



JURY

(Estado de S. Paulo)

Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal de Recursos pelo Presidente Cunha Vasconcellos Filho, em 15 de setembro de 1963.

SÃO PAULO
TYP. ESPÍNDOLA, SIQUEIRA & COMP.—Rua Direita 10-A
1904

BIBLIOGRAPHIA

UM LIVRO SOBRE O JURY

O provector magistrado paulista dr. Firmino Whitacker, acaba de elaborar excellente monographia sobre a organização do jury, processo e recursos respectivos.

Durante os annos decorridos de 1869 a 1872, o estudo da instituição do jury tornou-se o assumpto predilecto dos juristas da Italia, da França, da Austria e da Allemanha. Na Italia, principalmente, foram estabelecidos diversos concursos, com premios valiosos, para a melhor monographia sobre este assumpto. Já tivemos occasião de referir-nos a este movimento, quando, incumbidos pelo governo deste Estado, fizemos o estudo das criticas feitas á pratica da instituição entre nós. Então, tivemos oportunidade de notar que uma commissão italiana, composta dos jurisconsultos Rotandi, Manfredi, Sacchi, Restelli, Cantoni e do historiador Cesar Cantu, dando conta dos trabalhos apresentados, comprazia-se do grande numero de concurrentes, prova, não só do progresso intellectual, como do patriotismo dos italianos. Dezesete trabalhos foram, em 1871, sujeitos ao juizo dessa commissão, todos buscando contribuir para as reformas legislativas; e, sommados estes aos dezeseis apresentados em 1870, vimos que trinta e tres monographias sobre o jury illuminavam a materia naquelle paiz, fazendo honra ao estudo da criminologia na terra de Beccaria e de Carrara. *Antiquissima Italarum sapientia.*

IV

O dr. Firmino Whitacker vem iniciar esse movimento. Seja bemvindo. É um dos mais considerados magistrados paulistas, forte pela intelligencia e pelo estudo, forte ainda pela experiencia. Elle pôde apreciar como esta instituição tem influído sobre os nossos costumes; elle pôde apreciar como a acção incessante deste instituto acabou por criar, neste Estado, os costumes que lhe são necessarios; elle pôde apreciar como esta instituição, mesmo mutilada, entrou nos nossos costumes; elle, como ODILON BARROT, se convenceu de que, em vez de aconselhar a suppressão dessa garantia constitucional, era preferível tornal-a mais conhecida e enraizal-a mais profundamente.

É um livro utilíssimo, em que muito aprendemos, em que muito se despertou a nossa memoria. Os originaes se acham no prélo, sob os cuidados do dr. José Maria Whitacker, irmão do auetor.

S. Paulo, 22 de fevereiro de 1904.

JOÃO MENDES JUNIOR.

INDICE

TITULO I

Jury e pessoal que o compõe

	Pags.
CAPITULO I—Jury, seus caracteristicos, suas attribuições e seu historico.	
1	
CAPITULO II—Pessoal de que se compõe o jury	
	10
<i>Secção I</i> —Jurados	
.....	
.....	
11	
<i>Secção II</i> —Juiz.....	
18	
<i>Secção III</i> —Accusadores	
§ 1.º—Accusador Publico	27
§ 2.º—Accusador Particular	84
§ 3.º—Auxiliar da Accusação	38
<i>Secção IV</i> —Defensores	
<i>Secção V</i> —Escrivães	
<i>Secção VI</i> — Officiaes de Justiça e Porteiros	50
	54

TITULO II

Actos que precedem ao plenario

CAPITULO UNICO—Convocação, sorteio e preparo dos processos para o jury	
.....	
.....	57

TITULO III

Actos que, no plenario, antecedem ao julgamento

CAPITULO UNICO - Reunião do jury e demais formalidades praticadas até o inicio do julgamento	60
--	----

VI

TITULO IV

Actos que constituem o julgamento, no plenário

CAPITULO I—Chamada das partes e testemunhas.....	67
CAPITULO II—Formação, juramento e incommunicabilidade do conselho julgador.....	71
CAPITULO III—Interrogatorio do réu.....	76
CAPITULO IV—Leitura do processo.....	80
CAPITULO V—Consulta ao jury sobre a não coraparecencia das testemunhas	81
CAPITULO VI—Accusação e replica.....	84
CAPITULO VII—Defeza e tréplica.....	88
<i>Secção I</i> —Defeza indirecta.....	91
Artigo 1.º—Excepções dilatorias	92
§ 1.º—Referentes ao juiz.....	92
§ 2.º—Referentes ás partes.....	97
§ 3.º—Referentes ao processo.....	98
Artigo 2.º—Excepções peremptorias.....	99
§ 1.º—Lançamento do auctor.....	99
§ 2.º—Perdão do offendido.....	100
§ 3.º—Prescripção.....	101
§ 4.º—Cousa julgada.....	102
§ 5.º—Prejudiciaes.....	105
<i>Secção II</i> —Defeza directa.....	106
Artigo 1.º—Sobre o facto criminoso.....	106
§ 1.º—Negação.....	106
§ 2.º—Invalidação.....	107
§ 3.º—Desclassificação.....	108
Artigo 2.º—Sobre a auctoria do crime.....	108
§ 1.º—Negação.....	109
§ 2.º—Desclassificação.....	109
§ 3.º—Causas dirimentes.....	110
a) Idade.....	111
b) Imbecilidade e senilidade.....	112
c) Privação de sentidos e intelligencia.....	113
d) Constrangimento.....	116
e) Casualidade.....	119

VII

	Pags.
f) Surdi-mudez.....	
119	
g) Erro de facto ou de direito	
	121
§ 4.*—Causas justificativas	
	123
a) Obediência á auctoridade.....	
123	
b) Estado de necessidade.....	
	124
c) Legítima defeza	
	126
§ 5.º— Causas que attenuam o crime	
	131
CAPITULO VIII—Provas, noção e divisões.....	
	134
<i>Secção I</i> — Presumpções	
	139
<i>Secção II</i> — Documentos.....	
	142
<i>Secção III</i> — Testemunhas	
	147
<i>Secção IV</i> — Confissões	
	154
<i>Secção V</i> — Vistorias e arbitramentos.....	
	159
CAPITULO IX—Falsidade das provas	162
CAPITULO X—Resumo dos debates.....	166
CAPITULO XI—Quesitos	168
CAPITULO XII—Veredictum.....	174
CAPITULO XIII—Sentença	178
CAPITULO XIV—Actas	188
 TITULO V Recursos durante o Julgamento e apóz 	
elle	
CAPITULO UNICO—Recursos, em acceção ampla e suas divisões . . .	192
<i>Secção I</i> —Recurso, em acceção restricta	194
<i>Secção II</i> —Aggravo no auto do processo.....	199
<i>Secção III</i> —Appellação e suas especies	204
§ 1.º—Das partes	208
§ 2.º—Do juiz.....	216
<i>Secção IV</i> —Protesto por novo jury	222
<i>Secção V</i> — Revisão.....	225
índice analytico	231
Decreto 413 de 10 de Dezembro de 1896	
	244

TITULO I

CAPITULO I

O Jury

1. O Jury é um tribunal em que cidadãos pre-viamente alistados, sorteados e afinal escolhidos, em sua consciencia e sob a fé de um solemne juramento, decidem, de facto, sobre a culpabilidade ou não culpabilidade de um accusado, na generalidade das infracções penaes.

Só os que têm direitos políticos podem ser invertidos de tão alta funcção; e esses mesmos são depurados primeiramente pela junta que a lei creou para alistar jurados, e depois, em épocas prefixas, pela recusa que, quanto aos sorteados, a lei faculta ás partes contendoras.

Decidem esses juizes populares por sua intima convicção; a consciencia de cada um é a unica inspiradora dos julgamentos, servindo as provas legaes, não de normas de obrar, mas de meios de convencer.

O juramento é o vinculo que os prende ao dever social, e d'ahi é que lhes vem o nome característico de «jurados.»

Decidem de facto sobre a culpabilidade ou não culpabilidade do accusado, e não de direito, pois, juizes tirados do povo tendo-se em vista apenas a integridade de character e o criterio de cada um, sómente se lhes devem apresentar questões para as quaes bastem as qualidades que delles se exigiram. Para resolver os problemas de direito, a lei creou, ao lado desses juizes, o juiz togado.

Poucas são as violações da lei penal que escapam á competencia do jury, que, apesar de ter sido constitucionalmente creado tambem para questões civis (I), nunca funcionou sinão para o julgamento de processos criminaes.

2. São traços característicos do jury: 1.º serem os juizes tirados do povo e escolhidos pelas partes, quando o sorteio os indica; 2.º ser a decisão o pro-ducto da convicção pessoal do jurado, dictada exclu-sivamente pelas leis da honra e do dever; 3.º ter o seu campo de exame circumscripto ás questões de facto, exclusão feita de tudo aquillo que puder ser encarado como assumpto de direito.

Ao redor desses elementos essenciaes, providencias salutaes a lei creou com o intuito de garantir a verdade e a justiça nas decisões do jury. A revisão annual da lista dos jurados, em que a par das exclusões dos incapazes, se renova constantemente o elemento popular; o sorteio que a cada sessão precede, realisado poucos dias antes para evitar os empenhos e as seducções dos sorteados; o direito de recusas motivadas e peremptorias para que no con-

(1) Const. do Imperio de a\$ de Março de 1824, art. 151.

selho sómente intervenham juizes insuspeitos e merecedores de toda confiança; a incommunicabilidade em que ficam os jurados, quer durante a phase da publica discussão da causa, quer na phase em que elles se recolhem para o julgamento; o sigillo do voto, essas e outras creações da lei, posto que não constituam a substancia da instituição, elevam-na â altura de suprema garantidora das liberdades publicas.

3. Exceptuados os delictos do livro 2.^o, titulo I.^o, titulo 2.^o, capitulo I.^o do Codigo Penal, isto é, delictos J políticos praticados contra as instituições e auctoridades federaes; os de moeda falsa, contrabando (si re-ferem-se a direitos e impostos de importação ou outros cobrados pela União), peculato (versando sobre j dinheiros, valores e effeitos pertencentes a Fazenda Nacional), falsificação de estampilhas, sellos adhesivos, vales postaes e coupons de juros dos titulos da divida publica da União (arts. 221 a 223, 239 a 244, 246, 247 e 265 do Codigo), introducção ou uso de qualquer desses titulos ou papeis falsificados (art. 250), cujos delictos competem á Justiça Federal (1); exceptuados mais os delictos dos arts. 114, 119, 135, 148 (I.^a parte), 151 (I.^a parte), 153 § I.^o, 170, 172, 184 e §, 185, 189 (I.^a parte), 190, 191, 196 (I.^a parte), 198, 201, 204, 205, 206 e § I.^o, 282. 293, 306, 307 e §, 308, 309, 310 e § I.^o, 316 § 2.^o, 319 §§ 2.^o e 3.^o, 320, 329 §§ I.^o e 2.^o, 330 §§ i.^o, 2.^o e 3.^o, e mais os delictos de responsabilidade de empregados publicos que não estejam sujeitos a outra competencia e os dos funcionarios, empregados e serventuarios da Justiça, os de resistencia (arts. 124 a 126), de tirada de presos do poder da Justiça e arrombamentos de

(1) Decr. 848 de II de Outubro de 1890, art. 15 *i*; Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 83; *Rev. Jur.* 16/333; Lei n. 515 de 3 de Novembro de 1898; *Gaz. Jur.* 19/265.

cadeias (arts. 127 a 133), de contrabando (art. 265), de fallencia fraudulenta ou culposa (art 336), as contravenções de pena de multa ou prisão até 6 mezes (ainda que acompanhada de multa), as infracções dos termos de segurança e bem viver (substituído hoje pelo de tomar occupação (I), os quaes pertencem a competencia do Juiz de Direito (2), todos os outros delictos definidos no Codigo Penal devem ser julgados pelo Tribunal do Jury (3).

Segundo tem decidido o Poder Executivo e sentenciado o Tribunal de Justiça do Estado, o criterio que teve o legislador para retirar do jury o julgamento de certos delictos e conferil-o ao juiz singular, foi o quantitativo da pena, pois não ha conveniencia em reunir-se o tribunal popular para julgar delictos, cuja maxima pena é inferior a 6 mezes de prisão (4). E' desse criterio o aviso de 31 de Janeiro de 1893 (5), mandando incluir na competencia do juiz de direito o julgamento do delicto do artigo 319 § 3.º do Codigo Penal, sob o fundamento de que tal disposição não viera mencionada na lei respectiva por erro typographico, aviso sem valor, porque é certo que «havendo «divergencia entre o autographo sancionado de uma «lei e o texto publicado, o restabelecimento do ver-«dadeiro texto effectúa-se mediante decreto do Poder «Executivo» (6); e nelle tambem fundam-se as constantes decisões do Tribunal de Justiça considerando não pertencer ao jury o julgamento do delicto do ar-

(1) J. MENDES JUNIOR, *Proc. Crim.* 2/188. Em contrario, *Rev. Jur.* 15/362.

(2) Decr. Est. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 124, e Leis Estadoaes n. 18 de 21 de Nov. de 1891 e n. 80 de 25 de Agosto de 1892.

(3) Lei 18 de 21 de Nov. de 1891, art. 66, e Decr. 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 128.

(4) Av. do Secr. da Justiça deste Estado de 31 de Jan. de 1893; *Gaz. Jur.* 1/281, 332 e 26/210.

(5) *Goa. Jur.* 1/281.

(6) C. CARVALHO, *Consol. das Leis Civis*, art. 17.

tigo 329 (exclusão feita de seus paragraphos), apesar de não ser expressa a determinação de competencia especial em relação ao delicto desse artigo (I).

Mas, si esse foi o criterio da determinação das competencias, não se comprehende porque o legislador se eximiu de uma fórmula generica que antes usára, com acerto, em relação ás contravenções (2), preferindo entrar em detalhes, nos quaes difficilmente poderia evitar erros e omissões. Porque não disse simplesmente que ao juiz de direito compete o julgamento de todos os crimes, cuja pena não excede a seis mezes de prisão? Si o fizesse, não estariam *incluídos* na competencia do juiz singular, os delictos dos artigos 310 e 316 § 2.^o (com referencia á materia do proprio artigo 316), cujas penas são muito maiores que as de seis mezes de prisão; nem estariam *excluídos* os delictos dos artigos 126, 134 e §, 156 a 158, 168 e §§, 179, 180, 192, 193 e §, 232, 284 e outros cujas penas, ou não alcançam, ou apenas attin-gem o tempo referido; e nem cahiria o Egregio Tribunal na incoherencia de reconhecer da competencia do jury os delictos dos artigos 156 e 284 e não reconhecer da mesma competencia o do artigo 329 (3). Uma vez que não se possa descobrir o motivo certo da lei que é clara, deve a sua execução ser feita de accôrdo com a sua lettra por mais desarrazoada ou dura que pareça ser; e, quando este principio de hermeneutica não bastasse, nunca se poderia, em caso de duvida, opinar ou decidir pela competencia de ex-
cepção, quando a do jury, que é generica, offerece meios de defeza e de indagação da verdade, mais amplos e efficazes (4).

(1) *Gazeta Jurídica* 1/332 e 26/210.

(2) Lei Est. 18 de 21 de Nov. de 1891. art. 64 b; Decr. Est. 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 124, I, C, 2.

(3) *Gaz. Jur.* 2/49 e 325; 3/455 e 458; 23/87, 26/210.

(4) *Hermeneutica Jurídica* de P. BAPTISTA, §§ 36 e 45.

4. O jury em sua simplicidade primitiva, remonta ás primeiras épocas da humanidade. Qualquer que fôsse a duvida levantada nas tribus errantes, sem leis positivas e auctoridades permanentes, a decisão era proferida pelos pares dos contendores. Constituida a sociedade mais tarde e estabelecida a divisão de poderes, na qual incluia-se o poder de applicar as leis e administrar a justiça por magistrados especiaes, o jury ficou limitado em suas vastas attribuições, a certos casos, em lei, determinados.

Foi a lei de 18 de Junho de 1822 que, em nosso paiz, creou o jury, mas sómente para os delictos de liberdade da imprensa, restricção mantida no decreto de 22 de Novembro de 1823. A Carta Constitucional do Imperio veiu consagrar o jury como um dos ramos do Poder Judiciario, dando-lhe attribuições para, em materia de facto, decidir tudo quanto no civil ou no crime fôsse discutido (1). Não exerceu, porém, essa instituição poder algum nos processos civeis; os legisladores que procuraram desenvolver e regulamentar os preceitos da liberalissima Carta, entenderam que juizes do povo poderiam, sómente com os requisitos da integridade e criterio, decidir com acerto as questões cri-minaes, mas que, para as civeis, em sua maioria complexas e difficeis, além desses requisitos, indispensaveis eram o conhecimento das leis e a pratica de julgar, que só os magistrados podem ter. O Codigo do Processo (2) deu ao jury attribuições amplíssimas, incompatíveis com o gráu de desenvolvimento do povo que começava a constituir-se em nacionalidade. Não se fez esperar a reacção a esse liberalismo que anarchisava a sociedade em vez de mantê-la na ordem, que os legisladores visavam: a lei n. 261 de 3 de

(1) Const. de 25 de Março de 1824, arts. 151 e 152. (2) Lei de 29 de Novembro de 1832.

Dezembro de 1841, regulamentada pelo decreto n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, apesar da opposição tremenda que, sahindo do recinto da Camara, originou revolução sangrenta em duas províncias, foi a salvadora das instituições creadas, normalizando a situação da sociedade brasileira. Trinta annos depois, a lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, regulamentada pelo decreto n. 4824 de 22 de Novembro do mesmo anno, veio dar ao jury a organização definitiva que a Republica encontrou.

Proclamada a nova fórma de Governo Brasileiro, os legisladores constituintes da União e deste Estado mantiveram o jury com a mesma elevação de ramo do Poder Judiciario que lhe déra a velha Constituição Imperial (1), considerando-o como um dos direitos que, sob a protecção constitucional, foram garantidos a brasileiros e estrangeiros residentes neste paiz. E, quando em nosso Estado tratou-se de organizar o Poder Judiciario, ao jury coube especial desenvolvimento, constituindo-se esse tribunal com os elementos que, no decorrer d'esta obra, serão especificados (2).

5. O preceito da Constituição Republicana é la-conico; diz, apenas, que «*é mantida a instituição do jury.*»

Ha quem sustente que o legislador constituinte da Republica, com esse preceito, referiu-se apenas ao jury federal, pois sendo o jury materia de processo e organização judiciaria e sendo certo que aos Esta-dos compete a formação do direito adjectivo, não podia elle estabelecer preceitos que fôsem ferir a autonomia que a federação creava; e que, portanto, os Estados

(1) Const. Federal de 24 de Fevereiro de 1891, art. 72, § 31; Const. do Est. de São Paulo, de 14 de Julho de 1891, art. 57 § 18.

(2) Leis 18 de 21 de Nov. de 1891, e 80 de 25 de Agosto de 1892, Decr. Est. 123 de 10 de Nov. de 1892, Decr. de 22 de Janeiro de 1896, que regulamentou a Lei de 2 de Set. de 1895 e Lei 16 de Set. de 1899.

podem acceitar ou repudiar o jury, dando-lhe a forma que entenderem, o processo que melhor julgarem e a competencia ampla ou restricta que quizerem (1).

Basta attender-se á epigraphe da secção onde tal preceito foi enunciado—«Declaração de Direitos» — para reconhecer-se que toda materia ahi contida é de direito material ou substantivo na expressão de BEN-THAM, é um conjuncto de preceitos que visam a garantia da liberdade, propriedade e segurança individual e que livres se acham do Poder Legislativo que aos Estados foi outorgado. Por isso é que geralmente se entende que as Constituições Estadoades não devem estatuir regras definindo os direitos e as garantias dos que residem nas respectivas circumscripções administrativas, pois a serem iguaes ás enunciadas na Constituição Federal tornam-se inuteis, e a serem divergentes constituem uma exorbitancia inadmissivel. «As Constituições dos Estados, diz um escriptor de merito, não se destinam á transcripção das disposições exaradas na Constituição Federal, pois teriamos duas leis, uma geral provendo ao interesse de toda a Republica e outra especial, limitada á acção dos governos das antigas províncias, mas ambas firmando regras identicas sobre o mesmo assumpto, o que seria uma redundancia» (2). Era esse o parecer da commissão revisora da Constituição do Estado, em 1901, a qual propunha a suppressão dos artigos concernentes á declaração de direitos e garantias, «por serem estranhos a Constituição do Estado e terem seu assento natural na Constituição da Republica.»

Outras duas interpretações têm sido dadas ao preceito que mantem o jury. Quer uma delias que o

(1) Vide *Rev. Jur.*, 9/258, voto vencido; *Rev. da Faculdade de IX* reito de S. Paulo*, 6/208.

(2) H. COELHO, A Constituição de 1891 e a Constituinte de 1901, pag. 242.

jury actual seja a continuação do jury antigo, sem qualquer modificação, pois o vocabulo «*manter*» usado pela Constituição Federal exprime um laço de continuidade que não pôde ser rompido. «O jury só será mantido, disse um constituinte, si sua existencia actual fôr a continuação da existencia anterior, isto é, si elle **fôr** agora o mesmo que era no antigo regimen que o consagrava tambem» (1). Quer outra que se distinga do jury a parte material da formal, constituindo aquella o direito que a Constituição manteve e que porisso não pôde ser supprimido ou restringido em quanto não houver reforma constitucional sobre o assumpto; e esta a forma do exercício desse direito, que pôde ser modificada e alterada conforme os costumes e adean-tamentos dos povos. Manter, dizem os que adoptam essa interpretação, é conservar o jury em seus elementos essenciaes, prolongar, consolidar, perpetuar, fixar essa instituição que, no dizer de P. BUENO (2), é o mais firme baluarte da liberdade politica, a mais solida garantia da independencia judiciaria; tudo que não fôr da essência do jury é reformavel.

Ao Supremo Tribunal Federal pareceu que esse segundo modo de vêr era mais consentaneo com os intuitos do legislador constituinte, e assim tem sido entendido pelos legisladores de varios Tribunaes do Paiz (3). Mais consentaneo tambem o é com a razão e a ordem das cousas. O jury como toda instituição, é susceptível de aperfeiçoamento, de progresso; porque, pois, pergunta MITTERMAIER (4), ha de se acorrental-o a formulas primitivas, que podem não se conformar com o systema dominante na nova legis-

(1) A. MILTON, Commentário á *Const. Federal*, art. 72 § 31.

(2) *Dir. Publico Brasileiro*, pag. 330.

(3) *Rev. Jur.*, 9/251, **16/49**.

(4) *Provas*, cap. 13, pag. 142.

lação? Si no antigo regimen operaram-se reformas importantes que melhoraram e tornaram mais respeitavel essa instituição, porque agora que tanto tem progredido o estudo do processo criminal e que a nossa sociedade por tão grandes modificações tem passado, ha de ella ficar estacionaria, sem receber os influxos da sciencia e os aperfeiçoamentos que a experiencia dos tempos costuma trazer? O jury, em nosso entender, foi mantido como instituição; pode, porém, nos elementos secundarios de sua organização e nos deveres e direitos que constituem suas attribuições, ser modificado e alterado.

CAPITULO II Pessoal

do Jury

6. Para que preencha a missão que lhe foi destinada, deve o jury compôr-se de um pessoal habilitado, cheio de circumspecção e moralidade, com attribuições determinadas em lei e responsabilidades pelas omissões ou excessos em que, porventura, incida.

Os principaes funcionarios são os jurados: representam a sociedade, quando esta assume o direito de punir, pela utilidade de conservar a ordem e a segurança publica e a necessidade de applicar a justiça.

Vem, depois, o presidente do tribunal, auctoridade que representa, nos julgamentos, o direito, a lei, que dirige a marcha dos processos, fiscalisa o exercício das funcções de todo o pessoal, exige o cumprimento das formalidades creadas para garantia das partes, applica as disposições penaes decretadas peloCodigo quando o jury pronuncia-se pela condemnação do réu ou decreta a liberdade deste, quando reconhecida é a sua innocencia.

O accusador, quer intervenha em nome do interesse publico ou no daquelle que soffreu lesão em seus direitos, é outro funcionario indispensavel ao tribunal: é nos factos que elle exhibe, e nas provas que produz, que baseam-se as discussões do plenário, indispensaveis para a elucidação da verdade.

O defensor e o curador, que tambem são representantes da sociedade (porque esta, diante de uma infracção penal, triparte-se em accusadora, defensora e julgadora do réu, pelo interesse que tem de sómente punir a quem realmente tem culpa), são outros funcionarios de alta importancia, cuja ausencia, no ple-

nár
io, importaria nullidade insanavel do julgamento, sendo de notar que o papel de curador é adstricto aos casos expressamente designados em lei.

Os auxiliares da justiça, escrivães, officiaes e porteiros, são tambem indispensaveis ao funcionamento do tribunal e têm attribuições de grande valor, que devem ser postas em relevo.

De cada uma dessas funcções, tratarão as seguintes partes deste capitulo.

SECÇÃO I

JURADOS

7. Jurado, ensina ROGRON, é o cidadão incumbido pela sociedade de declarar si os accusados sub-mettidos a debates, em sua presença, são realmente culpados dos factos que se lhes imputam (I).

(I) ROGRON, *Cod. Proc.*, cap. V, secção I.º, L. 2, T. 2.

8. Sómente podem ser jurados os eleitores de bom senso e integridade, tendo meios para as despe-zas desse encargo (I).

Ampliado, como hoje está, o direito de voto a todo aquelle que fôr brasileiro e souber lêr e escrever, si não fôsem as outras restricções que a lei impõe, o corpo de jurados seria lastimavelmente organizado, desmoralizador constante da nobre e elevada instituição.

Não podem ser jurados: o menor (embora emancipado), o analfabeto, a praça de pret, os religiosos que implicitamente renunciaram a sua liberdade e os mendigos (2); tambem não podem ser os creados de servir, os pronunciados, os que assignaram termo de bem viver ou segurança durante os effeitos d'elle, e os que soffreram condemnação definitiva pelos crimes de furto, roubo, bancarrota, estellionato, falsidade ou moeda falsa, posto que já tivessem cumprido a pena ou tivessem sido perdoados (3). No primeiro grupo, acham-se mencionados os que não podem ser eleitores de qualquer circumscripção politica; no segundo, os que, ou pela condição infima que na sociedade occupam, ou pelas faltas que commetteram, ou pelo estigma que eternamente os infamará, jámais poderão exercer cargo que tem por fim moralisar as acções de outrém.

A lei não menciona, mas comprehende a exclusão dos surdos-mudos, cegos e doentes de molestia grave. O *surdo-mudo* é equiparavel ao imbecil; e, quando haja recebido instrucção que o torne responsavel pelos actos que pratica, mesmo assim, privado como se acha

(1) Decr. n.º 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 39.

(2) *Const. Federal*, art. 70, § 1; *Const. Est.*, art. 59; Lei Est. 679 de 14 de Set. de 1899, art. 2; Decr. Est., 761 de 24 de Março de 1900, art. 6.

(3) Lei Est. n. 18, de 21 de Nov. de 1891, art. 42; Decr. 123 de 1892, art. 39.

de ouvir as occurencias do plenário, que tanto aclaram e completam as enunciadas no processo, é inapto para o exercício da função de juiz. Os *céegos* e os *doentes graves* devem ser excluídos de um encargo de sacrificios, como é o de que se trata; além de ser isso um acto de caridade, é, com relação aos ultimos, um acerto, porque, em regra, os padecimentos phisicos tiram ao espirito do homem a calma e essa reflexão severa e clara que o dever impõe ao juiz.

9. Os jurados são alistados por uma junta presidida pelo juiz de direito e formada, além d'elle, pelo juiz de paz mais votado do primeiro districto da Co-marca, e pelo promotor publico (1). Nas comarcas de mais de um juiz, a presidencia compete áquelle que tiver de presidir a ultima sessão do jury do anno; e quando falte essa auctoridade, a sua substituição será regulada pela tabella que o Presidente do Tri-bunal de Justiça tiver organizado. Nas comarcas de um unico juiz, a sua falta será preenchida pelo seu substituto legal, ficando como membro da junta o juiz de paz substituto do primeiro. Si, porventura, o promotor estiver impedido, será substituído por um *ad-hoc*, o que tambem succederá com o escrivão do jury em identicas circumstancias (2).

Duas vezes reune-se a junta: a 14 de Novem-bro de cada anno e no primeiro dia util do anno seguinte; mas, si por motivos justos, nessas épocas não se tiver reunido, nem porisso será nullo o alistamento feito em outras determinadas pelo juiz (3). Si qual-

(1) Decr. 123 de IO de Nov. de 1892, art 40; Lei 18 de 1891, art. 41; *Circ. do Secret. Just. do Estado* de 15 de Out. de 1894 (*G. Jur.6/259*); *Av. de 17 de Nov. de 1894*.

(2) Decr. 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 40; Lei 1891, art. 41; *Av. Secr. Just. Est.* de 11 de Nov. de 1802.

(3) Decr. 123 de 1892 cit., arts. 40 e 44 e Decr. 133 de 26 de Nov. de 1892.

quer dos membros, sem motivo justo, faltar ás reuniões designadas, soffrerá a multa de 100\$000 a 400\$000, sendo a do juiz imposta pelo Presidente do Estado e a dos outros, pelo juiz, com audiencia da parte è recurso para o referido Presidente (I).

O trabalho da junta consiste em, confrontando a lista dos eleitores com a existente dos jurados, incluir nesta nomes que tenham sido omittidos ou de novos eleitores que possuam os requisitos legais (2), e excluir os nomes de jurados fallecidos, mudados ou tornados inaptos para o exercício dessa funcção (3). Dos actos praticados pela junta, que o publico conhecerá por editaes (4), ha recurso para o Presidente do Tribunal de Justiça; esse recurso póde ser interposto por qualquer eleitor da comarca no prazo de dois dias, constará de um requerimento regularmente instruído, seguirá para o Tribunal no prazo improrogavel de quinze dias e ahi será decidido no de dez dias, sendo esta decisão immediatamente communicada ao juiz recorrido (5). Esse é o trabalho da primeira época.

A segunda occasião designada pela lei (primeiro dia util, isto é, dia não feriado) (6), é aquella em que fica definitivamente organizada a lista. Os nomes serão lançados, no livro proprio, em ordem alphabética e reproduzidos em pequenas e uniformes cedulas que, conferidas, o promotor recolherá em urna propria, cujas tres chaves pertencerão aos tres membros da junta (7). Desses jurados, serão escolhidos os juizes supplentes, que são os jurados que residirem dentro

(1) Art. 30 da Lei de 3 de Dez. de 1841; *Av. Secr. Just. S. Paulo*, de 17 de Nov. de 1894. (2) *Cod. Proc.*, art. 26; Decr. 123 cit., art. 41.

(3) Decr. 123 cit., art. 41, § unico.

(4) Decr. 123 cit., art. 42.

(5) Decr. 123 cit., art. 43 e §§.

(6) FREITAS a P. SOUZA, nota 435 das *Pr. Lm. Civis*.

(7) Decr. 123 cit., art. 44; *Cod. Proc.*, arts. 29 e 31; Decr. de 31 de Janeiro de 1842, art. 237.

de 14 kilometros da séde dos trabalhos; seus nomes serão reproduzidos em lista especial feita do mesmo modo que a outra e delles serão formadas cédulas que occuparão urna de duas chaves destinadas ao promotor e juiz (1) Esse trabalho será publicado; mas nenhum recurso póde ser d'elle interposto.

Todo escrupulo deve haver no cumprimento das formalidades expostas; um alistamento viciado e nullo póde acarretar incalculaveis prejuízos á causa da Justiça e ao interesse das partes.

10. São os jurados impedidos de funcionar nos processos para que são sorteados: quando fôrem inimigos capitaes ou intimos amigos de qualquer das partes, tiverem com estas parentesco de consanguinidade ou affinidade até o 2.º gráu civil, litigarem com qualquer delias ou fôrem particularmente interessados na decisão que deve ser proferida; quando o advogado da causa fôr seu pai ou filho, sogro ou genro, irmão ou cunhado ou o orgam da accusação e o ser-ventuario tiverem com elles taes parentescos e mais os do 3.º e 4.º gráu civil; quando já estiver sorteado parente seu, ascendente, descendente, sogro e genro, irmão e cunhado; quando já tiverem julgado o réu pelo mesmo delicto ou tiverem tido intervenção no processo como partes, auctoridades, peritos ou testemunhas (2). E' preciso, porém, notar que o jurado para estar impedido pela simultanea função de testemunha é mister que tenha sido ao menos arrolado antes do sorteio que precede a reunião do jury (sorteio dos 48); pois do contrario, as partes poderiam usar desse meio, para afas-tal-o do julgamento, impondo-lhe um encargo inutil e ampliando as recusações a que têm direito (3).

(1) Decr. 123 cit., arts. 45 e 46.

(2) Decr. 123 cit., arts. 95 e 96; P. BUENO, n. 230.

(3) LEAL, *Suspeição*, n. LXI; ARARIPE, *Consol. Leis do Processo Criminal*, art. 326; Av. de 29 de Abril de 1843.

Devem os jurados declarar espontaneamente os motivos que os impedem de funcionar; quando, porém, não o façam, as partes poderão arguir a suspeição (1) por allegações acompanhadas de provas, embóra semi-plenas, sendo a decisão proferida pelo presidente do tribunal sem mais formalidades. Os jurados, porém, nunca devem declarar-se impedidos só porque as partes o exigem, nem servir, quando suspeitos, mesmo que as partes nisso estejam de accôrdo: a suspeição deve ser um producto da consciencia do juiz e sobre ella são inadmissíveis quaesquer transacções (2).

11. Uma vez alistado, contrahe o jurado deveres aos quaes não se poderá esquivar e que, com orgulhosa satisfação, devem ser cumpridos, porque é de nobreza, confiança e honra o encargo que a sociedade lhe confere.

Assim deve:

a) obedecer a todas as intimações feitas, quer sejam por editaes ou pessoalmente, não se excusando sinão por justos motivos;

b) comparecer ás sessões para as quaes fôr sorteado e delias não se retirar antes da formação do conselho;

c) espontaneamente excusar-se, nos casos em que por lei e pela sua consciencia se julgar impedido;

d) conservar-se incommunicavel desde o momento em que se constitue juiz, já com o publico, já com os funcionarios do tribunal, podendo sómente dirigir-se ao presidente ou por officio, ou em voz alta perante o publico;

(1) *Cod. Proc.*, art. 330 e P. BUENO, n. 230.

(2) Aviso de 23 de Junho de 1834; de 13 de Julho de 1843; de 10 de Jan. de 1845; de 21 de Nov. de 1854, em ARARIPE cit., art. 328, §§ 2 e 4.

e) prestar o compromisso legal com sinceridade, firmeza e compreensão da alta responsabilidade que assume;

f) attentiosamente assistir a todos os trabalhos do plenário e requerer tudo quanto julgar de conveniencia para o esclarecimento do processo e melhor julgamento;

g) responder, mediante as formalidades legais, os quesitos que tiverem sido propostos e pedir mesmo algum que entender de importancia;

h) proceder, emfini, com circumspecção e criterio, nunca deixando transparecer as impressões que a sua consciencia vai adquirindo, nem revelando o si-gillo do veredictum, repellindo com egual altivez os elogios e censuras que fôrem feitas a seu proceder.

12. Desde que o jurado se mantenha na linha do dever e da honra, nenhuma responsabilidade legal resulta de seu voto; seja, embora, generoso para com o réu, commetta erros ou injustiças, sómente soffrerá a critica do publico que o hscalisa e as censuras de sua propria consciencia. Si, porém, prevarica, outras são as consequencias, pois o Codigo Penal ampliando os casos de responsabilidade legal do velho Codigo (I) estabelece penas para os que intervém em processos em que a lei os declara impedidos ou suspeitos, ou procedem mediante peita ou suborno. E' efficaz punição tambem, que a junta deve infligir opportuna-mente, a exclusão do nome do jurado que assim se ennodôa, da honrosa lista em que só devem figurar os homens de moral pura e consciencia recta.

(I) Cod. Penal de 1890, arts. 207 n. 8, 216; Cod. Crim. de 1830, arts. 131 e 134; P. BUENO, n. 79.

SECÇÃO II

Juiz

13. Intelligente, illustrado e honesto—eis as qualidades primordiais que deve ter aquelle que exerce o cargo de juiz de direito e que foram certamente apuradas no acto de sua investidura. Ao redór delias, outras devem se aggregar: a paciencia que, no dizer de BACON, é uma parte essencial da justiça; a energia, delicada as vezes, aspera em certos momentos; a firmeza nos actos; a diligencia, o amor ao trabalho, ainda que a fadiga advenha; a calma e reflexão; a obediencia cega á lei sem as interpretações violentas e abusivas que a deturpam; a imparcialidade absoluta, a discreção, para que seus actos, gestos, palavras não revelem as suas emoções; a consideração social que tanta força produz e que sómente se adquire por um passado todo de rectidão, honra e saber; certa representação na sociedade e mórmente no tribunal onde o apparatus causa impressão viva e salutar no animo do povo. Reunindo todas essas qualidades, o juiz será a suprema garantia dos direitos do povo e, no tribunal do jury, o elemento de maior brilho e veneração.

14. Estabelece a lei casos em que o juiz é impedido de presidir o jury ou em virtude do seu funcionamento anterior no processo, ou porque as partes, advogados e outros funcionarios têm para com elle relações de ordem a tornal-o suspeito.

O juiz que appellou no processo que vai soffrer novo debate ou dirigiu os trabalhos no em que houve protesto do réu por novo jury; o juiz que foi testemunha ou vae sel-o, que desempenhou funcção de qualquer outra natureza — parte, «advogado ou perito—

não poderá depois servir na causa como presidente do tribunal (I). Note-se, porém, que si a parte tiver arrolado o nome do juiz sem que este tenha elementos para esclarecer, por seu testemunho, a causa, a lei não favorece tal artificio: o juiz, jurando que de nada sabe, nenhum impedimento tem (2).

Quando o juiz é inimigo capital (3), amigo intimo, parente consanguineo ou affim até o 2º grau civil de qualquer das partes, litigar com ellas ou tiver interesse particular na decisão da causa, tambem é suspeito (4). Para julgar-se com interesse na causa, deve o juiz determinar-se por um motivo sério e real que possa comprometter a sua imparcialidade; nunca, porém, utilizar-se desse pretexto para encobrir o mêdo, receio e fraqueza, pois tal proceder seria uma indignidade (5).

Sendo o advogado seu ascendente, descendente ou collateral até o 2º grau civil, havendo entre elle, promotor, escrivão ou perito, não só essas relações de parentesco como tambem as do 3.º e 4.º grau civil o seu funcionamento é tambem prohibido (6). Si é o advogado quem motiva a suspeição, o juiz será o preterido (7); si outro funcionario, cederá este o lugar (8).

A suspeição deve ser espontaneamente declarada pelo juiz, que fundamentando-a, confirmal-a-á sob juramento, nunca devendo declarar-se suspeito só porque

(1) **Reg. 120** de 1842, 457 e 463.

(2) *Ord.* 3-21 § 13; **J. MONT.**, *Proc. Civ.*, § 166, n. 2; **P. PESSÔA**, *Proc. Crim.*, 816, 2644 e 2859.

(3) *Ord.* 3/56, §§ 7 e 8; **LEAL**, *Suspeições*, pag. 6.

(4) *Decr.* 123 de 1892, art. 96.

(5) **LEAL** *cie*, pags. 10 15; **M. SOARES**, *Estudos Forenses*, pag. 181.

(6) *Decr.* 123 de 1892, **art.** 95, ns. 1, 4 e 5.

(7) *Decr.* 123 de **1892**, art. 99, n. 8.

(8) *Decr.* 123 de **1892**, art. 99, ns. 1 e 2.

as partes o peçam, nem servir, quando impedido, só porque as partes o queiram (I). Quando, porém, o juiz não declara espontaneamente o impedimento que tem, a parte pôde provocal-o por meio da excepção dilatoria de suspeição de que, em tempo opportuno, trataremos.

15. O juiz é obrigado a presidir o jury em sua comarca e tambem nas comarcas visinhas.

Em sua comarca presidirá o julgamento de réus que ahi delinquiram ou que ahi devam ser julgados por disposições especiaes da lei. Neste caso, estão: os réus por crime de sedição na comarca visinha (2); aquelles que nesta não puderam ser julgados, por falta de sessão ou impossibilidade de ser levada a seu termo (3); os que estiverem nas condições dos §§ I.º e 2º do art. 15 do Decr. 848 de 11 de Outubro de 1890 (4); os que delinquiram fóra do paiz e na comarca venham por extradicação ou espontaneamente (5).

Fóra de sua comarca, exerce sómente taes fun-ções na falta ou impedimento do respectivo juiz, podendo, em caso de recusa injusta, soffrer processo de responsabilidade (6).

16. O serviço do jury prefere a todos os outros serviços, menos o eleitoral.

A ordem da preferencia dos feitos, segundo a classificação legal, nas comarcas onde o juiz não tem

(1) *Cod. Proc.* art. 61 ; Av. de 23 de Junho de 1834 (ARARIPE, art. 328, § 2.º); Av. de 13 de Julho de 1843; de 10 de Janeiro de 1845; de 21 de Novembro de 1854, (ARARIPE, 328, § 4.º) LEAL, pag. 9.

(2) Lei 3 de Dez. de 1841, art. 93; Decr. 120, art. 243; *Gaz. Jur.* 13/222; *Rev. Jur.* 13/255.

(3) Lei 20 de Set. de 1871, art. 17, § 6.º; Decr. 4824 de 22 de Nov. de 1871, art. 25; *Ga* Jur.* 7/138; *Rev. Jur.* 12/23.

(4) *Rev. Jur.* 4/44.

(5) Art. 5.º do Cod. Pen.; P. BUENO, *Proc. Crim.* n. 115, pag. 66.

(6) Decr. 413 de 10 de Dez. de 1896; *Gas. Jur.* 12 311; Cod. Pen., arts. 207 e 210; Circ. do Pres. do Trib. de Just. de 10 de Maio de 1901.

attribuições privativas, é a seguinte: 1.º os feitos eleitoraes, 2.º os criminaes, 3.º os orphanologicos, 4.º os da provedoria, 5.º os commerciaes, 6.º os civeis (I).

17. As attribuições mais salientes do juiz em relação ao jury são:

a) convocar-o e sortear immediatamente os jurados, nos termos da lei; (2)

b) providenciar sobre intimação dos jurados sorteados, das partes e testemunhas, o que constitúe o preparo do processo para o julgamento; (3)

c) conferir publicamente o numero de cedulas, no dia do jury, não delegando a quem quer que seja esse serviço, que deve ser consignado em termo especial por elle rubricado; (4)

d) fiscalisar a chamada dos jurados attendendo às escusas rasoaveis e multando os jurados refractarios; (5)

e) proceder aos sorteios necessarios para o funcionamento do tribunal, quer aos da urna supplementar, quer aos da urna geral nos casos determinados em lei; (6)

f) formado o tribunal, apresentar os processos preparados, estabelecer a ordem dos julgamentos e tornar taes actos bem publicos por meio de editaes affixados á porta da sala dos trabalhos; (7)

g) ordenar a chamada geral das partes e testemunhas, e, em relação ao processo que vae ser jul-

(1) Decr. 761 de 24 de Março de 1900. art. 871; Decr. 20 de 6 de *Fev. de 1892*, art. 198; M. SOARES. *Est. For.*, pags. 130 e 130. (2) Decr. 123 de 1892, art. 47. (3) Decr. 123 de 1892, art. 48. (4) *Gaz. Jur.* 3/211, 223, 298, 64; 7/157.

(5) Decr. 123 de 1892, art. 56; Decr. 22 de Jan. 1896, arts. 2.º e 4.º.

(6) Decr. 123 de 1892, art. 50 a 55.

(7) Decr. 120 de 1842, art.347; Av. 9 de Ay. 1850 (ARARIPE, art. 466).

gado, o recolhimento das testemunhas na sala propria, resolvendo todos os incidentes que se derem sobre não comparecimento do accusador ou do réu; (1)

h) nomear curador ao réu menor, defensor ao réu que não o tenha, obrigando os advogados do auditorio ao cumprimento desse dever; (2)

i) lembrar ás partes as disposições processuaes ácerca dos impedimentos dos jurados e do modo por que esse acto deve ser feito; (3)

j) sortear, por si, os jurados do conselho, recebendo recusas peremptorias e examinando as provas em que assentam-se as motivadas; (4)

k) deferir, com extrema solemnidade, compromisso ao jury; (5)

l) interrogar o réu sem animosidade e prevenções, compenetrando-se de que o interrogatorio é um acto personalíssimo do réu (pelo que o advogado não póde nelle intervir) e mais uma oportunidade para que a sua defeza seja allegada; (6)

m) fazer com que os jurados se instrúam com a leitura nitida e clara do processo e autos recentemente lavrados; (7)

n) providenciar sobre a vinda das testemunhas que faltaram, prendel-as e adiar os trabalhos, si porventura o jury declarar que sem a presença delias lhe é impossível esclarecer-se; (8)

(1) Cod. Proa, arts. 240 e 220, 221, 233; Reg. 120 de 1842, arts. 348. 351 e 349.

(2) Decr. 123, art. 92; Cod. Proa, art. 73.

(3) Cod. Proa, arts. 275 e 27b; Decr. 123, 1892, arts. 95 e 96.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 50; Cod. Proa, 275, 276, 61, 330; Lei 1871, art. 17; Av. de 10 de Jan. de 1850 (ARARIPE, 470, § 6.º).

(5) Cod. Proc. 253 e 278; Reg. 120 de 1842, art. 357.

(6) P. PESSÔA, *Proc. Crim.*, not. 845; Cod. Proc 259; Decr. 1842, art. 358; Cod. Proc. 98 e 99; *Rev. Jur.* 11/299 e 378.

(7) Cod. Proa, art. 260; Reg. 120 de 1842, art. 358.

(8) Cod. Pen., art. 135; Lei 3 de Dez. de 1841, art. 53; Decr. 123 de 1892, art. 124, I. 6, e.

o) regular os debates, permittindo os apartes não abusivos, e evitando que no caso de pluralidade de accusadores ou defensores haja mais de dois discursos de accusação e dois de defeza (accusação e réplica; defeza e tréplica); (1)

p) facilitar ás partes a producção de documentos, exames e mesmo de testemunhas não arroladas nos casos permittidos por lei, salvo si nos pedidos reconhecer intuitos exclusivamente protelatorios; (2)

q) attender aos pedidos dos jurados sobre esclarecimentos, provas, e mesmo sobre futura votação; (3)

r) proceder aos necessarios exames e diligencias ácerca da falsidade das provas, que as partes allegarem, ordenando que um termo especial seja lavrado sobre a occorrença e formulando, em tempo, um quesito preliminar que a resolva; (4)

s) encerrar os debates resumindo-os com a máxima fidelidade e clareza e lembrar todos os esclarecimentos que entender precisos para que a verdade seja bem conhecida; (5)

t) formular os quesitos de modo claro e conciso, desdobrando as questões que não fôrem absolutamente connexas e inseparaveis do facto, atêndo-se ás disposições da lei, libello e debates, creando varias séries para os casos de pluralidade de crimes ou de delinquentes e evitando factos que sejam inteiramente estranhos aos debatidos; (6)

(1) Cod.Proc. 261 e 263; Av. 17 de Março de 1873; Decr. 1842, art. 358.

(2) Cod. Proa, art. 265; Reg. 120, art. 358; RAMALHO, *Pr. Crim.*, § 255; P. BUENO, ns. 247 e 199; ORTOLAN, *Dir. Pen.*, 2/0.2082.

(3) Reg. 1842, art. 359.

(4) Cod. Proc. 266; Lei 1841, art. 55; Decr. 1842, 360 e 361; P. BUENO, n. 250.

(5) ORTOLAN, cit., 2/2084 á 2091; P. BUENO, 251; Cod. Proc. 46, § 3.º, 269; Lei 1841, 58; Decr. 1842, art. 366.

(6) Lei 1841, arts. 58 á 64; Reg. 1842, arts. 366 á 371; *Gaz. Jur.* 3/71, 73, 82, 87; 4/278, 266; *Rev. Mens.* 5/281; P. BUENO, n. 256.

u) lavrar a sentença sómente quando a opinião do jury estiver clara, completa e coherente, sentença que deve ser fundamentada e proferida immediatamente, sem intervallo, perante o publico, a quem deve ser lida; (1)

v) decidir todas as questões de direito ou de materia em que ha duvida si e de direito ou de facto (2), devolvendo ao jury as questões que a este tribunal competem; (3)

x) recorrer *ex-officio* sómente nos casos strictos da lei, acceitar os recursos que fôrem interpostos, ad-tmittir que os réus condemnados prestem fiança, quando possam fazel-o; (4)

y) regular a policia das sessões, tendo para esse fim amplos e illimitados poderes, dos quaes deve usar prudentemente, para garantir não só a segurança do tribunal, como a ordem e respeito nas sessões; (5) I z) observar com exactidão e escrupulo as formalidades que a lei estabeleceu para a garantia da verdade e do direito das partes.

18. A'cerca destas duas ultimas attribuições, maiores esclarecimentos devem ser fornecidos.

a) As medidas de policia que o juiz póde pôr em pratica para manter o prestigio do tribunal são de duas ordens preventivas e repressivas. Preventivas, quando requisita a presença da força publica, véda a entrada de individuos desordeiros e ébrios, ordena que sejam revistados os que suspeita carregarem armas prohibidas, etc. Repressivas, quando faz adverti) Decr. 1842, 378, 380 e 381; Cod. Proc. 271; Av. 8 de Nov. de 1854 (ARARIPE, 489, § I.º).

(2) Cod. Proc, art. 281; Lei 20 de Set de 1871, art. 17.

(3) Lei 1841, arts. 59 á 61; Reg. 1842, arts. 367 e 368.

(4) Lei 1841, arts. 78, 79, 87; Decr. 1842, arts. 449, 450 e 462; Lei 20 de Set. de 1871, art. 14 § 6; MACHADO, *Fianças*, pags. 72 á 79.

(5) Cod. Proc., 46, §§ 4.º e 5.º; Reg. 1842, art. 200, §§ 7º e 8.º

tencias, chama á ordem, impõe o silencio, ordena a expulsão ou prisão de alguém, suspende a sessão. Póde mesmo, como medida de necessidade, ordenar a sahida total dos espectadores; mas nesse caso, suspenderá a sessão até que os animos serenem, porque a continual-a deixaria de ter um dos seus elementos substanciaes—a publicidade, que em nosso paiz, mesmo nos processos escandalosos (ao contrario do que suc-cede em outros) (1) deve existir (2).

Essas medidas podem ser especializadas em relação aos espectadores e ao pessoal do jury. Os espectadores estão sujeitos a todas ellas, sendo tambem presos e processados si injuriarem, desobedecerem, desacatarem ou commetterem qualquer dos delictos dos artigos 111, 113, 114, 127, 130, 131, 132 do Codigo Penal (3). O autor do processo que portar-se inconvenientemente poderá ser advertido, expulso e preso; e quando os excessos a que se entregar fôrem devidos á demencia repentina, o juiz limitar-se-á a restabelecer a ordem substituindo-o por um curador) idoneo. Em nenhum dos casos, porém, a sessão ficará suspensa (4). O réu que procede mal, ou é um con-tumáz ou um violento. Si contumáz, perseverando em não responder ás perguntas que lhe são feitas ou res-pondel-as sem nexo, o juiz, depois de aconselhal-o e advertil-o, proseguirá nos trabalhos, consignando esse facto em termo especial. Si violento, commettendo excessos, faltando ao respeito e á consideração "devidos, o juiz, depois de procurar acalmal-o, ordenará o seu recolhimento á prisão e o proseguimento do processo á sua revelia, representado, porém, por seu defensor ou um curador *ad-hoc* (5). Mas, sendo a deli) ORTOLAN, 2/2285, 2286.

