delicto—E' o momento mais proprio para apprehender o corpo de delicto, 113.—Vid. *corpo de delicto*.

Fraudulentamente—Casos em que é mister propor quesitos sobre se o agente do crime procedeu assim, 507.—Vid. *questões*.

Fuga—A do arguido é facto criminalitivo, 377, n.º 1.º, 394.—Vid. *expiração*.

Fuocionarios—do ultramar.—Vid. *arresto*.

G

Generos—avarizados ou corruptos.—Quando destruidos, os autos administrativos equivalem a corpo de delicto, 214.—Vid. *autos*.

Guardas dos cemiterios—Devem impedir as exhumações feitas contra os regulamentos.—Vid. *exhumações*.

H

Homicídio—A sua verificação de que é precedida, 164.—Vid. *autopsia*—*cadaver*—*exhumação*—*identidade*—*levantamento do cadaver*.

I

Identidade—A do cadaver como se verifica, 164, nota (9).—Vid. *cadaver*.
Incontinência—Crimes, 182.—Vid. *attentado ao pudor*—*estupro*—*violação*.

Indícios—O que são, 241.—Diferentes classificações, 245 a 259.—*Necessarios*, 246, 247, 248.—*Proximos*, 249 e 250.—*Remotos*, 251, 252.—*Criminativos*, 253.—*Justificativos*, 255.—Enumeração dos indícios, segundo o Código austriaco, 258.—A força dos indícios *phísicos e moraes* é variavel, 287.

Invenção—o que é, e como se procede por ella, 15, 289, 342, 315, 373, 374, 375, 376.—Vid. *dedução*.

Infanticídio—Questões relativas a este crime, 175, nota (2).

Inexatidão—Systema inconveniente na apreciação da prova, 418, 419.

Inhumação—A do cadaver deve fazer-se logo depois da autopsia, 162, nota (1), n.º 14.º

Inimigos—Os capitães não podem ser testemunhas, 79, n.º 1.º—O que são inimigos capitães, ibi, nota (3).

Injuria—Não se faz a testemunha, quando se contradicta, 466.—Vid. *contradições*.

Inocência—A do réu é presumptiva, 363.

Inquirição—A das testemunhas é uma arte, 340.—Como deve fazer-se, 341 a 344, 456.—Como deve redigir-se o depoimento, 345, 346, 347.—Vid. *depoimento*—*testemunha*.

Instrumentos—do crime—Deve proceder-se a exame directo d'elles, 216.—Diferentes classificações, 217.

Intenção—A culposa prova-se por meio de provas indirectas, 30.—Quando deve propor-se quesito a respeito d'ella, 425.—O jury pronuncia sobre ella, 544, 563.—Conhece d'ella e da culpa, 550.—Vid. *preve*.

Interprete—Não pode ser testemunha, 79, n.º 6.º

Interpretação—A extensiva é deferida em materia penal, 81.

Interrogatório—Qual o seu fim, 31, 39.—E' meio de instrucção e de defesa, 35, 39, 48.—Em que tempo deve ser feito, 32.—Deve fazer-se separadamente a cada co-reu, 50.—Regras a seguir n'ella, 49, 53, 58, 55, 57, 58, 60.—O juiz não deve usar de dissimulação, suggestões, promessas, injurias, ameaças, artifício, astucia, dolo, fraude ou cohera, 52, 53, 55, 57, 58, 60.—Se pôde fazer-se sobre factos de que o juiz tenha noticia extra-judicial, 62.

Verdade—certidão—*perguntas*—*respostas*.

Intima convicção—E' a base de todas as decisões criminaes, 46.—O *perdiziam* do jury é a livre expressão d'ella, 440, 443, 446, 474, 550.—Vid. *jury*—*verdictum*.

Inimigos—Não podem ser testemunhas, 74, n.º 1.º

J

Justiça—Sua missão no processo preparatorio, 302 a 308, 319.—Se tem arbitrio nas suas decisões, 310, 568.—Quando conhece da prova de facto, sem intervenção de jurados, não está adstrito á prova legal, podendo apreciar segundo a sua intima convicção, 473, 558 a 568, 571.—Vid. *arbitrio*—*intima convicção*—*conhecimento*—*prova*.

Justiça instructor—Sua missão, 302, a 308, 319, 497, 432.—E' arbitro do processo, 330.—Instruções para seu uso, 386.—Vid. *processo*.

Jurados de facto—São os jurados, 438, 545, 547, 548, 549, 557.—Vid. *deveres*—*directo*—*facto*—*jurados*.

Julgamento—Varia segundo a forma do processo, 434, 435, 556, 569.

Jurados—*Etymologia*—444.—Pronunciam sobre o facto, 438.—Decidem sobre a materialidade do facto, intenção e culpabilidade, 438, 439, 444, 544.

—Seus deveres estão summariados ao juramento, 445.—A maior parte d'elles cumpre-se no foro interno, 448.—Se podem apreciar a lei penal, 450.—Decidem pelos dictames da consciencia e intima convicção, sem sujeição a regras fixas, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 453, 474, 483, 486.—Se podem decidir segundo as provas extrajudiciaes que tenham, 481.—Se podem conhecer de materia constante de documentos authenticos, 483.—Podem apreciar a prova circumstancial, 486.—Podem discutir antes de votar, 541, 542, 543.—Não conhecem de questões de direito, 544 a 549.—As suas decisões como se vencem e o que devem conter, 553, 554.—Formula das suas respostas, 555.—*Atenção—decisão—direito—documentos—facto—lei penal—prova—qualificação—questões—respostas—veredictum.*

Juramento—do jurado—consubstancia a missão do jury, 438, 444.—Formula d'elle, 445.—O juiz deve deferir-o ás testemunhas, salvo se não professarem religião alguma, 539, n.º 2.º.—*Ver. jurados.*

Jury—Sua competencia, 549.—*Ver. jurados—testemunhas.*

L

Legítima defesa—Os seus requisitos devem ser desdobrados em quesitos diversos, 596, nota (1).—*Ver. defesa—factos.*

Lei penal—Os jurados não devem preoccupar-se com ella nas suas decisões, 450.

Leis—Seu objecto 1.—Substantivas e adjectivas, ibi.

Letra—*Ver. assinatura—calligraphia—falsificação.*

Levantamento—do cadaver—Como se faz, 155 a 158.—*Ver. cadaver.*

Libella—Como deve ser deduzido, 510.—*Ver. auto accusatorio.*

M

Majoria—*Ver. respostas.*

Mandante—O que deve estabelecer-se, quando um dos co-reus for indiciado como tal, e outro como mandatário, 433, nota (4), n.º III.—*Ver. quesitos.*

Marcas de fabrica—Quando é que a sentença do juiz commercial ou civil faz prova plena quanto ao facto arguido, 404, n.º 5.º

Médicos—Não são obrigados a revelar os segredos obtidos em razão da profissão, 85.

Memoria—A decadencia d'ella é causa de inexactidão do testemunho, 363, n.º 3.º

Menores—*Ver. discernimento.*

Ministerio publico—Não é simples parte litigante, 137.

Moeda falsa—*Ver. falsificação.*

Morte—Os peritos devem declarar a causa d'ella, 165.—*Ver. autopsia.*

N

Notas de Banco—*Ver. falsificação.*

Nulidade—É a falta do corpo de delicto, 127.—*Ver. corpo de delicto.*

O

Objectos—Deve proceder-se ao reconhecimento dos que serviram para se commetter o crime, soffreram modificação, ou servem para reconhecer o delinquent, 229.

Offensas corporaes—*Ver. ferimentos.*

Officiaes de policia judicial—São os administradores de concelho, 314.—*Ver. autos.*

Omnipotencia—Não a tem o jury, 475, 479.—*Ver. jurados.*

Operações judiciaes—Qual o seu fim, 312.—*Ver. certidão.*

Origem—das provas—é quasi infinita, 21.—*Ver. provas.*

P

Paciencia—É o primeiro dever do juiz, 449.

Perito—Como deve ser examinado para verificar a falsificação, 277 a 279.—*Ver. falsificação.*

Parteilas—Não são obrigadas a revelar os segredos profissionais, 86.