(2) Cod. Proa, art. 288; Decr. 1842, arts. 344 e segs.; P. BUENO, 213.

(3) Cod. Inst. Fran., 504 e 505.

(4) P. BUENO, D. 208.

(5) ORTOLAN, 2/2081; P. BUENO, n. 208 e 234.

meneia a causadora desse proceder do réu, o adiamento dos trabalhos impõe-se, porque «em estado tão «miseravel a lei não deve consentir que seja accusado «um homem que não pode defender-se por si, nem «soffrer pena ainda quando condemnado fôsse.» (1) O advogado desordeiro pode soffrer pena disciplinar, ficar privado de fallar no tribunal, pode mesmo ser preso, quando a inconveniencia constitua desacato, desobediencia ou outro delicto; e, uma vez excluído, o presidente providenciará para sua substituição, nomeando um defensor, si o réu por si não puder obtel-o. (2) As testemunhas quando procederem mal serão tambem advertidas, prezas e processadas, de accôrdo com a lei (3). Os jurados responderão criminalmente pelos actos delictuosos que praticarem, soffrerão multa pelo não comparecimento e em tempo poderão ser eliminados si escandalisarem, por seus actos, a magestade do tribunal (4).

b) Quanto ao cumprimento das formalidades, o presidente não é obrigado a observar estreito e acanhado formalismo, não deve ter o culto supersticioso das palavras, pois tal proceder seria um retrocesso á phase mais atrazada da evolução processual em que, como na Roma antiga, o erro de uma só expressão legal determinava a nullidade do feito (5). Os nossos tribunaes têm comprehendido ultimamente que as so-lemnidades dos actos devem ser avaliadas pelo pensamento que as dictou e não pela exterioridade ou ap-parencia de que se as revestiu. Temos um formulario official, muito criticado, por um dos nossos mais emi-

(1) P. BUENO, n. 208; Cod. Penal, art. 68.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 124, I, l. • Cod. Penal, 134 e 135; Cod. Inst. Fran., 311; P. BUENO, n. 208.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 124, I, 6, e; P. BUENO, 208.

(4) P. BUENO, n. 208.

(5) IHERING, *Esp. Dir. Bom.* 3/134.

nentes magistrados (I); nelle devemos colher somente o que constitue a substancia dos actos, o pensamento do legislador, sem muito apêgo ás expressões que contêm (2).

19. Além da responsabilidade moral que é immensa, si o juiz prevarica, é negligente ou omisso no cumprimento de seus deveres, pratica, emfim, qualquer dos delictos de responsabilidade por occasião do jury, póde ser processado perante o Tribunal de Justiça.

SECÇÃO III

ACCUSADORES

§ 1.º Promotor

20. O Promotor Publico, posto que nomeado em com missão pelo governo, não é representante do poder executivo, mas sim da acção social do Estado perante o poder judiciário (3). Si outrora, dizia Nabuco, a I punição dos crimes fundava-se na vingança e no interesse privado, hoje funda-se no interesse da sociedade, cuja segurança depende da vida, honra, propriedade e liberdade de seus membros. Em nome, pois, da communhão é que age o promotor publico.

Cargo tão importante deve sómente ser exercido por quem, nas luctas da intelligencia, tenha-se collocado em posição honrosa; e não é só o talento illuminado por estudos conscienciosos que se exige, mas um character puro, um criterio são, um proceder calmo, prudente e discreto.

(D. M. SOARES, *Rev. Jur.* 9/258. (2) J.

MENDES, cit. 3/n. 377.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 68; J. MENDES, *Exp. para a Ref. Jud. de S. Paulo*, pag. 230.

21. E' impedido o promotor de servir com juiz que seja seu parente em linha recta ou collateral até o 4.^o gráu civil; de accusar réu que seja seu ascendente, descendente, conjuge, irmão, cliente e inimigo capital (1).

Esponaneamente deve ser declarada essa suspeição; quando, porém, assim não se dê, ao juiz compete decidir as reclamações que sobre ella tiverem sido feitas.

Sendo a materia de suspeição de direito stricto, toda a interpretação analogica deve ser repellida (2); absurdo, portanto, é equiparar-se a funcção do promotor com a do juiz, para o effeito de applicar-se-lhe a disposição do artigo 96 do decreto 123 de 10 de Novembro de 1892 (3), sobre casos de suspeição. Assim já doutrinava, brilhante aviso do VISCONDE DE NITEROY (4) e ensinava um luminar da magistratura (5), rebatendo doutrina contraria (6).

Fóra dos casos mencionados, o promotor não póde, por motivos de consciencia (7), dar-se de sus peito em qualquer causa; si o fizer, o juiz não admitirá a suspeição allegada.

22. O promotor funciona em todos os procesos que devem ser julgados em sua comarca, quer relativos a crimes ahi commettidos, quer relativos a crimes de fóra que ahi devam ser processados ou julgados, conforme os princípios já expostos.

Embora haja accusador particular, tem o dever de acompanhar o processo em todos os seus termos,

(1) Decr. 123 de 1892, art. 05, n. 1; Cod. Proc, 75; Ord. 3/56, § 7.º

(2) P. BAPTISTA, *Herm. Jud.*, § 45.

(3) Cod. Proa, art. 61.

(4) Av. 387 de 9 de Set. de 1861.

(5) M. SOARES, *Est. Forenses*, pag. 157; *Rev. Jur.* 4/58.

(6) Av. 108 de 4 de Março de 1881; *Rev. Jur.* 4/58.

(7) Ord. 3/21 § 18.

fallando no plenário depois que a parte tiver deduzido sua accusação; e isso, quer seja o crime publico, quer) privado (I). Ha, porém, uma excepção ao principio óra exposto: nos delictos mencionados no artigo 407, § 2, n. 2 do Código Penal (violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria), o pro-motor, em regra, não intervem, pois a lei quer que sómente á parte caiba apural-os; o auxilio permittido pelo artigo 408 do referido Código encontra, pois, limite nesse caso (2).

23. O serviço do jury deve, para o promotor publico, ser preferido a qualquer outro, excepto ao serviço eleitoral, em que tal funcionario, tambem tem intervenção (3).

24. Além dos trabalhos do alistamento, anmal-mente revisto, de cuja junta é membro, (4) o promotor tem as attribuições seguintes:

a) assistir ás convocações ordinarias do jury e presenciar o sorteio de juizes que, então, fôr feito (5);

b) requerer sessões extraordinarias, em bem da segurança e ordem publica (6);

c) requerer prorogação de uma sessão que já exgottou o prazo de 15 dias de seu funcionamento, quando assim o exija o serviço criminal (7);

(1) Lei 20 de Set. de 1871, art. 16, § 1.º; Decr. 22 de Nov. de 1871, art. 20, § 1.º; Cod. Penal, art. 408.

(2) J. MENDES JUNIOR, *Proc. Crim.* 2ns. 291 e 292.

(3) Decr. 761 de 24 de Março de 1900; Decr. 123 de 1892, arts. 137 e 135.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 40.

(5) Decr. 123 de 1892, art. 47.

(6) Cod. Proc. 319; Decr. 27 de Agosto de 1874, 41; ARARIPE, 454, § 7º; Decr. 123 de 1892, 49, § 4.º

(7) Decr. 2 de Junho de 1872, art. 4.º; ARARIPE, 454, § 5.º; Decr. 123 de 1892, art. 49, § 1.º

d) dar o seu assentimento ou denegal-o ao pedido do réu para ser julgado na comarca visinha, quando no lugar proprio não houve sessão (1);

e) oppôr-se a esse deslocamento baseado em impossibilidade do réu ser julgado na sua comarca, quando a falta do julgamento fôr remediavel ou tiver tido como causa, a propria culpa do réu (2);

f) praticar todas as diligencias para que os réus sejam capturados e seus processos preparados para o julgamento;

g) apresentar-se, no tribunal, á hora marcada, assistindo ás chamadas, intervindo nos sorteios da urna dos supplentes ou da geral (quando fôr necessario), reclamando contra a inclusão de nomes de jurados que já serviram ou dos que residem além das distancias determinadas pela lei (3);

h) reclamar contra a ordem que o presidente estabeleceu para os julgamentos quando não fôr legal, ou requerer a alteração delia quando o interesse pu-blico o exija (4);

i) intervir em todas as excepções que fôrem oppostas e em todos os incidentes que no correr da sessão fôrem levantados;

j) assistir o sorteio do conselho julgador, fazendo as recusaçes peremptorias que entender e levantando as suspeições que existirem (5);

k) assistir o interrogatorio do réu, reclamando si fôr feito contra os preceitos da lei e intuitos do le-

(1) Decr. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 25.

(2) Decr. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 25, al. 2, 3, 4.

(3) Decr. 123 de 1892, arts. 44, 45, 51, 54 e 55.

(4) Decr. 4824, cit. art. 24, § 6.º

(5) Cod. Proc. 275; Reg, 1842, 357.

gislador e assignar os artigos sobre os quaes estiver o réu de accôrdo, para os devidos effeitos (1);

l) reclamar leitura das peças do processo que podem elucidar os factos, não admittindo por mais fatigante que seja, que acto de tanto valor seja preterido (2);

m) providenciar sobre o comparecimento de testemunhas, requerendo o adiamento do processo si a presença delias fôr util ao conhecimento da verdade (3);

n) desenvolver a accusação, baseado exclusivamente nos factos e na lei, sem prevenções, odios ou vinganças, com a maxima delicadeza e lealdade, compenetrado de que a sociedade, nelle encarnada, só quer a punição que seja justa e util á ordem e á tranquillidade publica (4);

o) replicar, não por systema ou amor proprio, mas porque a causa ainda depende de esclarecimentos, porque a defeza é manifestamente improcedente e a sociedade ficaria prejudicada si ella prevalecesse; (5);

p) inquirir testemunhas, reperguntal-as e pedir a acareação ou confronto das que entre si fôrem contradictorias, usando sempre de perguntas claras e isentas de suggestões, injurias ou ameaças (6);

q) offerecer os documentos comprobatorios de seu libello, requerer arbitramentos, vistorias ou outras diligencias, exhibir instrumentos do crime, apresentar mesmo testemunhas não arroladas nos casos permittidos por lei (7);

(1) Cod. Proc. 259.

(2) Cod. Proc. 260; Reg. 1842, 358.

(3) P. BUENO, DS. 223 e 224.

(4) Cod. Proc. 261; Reg. 1842, 358.

(5) Cod. Proc. 265; Reg. 1842, 358.

(6) Cod. Proc. 262; Reg. 1842, 358.

(7) Av. 2 de Abril de 1836; Cod. Proc. 265; Reg. 1842, 358; ARA-RIPE, 473, §§ 8.º e 9.º

t) arguir a falsidade das provas, requerendo os actos que lhe parecerem necessarios para fundamental-a, ou ser ouvido nas allegações feitas pela parte contraria (1);

s) reclamar contra o resumo dos debates feito com parcialidade e paixão ou incluindo factos estra-tranhos aos discutidos no plenário (2);

i) requerer que, além dos quesitos do libello el da lei, sejam formulados outros sobre factos que tendam á modificação do delicto discutido, uma vez que não sejam inteiramente novos e independentes dos factos constantes do processo (3);

u) appellar das sentenças do juiz nos casos em que á parte é permittido o uso desse recurso (4), não podendo d'elle desistir (5);

v) recorrer de todos os despachos do presidente do jury, quando entender que são contrarios á lei e aos autos (6);

x) officiar em nome do miseravel, sendo para isso necessario (ao contrario do que erroneamente uma vez doutrinou o governo (7)) que o offendido prove, ainda que com prova semi-plena, ou indiciaria (attes-tados de auctoridades, attestaçSes juradas de pessoas capazes, etc), não ter meios de processar o seu offensor (8);

y) proceder contra os réus dos crimes particu-lares designados no artigo 407, § 2, n. 2 do Codigo

(1) Cod. Proc. 266; Reg. 184.2, 360; Lei 1841, 55.

(2) Cod. Proc. 269, Reg. 1842, 366; Lei 1841, 58.

(3) Lei 1841, 60; Reg. 1842, 368.

(4) Cod. Proc. 301; Reg. 1842, 450.

(5) Av. 21 de Novembro de 1854; ARARIPE, art. 642.

(6) Lei 1841, 69; Decr. 1841, 438; Cod. Proc., 281 e 285.

(7) Av. 377 de 30 de Agosto de 1865.

(8) M. SOARES, *EST: For.*, pag. 93; Cod. Proc. Crim., art. 73; Decr. 123 de 1892, arts. 135, § 9.º, 137, § 1.º

Penal, quando as victimas estiverem nas condições do artigo 274 do mesmo Codigo (I);

z) emfim, promover a prisão dos condemnados á revelia ou evadidos e os demais termos da execução da sentença (2); requisitar ordem de *habeas-corporis* para os que, tendo cumprido a pena que lhes foi com-minada, continuarem, entretanto, presos (3); intervir nos processos de fiança do condemnado que, recorrendo, não quizer ser preso (4); impetrar graça em favor do condemnado, quando o processo fôr nullo e a sentença fundar-se em falsa causa ou prova (5); promover os processos de prescripção a favor dos réus (6); processar os funcionarios que prevaricarem, fôrem omissos ou negligentes ou procederem por peita ou suborno (7); processar aquelles que se oppuzerem directamente e por factos ao livre exercicio das func-ções do jury ou de seu presidente (8), usarem de violência ou ameaça para constringer os juizes a proferirem despacho, sentença ou voto ou a fazerem ou não algum acto (9), levantarem motim ou excitarem desordens durante os trabalhos do jury (10), desacatarem ou desobedecerem os funcionarios (11), tentarem tirar ou tirarem os presos de suas prisões, etc. (12).

25. Os promotores publicos podem ser responsabilizados por seus actos, quando commetterem mal-

- (1) Cod. Penal, art. 407; Decr. 123 de 1892. art. 135, §8.º e 137, § 1.º
- (2) Decr. 123 de 1892, arts. 135, § 10 e 137, § 1.º
- (3) Decr. 123 de 1892, arts. 135, § 12 e 137, § 1.º
- (4) Decr. 123 de 1892, arts. 135, § 12 e 137, § 1.º; Lei 20 de Nov. de 1871, art. 14, § 6.º; MACHADO, *Fiança*, pags. 72 i 79; P. BUENO, cit. n. 189.
- (5) Decr. 123 de 1892, arts. 135, § 13 e 137, § 1.º
- (6) Decr. 123 de 1892, art. 137, § 3.º
- (7) Cod. Penal, arts. 407, 207, 210 e 214.
- (8) Cod. Penal, art. 111.
- (9) Cod. Penal, art. 113.
- (10) Cod. Penal, art. 114.
- (11) Cod. Penal, arts. 134 e 135
- (12) Cod. Penal, arts. 127 á 133.

versações, abusos e omissões. O juiz competente para julgar-os é o juiz de direito da comarca, onde exercem elles suas funcções (i). Além disso, estão sujeitos á superintendencia do procurador geral do Estado, de quem receberão ordens, instruccões e penas disciplinares. (2)

§ 2.º Accusador Particular

26. Nos delictos em que cabe o procedimento *cx-officio*, só póde figurar como accusador particular, aquelle que, tendo as qualidades exigidas pela lei, apresentou sua queixa em juizo, antes que a sociedade por seu representante, iniciasse a acção penal. (3)

Outr'ora a accusação dos réus era traductora sómente da vindicta particular (4); hoje toda repressão é estabelecida no interesse social. Nos delictos, mesmo, em que por amor á paz das familias ou á reputação das pessôas, a sociedade abstem-se, não é porque falhe o seu interesse na punição do delinquente, mas porque aquelle motivo sobrepuja esse interesse, predominando assim a conveniencia individual sobre a geral. (5)

Em França, onde o ministerio publico tem organisação completa, a acção do offendido limita-se a narrar os factos ao funcionario e intentar a acção que tem por intuito reparar o damno causado; em nosso paiz, porém, essa perfeição ainda as nossas leis não possuem, porque as evoluções para serem duradouras no systema legislativo, precisam ir acompanhando o progresso e a civilisação dos povos.

(1) Decr. 123 de 1892, 124, I.

(2) Decr. 123 de 1892, 136, § 3.º

(3) G. Jur. 4/50; P. BUENO, n. 136.

(4) Ord. 5/124; J. MENDES JUNIOR, cit. a/n. 285.

(5) CARRARA, *Prog.*, §§ 548, 549 e 552; J. MENDES JUNIOR, cit. 3/ns. 285 e segs.

Em nosso direito, pois, a par da acção penal publica, pode haver a acção penal privada (I); e o circulo em que esta se pode mover é mais amplo até que o da promotoria, porque comprehende toda a in-fracção que occorrer, ao passo que a sociedade está inhibida de apurar delictos de certa ordem. (2)

27. Sómente pode accusar quem tem direito de queixa; e só o tem o ofendido, seu conjuge, seu pai ou mãe, quando menor, seu tutor ou curador, quando incapaz. (3)

Dois casos, entretanto, existem como excepções a essa regra: sendo o ofendido uma pessoa jurídica, represental-o-á o que, conforme sua organização, tiver para tanto qualidade e poder; no caso do artigo 324 do Codido Penal, aos ascendentes, descendentes e ir-mãos do offendido, compete o direito de queixa, ainda quando o ofendido seja maior.

A lei penal (4) bem synthetisa a faculdade de dar queixa, dizendo que ella compete ao ofendido ou a seu legitimo representante.

Por mais clara e simples que pareça a disposi-ção do Codigo, nem sempre os tribunaes tem-na ap-licado com acerto, pois, os ha que teem decidido que o filho emancipado pode, quando ofendido, ser em juizo representado por seus ascendentes. (5) Quando, porém, se interpreta a lei, dando aos termos a sua verdadeira significação, vê-se quão distanciados da verdade estão os que assim o pensam. Representante legal é a pessoa que a lei creou para proteger

(1) Cod. Penal, art. 407, § 1.º

(2) Cod. Penal, art. 407, § 2.º, n. 2; J. MENDES JUNIOR, cit. 2,291.

(3) Cod. Penal, art. 72

(4) Cod. Penal, art. 407

(5) Rev. Mens. 5/324; G. Jur. 14/98, 22/293.

os incapazes (1); e o filho emancipado, sendo apto! para a pratica de tudo o que occorrer na vida civil, de modo algum depende de representação legal (2) Só o conjuge tem direito de mover acção penal pelo offendido maior, mas isso porque a lei expressamente o declarou. (3) A objecção feita com o disposto no artigo 3 24 do Codigo Penal supra-referido não procede : no caso a queixa é dada pelo ascendente, descendente ou collateral, porque o delicto attinge a honra desses parentes, torna-se um delicto proprio dessas pessoas, que, portanto, actuam por si e não como representantes de quem quer que seja. (4)

Nem sempre é livre a qualquer dos representantes legaes do offendido intentar a acção penal contra o offensor. No caso de concorrerem varias pessoas com essa qualidade, todas com identica pre-tenção, o juiz preferirá aquella que esteja em ligações mais intimas com o offendido, excluindo as outras que, em circumstancias diversas, teriam intervenção no processo. (5)

28. O offendido ou seu representante poderá intervir no processo, pessoalmente, ou por meio de procurador legitimo. Não é arbitraria, porém, essa alternativa, pois o procurador só é admissível quando especial e quando o auctor provar perante o juiz da causa que lhe é impossível comparecer em juizo, obtendo, em consequencia dessa prova, alvará de licença. (6)

(1) C CARVALHO, *Consol. Leis Civis*, art. 92.

(2) C. CARVALHO, *Consol.*, arts. 90,91,92,1470,1564 á 1566, 1641. 1683 á 1686.

(3) Cod. Proc, art. 72.

(4) FRANZ VON LISZT, trad. de J. HYGINO, 2/§ 95, pag. 86.

(5) P. BUENO, n. 131.

(6) P. BUENO, n. 220; Lei 1841, art. 92; P. PESSÔA, 21630a 2169; S. P. *Jud.* 3/323, 4/270.

29. O accusador tem o direito de seguir o processo em todos os seus termos, até final julgamento, inquirindo testemunhas, formulando pedidos referentes à ordem do processo e diligências que entender necessárias, apresentando libello, promovendo a prisão do réu e os actos de seu julgamento, comparecendo ao jury e ahi intervindo no sorteio, deduzindo accusações, inquirindo, recorrendo, praticando, enfim, todos os actos precisos para patentear a legitimidade de seu pedido. Nesses actos, guiar-se-á pelas regras estabelecidas em relação ao promotor publico.

Si, na pratica desses direitos, proceder inconvenientemente, poderá soffrer as penas de advertencia e de privação da palavra no tribunal; e, sendo de natureza mais grave os actos irregulares que commetter, além dessas penas disciplinares, outras mais severas, precedidas de processo regular, poderão soffrer. Resultando a inconveniencia de seu proceder da de-

me
ncia, o presidente retiral-o-á do tribunal, substituin-do-o por um curador *ad-hoc*, ou mesmo pelo promotor publico (I), caso já se tenha sorteado o conselho, por-que, do contrario, offender-se-ia direito já adquirido pelo réu, (2)

Os direitos referentes ao plenário, o accusador os perde si tiver sido lançado (3); mas, si o processo proseguir com o promotor publico (4), poderá continuar intervindo na qualidade de méro auxiliar ou informante. (5)

30. O accusador não pode servir conjuntamente com juiz que esteja em qualquer dos casos de

(1) Cod. Proc, arts. 72 e 73.

(2) P. BUENO, n. 208.

(3) Cod. Proc. 220 e 221; Decr. 1842, 349.

(4) Decr. 1842, 349.

(5) Cod. Proc., 279; Cod. Penal, 408; P. BUENO, 220.

suspeição determinados na lei (1), devendo, nesse caso, o juiz suspeito ser por outro substituído. Sendo o advogado do accusador parente do juiz ou do escrivão até o 2.º grau civil (2), qualquer destes também não poderá funcionar. (3)

31. O accusador pode incorrer em processo de calúnia pela acção penal que promoveu; mas para isso é preciso que concorram todos os elementos especificados na lei. (4) Um delles é a verificação de que os factos imputados são falsos; verificação que só tem força quando resultante de sentença definitiva, passada em julgado. Outro é que a acção tenha sido o resultado, não de um erro ou leviandade, mas do dolo, da má fé, da intenção de calumniar; pois, do contrario, apenas haveria para o lesado o direito á reparação civil do damno causado. (5)

§ 3.º — Auxiliar da accusação

32. E' auxiliar da accusação aquelle que, não tendo offerecido queixa em juizo, intervem no processo com o intuito de ajudar o promotor publico, fornecendo-lhe esclarecimentos e provas para o bom desempenho de sua missão.

33. O Codigo do Processo (6) já facultava esse auxilio a toda e qualquer pessoa que tivesse conhecimento do facto delictuoso, suas circumstancias e autoria, restringindo, porém, a sua oportunidade á occasião da de-

(1) Decr. 123 de 1892, »rt. 96; N. 14 desta obra.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 95, n. 4.

(3) Decr. 123 de 1892, arts. 99, n. 8 e 95, n. 4.

(4) Cod. Penal, art. 264

(5) P. BUENO, n. 134, V. CASTRO, *Sent. e Decisões*, pags. 43 e 83; *Rev. Jur.* 2/97, 5/422, 15/279; *G. Jur.* 19/122.

(6) Cod. Proc., art. 279.

nuncia. Conservando, em suas linhas geraes, a velha disposição, o Codigo Penal de 1890 (I) facultou ao offendido ou seu legitimo representante o direito de intervir em todos os termos da acção penal publica, desde os actos preliminares da denuncia até o final julgamento do réu.

34. O auxilio permittido a quem não é parte litigante no processo consiste em esclarecimentos, apresentação de provas, pedidos de diligencias, buscas, apprehensões, exames, vistorias, arbitramentos, em tudo em fim que possa indicar a verdade dos factos discutidos; e como a acção é movida pelo orgam do Mi-nisterio Publico, a elle é que compete aceitar ou recusar esse auxilio, tomando a responsabilidade do procedimento que então tiver. (2) Não pode, pois, o auxiliar: produzir testemunhas em juizo, interrogal-as ou suspeital-as; intervir no sorteio, já para as recusa-ções peremptorias, já para as motivadas; deduzir accusação oral ou apresental-a escripta; interpôr qual-quer especie de recursos; arguir falsidade de provas; ter, emfim, ingerencia directa na causa. Taes direitos pertencem á parte; e parte é o que poz a acção em juizo, que apresentou queixa, sobrecarregando-se com os onus da prova e com as responsabilidades penaes e civis que da queixa podem provir. (3)

Ampliar o direito do auxiliar ao ponto de comprehender a accusação no plenario e recursos dê despachos e sentenças, corno o têm permittido varios tribunaes, (4) é usar de interpretação por demais lata,

(1) Cod. Penal, art. 408.

(2) Dir. 57/332; J. MENDES JÚNIOR, *Proe. z/a.* 138; *Dir.* 64/482.

(3) Dir. 57/332; *Jur.* 4,274, 10,64 (voto vencido); 14/121 (voto vencido); 22/144 (votos vencidos); *Rev. Jur.* 2/436, 15/241, 17/370; *S. P. Juã.* 1/327, 334, 475; a/216, 236,337; 3/310; OTTONI, *Auit. 4oJur.*, n. 150.

(4) G. Jur. 10/64, 14/120, 18/91, 21/277, 22/113, 27/337; *Rev. Mensal* 6/67.

contrariando o pensamento da lei e prejudicando o direito de defesa do réu.

Quiz a lei que os interessados concorressem para a descoberta da verdade que a sociedade procura quando pede a punição do delinquente; mas não foi seu intuito dar-lhes mais uma oportunidade para a sua intervenção directa, apaixonada, violenta, interessada, suspeita, odiosa no processo. A tendencia das legislações modernas, manifestada claramente pela nossa, é, seguindo o exemplo do direito francez, supprimir a acção individual do offendido, devolvendo á sociedade exclusivamente o direito de pedir a punição do réu; e sua orientação muito se conforma com o fundamento do direito de punir que já não é mais a vingança que outróra imperava (1), mas a justiça unida á utilidade social. (2) Ora o auxilio do offendido considerado do modo amplo porque o tem sido, é essa intervenção que traduz vingança e que a sociedade procura cohibir.

O direito de defesa soffreria si a parte que nenhuma intervenção tivera no processo, inesperadamente comparecesse no plenário deduzindo accusações, apresentando provas, impugnando as contrarias e recorrendo de despachos e sentenças. A unidade da accusação se quebraria, desdobrandc-se em duas, sendo a ultima mais perigosa que a primeira; e o réu poderia não ter elementos que pudessem combater adversario que assim de surpresa lhe apparecesse. Ora, toda interpretação que sacrifica o direito de defeza em favor dos interesses da accusação é anormal, porque não concilia o pensamento do legislador com a razão, justiça e ordem social (3) e é deshumana,

(1) Ord. 5/124.

(2) CARRARA, *Prog. Introd.* e §§ 548, 549 e 552.

(3) P. BAPTISTA, *Herm.*, § 20.

contrariando uma das regras auxiliares da hermeneutica, (I)

Além dessas considerações, accresce que si os direitos do auxiliar abrangessem os mais importantes dos do accusador particular, desapareceria a accusação privada, que a lei admite impondo onus e responsabilidades, para dar lugar ao auxilio, em que o offendido só vantagens tem; e é isso o que está succedendo geralmente, nas comarcas onde interpretação tão pernicioso tem prevalecido.

Accresce mais que disposições em pleno vigor e de effeitos salutaes ficariam sem utilidade pratica. Assim a lei estabeleceu a pena de lançamento para o auctor particular que no plenário, deixa de comparecer sem excusa fundada (2). Mas o auctor, soffrendo essa punição, não fica privado de prestar auxilio á promotoria, si o processo com esta segue o seu curso natural (3). Ora, si esse auxilio comprehendesse os direitos de accusar, inquirir, suspeitar e recorrer, direitos que ficam extinctos por effeito do lançamento, que valor teria este? que punição restaria ao auctor desidioso e revel á chamada que no plenário é feita? Ensina PAULA BAPTISTA que o pensamento da lei, quando concisa, é encontrado no confronto que delia se faz com outras da mesma especie; só assim os seus termos podem ser ampliados ou restringidos (4).

35. Só pode prestar auxilio ao promotor publico o offendido ou seu representante (5), isto é, sómente a pessoa que tem qualidade para dar queixa e acompanhar os demais termos da acção privada

(1) P. BAPTISTA, *Herm.*, § 34.

(2) Cod. Proc, art. 221 ; Reg. 1842, 349.

(3) Reg. 1842, 349; Cod. Penal, art. 408 ; P. BUENO, n. 220; N. 29 desta obra.

(4) P. BAPTISTA, *Herm.*, § 37.

(5) Cod. Penal, art. 407 e 408.

penal (1). É como os pais de um individuo emancipado não são seus representantes legais nos termos da lei (2), é erro dar-lhes o direito de intervenção nos processos em que esse individuo figura como vic-tima (3). O caso do artigo 324 é excepcional e re-fere-se mais a offensas do ascendente a quem a inju-ria attinge, que a daquelle que já não mais existe; o ascendente não actúa como representante do morto, mas como offendido tambem (4).

36. Do despacho que acceta ou repelle a intervenção directa do auxiliar da accusação, no plenario, não ha recurso algum. E' um despacho meramente interlocutorio, para o qual seria inadmissivel o remedio de appellação; e quanto aos recursos que a estes despachos se destinam — recursos em acceção restricta e agravo no auto do processo — não poderiam ser invocados, porque são restrictos aos casos expressos, taxativos da lei, mui diversos do de que se trata (5). O nosso Tribunal de Justiça, que a principio vacillou sobre essa verdade, abraçou-a com applausos geraes, em decisões posteriormente proferidas (6).

SECÇÃO IV

DEFENSORES

37. Punindo os delictos, a sociedade não exerce vingança. O fundamento do direito de punir é a justiça absoluta que manda remunerar o bem com o

(1) N. 27 desta obra; *G. Jur.* 32/378.

(2) C CARVALHO, *Consol.*, arts. 92, 1470, 1564, 1565, 1566, 1641, 1683, 1685 e 1686.

(3) *G. Jur.* 14/98, 22/293; *Rev. Mens.* 5/324.

(4) N. 27 desta obra.

(5) N. 218, 223 e 227 desta obra.

(6) *G. Jur.* 7/155, 10/64, 27/238.

bem, praticar o mal pelo mal, consorciada com a utilidade, que regula a applicação dessa justiça conforme as necessidades da ordem social. Justiça e utilidade, pois, idéas de naturezas diversas, são as bases fundamentaes desse direito. E' a theoria de KANT, o platonico, combinada com a de HOBBS e BENTHAM, os propugnadores do utilitarismo.

O intuito da sociedade punindo o delinquente é de utn lado restabelecer a ordem publica alterada pelo delicto, fornecendo ao mesmo tempo um exemplo que conjure o perigo da imitação; de outro lado é corrigir o delinquente pela privação mais ou menos duradoura de sua liberdade, habituando-o ao respeito que deve á lei e á sociedade e o encaminhando para a regeneração de seus costumes.

Nem toda infracção, porém, merece o castigo social. Ha delictos que são a obra lamentavel de um inconsciente; ha outros que resultam do acaso; e as vezes o delinquente, offendendo alguém, exerce um direito, que a propria sociedade lhe outorga. Esses nenhum abalo causam á segurança social; punil-os, seria talvez praticar a justiça absoluta, mas nunca estar de accordo com a utilidade, que d'aquella é a reguladora.

Para extremar esses casos dos outros, a sociedade exige que, nas discussões dos factos criminosos, de um lado exista o accusador, que exige a reparação do damno publico e de outro lado o defensor, que legitima, excusa ou néga a offensa incriminada. Entre esses contendores, os factos serão discutidos com a maxima amplitude e igualdade; e só depois que a defeza tiver sido vencida é que a punição será decretada.

A defeza, pois, não é só do interesse iudividual: é tambem do interesse geral da sociedade. Porisso,

esta a protege com uma largueza desconhecida na esphera do direito civil, facilita-lhe o exercicio, não lhe impondo restricções, como sóe acontecer com os demais direitos originarios do homem.

38. Desse principio—a sociedade tem interesse no direito de defeza — resultam dois importantes co-rollarios que devem ser postos em relevo: 1.º o direito de defeza não pode ser renunciado pelo réu; 2.º a sociedade dá defensor a quem não o tem.

I a) Certo é que, em alguns pontos de detalhe, pode o réu ser considerado como o primeiro guarda e apreciador de um direito, cujo exercicio affecta directamente a sua liberdade e segurança, e assim possuir a faculdade de pôl-o ou não em actividade. Quando, porém, se trata da essencia desse direito, a sociedade exerce o principio tutelar de não consentir num abandono ou renuncia que tão perniciosos effei-tos traria ao conhecimento da verdade e á applicação da justiça. A ausencia da defeza, pois, seja consentida expressa ou tacitamente pelo réu, ou não, é nul-lidade substancial, insanavel do processo, (1)

b) Pelo antigo systema, a sociedade sómente dava defensor ao réu menor, miseravel e ausente; diziam, porém, os escriptores que a protecção devia ser ampliada a quem quer que se apresentasse ao tribunal sem ter quem o defendesse, porque assim o aconselhavam a equidade e a razão natural (2). Hoje o preceito legal diz: «ao juiz compete nomear advo-«gado, no acto do julgamento, ao réu que se apre-«sentar sem defensor» (3). Pouco importa a condição; do réu; a sociedade exige que á accusação se contra-

(1) P. BUENO, o. 124 e 246; ORTOLAN, *Dir. Pen.* 2/2279, 2289.

(2) *Form. Off.*, n. 132; Av. de 23 de Março de 1855; P. BUENO, 211.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 92 § 1 b.

ponha a defesa, para do conflicto estabelecido apurar-se a verdade, que é a condição primordial para a pratica da justiça. E tanto empenho faz nisso, que concede ao presidente do tribunal a faculdade de obrigar o advogado do auditorio a cumprir tão sagrado dever, sob pena de desobediencia (I).

Sob esse ponto de vista é de ponderar que o réu não fica inhibido de escolher defensor de sua confiança, si o nomeado parecer-lhe inapto para a função destinada; o direito social é suppletivo, não age por exclusão, antes cede o lugar que occupou, para que a vontade do réu predomine (2).

Mas não é só ao réu presente que a defesa é garantida; ao ausente que tenha de ser julgado á revelia, concede a sociedade identico privilegio (3). A excepção unica a principio tão salutar, de não ser dado defensor ao revél afiançado (4), é uma pena por demais rigorosa ao quebramento da fiança (5), que ha de ser supprimida, porque contraria os princípios liberaes da nossa legislação.

39. No crime, toda e qualquer pessoa pode exercer a advocacia, uma vez que seja da confiança das partes (6). Essa disposição quer dizer que, no fôro criminal, diversamente do que succede no cível (7), a advocacia não depende de diplomas scientificos e provisões dos tribunaes; não exprime, porém, que possa ser admittido quem não tenha capacidade civil

(1) Decr. 123 de 1892, art. 92 § 2 ; Cod. Pen., art. 135 ; Av. de 21 de Novembro de 1835. (ARARIPE, art. 136 § 4).

(2) *Proj. Cod. Proc. Crim. Paulista*, art. 196.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 92 § I, b.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 92 § I b.

(5) Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 14 § 4; Lei 1841, atr. 43; Reg. 1842, art. 314.

(6) Decr 123 de 1892, art. 92.

(7) J. MONTEIRO, *Proc.* r/§ 59.

completa, quem não esteja nas condições de exercer patrocínio, de dar conselhos e instrucções.

Nem o menor, nem a mulher podem, pois, ser admittidos ao exercício dessa advocacia. Aquelle, salvo os casos de emancipação, é pessoa que no juízo só figura debaixo da protecção de outrem; não pode, pois, proteger ninguem (1). Esta, ainda que maior e mesmo laureada por um diploma scientifico, é um ente que a lei, justa ou injustamente, considera inferior ao homem, cercanda-a, porisso, de privilegios, ao mesmo tempo que privando-a de direitos; (2) e dentre esses direitos excluidos de seu patrimonio social, estão o de postular em juizo, isto é, desempenhar qualquer especie de mandato (*sexum dum faminas prohibet pro aliis postulare*) (3) o de exercer funcções publicas, e a advocacia está classificada nessa categoria (*Fæminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt. Et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere*) (4). Em França, para que a mulher diplomada tivesse ingresso em juízo como advogado, foi preciso que lei especial se promulgasse, tendo a Côrte de Appellação de Pariz anteriormente decidido que tal direito não lhe pertencia (5); em nosso paiz, sómente a mulher terá a liberdade dessa profissão quando o Congresso tiver identico proceder, pois o preceito constitucional que garante o direito

(1) C. CARVALHO, cit. art. 92.

(2) RIBAS, *Dir. Civ.* 2/65.

(3) Dig. de post. 3, I, f. 1 § 5; PAULO, f. 54 *pr. de procur.* III, 3; C CARVALHO, art. 347; RAMALHO, *Praxe*, § 57.

(4) RAMALHO, cit. § 57; Avs. 151 de 1828 206 de 1866 326 de 1870; *Rev. Jur.* 11/300; J. MONTEIRO, cit. §58; J. MENDES, *Ref. Jud.* 295; ULPIANO, *de reg. jur.*, f. 2 *Dig.*; PAULO, f. 12 § 2, *Dig. de Jud.*; RIBAS, *Dir. Civ.* 2/66.

(5) Lei Fr., de 1.º de Dezembro de 1900, *Rev. Jur.* 1/275, 2/132, 11/301.

de liberdade profissional tem sua interpretação nas leis do antigo regimen, ainda em pleno vigor (I).

40. O advogado que o presidente nomeia para patrocinar a causa do menor ou do ausente, chama-se *curador*; deve prestar compromisso de bom desempenho das funções de que é investido, salvo si formado em direito, pois então servirá sob o compromisso geral que prestou ao receber o seu gráo (2). O louco é também representado por um curador (3); o presidente do jury, porém, como já vimos, não deve submettel-o aos actos do plenário, mas adiar o seu julgamento para quando esse miseravel estado tiver cessado (4).

41. O defensor não poderá servir conjuntamente com o juiz ou jurado que seja seu ascendente, descendente, sogro ou genro, irmão ou cunhado durante o cunhadio (5); com escrivão que seja seu parente em identicos gráus (6), e com peritos que, além desse parentesco tenham com elle o parentesco do 3.^o e do 4.^o gráu civil (7).

Em taes casos, o funcionario que age, excluindo os demais que lhe são incompatíveis, é o advogado, depositario immediato da confiança do réu (8).

42. As attribuições principaes do defensor são:

a) contrariar o libello, apresentando provas e requerendo diligencias;

(1) *Const. Federal*, art. 72 § 24 e art. 83.

(2) Decr. Fed. 764 de 19 de Setembro de 1900; Decr. 123 de 1892, art. 92 § I, letra a.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 92 § 1, a.

(4) N. 18 a *desta* obra; P. Bueno, n. 208.

(5) Decr. 123 de 1892, 95 n. 4; Ord. 1/48, 6; Av. de 29 de Setembro de 1845.

(6) Decr. 123 de 1892, 95 ; Ord. 1/48 6; Av- 29/9/45.

(7) Decr. 123 de 1892, 95, n. 1 e 5.

(8) Decr. 123 de 1892, art. 99 n. 8.

b) assistir as convocações ordinarias e sorteios que sejam feitos;

c) requerer de accôrdo com a promotoria, sessões extraordinarias (I);

d) pedir que o réu seja julgado em comarca diversa, quando na propria não o possa ser (2);

e) reclamar contra a abertura da sessão do jury, quando não haja numero legal de jurados desimpedidos (3);

f) requerer que julgue o seu constituinte o o mesmo conselho que julgou o réu precedente (4);

g) reclamar contra a ordem estabelecida para os julgamentos (5);

h) comparecer á chamada das partes, apren-tando excusa, si o seu constituinte deixar de se apresentar (6);

i) apresentar as excepções dilatorias ou peremptorias que tiver, devendo a de suspeição preceder ás demais; (7)

j) fazer as recusações peremptorias, sem moti-val-as e allegar as suspeições que tiver contra os jurados sorteados, provando-as, ainda que com provas semi-plenas (8);

k) impugnar a intervenção ostensiva do auxiliar da accusação, requerendo ao presidente que limite-lhe

(1) Cod. Proc. 319; Decr. de 27 de Agosto de 1874, 41 ; Decr. 123 de 1892, art 49 § 4.

(2) Lei de 20 de Setembro de 1871, art. 17 § 6; Decr. 4824 de 1871, art. 25.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 50.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 50, § unico.

(5) Cod. Proc., 317; Decr. 4824 1871, art. 24 § 6.

(6) Cod. Proc., 220; Decr. 1842, art. 349.

(7) N. 98 desta obra.

(8) P. BUENO, n. 228 e 230; Cod. Proc., 275 ; Reg. 1841, art. 357.

as attribuições de accôrdo com os princípios já expostos (I);

l) deduzir oralmente a sua defeza e treplicar aos argumentos que contra ella fôrem oppostos, procedendo com circumspecção e respeito não só para com o tribunal, como para com o auctor do delicto;

m) inquirir, reinquirir e acarear testemunhas, apresentar documentos, solicitar exames, diligencias, arbitramentos e tudo quanto julgar de conveniência aos interesses da defesa (2);

n) allegar a falsidade das provas e ser ouvido quando essa allegação tiver sido feita pela parte contraria (3);

o) requerer quesitos em bem da defesa, evitando os que entre si fôrem contradictorios, e reclamar contra o modo porque o presidente cumpriu essa formalidade processual (4);

p) reclamar contra o resumo dos debates, quando fôr feito com parcialidade ou referir factos que no plenario não tenham sido aventados (5);

q) receber com acatamento o veredictum do jury, requerendo ao presidente, omisso no cumprimento desse dever, que faça com que os jurados tornem a se manifestar sobre os quesitos que vieram respondidos de modo obscuro, incoherente e incompleto (6);

r) interpôr todos os recursos que tiver, quando prejudicado fique seu constituinte (7);

(1) N. 34 desta obra.

(2) P. BUENO, ns. 246 e 247.

(3) Cod. Proc. 266; Lei 1841, 55; Reg. 1842, art. 360.

(4) P. BUENO, ns. 254 á 264.

(5) N. 193 desta obra.

(6) N. 208 desta obra.

(7) Lei 1841, 69 e 78; Reg. 1842, 438 e 450; Lei 1871; Decr. 1871; Cod. Proc. 281; Lei 18 de 21 de Novembro de 1891, art. 67.

s) ser ouvido em todos os incidentes da causa, tendo sempre a palavra por ultimo (I);

t) exercer severa fiscalização sobre todos os actos, acatando o jury e seu presidente e comportando-se na altura de seu elevado cargo;

u) requerer *habeas-corporis* para o réu condemnado illegalmente, provocar indultos, promover revisões de processo, responsabilisar as auctoridades prevaricadoras ou negligentes, fiscalisar a execução da pena, etc.

43. O advogado póde soffrer, por seus actos, não só acção civil que o obrigue a indemnisar o seu constituinte pelos actos culpózos ou dolózos que praticar, como acção penal pelo desacato, desobediencia, injuria ou outro crime—prevaricação, peita ou suborno — de que tenha sido culpado. Penas disciplinares— advertencias, multa, prisão, privação da palavra no plenário, etc.—podem ser-lhe tambem applicadas (2).

SECÇÃO V

ESCRIVÃES

44. O Escrivão do jury é um funcionario vitalício, cuja capacidade intellectual e cujas condições de moralidade deviam ter sido apuradas no acto da sua investidura.

Na capital do Estado, ha dois escrivães do jury (3); nas outras comarcas, desempenha esse cargo o official do registro geral de hypothecas (4).

45. E' incompatível o officio de escrivão do jury com qualquer outro emprego publico, em cujo numero

(1) P. BUENO, n. 248; Cod. Instr. Fr. 335.

(2) Decr. 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 124; MACHADO, *Pratica dos Aggravos*, pag. 213; Cod. Instr. Fr., art. 311; P. Bueno, n. 208; Cod. Penal, arte, 134, 135, 209, 214, 315 etc; ARARIPE, cit. art. 137, § 5.º

(3) Lei 684 de 16 de Set. de 1899; Decr. cit., art. 16.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 16.

se incluem o de auctoridade policial e o de vereador (I). E' suspeito para funcionar com juiz ou perito que lhe esleja ligado por parentesco até o 4.^o gráu civil; com advogado, e portanto com a parte, que seja seu ascendente, descendente, sogro ou genro, irmão ou cunhado. A substituição, nestes casos, é do serventuario (2). Si o escrivão tiver funccionado no processo, não nesse character, mas no de auctoridade, perito ou testemunha, nenhuma intervenção poderá ter mais como serventuario (3).

Fóra desses casos, a suspeição é incabivel. Materia de direito estricto não pôde ser ampliada de um funcionario a outro.

46. A preferencia do serviço do jury só cede ao serviço eleitoral; todos os demais ficam-lhe subordinados. Os trabalhos tendentes á organização social, da qual dependem todas as funcções da sociedade, têm primazia; seguem-se-lhes os referentes á liberdade do homem, ao socêgo e tranquillidade publica; os de interesse privado são os ultimos que devem ser desempenhados (4).

47. O escrivão do jury deve possuir os livros seguintes, numerados, rubricados, abertos, encerrados e isentos de sello (5): o das listas dos jurados e sorteios (6), o das multas (7), o das fianças definitivas (8) e o das actas (9).

(1) Decr. 123 de 1892, art. 94, §§ 4.^o e 5.^o

(2) Decr. de 1892, art. 95, ns. I, 4 e 5, e art. 99.

(3) P. PESSÓA, *Proc. Crim.*, n. 2831.

(4) Decrs. Ests. 20 de 6 de Fev. de 1892, art. 198; n. 761 de 24 de Março de 1900, arts. 29 e 87.

(5) Decr. 759 de 20 de Março de 1900.

(6) Decr. 123 de 1892, arts. 44, 45 e 47.

(7) Decr. 331 de 22 de Jan. de 1896, art. 6.^o

(8) Cod. Proc. 103; Reg. 1842, art. 302.

(9) Av. 2 de Abril de 1836; P. BUENO, n. 274; Cod. Instr. Fran. 372 e 408.

Suas attribuições, além dos trabalhos annuaes da junta revisora, onde funciona como auxiliar indispensavel, são as seguintes:

a) consignar o resultado dos serviços de convocação do jury e sorteio, e tornar publicos esses serviços, incluindo nos editaes os nomes dos réus ausentes que tenham de ser julgados (1);

b) preparar os processos que devam ser julgados, expedindo mandados ou precatórias de prisão ou intimação, dando aos réus cópias do libello, recebendo suas contrariedades, juntando aos autos certidões dos editaes publicados (2);

c) apresentar-se ás sessões á hora certa e providenciar para que todo pessoal do fôro, que tenha função no tribunal, esteja presente;

d) prestar informações ao presidente, partes e jurados, instruir os officiaes de justiça e porteiros, receber officios e communicações dirigidos ao tribunal, affixar a tabella indicadora da ordem dos julgamentos, providenciar, emfim, sobre a ordem e regularidade dos serviços;

e) fazer a chamada dos jurados, prestando informações sobre os não notificados, sobre os que faltaram com motivos provados, e sobre os que não apresentaram excusas de seu não comparecimento; (3)

f) tomar nota dos jurados supplentes, para consignar os seus nomes na acta e expedir incontinenti mandados para as intimações; (4)

(1) Decr. 123 de 1892, art. 48; Avs. 30 de Set. de 1839; 5 de Dez. de 1850 em P. PESSÔA, n. 2727.

(2) Reg. 1842, arts. 318 á 320, 324, 327 á 342.

(3) Decr. 1842, art 344; Decr. 123 de 1892, art. 56; Lei 22 de Jan. de 1896, art 2.º

(4) Decr. 123 de 1892, arts. 51 á 55.

g) fazer, com o porteiro, a chamada geral das partes e testemunhas, e diariamente a referente ao processo que vae ser julgado; (1)

h) consignar os nomes dos jurados que fôrem acceitos para o conselho julgador, dos impedidos, recusados e suspeitos; (2)

i) *fazer* a leitura do processo e dos ultimos termos, com vóz clara e de modo a ser por todos ouvido; (3)

j) escrever depoimentos, quando para isso ordenado, e todos os incidentes ácerca da falsidade que, contra as provas, tiver sido levantada; (4)

k) lavrar termo de todos os actos occorridos no plenário, isto é, da reunião do jury, da verificação das cédulas (unico rubricado pelo juiz), da abertura da sessão, da chamada das partes e testemunhas, do comparecimento destas, do sorteio, do juramento do conselho, do interrogatorio, da leitura do processo, da accusação e inquirição, da defesa e inquirição, da réplica e tréplica, da arguição de falsidade, do resumo dos debates, da retirada do jury para a sala secreta, do regresso do jury para a sala publica, da publicação da sentença e recursos;

l) lavrar actas da sessão, consignando as occur-rencias que se derem desde o começo até a terminação dos trabalhos;

m) dar certidões ás partes, independente de despacho do juiz; (5)

n) publicar logo após a sessão, os nomes dos jurados multados; (6)

(1) Cod. Proc. 240; Reg. 1842, arts. 348 e 351.

(2) Cod. Proc. 275, 276, 330, 61; Reg. 1842, art. 357.

(3) Cod. Proc. 260; Decr. 1842, art. 358.

(4) Cod. Proc. 262, 266; Decr. 1842, 358, 360 etc.

(5) Decr. Fed. 470 de 7 de Junho de 1890.

(6) Decr. Est. 331 de 22 de Jan. de 1896, art. 7.º

o) remetter, sob pena disciplinar, certidões dos jurados multados ao representante da Fazenda Publica, no prazo de dez dias, para a devida cobrança; (1)

p) não retardar, por motivo de salarios, os processos, traslado ou diligencias *ex-officio*, ou em cuja expedição fôrem interessados orphãos, ausentes, miseraveis e a justiça publica; (2)

q) archivar os processos findos e informar ao juiz não só sobre o cumprimento das penas impostas, como sobre tudo o que occorrer na execução delias, etc.

48. O escrivão está sujeito tanto a penas disciplinares, como a processos criminaes, pelos abusos ou irregularidades que tiver commettido. Naquellas estão comprehendidas—a advertencia, suspensão ou prisão; estes podem coexistir com as penas disciplinares, sem que se applique a regra do «*non bis in idem*» (3).

SECÇÃO VI

OFFICIAES DE JUSTIÇA E PORTEIROS

49. Os Officiaes de Justiça e Porteiros são também serventuarios de justiça e grande auxilio prestam ás auctoridades judicarias (4).

Só o maior e aquelle que estiver no gôso dos seus direitos politicos póde ser nomeado. O limite

(1) Decr. Est. 331 de 22 de Jan, de 1896, art. 8.º; Lei 684 de 16 de Set. de 1899, art. 6.º

(2) Decr. Est. 178 de 6 de Junho de 1893, arts. 172 e 183.

(3) GARRAUD, *Dir. Penal* 1/3, 124 e 415; HAUS, *Dir. Penal Belga* l/ns. 251 á 253.

(4) Decr. 123 de 1892, arts. 2.º, 5.º e 93; Cod. Proc. 41; Avs. 13 de Fevereiro de 1828, 29 de Junho de 1829 e 30 de Julho de 1831, em ARARIPE, art. 80.

dessa nomeação está na proporcionalidade do serviço serão tantos, quantos fôrem necessários pelo expediente do juízo. Não são obrigatórios os oficiais nomeados que não entram em exercício ou deixam-o quando lhes convenha (1). Se não houver quem os queira, a nomeação pode recahir em um soldado, provisoriamente, de accordo com a autoridade policial (2). Servindo os seus officios, podem conduzir armas offensivas sem prévia licença (3).

O lugar de porteiro pode estar provido vitaliciamente, conforme o permitia a antiga legislação (4); o funcionario, então, será conservado (5). Hoje, porém, nas serventias vitalicias dos officios de justiça não está incluído a de porteiro dos auditorios (6); a nomeação, pois, será feita livremente pelo juiz (7), que designará sempre o official de justiça que estiver de semana (8).

50. Todo serventuario de justiça, em regra, não pôde accumular outro emprego publico (9). Além disso, os funcionarios a que nos referimos têm impedimento para conjunctamente servirem com juiz que lhes esteja ligado por parentesco até o 4.^o grau civil, com outro serventuario e tambem com as partes em identicas condições de parentesco (10). Fóra disso, não

(1) Cod. Proc. 4, 5 e 42; Avs. 14 de Dez. de 1836 e 26 de Ag. de 1862 em ARARIPE, 79 e 80.

(2) Av. 28 de Jan. de 1854 (ARARIPE, art. 80, § 5.^o); Avs. Secr. S. Paulo de 22 de Abril de 1893 (*G. Jur.* 2/103) e 5 de Março de 1901.

(3) Cod. Penal, art. 377, n. 1.

(4) Lei II de Out. de 1827; Decr. 1 de Julho de 1830, art. 2.^o; Decr. 30 de Ag. de 1851, arts. I.^o, 4.^o e 10 em ARARIPE, art. 104, § I.^o

(5) Lei n. 94 a de 17 de Set. de 1892, art. 2.^o; Lei 651 de 15 de Ag. de 1899, art. 2.^o

(6) Decr. 123 de 1892, art. 16.

(7) Decr. 123 de 1892, art. 93.

(8) Decr. 18 de Jan. de 1850; Av. 20 de Abril de 1864 (ARARIPE, 105, § 2.^o).

(9) Decr. 123 de 1892, art. 94, §§ 4.^o e 5.^o

(10) Decr. 123 de 1892, art. 95, §§ I.^o e 3.^o; P. BUENO, n. 123.

ha nada que impeça esses empregados, que em outro caracter não serviram no processo, de exercer nelle as suas • funcções.

51. O porteiro tem estas attribuições:

- a) apregoar a abertura e encerramento dos trabalhos ;
- b) fazer citações no tribunal;
- c) annunciar as citações feitas e chamar as partes e testemunhas da causa;
- d) prover a todo serviço que fôr necessario (1).

Os officiaes de justiça devem:

- a) fazer intimações fóra do tribunal;
- b) prender criminosos, effectuar buscas e praticar outras diligencias;
- c) executar as ordens do juiz com promptidão e regularidade;
- d) evitar a communicabilidade dos jurados e testemunhas que ainda não depuzeram;
- e) guardar, com o auxilio da força publica, os réus que se apresentarem;
- f) impôr ordem e silencio aos espectadores, prendendo os desobedientes e desordeiros;
- g) praticar, emfim, tudo quanto fôr preciso para a regularidade dos serviços.

52. Suas penas podem ser decretadas em processos movidos pela justiça publica; podem ser, tambem, disciplinares, nas quaes o rigor chega á demissão decretada pelo juiz (2).

(1) Decr. 123 de 1892, art. 154.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 124, I; ARARIPE cit, art. 81.

TITULO II

Actos que precedem ao plenário

CAPITULO UNICO

Convocação e sorteio do jury; preparo dos processos

53. A convocação dos jurados é feita pelo juiz de direito, em certas epochas determinadas pela lei.

Na capital do Estado, deve o jury ser convocado para o primeiro dia util de cada mez, com uma antecedencia de 12 dias (1); nas outras comarcas, deve sel-o de tres em tres mezes, segundo a ordem estabelecida pelo governo para regulansar o serviço de substituições, e com antecedencia de 20 dias (2). Só por motivos insuperaveis não se reunirá o jury nas epochas referidas, fazendo-o, nesse caso, no mez subsequente ao determinado (3).

Além das épochas normaes, o jury póde, a requerimento do promotor, reunir-se extraordinariamente, quando o exija a segurança publica (4).

(1) Lei 684 de 16 de Set. de 1899, arts. 1.º e 2.º

(2) Decr. 123 de 1892, art. 47; Decr. 413 de 10 de Dez. de 1896.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 49, § 2.º; Avs. 3 de Junho de 1896, 17 de Abril de 1896, 9 de Março de 1896, etc.

(4) Cod. Proc. 319; Decr. 27 de Agosto de 1874, art. 41; Decr. 123 de 1892, art. 49, § 4.º

54. Os jurados que são obrigados a comparecer, são os sorteados no acto da convocação. Da urna geral será feito o sorteio de 48 juizes, tendo preferencia os que durante o anno nenhum serviço ainda tenham prestado; as cédulas assim sorteadas, serão postas em uma urna especial conhecida pelo nome de urna dos quarenta e oito, lavrando-se de tudo um termo circunstanciado (1). Não serão computados os nomes dos jurados que têm dispensa legal (2).

55. O publico deverá ter conhecimento da convocação do jury e do sorteio dos jurados, por meio de editaes que serão affixados e, quando possível, publicados pela imprensa local. Servirão tambem esses editaes para a citação de réus de crime afiançavel, que, por ausentes, não possam ser intimados pessoalmente (3).

Não basta, porém, essa intimação edital para obrigar os jurados a comparecerem e as testemunhas a se apresentarem. Aquelles serão intimados por carta, ficando a intimação feita pelo simples facto da apresentação delia em seus domicílios, desde que não estejam elles fóra da comarca (4); estas serão intimadas por mandado ou precatória e até por simples despacho do juiz preparador, quando não estiverem fóra da povoação (5).

56. Só depois de cumpridas essas formalidades é que o processo pode ser julgado preparado para os actos do plenário.

(1) Decr. 123 de 1892, arts. 47 e 55.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 39, § 2.º

(3) Decr. 123 de 1892, art. 48; Av. 30 de Set. de 1839, em ARA-RIPE, art. 348, § 4.º; P. PESSÓA, nots. 863 e 2727.

(4) Decr. 123 de 1892, art. 48, § 2.º

(5) Cod. Proc. art. 81.

Casos, porém, existem em que esse preparo póde ser tido como completo, mesmo que as testemunhas não tenham sido intimadas. Si por ausencia em lugar incerto e não sabido, fôr impossível o cumprimento da formalidade legal; si a testemunha residir em lugar tão distante que não haja tempo de ser devolvida a precatória expedida para sua intimação; si habitar Estado diverso, de modo que nenhuma obrigação tenha de vir depôr, basta, para o preparo do processo, que as diligencias da intimação tenham sido feitas e constem dos autos (I).

(I) Lei Fed. n. 39 de 30 de Jan. de 1892, art. I.º, n. V, *às G.Jur.* 20/19, 22/283, 31/192.

TITULO III

Actos que, no plenário, antecedem ao julgamento

CAPITULO UNICO

Reunião do jury, verificação das cédulas, chamadas, abertura da sessão, etc.

57. No dia apazado, á hora prefixada, o presidente do tribunal ordenará a abertura da sessão para os trabalhos preliminares do julgamento; essa ordem deve ser cumprida pelo porteiro, que a anunciará a toque de campainha (I).

58. Publicamente serão, pelo presidente, verificadas as cédulas da urna dos quarenta e oito, lavrando-se, desse acto, privativo do juiz (2), um termo que por elle deverá ser rubricado.

59. A chamada dos jurados será o acto subsequente e deve ser feita pelo escrivão sob a fiscalização do juiz. Terminada, anunciará este as faltas verificadas, e decidirá sobre a dispensa ou punição dos jurados faltosos.

(1) Cod. Proc. 238; Reg. 1842, art. 344.

(z) Reg. 1842, art. 344; OTTONI, *Nullid. do Proc. Crim.*, pag. 41; P. PESSÓA, n. 2786; *G. Jur.* 3/64, 221, 223, 300; 7/157; 5. *P.Jud.* 1/174. 2/465. 3/320.

A dispensa será dada: 1.º aos que, por doença propria ou da família, ou impedimento de transito, não possam comparecer (I); 2.º aos empregados publi-

cos, mediante requisição de seus chefes (2); 3.º áquel-les que, depois do sorteio, estiverem nas funcções de presidente do Estado ou secretario, de deputado, senador, juiz, professor publico, representante do Minis-terio Publico ou fõrem militares em serviço activo (3); 4.º aos maiores de 65 annos de idade e aos que já prestaram seus serviços durante o anno, não havendo necessidade de serem sobrecarregados (4).

As multas são de 30\$000 a 60\$000, e podem ser applicadas tambem aos jurados que, tendo comparecido, retirarem-se antes do sorteio (5). Serão consignadas em termos lavrados em livro especial que o que o escrivão deve ter, e sómente poderão ser relevadas, por motivos procedentes, até 3 dias após a sessão, notando-se o termo com a declaração de que fõram relevadas pelo motivo que serviu de base ao despacho. Essas multas serão cobradas pelo representante da corporação a que pertencerem (6), baseado em certidões que o escrivão lhe é obrigado a fornecer (sob pena de por sua vez ser multado de 50\$000 a 200\$000) no prazo de 10 dias após a conclusão dos trabalhos (7).

60. Si estiverem presentes jurados em numero legal, o presidente declarará que vão ser iniciados os trabalhos do julgamento, encerrando assim a phase

(1) Decrs. 123 de 1892, art. 56; n. 331 de 22 de Jan. de 1896, art. 5.º

(2) Lei Est. 684 de 16 de Set. de 1899, art 7.*

(3) Decr. 123 de 1892, art. 39, § 2º

(4) Decr. 123 de 1892, arte. 39, § 3.º e 55.

(5) Decr. 331 de 22 de Jan. de 1896, art. 2.º; Decr. 123 de 1892, art. 56.

(6) Lei 365 de 2 de Set. de 1895; Decr. 331 de 22 de Jan. de 1896.

(7) Lei 684 de 16 de Set. de 1899, art. 6.º; Lei 22 de Jan. de 1896.

preliminar da sessão; no caso contrario, procederá ás precisas diligencias para que o tribunal se complete.

Dar-se-á a primeira hypothese havendo 36 jurados presentes, sem impedimento na causa, numero mínimo que a lei fixou para impedir que, com as recusas legais, se esgotasse a urna (1). Esse impedimento deve constar do processo e ser certo; do contrario, nenhum obstaculo será para a abertura da sessão (2). Uma ressalva existe á regra enunciada: dispensavel é o numero referido, quando, numa sessão subsequente á outra, as partes combinam em acceitar o conselho julgador da primeira. Nesse caso, como não é mais possível o inconveniente que a lei quiz evitar, toma-se dispensavel a presença de numero maior de juizes. Para que, porém, essa excepção tenha logar, é necessario: *a*) que o conselho seja acceito antes de dissolvido (garantia de indepen-

dencia); *b*) que não haja qualquer juiz impedido e suspeito (garantia de validade do julgamento); *c*) que novo compromisso seja deferido ao conselho, pois deve ser elle especial para cada processo (3).

As diligencias que a lei ordena para a formação de um tribunal que não está completo, consistem nos sorteios complementares. O primeiro sorteio será o da urna dos supplentes, e constará de tantos nomes quantos fôrem os dos jurados que não compareceram, quer a falta seja justificada, quer não. Esses supplentes terão preferencia aos substituídos que não comparecerem no mesmo dia do sorteio (4); pelo que as cédulas que contiverem seus nomes serão collocadas na urna dos 48, da qual devem sahir as dos substi-

(1) **Decr.** 123 de 1892, art. 50.

(2) **Decr.** 123 de 1892, art. 50, § unico.

(3) **Cod. Proc.**, **art.** 331; **Decr.** 123 de 1892, **art.** 50, § unico; *S. P. Jud.* 3/320.

(4) **Decr.** 123 de 1892, **art.** 53.

tuidos, para voltarem á urna geral (I). O segundo sorteio será o da urna geral, quando a supplementar estiver exgottada. Serão preferidos os jurados que residirem até 34 kilometros, adiando-se a sessão por 3 dias; mas, si essa preferencia não puder ser dada, o sorteio será livre, ficando a sessão adiada até 8 dias, afim de que sejam intimados os jurados que mais distantes residirem (2).

Si, porventura, infructiferos fôrem os esforços do presidente para que a sessão se effectue, de nenhum effeito ficará a convocação realisada, para que nova convocação tenha lugar, afim de que o jury se reuna no mez seguinte; neste caso, o factó deverá ser participado ao governo, e os jurados que crearam tal situação serão multados como si tivessem faltado durante a quinzena em que o jury devia funcionar (3).

As regras expostas tanto se applicam ao caso em que o tribunal ainda não tenha funcionado, como ao em que tenha interrompido os seus trabalhos; mas neste caso, a pena applicavel aos jurados que deram lugar á nova convocação, será de multa de tantos dias quantos fôrem os que faltarem para completar a quinzena legal (4).

61. Formada a casa, serão apresentados ao jury os processos que devem ser julgados; e si alguns ainda não estiverem preparados, nos dias subseqüentes irão sendo apresentados á proporção que as respectivas formalidades fôrem cumpridas (5).

(1) Decr. 123 de 1892, arts. 53, 52 e 47.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 54 e §§ 1.º á 4.º

(3) Decr. 123 de 1892, arts. 49, § 2.º e 54, § 5.º; Decr. 334 de 22 de Jan. de 1896, art. 3.º

(4) Decr. 123 de 1892, art. 54, § 5.º; Lei 22 de Jan. de 1896, art. 3.º

(5) Decr. de 31 de Jan. de 1842, art. 347; Av. 9 de Ag. de 1850, em ARARIPE, art. 466, § 2º

Nessa ocasião, o presidente indicará a ordem dos julgamentos, que será a seguinte: primeiramente serão julgados os réus presos, preferindo-se os mais antigos em prisão, ou na falta dessa precedência, os mais antigos em pronuncia; em ultimo lugar sel-o-ão os réus afiançados, dentre os quaes, os mais antigos em pronuncia precederão aos mais novos. Essa ordem, annunciada verbalmente e depois por edital affixado á porta da sala dos trabalhos, sómente será alterada por interesse publico, a requerimento do promotor (I).

62. Si outro, que não o da comarca (pois este é o proprio juiz preparador), fôr o juiz que vae presidir o jury, compete-lhe o exame do processo para verificar si o crime é da competencia do jury ou si as formalidades preliminares do julgamento estão devidamente cumpridas; e só depois desse exame é que despachará o processo, julgando-o preparado (2).

Quando fôr verificada a incompetencia do tribunal, o juiz dará por finda a sua missão, e, fundamentando nos autos o seu proceder, ordenará que o processo seja remetido ao juiz competente para julgal-o; quando entender que o processo não está preparado, adiará a sessão para que as formalidades omittidas sejam cumpridas, tomando *ex-officio* as providencias que entender si o crime fôr de acção publica, ou esperando requerimento da parte si o crime fôr de acção privada (3).

63. Após a apresentação dos processos preparados, procederá o escrivão, com o auxilio do porteiro,

(1) Cod. Proc. 317; Decr. 4824 de 22 de Nov. de 1871, art. 24, § 6.º

(2) Av. 23 de Março de 1855, em ARARIPE, art. 468, § 6.º; J. MENDES, cit. 3/n. 351.

(3) Lei 3 de Dez. de 1841, art. 25, § 3.º; Reg. 1842, arts. 200, § 2º e 354.

á chamada geral de todos os réus, accusadores e testemunhas desses processos, notando a falta dos que não estiverem presentes, e juntando aos autos as certidões que fõrem passadas pelo porteiro. O mesmo será feito, si durante a sessão fõrem preparados novos processos (I).

Nessa occasião, poderá o presidente decretar o lançamento das partes revéis e a perempção da causa, materia que será desenvolvida quando tratarmos dos effeitos da chamada especial do processo que vae ser julgado.

64. Encerra-se aqui a phase preliminar do julgamento no plenário.

Desde o início dos trabalhos, a sessão do jury tem os seguintes característicos:

a) a publicidade de todos os actos, para que o publico e os interessados os hscalisem, evitando o erro, a fraude, as omissões que prejudicam;

b) a continuidade dos trabalhos, sem interrupção de qualquer especie até o julgamento final:

c) a durabilidade do tribunal pelo prazo de 15 dias successivos, inclusive os feriados e aquelles em que nada pode ser feito por falta de concurrencia de jurados (2).

A exigencia de publicidade não obsta a providencia da desoccupação da sala, para o restabelecimento da ordem alterada pelos desordeiros e turbulentos; impede, porém, o fechamento das portas que dão ingresso ao publico, ou a collocação nellas, da força publica com ordens de prohibir a entrada no

(1) Cod. Proa, art. 240; Decr. 4824 de 22 de Nov. de 1871, art. 24. § 5º

(2) Av. 15 de Fev. de 1835 em ARARIPE, art. 454, § 11.

edifício ou sala das sessões. No nosso direito, por mais escandalosa que seja a discussão de uma causa, por maior que pareça a conveniencia de affastar delia a assistencia dos curiosos, ao contrario do que succede no direito processual francez, é inadmissível a validade de um julgamento secreto (1).

A continuidade não quer dizer que a sessão até final absorva, sem perda de um momento, a attenção do jury e de seus funcionarios, mas que os trabalhos sejam iniciados e concluídos sem que outra occupação prenda, intercorrentemente, a actividade dos juizes. Dure, embóra, por muitos dias, abranja dias feriados, pouco importa: a sessão não poderá ser interrompida ficando os jurados no intervallo com sua liberdade de acção. O trabalho do julgamento não admite soluções de continuidade, mas nem por ser successivo e permanente, impede o preciso descanso; o presidente, suspendendo por algum tempo a sessão, póde ordenar que o jury se recolha á sala secreta, onde refaça as forças para levar a termo o cumprimento de seus deveres (2).

O prazo de funcionamento do tribunal, ordinariamente de quinze dias, póde ser prorogado por mais oito, no maximo, quando os jurados, por maioria absoluta de votos, decidirem ser isso conveniente para uli-mação de processos pendentes (3). Esta consulta não é limitada ao ultimo conselho sorteado: todo o tribunal, isto é, todos os jurados da sessão devem ser ouvidos e decidir sómente guiados pelo interesse de ordem publica.

(1) ORTOLAN, *Dir. Fr.*, 2^on. 2285; P. BUENO, n. 213; N. 18 desta obra.

(2) ROGRON, cit. 353; P. BUENO, 214.

(3) Cod. Proc., art. 323; Decr. 123 de 1892, art. 49, § 1.º

TITULO IV

Actos que constituem o julgamento no plenário

CAPITULO I

Chamada das partes e testemunhas; seus efeitos.

Nomeação de advogados e curadores.

6õ. O julgamento do processo inicia-se pela chamada especial das partes e testemunhas, feita pelo porteiro dos auditórios, sob a indicação do escrivão (i).

00. Relativamente a esse acto, ha a observar-se o seguinte:

a) quanto ao auctor, fica a acção perimida ou continua apenas sob a direcção do promotor (conforme seja de natureza privada ou não), si elle nem comparece, nem justifica a sua falta; I

b) quanto ao réu, corre o processo á sua revelia, quando sua ausência não é justificada.

O auctor pode comparecer em juizo, por meio de um mandatário especial, uma vez que consiga alvará de licença do juiz, depois de ter justificado o legitimo impedimento que o priva de agir pessoalmente (2).

(D Cod. Proc. 240; Reg. 1842, 348 e 351. (2) P.
BUENO, n. 220; Lei 1841, art. 92.

A lei, também, faculta-lhe, mesmo quando a pena de lançamento é decretada pelo seu não comparecimento, intervir indirectamente no processo que seguiu com o promotor, prestando a este os auxilios e informações que julgar necessários á descoberta da verdade (i).

O réu, não pode ser representado por procurador, porque a sua presença, o modo de seu proceder, as explicações que dê aos factos, a firmeza ou vacillação de suas respostas muito poderão contribuir para a descoberta da verdade; e demais, actos processuaes existem, como o interrogatorio, que nem no eivei admitem a intervenção de estranhos (2). Mas, si o comparecimento pessoal não se puder dar, ou porque o réu afiançado tenha faltado, ou porque o réu prezo tenha-se rebellado contra a ordem de presença no plenário, o processo será julgado sem sua assistencia, dando-lhe, entretanto, o presidente um curador que o defenda. Essa é a melhor solução para a difficuldade que a resistência de um réu prezo rebelde, offe-rece. Obrigar-se, pela força, o seu comparecimento, seria um espectáculo pungente, além de muitas vezes improfícuo, pois o réu coacto poderia entregar-se no plenário a excessos e violências perturbadoras da serenidade dos trabalhos. Adiar-se a sessão, seria collo-car os direitos da sociedade, tão respeitáveis como os do réu, á mercê dos caprichos, obstinações e artificios deste para evitar um julgamento que lhe poderá ser prejudicial (3).

As escusas que podem impedir os effeitos da falta de comparecimento das partes são as que se

(i) Cod. Penal, art. 408; P. BUENO, n. 220.

12) P. BAPT., *Proc. Civ.*, § 163 e not.; CASTRO NEVES, *Provas*, n. 83, nota 2.*

(3) P. BUENO, cit. n. 221.

referem a molestias ou difficuldades invencíveis, como a prizaõ em lugar diverso, a peste, a guerra, os obstáculos oppostos por interessados, etc. (1): a lei não as enumera, deixando a sua apreciação ao arbitrio e criterio do juiz (2). Devem ser provadas, bastando prova semi-plena quando apresentadas pelo réu, porque a lei presume que elle tem interesse em ser julgado, e lhe amplia tanto quanto possível os direitos da defesa (3). Podem ser apresentadas por procurador (4) e determinam, uma vez reconhecidas, o adiamento do processo para outra sessão, si antes não puder se realizar (5).

07. Quanto a chamada das testemunha, o processo não interrompe a sua marcha si ellas não compareceram ; segue, até que o tribunal, consultado em l occasião opportuna, delibere si a presença delias é ou não dispensavel. Os que, porém, assim desobedecerem a intimação judicial, sujeitam-se a penas disciplinares e a processos criminaes.

Comparecendo, o presidente ordenará que sejam recolhidas a logares previamente reservados, longe do contacto do publico e da sala das sessões, afim de que, nem se deixem suggestionar pelos interessados, nem se deixem impressionar pelas occorrencias dos trabalhos, e dividil-as-á em dois grupos independentes, si além de testemunhas da accusação, houver testemunhas de defesa (6).

(1) f. BUENO, D. 222; RIBAS, *Consol. Leis Proc. Civ.*, art. 1558.

(2) P. BUENO, n. 222; *Rev. Jur.* 16/55.

(3) P. BUENO, cit. n. 222.

(4) Lei 22 de Set. de 1822, art. 4.º; Av. 18 de Abril de 1842, em ARARIPE, art. 467, § 4.º; P. BUENO, 222; *Rev. Jur.* 16/55.

(5) Cod. Proc, art. 220; Reg. -1842, art. 349.

(6) Cod. Proc, arts. 88 e 240; Reg. 1842, arts. 348, 355 e 357; *G. Jur.* 18/99; *Rev. Jur.* 17/175.

68. Presentes as partes, ao presidente compete verificar si o réu compareceu acompanhado de advogado ou não e, sendo menor, si tem curador que o represente.

H Quando o réu menor não tem curador, o presidente supprime essa falta, nomeando pessoa idónea que o represente; quando o réu maior apresenta-se, sem defensor e não tem capacidade para defender-se, idêntico proceder deve ter aquelle funcionario, pois já vimos que a defesa é do interesse tanto do réu, como da sociedade. Os advogados do auditorio, sob pena de desobediencia, têm o dever de desempenhar esses cargos, dispensados de juramento especial (i).

O réu que, no plenário, apresenta-se affectado das faculdades mentaes, posto que possa ser representado por um curador (2), não deve, entretanto, ser submettido a julgamento: a sua defesa seria incompleta, a discussão ficaria evidentemente tolhida em seus movimentos, além de que seria impiedade collocar-se um homem irresponsavel diante de juizes que vão severamente apreciar actos que elle praticara. A propria lei ensina que, em estado tão doloroso, a acção da justiça se paralysa (3).

Pela mesma razão porque o presidente dá ao réu que comparece para ser julgado, um defensor quando não o tem, deve nomear um curador para o réu que, á revelia, vae ser julgado, só podendo realisar-se este caso, nos crimes afiançáveis ou na hypothese prefigurada da rebeldia do réu prezo (4). A lei porém, abre uma odiosa excepção, negando o direito desse defensor ao réu afiançado que, pela sua revelia (5),

(1) Docr. 123 de 1892, art. 92; Decr. Fed. 764 de 19 de Set. de 1890.

(2) Decr. 123 de 1892, art. 92, § 1.º, a-

(3) Cod. Penal, art. 68; P. BDK.NQ, n. 208; Na. 18 e 40 deata obra.

(4) Cod. l'roc, arta. 221 e>33; Reg. 1842, art. 349; N. 66 deata obra.

(5) Decr. 123 de 1892, art. 92, § 1.º, letra à.

quebrou a fiança,— excepção inconciliável com o principio de que o direito de defesa é de interesse social (1) e insufficiente como pena por não poder ser applicada aos casos em que a revelia seja de réu afiançado provisoriamente, caso em que aquella quebra é impossível (2).

CAPITULO II

Sorteio, juramento do conselho, inconmunicabilidade dos jurados

09. O sorteio dos doze jurados que formam o conselho do jury deve ser feito logo que as partes estejam presentes, por si ou por seus representantes, sendo precedido pela leitura das disposições legais ácerca dos impedimentos e suspeições dos **juizes** para com as partes ou entre si mesmos (3).

O modo de formação do conselho é o seguinte: o presidente, a proporção que extrahir, da urna especial, as cédulas, em voz alta dirá os nomes que ellas contém; e as partes, primeiramente o defensor e depois o accusador, aceitarão ou não o jurado sorteado. Si o aceitarem, o jurado irá immediata-mente occupar o logar destinado aos juizes da causa; si o recusarem, o jurado ficará inhibido de servir na-quelle julgamento, ainda mesmo que as partes depois, sob qualquer fundamento, nisso convenham (4).

Si dois ou mais fôrem os réus presentes, fica-lhes livre a combinação ou divergência na escolha

(1) ORTOLAN, *Dir. Pen.* z/n. 2289.

(2) J. MENDES JUNIOR, *Proc. Crim.* 1/444.

(3) Decr. 123 de 1892, art. 95.

(4) Cod. Proc. 275; Decr. 1842, 357; Av. 10 de Junho de 1850 em ARARIPE, art 470, § 6.*

dos juizes; mas, si divergirem, seus julgamentos serão realizados em occasiões diversas e não mais conjunctamente como na hypothese contraria (i). Esse é o unico caso que a lei estabelece para a separação de julgamentos de réus incluídos em um só processo, ainda mesmo que os meios de defesa sejam diversos entre elles (2).

70. As recusas são peremptorias e motivadas. As peremptorias não podem, nem devem ser fundamentadas; as partes limitar-se-ão a declaral-as sem additar qualquer observação que, além de inutil, poderia ferir a delicadeza e susceptibilidade dos jurados (3). A lei limita a doze o numero dessas recusas, para cada uma das partes, numero cuja exactidão será fiscalizada pelo escrivão (4). As motivadas não têm esse limite, mas devem ser baseadas em lei (n. 10) e provadas, ainda que com provas semi-plenas, porque a simples suspeita contra a imparcialidade de um juiz basta para affastal-o do julgamento (5).

71. Quando tantas fôrem as recusas e os impedimentos que não se possa formar o conselho julgador, o presidente, annunciando que a urna exgot-tou-se, fará o adiamento dos actos daquelle processo para a seguinte sessão; repetindo-se nesta o mesmo facto, novo adiamento será decretado e só quando nessa terceira sessão não possa ainda formar-se o conselho julgador, sem culpa do réu, é que o presidente o enviará para a comarca mais visinha, afim de que

1) Cod. Proc. 276; Decr. 1842, art. 357.

(2) *Rev. Jur.* 9/342; P. PESSOA, notas 1408, 1409 e 1410; *G. Jur.* 33/298; 5. *P. Jud.* 3/172 e 415; 4/148, 276, 400.

(3) ROGRON, comment. ao art. 399 do Cod. Instr. Fr.

(4) Cod. Proc, art. 275; Decr. 1842, art. 357.

(5) P. BUBNO, *át.* n. 230.

realize-se o seu julgamento (i). O que lhe é absolutamente vedado é sortear novos juizes, da urna sup-plementar, para substituírem os que fóram recusados ou declararam-se impedidos: tal sorteio a lei permite para a formação da casa e não para a formação do conselho (2).

72. Formado o conselho, o presidente tomar-lhe-á o compromisso legal, cuja formula é esta: «prometto publica e solemnemente, bem e fielmente «cumprir o meu dever» (3). A formula antiga, porém, era mais expressiva e impressionadôra: «juro pronun-«ciar bem e sinceramente nesta causa, haver-me com «franqueza e verdade, só tendo diante de meus olhos «Deus e a Lei, e proferir o meu voto segundo a «minha consciencia» (4). E como a invocação religiosa não modifica, nem prejudica a substancia do juramento, conforme já o decidiu um dos mais sábios tribunaes da França, (5) nenhum inconveniente ou nullidade existe em preferir-se o juramento que mais força tem para ligar o juiz crente ao cumprimento de seu dever, ficando livre aos irreligiosos o compromisso que exclue a invocação de Deus. Os nossos tribunaes assim o tem entendido.

Si o processo seguir a sua marcha, sem que o juramento do conselho tenha sido deferido e prestado no momento opportuno, que assignalámos, ha nullidade de todos os actos, ainda que as partes consintam na omissão. Tudo deve ser repostos nos termos anteriores ao juramento, para, depois deste, reprodu-

25. (1) Decr. 2033 de 20 de Set. de 1871; Decr. **4824** de 22 de Nov. de 1871, art. 25.
(2) Decr. 123 de 1892, art. 50 e segs.
(3) Decr. 1030 de 14 de Nov. de 1890, art. 126; Aviso de 9 de Abril de 1891.
(4) Cod. Proa, **arte.** 253 e 278; Decr. **1842**, art. **357**.
(5) **ROGRON**, comment. ao **art.** 312.

zir-se livre do vicio que foi descoberto (i); e, si já não fôr tempo de corrigir-se o mal, o julgamento será irremediavelmente nullo.

73. Desde o sorteio até a dissolução do conselho, fica este privado de qualquer communicação com o publico e com os funcionarios do tribunal (2). Si qualquer pedido tiver de fazer, dirigir-se-á verbalmente ou por officio ao presidente, de modo que tanto o seu pedido, como os despachos proferidos, possam ser conhecidos e fiscalisados. Durem, embora, muitos dias os trabalhos da sessão; para o descanso do jurado, tem elle a sala das conferencias, onde re-fará as suas forças perdidas, todas as vezes que a sessão fôr suspensa pelo presidente. Constitue violação desse salutar principio, não só a permuta de idéas por meio de palavras, como a que expressivamente pôde estabelecer-se por escriptos, gestos ou signaes: o presidente, pois, deve ser severo e cauteloso na fiscalisação que exercer (3). Si, dentre os jurados, algum fôr repentinamente accomettido de molestia grave, o recurso unico é dissolver-se o conselho, tornando sem effeito os actos realisados; a in-troducção de um medico na sala secreta ou mesmo a sua approximação do jurado na sala publica, constitue violação da incommunicabilidade legal (4).

A lei, com essa exigência, pretendeu garantir a independencia dos juizes e a verdade de suas decisões. Nelles, a impressão propria é que deve ser o guia para o voto que vae ser proferido; libertados das suggestões estranhas, das ameaças, promessas e das múltiplas formas de suborno, era uma necessidade para

H (1) ROGRON, comroent. ao art. 312.
(2) Cod. Proa, art. 333; *S. P. Jud.* 3/323.
(3) P. PESSOA, notas 2937, 2938, 2939, 3067, 3066, 3072.
(4) P. PESSOA, nota 2941; P. BUENO, os. 225 e 265.

evitar que o julgamento se tornasse ridícula farça, comedia desmoralisadora da nobre instituição (J).

74. Quebrada a incommunicabilidade, o jury deve ser dissolvido, e quando não o seja, o julgamento deve ser annullado.

Só aos officiaes de justiça, o Codigo do Processo expressamente pune pelo consentimento que porventura prestarem a essa grave falta (2). Nem, porisso, deixará o presidente de punir os outros que tenham contribuído, para impedir a regularidade dos trabalhos do jury. O poder discrecionario que tem de applicar penas administrativas aos perturbadores da sessão, o direito de processar os que o desacatarem, desobedecerem ou obstarem o effeito de suas determinações leaes, a faculdade que lhe assiste de expulsar do quadro dos jurados aquelles que indignos se tornem dessa | funcção—garantem-lhe manter a instituição do jury no logar elevado em que ella deve achar-se para servir de garantia suprema ás nossas liberdades (3).

CAPITULO III

Iuterrogatorio

75. Interrogatório, segundo as nossas leis, é o acto pelo qual o juiz procura obter do réu informações que attestem a sua identidade, expliquem os factos arguidos e destruam, si possivel, o valor da accusação.

Sobre a identidade, são as perguntas referentes ao nome, naturalidade, idade, estado, profissão, resi-

(1) BOITARD, *Proc. Crim. Fr.*, n. 758.

(2) Cod. Proc., art. 333.

(3) Cod. Penal, arte. m, 134 e 135; Decr. 123 de 1892, art. 39; P. BUJENO, n. 208.

dencia e gráu de instrucção do réu; sobre os factos, são as referentes ao logar em que o réu se achava no momento do delicto e ás occurrencias anteriores, concomitantes e posteriores ao delicto; sobre o valor da accusação são as relativas á fé que merecem as testemunhas do processo e aos motivos que determinaram a denuncia ou queixa (i).

76. E' o interrogatorio um acto processual creado pela lei para defeza do réu. Basta attender-se ao modo porque deve ser feito, para verificar-se a verdade dessa asserção. E' uma nova opportunidade que o réu tem para, diante dos seus pares ou do juiz, explicar a sua posição no crime que lhe é imputado. Si essa explicação fôr deficiente, inverosímil, contradictoria, fornecendo mais um elemento compromettedor á sua causa, não poderá elle jamais dizer que a lei e o seu executor não lhe facultaram todos os meios para liber-tar-se da punição.

Desse principio resultam estas consequencias:

I *a)* o réu tem plena liberdade de expor ou não os factos, sem que de seu silencio se possa induzir confissão tacita;

b) as perguntas devem ser feitas sem dureza, prevenção, hostilidade, por mais temeroso que pareça ser o réu, não só porque a sua posição merece o respeito geral, como porque o funcionario que o interroga não é seu adversario, mas a imagem imparcial da justiça, que não tem paixões;

c) devem ser banidas, por cruéis e barbaras, as discussões entre o inquiridor e o inquirido, as insidias e ameaças tendentes á revelação de factos que o réu não quer confessar, porque o interrogatorio não é um

(I) Cod. Proc, art 98.

meio de arrancar, de extorquir, de surprehender o pensamento intimo do réu (i).

Na Inglaterra, onde as liberdades publicas melhores garantias encontram, o juiz ao interrogar o réu, lembra-lhe que o seu silencio não o prejudicará, que sua palavra é livre de promessas ou ameaças, que seus dictos serão escriptos e poderão, contra si, ser invocados. Em nosso Paiz mesmo, onde tanto se avilta esse acto processual, empenhando-se o juiz em pungente e doloroso duello da palavra com o réu, encontram-se excepções honrosissimas que fazem lembrar a austeridade dessa justiça ingleza, a mais perfeita talvez da justiça humana. Ao ser interrogado, em celebre *habeas'Corpus*, um fidalgo portuguez, o juiz brasileiro que se lhe dirigiu, fez esta notável observação ao paciente: «Devo dizer-lhe que não tem a «menor obrigação de responder-me. Sempre fiz essa «declaração quando presidente do jury, precedendo «ao interrogatorio. O accusado responderá si quizer; «mas si quizer responder deve procurar coinprehender «o que digo, para não dizer aquillo que porventura «não quizer dizer. Sempre entendi e entendo que o «interrogatorio é uma peça de defeza» (2).

Legislações ha que, para evitarem o desvirtuamento dessa formalidade processual, têm supprimido do interrogatorio perguntas que, sendo um meio de producção de defesa, podem se tornar um perigo para a imparcialidade do julgamento e para a liberdade individual; e nesses modelos baseou-se o Governo Federal e o Poder Legislativo deste Estado, em lei derogada nessa parte (3). Supprimir, porém,

(1) J. MENDES JUNIOR a/n. 303; ORTOLAN, *Dir. Pen. Fran.* a/n. a 297;] P. BUENO, n. 223.

(a) *Direito*, vol. 60/285 (Juiz AMPHILOPHIO DE CARVALHO).

(3) OKTOLAN, *Dir. Pen. Fr.* a/n. 2297; Decr. Fed. 848 de n de Out. de 1890, e 3084 de 5 de Nov. de 1891; Lei Est. 21 de Nov. de 1891.

medida tão útil, por causa de prováveis abusos que uma bôa orientação póde evitar, é remédio radical, que deve ser proscripto, em bem do direito de de-feza (i); assim o entendeu a nossa actual legislação (2).

77. O interrogatorio é pessoal; inadmissível é a intervenção de procurador, mesmo com poderes especiaes para esse acto. A justiça quer a verdade e esta revela-se independentemente da competencia de um profissional, que aliás tem recursos em demasia para desnatura-la (3). Só encontra esse principio uma excepção: no interrogatorio do menor, o juiz poderá admittir as rectificações que fôrem feitas pelo seu curador. E' o beneficio da restituição que a lei concede ao incapaz para rescindir até os actos judiciaes (4), em cujo numero está a confissão (5).

Quando o réu desconhecer a língua portugueza, deve ser auxiliado por um interprete juramentado, tanto da confiança do presidente, como das partes; de modo que estas têm o direito de impugnar a nomeação feita ou por ser o nomeado incompetente ou por ser suspeito, julgando o presidente summariamente. O interprete deve ser pessoa *sui-juris*, de intelligencia e cultivo, para que bem apprehenda o dialogo que, por seu intermédio, vae empenhar-se entre o juiz e o réu. Ficam impedidos do desempenho dessa funcção: a testemunha, o jurado, o que já interveiu em outro character no processo, o que tiver parentesco de consanguinidade ou afinidade até o 2.^o grau civil com qualquer das partes, ou fôr seu cônjuge. A mulher *sut-*

(1) ORTOLAV, *Dir. Pen. Fr.* 2/n. 2297.

(2) Lei So de 25 de Agosto de 1892, art. 1.^o, § 11.

(3) P. BAPT. *Proc. Civ.*, § 163, n. 2; C. NEVES, *Provas*, n. 83 e nota 2."

(4) C. CARVALHO, *Consol. Leis Civis*, art. 113. P.

(5) BUENO, n. 233.

júris, em caso de necessidade, póde ser nomeada interprete (i).

Quando o réu fôr surdo-mudo, verificará o presidente si tem elle instrucção, ainda que preliminar. Si a tiver escreverá as perguntas determinadas pela lei, recebendo as respostas que, por escripto, lhe fôrem dadas; e o escrivão reduzirá depois essa correspondência ao auto respectivo, que será lido pelo proprio réu, depois de ser dado ao conhecimento dos interessados e do publico. Si não a tiver a nomeação de um interprete impõe-se, sendo preferida aquella pessoa que tiver o habito de communicar-se com o réu (2).

Quando fôr mais de um réu, cada um virá ao plenário por sua vez; não podendo ouvir as declarações do co-réu aquelle que não fóra ainda inquirido.) A lei não quer que, por um convénio antecipado, os culpados regulem umas pelas outras, as respostas que vão dar. Aos advogados, porém, é livre a presença no tribunal, para assistencia não só das declarações de seu constituinte, como das que fôrem feitas pelos consócios do crime (3).

I De todas as occurrencias do interrogatorio, o escrivão lavrará um auto authenticado por sua fé publica, que, depois de lido, será rubricado e assignado pelo juiz e firmado pelo réu ou outrem a seu rogo, com assistencia neste caso de duas testemunhas idóneas; e fará unir a esse auto todas as provas que o réu exhibir como base de suas declarações (4).

(1) Cod. Instr. Fr., art. 332; Cod. Proa, art. 89; ROCRON, comment. ao cit. Cod. Fr.; *Rev. Jur.* 17/377.

(2) Cod. Instr. Fr., art. 333; ROGRON, comment. a esse artigo.

(3) BOITARD, comment. ao art. 327 do Cod. In. Fr.; ROORON, comment. ao mesmo artigo.

(4) Cod. Proa. arts. 98 e 99; Decr. 4824 de 1871, art. 53; *Rev. Jur.*

» 1,299 e 377-

Dando-se o facto excepcional da contumácia ou violência do réu, o presidente do tribunal, depois de exgottar todos os meios a seu alcance para conduzil-o á rasão e não inutilisar um meio de defesa que lhe é facultado, mandará consignar o incidente no auto já referido, que será assignado por testemunhas presentes, e proseguirá nos actos posteriores sem que haja prejuizo para a causa (i).

CAPITULO IV

Leitura do processo

78. No plenário, o processo do réu e suas ultimas respostas devem ser lidos pelo escrivão; isto é, todas as peças comprobatorias do crime e da auctoria, exames, corpos de delicto, depoimentos e interrogatorios do summario, etc, devem ser expostos ao publico que assiste a sessão e ao jury que tem de de proferir sentença (2).

Os intuitos da lei são: inteirar os jurados dos factos que a sociedade accumulou para justificar a denuncia dada contra o réu, ou que a parte apresentou como base de seu direito accusatorio; aclarar ao réu a situação em que se acha, para defender-se de (quanto lhe é imputado; pôr o publico a par de todas las occorrencias para apreciar devidamente o veredictum que vae ser dado e exercer essa salutar fiscalisação que evita ao jurado desviar-se do exacto cumprimento de seu dever.

79. Em França, uma vez que as partes interessadas expressa ou tacitamente consintam na omissão

(1) P. BUKNO, n. 234.

(2) Cod. Proa, art. 260, Decr. 1842, art. 358.

dessa formalidade processual, o julgamento não ficará affectado de nullidade, porque prevalece a conjectura de ser a causa sufficientemente conhecida, assim o tendo entendido varios tribunales daquelle paiz (i).

Não nos parece que essa jurisprudência deva ser imitada; e, os tribunales que sobre o assumpto se têm manifestado, tacitamente a repelliram, julgando a formalidade imprescindível (2). O nosso preceito legal é peremptório: «o escrivão lerá todo o processo» (3). A leitura, como já vimos, não é sómente para as partes, que podem ter, por estudos anteriores, pleno conhecimento da causa; é tambem para o povo, que não a conhece. Nos paizes em que o jury é admittido, a publicidade de todos os actos é condição essencial para que o julgamento tenha validade. A critica geral, os commentarios que o publico faz do veredictum proferido, a censura nunca poupada ao que se desvia da verdade, são severas punições que os jurados muito temem, e das quaes procuram desviar-se por um proceder correcto e justo. Como poderia o publico, porém, exercer essa poderosa e benéfica faculdade si desconhecesse o con-juncto de elementos probatórios que o processo contém ?

CAPITULO V

Consulta sobre o não comparecimento de testemunhas

80. A presença das testemunhas arroladas pelas partes póde, no plenário, exercer grande influencia sobre a decisão da causa. A obscuridade do depoimento poderá ser aclarada, a deficiência dos dictos

(1) RoGRON, cit. comment. ao art. 313 do Cod. Instr.

(2) P. PESSOA, n. 2921; OTTONI, *Nullidaões do Proc. Crim.*, pag. 66.

(3) Cod. Proc, art. 260; Reg. 1842, 358.

encontra oportunidade para ser completada, as contradicções serão, talvez, extinctas, já pelo que a testemunha expuzer, já pelo seu confronto com outras que se acharem presentes.

O jury tem, pois, o direito de exigir que as testemunhas compareçam para novo interrogatorio, assim como o de dispensar esse comparecimento no caso de nada influir sobre a sua convicção. No uso dessa faculdade, como em todos os seus actos, o jurado só deve guiar-se por uma consciencia escrupulosa e recta; exigir, sem necessidade, a assistencia pessoal de testemunhas, ás vezes refractárias ou desobedientes, ás vezes em condições de difficil intimação ou de impossibilidade de a cumprirem, seria prolongar, inutilmente para a justiça, o estado de inquietação e soffrimentos em que o réu se acha. Já não se commenta o proceder do que, porventura, faça essa exigência com o intuito de ladear difficuldades, esquivar-se a fadigas ou perseguir o réu; esse é indigno de continuar a desempenhar missão em que a mais escrupulosa honestidade deve ser o luminoso guia.

81. O meio do jury manifestar-se sobre esse assumpto é a consulta que lhe deve ser feita pelo presidente; essa consulta é essencial, sob pena de nulidade (i).

Relativamente á sua oportunidade, entendem uns, que deve ser feita antes do interrogatorio, ou depois d'elle, para não prolongar inutilmente os trabalhos da sessão; outros exigem que o processo seja primeiramente lido, e finalmente ha quem entenda que a consulta sómente deverá ser feita após o encerramento dos debates (2).

(1) *G. Jur.* 33/142; *S. P. Jud.* 2/220, 3/315, 396 e 415. (z)
M. JSOARES, Eit. For., n. 34.

As opiniões extremas podem ainda neste caso ser preteridas, pois, a consulta não deve ser feita nem antes ou immediatamente após o interrogatorio, nem depois dos debates da causa. O primeiro expediente, seria irrisório, porque o jury, não conhecendo os elementos probatórios da causa, não poderá dizer si lhe é ou não indispensavel a audiencia das testemunhas ausentes; com o segundo, dar-se-ia inutil andamento á causa, uma vez verificado, após os debates, não se poder esclarecel-a sem audiencia da testemunha faltosa.

A consulta deve ser feita depois de lido o processo; o jury conhecerá, então, sufficien tem ente as provas e decidirá de consciencia si a repetição delias no plenário é ou não indispensavel para esclarecer o seu espirito. Assim já o decidiu o nosso superior Tribunal (i).

Bk 82. O modo de ser feita essa consulta nem sempre é uniforme.

Entendem alguns juizes que o jury deve ser consultado verbalmente, respondendo ou por signaes expressivos, inequívocos, ou pela palavra; outros, porém, opinam que a consulta deve ser feita por escripto, em quesito especial, devendo a resposta ser dada tambem por escripto, depois dos jurados conferenciarem entre si na sala das deliberações.

Esta é a opinião mais segura, que deve ser seguida nos processos de importancia ou naquelles em que as partes estabeleçam discussão ácerca desse incidente ; nos outros, porém, não ha inconveniente algum na adopção da primeira pratica, uma vez que nenhuma duvida haja sobre a resposta dada.

(i) *G. Jur.* 12/208; *S. P. Jud.* 1/176, 325, 2/362 e 469, 4/291.

83. As partes devem também ser consultadas sobre o incidente, precedendo essa consulta a que fôr feita ao jury; este, porém, é que decide si a causa pôde ou não ser julgada, pois é o unico competente para dizer sobre a propria convicção, bastando que um unico juiz opponha-se ao julgamento, para que elle se não effectue. (i)

I O adiamento é o recurso ultimo do presidente do tribunal; mas, tratando-se de testemunhas que ainda não depuzeram e havendo reclamação das partes interessadas sem intuitos protelatorios, poderá ser feito mesmo sem a audiencia do conselho de jurados (2).

I CAPITULO VI

Áccusação

84. A áccusação é o acto pelo qual a sociedade, o individuo lesado por um delicto (ou seu representante), ou ambos conjunctamente, vem pedir ao jury, com as provas colhidas, a applicação da lei penal.

85. Feita pelo promotor publico, a áccusação deve ser um acto revestido de imparcialidade. A sociedade vem pedir a condemnação em nome da ordem, da tranquillidade e segurança publicas, sobressaltadas com o proceder criminoso de um de seus membros, e não movida por sentimento de ódio, paixão e vingança. Quando, porisso, o seu representante abandona a verdade e a justiça e soccorre-se de artifícios e so-phismas, amesquinha o mandato que lhe foi conferido, merecendo não só a reprovação publica como uma severa punição (3)

(1) P. PESSOA, *Proc. Crim.*, notas 1362 a 1364.

(2) P. BCJENO, cit. n. 224; j. MENDES, cit. 3/364.

(3) J- MENDES, cit. 3/n. 366.

Essa imparcialidade de que deve ser o promotor, como o juiz, a imagem, no exercício de suas funcções, é completa, abrangendo, porisso, o direito de pedir que o réu, contra quem accumulára provas, seja absolvido, si chegou a provar sua innocencia. Verdade é que o Governo, assumindo o papel de legislador, já ordenou uma vez que o promotor accusasse mesmo contra a sua consciencia, pois que «a lei não permit-tia que a causa da Justiça ficasse abandonada, e que cos actos das auctoridades criminaes ficassem sem ter «quem os explicasse ou justificasse» (i). Hoje, porém, comprehende-se que a causa da Justiça é tambem a causa da verdade; e que a condemnação de um innocente é maior desgraça para a sociedade que para o proprio condemnado, pois segundo a velha sentença de BERRIER (2), mais vale deixar muitos culpados em liberdade, que punir-se um só innocente. Comprehende-se tambem que o promotor pedir a absolvição do réu, não é deixar ao desamparo os actos das auctoridades, mas reconhecer que os factos correctamente indicados por essas auctoridades perderam sua força intensiva, diante de outros factos, pela de-feza legitimamente oppostos. E' necessario, porém, que o promotor não use levemente de faculdade tão perigosa, para que a sociedade não fique prejudicada devendo ser nisso esclarecido pelo juiz.

Feita a accusação pelo particular que deu queixa, deve o promotor (nos delictos em que este intervém),] ser em seguida ouvido (3). A presença de um accusador particular causa sempre má impressão ao jurado e ao publico, porque é elle o portador das

(1) Av. 323 de 25 de Julho de 1861 de SAYÃO LOBATO, Ministro da Justiça; *S. P. Jud.* 2/60.

(2) ORTOLAN, 2/n. 2289.

(3) Cod. Pen., art. 408; Av. 17 de Março de 1873 em ARARIPE, art.

paixões do offendido e vem exercer uma represália incompatível com o fim de pena criminal. Como, porém, as nossas leis o permitem, ao presidente compete regular esse acto, de modo que a parte limite-se á discussão dos factos, sem enveredar pelo terreno das offensas ao réu, que deve merecer o respeito de sua propria desgraça.

86. Da accusação, faz parte o direito de réplica, que é a resposta á defesa do réu e a ultima occasião em que o accusador falia sobre o facto (i). Para um funcionario correcto, não é arbitrário o uso desse direito. Replica-se sómente quando é preciso salientar o vicio da argumentação do réu e o defeito de suas provas, restabelecer, emfim, o brilho da verdade que o réu procurou empanar; nunca, porém, deve-se replicar por systema, com intuito de confundir direitos do réu, tão sagrados como os da sociedade, e prejudicar o interesse publico, em bem da victoria das discussões.

87. O accusador, em regra, sómente póde pedir a applicação da pena mencionada no seu libello. Esse pedido é a conclusão lógica do facto criminoso apurado no summario, facto sobejamente conhecido pelo réu, que em relação a elle assentara todos os elementos de defesa a seu alcance. De sorte que, si no plenário, as provas apresentadas revelarem crimes dis-tinctos do processado, cuja auctoria pertença ao réu, essa revelação não auctorisa o accusador a pedir que a pena desses crimes seja cumulativamente applicada com as do libello; e a razão é que nenhum facto, em geral, pode ser submettido ao conhecimento do jury, sem que preliminarmente tenha sido examinado

(i) Cod. Proa, art. 265; Reg. 1842, ait. 358.

pelo juiz summariante, com todas garantias aos direitos do que sofre a imputação.