Partes—particularmente offendidas—não podem ser testemunhas, 79, n.º 2.º

Participante—do crime.—Não pôde ser testemunha, 79, n.º 3.º

Pausa—Quando são armas, 223.—*Ver. armas.*

Peça escripta—O jury pôde apreciar-as, 483.

Pedras—Quando são armas, 224 a 228.—*Ver. armas.*

Pena—*Ver. lei penal.*

Percepção—A imperfeição dos sentidos pôde influir na da testemunha, 363, n.º 1.º

Perguntas—Como devem ser feitas ao arguido, 52 a 54.—Conducta do juiz, quando o arguido recusa responder, 66.—A's testemunhas, 342 a 344.—*Ver. interrogatorio—respostas.*

Permissão—Admitte diferentes graus de força, sendo difficil apreciar a da testemunha, 364.

Perito—O que é, 149, nota (2).

Peritos—Os dos exames são nomeados pelo juiz, preferindo os mais habilitados, 149 e nota.—Como se procede, não os havendo dentro de uma e dentro de tres legoas, 152, 153.—Valor de suas decisões.

Pharmaceuticaes—Não são obrigados a revelar os segredos da profissão, 86.

Poderes discretionarios—Tem o juiz instructor, 138.

Policia correccional—Crimes julgados n'esta especie de processo, 569.

Formenores—Ainda os mais insignificantes não devem escapar ao juiz instructor, 304.

Provas—Podem ser testemunhas, 80 a 84.—*Ver. condemnado.*

Presumpções—Dividem-se em simples e legaes, 16, n.º 3.º

Probabilidade—É a base de todo o procedimento, 312.—É a medida da pronuncia, 427.

Processo—O que é, 2.—Fins a que tende, 4, 320.—*Processo preparatorio*—Sen fim, 306.—Missão do juiz instructor, 303, 308.—Seus principaes deveres, 304, 307.—Seu objecto, 311, 436.—*Processo oral*, 529.—Seu objecto, 436.

Processo correccional—Quando tem lugar, 556.

Processo de policia correccional—Quando tem lugar, 569.

Processos verbaes—O que são, 400.—Sua importancia, ibi.—São documentos authenticos, 401.

Professores—Os que exercem clinica estão sujeitos ao onus do serviço medico-legal, 153, nota (1), n.º III.

Pronuncia—O que é, 410.—Effeitos, 418.—Requisitos, 416.—É simples suspeita e não sentença condemnatoria, 421, 424.—Quando passa em julgado, 433, n.º 6.º nota (2).—*Ver. despacho de pronuncia.*

Prova—O que é, 8, 27, 28.—Sua importancia, 5, 7, 8.—Em que consiste a arte d'ella, 8.—Comprehende o facto principal, e o facto probatorio, 8, 17, 22.—*Prova pessoal*, 11;—*real*, 11;—*directa*, 11, 18, 239;—*indirecta* ou *circumstancial*, 11, 19;—por testemunhas, 11, 19;—escripturas, *caveas* e *preconstituídas*, 11, 233;—*documental*, 11;—de *emprestimo*, ibi;—testemunho

original, inoriginal, ínti—perfeitos, imperfeitos. 18.—Origem da *directa*, 20; da *indirecta*, 21.—*Directa*, encontra-se sempre na serie das *indirectas*, 22.—Força das *indirectas*, 24, 25, 26.—A intuição culposa prova-se por meio de provas *indirectas*, 30.—De consciencia, 440, 562.—O crime prova-se sempre por uma prova *directa*, 23, 240.—Meios de prova admitidos no processo penal, 336, 327.—*Prova tocata*—O que é, 31, 43, 328, 337.—Sua força probatoria, 43, 44.—*Prova testemunhal*—Sua importancia, 68, 69, 332.—No processo preparatorio, 330 a 334.—Apreciação d'ella no mesmo processo, 348 a 372.—no de julgamento, 473, 558, 563.—*Prova real*—Deduz-se do estado das cousas, 11, n.º 1.º, 223.—Toda a prova moral é *circunstancial*, ibi, n.º 2.º.—Diversas origens, 113.—*Prova circumstancial ou conjectural*—*E' indirecta*, 13, 111, n.º 2.º.—O que é, 233.—Só produz a convicção por meio de indução, 239.—Regras acerca da prova dos factos que formam a cadeia das provas, 240.—Sua importancia no processo preparatorio, 373 a 376.—Apreciação d'ella no mesmo processo, 378.—No processo de julgamento, 185.—*Prova litteral ou documental*—E' a melhor das provas preconstituidas, 14.—O que é, 281 a 281.—No processo preparatorio, 336.—Seu valor, 397.—Admittida no processo penal, 398, 399.—Crimes em que se exige, 401.—Apreciação d'ella, 405, 406.—Competencia do jury para a apreciar, 433.—O juiz não pôde mandar juntar ao processo prova documental offerecida pelo reu, 402.—*Prova legal*—A convicção do juiz não se subordina a ella, 46, 322.—O jury é incompatível com ella, 446.—*Prova moral*—Toda a prova é simplesmente moral e sujeita á apreciação do juiz, 325, 351, 405, 397, 410.—E' a base das decisões dos jurados, 413.—Não tem base fixa, nem regras precisas, 564.—Que mais actua na consciencia do juiz instructor, 473.—*Provas legaes*—Diferentes especies, 223, nota (2).—*Vid. juiz—jurados.*