Entretanto, é admissível a variação no pedido da penalidade do réu, quando os factos revelados no plenário não fôrem distinctos, independentes dos apurados no sumario, mas modificações e circumstancias destes. Si, por exemplo, o réu de defloramento fôr no plenário convencido de ter commettido estupro; si o réu de furto tiver seu crime transformado em roubo, ou o de ferimentos leves em tentativa de morte, essas agravações, reveladas perante o jury e desconhecidas até então, auctorisam o accusador a pedir que a pena a applicar-se seja diversa da anteriormente indicada no libello accusatorio. A razão disso, é que esses accessorios não podem constituir materia de processo distincto, como se dá com os factos novos a que anteriormente alludimos, purgando o julgamento do facto principal todas as varias incriminações conhecidas ou não de que seja o mesmo susceptivel (i).

As nossas leis autorisam a doutrina exposta. Quando declaram que as circumstancias aggravantes reveladas no plenário podem constituir-se objecto de quesitos supplementares (2), não se referem exclusivamente ás circumstancias mencionadas no artigo 39 do Código Penal, mas a todas as circumstancias postas em relevo, que modificam o facto principal, dan-do-lhe feição mais intensiva. O preceito legal no dizer de ROGRON, quando commenta disposição franceza idêntica, é apenas demonstrativo, não impedindo que possam ser formuladas perguntas sobre factos essencialmente ligados ao facto principal e não compre-

(1) Vide ROGRON, comment. ao art. 338 do Cod. Inst.; BOITARD, *LicçSes de Proc. Crim. Fr.*, ns. 784 e 785; P. BUENO, dt. n. 256; ns. 107 e 199 desta obra.

(2) Lei 3 de Dez. de 1841, art. 60; Reg. 1842, art 368.

hendidos nas aggravantes mencionadas no Código (i). O jury, ensina douto processualista, deve julgar a accusação qual os debates a constituem e esclarecem, e não sómente pelo processo escripto; aliás, seria forçar sua consciencia e desprendel-a da evidencia que elles possam ter produzido (2).

Assim como o accusador pode affastar-se do libello para pedir pena maior, pode tambem para pedil-a menor. Si por exemplo os debates evidenciarem que o réu não consummou o crime, como se pensava, mas apenas o tentou, não deflorou menor de 16 annos e sim de mais idade, não praticou as violências que caracterisavam o roubo, etc, o accusador tem a faculdade de pedir ao jury que condemne o criminoso tão sómente no facto ultimamente apurado. E' a consequencia do principio que já expuzemos de ser o intuito da sociedade, não a vingança, mas uma justa reparação do damno soffrido (3).

Em resumo: o accusador não deve affastar-se do libello, salvo si no plenário apurar que o facto incriminado foi revestido de circumstancias que o modificam, embora essas circumstancias sejam factos criminosos, em si mesmas, mas ligados ao que se discutiu como accessorios ou dependências.

CAPITULO VII Defeza

88. A defeza é o acto pelo qual o réu contraria a accusação judicial que lhe é feita, quer directa, quer indirectamente.

(i) ROGRON, Cít.; BOITAXD, cit.

(2) P. BUENO, cit. n. 256.

(3) P. BUENO, cit. n. 256; ROGRON, cit. comment. ao art. 338 do Cod. Instr. Fr.; N. 199 desta obra.

89. É um direito natural que não tem necessidade de ser escripto, para ser exercido e respeitado. As nossas leis consideram a defeza condição de validade dos processos, consagrada nos preceitos consti-tucionaes do velho e do novo regimen (i).

90. Não é um direito exclusivo do accusado. A sociedade só quer a justiça, e a justiça torna-se oppressão si a defeza não fôr exercida ampla e livremente. Todos os meios que visam prevenir erros judiciários, e a defeza é um delles, tanto pertencem ao accusado, como á sociedade (2).

D'ahi estas consequencias que já notámos (3): o direito de defeza não pode ser renunciado; si o réu não pode exercel-o por si ou por outrem, a sociedade vem em seu soccorro, nomeando pessoa idónea para o amparar; é substancialmente nulla toda accusação desde seu inicio, si a defeza tiver sido supprimida ou prejudicada.

91. A defeza ou é directa ou indirecta. A primeira contraria o facto ou a auctoria; a segunda, sem versar sobre a materia da accusação, contraria o processo ou as suas formalidades.

A directa pôde ser deduzida após a accusação ou após a replica; a indirecta deve ser opposta ao iniciar-se o julgamento e dentre as allegaçSes que a constituem, umas existem que devem preceder a outras.

92. A defeza deve ser feita com moderação e seriedade. Num tribunal de justiça não podem entrar

(1) Cod. Proa; Lei 3 de Dez. de 1841; Reg. 31 de Jan. de 184a ; Const. Imp., art. 179; Const. Rep., art. 72, § 16.

(2) ORTOLAN, *Dir. Pen. Fr.*, s/2288 e 2289.

(3) Ns. 37 e 38 desta obra; J. MENDES, cit. 3/n. 366.

O ódio, a paixão, o mais leve resentimento; transformado em assembleia tumultuaria, onde a audácia impera e a injúria se constitui argumento, é amesquinhar a nobreza da instituição. Os factos devem ser expostos com clareza e lealdade, as discussões attender ás regras da lógica e os elementos probatórios ser collidos sem astúcia ou fraude. A verdade não precisa desses artificios da palavra que a rabulice geralmente emprega.

1 As divagações da oratória académica, as perorações que resvalam para o pathetico, as invocações á misericórdia e aos mais finos sentimentos dos jurados, são inadequadas ao jury, pois o logar é improprio para exhibições luteranas ou para o exercido da caridade. A defesa dirige-se á razão e não ao coração dos juizes.

Igual ardor deve ter o advogado que defende a boa como o que defende a má causa; tão respeitável é o direito de defesa daquelle que a opinião publica *a priori* absolve» como o daquelle que contra si tem as iras, as paixões de um povo. Quando mais accêsa se achava a lucta entre a Inglaterra e a sua grande colónia americana, um conflicto entre as tropas leaes e os insurrectos determinou o processo do capitão inglez Preston. A lei ingleza não tinha tribunaes de excepção para os militares; o jury é que devia julgal-o e o jury tirado dos proprios cidadãos ofendidos pelas violências da metrópole. Nada se poupou para inflamar o espirito publico contra o infeliz réu; ninguem queria tomar uma defesa que um povo inteiro, no ardor de sua indignação repellia. Um amigo do accusado dirigiu-se então a John Adams, joven advogado, ardente patriota, cujo nome começava a avultar-se; e este exaltado revolucionário, pondo em risco o seu futuro e a popularidade que tanto

almejava, não hesitou em patrocinar a causa odiada, dizendo que, num paiz livre, o jury em todos os tempos e em toda circumstancia devia ser imparcial, nunca julgando um réu sem advogado. Tal foi o ardor com que a defeza se empenhou, que o réu, apezar daquellas impetuosas paixes, foi absolvido, julgando-se felizes por esse veredictum, tanto o advogado que tão alto elevou sua missão, como os juizes que com tanta independencia libertaram-se da influencia partidária. Nada mais notável, diz elegante historiador, eu conheço que este processo obscuro, onde o povo americano revelou a alta comprehensão que tinha das liberdades publicas, reconhecendo que acima de suas paxges e soffrimentos, havia a justiça, divindade serena que o defendia de suas proprias fraquezas e lhe garantia todos os seus direitos (i).

93. A tréplica é uma resposta que a defeza dá á réplica; é a consagração do principio de que a palavra do accusado, em todos os actos de discussão, deve ser a ultima a ser ouvida.

O defensor, nella, recapitulará os pontos de sua defeza, salientará o valor de suas provas e rebaterá os argumentos que lhe fóram contrapostos pela accusação. E' formalidade essencial, que não pode e nem deve ser preterida; é um complemento indispensavel á dissertação oral que precede á accusação.

SECÇÃO I Defeza

indirecta

94. Chama-se excepção a defeza indirecta; e assim se denomina porque tem por fim fazer pronun-

(I) Vide LABOTILAYE, *Sittoirt des Etats-Unis, Huitième Leprn*, 2/162 a 164.

ciar a rejeição da demanda *por excepção*, quando mesmo realmente exista o direito allegado pelo auctor (i). Excepção é, portanto, a indirecta contradicção do réu á acção do auctor.

95. Como o fim da excepção é tanto dilatar o exercício da acção, como perimil-a, divide-se em dilatória e peremptória.

I A dilatória amplia o curso do processo, deferindo o seu julgamento para outra oportunidade. Pode referir-se á pessoa do juiz (e assim são as excepções de suspeição, incompetencia, prevenção e litis-pendência), á pessoa do accusador (si este não tem direito de pedir a pena, é representado sem vénia, por procurador falso e incompetente, por tutor ou curador sem legitimidade) e ao proprio processo (si o libello é inepto, si faltam formalidades substanciaes, si depende de decisões civis para o seu prosegui-mento, etc).

A peremptória é a que extingue a acção. O lançamento do auctor em crimes particulares, o perdão do offendido em identicos delictos, a cousa julgada, a prescripção, a decisão cível em causas sobre estado e propriedade, quer o processo seja de acção publica ou não—são as especies mais notáveis dessa classe de excepções.

ARTIGO 1.º

Excepções dilatorias

96. São de 3 classes as excepções dilatorias: referentes ao juiz, á parte e ao processo.

§ 1.º—Juiz

97. As referentes á pessoa do juiz são as de suspeição, incompetencia, prevenção e litispendencia.

(i) J. MONTEIRO, *Proe. Cio*, s/§ 109.

(A *Suspeição*:

98. A suspeição é a desconfiança sobre a correcção do juiz. A lei quer que só julgue aquelle que, pela rectidão de seu proceder, imparcialidade de seus conceitos e completa isenção de animo, possa merecer plena confiança ás partes.

Provém da amisade, inimisade, parentesco e interesse, já o dissemos.

Si é ao jurado que a parte recusa no momento do sorteio, deve unir á allegação, prova ainda que incompleta, decidindo o presidente do tribunal sem recurso (i).

Si é ao presidente, ou este reconhece a legitimidade da allegação e os trabalhos ficam suspensos até que venha outro juiz presidil-os, ou não a reconhece e os trabalhos continuam como si incidente algum houvesse.

Neste ultimo caso, o processo de suspeição é resolvido â parte; e, quando procedente, uma certidão da sentença junta aos autos principaes, determinará a nullidade do julgamento perante o tribunal superior a quem o suspeitante deveria ter recorrido da final sentença do jury. O processo desse incidente é o seguinte: a petição será articulada e assignada por advogado, designando as testemunhas e documentos e requerendo o deposito de uma pequena caução (31 \$000); a petição e documentos serão autuados, o juiz recusado se defenderá no prazo de 3 dias e os autos serão remettidos ao juiz da comarca mais visi-nha; haverá dilação probatória de dez dias, audiencia das partes em o prazo de 24 horas e sentença, sem recurso; a sentença, no caso de improcedência con-demnará a parte nas custas em tresdobro, na perda

(1) Vide P. BUENO, cit. n. 230; LEAL, *Suspeição*, n. 174.

da caução e na multa de 30\$000 a 100\$000, (quando agir de má fé), e no caso contrario, serão as custas pagas pelo suspeito (i).

Quando allegada no tribunal, si a parte contraria entende que os trabalhos devem ficar suspensos, o presidente, por dignidade propria e de seu alto cargo, deferirá o pedido que nesse sentido lhe haja sido feito (2). Comtudo nenhum juiz deve dar-se de suspeito só porque as partes o queiram; nem tão pouco usar desse recurso por temer que o seu voto lhe traga desaffeição. Fraqueza tão deplorável seria indigna de quem tão nobre função exerce (3). Nenhum accôrdo ou transacção tambem é admissível para que um juiz suspeito tenha intervenção na causa (4).

Esta excepção, salvo motivo superveniente, deve precederia todas as outras; e assim como pode ser allegada pela defeza (o que é mais commum), pode ser opposta pela accusação; pois qualquer das partes tem o direito de exigir que sómente intervenha no processo quem dê garantias de perfeita imparcialidade.

B) *Incompetencia:*

Ê 99. A competencia, medida que particularisa a jurisdicção, é o poder que o juiz tem de administrar a justiça sobre certas materias, certas pessoas e em certos logares. D'ahi, a divisão em competencia *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci* (5).

(1) Vide Decr. 1842, arts. 250 e segs.; Lei 1841, art. 97; Decr. 25 de Nov. de 1850, arts. 87 á 94; Decr. 2 de Maio de 1874; Decr. Est. 123 de 1892, 127.

(2) Reg. 1842, art. 254.

(3) AT. 23 de Junho de 1834, em ARABLIPE, art 328, § 2.*

(4) Avs. 13 de Julho de 1843; 10 de Jan. de 1845 e 31 de Nov. de 1854, em ARARIPE, art. 328, § 4.º

(5) P. BUENO, n. 108.

O jury é competente, em razão da materia, para julgar os delictos que já especificámos em logar proprio (i). Nos casos, porém, de connexidade, pode esse tribunal julgar delictos que, isoladamente, pertençam a outra competencia. A connexidade é o laço lógico que prende entre si varios delictos praticados por uma ou varias pessoas; provém de causas varias, sendo as mais salientes as da relação de effeito e causa e as provenientes de um unico plano ou motivo; tem como effeito processual, a junção dos processos num só e a prorogação de jurisdicção, visto as provas serem identicas e não convir que na apreciação delias e decisão haja divergência alguma. Os princípios adoptados, em caso de conflicto de competencias nos crimes connexos, são os seguintes: i.º prefere a competencia privilegiada, 2.º a dos delictos de responsabilidade, 3.º a do jury. ROGRON em duas regras resolve o problema: o delicto principal, si o ha, determina a competencia; o tribunal de excepção abrange os delictos da jurisdicção ordinária (2).

O jury é competente, em razão das pessoas quando estas não têm foro privilegiado. O Presidente da Republica (3), os Ministros da União (4), o Presidente e Vice-Presidente deste Estado (5), mesmo que com-mettam delictos da competencia do jury, respondem nos foros privilegiados preestabelecidos pela lei constitucional;

O jury é competente em razão do logar, para julgar os delictos praticados dentro do território da comarca onde esse tribunal tem jurisdicção; tambem

(1) N. 3 desta obra,

(2) ORTOLAN, dt. 1/1239 e segs.; P. BUENO, cit. n. IIIJ ROGRON, *Cod. Instr. Fr.*, art. 226, e coram.^o

(3) Const. Federal, art. 53.

(4) Const. Federal, art. 52, § 2.º

(5) Const. Estadual, art. 37, § unico.

o é para julgar delictos commettidos fóra da comarca, por pessoas nella domiciliadas. Tudo depende da formação da culpa; nesta o primeiro foro flogar do delicto) deve prevalecer sobre o segundo (logar do domicilio do réu), pois naquelle é que existem os elementos probatórios do delicto e que a sociedade foi offendida (i). O logar da prisão não é, por si só, determinador do julgamento e processo do réu; quando muito, este será ahi formado, sendo depois o réu re-mettido ao logar proprio para o julgamento (2).

Aos princípios expostos, ha as excepções seguintes determinando a competencia do jury de uma comarca para julgar delictos ahi não commettidos e por [criminosos ahi não domiciliados: i." nos casos de sedição occorridos na visinha comarca; 2." nos casos de falta de sessão ou impossibilidade de julgamento nesse logar; 3." nos casos do Decreto Federal n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art 15, §§ i.º e 2º; 4-ª nos casos do artigo 5.º do Codigo Penal (3).

A excepção da incompetencia, isto é, da infracção das regras expostas, tem sempre logar no inicio do processo, logo após o auto de qualificação (no juizo formador da culpa) (4); a lei, porém, usando das expressões —«poderá ser allegada logo que o réu compareça em juízo»— não impede que no plenário possa ser aventada. E não a impede porque, si a jurisdicção é prorogavel, desde que o réu não tenha nella ainda acquiescido expressa ou tacitamente, continua com o direito de se lhe oppôr; si é improrogavel, a todo momento pode sen deduzida, porque a ordem

(1) Cod. Proa, arts. 160, § 3.º e 257; Avs. de 9 e 10 de Março e Decr. 6 de Abril de 1836; P. BUENO, n. 114; J. MENDES, cit. 3/n. 339.

(2) FAUSTINO HELIE, *Dir. Pen. Fr.* 5/266.

(3) Vide n. 15 desta obra e suas notas.

(4) J. MENDES JUNIOR a/n. 301; Decr. 4824 de 22 de Nov. de 1871, art. 51.

da competencia é garantida pela nossa lei constitucional, constituindo nullidade insanável a sua infracção (i). *Non esí major defectus quam de/ectus potestati.*

c) *Prevenção e Litispendencia*

100. Funda-se a primeira na simultanea repro-dução de dois processos identicos, propostos perante dois juizes igualmente competentes; a segunda na reprodução simultanea de dois processos identicos propostos perante um só juiz (2). Os principios reguladores deste caso são os seguintes: i.º dá-se preferencia ao processo anteriormente movido; 2.º si fôrem simultâneos, prefere-se o juizo da prisão ou, em falta, o juizo do delicto (3).

Posto que mais commumente devam ser alle-gadas essas defezas antes da reunião do jury, nada impede que no plenário possam ser apresentadas; e para isso, basta exhibir-se certidão do processo anterior, nota de culpa (si o réu estiver preso), ou prova do logar do delicto.

§ 2.º—Parte

I 101. As dilatorias referentes a pessoa do accu-sador, podem dirigir-se ao accusador particular ou ao promotor publico.

I Si a parte que accusa não é o offendido, nem seu legitimo representante (pai ou mãe, tutor ou curador, no caso de menoridade ou estado a ella equiparavel, cônjuge) (4); si o representante apresentar-se

- (1) P. BUENO, n. 108; Const. Fed., art 72, § 5º; Const. Est, art. 57, n. X, letra
- (2) Proj. Cod. Proc. Civil e Comm. Paulista, art. 123.
- (3) P. BUENO, n. 116.
- (4) Cod. Processo, art. 72.

com falsa qualidade, que o réu consegue provar; si o offendido age por mandatário sem alvará de licença ou poderes especiaes (i); si o auxiliar da accusação quer equiparar-se a quem é parte no processo, etc, á defesa compete apresentar a excepção de illegitimidade, que, provada, não poderá ser rejeitada pelo juiz.

Si o promotor que funciona é *ad-hoc*, não havendo razão legal para que o effectivo deixe de func-cionar (2); ji_ age .em nome da miserabilidade_do_ojf-fendido, quando esta não é real; si quer intervir em processos que sómente cabem a parte e não á sociedade (3), etc., o réu tambem defende-se, allegando a sua illegitimidade.

§ 3.º—Processo

102. As excepções concernentes ao processo são as que allegam vicios fundamentaes, faltas de importancia na causa, como si o libello é inepto, si fóram omittidas citações das partes, si ha defeitos graves no sorteio e preparo do processo, etc.

Nesta classe tambem entram as excepções, chama-' das prejudiciaes, isto é, aquellas que obstem a marcha do processo criminal, por não terem sido resolvidos no eivei factos ou actos relativos ao estado da pessoa ou ao direito de propriedade, dos quaes dependa essencialmente a qualificação legal do crime imputado (4). E' bom consignar-se que esta especie só é cabível quando a questão versar sobre estado da pessoa e propriedade, pois sómente nesses casos os julgados eiveis têm não só preferencia, como predomínio nos

(1) Lei 3 de Dez. de 1841, art. 92.

(2) *Rev. Jur.* 16/268.

(3) Cod. Penal, art. 407, n. 2; ns. 22 e 26 desta obra.

(4) Proj. do Cod. Proc. Crim. S. Paulo, art. 212.

tribunaes criminaes (i). Casos typicos são: o processo-crime de furto cedendo ao processo-cível ácerca da propriedade do objecto do delicto; o processo-crime de bigamia esperando a solução da causa eivei de nullidade de casamento.

ARTIGO 2.º

Excepções peremptorias

103. São excepções peremptorias: o lançamento do auctor e o perdão do ofendido nos delictos de acção privada, a prescripção, a cousa julgada, as sentenças eiveis proferidas sobre questão de estado e propriedade, e outras que tendem a perimir a acção. Das enumeradas tractaremos nos seguintes paragraphos.

§ 1.º—Lançamento

104. E' o acto pelo qual o auctor perde o direito de proseguir na acção do réu,~r5elo unico facto de, sem motivo justificável, deixar de comparecer em juizo nos momentos opportunos.

Funda-se no principio tutelar da sociedade sobre o individuo, que, no caso, protege o réu, impedindo que o auctor por negligencia ou perversidade prolongue-lhe inutilmente as apprehensões e sorTrimentos.

O lançamento encerra uma presumpção de renuncia de direito, presumpção de character absoluto, não admittindo prova em contrario e póde ser decretado *ex-officio*, pois é de interesse publico, que os processos não se tornem armas de vingança; tem logar em todos os termos do processo, desde a queixa até o plenário, assim como nos processos julgados pelo

(i) P. BAPTISTA, *Proe. Cm.*, § 189.

juiz de direito, porque o pensamento da lei creando-o foi obrigar o accusador a promover com celeridade *todos os actos processuaes*, libertando o réu de sua vontade caprichosa (i). Os tribunaes que restringem o lançamento a actos do plenário, ou não apresentam razões de convicção, ou apresentam-nas extremamente frágeis (2), olvidando-se do principio de hermenêutica— *ubi eadetn causa ibi idem jus statuendutn* - que faz ap-plicar a lei a casos não previstos, em que os motivos fundamentaes e geraes são identicos aos do caso previsto (3).

O lançamento, porém, só se constitúe excepção peremptória nos processos em que a justiça publica, por si, não póde agir; nos outros, a parte fica com seu direito extinto, podendo apenas auxiliar a promotoria, mas o processo segue com esta seu curso final. Desapparece nesse caso o fundamento da pe-rempção (4).

§ 2.º—Perdão

105. E' o acto pelo qual o accusador particular desiste do direito de pedir a punição do réu, livrando-o do crime que lhe imputa. Só extingue o processo nos delictos puramente particulares; e no plenário é trazido como excepção quando o procurador do auctor, o desconhecendo, intenta proseguir no processo (5).

Nos delictos de acção publica, o effeito do perdão é excluir a parte do processo; este, porém, continua, pois «conceder-se a uma pessoa determinada, culpada

(1) Vide P. BUENO, ns. 134, 196 e 220; Decr. 1842, art 337; Cod. Proc., 220, 221 e 241; Decr. 1842, art. 349; VIVEIROS DE CASTRO, *Sentenças e Decisões*, pag. 300; *G. Jur.* 6/267.

(2) *Rn. Jur.* 2/232; *G. Jur.* 17/203; *Sev. Mensal* 8/239.

(3) P. BAPTISTA, *Hermenêutica*, § 41.

(4) P. BUENO, ns. 136, 196 e 220.

(5) Cod. Penal, arts. 71 e 77.

«ou suspeita de um crime, o abandono do direito de «acção publica, seria suspender para essa pessoa o «funcionamento da justiça, juntar ao máu exemplo «do delicto o exemplo peor de uma affronta á lei «por concessão individual, introduzir o favor e a desigualdade.» (i)

I Si o offendido é um miseravel, o effeito do perdão nem sempre é o mesmo. Os delictos contra a honra, e os de violência carnal e rapto exercidos contra miseravel, são delictos de acção publica, e dão logar ao procedimento official de justiça (2); os demais, em que o promotor intervém como advogado official da parte, e não como representante da sociedade, dando queixa e não denuncia (3), como o delicto não muda de natureza, o perdão do offendido opera o effeito de perimir a causa (4).

A prova do perdão sómente deve ser produzida por instrumento publico, ou pela declaração verbal e livre do accusador no plenário, reduzida a termo. Outros meios probatórios podem não revelar a sinceridade que a lei exige para todos os actos processuaes.

§ 3.º—Prescrição

10G. Repousa o direito de punir nas idéas da justiça e da utilidade. Si á primeira repugna a impunidade sob qualquer motivo de um delinquente, com a segunda concilia-se perfeitamente a impunidade de um facto já esquecido pelo decurso do tempo e cujas provas, ou já se extinguiram, ou já diminuíram de valor.

Posto que varias sejam as opiniões dos escriptores acerca da base scientifica da prescrição da acção

(1) ORTOLAN, cit. 2/n. 1881.

(2) Vide arts. 274, n. 1 e 407, § 2.º, n. 2 do Código Penal.

(3) Decr. 123 de 10 de Nov. de 1892, arts. 135, § 9.º e 137, § i.*j
Lei o. 18 de 21 de Nov. de 1891, art. 71, § 9.º"

(4) Artigo 77 do Código Penal.

penal, a mais acceita hoje é aquella que sustenta ser o esquecimento presumido da infracção não julgada, a razão unica de sua não punição, conjectura fundada na observação dos factos habituaes. A pena, por inutil, não deve ser mais decretada, tendo, porisso, a prescripção um caracter absoluto, de accordo (i) com o seu elevado fim social.

Desse principio, decorrem estas consequencias:

—a prescripção, sendo de interesse social, póde ser decretada *ex-officio* (2);

—sendo a impressão deixada pelo crime, variável conforme a gravidade deste, a lei dilatou o tempo da prescripção mais para os delictos graves, que para os leves (3);

—si, no decurso do prazo da prescripção, houver pronuncia válida do réu, ou tiver elle reincidido, a utilidade da punição tornando-se outra vez patente pela natural reviviscencia dos factos, interrompe-se o prazo, para de novo recommear (4);

—não ha suspensão do prazo que está decorrendo, qualquer que seja o obstáculo que se lhe opponha, porque o tempo continua imperturbavelmente a sua marcha destruidora, apagando as emoções oriundas do facto e portanto tornando desnecessária a punição (5).

§ 4.º—Cousa julgada

107. Quando a acção penal exgottou-se, attingindo o direito todas as consequencias a que tendia

(i) Vide GARRAUD 2/n. 56; ORTOLAN z/n. 1851; HATJS, *Dir. Pen. Belg.* 2/1269; CARRARA, *Progr.*, §§ 576, 579, etc. (z) Cod. Penal, art. 82.

(3) Vide art. 85 do Cod. Penal.

(4) Vide art. 81 do Cod. Penal.

(5) Vide *Sent.* na *Rev. Jur.* 13/263; *Gaz. Jur.* 26/209.

quando foi movimentado, sem nada que lhe impedisse o exercido ou o tornasse invalido, dá-se a coisa julgada; e, então, o facto que originou o processo jamais poderá ser renovado, porque presume-se que o julgamento havido exprime a verdade e a justiça e que a sociedade ficou com suas contas perfeitamente reguladas com o delinquente. Essa presumpção também é absoluta; e o direito de oppôrse ao novo processo, direito que delia se origina, é um direito tanto individual como social, podendo ser declarado *ex-offiuo* (1).l

Nem toda sentença, porém, produz a coisa julgada: só a definitiva ou interlocutoria mixta, que não póde mais ser alterada por via de recurso. A simplesmente interlocutoria e aquella que póde ser ainda apreciada por outro juiz, não tem o effeito de extinguir a acção, effeito esse indispensavel para a existencia da coisa julgada.

Idênticos, porém, devem ser os processos postos em confronto, idênticos no objecto, na causa e nas pessoas (2).

O objecto é a punição pedida; si divergência houver sobre ella, em um e outro processo, falha uma condição da coisa julgada. A punição disciplinar não póde obstar á penal, por exemplo, ainda que o facto a reprimir seja o mesmo, porque uma tem natureza diversa da outra, sendo permissivel a sua co-existencia (3).

A causa é o facto delictuoso; si fôr o mesmo que o julgado, a excepção póde ser opposta. Nos delictos connexos, a decisão sobre um não impede o julgamento dos outros, em regra (4), porque o laço

(1) BONNIER, *Trat. Prov.* n. 788.

(2) ORTOLAN, cit. 2/n. 1775 ° segs.

(3) ORTOLAN, cit. 2/n. 1781; GARRADD, *Dir. Pen. Pr. i/ns.* 1, 81 e 251; HAUS, cit *i/ns.* 252 e 253.

(4) ORTOLAN, cit. 2/n. 1783.

- (5) Cod. Penal, art. 181, por exemplo; ORTOLAN, i/ns. 740 e segs.
(6) Cod. Penal, art. 156, por exemplo.
(7) Cod. Penal, art. 396, por exemplo; ORTOLAN, l/na. 761 e segs.

lógico que os une entre si não lhes tira o caracter de delictos independentes, apenas os approximando para os effeitos da uniformidade do processo e pro-rogação de jurisdicção. Nos contínuos e collectivos outra é a solução: aquelles, seja a continuidade physica (actos unicos que se prolongam ininterruptamente (i)) ou moral (actos diversos enfeixados em um só delicto pela unidade de fim e preceito violado (2)), constituem um unico delicto e portanto o seu julgamento não póde ser reproduzido; estes, posto que formados pela aggregação de varios factos, tambem constituem um só crime (producto dessa agglomeração, sendo impunivel cada facto de per si) e portanto o julgamento proferido tem força de obstar a reproducção de outro (3). O facto delictuoso, que constitúe o requisito da causa na causa julgada, não póde ser novamente processado, posto que susceptível de varias incriminações, provindas de variabilidades de intenção, modos de execução ou outro qualquer aspecto em que se possa consideral-o; a causa julgada purga-lhe inteiramente a criminalidade, porque quando foi trazido a juizo, o julgador devia tel-o considerado sob todos os aspectos para proferir uma sentença justa, não podendo a sua falta prejudicar depois o réu. Assim, si, julgado o réu por varios ferimentos produzidos por um tiro que dera numa multidão, descobrir-se depois que além das victimas enumeradas, outras existiram; si, absolvido o réu de um homicidio voluntário, descobrir-se depois que no facto evidentemente houve imprudência; si, do furto punido, revelar-se depois o damno, violação de domicilio, ameaça, ferimentos, tudo praticado com o facto principal—essas varias incriminações são impo-

tentes para a renovação do processo julgado, porque são accessorios, circumstancias do facto sentenciado, cuja opportunidade de verificação já passou.

As partes são, de um lado o accusador, de outro o réu. Sendo o promotor quem accusa, ha invariabilidade, posto que diversos sejam os funcionarios, porque a parte é de facto a sociedade, sempre a mesma; sendo um particular, basta que a pessoa mude, para que a identidade exigida desapareça. Quanto ao réu, si outra pessoa fôr a que figura no novo processo, falha a condição de cousa julgada; no caso de cumplicidade, porém, póde ser invocada, si o primeiro julgamento concluir pela inexistencia jurídica do facto ou sua não incriminação perante o Codigo Penal (i).

9 Quando a sentença opposta ao julgamento fôr estrangeira, só terá effeito de perimil-o, quando homologada pelo Tribunal Federal nosso, salvo si outra cousa estiver deliberada em tractados internacionaes (2).

§ 5.º—Prejudiciaes

108. Tendo o processo criminal seguido sem interrupção sua marcha, póde o réu ainda perimil-o, exhibindo, no plenário, certidão authentica que prove que o objecto do mesmo processo foi, no juizo eivei, decidido de modo a negar a existencia do delicto. O réu incriminado de furto foi, por exemplo, reconhecido proprietário da cousa subtrahida; o bigamo provou que o seu ultimo casamento era nullo: taes julgamentos extinguem a acção criminal. Em regra, os julgados eiveis não têm auctoridade e predomínio sobre

(1) ORTOLAN, cie. 2/iis. 1802 a 1810 e 1293.

(2) F. BUENO, n. 373; Lei 221 de 20 de Nov. de 1894, = "• 12t § 4.º; T. MONTEIRO, *Proc. Civ.* i/§ 47 e nota 20.

os julgados criminaes; fazem, porém, excepção os que se referem a direitos inherentes aos estados das pessoas e á propriedade (J).

SECÇÃO II

DEFEZA DIRECTA

109. A outra especie de defeza permíssivel ao réu é a directa, isto é, aquella que refere-se ao facto delictuoso e á sua auctoria.

ARTIGO 1.º

Facto criminoso

110. A defeza ácerca do facto criminoso pode consistir: *a)* na demonstração de sua inexistencia, *b)* na allegação de circumstancias que tiram ao facto o character de delicto, *c)* na verificação de que o delicto como foi realisado não podia ter a classificação legal que teve.

§ 1.º—Negação

111. A primeira sub-especie é a que refere-se á negação absoluta do facto.

Para que haja delicto é mister que o accusador exhiba prova plena, prova que consiste no corpo de delicto, constatação solemne dos elementos physicos que o constituem. Assim como o homem é um composto de alma e corpo, diz ORTOLAN, o delicto tambem depende da existencia conjuncta de um elemento moral e outro physico: este é que chama-se corpo de delicto (2).

(1) P. BAPT., *Proc. Civ.*, § 189; Proj. Cod. Proa S. Paulo, art. 1M.

(2) ORTOLAN, cit. 1/1129.

Quando o delicto deixa vestígios que possam ser examinados, a reconstrucção do facto deve ser feita ocularmente pela auctoridade e peritos, e comprehender não só o facto, como suas circumstancias e a/xes-sorios, colhidas todas as minudencias sobre local, instrumentos e indicios. Dessa diligencia será lavrado um auto solemne, e por isso essa prova chama-se— auto de cofpo de delicto.

Quando, porém, fôr impossível esse exame directo, já porque o delicto não tivesse deixado vestígios materiaes, já porque^ estes se extinguiram, a prova será feita pela inquirição de testemunhas no summario, testemunhas contestes, em numero pelo menos de duas e cujos depoimentos mereçam fé plena; ou, então, pela confissão do réu feita livremente perante juiz competente, desde que coincida com as circumstancias do facto (i).

Si, no processo, falta o auto de corpo de delicto directo não constando a impossibilidade de se o fazer ou si o indirecto, nos factos transitórios, não foi constatado; si, cumpridas essas formalidades, o réu prova ser o auto nullo por omissão de formalidades substanciaes, "ou invalido por violação de regras scientificas, e as testemunhas defeituosas, faltando a base da accusação, o jury deve absolvel-o.

§ 2.º—Invalidação

112. Póde o facto arguido na accusação estar provado evidentemente e o réu ainda defender-se allegando circumstancias que tirem a esse facto o character de delicto. Está, por exemplo, provado que o réu foi á casa de terceiro e d'ahi subtrahiu contra a vontade deste um objecto; o réu, póde livrar-se da punição

(i) Reg. 4824 de 1871, art. 42; Decr, 1842, art. 257; Cod. Proc. 94.

do crime de furto, exhibindo documento que demonstre ser o legítimo proprietário desse objecto, retido ilegalmente pela supposta victima. Demonstrou-se que o réu-co-habitou com menor recentemente deflorada; o réu defende-se mostrando que as suas relações só tiveram logar quando o defloramento já havia sido feito por outrem. O réu trazido a juizo por ter prestado, como testemunha, juramento falso, vem provando que o seu depoimento não exprimia falsidade alguma.

M Nos delictos exclusivamente particulares, essa defesa póde consistir, na allegação de ter sido o facto committido com o consentimento da victima (i).

§ 3.º—Desclassificação

113. O réu póde não contestar o facto, nem apresentar allegações que excluam o crime, mas demonstrar que a capitulação está errada, que o seu delicto, pelo qual está prompto a soffrer a pena social, é menos grave que o referido no acto de accusação. E' um réu de crime de roubo que demonstra ter apenas committido furto; não houve o delicto de estupro, como se allegou, mas simples defloramento; a gravidade do ferimento não é real, pois, a offensa foi leve; as circumstancias do homicídio não fóram as elementares que elevam-lhe á maxima penalidade, etc.: tudo isso é materia de defesa, tende a diminuir a pena pedida, póde ser allegado pelo réu.

ARTIGO 2.º

Auctoria

114. A defesa relativa á auctoria do facto criminoso póde consistir: *a)* na sua negação completa; *b)* na desclassificação do delicto pela variabilidade da

(i) Vide art. 26 e do Cod. Penal; GARRAUD, cit. i/ns. 239 e 240.

intenção; *c*) na allegação de circumstancias que excluem a responsabilidade penal; *d*) na apresentação de factos que justificam o crime; *e*) na apresentação de factos que podem diminuir as penas pedidas no libello.

§ 1.º—Negação

I 115. A primeira sub-especie consiste na negação absoluta da auctoria. O réu póde provar que as suas condições physicas impediám-n'o de praticar o delicto: é por exemplo absolutamente impotente, sem capacidade, portanto, de commetter os delictos dos artigos 267 e 268 do Codigo Penal; estava enfermo, retido ao leito, quando o crime de roubo ou assassinato, exclusivamente a elle attribuido, fóra commettido, etc. Póde demonstrar que não tinha capacidade intellectual para realisar a offensa imputada: é analfabeto, sendo-lhe impossivel violar, portanto, o artigo 258 do mesmo Codigo, etc. Póde pôr em evidencia que as suas condições sociaes eram diversas das attribuidas ao delinquente: não era empregado publico para commetter o delicto de prevaricação; não era eleitor para vender o seu voto, etc. Também nesta especie se inclue a defeza *alibi*, que dá-se quando o réu contrapõe á accusação, prova de ter estado tão distante do logar do delicto que era absolutamente impossivel ter sido d'elle o auctor (1).

A prova é-lhe amplamente facultada, e toda especie delia será admittida, justificando a absolvição do réu, tanto quando torne evidente a sua innocencia, como quando torne duvidosa a sua culpa.

l< § 2."—Desclassificação

116. DifFere esta especie da referida no numero 113 desta obra. Lá a defeza consiste na demon-

(1) MITTERMAIER, cap. 20, *Tr. Prova*.

stração da inexistencia de elementos materiaes que elevaram o crime á uma gravidade que elle não tinha; o réu, por exemplo, exhibe um auto de sanidade que, destruindo as circumstandas de gravidade do auto de corpo de delicto, transforma a sua pena em pena menor. Aqui, o facto material é, pelo réu, acceito como o constatou o corpo de delicto, mas o elemento moral que determinou o mesmo facto é diverso do considerado pelo accusador. O réu prova que o delicto não foi doloso, mas culposo: si é um incendiário, defende-se invocando a penalidade do artigo 148 do Codigo, Penal; si foi processado pelo delicto do artigo 149, invoca a pena do 151: aos delictos dos artigos 160 § 3, 294, 303 e 304, contrapõe os dos artigos 160 e §§ 1 e 2, 297 e 306, etc.

§ 3.º—Dirimentes

117. Segundo o conceito de CARRARA, o delicto é um ser jurídico em opposição á lei, formado por elementos moraes e materiaes, que devem em conjun-cto existir. Esses elementos moraes são, subjectivamente, a vontade intelligente do que age; objectivamente, o damno moral que na sociedade o facto produz. Os elementos materiaes são, subjectivamente, o acto physico, pelo qual o agente executa seu máu desígnio; objectivamente o prejuízo que resulta da violação do direito.

O elemento moral subjectivo—vontade intelligente — é o que produz a intenção que é a direcção da vontade para o delicto. Essa intenção é directa quando o effeito criminoso foi previsto e querido; indirecta quando ou não foi previsto ou não foi querido. Na indirecta, si houve previsão, mas não obstante o agente usou de meios, ha intenção indirecta positiva; si não houver previsão, a intenção indirecta é negativa.

I O dolo é o resultado da intenção directa e indirecta positiva, e porisso define-se: «a intenção mais ou menos perfeita de fazer um acto que se sabe contrario á lei.» A culpa é o resultado da intenção indirecta negativa, si o effeito era previsível, e porisso define-se: «a omissão voluntária de diligencia, pelo auctor de um facto, no calculo de suas consequencias possíveis e previsíveis». O acaso é o resultado, tambem, da intenção indirecta negativa, mas daquella cujo effeito era imprevisível, e porisso define-se: «o acontecimento que não foi previsto pelo agente e nem podia sel-o» (i).

O nosso Codigo de 1890 considera essas três especies: dolo, culpa e acaso. O dolo é condição exigida para a generalidade das infracções enumeradas; delictos de culpa são os dos artigos 132, 148, 151, 160, 210, 297, 302, 306 e 378; o caso fortuito está previsto no artigo 27 § 6. Si não houve dolo ou culpa, ou si houve sómente acaso, não tem lugar a punição (2).

I 118. As dirimentes do nosso Codigo compre-hendem tanto os factos, para os quaes se exige o dolo, como os factos resultantes do acaso e serão em seguida analysadas tanto quanto o permittir o plano deste trabalho.

A) *Idade*,

I 110. Três phases o nosso legislador assignalou na idade do delinquente: infância, impuberdade, me-noridade. A infância termina aos 9 anpos; a impuberdade aos 14; a menoridade aos 21 (3).

(1) CARRARA, *Progr.*, §§ 21 e segs., 66, 70, 78, 80 e segs-

(2) **Cod. Penal**, arte. 24 e 27.

(3) **Cod. Penal**, aris. 27, §§ I.» e 2.*, e 42, § II.

Na primeira, ha irresponsabilidade presumida pela lei, não podendo allegação alguma contrapôr-se a essa presumpção. O Codigo Penal nada tem que vêr com o infractor, cuja protecção, vigilância e educação competem ao Direito Civil (i).

Na segunda, havendo incerteza sobre o discernimento, o legislador só pune o menor, quando o accu-sador (a quem compete pôr em evidencia todos os elementos constitutivos do crime) prova-o e o jury re-conhece-o, em quesito especial formulado sobre cada facto. Mas, embora reconhecido, a penalidade do menor é puramente disciplinar e instructiva, porque a lei entende que em tal idade, o espirito é ainda vacillante, sem forças para dominar as paixões. (2).

Na terceira, a presumpção de capacidade é reconhecida pela lei, cedendo sómente ás provas de de-feza em contrario (3); mas, como até 21 annos a in-telligencia não tem attingido a sua plena maturidade, podendo atravessar épochas de maior ou menor desenvolvimento, o legislador estabeleceu para o menor de 17 annos, a pena de cumplicidade e para o maior dessa idade, a attenuante obrigatória da menoridade (4).

B) *Imbecilidade e senilidade*

120. Nem sempre o desenvolvimento das faculdades intellectuaes opera-se com a precisa regularidade e quando l realiza-se inteiramente, muitas vezes não ? conserva-se intacto com a velhice. No primeiro

(1) Cod. Penal, art. 27, § i.º; V. LITZ, *Dir. Penal Allemão*, trad. J. HYGINO, I/§ 37; CAKAXA, § 220.

(2) Cod. Penal, arts. 27, § 2.º e 30; GARRAUD, cit. I/M. 202 e 208; Lei 3 de Dez. de 1841, art. 62; Decr. 1842, art. 370; CAKAXA, § 224.

(3) GARRAUD, i/n. 200.

(4) Cod. Penal, arts. 65 e 42, § 11.

caso, pode-se descobrir tanto a imbecilidade como a idiotia, segundo as causas que impediram o desenvolvimento da intelligencia fóram mais ou menos completas; no segundo caso, o exgottamento da força intellectual é que produz a decrepitude ou senilidade. O imbecil é incapaz inteiramente de se elevar aos conhecimentos corrijmuns; é um irresponsavel, posto que muitas vezes tenha inclinações perversas e immoraes, seja perigoso e até aggressivo. O velho, porém, só pela idade, não tem isenção penal; pelo contrario, mais grave é o delicto praticado por quem, no decorrer de longos annos, muito tempo tem tido para adquirir al pratica da vida e sopitar os impulsos das paixões. E' a decrepitude, é o enfraquecimento ou exgottamento, Cerebral, que determinam, no velho, a irresponsabilidade, pois então, regressa elle ao período da infância, perdendo a consciencia de seus actos e o livre arbítrio que devia guial-o na vida (i).

O nosso Codigo comprehendeu esses dois casos (2), equiparou á imbecilidade a idiotia, e referiu-se á imbecilidade *nativa*, para tornar bem saliente que allu-dia aos phenomenos que impedem o desenvolvimento da intelligencia, e não aos que produzem a imbecilidade após esse desenvolvimento, pois destes trata em fórmula mais geral no § 4.^o do artigo 27.

c) *Privação completa de sentidos e de intelligencia*

121. O texto original do Codigo diz: «*perturbação completa de sentidos e de intelligencia no acto do delicto.*» Assim é que a lei deve ser interpretada, preponderando o pensamento que presidiu a sua confecção, sobre a significação de um termo evidente-

(1) GARRAUD, cit. i/n. 212; ORTOLAN, i/D. 314; *G. Jur.*, 3/268. (3) Cod. Penal, art. 27, § 3.^o

men te errado; do contrario, attribuir se-á á lei um absurdo, que fere a razão natural (i). Esta dirimente foi inspirada pelo artigo 121 do Codigo Penal de Baviera; e ahi o vocábulo empregado é o que ora apresentamos em substituição ao que a imprensa deturpou, conforme explicações do proprio auctor do nosso Codigo Penal (2).

122. Esta dirimente abrange todo estado de alteração mental não comprehendido nos paragraphos anteriores; usou o legislador de uma fórmula generica, evitando empregar denominações technicas diferentemente entendidas, e entrar em minudencias ou detalhes que poderiam ser incompletos. Neste ponto o Codigo seguiu o systema das mais recentes legislações e adiantou-se muito ao velho Codigo Criminal, cuja fórmula (loucos de todo género) não abrangia as alterações passageiras ou transitorias do entendimento, que não constituem a loucura propriamente dita (3). Loucura, em suas variadas formas; perturbações psychicas momentâneas, provenientes de alteração repentina das funções cerebraes, quer haja ou não saúde physica, como se dá no desvario do somnambulo e no que de súbito desperta; delirio das affecções febris; imbecilidade adquirida; embriaguez completa, etc: todo esse protheu que é a insanidade mental, o legislador incluiu na fórmula «perturbação completa de sentidos e de intelligência.»

123. Dois são os requisitos dessa dirimente: 1.º que a perturbação seja completa; 2.º que a perturbação seja concomitante ao acto.

(1) Cod. Penal, art. a., § 4.º; *Rei. Jur.*, 2/375; P. BAPT., *Mrm.*, §5 10. ii • 13.

(2) *Atr. J.ª*, 2/375.

(3) *Riv. Jur.*, 2/381; GAKRAUD, 1/212; ORTOLAN. *l/n.* 303; Cod. l. Crim. de 1830, art. IO, § 1/

Falhando a primeira, já não ha inconsciencia, ausencia de livre arbitrio, posto que a intenção criminosa seja fracamente revelada; então, o réu tem apenas attenuante para a falta que praticou, mas não excusa (i). Falhando a segunda, o facto não é excusavel, mesmo que seja o producto de um plano architectado por um louco. Quanto a esta segunda condição, o nosso Codigo separou-se da doutrina geral (2), exigindo que o dolo coexista com o facto, em simultâneo concurso ^3), de modo que o proprio louco é passível de pena, si no intervallo lúcido delinuiu, mesmo que esteja civilmente interdito (4); o que delineou reflectidamente o crime, cuja execução dependia do decurso de um certo tempo, póde isentar-se, si no acto da infracção estava com as faculdades psychicas alteradas.

124. A prova da loucura, como veremos, ou da insanidade mental, deve ser feita pela defeza; não se presume um estado todo anormal (5). Uma vez feita, a absolvição impõe-se, sendo o réu entregue ou á sua familia, ou ao hospicio, si assim o exigir a segurança publica (6).

Si, porém, a affecção foi posterior ao crime, posto que este persista, a sociedade suspende a sua acção punitiva contra o réu: o processo ficará estacionário, pela impossibilidade de ser plenamente exercido o direito de defeza; a condemnação, si foi proferida, não será executada, ou não continuará a ser cumprida, si o réu em parte já a soffrera. Consigne-se aqui que o nosso código foi por demais bárbaro, prohibindo que o tempo de suspensão da pena por molestia mental

- (1) Art. 42, §§ i.º e 10 do Cod. Penal.
- (2) GARRARA, §§ 79 e segs.
- (3) GARRAUD, i/n. 219; *Rev. Jur.*, 2/374.
- (4) ORTOLAN, i/n. 330; GARRAUD, I/Q. 214.
- (5) ORTOLAN, I/D. 329.
- (6) Cod. Penal, art. 29.

se computasse no tempo da condenção; pois, idêntica proibição não *fez* quanto ao período em que o réu, atingido por molestia physica, deixa as prisões em que se acha, para recolher-se ás enfermarias onde é tratado, e onde, como o louco, não cumpre, até sarar, a penalidade que lhe foi imposta (i).

D) *Constrangimento*

125. A intenção é o producto de uma vontade intelligente, isto é, só existe intenção criminosa quando o agente obra com intelligencia (conhecimento da lei e previsão dos effeitos do acto que pratica) e vontade (liberdade de escolha, liberdade de acção).

O constrangimento é a ausencia da vontade e de-fíne-se: «a offensa á liberdade pessoal exercida mediante violência ou ameaça, para obrigar-nos a praticar ou deixar de praticar um certo acto» (2).

126. O constrangimento póde ser physico ou moral, tanto é possível nos delictos de acção, como nos de inacção.

O physico é o exercido directamente sobre o corpo do agente, quer provenha do homem, quer das forças da natureza: um individuo me obriga a lançar veneno na bebida de um terceiro, guiando violentamente minha mão para a pratica desse acto (violência physica por acto humano); uma tempestade, arremessando o navio em que eu viajava, nas costas brasileiras, fez-me violar a proibição penal que a pena de banimento me impunha (violência physica por força da natureza).

(1) Cod. Penal, art. 68 e § unico; GARRAUD, cit. i/n. 220, pag. 368, ultimo período.

(2) F. vou LITZ, a/§ 99.

A moral é a opressão do livre arbítrio, pelo receio de um mal imminente, quer esse mal provenha do homem, quer das forças da natureza: um individuo ameaça-me de morte si eu não falsificar um documento (violência moral por acto humano); o instinto de conservação me impelle, num naufrágio, a arrebatrar a taboa salvadora de outrem (violência moral, por força da natureza) (i).

Na moral, a vontade muitas vezes não está totalmente extinta; mas tão restringida fica entre a escolha do mal proprio e a do mal alheio, que a lei, tomando os homens pelo estado commum do egoísmo e não pelo raríssimo da abnegação, isenta da pena o que prefere ao mal proprio, o de outrem.

127. Nem todo constrangimento, porém, é *ex-cusa*. Para o physico, é necessario que a violência seja irresistível, de modo que o agente obre como instrumento, como uma victima de força superior—*non ágil, sed agitur*—;• desde que a violência possa ser prevenida ou subjugada, poderá haver attenuante para o seu crime, mas não dirimente (2). Para o moral, é necessario, que a ameaça seja séria e concomitante com o perigo; si era puramente imaginaria, ou, sendo real, não era imminente, mas futura, a excusa desaparece, para dar logar á attenuante (3). Na apreciação do valor da ameaça, o juiz deve aquilatar a impressão causada no espirito do constrangido, pela idade, sexo e condição deste.

128. E' erro grave confundir-se o caso do constrangimento moral com o de legitima defeza. Em ambos, existe um mal considerável que obriga á pra-

(1) GARRAUP, i/ns. 221 a 223.

(2) Cod. Penal, arts. 27, § 5.^o e 42, § 7.^o

(3) Cod. Penal, arts. 27, § 5.º e 42, § 7.º

tica do delicto; mas, no caso de legitima defeza, esse mal proveiu do proprio offendido, ao passo que no caso de excusa, o mal proveiu de pessoa diversa da-quella contra quem agimos. Ou, mais claramente: na defeza, ha o concurso de duas unicas pessoas, uma que aggride e outra que repelle; no constrangimento, ha o concurso de três pessoas, isto é, do que ameaça, do que vae agir, do que é victima. Na defeza obramos contra um aggressor injusto; no constrangimento, contra um innocente (i). CARRARA ensina que a pressão de um mal imminente e grave, exercida sobre a alma do agente, póde manifestar-se sob a forma de acção ou de reacção. Sob a forma de acção, si a violência provém de um accidente ou de terceiro e o acto praticado dirige-se contra uma pessoa que não era a causa da mesma violência (constrangimento moral); sob a forma de reacção, si para escapar a um perigo imminente, o agente repelle e offende a pessoa que o ataca (legitima defeza) (2).

129. O constrangimento moral que resulta da opposição de dois deveres (obediencia passiva), não produz excusa, posto que possa attenuar o crime (3). Não ha, aqui, o receio de um mal corporal imminente; ha-o, apenas, de desobediencia a um superior hierarchico. Por mais absoluta, porém, que seja a obediencia, não deve e não póde ir até o ponto de transformar um ser racional em autómato, fazendo-o agir machinalmente e excluindo-lhe o livre arbítrio (4).