Prudente arbitrio—O do juiz é preferível ao systema da inflexibilidade, 418, 419, 420.—Ao do juiz instructor pertence escolher a natureza e o numero das provas, 322.—e dos factos e circumstancias necessárias para a prova indiciaria, 387.—*Vid. arbitrio.*

Q

Qualificação—O juiz não está adstricto a aceitar a do processo de instrução, 525.—A *subsidiaria* está comprehendida na qualificação primitiva, 531.—Se o jury é competente para qualificar o facto criminoso, 544, 548, 552.—*Vid. competencia—criminalidade—questões.*

Queixa—Em que causa o despacho de pronunciação pôde atestar-se d'ella, 423, nota (1).

Questões—A sua proposição é obra difficil, 493.—O juiz deve prestar a maior attenção a este objecto e redigi-las no gabinete, 494, 496.—*Complexas*—O que são, 500, 501.—Não devem propor-se, 496, 499.—Inconvenientes da decomposição dos factos, 497.—A questão da culpabilidade vem a envolver um questão complexo, 498, 502.—Devem ser feitas com precisão e clareza, 505.—*Cumulativas*—São *complexas*, 502.—*Alternativas*—São *complexas*, 502.—Quando são admitidos, 504.—O que devem conter, 508, 508, 509, 536.—A que actos do processo devem ser conformes, 510.—Em alguns casos, é mister perguntar se o réu praticou o acto com conhecimento, scientemente, voluntariamente, fraudulentamente, 507.—Como devem formular-se nos casos de crime consummado, 515.—de crime frustrado, 518.—de tentativa, 519.—de actos preparatorios, 521.—Sendo o réu maior de dez e menor de quatorze annos, o quesito deve conter a pergunta sobre o discernimento, 522, 531.—O que é discernimento, 523.—Nos casos de ser o reu accusado como *auctor*, 534.—como *cumplice*, 535, 537.—como *encobridor*, 538.—Deve fazer-se quesito especial sobre factos *justificativos*, 525, 527.—*Subsidiarias*—Qual o seu fim, 539.—Difficuldade de separar os factos *modificativos* dos factos *novos*, 530, 532.—O facto encarecido sob novo aspecto mais leve não importa nova accusação, 531.—Quesito *subsidiario* sobre cri-

me frustrado, tentativa ou cumplicidade, ibi.—Quesito no caso da coarctação do alibi, 539.—Não devem conter quesitos de direito, mas só sobre facto de que ellas possam resultar, 552.—Formulas, 511, 514, 515, 516, 518, 519, 525, 532 a 537.—*Vid. competencia—factos—direito—intenção—jurados—qualificação—respostas.*

Questões de direito—O jury não conhece d'ellas, 544 a 549.—*Vid. direito—facto—jury—questões.*

Questões prejudiciaes—Suspendem o julgamento, 404, n.º 7.º

R

Reconhecimento—Como se faz o de cadaaver, 164, nota (3).—Da lettra, assignatura, signal, 275 a 282.—*Vid. autopsia—falsificação—identidade.*

Recurso—Qual cabe do despacho que julga constituido o corpo de delicto, 133, 134, 135.—*Vid. agravo.*

Regras—Não podem dar-se para apreciar o testemunho, 350.—Nem para as decisões dos jurados, 446, nem para a prova indiciaria, 387.—*Vid. decisão—pronunciação.*

Revelancia—Prova-se por certidão de sentença, 465.—*Vid. documentos.*

Registro—dos corpos de delicto—deve ser feito pelos escriptães, 139.