(1) BOITARD, *Lições de Dir. Crim.*, n. 150; M. SOARES, *Est. Forenses*, pag. 110.

(2) CARRARA, *Progr.*, §§ 284, 286 e 287; V. ARAÚJO, *Cod. Pen. Braz. comm.*, 1/304.

(3) Cod. Penal, art. 42, § 8."

(4) Cod. Penal, art. 28; BOITARD, n. 151; CARRARA, §§ 311 a 316; *G.Jur.*, 18/259.

E) *Casualidade*

130. Segundo ERNESTO BAER, citado por T. BARRETO (1), «O acaso é um acontecimento que coincide com outro sem achar-se preso a elle por nenhum nexo causal». Dolo, culpa e acaso são os três motivos explicadores da infracção penal. O primeiro caracteriza-se pela intenção mais ou menos perfeita; o segundo pela falta de previsão, aliás possível; o terceiro pela impossibilidade ou inutilidade de toda e qualquer previsão (2).

131. Para que a infracção seja excusada com o fundamento desta dirimente, é necessario: i.º que o agente esteja exercendo um acto licito; 2.º que no exercicio desse acto desenvolva a atenção ordinária. Si o acto é illicito, isto é, contrario á moral e ao direito, a infracção que o constitue è. levada á conta do agente, mesmo que não 3 tenha previsto, como succederá por exemplo com aquelle que tendo, numa rixa, derribado o adversario, causar-lhe involuntariamente offensas phisicas pela queda. Si a realização do facto foi o resultado de uma imprudência ou negligencia, haverá culpa imputável, pois a lei só dá isenção ao acontecimento meramente accidental que todo o cuidado seria incapaz de obstar (3); assim succederá com aquelle que matar o companheiro de caçada, tomando-o pela caça que esperava.

F) *Surdi-mudez de nascimento*

132. Um individuo que nasce affectado desta molestia, é equiparavel ao imbecil; está privado de

(1) T. BARRETO, *Menores e Loucos*, 2.ª ed., pag. 86.

(2) CARRARA, cit. §§ 59 a 91.

(3) Cod. Penal, art. 27, § 6.º; GARRARA, §§ 84 e 70; V. ARAÚJO, 1/318; CAMARGO, *Dir. Crim. Brás.*, 2/322.

adquirir as noções abstractas do dever, do bem e do justo, que só a communhão social ensina; é no dizer de ORTOLAN, um homem que vive fóra da sociedade, apesar de pertencer-lhe. A lei penal cobre-o, por isso, com a presumpção da irresponsabilidade (i).

Não é, porém, absoluta a presumpção que o protege. Si o accusador demonstrar que, apesar do defeito physico, obrou elle com perfeito discernimento, conhecendo a natureza do acto que praticara, suas consequencias e relações com a lei penal, a dirimente desapparece para a pena ser applicada.

O nosso Codigo, porém, nessa classe não incluiu o surdo-mudo de nascimento que tenha recebido educação e instrucção; e isso porque a intelligencia deste desenvolvendo-se, apprehende a noção do dever, torna-o apto para o conhecimento do bem e do mal, do justo e do injusto, falhando, portanto, a base principal da dirimente. '

133. A ser condemnado o surdo-mudo, por se lhe ter verificado discernimento, aconselham os criminalistas que não se lhe applique a pena com todo seu rigor. Fundam-se em que na generalidade dos casos, a educação é insufficiente para elevar as faculdades do surdo-mudo ao nivel commum; e assim não se deve fazer o caso mais frequente ceder ao mais raro, o brando ao mais rigoroso (2). Ha, para consagrar essa doutrina humanitária e scientifica, a attenuante da falta de pleno conhecimento do mal, que poderá ser reconhecida (3).

(1) GAKRAUD, i/n. 217; ORTOLAN, i/n. 327; CARRARA, §§ 244 a 247.

(2) CARRARA, cit. § 247; ORTOLAN, cit. i/n. 327.

(3) Cod. Penal, art. 42, § 1.'

G) *Erro de facto e de direito*

134. O artigo 27 do Código Penal é enunciativo e não taxativo dos casos de excusa. Devendo ficar impunes todos os actos em que haja ausência de uma vontade inteligente, o legislador enumerou os mais frequentes, deixando os outros para serem apreciados diante da disposição genérica do artigo 24 do mesmo Código. Si assim não fóra, nenhuma explicação haveria para a existência num Código, onde os preceitos meramente científicos e sem utilidade prática são abolidos, da disposição do artigo 24. Tal regra é uma fórmula geral compreensiva dessa multiplicidade de casos de infracção penal sem dolo ou culpa, casos que escapam aos detalhes do artigo 27, e que devem, entretanto, constituir matéria de defeza, conforme antes já preceituava a nossa lei processual (1).

Si perigosa é esta doutrina, muito mais nocivo é condemnar-se quem tem direito de ser absolvido; e entre a contingência de ampliar-se abusivamente o preceito do artigo 24 e a de punir-se um inocente, é de preferir, sem dúvida, que prevaleça a interpretação que não embarace o direito de defeza (2). A nossa jurisprudência, neste, como em outros assumptos de relevância, ainda não está formada (3).

135. Os casos de erro de facto e de direito são os mais frequentes na applicação do artigo 24 citado. Fóra delles, porém, pode-se invocal-o com a simples allegação da ausência de má fé, nos delictos

(1) Lei 1841, art. 61; Reg. 1842, art 369; Formulário Official, notai 52; B. FLORENTINO, *Dir. Crim. Braz.*, lição 5.*, ns. 39 a 54; CAMARGO, *Dir. Cr. Br.*, 2,106.

(2) B. FLORENTINO, cit. n. 54, pag. 154.

(3) V. ARAÚJO, cit. 1/222; M. SOARES, *estudo 13*, pag. 211; *Rev. Jur.*, 7/137, 10/349, 14/«77. etc

de dolo, como quando o agente confessa ter de facto incorrido na proibição do artigo 259 § i.º do Código Penal, mas apenas com o intuito de verificar até onde chegava a própria habilidade.

O erro de facto quando não possa ser tido por um lamentável acaso, pode dar lugar á absolvição com o auxilio da defeza do artigo 24 citado. O nosso Código só não exclue da penalidade o erro sobre a pessoa ou coisa a quê se dirige o crime (1); e isso porque neste sómente é exigível a intenção delictuosa e não uma relação directa entre essa intenção e a victima ou o objecto do delicto. Sobre o erro de facto, porém, não ha proibição alguma. Assim no facto occorrido da morte de um individuo por um toxico que sua mulher lhe fornecera convencida de dar-lhe um philtro amoroso; no casamento de quem julgava, por uma certidão de óbito falsa, estar morto o seu primeiro cônjuge; no envenenamento de um enfermo pela troca de remédios, em momentos de afflicção e desespero; na injuria que um estrangeiro, mal industriado em nossa lingua, profere, convencido de que está dizendo amabilidades, etc, em todos esses casos e muitos outros, seria difficil invocar-se a casualidade como motivo de excusa, ao passo que os réus encontrariam suas absolvições na generica disposição do artigo 24 do Código Penal (2).

O erro de direito não dirime a intenção criminosa, segundo a lei (3); porque esta presume ser por todos conhecida, depois de um certo tempo de sua publicação. Essa presumpção, porém, não é absoluta. Regras existem no Código Penal que são geraes a todos os paizes e que ninguem tem o direito de

(1) Cod. Penal, art. 26, *b*.

(2) T. BARRETO, *Menores e Loucos*, n. XII, 2.ª ed.; B. FLORENTINO, cit. L. 5.ª, n. 33 e nota 2.ª pag. 135.

(3) Cod. Penal, art 26, *a*.

ignorar. Outras, porém, tem o intuito de satisfazer necessidades locais, constituindo a sua infracção de-lictos peculiares a um povo; e a ignorância destas pode ser validamente allegada por quem a esse povo não pertença. O estrangeiro que de pouco chegado commette o delicto do artigo 156 do Código Penal ou desafia outrem para duello, pode invocar o artigo 24 em seu auxilio, baseando-se num erro de direito que deve ser relevado (1), pois si tal defesa lhe fôsse vedada, seria punido como criminoso, quem violara a lei sem intenção dolosa.

§ 4.º—Justificativas

136. «*Feci, sed jure feci** é o lemma de quem invoca essa defesa. Não mais se trata de ausencia do elemento moral subjectivo do delicto; esse elemento existe em toda sua intensidade, porque a violação da lei foi feita conscientemente pelo agente, que a previu e quiz. A base da punição está no direito que o agente tinha de praticar o facto ou no dever que a sociedade lhe impunha de fazel-o.

I Justificam um facto delictuoso: a obediencia á auctoridade, o estado de necessidade e a legitima defesa. De cada uma dessas especies de justificativa daremos os traços salientes.

A) *Obediência d auctoridade*

137. O nosso Código justifica o delicto commettido por ordem de superior hierarchico, desde que essa ordem seja legal e não haja excesso nos actos ou na forma da execução (2); sem o preenchimento

(1) Vide ORTOLAN, cit. i/n. 388; B. FLORENTINO, cit.; *Rev. Jur.*, H/* 79.

(2) Cod. Penal, art. 28; GARRAUD, cit. f/249 e 25º.

dessas condições, a obediência passiva, como já vimos, póde attenuar, mas nunca excusar o crime (i)

138. E' legal a ordem do superior ao inferior quando: aquelle era competente para dal-a, está ella revestida de todas as solemnidades leaes e contém objecto conforme á lei (2).

E' competente a auctoridade que, pela lei, tem attribuições para praticar o acto ordenado. E' revestido de solemnidade, o mandado escripto pelo escrivão, rubricado pela auctoridade, dirigido ao official de justiça, contendo clara e positivamente o seu objecto ou fim (3). O objecto da ordem é conforme á lei quando* esta manifestamente não o prohibe; só quando ha illegalidade evidente, clara, patente, é que a ordem deve ser repellida, pois do contrario des-truir-se-ia o principio salutar da subordinação hierar-chica, constituindo-se o inferior arbitro do valor das ordens que recebe (4).

B) *Estado de necessidade*

139. «*Necessitas non habet legem*» é a maxima especial desta defeza. Quando alguém consciente e voluntariamente lesa o direito de outrem para evitar que maior mal succeda, ha a extrema necessidade que justifica a infracção realisada. O general, em guerra, destruindo a propriedade individual para executar um plano de defeza; o soldado, damnificando um prédio para cercear um incêndio; o commandante de um navio alijando a carga para salvar a tripulação em

(1) Cod. Penal, art. 28; N. 129 desta obra.

(2) Cod. Penal, art. 229.

(3) Cod. Proa, art. 176.

(4) GARRAUD, cit. I/Q. 250; HAUS, *Dir. Penal Belga, i/as.* 564 a 569; V. ARAÚJO, cit. I/326, n. 79.

perigo imminente; o transeunte matando um animal alheio que/tornou-se um perigo para si ou para o publico— réalisam, sem duvida, delictos contra a propriedade, mas que a lei não pune porque a necessidade extrema os determinava, para salvação de outros direitos de maior valia (i).

140. O nosso Codigo reconhece esta justificativa (2), impondo-lhe certos requisitos, sem o concurso dos quaes, o acto realiado poderá ser attenuado (3), mas não justificado (4). O mal a evitar, porém, deve ser sempre maior que o mal que o agente pratica; si igual (vida contra vida), si menor (propriedade contra vida), a defeza será encarada sob outro aspecto, mas não pela justificativa de que ora tratamos.

O primeiro requisito é a certeza do mal que o agente quer evitar: sem o conhecimento seguro de que esse mal está imminente, a pratica do delicto será o resultado de uma leviandade imperdoável. O segundo é a falta absoluta de outro meio menos prejudicial; desde que meios mais brandos possam ser postos em acção para impedir o mal que se teme, desaparece a necessidade extrema de violarse o direito de outrem, necessidade que é a base fundamental da isenção punitiva. O terceiro é que haja probabilidade da efficacia do meio empregado; si esse meio não se adaptava ao fim a que se propunha, não era idoneo, mas improprio e incapaz de produzir o effeito desejado, o seu emprego era inutil, desnecessario, injustificável.

141. Distingue-se do constrangimento moral e da legitima defeza. No caso de constrangimento,

(1) HAUS, cit. 1/573; F. VOK LBZT, 1/§ 33, pag: 233.

(2) Cod. Penal, art. 32, § i.º

(3) Cod. Penal, art. 42, § 6.º

(4) Cod. Penal, art. 33.

quem pratica o delicto não exerce um direito, é um instrumento da vontade alheia, sendo absolvido pela ausência do elemento moral que dá vida e força ao delicto; ao passo que no de extrema necessidade, o agente, lesando o direito alheio, faz-o consciente e livremente, sabendo que a lei lhe dá faculdade para praticar essa lesão, libertando-o da pena em que poderia incorrer (1). Na defesa legítima, o delicto é realizado contra aquele que injustamente aggride, o conflito de interesses, na expressão de ZANARDELLI, é estabelecido pela própria pessoa que vai ser ofendida; na extrema necessidade, o agente vai violar direito de um estranho e essa situação lhe é criada por um evento fortuito ou um acidente natural (2).

c) *Legítima defesa*

142. Legítima defesa é o direito que a sociedade nos confere para, em caso de necessidade extrema, repelirmos, sem excesso, qualquer agressão injusta aos nossos direitos ou aos direitos de outrem, mediante ofensa de interesses jurídicos do agressor (3).

Em caso de necessidade extrema, porque pertencendo ao poder social a punição dos delinquentes, só quando a acção desse poder for impossível ou totalmente improficua, é que nos cabe o exercício de tão grave faculdade: é o instinto de conservação reconhecido pelas leis dos povos cultos.

Repelirmos sem excesso, porque o direito tem como linha restrictiva a necessidade da repulsa; transposto esse limite, já se dá usurpação de um poder

- (1) ORTOLAN, cit. i/n. 427; GARRAUD, cit. i/n. 238.
- (2) ZANARDELLI, *Comment. ao Cod. Pen. Ital.*, art. 49.
- (3) F. VOK LISZT, cit. i/§ 32.

que, em regra, sómente deve ser exercido pela sociedade.

Agressão injusta, porque a auctorizada por lei ou pelo proceder do aggreddido não dá direito á repulsa : só aquella que fôr illicita, injusta, não provocada é que encontra a protecção legal, qualquer que seja o aggressor, mesmo um louco.

Nossos direitos e os direitos de outrem, porque a legitima defesa comprehende todos os direitos que podem ser lesados (vida, segurança, liberdade, propriedade ou honra) e tanto pode ser usada em beneficio proprio, como em beneficio de outrem.

Mediante offensa de interesses jurídicos do aggressor, porque a defeza é um conflicto de direitos do aggressor em que os daquelle ficam prejudicados em bem da salvação dos deste; e é esse o ponto primordial da distincção entre esta especie e a precedentemente exposta.

143. O nosso Codigo reconhecendo a legitima defeza, nos termos enunciados (i), limita-a, entretanto, com condições, sem o concurso das quaes, deixa ella de ser uma justificativa, para tornar-se uma attenuante (2).

A primeira é que haja *agressão actual*. *Agres-são* é o acto de hostilidade de que alguém é victima; deve ser violenta, isto é, capaz de produzir um mal irreparável, e illicita, isto é, contraria á lei (3). *Actual*, isto é, repentina, inesperada, presente; tambem assim denomina-se a que, posto não começada, está entretanto imminente, sendo real o perigo e não chimerico. Si o perigo fôr futuro, ainda que certo, a auctoridade deve ser invocada em nosso auxilio; si já passou, ainda

(1) Cod. Penal, art- 32, § 2.º

(2) Cod. Penal, art. 34, art. 42, § 3.º

(3) GARRAUO, cit. i/ns. 244 e 245; HAUS, cit. i/ns. 582 e 578.

que o mal tenha sido realizado, o emprego da força seria vingança (i).

A segunda é que haja *impossibilidade de prevenir] ou obstar a acção, ou de invocar e receber soccorro da auctoridade publica*. Quando o agente puder subtra-hir-se á situação extrema sem violar a lei, ou porque lhe seja possível tomar precauções para evitar o ataque, ou porque no momento deste possa empregar expedientes que o inutilisem, ou porque a auctoridade publica esteja apta para soccorrel-o, não deve praticar lesão alguma nos direitos de seu aggressor. A fuga, porém, é um meio deshonroso que a lei não podia exigir, sem ser immoral, salvo si o aggressor é um irresponsavel ou o proprio pae do agredido (2).

A terceira é que o agente *empregue meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão*. Quer isto dizer que o meio adoptado por quem re-pelle a aggressão deve ser apropriado, accommodado ao fim a que se propõe; em caso contrario, é inutil o mal que vae ser praticado e, portanto, injustificável Além de adequado, esse meio deve ser proporcionado ao ataque; si exceder os limites da força contraria, originando maior mal que o indispensavel para a repulsa, como si o agredido mata quando póde perfeitamente livrar-se do aggressor subjugando-o ou simplesmente ferindo-o, esse rigor empregado não tem a isenção legal. Neste sentido é que deve ser tomado o requisito óra analysado. Fallando em meio adequado, o legislador não refere-se á arma a empregar na repulsa, mas sim ao mal que o agredido póde fazer contra o seu aggressor (3).

(1) HADS, cit. i/ns. 578, 580, 583 e 585; GAKRAUD, cit. i/n. 246; LISZT, cit. i/§ 32.

(2) GARRAUD, cit. i/n. 246; HAUS, cit. i/n. 583; LISZT, cit. r/n. 32.

(3) GARRAUD, cit. i/n. 246; HADS, cit. i/n. 45.2; ORTOLAN, i/ns. 423 e 424; PERDIGÃO MALHEIROS, *CO/HM. ao Coã. Crim. Braz.*

Ausência de provocação que ocasionasse a agressão é o ultimo requisito exigido pelo Codigo. Quem provoca e é, porisso, agredido, não póde invocar, na repulsa que faz, a legitima defeza; esta só é permís-sivel diante de uma agressão injusta, e não é injusta a agressão do provocado. Não é toda provocação, porém, que auctorisa a agressão e a justifica, mas sómente aquella que por modo menos violento não póde ser repellida (i).

Esses requisitos devem ser apreciados á luz do sábio raciocínio de ORTOLAN: tudo não póde ser mathematicamente calculado segundo as regras abstractas da legitima defeza, pois na situação crítica em que se acha aquelle que é agredido e impetuosamente se defende, não se lhe póde exigir que aprecie calmamente e com exactidão os limites que a lei assignala para a legitimidade da repulsa; os factos devem ser tomados taes como se nos apresentam commummente, de modo que muitas vezes, embora o agente não tenha todo o direito de defeza ou o tenha excedido, a sua absolvição deve ser decretada pelas circumstancias em que o mesmo se achou (2). O melhor meio de se aquilatar a posição de quem allega a legitima defeza, é, segundo GARRAUD, collocarmo-nos sob o ponto de vista da pessoa atacada: não ha regra abstracta e geral que tanto nos esclareça (3).

144. Ha dois casos em que a defeza, contra a regra geral, presume-se por determinação expressa de lei, não competindo a quem a allega, a prova dos requisitos enunciados: são os casos de repulsa aos que entrarem ou tentarem entrar á noite em casa

- (1) HAIÍ, cit. j/ns. 589 e 590; GARRAUD, cit. i/n. 245 b.
- (2) ORTOLAN, i/n. 430; HAUS, cit. i/n. 587; LISZT, cit. i/§ 32, n. 3.
- (3) GARRAUD, cit. i/n. 247.

alheia, e de resistência á ordens illegaes (i). Qualquer desses casos o código reputa de legitima defeza; si essa presumpção é falsa, o accusador fica com o direito de destruíla. E' erro suppôr-se que o artigo 35 do Codigo, em que estão estas duas especies, seja mero exemplo da these enunciada no artigo 32 § 2, pois nenhuma utilidade pratica ha em discriminar a lei hypotheses que uma disposição generica claramente contém (2).

Os requisitos da primeira dessas duas defezas são: que haja entrada ou tentativa em casa alheia ou dependências bem assignaladas da mesma; que ahi more ou esteja mesmo transitoriamente alguém; que o facto seja praticado á noite, isto é, no tempo que medeia entre a entrada e sahida do sol, occasião em que a inviolabilidade do domicilio é mais garantida pelas nossas leis; que não se trate de um caso de ordem legal (3). Concorrendo essas condições, a lei presume a legitima defeza, qualquer que tenha sido o fim da victima, ou o meio empregado para a repulsa (4).

Os requisitos da segunda são: que a ordem seja illegal e que não haja excesso na força empregada. Ordem illegal, isto é, a que emana da auctoridade incompetente e portanto sem poder para decretal-a; a que não é revestida de solemnidades essenciaes para a sua validade, segundo o artigo 176 do Codigo do Processo; a que é manifestamente contraria á lei (5), e não a que com ella se conforma, ainda mesmo que

(1) Cod. Penal, art. 35.

(2) GAKRATJD, cit. i/n. 248; HATJS, i/ns. 592 e 595; *G. Jur.*, 9/85, 21/180, 22/183.

(3) Cod. Penal, arts. 35, § 1.º, e 197; Const. Fed., art. 72, § 11; P. BUENO, n. 159.

(4) GARRAUD, cit. i/n. 248.

(5) Cod. Penal, art. 229, 2.ª parte.

seja o producto de uma falsa apreciação dos factos (i). O excesso da defeza transpõe a linha assignalada pela necessidade, que é o fundamento do direito; nada, pois o justifica. Sem taes requisitos, não póde haver isenção penal, posto que o crime possa ser atenuado (2); e quando a ordem, a que o agente resiste, é puramente legal, essa resistência deixa de ser um direito para tornar-se um crime (3).

§ 5.º—Attenuação

145. E* tambem uma especie de defeza, pedir o réu a attenuação da pena em que incorreu, pela demonstração de que o seu acto não revelou perversidade, nem causou grande alarme ou damno moral á sociedade. E nosso Codigo, taxativamente, enumerou as attenuantes que podem ser invocadas (4); faremos sobre'ellas, rápida analyse.

A) *Falta de pleno conhecimento do mal*

146. Si o réu, ao praticar o delicto, não tinha pleno conhecimento do mal, nem intenção directa de o realizar, deve necessariamente soffrer a pena de modo menos severo, sendo tal circumstancia preponderante sobre qualquer outra que, porventura, exista (5). O dolo revelou-se, em tal caso, mas de modo imperfeito, ou porque o agente deixou de considerar o facto em sua plenitude, ou porque, prevendo as consequencias damnosas de seu acto, consequencias que aliás não queria, não se demoveu entretanto de pra-

(1) GARRAOD, i/n. 244 b; TH. ALVES, *Comment. ao Cod. Crim.*, art. 14, § 5.º

(2) Cod. Penal, art. 42, § 4.º

(3) Cod. Penal, arts. 124 a 126.

(4) Cod. Penal, art. 42.

(5) Cod. Penal, art. 38, § 2º, b, art. 42, § 1.º

tical-o. Num caso ha o dolo irreflectido ou de ímpeto; no outro ha o dolo indeterminado, isto é, a intenção de lesar um direito acompanhada da previsão de lesar outro mais importante, sem vontade quanto a este (i).

B) *Desafronta*

147. Quando o réu commette o crime em desaffronta de grave injuria contra si, seu cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado, tambem pode pedir a attenuação da penalidade (2). A injuria, por si só, não dá direito á legitima defeza, porque o mal que delia provém é reparavel pela acção dos tribunaes, deixando portanto de existir essa necessidade extrema que é o fundamento da justificativa (3). Si, porém, quem soffreu por si ou por aquelle a quem está intimamente ligado, a affronta, repelle-a praticando um crime, quer a repulsa seja no acto, quer depois, a sociedade em parte desculpa-o, deixando de tratá-lo com a severidade que só aos homens perigosos é reservada.

c) *Varias outras*

148. As attenuantes dos §§ 3.^o, 4.^o, 6.^o, 7.^o e 8.^o. têm logar quando ao que se defende, está em necessidade extrema, constrangido, executando ordens superiores ou repellindo a execução de ordens illegaes, falta qualquer dos requisitos que dirimem ou justificam o delicto.

D) *Provocação e aggressão*

149. O que é provocado, isto é, o que soffre desafio e excitamento, obra em virtude de uma irrita-

(1) CARRARA, cit. § 70 e outros.

(2) Cod., art. 42, § 2.^o

(3) GARRAUD, cit. i/n. 244; HAtrs, cit. i/n. 578.

ção que lhe arrebatava a lucidez da intelligencia; a lei, porisso, pune-o brandamente (i). Entre a provocação e o crime, porém, deve haver um período de tempo, aproximado; si longo, a reflexão e a calma devem substituir esse movimento impetuoso da paixão, que é a base da attenuante (2).

O que foi ou está sendo agredido, isto é, atacado physicamente, sem ter a seu favor todos os re-* quisitos do artigo 34 do Codigo Penal, não tem direito de exercer justiça por si; si, porém, não se pode conter e puniu a seu aggressor, póde defender-se pe-l rante a sociedade, pedindo-lhe o abrandamento da punição da pena em que incorreu.

E) *Bom comportamento*

150. F. VON LISZT ensina que as attenuantes de um crime podem resultar não só do facto em si, como do proceder anterior ou posterior do agente (3). Si o infractor da lei penal é homem que tem um pasado cheio de serviços á sociedade, que teve sempre comportamento dictado pela honra ou pelo dever, não póde, sem duvida, ser equiparado a um criminoso vulgar; o delicto é uma fatalidade em que elle cahiu, não o producto dessa vontade corrompida que p5e a segurança social em perigo. O nosso Codigo assim o comprehendeu (4).

F) *Embriaguez*

151. Para algumas legislações, a embriaguez é aggravante, para outras é excusa, e para muitas é attenuante.

(1) Cod. Penal, art. 42, § 5.º

(2) GARRAUD, cit. 2/135; TH. ALVES, cit. 1/387.

(3) F. VON LISZT, trad. de J. HSGINO, 1/§ 70.

(4) Cod. Penal, art. 42, § 9.º

Perante o nosso Codigo, ou é completa ou incompleta. No primeiro caso, seja voluntária, accidental ou procurada para o crime, excluindo o elemento moral do delicto, tornando o agente um autómato, sem consciencia do bem ou mal, do justo ou injusto, está comprehendida na dirimente da perturbação completa de sentidos e de intelligencia (i), pois o nosso Codigo exige intenção concomitante com o facto criminoso (2). No segundo caso, só é attenuante quando accidental; si foi procurada para o crime, ou si o réu tinha por habito commetter crimes quando se embriagava, a lei não lhe perdoa, porque num caso ha perversidade, noutro culposa imprevidência que não deve ser acoroçada (3).

G) *Menoridade*

152. Ao menor de 21 annos e maior de 17 (4), a pena deve ser attenuada (5). Antes da maioridade, o homem é mais sujeito ao dominio das paixões, não tem a calma precisa para affrontar resignadamente as contrariedades da vida social, sua norma de conducta não attingiu essa perfeição que só a experiencia ensina: a lei toma tudo isso em consideração.

CAPITULO VIII Provas

153. Prova, segundo MITTERMAIER, é a somma dos meios productores da certeza (6).

(1) Cod. Penal, art. 27, § 4.º; N. 122 desta obra.

(2) *Rev. Jur.*, 2/374; GARRAUD, 1/Q. 219, b.

(3) Cod. Penal, art. 42, § 10.

(4) Vide N. 119 desta obra.

(5) Cod. Penal, art. 42, § 11.

(6) MITTERMAIER, *Tratado da prova*, cap. 6.º; J. MONTEIRO, *Prec. Civil*, 2/§ 122.

154. A divisão principal da prova é em plena, semi-plena, judicial e extrajudicial. Plena, quando produz certeza; semi-plena, quando, originando alguma fé, não tem força bastante para dar ao facto o character de verdadeiro; judicial, quando produzida em juizo competente, com as formalidades legais; extrajudicial, quando feita fóra do juizo, em juizo incompetente ou sem as solemnidades preestabelecidas pela lei (1).

155. Para que o facto seja susceptível de prova, deve ser concludente, possível e certo; isto é, deve ser de natureza a produzir qualquer influencia sobre a decisão da controvérsia, estar de accôrdo com as leis naturaes e positivas e não ser vago e indeterminado.

Com taes requisitos, todo facto deve ser provado. Dessa regra, não escapam o facto notório e o negativo. A notoriedade precisa ser provada em juizo para ser crida; do contrario, o juiz que a invocasse desempenharia a missão de testemunha. O facto negativo implica uma affirmação opposta, que sómente produzirá effeito quando baseada em prova (2).

O direito não precisa ser provado, pois presume-se geralmente conhecido; si, porém, é estrangeiro ou singular, falhando a presumpção referida, a prova é necessária (3).

156. Para o juiz formador da culpa, a prova deve ser considerada em um todo indivisível, sem distincção entre a que favorece e a que desfavorece o indiciado; seu dever é descobrir a verdade onde quer

(1) P. BAPTISTA, *Proc. Civil*, § 135.

(2) BONNIEK, *TV. Prova*, ns. 39 e 40; C NEVES, *Provas*, ns. 39 a 41; J. MONTEIRO, *Proc*, 2/§ 126.

(3) J. MONTEIRO, *cit. z/§§ 126 e 181*.

que ella se ache, para caracterisar, na pronuncia, o delicto imputado.

O juiz julgador, porém, já encontra as partes hirtando em campo opposto, cada qual querendo con-vencel-o da verdade de suas allegaçSes. E' nesta lucta, que tem inteira applicação o principio jurídico: quem allega, prove. Como, porém, a discussão póde prolongar-se indefinidamente, esse principio deve ser completado por este outro de BONNIER: aquelle que allega um facto novo contrario á posição adquirida por seu adversario, deve estabelecer a verdade desse facto (1). Si, porém, a parte tem a seu favor alguma presumpção estabelecida pela lei, dispensada fica de provar o facto que em tal presumpção se basêa, até que esta seja destruída (2).

157. A prova da accusação deve ser completa, plena e judicialmente produzida, para originar, no animo do juiz, a convicção; do contrario, o réu deve ser absolvido, porque a seu favor sempre está a presumpção da innocencia (3). Quando dizemos *completa*, queremos indicar que o accusador tem o dever de provar a infracção arguida e mais que essa infracção é imputável ao réu, physica e moralmente; isto é, o delicto deve ser provado em todos os seus elementos constitutivos, moraes e materiaes, para ser apresentado como um ser jurídico capaz de punição (4). Na constatação do elemento moral, o accusador guiar-se-á pelas regras da lógica, induzindo a intenção delictuosa das provas accumuladas no processo (5).

(1) BONNIER, cit. n. 35.

(2) Vide P. BAPT., cit. § 136.

(3) Vide P. BAPT., cit. § 136; RIBAS, *Contol. Leis Proc. Civ.*, coram. *a.0* art. 449, § 1.*

(4) CASSARA, *Progr.*, cit. §§ 4.*, 8.", 21, 35 e outras.

(5) MITTERMATER, cit. caps. 18 e 19; J. MONTEIRO, cit. a/§ 123.

A prova da defeza, quando indirecta, tendendo a dilatar ou perimir o processo, deve ser cabal para conseguir o réu seus intuitos. Quando, porém, é da defeza directa que se trata, isto é, do merito do processo, basta que seja a prova semi-plena, incompleta, para justificar a absolvição do réu; e isso porque a duvida que essa prova póde originar é sufficiente para que o juiz deixe de applicar o rigor penal. Preciso é, porém, que haja essa prova semi-plena para tal resultado; pois, si, por mal adduzida, defeituosa, sem condições de credibilidade, nem semi-plena puder ser, o juiz deve repellil-a, embora seja prova de defeza (i).

158. O systema probatório que a lei estabeleceu para o jury é, principalmente, o da convicção livre e natural do jurado. Não é este obrigado, como o juiz singular, a decidir pelas provas do processo contra os impulsos da consciencia (2). A multiplicidade infinita dos factos, a necessidade social de uma decisão que seja a traductora da verdade e da justiça, impelliram o legislador a conceder a esse tribunal uma esphera de acção amplíssima para as decisões que tenha de proferir. O jurado não deve embaraçar-se com a verdade convencional que certos preceitos probatórios impõem: uma só testemunha, simples presumpções, por exemplo, podem servir de base a uma decisão justa. A verdade que elle procura é a real e não a fictícia. Os princípios que a sciencia e a lei estabelecem sobre prova são-lhe facultativos e não obrigatórios, não dictam por si sós o julgamento, mas apenas servem de guias, posto que importantes por serem fundados na razão e experiencia dos tempos, para a descoberta da verdade. O jurado sensato, prudente e justo tomará

(i) MITTERMAIER, cit. cap. 20.

(2) Ord., 3/66 pr.; Cod. Proa, art. 253.

esses guias para evitar os escolhos, desvios e difficuldades que os factos lhe possam apresentar; mas, si o caminho da verdade fôr outro, póde desprezal-os deixando a sua consciencia agir livremente em busca do ideal que deve ter— a justiça.

A liberdade, porém, não deve degenerar em abuso; si o jurado não é obrigado a decidir pela convicção legal, o é a proferir decisão que seja o producto de um juizo sensato, fundamentado e grave. Ninguém é livre para negar o que é evidente, para satisfazer suas paixões ou favorecer outrem em detrimento dos interesses que a sociedade defende. «Tão prevaricador é o magistrado que se deixa peitar para proferir sentença injusta, quanto o jurado que se corrompe, mesmo só perante a propria consciencia, para se pronunciar contra a evidencia, isto é, contra Deus que nos impSe o culto á verdade, e contra a Lei que nos adstringe ao respeito do direito alheio ou a fazer justiça» (i).

Assim entendida a liberdade de acção do jury, nenhum perigo resulta do systema probatório da convicção intima. O legislador, para evitar que essa liberdade se transformasse em perigoso abuso, creou medidas efficazes, preventivas e seguras. A exigência de certos requisitos de criterio e honorabilidade para o alistamento do jurado; o sorteio feito de ocasião, de modo que as partes ignorem quem vae proferir o julgamento; o direito de recusa e escolha; a responsabilidade moral e mesmo legal que acompanha o jurado transviado de seus deveres; a qualidade de simples cidadão, que obriga o jurado a conciliar os interesses da ordem publica com as sympathias devidas, ao accusado; o grande numero de julgadores que formam o tribunal e que entre si discutem, corrigindo

(i) J. MONTEIRO, cit. 2/8 124, nota 7.*

uns os erros dos outros: tudo isso constitue poderosa garantia para assegurar a justiça das decisões (i).

159. Os meios de prova admittidos em processo criminal são: as presumpções, documentos, testemunhas, confissões, arbitramentos e vistorias.

SECÇÃO I

PRESUMÇÕES

160. Presumpções (mais communmente chama das indícios) são as conjecturas que a lei ou juiz tira de um facto certo, para um facto incerto que se pretende provar (2).

I E' essa, uma prova indirecta, mediata, toda devida á força da lógica e raciocínio, em que se procura) demonstrar a relação de causalidade entre o facto conhecido e o desconhecido.

161. A lei, por interesse de ordem publica, creou e definiu algumas presumpções, que porisso chamam-se legaes; outras são o producto do raciocinio e experiencia do juiz, e por isso chamam-se judiciaes.

162. As presumpções definidas pela lei são de duas especies: absolutas e relativas. As primeiras são tidas como verdades, sem contestação possível; as segundas são subsistentes, emquanto o contrario não fôr provado. São exemplos das absolutas: a justiça da sentença que passou em julgado; o esquecimento da infracção ou da condemnação penal, base da pres-

(1) P. BAPT., cit. § 137, nota; MITTERMAIER, cap. 13; P. BUENO, cit. n. 76.

(2) P. BAPT., cit. § 139; J. MONTEIRO, cit. a/§ 174.

cripção que se operou; a incapacidade do menor de 9 annos; a violência nos delictos contra a honra da menor de 16 annos (i). São exemplos das relativas: a presumpção de incapacidade no maior de 9 e menor de 14 annos, e do surdo-mudo de nascimento que não recebeu educação ou instrucção; a presumpção de legitima defeza nos casos do artigo 35 do Codigo Penal; a do conhecimento da lei penal; a que julga o homem innocente, agindo sem dóTo ou má fé (2).

163. As presumpções judíciaes são perigosíssimas, porque é seu unico arbitro o criterio do juiz, variável de individuo a individuo.

Partindo de um facto conhecido, é necessario que a prova desse facto seja plena, incontestável, evidente, para servir de base ao raciocinio que se vae operar; e, preenchida essa condição, nem sempre a força do raciocinio será igual, pois a relação de causalidade entre o facto provado e o probando poderá ser, óra bem estreita, óra frouxa, óra tão fraca que nenhuma ligação produza.

Dessa differença de intensidade entre o ponto de partida e o de chegada do raciocinio, provém a divisão dos indícios em violentos, graves e leves.

Violentos, si o nexo estabelecido fôr necessario, como lo que existe entre o parto e a copula anterior, o adultério e o encontro dos culpados *solus cum sola*, *nudus cum nuda*, *in eodem ledo*. *Graves*, si o nexo ifôr tão intimo, que leve o raciocinio a concluir mais o facto probando que qualquer outro, como as manchas de sangue no individuo preso nas proximidades

(1) GARRAUD, z/n. 56; Cod. Penal, arts. 27, § 1.º e 272; Vide ns. 106 e 107 desta obra.

(2) Cod. Penal, arts. 27, §§ 2.º e 7.º, 35 e §§; B. FLORENTINO, cit. *Licção* «.», n. 23; P. BUENO, n. 247; RIBAS, cit. art. 449, e notas.

do delicto, o encontro de objecto do réu no lugar do crime onde elle estivera, a aquisição dos instrumentos com que o crime fóra perpetrado. *Leves*, sil tão frouxo é o nexu, que dê logar á conclusões facilmente illusorias ou incertas, originando ao mesmo/ tempo illaçses contrarias, como as declarações que) immediatamente ao crime fez o ofendido, a confissão! extra-judicial feita livremente, a fuga após o delicto, a inimizade capital, os maus precedentes do indiciado em relação á victima, a fama publica provinda de pessoas certas (não os boatos e rumores vagos), etc."(i).

Taes indicios podem ser anteriores ao delicto (como as ameaças e os actos preparatórios), concomitantes (a arma do réu encontrada ao pé da victima), posteriores (fuga, tentativa de occultar os vestígios do delicto); mas não é mister que existam em todas essas varias phases para que o delicto possa ser tido como provado (2).

164. Os indicios judiciaes só produzem prova quando necessarios ou graves, e ainda assim é essencial que sejam precisos e concordantes entre si (3). Em relação ao juiz togado, essa prova serve para a prisão preventiva e pronuncia, mas não para a condemnacão (4); em relação ao jury, a prova indiciaria pode servir de base á decisão final, conforme o gráu de convicção que produzir, pois esse tribunal, como já vimos, toma as regras processuaes como guias

(1) BONNIER, cit. ns. 722, 723 e 726; RAMALHO, *Proc. Crim.*, § 252. P. BAPT., § 157; J. MENDES, cit. 2/n. 305.

(2) BONNIER, cit. n. 727.

(3) ROGRON, comment. ao art. 1353 do Cod. Civ.; P. BAPT., § 141; BONNIER, cit. ns. 729 a 731.

(4) Lei 2033 de 1871, art. 13, § 2º; Decr. 4824 de 1871, art. 29; Cod. Proc., art. 144; Decr. 1842, 285; Cod. Penal, art. 67; J. MENDES, cit. i/ns. 201 e segs.

para a descoberta da verdade e não como regras obrigatórias de suas decisões (i).

SECÇÃO II

DOCUMENTOS

165. Documento ou instrumento é qualquer escripto que as partes oferecem em juízo para a prova do que allegam (2).

166. Quando é elaborado por official publico competente e com as formalidades legais, chama-se documento publico; quando nelle não ha intervenção de official publico, ou, havendo, é essa intervenção indébita ou isenta de solemnidades, chama-se documento particular. São documentos publicos: as escripturas feitas pelos tabelliães, os actos judiciaes, as certidões extrahidas dos autos ou dos livros de fé publica (de baptismo, casamento e óbito, das actas das sessões dos corpos legislativos e administrativos), os instrumentos guardados nos archivos publicos, os actos authenticos de paizes estrangeiros reconhecidos pelos cônsules brasileiros e sellados com as armas da Republica, etc. (3).

São documentos particulares: os feitos e assignados, só feitos, ou só assignados pelo particular ou outrem a seu mando, sem intervenção do official publico (4).

(1) BONNIER, cit. n. 722; TH. ALVES, cit. comment. ao art. 36 do Cod. Crim. de 1830; P. PESSOA, comment. ao mesmo art.; RAMALHO, § 231; N. 158 desta obra.

(2) P. BAPT., cit. § 142.

(3) C. CARVALHO, *Consol.*, cit. art. 253.

(4) F. BAPT., cit. §§ 145 e 146; J. MONTEIRO, cit. 2/§ 137.

167. Valem por si os documentos publicos; a lei ligalhes a presumpção de sinceridade, não só por causa do funcionario que os lavrou, como das so-lemnidades que os revestem e cuja imitação muito difficil seria (i).

Os particulares, porém, só inspiram confiança si fôrem authenticados pelo reconhecimento de quem os escreveu, ou, em falta, pelo depoimento de testemunhas ou exame official (2).

No crime, só pode haver reconhecimento expresso e não o tacitamente deduzido da revelia do citado (3): é inadmissível que alguém seja julgado e condemnado pela verdade artificial, deduzida de uma ficção (4). Esse reconhecimento deve ser completo: si fôr sómente da assignatura do documento e não de seu contexto, ficará este sem authenticidade, porque a assignatura reconhecida pode ter sido dada por confiança, ignorância ou extorsão (5). Si a authenticidade fôr estabelecida pelo depoimento de testemunhas, é preciso que estas tenham visto o documento ser escripto e assignado, sendo insufficientes os depoimentos de outras, ainda mesmo quando conheçam a assignatura e letra do auctor do escripto (6). O exame judicial deve ser feito por tabelliães, que confrontem o escripto probando com escriptos authenticos do mesmo auctor, preferindo os mais recentes aos mais antigos; esse meio, porém, é muito falho, originando apenas leve indicio, porque a arte de verificação das letras não funda-se em regras seguras, e a habilidade da imitação em alguns indivíduos é extrema (7).

(1) BONNIER, cit. ns. 384 e 385.

(a) P. BAPT., cit. § 145.

(3) P. BAPT., cit. § 145.

(4) MITTERMAIER, cit. cap. 52, pag. 472.

(5) MITTERMAIER, cit. cap. 52, pag. 473.

(6) MITTERMAIER, cit. cap. 52, pag. 473; P. BAPT., cit. § 145.

(7) MITTERMAIER, cit. cap. 52, pag. 474; P. BAPT., § 145 e nota 2.*} RAMALHO, § 252.

168. O documento deve ser original, completo, sem vícios, claro, coerente e escripto em língua por-tugueza.

Original é tanto o instrumento que primeiro foi escripto sobre o negocio, como o que delle é fielmente copiado por official publico e devidamente concertado (traslado autentico). Sendo copia, por si, não faz prova, salvo si fôr extrahida em forma legal ou authen-tica (i), porque então, equivale ao original. Em certos casos—quando o crime consta do documento elaborado—só este pode constituir a prova (2).

Completo é o que está inteiro, não lhe faltando 1 fragmento algum de importancia, bem como o que referindo-se a outro, este o acompanha, é nelle incorporado ou attestado pelo tabellião que a ambos fez (3).

Sem vícios é o documento que não está cancel-lado, riscado, raspado, borrado em logar substancial ou suspeito, emendado ou entrelinhado; si o estiver, não merecerá fé, salvo si houver resalva ou si o vicio fôr feito de propósito por quem delle colhia proveito (4).

Claro é o documento que, em seu contexto, nenhuma confusão ou obscuridade contem; si, porém, a obscuridade fôr proposital para evitar a descoberta do facto, como nos documentos cryptographícos, o documento é perfeitamente admissível, posto que sujeito a ser interpretado por quem o fez ou por testemunhas e peritos que esclareçam a intenção occulta (5).

(i) *Dea.* 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 153 e 154; P. BAPT., cit. § 147; J. MONTEIRO, 2/§ 138.

(2) MITTERMAIER, cap. 51, pag. 468.

(3) MITTERMAIER, cit. cap. 51, pag. 468; P. BAPT., cit. § 144.

(4) MITTERMAIER, cit. cap. 51, pag. 468; P. BAPT., § 148; Decr. 737 de 1850, cit., arts. 145 e 146.

(5) MITTERMAIER, cit. cap. 53, pag. 479.

Não contradictorio é tanto o instrumento que contem disposições entre si perfeitamente conciliáveis, como o que está de pleno accôrdo com outros instrumentos offerecidos pela mesma parte; st a collisão entre varios instrumentos, porém, se dêr nos offerecidos pelas partes adversas, não ha destruição do valor probatório de todos, mas só prevalecerá o que foi feito por tabellião de mais fé e tem testemunhas de mais credito (1).

Si o documento é elaborado em lingua estrangeira, deve preliminarmente ser traduzido, com as solemnidades legaes, por interprete official ou, em falta, nomeado pelo juiz a aprazimento das partes (2).

169. A prova documental pode ser invocada para attestar o crime e a auctoria.

No primeiro caso, o crime pode constar do proprio documento, como no caso de falsidade, no de injurias ou calumnias escriptas; ou pode o documento ser apresentado apenas para comproval-o, como na exhi-bição do auto de corpo de delicto, na certidão de um termo de audiencia relatando desacatos, desobediencias ou injurias á auctoridade. Si o documento por si só merece fé publica, o crime está provado sem outro adminiculo; em caso contrario é necessária a adjuncção da prova testemunhal, ou de outra que torne evidente o facto demonstrando (3).

No segundo caso, revelação da auctoria, si o documento contém confissão, preciso é que esta se torne judicial, pois do contrario só vale como indicio

(1) P. BAPT., cit. § 148.

(2) MITTERMATER, cit. cap. 53, pag. 479; J. MONTEIRO, cit. l/§ 139 e nota 11 ; Decr. 737 de 1850 cit., arts. 147 e 148.

(3) MITTERMAIER, cit. cap. 53, pag. 479; BoWNIER, cit. ns. 667, 668 e 669.

leve; si revela o testemunho de alguém, nenhum valor tem si não é confirmado judicialmente; si, não revelando o facto principal, menciona factos que a elle se prendem, deve o juiz, provados estes, pôr em jogo os princípios reguladores da presumpção judicial (i).

170. A Constituição da Republica, garantindo o sigillo da correspondência, determinou os preceitos! dos artigos 189 a 195 do Código Penal, que consagram os princípios da inviolabilidade, em proposições claras, precisas e completas (2).

Toda vez que em juizo, fôrem exhibidas cartas de character reservado ou qualquer especie de correspondência obtida por meios illicitos, deve o juiz re-pellil-as, pois nem mesmo a auctoridade publica tem direito de se utilizar da correspondência particular para qualquer fim, seja embora o da descoberta de um crime ou da prova deste (3).

A correspondência só poderá ser aceita como prova, si a pessoa que a endereçou o permittir, ou si fôr necessária á defesa de direitos do remetente ou do destinatário (4).

No angustioso período que a França atravessou em 1789, quando todas as violências eram praticadas contra a liberdade e a vida humana, o sigillo da correspondência foi de tal modo respeitado, que nem a suspeita grave de uma communição contra-revolu-cionaria, determinou a sua violação (5).

(1) RAMALHO, cit § 252; MITTERMAIER, cit cap. 53, pags. 481 e 482, e cap. 49, pag. 458; BONNIER, cit. ns. 669 e 672.

(2) Const. Federal, art. 72, § 18.

(3) Cod. Pen., art. 194; Acc. de S. Paulo de 23 de Dez. de 1901.

(FirassunuDga).

(4) Cod. Penal, art. 191.

(5) J. MENDES JUNIOR, cit. 2/n. 262.

SECÇÃO III

TESTEMUNHAS

171. Testemunha é a pessoa que em juízo vem depor sobre qualquer ponto da causa, principal ou accessorio, que dependa de esclarecimentos.

172. A função que exerce a testemunha é um dever cívico, de interesse publico, ao qual ninguem se pode eximir, allegando privilegios, compromissos ou considerações de ordem privada. A auctoridade publica tem, na lei, meios de tornar effectivo esse dever, pela conducção forçada do recalcitrante, pela prisão disciplinar até 15 dias ou pelo processo por desobediencia (1). Em respeito á autonomia dos Estados, a lei abriu uma excepção para esses meios coercitivos: a testemunha residente em Estado diverso é avisada, mas não citada, tem obrigação moral e não jurídica de concorrer para o julgamento (2).

173. Ha pessoas que não podem depor; outras que tem sempre o seu depoimento inquinado de suspeito.

Não podem depor:

a) por incapazes, os loucos de todo género (salvo nos lúcidos intervallos—estado muitas vezes illusorio e de difficil prova), os cegos e surdos (ácerca do que está sujeito aos sentidos de que estão privados) (3);

(1) P. BAPT., cit. § 153; MITTERMAIER, cit. cap. 41; Cod. Proa, arts. 85, 95 e 135; Lei 1841, art. 53; Reg. 1842, art. 180; Decr. Est. 123 de 1892, art. 124; GARRAUD, *Dir. Pen. Fr.*, i/ns. 1, 81 e 251.

(2) Lei Federal n. 39 de 30 de Janeiro de 1892, art. 1.º, n. 5; *G. Jur.*, 20/19, 22/283.

(3) Ord., 3/56; P. BAPT., § 150; MITTERMAIER, cap. 42.

b) por incompatíveis, os que desempenham na causa qualquer função inconciliável com a de testemunha, como o juiz delia, os peritos, os accusadores, os co-réus e co-auctores, os jurados, etc. (i);

c) por motivos de ordem moral sancionados pela lei, os que em virtude das profissões que exercem, tornam-se conhecedores dos factos privados, cuja prova se pretende, como os ecclesiasticos sobre o objecto da confissão, os médicos, advogados, notários, pharmaceuticos, parteiros sobre as confidencias que, nessas qualidades, receberam (2).

Das que depõem, mas são suspeitas, umas podem e outras não podem jurar. Não juram o ascendente, descendente, cônjuge, parente até o 2º gráu e o menor de 14 annos (3). Os seus depoimentos ficam sujeitos á apreciação criteriosa do juiz; e, si muitas vezes nenhuma prova fazem, outras constituem elementos de grande força, si são uniformes com as circumstancias do facto ou outras provas já colhidas (4). Juram os condemnados por crimes infamantes, as meretrizes, os jogadores, vadios, pessoas immoraes, inimigos capitães, amigos Íntimos, os que tiverem relações de dependência ou domesticidade, os pupillos, filhos adoptivos, tutores, curadores, os que se corromperam para depor, os demais interessados na decisão da causa (5); a suspeita que inquina taes depoimentos póde ser destruída quando as circumstancias occorridas e outros elementos dignos de fé demonstrarem que exprimem elles a verdade (6).

(1) J. MONTEIRO, 2/§ 166; ORTOLAN, cit. 2/2300.

(2) Cod. Penal, art. 192; F. BAPT., cit. nota ao § 153; T. FREIRE a PEREIRA E SOUZA, *Pr. Lin.*, nota 502, etc.

(3) Cod. Proa, art. 89.

(4) MITTERMAIER. cap. 43, pag. 402.

(5) P. BAPT., cit. § 151; MITTERMAIER, cit. cap. 43, pag. 392.

(6) MITTERMAIER, cit. cap. 43, pag. 402; cap. 47, pag. 445.

Cabe aqui notar que a contagem dos gráus de parentesco para o effeito supra-referido, deve regular-se pelos preceitos do *Direito Romano*; de modo que, sómente ficam inhibidos de depôr com juramento, além do ascendente e descendente, o irmão e o cunhado de qualquer das partes. Razão não ha para ampliar-se uma prohibição que traria, muitas vezes, difficuldades invencíveis para a formação dos processos criminaes. Os laços de solidariedade na família, além dos originados pelo parentesco mencionado, não são tão íntimos que levem alguém a obscurecer a verdade de seus dictos, prejudicando o interesse social; e tanto assim é que o legislador permittiu que o juiz sentenciasse as causas dos parentes além do 2.^o gráu (1), e, no eivei, sempre se doutrinou que fôssem elles arrolados como testemunhas válidas. O *Direito Romano* é que deve ser invocado como nosso subsidiário, não o *Canónico* que é um mero elucidador histórico (2).

174. O momento apropriado para a apresentação do rói das testemunhas que tem de depôr no plenário é, para a aceusação, quando o libello é offe-recido, e para a defeza, quando a contrariedade é apresentada.

Como, porém, após essas opportunidades, póde sobrevir o conhecimento de testemunhas que até então eram ignoradas, e como nem sempre o réu apresenta contrariedade ao libello acusatorio, a lei permittiu que as partes até o plenário possam requerer a admissão dessa especie de prova. Necessário é, porém, que, para evitar surpresas, a apresentação seja feita até 24 horas antes da inquirição; de modo que, si os traba-

(1) Decr. Est. 123 de 10 de Nov. de 1892. art. 96. (4) C CARVALHO, *Coruol.*, cit. arts. 5.º e 123, § 6.º; Cod. Proc. » arts. 8.º e 324.

lhos de um só processo fôrem tão longos que excedam de 24 horas, admittir-se-á o rói mesmo depois delles iniciados, comtando que o periodo referido seja respeitado (1).

No acto do julgamento mesmo, por excepção, a lei permite a apresentação da prova testemunhal para esclarecer sómente algum ponto que se tornou controvertido, ou para provar contra algumas testemunhas qualidades que as constituam indignas de fé (2). Es-critor de grande merecimento aconselha que, em favor da defeza, pôde o juiz admittir testemunhas ácerca do merito da causa, apresentadas no plenário, ao menos como informantes, desde que o réu jure que só então soube da existencia delias (3); mas, tal opinião, por muito que mereça, deve ser repellida, já porque pres-tar-se-ia a abusos constantes, já porque testemunhas informantes só podem ser as especificadas na lei processual (4), já porque a sociedade ficaria sem meios de verificar o valor moral dos depoentes, assim de momento apresentados. Si de importancia fôrem essas testemunhas, melhor será que o julgamento seja adiado (5).

175. A prova testemunhal deve ser feita no plenário para que as partes possam esmerilhar bem os factos probandos e o jury convencer-se da sinceridade dos depoimentos; porisso é que as testemunhas, mesmo que tenham sido já inquiridas no summario de culpa, devem comparecer no acto do julgamento para de novo prestarem seus depoimentos.

(1) P. BUENO, DL. 195 e 199; P. PESSOA, notas 1377, 2863, 2892; RAMALHO, *Proc. Crim.*, § 189; Av. de 2 de Abril de 1836; Cod. Instr. Francez, art. 315; BOITARD, cit. 701; J. MENDES JUNIOR, 3/n. 361; *S. P. Judiciario*, 1/315, 2/58.

(2) Cod. Proc, art. 265; Decr. 1842, art. 358.

(3) P. BUENO, ns. 199 e 247.

(4) Cod. Proc, art. 89.

(c) T. MENDES, cit. i/n. 361; *S. P. Juá*, 2/223.

I Entretanto, perfeitamente admissíveis são: os depoimentos tomados *ad perpetuam rei memoriam*, isto é, em caso de ausência, avançada idade ou grave molestia, mesmo antes do processo (1); os prestados em diverso juízo com sciencia dos interessados, quando os depoentes não podem comparecer no juízo deprecante (2); as justificações feitas perante as partes litigantes (3); as atestações escriptas e juradas do medico, sacerdote, ou auctoridades publicas (4).

176. A inquirição deve obedecer a certos preceitos referentes ao presidente do tribunal, ás partes e aos depoentes.

O presidente deferirá compromisso á testemunha, aconselhando-a a dizer a verdade, sem prevenção, animosidade ou interesse; determinará que a inquirição seja de tal modo feita que uma testemunha não ouça o depoimento de outra, afim de não deixar-se influenciar pela prova já produzida, e que os depoentes estejam isolados das partes, para destas não receberem suggestões que prejudiquem a verdade dos depoimentos; nomeará interprete tanto de sua confiança, como da confiança das partes, applicando a essa nomeação as regras já referidas em relação aos interpretes dos réus (5); regulará os actos de modo a evitar que a testemunha transponha a linha que delimita as suas funcções, que as partes se excedam e que haja desacatos, injurias ou inconveniencias que possam ferir susceptibilidades, produzir escândalos ou desmerecer de qualquer modo o valor das solemnidades judiciaes.

- [(1) Cod. Proc-i art. 91; P. BAPT., § 154; J. MONTEIRO, 2/§ 170.
(2) Cod. Proc, art. 90.
(3) RIBAS, *Consol.*, art. 328; RAMALHO, *Praxe*, § 159.
(4) P. SOUZA, comment. de T. FREITAS, *Pr. Lin.*, nota 501; LOBÃO, *Seg. Lin.*, comment. a nota 476 de P. E SOUZA.
(5) N. 77 desta obra.

As partes inquirirão as testemunhas na ordem que tiver sido designada, e quando entenderem que o depoimento de uma é inconciliável com o de outra, podem requerer acareação delias para ser elucidado o ponto obscuro (i); limitarão as suas perguntas ao facto para cuja prova as testemunhas fóram arroladas, não as extendendo a factos extranhos que não fóram articulados ou, si o fóram, sobre cuja veracidade não se procurou o apoio da prova testemunhal; as perguntas que fizerem não devem ser por demais genericas, porque a testemunha pode não apprehendel-as em toda sua extensão, dando respostas vagas que nada esclareçam, nem muito suggestivas, porque estas poderiam determinar depoimentos á feição da parte inquiridora, sem nenhum vislumbre da verdade, mormente quando elaboradas de modo ao depoente res-pondel-as por uma simples palavra affirmativa ou negativa; não devem se empenhar em discussão com as testemunhas, injurial-as, confundil-as por meios astuciosos, ameaçal-as, nem tão pouco exigir delias opiniões ou pareceres que só competeriam a peritos e não a depoentes; podem contestar os depoimentos prestados, mostrando a inverosimilhança, contradicção ou falsidade dos dictos e exhibindo factos que tornem taes depoimentos indignos de fé (2).

As testemunhas portar-se-ão com todo respeito e dignidade, conservando-se em seu papel de respondentes sem o direito de fazer perguntas ou interpel-laçSes, quer ás partes inquiridoras, quer â outras testemunhas, quando acareadas (3); limitar-se-ão ao ponto para cuja prova fóram chamadas e não deporão ácerca de factos extranhos, mesmo quando perguntadas; re-

(i) Cod. Proa, arte. 86, 88 e 96; AT. 25 de Nov. de 1834; Cod. Instr. Francez, art. 325.

(2) P. B&PT., cit. § 15b; J. MONTEIRO, cit. § 171; Cod. Proa, art. 142.

(3) Cod. Instr. Francez, cit. 3²⁵-

ferirão sómente o que viram e ouviram, não devendo dar pareceres, entrar em considerações ácerca das occorrencias havidas e relatar officiosamente mais do que se lhes perguntou; não poderão omittir declarações que devem fazer, a pretexto de que já as fizeram no summario de culpa ou outra opportunidade; não discutirão seus dictos, ainda que provocadas, mas procurarão fundamental-os dizendo porque e como .sabem do factó, de quem, em que tempo e logar e com que assistencia ouviram as occorrencias que se constituíram o objecto de seus depoimentos, indivi-duando-os, em fim (i).

177. O valor da prova testemunhal deduz-se da qualidade pessoal da testemunha, seu numero, modo de depor, e do merito intrínseco do depoimento.

Influe na apreciação da prova testemunhal a qualidade do depoente, porque é racional que o depoimento prestado por um individuo que tem seus órgãos de observação muito exercitados, é perspicaz, intelli-gente e illustrado, tem honra e moralidade reconhecida, sempre rendeu culto á verdade, é dotado de bom senso e escrupuloso, muito mais valor terá que o depoimento daquelle que taes qualidades não possue (2).

O numero de depoimentos tem importancia na força probatória. Duas testemunhas que depõem concordes em todos os detalhes essenciaes, produzem maior convicção que uma só, ainda que perfeita; e assim a convicção do juiz vae se robustecendo á medida que o numero de depoimentos concordes e extremes de vicios vae augmentando, embora algumas differenças de detalhes appareçam (3). As singulares, entretanto,

(1) F. BAPT., cit. §§ 155 e 159, nota i."

(2) P. BAPT., cit. § 159, nota 2.*; MITTERMAIER, cit. cap. 44, pag. 416.

(3) MITTEKMAIER, cit. cap. 45, pag. 432.

podem valer muito quando outras provas completem o seu depoimento, ou quando referirem-se a um facto successivo, cujo desdobramento tem sua prova em outras testemunhas singulares (i).

A verificação do modo porque a testemunha depõe é de real importancia; e por isso é que, mesmo que tenha já o seu depoimento escripto no processo, a testemunha deve comparecer no plenário e de novo relatar o que sabe. Aquelle que tiver deposto sob constrangimento ou ameaça, tiver revelado paixão ou interesse, fôr victima das suggestões dos interessados, procurar illudir com vagas respostas as perguntas que lhe fóram positivamente feitas, hesitar, vacillar ou tornar patente, pelo seu aspecto physico, que não diz a verdade, não pode merecer nenhuma fé ou ao menos a fé que merece a testemunha que depõe com .liberdade, calma, visível desinteresse, firmeza, precisão.

O merito intrínseco do depoimento é de valor capital. Si os factos narrados fôrem inverosímeis, vagos, não individuados, contradictorios, confusos, o depoimento nenhum valor pode merecer. Si a testemunha depõe por ter visto, grande valor podem ter os seus dictos; si depõe por ter ouvido, só tem merito a sua narração quando confirmada pelo depoimento daquelle a quem ouviu; si a fonte de sua informação fôr a simples opinião publica, em regra, força alguma probatória produz.

SECÇÃO IV

CONFISSÃO

178. Confissão é o acto pelo qual alguém, espontaneamente ou por provocação de outrem, declara

(i) P. BAPT., cit. § 159, nota 3.*; BONNIER, cit. ns. 28X e 282; MITTERMAIER, cit. cap. 46, pag. 437.

ou reconhece ter realizado um facto capaz de, contra si, produzir consequencias juridicas.

179. Divide-se em expressa ou tacita, judicial ou extra-judicial, simples, qualificada ou complexa.

Expressa, quando feita, com animo deliberado, quer por palavras ou por escriptos; tacita, quando a lei, por uma ficção, a induz de algum facto. Judicial, quando feita em juizo competente com as formalidades leaes; extra-judicial, quando feita fóra do juizo, em juizo incompetente ou sem as solemnidades leaes. Simples ou pura, quando o facto é declarado ou reconhecido sem modificações ou addições; qualificada, quando o reconhecimento do facto tem logar sob certas modificações que lhe alteram a essência ou a natureza jurídica; complexa, quando o facto é reconhecido sem modificações, mas com o accrescimo de um novo facto, cujo resultado será crear uma excepção em proveito do confitente (i).

180. Para produzir prova, no crime, a confissão além de ser feita por pessoa capaz, ser livre, clara, certa, coherente e verosímil, além de ser feita em juizo competente, deve ser expressa, pessoal e coincidir com as circunstancias do facto (2).

A expressa deve constar, quando espontânea, de um termo nos autos e quando provocada pelo juiz, do auto de interrogatorio, lavrados incontinenti e devidamente subscriptos (3); si expressa em juizo diverso do processante, onde o réu póde ser estimulado por interesses extranhos á sua incriminação, ou perante

(1) AUBRV ET RAU, *Dir. Civ. Fr.*, § 751; NEVES E CASTRO, cit. n. 101.

(2) P. BAPT., cit. § 160; N. CASTRO, cit. ns. 76 e segs.; J. MONTEIRO, cit. §§ 144 e 145; Cod. Proa Crira., art. 94; *Rev. Jur.*, 17/173.

(3) MITTERMAIER, cit. cap. 35; Cod. Proa, arts. 98 e 259.

a auctoridade policial, onde as garantias de espontaneidade são meramente illusorias, nenhum valor probatório produz. Confissão tacita é inadmissível no crime, bem como a extrajudicial, podendo, quando muito, gerar qualquer delias, leves, remotos indícios (i).

A confissão deve ser pessoal, sendo inadmissível a representação do réu, nesse acto, por procurador, mesmo exhibindo poderes especiaes, pois, a lei quer que o proprio réu seja ouvido, para ser bem verificada a sinceridade de seus dictos e espontaneidade de suas declarações.

Deve a confissão coincidir com as circumstancias do facto. No eivei, pode a confissão ser a unica prova do processo; basta ella para determinar a decisão do pleito. No crime, a verdade precisa de mais solidas garantias; e a confissão, sem o concurso de outras provas, sem outras fontes de informação que a ponham em relevo, poderia não ser a expressão dessa verdade real que o legislador empenha-se em descobrir (2).

181. No eivei, geralmente é reconhecida a indivisibilidade da confissão, quando outra prova não existir (3); si a parte adversa nella basea os seus direitos, seja porque outra prova não encontre ou porque com ella se contente, ha de acceital-a em sua integridade, sem que lhe seja licito scindil-a para acceitar sómente os termos que julgue de accordo com a sua pretensão (4).

I No crime, porém, a confissão para ter valor necessita do concurso de outros elementos probatórios;

H (1) MITTERMAJER, cit. cap. 35, pags. 307 e 310; N. 163 desta obra. *JRev. Jür.*, 18/253; s. p. ^{ud} < '286.

(2) MITTERMAJER, cit. caps. 32 e 34 j P. PESSOA, cit. n. 824; *Rev. Jur.*, 17/173; Cod. Processo, art. 94.

(3) Decr. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 156; P. BAPT., § 161; J. MONTEIRO, 2/§ 151.

(4) BONNISR, cit. o. 293.

a nua confissão, diz MITTERMAIER, sem outras fontes de informação, não basta para convencer o juiz (i)". De modo que não devendo dar-se no crime a condição da unidade da prova para indivisibilidade da confissão, deixa este princípio processual de ser-lhe applicavel. Assim, confessando o réu o delicto, mas allegando que o praticara por ordem de superior hierarchico, licito é separar-se o facto que o favorece do que corrobora a accusação, porque, sem o concurso de outras provas, não podia ter sido a pronuncia decidida pelo juiz summariante.

Ha, entretanto, casos em que a confissão não é divisivel, só podendo ser aceita tal qual foi feita. Si o réu produz uma confissão qualificada (não complexa) quer essa confissão omitta elementos essenciaes á criminalidade do tacto, quer occulte detalhes que modifiquem o delicto de uma figura para outra, não pode ser dividida arbitrariamente; porque essa scisão importaria em reconhecer-se como confessado ou um delicto que na realidade foi pelo réu negado, ou um delicto diverso daquelle que o réu declarou existir. Si o réu, por exemplo, declara que feriu a victima mas sem intenção conjuncta de a injuriar (art. 305 do Cod. Penal); deflorou a maior de 16 annos, porque ella se lhe offereceu (art. 267 do mesmo Codigo), sómente confessou, no primeiro caso, o facto simples do ferimento, sómente reconheceu, no segundo, um facto não incriminado pelas nossas leis. Ou o juiz ha de receber essa confissão como foi feita, ou rejital-a de todo para em outras provas se basear; do contrario, elle não faria obra de divisão mas sim de addicção, para recompor o delicto, o que sómente compete, não ao que julga, mas ao que pela sociedade é incumbido

(1) MITTERMAIER, cit. cap. 32.

de «Simular provas para a constatação do delicto em todos os seus elementos componentes.

Em synthese: a confissão é divisível quando relata factos aggregados ao principal que deste podem ser destacados sem prejuízo da existencia jurídica do crime; é indivisível quando versa sobre elementos constitutivos do crime, de modo a alterar-lhe a classificação ou extinguir-lhe a força punitiva. No primeiro caso, o juiz despresa a parte favorável ao réu, exigindo-lhe prova; no segundo, a recebe, até que o accusador preencha com outras provas a deficiência da confissão (i).

182. Outro principio estabelecido no processo civil é que a confissão feita sem erro, violência ou dolo, é ir retractavel (2), porque a parte a quem favo-rece, adquire direitos á prova que delia se origina.

I Falha no processo crime, o motivo desse principio; não ha direitos adquiridos pela accusação em virtude do que o réu houver declarado em juizo. Ahi, como já se viu, é abolida essa verdade artificial que tantos princípios origina no processo civil; e é essa verdade presumida pela lei que fundamenta o direito da parte á confissão validamente feita. A sociedade exige que os factos sejam apurados livremente, sem ficções que embaracem a marcha do investigador, procurando a verdade real onde quer que esteja ella; e porisso, si o juiz se convencer de que a confissão anteriormente feita, com todas as condições de validade jurídica, não relatava sinão uma phantasia do réu, e que, pelo contrario, a retractação é sincera, verosímil e mais consentânea com os factos apurados,

(1) BONNIBK, cit. n. 303; MITTERMAIER, cit. cap. 37; P. PESSOA, *Proc. Crim.*, nota 824.

(3) Decr. 737 de 1850, art. 157; J. MONTEIRO, cit. 2/§ 152.

pode repellir aquella e aceitar esta como base de sua convicção (i).

183. A confissão tanto póde provar a auctoria, como o delicto (2). O delicto, porém, só nos casos em que não deixe vestígios ou tenham esses vestígios desaparecido no momento em que a auctoridade, do facto, é conhecedora; pois, do contrario, a unica prova admissível é o exame solemnemente feito por peritos idoneos (3). Si, porém, para a prova da auctoria, a confissão, sómente com grande cuidado deve ser aceita, para a prova do delicto, o juiz deve exigir, não sómente que ella coincida com os outros elementos probatórios que rodeam o facto, como que abranja minuciosamente todos os detalhes característicos e constitutivos do crime, nos termos da lei (4). E nunca se deve esquecer de que são muitas as reminiscências históricas de condemnações injustas baseadas em confissões feitas por interesse, abnegação, desespero e tédio da vida (5).

SECÇÃO V

VISTORIAS E ARBITRAMENTOS

A) *Vistoria*

184. *Vistoria*, em processo criminal, é o acto em que a auctoridade publica, mediante o auxilio de peritos, verifica a existencia de factos que servem para demonstrar a realisação do delicto, as circumstancias

(1) BONNIER, Cít. n. 302; MITTERMAIER, Cít, cap. 38.

(2) Cod. Proc, art. 94; P. BAPT., cit. n. i ao § 161.

(3) P. BUENO, Cít. D. 157.

(4) Cod.-Proc., art. 145; Lei 1841, art 110; Decr. 1842, art. 286; MITTERMAIER, cap. 37.

(5) BOMNIER, Cít. n. 299; MITTERMAIER, Cít. Cap. 36.

em que foi elle commettido, sua auctoria, ou a veracidade de outras provas que a iguaes fins se destinam (i).

Quando é feita para demonstrar o delicto e suas circumstancias, chama-se corpo de delicto e compre-hende minuciosa verificação dos vestígios que o crime deixou, de todas as particularidades, emfim, que possam trazer luz ao facto criminoso, podendo ser feito tanto pela policia, como pelo juizo de paz ou de direito (2).

Para descoberta da auctoria, igual denominação pode ter, quando, num só auto fóram realizadas tanto as diligencias concernentes ao crime, como as referentes a seu auctor (3). Pode, entretanto, constituir acto distincto e independente, si todas as circumstancias que esclarecem a auctoria, de momento, não puderem ser apanhadas; e comprehender a verificação de todos os indícios existentes, a apprehensão de todos os instrumentos do crime e de quaesquer objectos que possam indicar quem seja o delinquente.

Póde tambem a vistoria ser invocada para invalidar ou esclarecer outras provas, como quando se quer demonstrar que, pelas condições do logar e distancia que da victima separava o réu, o facto só poderia ter-se realizado de um modo e não de outro, quando se quer apurar a sinceridade ou falsidade dos depoimentos ou confissão do réu, etc.

185. Quando a causa está no plenário, não se póde mais proceder á formação dessa prova; a incomunicabilidade em que ficam os jurados, logo após o

(i) MITTERMAIER, Cap. 22.

(2) Decr. 494 de 30 de Out. de 1897 (Decr. Est.), arts. 180 e 181; Decr. 4824 de 1871, art. 42; Decr. Est. 123 de 1892, arts. 123 e 124.

(3) Decr. 494 de 30 de Out. de 1897 (Decr. Est.), arts. 180 e 181 j Decr. 4824 de 1871, art. 42.

sorteio, é um obstáculo insuperável á verificação de qualquer acto fóra da sala dos trabalhos. No jury francez, entretanto, em que essa incommunicabilidade não é observada com tanto rigor, sendo livres as com-municações dos jurados com o publico nos intervallos da sessão, vistorias validas têm sido feitas, com grande proveito para a descoberta da verdade (i). Podem, entretanto, as partes apresentar, em nosso jury, a vistoria procedida anteriormente, acompanhando-a de desenhos, mappas, relatórios, dos esclarecimentos, emfim, que julgarem indispensaveis.

B) *Arbitramento*

186. E' o arbitramento o acto pelo qual são chamados peritos para avaliarem o damno causado, ou o objecto do delicto, e tambem para emittirem sua opinião ácerca de um ponto controvertido, da especialidade dos mesmos peritos.

187. No inquérito, no summario, e até no plenário, póde ser feita esta especie de prova. Nada impede que, durante a sessão do tribunal, o juiz *ex-officio* ou a pedido das partes, chame profissionaes para elucidar em pontos do debate que as outras provas seriam insufficientes para esclarecer, podendo mesmo levantar os trabalhos, para que os peritos, examinando bem os quesitos propostos, apresentem relatório completo e perfeito sobre os factos que precisam ser esclarecidos (2).

1 188. Quer a vistoria, quer o arbitramento, porém, não passam de uma prova que póde ser acceita ou rejeitada pelo juiz; do contrario, si produzissem fé

(1) BoITARD, n. 758; BONNIER, n. ^.

(2) P. BUENO, cit. ns. 245 e 251; BONNIER, cit. ns. 90 e 93.

plena, absoluta, não contestável, deixariam de ser o que são, para tornarem-se decisões de árbitros, o que muito diverso é (1). Não é, entretanto, tão livre essa rejeição; a presumpção de verdade que produzem, essas provas, só será destruída com o auxílio de outras mais perfeitas e completas. Demonstrando, por exemplo, a parte, que a auctoridade era suspeita ou incompetente, que os peritos eram inidoneos ou não juramentados, que o auto foi lavrado com infracção de solemnidades legais, que o relatório e as respostas são inverosímeis, contradictorias, obscuras, baseam-se em princípios falsos ou duvidosos e tiram illações contrarias á lógica, que essas provas estão isoladas de outras mais consentâneas com a verdade dos factos, etc., o juiz póde rejeital-as, baseando sua convicção em outros elementos existentes no processo. O jury póde mesmo, alterar o valor do arbitramento, devendo a sentença ser proferida de accôrdo com a alteração feita (2). I

CAPITULO IX

Falsidade das provas

189. Depois dos debates, mesmo que não estejam definitivamente encerrados, a prova adduzida póde ser increpada de falsa, por qualquer das partes (3); e o presidente do jury, examinando com escrupulosa attenção, si ha fundamento no ataque feito á sinceridade dessa prova, procederá á averiguações, exames e diligencias para esclarecimento do incidente e proferirá o seu despacho, reconhecendo procedente

(1) J. MONTEIRO, cit. 2/§ 180.

(2) MITTERMAIER, cit. Caps. 22, 26, 27 e JI; BoNNIER, cit. n. 94; Cod. Penal, art. 405, § 2º

(3) ROGKON, cominei)t. ao art. 330 do Cod. Instr.; BoTARD, cit. n. 775.

a impugnação, sómente quando existam indícios vehementes da falsidade. Tudo isso suspende, por algum tempo, a marcha da causa principal e deve ficar constatado em termo que minuciosamente relate o inicio, a marcha e o julgamento do incidente.

Julgada improcedente a allegação feita, a causa retoma sua marcha interrompida, como si nada houvesse succedido; em caso contrario, a causa prosegue, mas aos quesitos habituaes, precederá um investigando do jury si póde ser proferida decisão definitiva com abstracção da prova arguida de falsa.

Neste caso, reunido o jury na sala secreta, a sua primeira votação versará sobre a preliminar proposta; e só quando convencer-se de que a prova impugnada nenhuma influencia exerce na decisão da causa, é que os quesitos desta deverão ser respondidos.

Quer a preliminar tenha obstado, quer nenhuma influencia tenha exercido sobre o julgamento da causa, o presidente providenciará para que a prova arguida de falsa e o termo que relata o incidente sejam re-mettidos ao promotor publico, afim de que, em processo regular, melhor se apure a materia da falsidade. E' da competencia do jury este crime (i); e, como relaciona-se intimamente com a causa donde surgiu, si porventura lhe paralysoo o curso, com ella será julgado conjunctamente, embora com jurados inteiramente novos (2).

190. O douto P. BUENO (3) entende que o juiz, feita a arguição da falsidade, sobre ella não deve pronunciar-se, mas sim remetter o julgamento do incito Decr. Est. 123 de 1892, arte. 124, n. I e 128; Cod. Penal, arte. 251 a 261.

(2) Cod. Proc, art. 266; Lei 3 de Dez. de 1841, arte. 55 a 57; Decr. 31 de Jan. de 1842, arte. 360 a 365.

(3) P. BUENO, cit. D. 250.

dente sempre ao jury, quer lhe pareça procedente ou não a arguição que o originou; e isso não só porque sua decisão póde ser contrariada pelo jury, ainda que não haja o quesito preliminar, como porque ordenando a lei que sempre o incidente seja sujeito a processo posterior, absurdo seria que esse processo se fizesse ainda no caso de improcedência da arguição, declarada pelo juiz.

A lei é contraria a essa interpretação, pois claramente diz: «no caso de *entender* o juiz, pelas averiguações a que proceder, que *concorrem vehementes indícios* da falsidade arguida ou de outra qualquer occorrente, *proporá* como primeiro quesito e na mesma occasião em que fizer os outros quesitos sobre a causa principal, o seguinte», etc, tendo antes dicto que o juiz *deverá julgar procedente ou não procedente a arguição* (i). Além disso, pouco importa que a decisão do jury contrarie a do juiz, pois um colhe os elementos de prova em que basea suas decisões em campo completamente diverso do em que o outro vae provêr-se; e porisso, o que parece verdade ao juiz togado, póde, sem desar, ser repellido pela convicção contraria do jury, como se dá com a pronuncia e a absolvição do réu. Ao segundo fundamento, falta apoio da lei, pois esta só ordena a remessa da prova arguida de falsa ao juiz summariante, quando o presidente tiver julgado procedente a arguição feita, quer o jury responda o quesito preliminar afirmativamente, quer negativamente.

Parece-nos que o intuito do legislador foi evitar que allegaçSes fúteis, manifestamente injuridicas, sem base e talvez elaboradas com intuitos reprovados, sejam levadas ao tribunal do jury no momento em que este vae exercer a mais sagrada de todas as missões.

(i) Lei 3 de Dez. de 1841, ait. 55; Reg. de 1842, arte. 360 e 361; Cod. Proa, art. 266.

Nem se diga que tal interpretação limita a plena liberdade do jury; si, apesar de ser julgada improcedente a arguição da falsidade, o jury tiver provas moraes que a robusteçam, nada lhe impede de requerer ao presidente do tribunal que formule o quesito preliminar, ou, em caso de improvável indeferimento, de julgar a causa com desprezo da prova arguida (i).

191. Si o jury houver decidido a causa em que foi estabelecido o quesito preliminar da falsidade, pergunta-se si a sentença posterior reconhecendo a falsidade da prova, em processo distincto, póde exercer qualquer influencia sobre a sentença proferida na causa principal; isto é, condemnada como falsa uma testemunha do processo, essa condenação poderá influir, si da defeza, sobre a absolvição do réu, si da accusação, sobre a condenação d'elle (2)?

Em rigor, a questão da falsidade nenhuma influencia exerce sobre a sentença que o jury, na causa principal, houver proferido, porque desde que o jury desprezou o quesito prejudicial que lhe foi proposto, reconheceu implicitamente que sua convicção formou-se em provas diversas daquella que soffreu censura. Como, porém, em caso de condenação, qualquer duvida póde ser levantada sobre as bases da sentença proferida, e como toda duvida é favorável ao réu, este tem o direito de pedir ao Supremo Tribunal Federal, a revisão de seu processo definitivamente sentenciado, baseando-se na nullidade originada da prova que depois foi reconhecida como falsa (3); mas isso sómente se dará no caso de, excluída a prova falsa, não restar no processo elemento algum de força para originar uma convicção sincera.

(1) P. BUENO, cit. n. 250.

(2) BOITARD, cit. n. 775.

(3) Decr. 848 de 11 de Outubro de 1890; P. BA.PT., *Pree. Civ.*, § 184.

CAPITULO X

Resumo dos debates

192. Consiste o resumo dos debates na exposição abreviada da causa que vai o jury julgar e reprodução dos principaes argumentos .-que sobre ella, no plenário, produziram as partes adversas. "*

O presidente do jury é quem o faz, não lhe sendo licito referir-se a factos que no plenário tenham sido omittidos, embora aventados anteriormente, nem tão pouco omittir os que se constituíram objecto da discussão oral, mesmo que não tivessem sido tratados no summario (i).

O modo porque deve ser feito é o seguinte: será relatado, com a maxima clareza, fidelidade e methodo, o factio delictuoso em toda sua simplicidade; em seguida, serão lembrados os principaes raciocínios da accusação, as circumstancias e provas que ella salientou; finalmente, a defeza será reproduzida em suas linhas principaes, sem omittir-se qualquer elemento de convicção que o réu, em seu proveito, apresentou.

O fim que a lei teve em vista creando esta formalidade, foi revivescer no espirito dos jurados, factos capitães, importantes argumentos, úteis indicações que as partes no correr dos debates apresentaram e que o jury, mormente nas sessões longas, poderia ter perdido de vista. O resumo, pois, é destinado a esclarecer o jury, fixar sua attenção e guial-o no julgamento (i).

193. Resulta dos principios expostos que o presidente, sendo mero reproductor das opiniões alheias,

(i) Cod. Proc, art. 269; Lei 1841, art. 58; Decr. 1842. art. 366; BOITARD, cit. n. 779.

não póde de modo algum, directa ou indirectamente, emitir o juizo que tiver formado sobre a causa. E, si assim não fóra, perigosa seria sua intervenção: o prestigio de que está rodeado, a sua pratica de julgar, o conhecimento das leis e preparo intellectual que se lhe presumem, revestiriam sua opinião de força tão decisiva, que o jury seguil-a-ia provavelmente, nullifi-cando-se o valor e a utilidade dessa bella instituição.

E', porém, muito difficil manter, stricta e rigorosamente uma tal neutralidade. Nenhum juiz, certamente, se animará á manifestação directa, clara, positiva de seu parecer sobre a causa discutida; indirectamente, porém, e até inconscientemente o mais imparcial e escrupuloso dos juizes póde manifestar sua opinião. Acompanhando a causa desde seu inicio, apreciando com clarividência os argumentos e provas apresentados, profunda será em seu espírito a impressão que a verdade lhe produzir; e quando tiver de fazer o resumo a que é obrigado, necessariamente essa impressão se revelará, já pelo calor de suas phrases, já pelo emprego de palavras mais decisivas, já pelo methodo que melhor escolherá. E' naturalíssimo que a forma pela qual manifestamos os nossos pensamentos, as nossas proprias convicções, tenha mais vida, energia e ardor, que a que empregamos para reproduzir as idéas alheias, que nos são contrarias; e ao jurado arguto, intelligente e vivo, não escaparão esses indícios de uma convicção que inutilmente se procurou encobrir.

Seria, porisso, preferível que se terminasse de vez com uma formalidade, que, pondo a consciencia do juiz em tão terrível prova, ameaça o jury de uma absorpção que o inutilisa; essa providencia já foi

(i) *Lei Franzeza de 21 de Outubro de 179-1; ORTOLAN, 2/2308 bis; P. BUENO, B. 253.*

tomada por varias legislações, com applauso de escri-ptores de notório saber (r)-,/~

194. Si no resumo, o presidente, sahindo dos limites que a lei e a razão lhe assignálam, apresentar ao jury novas provas ou novos factos, qual o proce der das partes? Como já não se trata de um resumo, mas de uma obra nova, as partes têm o direito de pedir que os debates sejam reabertos, afim de haver discussão sobre os pontos irregularmente trazidos ao conhecimento do jury; e, quando não attendidas, po dem protestar contra o incorrecto proceder do juiz, levando o facto, por meio de recurso, ao conhecimento do Tribunal de Justiça.

CAPITULO XI

Quesitos

195. Quesitos são proposições em forma inter-rogativa, apresentadas ao jury, para a decisão da causa ou de algum incidente que a ella se prende.

196. Baseam-se, em regra, no libello accusato-rio, nos debates ou em disposições expressas e imperativas da lei.

Os que fundam-se no libello, referem-se ao facto criminoso, circumstancias em que foi commettido e auctoria, pois o libello é o acto processual em que o accusador, expondo o delicto em toda sua extensão, pede que o réu seja condemnado na pena correspondente (2). Fundam-se nos debates os que resultam

(t) ORTOLAN, cit. 2/2308 bis; BOITARD, cit. ns. 779 e 780. (2) P. BUENO, cit. n. 193.

das discussões empenhadas durante o plenário sobre materia não extranha ao crime discutido. Na lei, baseam-se os quesitos sobre attenuantes, falsidade, menoridade.

197. Formula-os o presidente do tribunal *ex-officio* ou a requerimento das partes, conforme são deduzidos do libello accusatorio ou das disposições imperativas da lei, ou resultaram dos debates sobre pontos de accusação ou defeza. Nada impede que o jurado requeira tambem quesitos sobre algum ponto particular do facto ou mesmo do processo, que lhe pareça de importancia para a decisão; o presidente attende-o-á si entender rasoavel o pedido feito, ordenando sempre que o incidente fique constando da acta (i).

198. Os quesitos devem ser apresentados ao jury depois do resumo dos debates, antes da entrada do conselho á sala de suas conferencias, para deliberar. O presidente, ao formulal-os, nada deve olvidar ou omittir, porque depois de entregal-os ao jury e deste tomar delles conhecimento, não poderá mais alteral-os, sob nenhum pretexto; fiscalisarão as partes o cumprimento desse dever, pois só podem reclamar contra a maneira porque fóram feitos os quesitos e desistir dos que pediram, até o momento da entrega delles ao jury. A intenção da lei foi evitar que as partes ou o presidente, por perguntas novas, formuladas depois de conhecida a opinião do jury, alterem profundamente a sentença que deve ser proferida, abuso que prejudicaria a verdade e a seriedade das decisões desse tribunal (2).

(1) Decr. 1842, art. 359; P. BUENO, cit. n. 250.

4

(2) P. BUENO, cit. n. 269; Lei 3 de Dez. de 1841, art. 58; Reg. 1842, arts. 366 e 373.

D'ahi, o dever que tem o juiz de lêr antes de entregar, os quesitos que formulou, acompanhando a leitura de uma breve explicação sobre a materia nelles contida (i).

199. Não é arbitraria a confecção dos quesitos, nem quanto á forma, nem quanto ao conteúdo, nem quanto a ordem que devem ter.

A forma deve ser clara, breve, simples, adequada á comprehensão média, dispensando qualquer esforço de interpretação; absurdo seria o emprego de vocábulos ambíguos, de significação pouco conhecida, ou obscuros. Não ha termos sacramentaes impostos pela lei; mas, no redigir os quesitos, o juiz, si não empregar os proprios termos com que o legislador exprimiu sua idéa, deve ter o cuidado de escolher outros equivalentes (2).

Quanto ao conteúdo, cada quesito deve conter um facto simples, quer relativo ao crime, quer referente ás circumstancias. O facto complexo, isto é, comprehensivo de outros que possam ter vida jurídica distincta e independente, deve constar de tantos quesitos, quantos sejam necessarios para que o jury o considere em todas as suas diversas faces. O delicto de roubo, por exemplo, envolvendo o facto complexo da subtracção e da violência, o delicto do artigo 304 do Codigo Penal comprehendendo a offensa physica e a mutilação ou deformidade, a aggravante do artigo 39 § 1 abrangendo a circumstancia da noite e logar ermo, não podem, conforme tal regra, constituir materia de um unico quesito. Comprehendendo, porém, cada quesito um facto simples, deve este ser enunciado em todos os seus elementos componentes; o juiz

(1) Decr. 1842, art. 373; J. MENDES, cit. 3/372.

(2) P. BUBNO, cit. n. 255; ORTOLAN, cit. 2/2315.

não póde dar vida independente a esses elementos, para sobre cada um delles formar pergunta distincta, pois comprometteria a integridade da idéa contida no mesmo facto. Erraria o juiz que subdividisse em mais de um quesito o facto simples da offensa physica leve (art. 303 do Codigo), o do defloramento sem violência (art. 267), ou as circumstancias aggravantes da premeditação ou emboscada (art. 39, §§ 2 e 8); pois, é o conjuncto das condições que a lei em taes casos estabelece, que forma a figura jurídica punível, não sendo licito a ninguem desintegral-a (1). I Os quesitos devem ser ordenados de modo que primeiramente venham os referentes ao facto criminoso, depois os relativos ás circumstancias aggravantes e attenuantes, e finalmente os requeridos pela de-feza. Em caso de pluralidade de delictos ou de delinquentes, idêntica ordem deve ser observada, mas em tantas séries distinctas, quantos tiverem sido os delictos praticados ou os delinquentes accusados (2). No caso de falsidade das provas, ao quesito do facto principal, deve preceder um em que se indague do jury si póde julgar com abstracção da prova impugnada (3). No caso de ser o réu menor de 14 annos, antes do quesito sobre attenuantes, e depois dos referentes á accusação, deve ser formulado um quesito especial sobre discernimento do réu (4), quesito tantas vezes repetido, quantos fôrem os factos incriminados (5).

200. O quesito sobre o facto principal comprehendendo, a nosso ver, os dois elementos essenciaes a

(1) Cod. Proa, art. 269; Lei 1841, arts. 58 e 59; Reg. 1842, art. 367; P. BUENO, cit. n. 255; OKTOLAN, cit. 2/2318; L. MENDES JUNIOR, 3/370.

(2) Cod. Proc, 284 e 285; Lei 1841, art. 63; Decr. 1842, art. 371; P. BUENO, cit. ns. 257 e 258; OKTOLAN, cit. 2/2313; J. MENDES JUNIOR cit.

(3) N. 189 desta obra.

(4) N. 119 desta obra; Lei 1841, art. 62; Decr. 1842, art. 370; P. BUENO, cit. n. 260.

(5) GARRAUD, cit. i/n. 208.

toda infracção penal: a *materialidade* do facto ou o corpo do delicto e a *moralidade* do mesmo facto ou a culpabilidade do agente. Outr'ora esses dois elementos constituíam quesitos distinctamente propostos ao jury (i). A lei que reformou o Código do Processo, porém, attendendo já á facilidade que era necessario proporcionar ao jury, já á consideração de que o facto e a intenção não são divisíveis para o effeito da penalidade, conglobou em um só quesito esses dois elementos que dão vida jurídica ao crime. De modo que, respondido affirmativamente o quesito principal e negada a defeza proposta, o réu será condemnado, porque a sua infracção lhe foi considerada moralmente imputável; e si porventura, o jury reconhecer que o réu agiu sem intenção delictuosa, póde, na ausencia de quesitos especiaes de defeza, negar o facto principal, porque este versa sobre o crime a punir, e não ha crime, desde que da infracção sómente se tenha apurado o lado material. Objectar-nos-ão que este modo de vêr torna inuteis os quesitos de defeza ácerca da liberdade e intelligencia do réu; mas, quando se considera que o jury deve ter todos os esclarecimentos possiveis para a decisão que vai proferir, deve fixar a attenção sobre este ou aquelle ponto de defeza que lhe é proposto e alliviar a consciencia mostrando a causa expressa de sua decisão favorável ao réu, toda a duvida desaparece e a utilidade dos quesitos especiaes de defeza não pode deixar de ser reconhecida (2).

O facto principal é aquelle que foi o objecto do processo em julgamento. Factos novos, ainda que discutidos o plenamente evidenciados no plenário, não poderão ser propostos ao jury; e isso, não só porque

(1) Cod. Proa, art. 260, §§ i.º e a.º

(2) Vide P. BUENO, cie. u. 255 j GARRAUD, cit. i/n. n. 211.

seria uma surpresa ao réu, como porque invertida ficaria a ordem natural do processo, consistente em ser sómente discutido e julgado no plenário, o que constituiu-se objecto de sentença de pronuncia no sum-mario. Mas o facto principal pode, no plenário, ser transfigurado em outro mais ou menos grave, pelo accrescimo de cícumstancias ou modalidades que, até então, eram desconhecidas: um ferimento leve que depois verificou-se ter produzido deformidade, um defloramento que a victima demonstrou ter sido praticado com violência, ou, então, um homicídio allegado que verificou-se não ter passado de mera tentativa, um roubo referido, cuja violência provou-se não existir, são exemplos da alteração que pode soffrer, no plenário, o facto principal. Como o crime reconhecido, embora mais aggravado, não é facto novo e a defeza do réu deve encaral-o em todas as suas faces, nenhum inconveniente ha em submettel-o ao jury, constituindo-o materia de quesito principal; tanto mais quando é certo que taes modificações ou cir-cumstancias, si não fôrem decididas nessa opportuni-dade, jamais o serão, conforme já explicamos (i).

O quesito sobre attenuantes é genérico e unico, facultando ao jury referir aquellas que entender appli-caveis ao réu (2), e deve ser, precedido de outros relativos ás attenuantes que as partes houverem proposto ao jury (3).

A defeza pode basear-se em uma só allegação, ou em diversas, devendo, conformemente, ser formulados os quesitos. E' necessario, porém: i.º que, em caso de multiplicidade de meios de defeza, sejam taes

- (1) Vide P. BUENO, c<t. n. 256; BOITARD, cit. n. 785; R. OG&ON, cit. arts. 338 e 271 ; Ns. 87 e 107 desta obra; *Rev. Jur.*, 17/380.
(2) Vide art. 64 da Lei 1841 e art. 372 do Decr. 1842; P. BUENO, l n. 263.
(3) J. MENDES, cit. 3/n. 371.

meios conciliáveis entre si, sendo absurdo que ao jury se proponham, conjuntamente, quesitos contradictorios, como por exemplo, o relativo á legitima defeza e o relativo á privação de sentidos; 2." que as questSes propostas sejam referentes á minoração ou extincção da penalidade pedida, e não á ordem e regularidade do processo, como miséria do offendido, flagrância de delicto, perempção da causa, etc, pois, taes questSes, posto que de facto, são da competencia exclusiva do presidente do tribunal (i).

CAPITULO XII

Veredictum do jury

201. Encerrada a phase publica do processo, no plenário, começa a reservada que se realiza na sala das conferencias do jury;-ninguem pode assistil-a, e nem é permittido ao jurado romper o sigillo dos trabalhos realizados, já consignando qualquer declaração nas respostas que dér, já narrando posteriormente, as occurencias havidas (2). Para maior garantia dessa incommunicabilidade, á porta da referida sala ficarão, de guarda, dois officiaes de justiça, que serão punidos como desobedientes si mal cumprirem o seu dever (3); uma certidão por elles passada, sob sua fé, estabelecerá a presumpção de que o sigillo foi observado. Não impõe a nossa lei, como o fazem as leis francezas e inglezas, pena especial ao jurado que viola ou tenta violar esse preceito legal; mas, aquelle que assim proceder, revelando-se pouco

(1) Vide Lei 1841, art. 61; Reg. 1842, art. 369 ; P. BUENO, cit. 259; M. SOARES, *Estudos Forenses*, n. 5, pag. 91 ; *S- P. Jud.*, 3/396.

(2) Cod. Proa, arts. 270 e 333; Lei 1-841, art. 65; Decr. «842, arls. 373 e 384.

(3) Cod. Ptoc, art. 333; P. BUENO, cit. n. 265.

apto para o desempenho de sua função, deverá ser oportunamente eliminado da lista de jurados (i).

Primeiramente, os jurados elegerão um presidente e secretario, procedendo a esse trabalho preliminar sob a presidência interina do jurado que primeiro foi sorteado; o secretario, em seguida, lerá as peças do processo que mais interessem ao jury, sob indicação do presidente ou de outro qualquer jurado, bem como os quesitos que fóram apresentados; estabelece-se a discussão entre todos, esclarecem-se as duvidas, formam-se definitivamente as convicções; por ultimo, rea-lisa-se secretamente a votação de cada quesito, na ordem formulada, salvo si o jury negar peremptoriamente o quesito principal, pois, então, os quesitos accessorios ficarão prejudicados (2). As decisões serão apuradas por maioria de votos, decidindo-se qualquer empate favoravelmente ao réu (3).

I Uma vez resolvido pelo conselho o seu veredictum, o secretario consignai-o-á por escripto, respondendo os quesitos propostos. Si a maioria respondeu o quesito negativamente, o secretario primeiro escreverá—NÃO, depois, o numero de votos, e finalmente reproduzirá as proprias palavras do quesito, dando-lhe a forma negativa; st affirmativamente, escreverá — SIM, reproduzindo igualmente as palavras do quesito na forma afirmativa. Si por votação igual» afirmativa e negativa, deu-se o empate, por maior cautela, a lei exige que se consignem do modo enunciado, a votação afirmativa e em seguida, do mesmo modo, a negativa. Assim, será escripto: o jury respondeu «sim, por tantos votos, o réu fez tal acto»;» não,

(1) ORTOLAN, 2/2314; P. BTJENO, cit. D. 265. (2) Cod. Proc, arts. 243 e 270; Decr. 1842, arts. 373 a 376. (3) Lei Est. 18 de ai de Nov. de 1891, art. 67, n. 2; Lei 80 de 25 de Agosto de 1892, art. i.º, § II.

por tantos votos, o réu não fez tal acto» (i). O quesito vago sobre attenuantes será votado, uma vez que o jury o affirme, sobre cada caso que a lei especifica; mas a resposta será uma só, na qual se declararSo, por extenso, as circunstancias reconhecidas (2).

Assignadas as respostas por todos os jurados, encerrada fica a phase secreta do processo, restabele-cendo-se a que deve ser presenciada pelo publico; essas assignaturas são indispensaveis, e quando, na sala das conferencias todas não tenham sido lançadas, não ha inconveniente em que o sejam na sala publica (3).

O veredictum será lido em voz alta, em presença das partes, publico e jurados; essa leitura completa os trabalhos do jury, deve ser feita pelo presidente do conselho e não póde ser dispensada, pois por ella é que as partes e o jury vão exercer fiscalisacão sobre o modo porque a sentença do juiz vae ser proferida. Dando-se o caso de fallecimento, evasão ou communicabilidãde de um jurado, porém, antes dessa leitura, uma vez que as respostas dadas estejam regulares e authenticadas por todas as assignaturas, não ha razão para que sejam annullados os trabalhos feitos. Si o presidente do conselho, toma-se de tal emoção que não possa lêr as respostas do jury, nenhum inconveniente ha em que seja substituído pelo secretario ou por aquelle jurado que serviu de presidente interino; isso, porém, não deve ser tomado como regra, mas sómente observado no caso de impossibilidade absoluta de ser cumprido inteiramente o preceito da lei (4).

(1) Decr. 1842, arts. 377, 378 e 379.

(2) Reg. 1842, art. 372.

(3) Cod. Proc, art. 332; ROGRON, cit. comment ao art. 349 do Cod. Francez.

(4) Decr. 1842, art. 378.

202. O jury, ao responder os quesitos, deve usar de maxima clareza, não omitir questão alguma que não tenha ficado prejudicada, nem ser incoherente; si taes defeitos houver nas respostas dadas, devem ser corrigidos antes do regresso á sala publica ou depois, sí o juiz tiver a tal respeito despachado. Não poderá, porém, uma vez que o veredictum torne-se conhecido do publico e das partes, pela leitura feita, modificá-lo em sua essência, pelo direito que a elle as partes adquirem após essa publicação, assim como não lhe é permitido pedir a reabertura dos debates ou novos esclarecimentos, que aliás já tinham dispensado, pois o contrario poderia originar abusos prejudiciaes á marcha regular do processo, e á decisão a proferir-se (1).

E' vicio que deve ser de uma vez banido, a preocupação do jury sobre a pena que ao réu vae ser imposta; e esse vicio é tanto mais censurável, quanto é certo que tem innumeradas vezes prejudicado a verdade e a justiça, a pretexto de suavizarem-se os rigores da lei. O jury deve encarar os factos, como elles se deram e, de accôrdo com sua convicção, proferir o veredictum, em nada preocupando-se com as suas consequencias. Si a lei foi severa na repressão do crime praticado, é porque assim o julgou necessario ao bem social; o jury desfigurando propositalmente os factos para desviar do réu uma pena que é grave, substituindo-a por outra mais leve, falta a seus deveres e não cumpre o juramento que prestou. Na sala das conferencias do jury francez, para lembrar ao jury que deve evitar erro tão nocivo, são affixados cartazes em que se lê: «que toda deliberação deve circumscrever-se aos factos articulados, e que o jurado, pensando nas disposições penaes para vêr as conse-

(i) P. BUENO, cit. os. 268, 269 e 270.

quencias de suas respostas contra o réu, deixa de cumprir o seu primeiro dever, porque não é chamado para punir o delinquente, mas sómente para dizer si este é ou não culpado do crime que se lhe imputa» (i).

CAPITULO XIII

Sentença

203. Sentença, no jury, é o acto pelo qual o presidente do tribunal decide as questões incidentes do plenário, cujas soluções lhe competem, ou homologa o veredictum proferido sobre a causa.

I 204. A que decide os incidentes, chama-se interlocutoria; a que tem por objecto o merito da causa, chama-se definitiva. A interlocutoria só pode ser proferida sobre questões de direito ou sobre aquellas em que ha duvida si são de direito ou de facto, e sub-divide-se em simples ou mixta, conforme prejudica ou não a causa, termina ou não o processo e a instancia; a definitiva não pode desviar-se do parecer do jury, por mais injusto que pareça ser, e subdivide-se em absolutória ou condemnatoria.

205. Toda sentença deve ser dotada de clareza e concisão; o proprio juiz é quem deve escrevel-a, si é lançada no processo, ou pronuncial-a, si é verbalmente dada, sempre fundamentando-a, para que não pareça filha do arbítrio e as partes possam conhecer os motivos que a dictaram; deve ser circumscripta ao ponto, discutido, abrangendo-o sob todos os aspectos e sómente additando ao pedido feito, a condemnação ás custas, si delia a parte não cogitou; deve ser certa e

(i) Vide art. 342 do Cod. de Instr.

não alternativa, estar de accôrdo com a lei e os autos e, finalmente, ser publicada e intimada ás partes (i). A sentença que homologa o veredictum do jury, além desses requisitos, deve guiar-se pela maioria dos votos; ser uma unica, embora a pluralidade de factos ou de delinquentes tenha determinado mais de uma série de quesitos; ser proferida em seguida ás respostas do jury, em presença do publico, sem interrupção dos trabalhos, para que o prolator se inspire exclusivamente no seu saber e. criterio; indicar, quando con-demnatoria á prisão simples, o lugar onde a pena ha de ser cumprida, e condemnar nas custas o vencido, salvo si fôr o promotor publico ou o réu miseravel, casos em que a condemnação será do Estado ou Municipalidade, conforme o accôrdo estabelecido na comarca (2).