Relações—Os juizes d'ellas devem attender a que é perigoso anniquillar a obra do juiz instructor, 428.—Conhecem da prova para a pronunciação sem sujeição a regras, 490, 561.—*Vid. convicção.*

Relatorio—O do juiz o que deve conter, 492.

Reprovas—*Vid. contradicções.*

Responsabilidade criminal—Na sua determinação, a que deve o jury attender, 568.—*Vid. culpabilidade.*

Responsáveis—*Vid. alcance.*

Respostas—As do réu ás perguntas não devem ser precipitadas, 65.—Formulas das dos jurados, 535.—Devem declarar se a decisão foi por unanimidade ou maioria, 554.—*Vid. confissão—cumplice—interrogatorios.*

Retrações—E' admittida a da confissão, 51.—*Vid. confissão.*

Reu—Não pôde juntar documentos ao processo preparatorio, 402.—*Vid. prova.*

Reuho—O que é, 196.

S

Sala—São n'ella recolhidas as testemunhas, 337, 338.—*Vid. testemunhas.*

Sangradores—E' nullo o corpo de delicto com a intervenção d'elles. em crime de envenenamento, 149, nota (1), iv.—*Vid. barbeiros.*

Saudade—Quando deve fazer-se o exame d'ella e com que pena, 181.—*Vid. exame.*

Saudes publicas—Nos crimes contrarios a ella como se procede, 311, 312.—*Vid. autos.*

Secreto—Não é o corpo de delicto, 186, mas é o processo preparatorio, 321.—*Vid. corpo de delicto.*

Segredo—O de justiça é impossivel, 321, nota (3).

Subsidiarias—*Vid. questões.*

Soldados—Os seus cadaveres são sepultados nos cemiterios, 160.

Sommarie—E' dispensado, 148, nota (1).

Supremo Tribunal de Justiça—Não conhece de prova, 423, nota (1).—*Vid. relações.*

Suspeitos—Quaes são as testemunhas, 102 a 110.—*Vid. contradicções.*

T

Tabellão—Póde ser testemunha, 95, 96.

Tatagem—Deve descrever-se nos exames, 164, nota (2), n.

Tês—As testemunhas devem conservar-se dentro d'ella até á decisão do jury, 461.

Telegrammas—Vid. *copias authenticas*.

Tentativa—Vid. *questões*.

Testemunha—O que é, 70 a 78.—Quem o póde ser, 77.—Inhabéis para o ser, 78 a 80.

Testemunhas—voluntarias—não se admittem, 79, n.º 4.º—Vid. *sala-lêa*.

Testemunha—Sua importancia, 68, 332.—Disposição para crer, ibi.—Deve ser: *exatto e completo*, 333;—*concludente e concordante*, 334.—Quando faz fé, 365.

Tinta—Pó le ser indício de falsificação, 280.—Vid. *falsificação*.

Tribunal de Contas—Vid. *alcance*.

U

Ultramar—Vid. *funcionarios do ultramar*.

Unanimidade—Vid. *circumstancias aggravantes*—*circumstancias attenuantes*—*respostas*.

V

Valor—Qual o das declarações dos peritos.—Vid. *peritos*.

Verdade—A sua investigação é dever do juiz instructor 304, 308, 312.—Não ha arte para a descobrir, 340.—Obices para a descobrir, 349.—Critério d'ella, 432.—Vid. *arte*.

Veredictum—O do jury o que é, 443.—Vid. *jurados*.

Vestigios—Devem investigar-se, 112.

Violação—Regras para a sua verificação, 194.—Em que consiste, ibi, nota (2).

Viatoria—E' admittida no processo penal, 336, n.º 8.º

Voluntarias—Não se admittem as testemunhas, 79, n.º 4.º—Vid. *testemunhas*.