206. A sentença definitiva absolutória é proferida todas as vezes que o jury nega a existencia do facto principal, ou, reconhecendo o, conjunctamente af-firma qualquer das defezas apresentadas pelo réu, que tenha por fim isental-o da responsabilidade criminal (3). O seu effeito, em regra, é libertar o réu immediatamente de qualquer coacção; e para isso, o juiz deve ordenar que o escrivão expeça alvará de liberdade, que assignará sem direito a custas, isentando-o de sello em tal acto, si o réu fôr miseravel (4). Essa regra é tanto applicavel aos crimes afiançáveis, como aos que não admittem fiança. A unica excepção que a acompanha é a seguinte: nos crimes inafiançáveis,

1) P. BAPTISTA, dt. § 179.

(2) Cod. Penal, art. 409, § i.º; Decr. Est. 331 de 22 de Jau. de 1896.

(3) Cod. Proa, art. 271; Decr. 1842, art. 380.

(4) Decr. Est. 759 de 20 de Março de 1900, tab. B, § 4.º, n. 8; Decr. 217 de 27 de Nov. de 1893, art. 95, § 1.º; Decr. 178 de 6 de Junho de 1893, art. 43.

cujas decisões fôrem tomadas por maioria de votos e não por unanimidade, o réu conservar-se-á preso si o juiz ex-officio appellar, ou, sendo a penalidade de vinte ou mais annos (conforme a accusação), si o promotor publico, dentro do prazo de quarenta e oito horas, recorrer da sentença (i).

A sentença definitiva condem natoria é proferida sempre que o jury, affirmando os factos da accusação, negar os que tendem a derimir ou justificar o crime (2). São seus effeitos: o cumprimento da pena imposta, salvo indulto do poder competente; a perda* dos instrumentos e resultados do crime; a obrigação de satisfazer o damno e despezas judiciaes (3), que é solidaria entre os delinquentes (4). Estes effeitos ficarão suspensos, em caso de recurso; mas, si a pena fôr pecuniária, a sua importancia será depositada, e si fôr de prisão (salvo o caso de fiança) será cumprida, posto que o réu possa excusar-se aos trabalhos a que a sentença o condemnou (5).

207. Na applicação da pena das sentenças condemnatorias deve o juiz attender ao modo porque foi o delicto reconhecido, ás circumstancias que o jury affirmou, ao gráu de responsabilidade que ficou constatado nas respostas dadas, á idade do réu.

a) Si o jury reconheceu que o delicto realisou-se na plenitude da figura jurídica traçada pela accusação, a pena será a pedida no libello, salvo as va-

(1) Cod. Proa, cit. art. 271; Reg. 1842, art. 380; Lei 20 de Set. de 1871, art. 17, §§ 4.º e 5.º; Decr. 22 de Nov. de 1871, arts. 60, 61 e 61 § IA

(2) Cod. Proa, art. 272; Lei 1841, art. 67; Decr. 1842, art. 381.

(3) Cod. Penal, art 69.

(4) Cod. Penal, art 69, § unico; C. CARVALHO, cit. art. 1004.

(5) Lei 1841, art. 83; Decr. 1842, arts. 458 e 459; Lei 15 de Set de 1869, art J.º; ARARIPE, cit. art 632.

riações que os factos accessorios acarretarem; si o julgou mais ou menos grave, desclassificando-o para outro delicto previsto no Codigo, a pena deste é que será applicada; si o considerou incompleto, mera tentativa, a pena a applicar-se será, ou a previamente estabelecida para essa especie (nos casos dos artigos 87, 107, 108, 115 §§ 1 a 3, 1 27, 360, etc. do Codigo Penal), ou a mesma pena do delicto completo com a redução da terça parte (1). Nunca, porém, o juiz poderá applicar outra pena que não seja ai estabelecida na lei, nem lhe dar feição diversa da que foi determinada pelo legislador (2).

Poderá o juiz applicar a pena em que foi o réu julgado incurso, quando o jury, desclassificando o delicto, reconheceu outro, extranho à sua competencia, como si transformou no delicto do artigo 306, o do artigo 303 do Codigo Penal (3)? Não ha duvida que sim. E' a applicação da lei cardinal da Economia Politica, que IHERING considera principio de vital interesse na jurisprudência: «maximo resultado com o minimo esforço». Para que intentar-se novo processo, quando a lei pode ser immediatamente applicada e o réu saber incontinenti o destino que o aguarda? Quando certos delictos fóram retirados da competencia do jury para que o juiz singular os julgasse, foi unico intuito do legislador dar-lhes, pela pouca importancia de que eram revestidos, processo mais rápido e julgamento menos complicado; esse intuito de brevidade de forma e de economia de tempo não seria, certamente, realizado si, na hypothese aventada, o réu, em perfeitas condições de ser julgado, fôsse ainda devolvido a outro juizo e sujeito a novas e inuteis formalidades processuaes. Preciso é, porém,

(1) Cod. Proc, art. 272; R.<r. 1842, art. 381; Cod. Penal, arte. 61 e 63

(2) Cod. Penal, art 61.

(3) Decr. 123 de 10 de Nov. de 1892, art. 124; N. 3 desta obra.

notar-se que a solução dada, sómente applica-se ao caso em que a desclassificação foi feita para modificar ou alterar o facto principal, pois si para a consagração de um facto completamente novo, já o vimos (i), este facto nenhuma sentença poderá acarretar sem que, voltando aos termos primários do processo, seja devidamente apurado pela accusação e de-feza (2).

b) As circunstancias que o jury reconhece modificam o modo de applicação da pena. Será a penai applicada no maximo, si foi o facto delictuoso reconhecido conjunctamente com as aggravantes articuladas no libello ou requeridas no plenário, uma vez que não sejam elementos do mesmo facto e venham isoladas de outras circunstancias que attenuem ou apaguem o delicto (3); no sub-maximo, si o jury, af-firmando a existencia de aggravantes e attenuantes, exercem aquellas preponderância sobre estas, ou porque demonstrada ficou a perversidade do réu, a extensão do damno e intensidade do alarma social, ou porque o réu era affeito á pratica de acções más ou desregrado de costumes (4); no médio, si, nas respostas dadas, não ha attenuantes nem aggravantes, ou, havendo, compensam-se, já por serem de igual numero, já por serem da mesma importancia ou intensidade (5); no sub-médio quando, reconhecidas aggravantes e attenuantes, mais valor têm estas que aquellas, ou porque o crime não revestiu-se de perversidade, ou porque o réu não estava em condições de comprehender a gravidade e perigo da situação a que se expunha, nem

(1) N. 200 desta obra.

(2) Vide BOITAKD, cit n. 806; ORTOLAN, cit. 2/2116; ROGKON, cit. art. 365, comm.; *G. Jitr.*, 4/300.

(3) Cod. Penal, arts. 62, § 3.^o e 37.

(4) Cod. Penal, arts. 62, § 2.^o e 38, § 1.^o

(5) Cod. Penal, arts. 62, § 1.^o e 38, § 3.^o

a extensão e consequências de sua responsabilidade (i); no mínimo, si apenas circunstancias attenuantes fôrem indicadas pelo jury (2).

Todas as vezes que as aggravantes fôrem elementares do crime, não serão computadas como aggravantes; assim, reconhecido o crime de homicidio com a circunstancia da premeditação, o crime de furto com o arrombamento ou escalada, taes circunstancias servirão, não para agravar os crimes dos artigos 294 § 2.^o e 330 do Codigo Penal, mas para desclassifi-cal-os para os delictos dos artigos 294 § i.^o e 356 do mesmo Codigo (3). Todas as vezes que as aggravantes, embora como elementares, fôrem reconhecidas apenas por seis votos, ficam neutralizadas; si o empate, porém, fôr nas attenuantes não as extingue, porque a regra legal é que «a sentença seja proferida conforme a opinião mais favorável ao accusado» (4).

O nosso Codigo fixou, para todas infracções, o maximo e o minimo das penas, facilitando a descoberta do médio, pela som ma daquelles e posterior divisão do producto em duas partes iguaes. Pelas mesmas operações, fácil é conhecer-se o sub-maximo e o sub-médio; pois, aquelle será o resultado da somma do maximo e médio dividido por dois, este o producto da junção do médio e do minimo tambem dividido por dois.

c) Quanto ao gráu de responsabilidade reconhecida pelo jury, a pena será a, previamente, taxada no Codigo, nos casos de auctoría ou co-auctoría; a da tentativa (quer venha já consignada na lei penal,

(1) Cod. Penal, arte. 62, § 2.^o e 38, § 2.^o

(2) Cod. Penal, art. 62, § 3.^o

(3) Cod. Penal, art 37.

(4) Lei cit. de 1841, art. 66; Reg. 1842, art. 382 ; Lei Estadual 21 de Nov. de 1891, art. 67; Lei Est. 25 de Ag. de 1892, art. 1.^o, § 11 ; P. BUENO, cit. n. 271; P. PESSOA, cit. nota 3109.

quer se a obtenha deduzindo-se um terço da pena do delicto completo), para o caso de cumplicidade; a da tentativa menos a terça parte, para o caso de cumplicidade na tentativa (i).

d) A idade do réu também determina variedade no modo de aplicação da pena. A ser punido o maior de 9 annos e menor de 14, a pena será disciplinar, em estabelecimento apropriado, onde terá trabalho compatível com sua idade, robustez physica e aptidão, e receberá instrucção litteraria, profissional e industrial; mas essa reclusão só poderá manter-se até completar o menor a idade de 17 annos (2). Si o réu fôr maior de 14 annos e menor de 17, a pena será a da cumplicidade; sobre essa pena, é que deverão ser operados os descontos do terço que os casos de tentativa e cumplicidade exigem (3). Tendo, porém, o réu mais de 17 annos e menos de 21, sua pena será a que ao réu maior compete; sempre, nesse caso, deve-lhe ser computada a attenuante do art. 42, § 11 do Codigo Penal. Sempre, dizemos nós, porque, embora o jury tenha respondido negativamente o quesito genérico das attenuante ou o especial da menoridade que tiver sido formulado, o juiz deve considerar a attenuante como existente em favor do réu. A idade, posto que seja um facto, é da natureza daquelles que competem ser apreciados pelo juiz de direito, á vista das provas que o certificam (4).

O réu maior de 14 annos e menor de 17, segundo acabamos de vêr, deve ser punido com a pena da cumplicidade, isto é, a pena do crime, deduzida a

(1) Cod. Penal, arts. 63 e 64.

(2) Cod. Penal, art. 30; Lei Est. n. 844 de 10 de Outubro de 1902; Decr. Est. 30 de Dezembro de 1902.

(3) Cod. Penal, arts. 63, 64 e 65.

(4) J. MENDES JUNIOR, cit. 3/n. 371.

terça parte; é uma grande diferença que a lei creou, attendendo á pouca idade do delinquente. Si o jury, porém, tiver reconhecido a favor desse menor a circumstancia attenuante do artigo 42, § 11 do Codigo, o juiz, que já vai diminuir a pena commum em atten-ção á menoridade do réu, deve computar ou desprezar essa circumstancia? Computal-a, sem duvida; pois, tudo quanto possa ser favorável ao réu, jamais deve ser por elle desprezado. A opinião contraria traria este absurdo: o menor que tivesse praticado o delicto do artigo 303 do Codigo Penal, por exemplo, sem aggra-vantes, desprezando o juiz a attenuante reconhecida pelo jury, seria punido com 5 mezes de prisão cellular, em vez de 2 mezes, a que o reconhecimento da attenuante daria logar. Mais: essa pena seria mais severa do que si o menor fôsse de idade superior a 17 annos, pois então, seria punido com 3 mezes de prisão! Privar-se o réu de uma circumstancia que tanto póde beneficial-o, libertando-o de injustiça tão revoltante, é contrariar-se o pensamento do legislador, levando-o á incoherencia e ao absurdo (1).

208. No caso de haver concurso de infracções, a pena será applicada de modo especial.

Realisa-se tal hypothese, quando o jury, por um só veredictum, tem de apurar mais de um delicto praticado por um unico agente. Si um só fôr o delicto, embora de natureza a prolongar-se durante um certo tempo (delicto continuo), ainda que formado pela reiteração de actos de per si não puniveis (delicto de habito), posto que aggravado por circumstan-cias que em si mesmas sejam outros tantos delictos (como os delictos de roubo, estupro, etc), a pena

(1) Vide *Rev. Jurisprudência* (Rio), 10/270; P. BAPTISTA, *Herme-nêutica Jurídica*,

será applicada do modo já referido, porque deixa de haver uma das condições primordiales para o caso especial de que ora tratamos. Si varias fôrem as infracções praticadas pelo mesmo agente, mas uma só tenha de ser apurada pelo jury, porque as outras já receberam seus julgamentos definitivos, deixa de existir o concurso de infracções.

O concurso de delictos é material ou formal. Material, quando os delictos, sejam homogêneos ou não, são distinctos e independentes entre si; formal, quando taes delictos estão presos ao mesmo facto, unidos a uma unica intenção (i). O agente que, por factos varios, praticou mais de um furto, ou um furto, um ferimento e um incêndio, póde responder pelo concurso material dessas infracções; o que, por um só tiro em uma multidão, causou um só ferimento ou tambem mortes, póde responder pelo concurso formal desses delictos.

Segundo o nosso Codigo Penal, o concurso material é punido de dois rmodos distinctos: si os delictos fôrem heterogêneos, cada um será punido com a sancção que lhe é propria, comtanto que, em caso de privação da liberdade, não exceda a pena a trinta annos; si homogêneos, isto é, delictos reiterados conforme os qualifica a theoria penal, embora praticados em tempos ou logares differentes, contra a mesma ou diversa pessoa, a pena será a do gráu maximo de um delles, com augmento da sexta parte. O concurso formal é punido, quer os delictos sejam da mesma ou de diversas especies, de um unico modo: gráu maximo do delicto que mais severa sancção tiver (2).

Desses preceitos, tira-se a illação de que, reali-sando-se o concurso formal ou material de delictos

(1) GAKRAUD, cit. 2/ns. 166 e 167; HAUS, cit. 2/ns. 846 e segs.; Cod. Baviera, arts. 108 a 110.

(2) Vide art. 66, §§ i.º, 2.º, 3.º e 4.º e art. 40 do Cod. Penal.

reiterados, o reconhecimento ou não, de circumstan-cias que prejudiquem ou favoreçam o réu, por parte do jury, nenhuma influencia exerce sobre a penalidade a applicar-se, porque, em todo caso, será o gráu maximo que punirá o agente. Dê, embora, isso logar a desigualdades revoltantes, a clamorosa injustiça: a lei, por defeituosa e dura, não deixará de ser observada e cumprida.

209. Só deve ser lavrada a sentença, quando o veredictum fôr claro, completo e coherente; nesse caso, embora envolva patente injustiça, ainda que o jury declare que as respostas escriptas não fóram fieis mensageiras de seu pensamento, novo veredictum não pode ser proferido, servindo o que foi lido, de base para a sentença homologatória (i).

Quando, porém, as respostas fôrem ambíguas ou obscuras, de modo a exigirem penosa interpretação; deficientes, restringindo as questões propostas ou não abrangendo-as em todos os seus detalhes; contradictórias, ou porque affirmam a existencia num só factó de elementos que se repellem, ou porque affirmam a existencia de varios factos entre si inconciliáveis, o juiz deve ordenar que o conselho volte á sala de suas conferencias, para sanar os vicios e defeitos, que salientará, em despacho interlocutorio (2).

Todo o veredictum ou apenas parte delle póde, por esses vicios, ser repudiado pelo juiz. No caso, porém, do defeito ser parcial, sómente a parte increpada será novamente respondida; as outras, perfectas e correctas, ficarão intactas, porque, uma vez lidas e publicadas, as partes, sobre ellas, adquirem direitos.

(1) *G. Jur.*, 34/258.

(2) *G. Jur.*, 35/176; *S. P. Jud.*, S/78.

O juiz deverá proceder com grande critério na realização desse acto processual. Si, porventura, ordenasse que os defeitos do veredictum fôsem sanados na sala publica, violando o sigillo das deliberações; si, a pretexto de guiar o jury, penetrasse na sala reservada, quebrando a incommunicabilidade do conselho; si formulasse novos quesitos, ainda que com o intuito de facilitar o cumprimento das exigências de seu despacho; si, em vez de mandar o jury esclarecer as duvidas existentes, por si proprio as resolvesse, em detrimento da soberania desse tribunal, commetteria abuso inqualificável, criaria nullidade substancial para o julgamento e ficaria sujeito a processo de responsabilidade (i).

CAPITULO XIV Actas

210. Actas do jury são registros feitos pelo escrivão, em livro especial e devidamente authenticado, de todos os trabalhos e occorrencias que se realiza-rem durante o funcionamento do tribunal.

211. Devem ser manuscriptas em sua totalidade, porque os actos impressos relatam o cumprimento de formalidades que podem ter sido omittidas nos trabalhos realizados (2); escriptas pelo serventuário do tribunal e não por seus auxiliares ou por outrem (3); lavradas logo após o encerramento dos trabalhos, não só para evitar omissões, como porque o cumprimento das solemnidades legaes de um acto processual deve

(1) F. BUENO, cit. n. 269; J. MENDES JUNIOR, cit. 3/372; ROGRON, cit. Mi. 350 e comm.; BOITARD, cit. ns. 802 e 803; *G. Jur.*, 1/70; *Rev. Mensal*, 8/247; *S. P. Juã.*, 2/220, 3/322, 4/43 e 275.

(2) ROGRON, cit., comm. ao art. 372; F. BUENO, cit. n. 274; *Rev. Mensal*, 5/227.

(3) *Riv. Mensal*, 5/199; *G. Jur.*, 13/208.

coincidir com este para que os actos posteriores nenhum embaraço encontrem; reproductoras exactas de todas as occorrencias, em linguagem clara, boa redacção e calligraphia; assignadas pelo juiz e partes e authenticadas pela fé publica do escrivão.

Cada sessão terá sua acta; e sessão é o tempo durante o qual o jury trabalhou, quer em actos preliminares, quer em actos definitivos, pouco importando, quanto a estes, que o termo da sessão coincida com o termo final do processo. De modo que: a sessão em que o juiz, verificando a ausencia de jurados, sorteia supplentes e manda-os intimar, encerrando em seguida os trabalhos; a em que, iniciando o julgamento,

O conselho é dissolvido por causa superveniente; a em que o processo corre regularmente de começo ao fim, cada uma, deve ter sua acta especial, revestida dos requisitos expostos, relatando com minúcia e exactidão as occorrencias que se deram. Si os trabalhos definitivos prolongarem-se por mais de um dia, constituindo todos os actos uma só e unica sessão, a acta não póde ser subdividida em tantas, quantos fõrem os dias decorridos; deve, porém, ser lavrada em um só contexto, consignando o escrivão as datas do inicio e do fim dos trabalhos.

1 212. As actas devem relatar as occorrencias do plenário, nesta ordem: o dia, mez, anno e logar em que effectuou-se a reunião; a presença dos funcionarios do tribunal; o signal de abertura da sessão dado pelo porteiro; a verificação publica das cédulas, pelo juiz; a chamada dos jurados, com especificação dos presentes e dos ausentes multados e dispensados por qualquer dos motivos legais; o sorteio dos jurados supplentes, com a declaração dos nomes desses jurados e das providencias tomadas para que elles, no mesmo ou em outro dia, compareçam. Quando não.

se fizer necessario o sorteio supplementar, proseguindo os trabalhos, a narrativa das actas continuas do seguinte modo: abertura da sessão annunciada pelo juiz; apresentação ao tribunal de todos os processos preparados e declaração da ordem de seus julgamentos de accôrdo com o edital previamente affixado á porta da sala dos trabalhos; chamada geral das partes e testemunhas de taes processos e occorrencias que de-ram-se sobre o não comparecimento de qualquer delias; recolhimento das testemunhas presentes do processo que vai ser julgado, em logar onde fiquem isentas de communicacão; presença do réu e seu defensor ou curador já nomeados ou escolhidos na occasião; leitura dos preceitos legaes sobre modo de ser feito o sorteio e sobre incompatibilidades ou suspeições dos jurados; sorteio, jurados que fóram acceitos, que se suspeitaram ou soffreram recusa, que se ausentaram para não servirem; juramento do conselho julgador, modo de seu deferimento e fórmula usada; interrogatorio do réu e todos os incidentes que, porventura, tenham-se dado durante elle; leitura do processo e das ultimas respostas do réu; consulta ácerca das testemunhas que não compareceram, modo por que foi feita, resposta do jury sobre a necessidade ou não necessidade de as ouvir. Si neste ponto, o jury opinar pela presença das testemunhas e ellas não puderem comparecer immediatamente, dar-se-á a dissolução do conselho, terminando-se a sessão e ficando a acta encerrada com a referencia da ultima das solemnidades classificadas. Declarando, porém, o jury que a ausencia da prova no plenário era bem supprida pela já existente no summario, proseguindo a sessão, continuarão os actos assim relatados: declaração dos debates e provas oraes ou escriptas adduzidas, sendo as provas do accusador referidas após a narrativa da accusação e as da defeza depois desta ter sido consignada; alie-

gação de falsidade das provas por qualquer das partes, diligencias feitas e despacho julgando-a procedente ou não; consulta ao jury sobre esclarecimentos, resumo dos debates e leitura dos quesitos; recolhimento do conselho á sala secreta e sua incommunicabilidade garantida pela fé dos officiaes de justiça; regresso do jury á sala publica, leitura pelo jurado-presidente do veredictum e sentença do juiz, quer definitiva, quer in-terlocutoria; recursos que no tribunal tiverem sido interpostos; encerramento e assignatura do juiz e das partes.

213. Sendo a acta o registro de todos os factos que se deram durante a sessão, a sua existencia no processo julgado é necessária, imprescindível, pois é pela sua leitura que póde-se verificar si o julgamento foi ou não feito com as formalidades garantidoras dos direitos das partes.

Presume-se que as solemnidades omittidas na acta não se realisaram e que as referidas por ella, de facto, fóram observadas: Essa presumpção é relativa, admit-tindo prova em contrario, pois presumpções absolutas são de direito estricto, não existindo sinão por disposições expressas, taxativas da lei (1). Si assim não fóra, si as partes não pudessem atacar as referencias ou sanar as faltas desse acto processual, bastaria a inépcia ou má fé de um escrivão, para que nullos ficassem processos na realidade válidos, e válidos outros em que omissões graves, dolosamente encobertas na acta, existiram. Perigo tão grave, sómente poderia ser removido, si as actas fóssem publicamente lidas, após sua elaboração: não ha, porém, preceito algum de lei que determine essa leitura (2).

(1) J. MONTEIRO, cit. 2, § 175.

(2) P. BUENO, cit. ns. 124 e 274; *Proj. Cod. Civ.* de FELÍCIO DOS SANTOS, art. 273 e comm.

TITULO V

CAPITULO ÚNICO

Recursos

214. Recursos, no jury, são meios que a parte ou o juiz tem de obter reparação das injustiças contidas numa primeira decisão (i).

215. Productos da intelligencia e da vontade, faculdades relativas, as sentenças podem ser injustas, ou porque não apreciaram devidamente o merito da causa, ou porque fóram proferidas sem que as fórmulas garantidoras dos direitos das partes tivessem sido observadas. Si as partes ficassem adstrictas á ellas, sem um meio de annullal-as ou modifical-as, a justiça humana, que já é imperfeita e fallivel, po-der-se-ia constituir o mais tremendo dos perigos so-ciaes. Nem sempre, é verdade, o intuito da lei creando o recurso para a reintegração da justiça sacrificada, encontra realisação exacta: ha reformas que escanda-lisam, justificando a critica mordaz de ULPiano — *bene latas sententias in pejus reformei*. E' isso, porém, felizmente, uma excepção que não póde prejudicar o grande valor que o recurso tem, para a bôa administração da justiça e exacta applicação da lei (2).

(1) P. BAPTISTA, cit. § 216.

(2) P. BAPT., cit. § 216; P. BUENO, cit. n. 312; J. MONTEIRO, cit., 3/§

H 216. Recorrem as partes das decisões do juiz que preside o tribunal ou, em certos casos, da sentença homologatória do veredictum do jury; recorre o juiz *ex-officio*, quando entende que a deliberação do conselho, evidentemente, contraria as provas e os debates.

Os recursos dos despachos interlocutórios do presidente são sempre dirigidos ao Tribunal de Justiça, podendo ser interceptados em sua marcha pela reforma da sentença impugnada; os das sentenças homologatorias, nem sempre, havendo casos excepcionaes em que do jury se recorre para o proprio jury.

217. Não alteram os recursos o principio da indivisibilidade da instancia; de modo que, provido o recurso interposto por um réu, a todos co-réus aproveita essa decisão. Tal principio, porém, não tem applicação: quando algum dos réus tem-se conformado expressamente com a sentença que lhe foi imposta; 2." quando a materia do recurso não é referente a todos os co-réus, mas peculiar ao recorrente (i).

218. No crime, como no eivei, não pode a parte, cumulativamente, exercer dois recursos contra a mesma sentença. Nas decisões interlocutorias é isso mesmo impossivel, porque para cada especie ha um meio apropriado de reparação que, com outro, não se confunde. Mas nas sentenças homologatorias em que a parte, em certos casos, tem dois recursos facultativos, sendo um para o Tribunal de Justiça e outro para diverso jury, a accumulção delles não deve ser permittida; acceito um, prejudicado está o outro, e si de ambos usar a parte, prefere o recurso que leva o réu a novo jury, sem intervenção do Tribunal de Justiça (2).

(1) P. BAPT., § 217.

(j)2^P. BAPT., § 218; Lei 1841, art. 88; Decr. 184a, art. 504.

219. Contra as decisões proferidas no jury, ha os recursos seguintes: para as decisões interlocutorias, o agravo no auto do processo e o recurso em sentido estricto; para as decisões definitivas, a appellação, o protesto e a revisão. Cada especie constituirá materia de uma secção distincta.

SECÇÃO I

RECURSO EM ACCEPÇÃO RESTRICTA

220. Dá-se o nome especial de recurso, á- provocação que a parte ou o proprio juiz, em certos casos, faz ao Tribunal de Justiça, para que este re forme, altere ou confirme a sentença interlocutoria que foi proferida.

M Quando a provocação é da parte, chama-se recurso voluntário'; quando do juiz, necessario ou *ex-officio*.

Nos actos do jury, não ha recurso *ex-officio*. Pode-se, portanto, dizer que o recurso, no jury «é a provocação interposta dos actos do seu presidente para o superior tribunal, em certos casos, afim das partes obterem reforma ou alteração de sentenças interlocutorias por elle proferidas.» *Em certos casos*, porque esse remédio é sómente permittido em casos textualmente individuados em lei, que não podem ser ampliados ao sabor dos interessados (i). *Sentenças interlocutorias*, porque das definitivas ha appellação; e, referindo-nos ás sentenças interlocutorias, simplesmente, queremos significar que são as meras interlocutorias e não as mixtas, pois estas são excepções, e para ellas a lei, tambem, concedeu o recurso de appellação (2).

(1) *Rev. Jur.*, 6/201.

(a) Lei 1841, art. 78, n. 2; Decr. 1842, art. 250, n. 2.

221. Ha recursos no jury:

a) dos despachos relativos á organização do processo, si com a sentença impugnada houve mutilação de actos, inversão da ordem natural do processo ou offensa aos direitos de defeza ou de accusação (i);

b) do despacho concedendo ou negando diligencias requeridas, taes como buscas, interrogatorios, exames, arbitramentos, acareações, etc. (2);

c) do que impõe multa ao conductor do réu, que o apresenta algemado, ou preso com ferros ou cordas, salvo o caso justificado de segurança extrema (3);

d) do despacho proferido pelo juiz sobre questões incidentes de que dependerem as deliberações finaes do jury, em materia de direito, como o referente ao lançamento da parte accusadora, o que despreza as excepções de incompetencia, illegitimidade das partes, coisa julgada e prescripção, o que nega pedidos de adiamentos, etc. (4).

222. São característicos desta especie de recursos: a interposição, verbal ou escripta, dentro de cinco dias após a intimação ou conhecimento do despacho; a audiencia da parte contraria e do juiz prolator; o effeito sómente devolutivo, de modo que a causa segue seus termos, sem qualquer embaraço; constituir processo especial e independente da causa donde se originou: versar sobre materia de direito decidida em

(1) P- Bvuo, a. 114; Lri 1841, art. 71; *Dta.* 184a, art. 438, f «oj Cod. Proc, «rt, 385.

(a) MARTINS, *Jitm-m*, «Ma 1* ao art. \$.*, l u; Lei 1841, irt. Jij Dacr. 184a, «rt. 438, l to; Cod. Proe., art. 885.

(J) Daar. 4834 da 1171. am. 38 a 57. a. 3. |

(4' Le. atfi.an. to. » 6; Dm. 114», art. 438. a», r t »; J. M»M» luniuB, ifa. 31b; Cod- do Ploc. ist. «li.

despacho interlocutorio simples (i). Bem se vê que nos referimos ao recurso sobre actos do jury, pois, nem todos esses característicos são os do recurso em outros momentos do processo (2).

223. No juízo *a çuo*, o processo do recurso é o seguinte: interposto regularmente, será tomado por termo, tendo o recorrente vista dos autos para justificar a medida de que usou, juntar os documentos que tiver em seu poder ou referir aquelles que dos proprios autos devam ser trasladados; si a parte contraria tiver protestado por vista, refutará em seguida os argumentos adversos, sendo-lhe tambem facultada a junção ou traslado das peças que julgar convenientes; por ultimo, fallará o juiz, que poderá confirmar o despacho impugnado, desenvolvendo os seus fundamentos, ou reformal-o no sentido da reclamação, dando por findo o recurso. Os prazos para esses arazoados são de cinco dias para cada um, com direito á prorogação por outros tantos; em caso de necessidade. Após essas diligencias preparatorias, o escrivão passará a extrahir o traslado das razses das partes e despachos do juiz (tanto o confirmador como o confirmado), e o das peças indicadas ou junctas por todos ou qualquer delles. O conjuncto dessas peças forma o instrumento do recurso, instrumento que deve ser authenticado com a fé do escrivão e conferencia ou concerto de outro funcionario de igual categoria. Esse instrumento será apresentado na secretaria do Tribunal de Justiça, dentro dos cinco dias seguintes, além dos de viagem a razão de quatro léguas por dia, ou entregue ao correio, dentro dos referidos cinco dias. Si, porém, o prazo não foi observado nessa remessa, nem porisso o recurso fica pre-

(1) Lei 1841, art. 72 e segs.; Decr. 1842, arts. 439 e segs.

(2) Lei 1841, art. 72 e segs.; Decr. 1842, arts. 439 e segs.

judicado; mas quem deu causa á demora, fica sujeito a processo de responsabilidade (i).

No Tribunal -de Justiça, o Ministro a quem o instrumento tiver sido distribuído, achando-o regularmente organizado, o apresentará em sessão para ser julgado; achando-o irregular, poderá mandar instruí-lo com as peças que entender necessárias. Dois outros Ministros escolhidos á sorte o ajudarão no julgamento; na ocasião em que este tiver de ser proferido, qualquer Ministro dos referidos poderá levantar questão preliminar ou indicar diligências, afim de que bem esclarecido fique o ponto que serviu de base ao recurso (2). A decisão será lançada por accordam, que deve ser assignado pelo Presidente e Ministros do julgamento. Provido ou não o recurso, deve o accordam ser logo remetido ao juiz *a quo* para que este o mande cumprir (3).

E' importante esta observação: os prazos para o recurso contamse por dias ordinários (*de die ad diem*)\ entendendo-se um dia civil, por 24 horas, contadas de meia noite á meia noite, embora esteja já começado o primeiro dia do prazo (4).

224. Qual o effeito do provimento do recurso interposto, em relação á causa já sentenciada? Alle-gou-se um lançamento, em acção publica, que foi reconhecido, uma prescripção ou incompetencia, que foi desprezada, discutiu-se que a cousa julgada impedia o curso do processo, sem que essa allegação tivesse acolhimento; a parte prejudicada recorreu do despa-

(1) Lei 1841, arts. 72 a 76; Decr. 1842, arte. 442 a 444; Lei 1871,] art. 17, § 3.º; Decr. 1872, art. 56.

(2) Reg. Int. do Trib. de Justiça de S. Paulo, de 6 de Abril de 1901, arts, 94 a 97.

(3) ARARIPE, art. 614.

(4) AT. 30 de Nov. de 1869; Ord., livro 3:º, tit. 13; AKARIPE, cit. l art. 618; C CARVALHO, cit. art. 54.

pacho proferido, mas o processo, porque o recurso tem apenas effeito devolutivo, proseguiu até ser o réu julgado. Si o Tribunal de Justiça reformou o despacho interlocutorio que deu logar ao recurso, que influencia poderá exercer esse accordam sobre o destino do réu julgado?

Si a sentença do jury estiver pendente de recurso, fácil é a solução: o accordam será cumprido tão depressa quanto possível, ou extinguindo o processo, ou modificando-o, consoante ás instrucções que o mesmo accordam contiver. Si, porém, a acção publica ou particular contra o réu já estiver exgot-tada, não pendendo a sentença homologatória de recurso algum, ha uma distincção a fazer: si as nullidades ou injustiças reconhecidas pelo accordam fôrem relativas, como as referentes á diligencias denegadas, suppressão ou mutilação de formulas secundarias, a cousa julgada que a sentença do jury creou não pode ser de modo algum atingida, ficando portanto, o accordam sem cumprimento; si, porém, essas nullidades ou injustiças fôrem absolutas, como si a sentença recorrida foi contra direito expresso, a evidencia dos autos, ou a parte não citada, si a prova em que ella baseou-se, foi reconhecida posteriormente como falsa, si a cousa julgada impedia o proseguimento do processo ou esse impedimento era determinado pela pres-cripção da acção, etc, a sentença homologatória do jury é revogável, mas sómente por meio de pedido de revisão ao Supremo Tribunal Federal. Entende-se, porém, essa distincção, quanto ás sentenças condem-natorias, exclusivamente; pois que aquellas que absolvem os réus definitivamente, jamais poderão ser revogadas, qualquer que seja o pretexto, que, porventura, se invoque (i).

(i) Vide P. BAPT., *Proc.*, §§ 182 e 184; Decr. 848 de 11 de Outubro de 1890, att. 9.º n. III; Const. Fed., art. 81.

SECÇÃO II AGGRAVO NO

AUTO DO PROCESSO

225. Aggravo no auto do processo é o recurso que, para o Tribunal de Justiça, as partes interpõem dos despachos meramente interlocutórios proferidos pelo presidente do jury, quando taes despachos, podendo affectar a decisão final da causa contêm materia que se duvidou ser *de facto* ou de direito.

Chama-se *aggravo no auto do processo*, porque é interposto no processo da causa principal e delle fica tão dependente, que sómente será conhecido pelo juizo *ad quem*, quando tal processo lhe chegue ás mãos; é um recurso meramente nominal, tendo mais força de protesto que de recurso, pois si a causa principal extinguir-se com a sentença da primeira instancia, a sua interposição de nenhum valor ficará.

Despachos meramente interlocutórios são os aggra-vaveis, porque os definitivos ou mixtos têm, na ap-pellação, o meio mais efficaz de uma justa reparação. Nem todos esses despachos, porém, são sujeitos a tal recurso; só os que podem affectar a causa principal em sua ultima decisão e os que contiverem materia não extreme de duvidas sobre sua natureza ou classificação. Dos incidentes de outra sorte e dos que versarem sobre pontos incontestáveis de direito, pode originar-se recurso em sentido stricto, rnas não a especie que ora analysamos.

226. No decurso dos trabalhos do jury, duas ordens de incidentes podem surgir: *a)* incidentes que se limitam á ordem do processo, sua morphology propria e á diligencias julgadas indispensaveis á des coberta da verdade; *b)* incidentes que podem affectar

as deliberações do jury. Os primeiros são decididos pelo juiz; os segundos, si contêm materia de facto, são decididos pelo jury, si de direito, pelo juiz, que tambem os decidirá si a materia fôr de classificação duvidosa.

O Codigo do Processo sómente admittiu recurso para as decisões do juiz nos incidentes da segunda especie, e isso quando «houvesse duvida si a questão versava sobre facto ou sobre direito». Todas as decisões interlocutorias, que, proferidas pelo presidente do jury, não se contivessem nesse especial caso, eram irrecorríveis, como irrecorríveis eram as decisões interlocutorias do jury (i).

O Decreto de 1842, regulando a Lei de 3 de Dezembro de 1841, conservou a soberania do jury, continuando a vedar qualquer recurso de incidente por elle resolvido; mas, quanto ás decisões interlocutorias de seu presidente, declarou que todas ellas poderiam ser remediadas por meio de recurso em sentido estricto (2). Ampliou, pois em tal ponto, para a generalidade das decisões meramente interlocutorias do juiz, um recurso que, antes, era restricto a um caso especialíssimo.

A Lei 2033 de 20 de Setembro de 187 r, que, em materia de recursos, fez varias ampliações e modificações, converteu em agravo no auto do processo o recurso referido na disposição do Codigo do Processo que acima enunciámos, isto é, declarou que «o recurso de que trata o art. 281 do Codigo do «Processo fica convertido em agravo no auto do «processo».

Tem-se ensinado e julgado que essa nova disposição transformou em agravos todos os recursos de-

(1) Cod. Proc., arts. 281 e 285.

(2) Decr. 1842, arts. 438, ns. 9 e 10.

correntes dos despachos que o juiz profere ácerca dos incidentes referidos no art. 281 do Código do Processo, ampliado pelo Decreto citado de 1842; e assim pensando, magistrado de grande nota verberou a reforma feita, porque substituiu um recurso que tinha inconvenientes mas também vantagens, por outro pior, que, na maioria dos casos, nenhum benefício presta e longe está de remover os inconvenientes de um mau julgado (1).

Parece-nos que a interpretação grammatical da citada disposição da lei de 1871 basta para repel-lir essa opinião; e que o estudo detido sobre os intuitos da lei, remove qualquer escrúpulo que ainda tal interpretação, porventura, deixe.

De facto, referindo-se especialmente ao recurso de que trata o artigo 281 do Código do Processo, sem menção alguma ao acto ampliativo do Reg. de 1842 que o legislador conhecia e que era a base principal da nova reforma, parece claro que a lei restringiu a modificação ao caso especial do Código do Processo, isto é, ao caso em que houvesse duvida sobre a natureza da materia incidente, e não quiz que os outros recursos creados em 1842 fôsem alterados. Si seu pensamento fôsse outro, diz escriptor judicioso, a disposição seria concebida nestes termos: «o recurso das decisões proferidas pelo juiz de direito em virtude do artigo 281 do Cod. do Processo, etc» (2)»

Demais, si a reforma de 1871 foi reatar o liberalismo encetado pelo Código do Processo (obra feita sob as mais ardentes inspirações democráticas) e obstado pelas idéas conservadoras que originaram a lei de 1841 (obra de pura reacção), não se com prebende que doutrinando sobre direitos das partes contra o

(1) Vid« Com. QuoAftio, «t. 1» An*» •</&<» •(») Vidt S LIMA, HL «D Dmiu, 18,580.

arbítrio e prepotência das autoridades, substituísse actos que relativamente garantiam esses direitos, por outros de efeitos quasi nullos. Basta citar-se a hypothese aventada muitas vezes sobre o caso de lançamento da parte accusadora, que é incidente de direito contido na classificação do artigo 281 do Código do Processo, para vêr-se quanto o remédio do recurso em sentido estricto é mais poderoso, que o do agravo no auto do processo. A parte accusadora é injustamente lançada do processo, que, entretanto, segue seus termos, porque é também de acção publica o crime que vae ser julgado; mas, não se conformando com a decisão proferida, que no caso é simplesmente interlocutoria, recorre delia para o Tribunal de Justiça. O réu é condemnado, mas protesta por novo jury, porque sua pena era adaptável a esse meio de reparação, sendo no segundo julgamento absolvido, sentença de que nem o presidente, nem o promotor appella. Si do lançamento decretado houver recurso em sentido estricto, o provimento delle, pelo Tribunal de Justiça, chegará a tempo do auctor intervir no 2º julgamento, sendo, portanto, reintegrado nos seus direitos violados pelo injusto lançamento; si houver agravo no auto do processo, nunca terá reparação, porque a causa principal morre na primeira instancia, não podendo delia ter conhecimento o Tribunal de Justiça. Si a interpretação que conduz ao agravo dá logar a enervar o sentido da lei a ponto de tornal-a illusoria, deve ser banida, para dar logar a outra isenta de tal defeito (1). A lei deve ser applicada, tendo-se em attenção os motivos que a determinaram (*ratio legis*); «conhecidos taes motivos, conhecidos estão os efeitos «que ella tem de produzir e para cujo fim fóra feita.» Quando fôr susceptível de varios sentidos e não se

(1) *Hermenêutica Jurídica* de P. BAPT., § 12.

puder encontrar o pensamento que a dictou, ha as seguintes regras auxiliares para sua applicação: deve-se adoptar o sentido que fôr mais conforme á letra da lei, o que estiver mais de accôrdo com a importancia do assumpto e com a equidade, emfim, o que menor mal produza (i).

Pobre é nossa jurisprudência sobre o caso; mas ainda assim, ha decisões favoráveis á opinião que nos parece mais acertada (2).

227. São característicos desse recurso: 1.º versar sobre assumpto de classificação duvidosa, si de facto ou direito; 2.º constar exclusivamente de um termo de interposição, sem que o agravante possa minui tai-o e o juiz contrarial-o, como na primeira especie que analysámos; 3.º seguir sómente para o juizo superior, si os autos principaes tambem seguirem, me diante appellação.

E' voluntário e não suspensivo, como o *recurso*, tendo o mesmo prazo, para interposição, que este tem (3).

228. No juizo inferior, consiste o processo desse remédio processual sómente na interposição do termo de agravo; não se lhe additam documentos ou razões e nem se diligencia para o seu seguimento, pois é um recurso accessorio, cuja vida depende da appellação, porventura, interposta da sentença final (4).

No juizo superior, é materia que deve ser discutida preliminarmente, isto é, antes da appellação. Si

(1) Vide P. BAPT., §§ 31, 32 e 34 da *Hermenêutica*.

(2) Vide *G. Jur.*, 7/155, 10/64.

(3) Decr. 22 de Nov. de 1871, art. 26; MARTINS, *Recursos*, art. 48 e nota.

(4) *Rev. Jur.*, 16/59; *G. Jur.*, 3/76 e 21/273; M. SOARES, *Est. Forenses*, estudo 6.º, pag. 99.

tiver provimento, a appellação só ficará prejudicada, quando o Tribunal decidir pela nullidade do julgamento, pois, si a decisão fôr reconhecendo irregularidades suppriveis ou ordenando diligencias, a appellação será adiada, mas não prejudicada. O relator tem prazo de 20 dias para seus estudos e os revisores, que são dois, o de 10 dias cada um; taes prazos, por motivos justos, poderão ser ampliados até o dobro (1).

SECÇÃO III

APPELLAÇÃO

229. Appellação é o recurso pelo qual as partes ou o juiz provocam a decisão do juiz superior, para que este confirme, infirme ou modifique a sentença definitiva ou de igual força, que fôra proferida.

E' o mais amplo de todos os recursos, aquelle em que as partes encontram erficazes garantias para o restabelecimento de seus direitos, e o juiz o meio de fazer reparar qualquer injustiça commettida. Além do juiz, só quem é parte pode interpôl-a, isto é, quem denunciou ou se queixou movendo o processo desde seu inicio, não cabendo portanto esse direito ao auxiliar da justiça e ao curador do ausente (2). O juiz para quem se appella é o Tribunal de Justiça do Estado. Só as decisões definitivas ou interlocutorias mixtas são susceptíveis desse recurso, pois, as meras interlocutorias, em casos determinados, só têm os

(1) ARARIPE, art. 625, §§ 1.º a 7.º; Reg. Int. Trib. Just. de 6 de Abril de 10,01., arts. 133, 134 e 135.

(2) J. MENDES JUNIOR, cit., 2/138; *Bev. Jur.*, 2/436 e 21/219; V. CASTRO, (*Sent. e Dec.*, 223) Quanto ao curador: *Sev. Mensal*, 15/380, 7/6. Contra o principio exposto: *G. Jur.*, 33/113.

recursos anteriormente enumerados (i); e o Tribunal, na apreciação delias, tanto pode confirmal-as, como alteral-lhes a substancia ou mesmo declarar-as sem validade alguma, revogando-as.

230. A appellação, diversamente do que succede com os outros recursos ordinários, devolve ao juiz superior o inteiro e completo conhecimento do processo, quer na parte *formal*, quer em regra, na *material*; de modo que tem elle plena liberdade, não só para o exame das formalidades do processo desde o seu inicio, como para considerar o facto incriminado em todas as suas faces e em relação com a culpabilidade do delinquente. E' -lhe, porém, vedado decidir sobre factos novos, inteiramente distinctos dos que se constituíram objecto do processo, porque esses factos devem ser preliminarmente depurados na primeira instancia, para que as partes não só possam discutil-os em toda sua amplitude, como não fiquem privadas dos dois gráus de jurisdicção que a lei lhes garante.

Em relação á parte material do julgado, ha, entretanto, duas excepções a essa regra.

a) Recorrendo, *unica e exclusivamente*, o réu, a competencia do Tribunal fica limitada para confirmar, infirmar ou modificar *pata melhor*, não podendo aggra-var a pena que a sentença decretou. E' por exemplo, o réu condemnado no minimo do artigo 303 do Codigo Penal; não se conforma, porém, com essa con-demnação por julgar contraria á decisão do jury, e porisso appella. Uma vez que a parte formal do processo esteja impecavel, não pode o Tribunal reformar a sentença para sujeitar o réu á condemnação média ou maxima do referido artigo; sómente poderá, ou

(1) Lei 1841, art. 78, § 2.º e Decr. 1842, art. 450, n. 2.

confirmar a sentença proferida, ou dar provimento ao recurso para absolver o réu.

A razão desse limite é a seguinte: não tendo havido recurso official do juiz ou do promotor publico, é de presumir que a sociedade, da qual são elles os representantes, tenha prestado sua acquiescencia ao julgamento, entendendo que nem a lei fôra violada, nem a justiça sacrificada; e tendo o réu recorrido a seu beneficio, não se comprehende como o Tribunal *ex-officio* agrave uma penalidade que a sociedade entendeu justa. Seria excesso de competencia, porque esta vae até onde houve provocação da parte, e a provocação, no caso, limitou-se a um ponto, que não pode ser arbitrariamente ampliado. É essa a solução que os escriptores francezes, em sua maioria, dão ao assumpto aventado (i), e aquella que se deduz, em falta de lei processual expressa, da interpretação que PAULA BAPTISTA denomina interpretação por parallelismo (2). O recurso de appellação foi, como o de revista, concedido ao réu para minorar-lhe ou extinguir-lhe a pena; e sendo, ao Tribunal que toma conhecimento do recurso de revista, prohibido legalmente agravar a condemnação (3), por uma razão de idêntica equidade, deve a mesma prohibição prevalecer quando se trate do recurso de appellação.

I Como sempre, vária é a jurisprudência sobre ponto que devera ser por ella, entretanto, elucidado; pois, si ha accordãos no sentido da doutrina que ex-puzemos (4), outros ha que não limitam os direitos do juiz. *ad quem* sobre o conhecimento da causa (5).

(1) BOITARD, cit. n. 723; ORTOLAN, cit. 2/2349; ROGRON, cit. n. ao art. 202 do Cod. cit.

(2) *Hermenêutica*, cit. § 42.

(3) Const. Fed., art. 81, § 2.º; Decr. Fed. 848 de 11 de Outubro de 1890, art.9.º, n. 3.

(4) Vide *Rev. Jur.*, 1/253; V. CASTRO, *Sent. e Dee.*, pags. 284 e 285.

(5) Vide *Rev. Jur.*, 4/167, 8/153.

b) A segunda excepção é a seguinte: si a ap-pellação é *sómente* do auctor particular e tem por fim demonstrar que a sentença do presidente está em des-accôrdo com o veredictum, ou que a pena applicada não é a incorrida, devendo outra punição mais grave ser imposta ao réu, o Tribunal não poderá reformar a condemnação em favor do réu, para o effeito de absolvei-o ou minorar-lhe a pena; só lhe é facultado, ou confirmar a sentença recorrida, ou reformal-a no sentido pedido. A razão é que a sociedade tendo silenciado sobre a sentença pela ausencia do recurso official ou do promotor, o réu tendo annuido á condemnação do modo porque lhe foi imposta deixando-a passar em julgado, limitada ficou a devolução da causa ao juizo *ad quem* sobre o ponto, no recurso, discutido; si mais do que esse ponto examinasse, procederia officiosamente, quando é certo que elle só pode pronunciar-se mediante a provocação das partes ou do juiz prolator da sentença (i).

I Fóra essas duas excepções, que versam sobre o merito da causa, incontestável é o principio exposto de que a appellação devolve ao juizo superior o inteiro e completo conhecimento da causa. De modo que sua liberdade é ampla na *apreciação das formalidades* do processo submettido a seu julgamento, podendo annullal-o, si taes formalidades tiverem sido preteridas (2); e ampla tambem é na *apreciação do facto* incriminado e sua *qualificação, do delinquente* e sua *culpabilidade*, si o recurso lhe é apresentado pelos legítimos órgãos da sociedade. O interesse geral, então, é que predomina, quer seja ou não esse interesse que tenha provocado o remédio processual do recurso; e na apreciação d'elle, livre é ao juiz supe-

(1) BOITARD, cit. n. 723; R00RON, cit. n. ao art. 202.

(2) P. BUENO, n. 332, 334 e 124; *Rev. Jur.*, 1/254.

rior, nullificar o julgado, confirmal-o ou modifical-o para agravar ou melhorar a situação do réu, segundo a lei, a verdade e a justiça (i).

231. No jury, as appellaçSes são voluntárias ou *ex-officio*. As primeiras são as que as partes interpõem voluntariamente, não podendo o juiz por qualquer modo impedil-as (2); as segundas são as que, posto que não tenham o character de necessárias, a lei confia ao zelo dos juizes para bem usarem delias, não sendo licito que as partes as solicitem (3). Na formação da culpa, existe a appellação necessária, da qual o juiz deve usar por dever que a lei lhe impSe, quando julgar improcedente o processo por estar o réu in cluído em qualquer dos casos do art. 27 do Codigo Penal (4).

§ 1.º—Appellação voluntária

232. Quando a sentença fôr interlocutoria mixta, ás partes é licito appellar, quer allegando nullidade do processo, quer injustiça no julgamento. Em relação ás sentenças definitivas do jury, porém, a appellação sómente tem lugar: *a)* quando, no processo, fóram preteridas formalidades substanciaes; *b)* quando o juiz sentenciou em contraposição ao veredictum do jury; *c)* quando a pena imposta ao réu é diversa da estabelecida na lei (5).

233. Quaes são as formalidades substanciaes do processo que, preteridas, dão logar á appellação, lei

(1) *Rev. Jur.*, 1/255; ORTOLAN, cit. 2/2349 J^oBOITARD, cit. n. 723.

(2) *G. Jur.*, 1/516; Decr. 1842, art. 448.

(3) Decr. 1842, art. 448; P. BAPT., cit. nota ao § 223.

H (4) Decr. 4824 de 1871, art. 84; Decr. Est. cit. 123 de 1892, art. 124, letra 1; F. BAPT., cit § 223.

(5) Cod. Proc, art. 301; Lei 1841, art. 78; Decr. 1842, art. 450, n. 4.

alguma processual nossa enumera; e, assim, tendo os juizes tão grande arbítrio, nunca se pode formar jurisprudência sobre assumpto de tanta importancia, antes, julgados existem desprezando nullidades substanciaes, a par de outros como taes considerando ligeiras irregularidades de forma.

Não existindo nas leis processuaes comminações com a clausula expressa de nullidade, só podem ser consideradas formalidades substanciaes aquellas que se referem á substancia do acto e que fóram creadas por interesse de ordem publica; as que têm por fim promover o interesse puramente individual e que visam a maior regularidade apenas na confecção do acto, são formalidades secundarias, cuja inobservância não dá logar ao recurso da appellação. Uma vez preteridas as primeiras, o acto pode ser decretado nullo, até *ex-officio*, não sendo licito ás partes rectificadas e nem ao juiz suppril-as; a preterição das segundas é sanada pelo consentimento expresso ou tácito das partes ou por auctoridade do juiz.

São, por exemplo, formalidades essenciaes do processo criminal: a competencia do juiz e sua insuspeição; a legitimidade das partes e sua capacidade; a ordem legitima do juizo, devendo o processo ser iniciado pelos meios indicados na lei, tendo por base o corpo de delicto, encaminhado pela inquirição de testemunhas em numero legal, reconhecido por despacho de pronuncia, caracterizado definitivamente pelo libello accusatorio; os actos preliminares e definitivos do julgamento do jury, como o sorteio em época propria, as intimações que lhe succedem, o preparo regular do processo, a reunião do jury na época prefixada, a chamada dos juizes e interessados no julgamento, a escolha dos jurados tirados a sorte para comporem em numero legal o conselho, o juramento

deste, o interrogatorio do réu, debates, provas, quesitos, julgamento secreto, sentença do presidente do tribunal, incomunicabilidade dos jurados e publicidade de todos os actos do julgamento na sala publica. São, por exemplo, formalidades secundarias: o auto de qualificação do réu, cuja identidade seja incontestável; a falta de assignatura do juiz ou queixoso no termo que, do juramento deste certificado pelo escrivão, fôr lavrado; a denegação do prazo pedido pelo réu no interrogatorio para produzir sua defeza, si esta nenhum prejuízo soffreu; o offercimento do *li-bello*, pelo accusador particular, após o prazo que a lei estabelecia, si o réu não reclamou em tempo; o julgamento do réu sem ter-se-lhe dado prazo para defeza, si esta foi completa; a junção aos autos do edital do sorteio; o toque de campainha, de que falia o Codigo do Processo (i), annunciando a abertura da sessão; a verificação de cédulas pelo juiz ou escrivão; a leitura da lei sobre impedimentos e suspeições, para o sorteio; a falta de alguma assignatura no termo de juramento do conselho, uma vez que esse juramento esteja evidentemente provado (2); a consulta ao jury sobre o não comparecimento de testemunhas, uma vez que nenhuma reclamação houve em tempo; o resumo dos debates (3); a leitura publica dos quesitos, após a sua confecção; a leitura do *verdictum* perante o réu, etc.

Impossível seria enumerar todas as formalidades absolutas ou relativas; «conta-se que IMOLA, depois de escrever trinta paginas *in folio* de classificações e limitações de nullidades, afinal desanimou com o trabalho e concluiu pedindo ao papa uma interpretação

(1) Cod. Proc. 238; Reg. 1842, 344.

(a) P. BUENO, n. 232.

1(3) J. MENDES JUNIOR, 3/369.

legislativa desse grave problema» (i). Basta o criterio exposto; ha nullidade insupprivel, si o acto ficou affec-tado em sua natureza, porque a solemnidade que se preteriu era substancial á sua existencia, ou porque o interesse nelle envolvido era de ordem geral; ha irregularidade supprivel si, ao contrario, o acto preterido visava interesse individual e tendia á maior garantia e facilidade das partes. Por esse criterio devem ' ser repellidos os recursos meramente protelatorios com que se pretenda annullar julgamentos validos, só porque um ou outro descuido houve incidentemente, em qualquer dos actos praticados. A nullidade é sempre um mal; decretal-a para a reintegração do direito violado é um dever do juiz; mas prodigalisal-a arbitrariamente, é um perigo para a sociedade e uma grande orTensa aos interesses individuaes.

234. O segundo caso de appellação voluntária dá-se quando o juiz decide em desaccôrdo com o veredictum do jury. Já vimos que a sentença do juiz é homologatória da proferida pelo conselho de jurados, não podendo delia divergir, por maior que seja o erro ou a injustiça que porventura contenha, salvo si o veredictum contiver o reconhecimento de factos não incriminados pela lei, ou, quando o sejam, não aventados no processo. Desde que estabeleça-se a dissonância entre uma e outra decisão, o fim da lei não está preenchido e a parte, em defeza de seus interesses, pode reclamar do juiz superior a correcção do erro praticado. O jury, por exemplo, reconheceu que o réu não roubou, mas só furtou e a sentença condemnatoria é proferida como si roubo houvesse; affirmou a existencia da legitima defeza com todos os seus requisitos, ou negou a pratica do delicto ar-

(i) F. SANTOS, *Proj. Coã. Civ. Braz.*, cominem, ao art. 259, vol. 1.º

guido, e entretanto o réu é condenado; negou as dirimentes propostas e reconheceu os quesitos de ac-cusação, e o réu é absolvido: em todos esses casos, vê-se que entre a opinião do jury e a decisão proferida ha divergência tão profunda, que não poderia ficar prevalecendo, sem grave damno á causa da justiça, á soberania do jury e ao interesse das partes.

235. O terceiro e ultimo caso de appellação das partes dá-se quando o presidente não applica ao facto, a pena que a lei decretou. O facto aqui é reconhecido pela sentença homologatória, ao contrario do que se dá no segundo caso exposto; o juiz não decide cousa diversa ou opposta á declaração do jury; na ap-plicação, porém, da pena commette um erro que traz damno, ou ao réu ou ao autor do processo. O jury reconheceu que o réu maior de 9 e menor de 14 annos commetteu o delicto com discernimento, e o juiz, em vez de obedecer ao disposto no artigo 30 do Codigo Penal, condemna-o na peria do crime reconhecido; dá ao réu circumstancias aggravantes que, por sua intensidade, preponderam sobre as attenuan-tes, e o juiz applica a pena no médio ou sub-medio, ou, vice-versa, reconhece attenuantes que obscurecem o valor das aggravantes, e a pena decretada é a do sub-maximo: essa errónea applicação da pena aos factos reconhecidos, precisa de um correctivo para que a justiça não seja sacrificada, e esse correctivo está na appellação de que as partes podem usar (1).

236. O processo da appellação é, no juizo inferior, o seguinte: a parte a interpSe no prazo de 8 dias, a contar da intimação ou publicação da sen-

ti) P. BUENO, cit. BS. 332 a 334; ROORON, cit. art. 410 e comment.

tença; o escrivão tomal-a-á por termo nos autos com testemunhas e fará a parte contraria sciente do recurso interposto; será facultado ás partes o prazo de 10 dias a cada uma, para arrazoarem, e os autos serão remetidos ao Tribunal de Justiça no prazo de 4 mezes, em original si houver um só réu ou mais de um recorrente, ou em traslado si um só fôr o appellante, tendo o processo de proseguir quanto aos outros réus. O prazo de appellação é restringido a dois dias, si o appellante fôr o promotor publico e a decisão não fôr unanime, em crime de pena superior ou igual a vinte annos de prisão, conforme a classificação da pronuncia (i). O termo de appellação é o complemento desta (2) e deve ser lavrado el assignado dentro do prazo legal exposto; si, porém, não fôr cumprida essa formalidade por negligencia ou má fé do escrivão, ou si o recorrente fôr o promotor publico que recusou-se a assignar o termo, nem por isso o recurso ficará prejudicado* A razão é que as partes não podem ter seus direitos prt-judic.uk». pelas omissões ou prevaricações dos funcionarios do juizo; o promotor, uma vez que manifeste o recurso, já não pode mais d'elle desistir (3), o que não acontece com a parte que deve zelar pela realisação de seus direitos sob pena de se considerar que fóram tacitamente renunciados (4). A intimação á parte contraria é necessária para que ella se defenda perante o juizo *ad quem* (5). As partes podem sustentar o seu recurso, tanto no juizo *a çuo*, como na * superior instancia (6). A interposição do recurso pode s« r feita

(1) Lei 2033 de Setembro de 1871, art. 17, § 5.*; Decr. 4824 d'e 1871, arts. 61 e 62; P. PESSOA, cit. n. 3.309.

(2) J. MONTURO, cit. 3/nou 1.* ao § 223. H
(3) ROGKON, cit. cominem, ao art. 418.

(4) *Xiv-Jur.*, 1/258.

(5) ROORON, cit. comment. ao art. 418.

(6) Art. 125 do Reg. do Trib. de 6 de Abril de 1901.

em qualquer dia e momento, mesmo á noite (i). A apresentação dos autos fóra do prazo legal, sem culpa da parte recorrente, não prejudica o recurso, mas sómente traz responsabilidade ao funcionario que tão mal cumpriu o seu dever (2). "

No Tribunal de Justiça, o processo será o seguinte: arazoada a appellação pelas partes, si antes não houver sido, serão ouvidos o Procurados do Estado e o curador a lide do réu incapaz (si o fôr); o relator fará a exposição escripta da causa, que será examinada successivamente pelo Ministro que se seguir e pelo immediato, sendo approvada ou rectificada; o processo depois será, em sessão publica, discutido por todos os Ministros presentes e decidido por maioria de votos, determinando o empate decisão favorável ao réu (3).

O Tribunal, recebendo o processo por appellação voluntária, verifica: *a)* si ha nullidade substancial ou não, provendo o recurso no primeiro caso, denegando-o no segundo: *b)* si houve dissonância entre a sentença e o veredictum ou erro na applicação da pena, negando provimento si a sua decisão fôr accôrde com a do juiz, reformando esta para tornar effectivo o cumprimento da lei e applicar a pena devida, em caso contrario (4).

Quando, por nullidades decretadas, o processa tenha de ser submettido a novo julgamento, novos jurados devem constituir o jury julgador, mas o presidente poderá ser o mesmo juiz que serviu na anterior sessão; porque este, ao contrario dos jurados

(1) ROGRON, cit. comment. ao art. 417.

(2) Decr. 4824, de 1871, art. 56.

(3) Reg. 6 de Abril de 1901, arts. 124 a 132.

(4) P. BUENO, n. 335.

anteriores, não manifestou por qualquer modo sua opinião ou parecer sobre a causa (i).

Da sentença do segundo jury, poderá haver nova 'appellação, tanto das partes, como *ex-officio* (2).

Si o réu que appellou, fugiu, enquanto novamente não fôr preso, ficará sustado o recurso inter-l posto, quer tenha ou não sahido do juizo inferior (3).

237. A appellação voluntária tem sempre o effeito devolutivo, porque o processo é em todo e qualquer caso devolvido ao superior tribunal a quem se appellou; mas, em certos casos, além desse effeito, ha o suspensivo, isto é, a execução da sentença ficará suspensa até o julgamento do recurso.

Nas sentenças absolutórias, a regra é que a appellação voluntária produz unicamente o effeito devolutivo; por excepção, tem os dois effeitos, quando a interpSe o promotor publico, uma vez que o crime porque responde o réu tenha penalidade de 20 ou mais annos de prisão celllular e a absolvição não seja unanime (4). Para que estes dois effeitos tenham logar, verificar-se-á o delicto pelo despacho de pronuncia (5).

Nas sentenças condemnatorias, a regra é que a appellação produz os effeitos devolutivo e suspensivo (6); entretanto, si a pena fôr pecuniária ou de prisão, a sentença será observada, pois no primeiro

(1) Decr. 1842, art. 457; P. PESSOA, comment. ao Cod. Proc notas 333z a 333d; *G. Jur.*, 3/60.

(2) P. BUENO, n. 338.

(3) Av. 23 de Março de 1855, ^{em} AKABIPE, art. 640, § 4.º; Ro-I GRON, cit. art. 421.

(4) Lei 1871, cit. art. 17, § 5.º; Decr. 1871, art 61.

(5) Decr. 4824 de 1871, art. 62.

(6) Lei n. 18 de 21 de Nov. de 1891. art. 67, n. 4.

caso (i), o réu é obrigado e até coagido a depositar a importância da condenação, e no segundo é obrigado ou a recolher-se á prisão ou a prestar fiança nos casos em que pôde fazel-o (2). A fiança é per-missível em qualquer estado da causa (3); o criterio para concedel-a não é o da classificação feita na pronuncia, mas o da classificação feita na sentença do jury, appellada (4).

§ 2.º—Appellação «ex-officio»

238. Appellação *ex-officio* é a interposta pelo presidente do jury, espontaneamente, quando se con-vence de que o veredictum proferido sobre o ponto principal da causa é contrario á evidencia resultante dos debates, depoimentos e provas (5).

Deve ser o producto da convicção do juiz; ninguem pôde solicial-a e muito menos impol-a (6).

239. Duas são as condições para sua procedên-cia: 1.* completa antinomia entre o que está provado e o que for decidido; 2* referir-se essa divergência ao ponto principal da causa.

I Quanto â primeira, está claro que o intuito do legislador foi evitar que a liberdade concedida ao jury para decidir por sua livre convicção, se degenerasse em abuso; e, porisso mesmo, só quando o jury negar o que está evidentemente demonstrado, patente, claro, e manifesto, é que está preenchido o requisito neces-

(1) Penas pecuniárias sómente, vide arts. 159, 237, 307, 308, 311, 348. 3S«. 353. 355. 375. 378, 383, 386, 387, 388 e 389 do Cod. Penal.

(2) Art. 406 do Cod. Penal; *G. Jur.*, 18/272.

(3) Lei 1871, art. 14, § 6.º; MACHADO, *Fiança*, pags. 72 a 79.

(4) Decr. 1871, art. 37 *in fine*.

(5) Lei 1841, art. 79, § 1.º; Decr. 1842, art. 449, § 1.º

(6) Decr. 1842, art. 454, 2.ª parte.

sano. Si houver duvidas sobre a apreciação das provas, usar do recurso é abuso de poder que deve ser reprimido. Absolvendo, por exemplo, um réu que livremente confessou seu delicto sem desculpar-se, con-demnando aquelle que patenteou por provas inconcussas sua defeza, o jury ou erra, ou procede com manifesta injustiça proposital; mas, si essa confissão foi qualificada ou si essas provas não são tão firmes que possam produzir uma convicção sincera, qualquer que seja a decisão do jury não poderá ser increpada de arbitraria ou abusiva, para ser corrigida.

I Quanto á segunda condição, quiz a lei que remédio tão importante fôsse administrado para o grave mal que resulta de um veredictum errado ou injusto sobre pontos capitães do processo; pois, si fôrem pontos accessorios os prejudicados, embora haja erro ou haja injustiça notória, o mal resultante não será irreparável. Si o jury nega que o réu matou quando ha até confissão selemnemente feita de auctoria, a absolvição será a consequencia desse veredictum, ficando a sociedade sem a reparação devida; si porém, nega mesmo contra a evidencia, que a morte deu-se com premeditação, haverá pena menor para o réu, mas será este condemnado, reintegrando-se a sociedade na segurança que o direito de punir garante (i).

240. No juizo inferior, esse recurso deve preencher as seguintes condições: o presidente interpol-o-á logo após a leitura publica do veredictum feita pelo jurado incumbido dessa missão, ainda antes de lavrar a sentença, em cujo final deve referir-se ao recurso, sendo tudo certificado pelo escrivão respectivo; no prazo de 8 dias, fundamentará seu acto e si estiver

(i) Lei 1841, art. 79, § i.º; Decr. 1842, art. 449, § I.*; P. BUENO, cit. n. 336; ROOKON, cit. a. 352.

impedido de fazel-o ou já estiver por outro substituído, os fundamentos do recurso serão dados pelo seu successor legitimo; ás partes tambem é licito arrasoarem confirmando ou contestando as razSes do juiz; o escrivão no prazo de 4 mezes, a contar da interposição, remetterá os autos ao Tribunal de Justiça, em original ou traslado, dando-se este ultimo caso si houver mais de um réu e o processo tiver de proseguir no juizo *ad quem* em relação aos outros (1). O modo do juiz manifestar o recurso é pela palavra—*appello*—, sendo-lhe vedado fazer considerações que possam porventura magoar a susceptibilidade dos jurados, ou expor fundamentos que só ao juiz *ad quem* compete apreciar. Uma vez interposto o recurso, a auctoridade ou seu substituto, delle, já não póde desistir (2); e isso não só para evitar abusos, como tambem porque a sociedade, em cujo nome foi o recurso interposto, adquire o direito de vêr a causa sujeita ao exame de um poder superior, direito que não póde ficar a mercê dos caprichos do funcionario. As razOes do juiz devem versar sobre o factio discutido e as provas apresentadas ao jury, não lhe sendo licito junctar documentos colhidos em outros autos após o julgamento (3), pois a apreciação deste é feita pelos elementos que os jurados tinham, e não pelos que podiam ter para melhor esclarecimento dos factos.

No juizo superior, o processo é idêntico ao das *appellaçSes* das partes, devendo o Tribunal conhecer primeiramente da observância das fórmulas processuaes, para depois entrar no conhecimento do recurso (4).

(1) Lei 1841, art. 79; Decr. 1842, arts. 449 e 454; P. BUENO, n. 338; P. PESSOA, cit. notas 3288, 3289 e 3328; Av. 13 de Julho de 1843, em ARARIPE, art. 637, §§ 1.º a 3.*

(2) Av. 13 de Julho de 1843, em ARARIPE, art 637, § 2."

(3) *Rev.Jur.*, 6/351.

(4) Decr. 1842, art. 456; P. BUENO, cit. n. 338.

Si tiver provimento o recurso, o juiz, tendo manifestado sua opinião sobre a causa, já não pode mais nella funcionar como presidente do tribunal, podendo, entretanto, preparar o processo até o julgamento (1); também no novo jury, outros devem ser os jurados, pois os primitivos ficam em sua totalidade feridos de justa suspeição (2). Outra *appellação ex-officio* não poderá ser interposta, qualquer que seja a segunda decisão do jury; ás partes, entretanto, ficam livres as *appellações* que lhes são permittidas (3).

241. Si a sentença é condemnatoria, os effectos) da *appellação ex-officio* são identicos aos da voluntária; si é absolutória, o seu effecto será também só devolutivo, salvo si a decisão do jury, não sendo unanime, fôr de crime inafiançavel. Esta excepção é o unico ponto de divergência entre a *appellação* da parte e a do juiz: a deste suspende a execução da sentença absolutória, não unanime, em todo e qualquer crime inafiançavel, ao passo que a daquella só produz effecto suspensivo quando o promotor é quem *appella* e quando o crime era de pena igual ou superior a 20 annos de prisão (4).

242. Já mostrámos que, apesar de todo delicto causar um damno social e não ser a punição o exercicio de uma vingança, mas a defesa da segurança da collectividade, delictos existem em que só a parte of-fendida tem intervenção, e isso porque o interesse menor que tem a sociedade na repressão desses delictos, póde ser sobrepujado, pelo interesse maior que

(1) Decr. 1842, art. 457; *G. Jur.*, 19/128; *S. P. Jud.*, 1/325.

(2) Decr. 1842, art. 457.

(3) Lei 1841, art. 82; P. BUENO, a. 338.

(4) Art. 406 do Cod. Penal; Lei 20 de Set. de 1871, art. 17, § 4.º, e Decr. 1872, art. 60.

tem a pessoa lesada em não dar ao facto uma publicidade perigosa, conforme a expressão de CARRARA(1). Taes delictos, ensina J. MENDES JUNIOR, são os mencionados no artigo 408, § 2.^o, n. 2 - violência carnal, rapto, adultério, parto supposto, calúnia e injúria; a sociedade nelles não intervém, nem mesmo como auxiliar, salvo si occorrer qualquer dos casos do artigo 274 do Código Penal (2).

Si um desses delictos da competência do jury fôr julgado contra a evidencia das provas em ponto essencial, o presidente do tribunal não poderá, manifestamente, usar da appellação *ex-officio*.

Desde que a sociedade deixou ao arbitrio da parte o inicio, o proseguimento, a conclusão da causa, não póde, por um funcionario que a representa, usar de um direito que só ao ofendido interessa. A sociedade, em taes casos, movimenta-se, por provocação; espontaneamente, nunca, porque o seu acto poderia até ir de encontro aos desejos da parte interessada, quando é certo que a vontade desta é a que no processo predomina (3).

243. Algumas legislações estaduaes têm supprido a appellação *ex-officio*, e grande tem sido a lucta travada pelos escriptores, para ser abolido esse re-1 curso, que julgam contrario á indole do jury.

De facto é elle extremamente perigoso, fere abertamente a soberania do jury e póde, sem difficuldade, ser tido como inconstitucional. Perigoso, porque a evidencia para o juiz togado que se habitua a olhar as provas pelo seu valor legal, póde ser diversa da evidencia para o jury, que decide de consciencia, atten-

(1) CARRARA, cit. §§ 548 e 549.

(2) J. MENDES JUNIOR, 2/ns. 291 e 292.

(3) P. BUENO, n. 338.

dendo apenas ao valor moral das provas, podendo basear-se até no proprio testemunho de um de seus membros; e dessa desconformidade, poderá resultar um recurso que, longe de satisfazer, prejudique a justiça e o pensamento da lei, tanto mais quanto a opinião de um juiz togado é sempre acolhida com respeitosa consideração. Fere a soberania do jury, porque dá a seu presidente, o direito de fiscalisar o proceder desse tribunal, vetando sentenças ou approvando-as, isto é, colloca-o como superior hierarchico de uma corporação autónoma, independente, livre, cujos actos, em regra, só na consciencia dos jurados e na opinião publica, devem encontrar applausos ou reprovações. E' inconstitucional, porque a Constituição de 1824 (1), cujo artigo 152 foi mantido pela de 1891 (2), estabelecia que o facto só poderia ser apreciado pelo jury, cabendo ao juiz exclusivamente a applicação da lei, disposição transplantada para nossa lei de organização judiciaria (3); e o recurso impugnado envolve exame e apreciação de materia de facto, para decidir da justiça ou injustiça da decisão, já pelo presidente que interpôz o recurso, já pelo tribunal onde vae haver o julgamento provocado. No antigo regimen, tal recurso sempre foi considerado contrario á disposição constitucional, tendo até FIGUEIRA DE MELLO, diante de tantos projectos que tendiam a restringil-o, proposto como mais lógico que se o supprimisse, porque só servia para amesquinhar a instituição do jury. Hoje aos juizes e tribunaes compete apreciar a validade das leis e regulamentos, deixando de applicar os que fôrem manifestamente inconstitucionaes, faculdade que tanto compete á Justiça Federal, como á Estadual (4);

(1) Carta Coost. de 25 de Março de 1824, arts. 151 e 152. (J) Const. Fed. de 24 de Fev. de 1891, art. 72, § 31; Const. Est. S. Paulo de 14 de Julho de 1891, arts. 44 e 57, § XVIII.

(3) Decr. Est. 123 de 1892, art. 129.

(4) J. MONTEIRO, cit. i/n. 6 ao § 49; C CARVALHO, cit. art. 59. -"^\

e a disposição facultativa da appellação *ex-officio* sendo clara, evidente, manifestamente inconstitucional, póde, porisso, deixar de ser applicada pelos juizes que presidem o jury.

Desde que haja cuidado na organização da lista dos jurados, dando-se tão elevada missão tão sómente aos que têm capacidade moral e intellectual; desde que se exerça severidade na fiscalisação do proceder dos jurados, excluindo-se os que não corresponderem á expectativa da junta revisora e responsabilizando-se criminalmente os que incorrerem em disposições pe-naes expressas no Codigo (i); desde que o juiz que preside o tribunal saiba elevar o jury, estimulando os jurados ao cumprimento de seus deveres e fornecendo-lhes o exemplo de uma moralidade severa e de uma exemplar correcção—o jury póde, sem duvida, commetter erros, mas difficilmente praticará abusos, no exercicio de sua ampla liberdade.

SECÇÃO IV

PROTESTO

244. Protesto é o recurso pelo qual o réu, em casos determinados por lei, pede ao jury que novamente o julgue, com o intuito de vêr reformada a sentença que, no anterior julgamento, o condemnou.

245. Dois são os unicos casos desse recurso: a condemnação a vinte ou mais annos de prisão e a que, sendo de mais de seis annos tambem de prisão, foi proferida por menos de dois terços de votos, isto é, por sete votos (2). A gravidade da pena no

(1) Cod. Penal, arts. 207, n. 8, e 216.

(2) Lei Est. n. 18 de 21 de Novembro de 1891, art. 67; Lei Est. n. 80 de 25 de Agosto de 1892, art. 1.º, § 11.

primeiro caso e a fraca maioria que determinou a sentença no segundo, levaram o legislador a facultar ao réu um novo julgamento por seus pares, no qual poderá melhores esclarecimentos prestar sobre os factos que tendem á demonstração de sua innocencia.

246. São traços característicos desse recurso: 1.º pertencer exclusivamente ao réu e portanto só versar sobre sentença condemnatoria; 2.º dirigir-se não a tribunal diverso do que julgou, mas ao proprio tribunal do jury, como uma contraprova do julgamento anterior; 3.º constar de um unico termo sem outra qualquer formalidade; 4.º não poder ser repetido, posto que não impeça os outros recursos ao réu; 5.º neu-tralisar todos os outros recursos usados pelas partes e juiz (1).

247. O protesto pode ser feito, verbalmente no jury, ou por petição escripta, até oito dias depois da sentença (2); fica constatado unicamente por um termo assignado pelo juiz e réu, lavrado no processo, sem que razões do juiz ou do recorrente o acompanhem (3); fará com que o réu seja julgado na sessão seguinte e no mesmo logar do primeiro julgamento, salvo o caso de impossibilidade (4).

Os jurados e o presidente do tribunal que proferiu o primeiro julgamento, são impedidos de funcio-nar no segundo. Os primeiros têm sua opinião já conhecida e pouco provável é que no novo julgamento

(1) Vide: Lei 3 de Dez. de 1841, art. 87; Reg. 31 de Janeiro de 1842, art. 462; Lei 1841, cit. art. 88; Reg. 1842, cit. art. 504; Av. 18 de Outubro de 1848, em ARARIPE, cit. art. 650; P. BUENO, cit. ris. 340 a 342; 11. 218 desta obra; J. MENDES JUNIOR, 3/390.

(2) Decr. 1842, cit. art. 463.

(3) Aviso de 23 de Março de 1855, em ARARIPE, art. 648, § a."

(4) Decr. 1842, art. 463; Lei 1841, art. 87; Decr. 22 de Nov. de 1871, art. 25; Ns. 24 e 71 desta obra.

queiram modificá-la tão profundamente como desejara o réu, havendo, por isso, uma razoável suspeição sobre sua imparcialidade; o segundo não manifestou, é certo, sua opinião, mas o intuito da lei, sendo facultar ao réu uma contraprova de seu julgamento, o excepcional recurso foi cercado da máxima garantia, sendo afastados todos quantos no primeiro julgamento, exerceram influencia directa ou indirecta sobre os destinos do réu (i).

248. O critério para esse recurso ser admittido está na pena que o *Codigo efectivamente* estabelece para o *caso occorrente*. De sorte que: *A*) si a pena do crime fôr, por exemplo, de vinte ou mais annos de prisão, mas tiver de ser imposta com deducção da terça parte ao réu, como nos casos dos artigos 63, 64 e 65 do *Codigo Penal*, o protesto não poderá ter logar (2); *b*) si fôr de menos de seis annos, mas pela circumstancia accidental prevista no artigo 409 do mesmo *Codigo*, tiver de ser augmentada, de modo a exceder esse tempo, não haverá tambem protesto, porque o critério é a pena effectiva e não a que por accidente é applicada, tanto mais quanto é certo que essa pena accessoria pode desaparecer com a extincção da causa que a determinou (3).

249. Incontestavelmente nullo é o segundo julgamento do réu, quando o protesto, que o determinou, foi interposto e acceito fóra dos casos taxativos da lei. Mas, si o réu foi absolvido ou condemnado em

(1) Decr. 1842, arts. 457 e 463 ; Lei 1841, art. 81.

(2) ARARJPE, bit. art. 649.

(3) *G. Jitr.*, 12/203: *Rev. Mensal*, 5/200.

O Tribunal de Justiça deste Estado, ultimamente tem decidido que, sómente por occasião de executar-se a sentença do jury, è que a conversão referida no art. 409 do *Cod. Penal* póde ser realisada. Vide *S. P. Jvd.*» 1/78. 176, 319. 323. 488; 2/S8, 60, 171; 3/60, 310.

menor pena que no primeiro julgamento e neste caso fôr seu o recurso voluntário, o Tribunal de Justiça poderá ainda annullar esse segundo julgamento? Sem duvida que sim, porque as infracções das leis prohibi-tivas, tornam inexistentes os actos praticados; e a lei processual, facultando o recurso de protesto a dois unicos casos, prohibe-o em relação a todos os outros de diversas condições (i). A maxima—é prohibido reformasse para peor—que enunciámos e adoptámos, em logar opportuno, refere-se ao exame material da causa e sua -definitiva decisão; mas, antes da parte material, o Tribunal tem o dever de examinar a formal, e sómente quando esta foi observada em sua integridade, é que aquella pode ser discutida (2).

SECÇÃO V

REVISÃO

250. Revisão é o meio processual de que o condemnado, sua familia ou a sociedade póde usar, perante o Supremo Tribunal Federal, afim de ser decretada a nullidade ou a reforma para melhor, das sentenças condemnatorias das justiças dos Estados, nos casos determinados por lei.

251. Os casos determinados por lei são os seguintes: nullidade absoluta ou de pleno direito no processo, já porque formalidades essenciaes tenham sido preteridas, já pela incompetencia ou suspeição do juiz; falsidade das provas, peita ou suborno do juiz, posteriormente verificados; sentença proferida em antinomia com o direito expresso, com a evidencia dos autos,

(1) *Rev. Jur., zjzgo; S P. Jud., 1/329, 3 221 e 414. H (z) P.*
BOENO, ns. 333, 334 e 336; Lei 1841, art. 81; Decr. 1842, 456; vid.n. 230 desta obr*.

ou com outras sentenças sobre o mesmo crime; descoberta de provas da innocencia do condemnado, posteriormente ao julgamento (i).

252. A revisão é mais que um recurso : é uma acção *sui-generis* que tem por objecto, não decises sem força executória, mas a cousa julgada (2). Não pertence ás partes, indistinctamente: o accusador particular não póde interpol-a, porque a lei a creou em beneficio do réu. A sociedade póde pedil-a, quer pelos órgãos do Ministério Publico, quer por qualquer pessoa que não tenha sido parte no processo (3). O Tribunal, julgando, nunca poderá agravar as penas impostas, sim confirmal-as ou minoral-as (4). Não ha praso para a interposição desse recurso e nem depende ella de estar o réu preso e a sentença em execução (5). Póde ser usado exclusivamente como meio de rehabilitação do réu ou de sua memoria, de sorte que é admissivel mesmo que o réu tenha já fallecido (6), ou tenha recebido perdão ou indulto (7), ou cumprido a pena total (8), e embora esteja ausente (9); a

(1) Const. Fed., arts. 81 e §§; Decr. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 9.º, n. III; J. MENDES, cit. 3/390. Parece que, nesses casos, estão com-prehendidos estes outros dois da Lei Federal n. 221 de 20 de Nov. de 1894; a) sentença condemnatoria em contradicção com outra em que fóram condem-nados como auctores do mesmo crime; b) descoberta de não ser real o crime de homicídio, pelo qual foi o réu condemnado, por estar viva a pessoa que era tida por assassinada.

(2) A. MILTON, *Const. Federal*, comment. ao art. 81.

(3) Vide Decr. cit. n. 848 comb, com o art. 81 da Const. Federal; Decr. Fed. 221 de 20 de Nov. de 1894, art. 74, § 2.º; Decr. Est. n. 123 de 10 de Nov. de 1892, cit. arts. 135 e 137.

(4) Const. Federal, cit. art. 81 e § 3.º; Decr. Fed. 848 cit., art. 9, n. 3; Decr. 221 cit., art. 74, § 7.º

(5) Const. Federal, art. 81; J. MENDES, cit 3/390.

(6) *Rev. Jur.* 6/40; MILTON, cit. pag. 481, citando Acc. do Sup. Trib. Fed. de 6 de Fevereiro de 1895.

(7) *Rtv. Jur.* 4/168; MILTON, cit. pag. 482, citando Acc. do Sup. Trib. Fed. de 5 de Outubro de 1895.

(8) MILTON, cit. pag. 481; Acc do Sup. Trib. Fed. de 6 de Fev. de 1895.

(9) *Rtv. Jur.* 6/40.

sua repetição é lícita, desde que novas provas o acompanhem (1); podem, nella, ser aventados e provados factos que não constem do processo julgado (2),

253. Simplex é seu processo. A parte, munida de certidão authentica das peças principaes da causa, bem como de outros quaesquer documentos que julgar indispensaveis para demonstração da verdade (3), dirigir-se-á por petição escripta e devidamente assignada ao Supremo Tribunal, implorando a reintegração da justiça que os julgamentos anteriores sacrificaram.

O Tribunal examinará detidamente o pedido e prova, quer seja esta nova ou já tenha sido apresentada, e, terminado esse exame, proferirá sua decisão, ou ordenará que informações e documentos sejam fornecidos ou diligencias realisadas pelo juiz ou tribunal recorrido, para proferir definitivamente o accordam solicitado. Ao decidir definitivamente o recurso, pôde o Supremo Tribunal, despresando o recurso, confirmar o julgamento do réu; tomando conhecimento do merito da causa, minorar a pena imposta, ou mesmo extin-guil-a, proclamando a innocencia do réu; reconhecendo preterição de formalidades substanciaes, annullar o processo ou o julgamento, de modo que a novo jury seja submettido o réu (4). Neste ultimo caso, porém, já é ponto corrente que, embora haja preterição de formulas substanciaes do processo, não será este an-nullado, si tal nullidade não aproveitar ao réu, por ter elle cumprido já a sentença que lhe foi imposta (5).

(1) *Rev. Jur.*, 10/349 e 14/40; MILTON, cit. paga. 481 e 482.

(2) Decr. 848 de II de Outubro de 1890, art. 9.º, 11. III, § 4.º

(3) Vide Decr. 221 de 1894 cit; J. MENDES JUNIOR cit.; Reg. Int.l do Sup. Trib. Fed., de 8 de Agosto de 1891.

(4) Decr. 848 de 11 Ue O.t. de 1890, art. 9.º, §§ z.º e 3.º; Lei 221 de 20 de Nov., de 1894; Reg. do Supr. Trib. Federal; Decr. 3084 de 5 de Nov. de 1898; Cod. Penal, art. 86; J. MENDES, cit. 3/390. (5) *Rev. Jur.*, 2/5-

Sendo o Supremo Tribunal o corrector dos erros dos outros tribunales, só é permissivel a revista de sentença destes; das que fôrem por elle proferidas, só caberá embargos de declaração, mas não o recurso de revisão (i).

254. A reabilitação é o effeito importante do recurso de revista, Uma vez que o Supremo Tribunal tenha reconhecido a innocencia do réu. Consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido por força da condemnação: o poder judiciário apaga a condemnação e restitue a victima da injustiça social, a capacidade jurídica de que foi privada.

Da reabilitação resultam os seguintes corollarios: i.º o réu reabilitado, commettendo outro delicto da mesma natureza, não póde ser considerado como reincidente; 2.º pelos prejuízos e danos que soffreu com a injustiça social, póde exigir uma indemnisação do Estado ou do particular, conforme a acção tiver sido publica ou privada, salvo si a condemnação foi devida a acto ou falta sua, ou si a sentença passou em julgado por falta de recursos ordinários (2).

255. Pelas considerações expostas, bem verifica-se a distincção que existe entre a reabilitação permittida em nosso direito, da concedida pela legislação franceza. Para nós, o seu fim foi não só fazer cessar os effeitos da pena, como tambem a propria pena soffrida pelo condemnado; para os francezes, a reabilitação sómente attinge os effeitos da penalidade imposta, pois é «o acto pelo qual um condemnado que *soffreu* sua

(1.) *Rev. Jur.*, 13/213; Reg. Interno do Supr. Trib., art 106. (2) Cod. Penal, art. 86, § 2.º; C CARVALHO, *Consol.*, art. 1022, §§ »•* a 4."

«pena é restituído a seu primitivo estado e tornado «hábil para exercer os direitos, dos quaes se tornou «incapaz» (i). No nosso direito 6 o innocente que rehabilita se, pelo solemne reconhecimento da injustiça de que foi victima; no direito francez, é o culpado que cumpriu a pena justamente imposta que, na reabilitação social, vae encontrar um poderoso estímulo para corrigir seus vícios e um premio de valor inestimável á regeneração de seus costumes.

FIM

(i) Cod. Instr. Fe, art. 619; commentario de R00RON; GARRAVD, 3/M.

ÍNDICE ANALYTICO

TITULO I Jury e pessoal que o compo

CAPITULO I

Jwtf

1	Definição	1
2	Característicos do jury	2
3	Sua competência	3
4	Sen histórico	6
5	Soa manutenção na Republica	7

CAPITULO II

Pessoal do Jury

SECÇÃO I

JURADOS

7	Quero pode ser jurado	11
8	Quem não o pode ser. ..A.	12
9	De que modo faz-se o seu alistamento.....	13
10	Impedimentos e suspeições do jurado	15
11	Seus deveres	16
12	Suas responsabilidades	17

	Pag.,
SECÇÃO n	
Juiz	
18	Qualidades que deve possuir 18
14	Seus impedimentos e suspeições 18
16	Logares onde funciona como presidente do tribunal 20
17	Suas attribuições 21
18	Policia das sessões e formalismo do processo 24
19	Suas responsabilidades 27
SECÇÃO in	
ACCUSADORES	
§ 1.º Promotor	
20	Caracter dessa funcção 27
21	Impedimentos e suspeições desse funcionario 28
22	Processos em que elle intervém 28
23	Preferencia de serviços 29
24	Attribuições do promotor perante o jury 29
25	Suas responsabilidades « 33
§ 2.º Accusador particular	
26	Caracter dessa funcção 34
27	Pessoas que a podem desempenhar 35
28	Modo pelo qual ellas intervem no processo 36
29	Seus direitos 37
80	Seus impedimentos 37
31	Suas responsabilidades 38
§ 3.º Auxiliar da acusação	
32	O que é o auxiliar 38
33	Leis que o crearam 38
34	Límites ás suas funcções 39
35	Pessoas que as podem desempenhar 41
86	Não têm recurso os despachos que o admittem on o repellem 42
SECÇÃO IV	
DEFENSORES	
37	Importância do direito de defeza 42
38	Corollarios que delle resultam.* 44
39	Quem o pode exercer 45

	Pags
40 Curadores dos réus.....	47
41 Impedimentos que o defensor pode ter	471
42 Suas atribuições.....	47A
43 Suas responsabilidades.....	50

SECÇÃO V

ESCRIVÃES

44 Qualidades que devem possuir	60
45 Suas incompatibilidades ou suspeições.....	50j
46 Preferencia de serviços	51
47 Suas atribuições.....	51
48 Suas responsabilidades.....	54

SECÇÃO VI PORTEIROS E

OFFICIAES DE JUSTIÇA

49 Qualidades que devem ter; natureza de seus officios	54
50 Suas incompatibilidades.....	55
51 Suas atribuições.....	56
52 Suas responsabilidades.....	56

II

Actos que precedem ao plenário

CAPITULO ÚNICO

53 Convocação do jury (ordinária ou extraordinária).....	57
54 Sorteio de jurados.....	58
55 Preparo para o julgamento.....	58
56 Casos em que o processo pode ser tido por preparado, mesmo na ausencia de algumas formalidades	58

Actos que, no plenário antecedem ao julgamento

CAPITULO TJHICO

57 Abertura da sessão para os trabalhos preliminares	60
68 Verificação das cedulas.....	60
69 Chamada dos jurados . . . jèii.....	60
60 Abertura da sessão e sorteios suppletivos	°1

	Pags
61 Apresentação dos processos preparados para os julgamentos .	63
62 Exame desses processos .	64
63 Chamada geral.....	64
64 Característicos da sessão do jnry	66

Aotos que oonstituem o julgamento, no **plenário**

CAPITULO I

Chamada das partas e testemunhas

65 Chamada especial das partes e testemunhas	67
66 Efeitos em relação ás partes	67
67 Efeitos em relação ás testemunhas	69
68 Nomeação de advogado ou curador ao réu	70

CAPITULO II

Formação do jnry, juramento, etc.

69 Modo de ser feito o sorteio.....	71
70 Recusas c suas especies.....	72
71 Adiamento do processo no acto do sorteio	72
72 Juramento do conselho.....	73
78 Incommnicabilidade dos jurados	74
74 Penas aos que a quebrarem.....	75

CAPITULO III

Interrogatório

75 O que é interrogatorio.....	75
76 Qual a sua natureza.....	76
77 Modo porque deve ser feito nas varias hypotheses occorrentes .	78

CAPITULO 17

Leitura do processo

78 Leitura do processo e fins da lei creando-a 80
79 E' formalidade essencial . . .	80

	Pags.
CAPITULO V	
Consulta ao jury	
80	Direito do jury exigir o comparecimento das testemunhas faltosas 81
81	Momento em que a consulta deve ser feita 82
82	Modo de fazel-a 83
83	Adiamento do jury por esse motivo 84
CAPITULO TI	
Acnsaço a replica	
84	O que é accusaço..... 84
86	Seus requisitos 84
86	Replica V • . •..... 86
87	Quando o accusador tem direito de pedir pena diversa da referida no libelTo. 86
CAPITULO yn	
Defesa e treplica	
88	O que é defeza 88
89	Leis em que se baseia 89
90	E' um direito tanto individual como social 89
91	Espécies de defeza no plenário 89
92	Requisitos que a defeza deve possuir 89
93	Treplica, !. 91
SECCÃO I DEFEZA	
INDIRECTA	
94	O que é defeza indirecta 91
95	Suas especies 92
ARTIGO I.* EXCEPÇÕES	
DILATORIAS	
96	Grupos em que podem ser classificadas..... 92
§ 1.º—Referentes ao juiz	
97	Quaes são essas excepções..... 92
98	Suspeiço..... 93
99	Incompetencia..... 94
100	Prevenço e litispendencia 97

	Pags.
§ 2."—Referentes as partas	
101 Quaes sio essas excepções	97
§ 8.*—Referentes M processo	
102 Quaes sSo essas excepções	98
ARTIGO ». * EXCEPÇÕES	
PEREMPTORIAS	
103 Espécies dessas excepções	99
§ 1.º—Lançamento	
104 Em que consiste, seus fundamentos, seus effeitos	99
§ 2.º—Perdio	
105 Em que consiste, seus effeitos e sua prova.....	100
§ 3.º—Prescripção	
106 Seu fundamento e seus effeitos	101
§ 4."—Cousa julgada	
107 Em que consiste, seus requisitos, seus effeitos.....	102
§ 6."—Prejudiciaes	
108 Em que consistem essas excepções	105
SECÇÃO n	
DEFEZA DIRECTA	
109 Quaes s3o as defezas directas	106
ARTIGO i.'	
FACTO CRIMINOSO	
110 Espécies dessa defeza	106
§ 1.*—Negação	
111 O réu nega a existencia do facto	106

	Pag»
§ 2.º— Invalidação	
112 O réu isenta-se, negando elementos essenciaes á caracterisação legal do crime.....	107
§ 3."—Desclassificação	
113 O réu nega o facto imputado, declarando que a violação penal foi diversa	108
ARTIGO 2.º	
AUCTORIA.	
114 Espécies dessa defeca.....	108
§ 1."—Negação	
115 O réu nega ter violado a lei penal.....	109
§ 2."—Desclassificação	
116 O réu confessa ter praticado outro delicto de menor importancia.	109
§ 3."—Dirimentes	
117 Considerações sobre o elemento moral do delicto	110
118 Nosso Codigo.....	111
A) <i>Idade</i>	
119 Como a lei considera a idade do delinquente para a punição. . .	111
B) <i>Imbecilidade e senilidade</i>	
120 Suas noções e quando se constituem dirimentes.....	112
c) <i>Privação de sentidos e intelligencia</i>	
121 Interpretação lógica do texto legal	113
122 ComprehensSo da formula usada pelo Codigo	114
123 Condições dessa dirimente	114
124 Insanidade mental no acto do delicto e depois d'elle praticado;	
• seus effeitos	115
D) <i>Constrangimento</i>	
125 O que é constrangimento	116
126 Suas especies.....	117
127 Quando é excusa.....	117

128	Distinção entre constrangimento e legitima defeza	117
129	Obediência passiva	118
	E) <i>Casualidade</i>	
130	O que é acaso	119
131	Requisitos que o Codigo exige para essa dirimente	119
	F) <i>Surdi-mudes</i>	
132	Razão dessa dirimente	119
133	Atenuação na pena a applicar-se, quando ella é negada	120
	O) <i>Erro de facto ou de direito</i>	
134	Doutrina do artigo 24 completando a do 27 do Codigo Penal	121
135	Quando ha erro de facto e de direito escusáveis.....	121
	§ 4.º—Justificativas	
136	Fundamento dessa defeza e suas especies	123
	A) <i>Obediência d auctoridade</i>	
137	Condições dessa justificativa	123
138	Quando a ordem é legal.....	124
	B) <i>Estado de necessidade</i>	
139	O que é estado de necessidade	124
140	Requisitos exigidos pelo Codigo	125
141	Como se distingue do constrangimento moral e da legitima defeza	125
142	H c) <i>Legitima defeza</i>	
143	O que é legitima defeza	126
144	Condições para seu exercicio.....	127
	Casos em que dadas certas circumstancias, a lei sempre presume a legitima defeza	129
	§ 5.º—Attenuantes	
145	Quando o réu invoca como defeza as attenuantes; suas especies	131
	A) <i>Falta de pleno conhecimento do mal</i>	
146	Comirient.irio ao art. 42 § i.º do Codigo Penal.....	131
	B) <i>Desaffronta</i>	
147	Commentario ao art. 42, § 2.º do Codigo Penal	132

c) *Outras diversas*

148	Referencias aos §§ 3.º, 4.º, 6.º, 7.º e 8.º do art. 42 do Código Penal	132
-----	--	-----

D) *Provocação e agressão*

149	Commentario ao art. 42 § 5.º do Código Penal	132
-----	--	-----

E) *Bom comportamento*

150	Commentario ao art. 42, § 9.º do Código Penal	133
-----	---	-----

F) *Embriaguez*

151	Commentario ao art. 42, § 10 do Código Penal	133
-----	--	-----

o) *Menoridade*

152	Referencia ao art. 42, § 11 do Código Penal	134
-----	---	-----

CAPITULO VIII

Provas

158	Definição de prova	134
154	Sua divisão	135
155	Prova de facto e prova de direito	135
156	A quem incumbe o onus da prova ?	135
157	Intensidade da prova de acusação e da de defeza	136
158	Systema probatório do jury	137
159	Quaes os meios de provas admittidos no processo criminal	139

SECÇÃO I

PRESTIMPCÕES

160	O que são presumpções	139
161	Como se dividem.....	139
162	Presumpções legaes e suas especies	139
163	Presumpções judiciais e suas especies	140
164	Prova que resulta das presumpções*	141

SECÇÃO II

DOCUMENTOS

165	O que é documento.....	142
166	Como se divide	142

	Pags.
167 Força que resulta do documento publico e do documento particular	143
168 Em que condições deve o documento ser exhibido em juizo . . .	144
169 O documento pode provar o crime ou a auctoria.....	145
170 Cartas ou correspondências particulares	146

SECÇÃO m

TESTEMUNHAS

171 Definição	147
172 Obrigação jurídica de prestar depoimento em juizo . . .	147
173 Pessoas cujos depoimentos não são recebidos em juizo; outras que têm a presumpção de suspeitas.....	147
174 Quando as testemunhas do plenário devem ser arroladas . . .	149
175 Si é permmissivel essa prova quando não produzida no plenário . . .	150
176 Normas que devem ser observadas, no acto da inquirição, pelo juiz, partes e depoentes	151
177 De que elementos se forma o valor da prova testemunhal . . .	153

SECÇÃO IV

CONFISSÕES

178 O que é confissão.....	154
179 Como se divide	155
180 Requisitos que deve ter .. .	155
181 Sua divisibilidade.....	156
182 Sua retractabilidade.....	158
183 Seus effeitos	159

SECÇÃO V

L.

^

VISTORIAS E ARBITRAMENTOS

184 <i>aJ</i> —O que é vistoria.....	159
185 Quando pode ser produzida.....	160
186 <i>bj</i> —Arbitramento o que é	161
187 Quando pode ser feito	161
188 Forca dessas provas	161

CAPITULO IX

Falsidade das provas

189 Quando a falsidade é ai legada, como o presidente apura a verdade desse incidente, e em que caso sujei ta-o ao jury	162
190 Opinião de P. Bueno	163
191 Quesito que ella origina	165

CAPITULO Z

Resumo dos debates

192	Em que consiste, seu modo de realização e fim a que se destina	160
193	Perigo que delle pode originar	160
194	Quando factos novos ou novas provas nelle sejam abusivamente apresentados pelo presidente, que proceder compete ás partes .	168

CAPITULO XI

Quesitos

196	O que é quesito	168
196	Onde basea-se.	168
197	Quem o formula	169
198	Em que momento do processo deve ser apresentado .	169
199	Forma, conteúdo e ordem que devem ter os quesitos.	170
200	Considerações sobre os quesitos ácerca do facto principal, das atenuantes e da defeza	171

CAPITULO XII

Verdictum do jury

201	Deliberação e decisão do jury	147
202	Regras que os jurados devem observar e vidos que devem evitar, quando desempenham os deveres, nessa pbase	177

CAPITULO XIII

Sentença

203	O que é sentença.	178
204	Suas especies	178
205	Seus requisitos j	178
206	Sentença absolutória ou condem na tor ia; seus effeitos.	179
207	Modo de applicação da pena nas sentenças condemnatorias .	180
208	Caso especial de accumulção de delictos	185
209	Em que caso o juiz pode repudiar o verdictum em parte ou no todo	187

CAPITULO XIV

Actas

210	O que são actas	188
211	Seus requisitos	188

		Pags.
al2	Ordem em que os trabalhos do jury devem ser nellas mencionados	189
213	Importância dessa formalidade; presumpções que delia se originam	191

TITXJLO "V

Recursos durante o julgamento e apóz elle

CAPITULO ÚNICO

Recursos em accepção ampla

214	O que são recursos	192
215	Sua utilidade	192
216	Pessoas que podem usar dos recursos no jury; auctoridades a quem se recorre	193
217	Quando ha varios réus e o recurso 6 de um só	193
218	Não podem ser accumulados	193
219	Espécies de recursos no jury	194

SECÇÃO I

RECURSO

220	Definição de recurso, em accepção restricta	194
221	Casos taxativos do recurso, perante o jury	195
222	Traços característicos do recurso	195
223	Seu processo no juizo <i>a quo</i> e no <i>ad quem</i>	196
224	Efeito do provimento do recurso em relação á causa já sentenciada	197

SECÇÃO II

AGGRAVO

225	O que é agravo no auto do processo	199
226	Caso unico de sua interposição	199
227	Traços característicos desse recurso	203
228	Seu processo no juizo <i>a quo</i> e no juizo <i>ad quem</i>	203

SECÇÃO III

APPELLAÇÃO

229	O que é appellação	204
230	Devolve ao juiz superior o conhecimento de toda causa	205
231	Espécies de appellações no jury	205

§ 1.º—Appellação dai partes

232	Em que sentenças e casos pode haver appellação das partes	208
233	i.º caso: preterição de formalidades processuaes	208

	Pags.
234	2.º caso: dissonância entre o veredictum e a sentença.... 211
235	3.º caso: mi applicação da pena legal 212
236	Processo no juízo <i>a quo</i> e no juízo <i>ai quem</i> 212
237	Effeitos das appellações das partes ■215
§ 3.º—Appellação «ex-officio»	
238	Quando pode ser interposta 216
239	Seus requisitos 216
240	Processo no juízo <i>a quo</i> e no <i>aã quem</i> 217
241	Seus effeitos 219
242	Não é permissível nos delictos puramente privados 219
243	Deve ser abolida e é inconstitucional 220
SECÇÃO IV	
PROTESTO	
244	O que é protesto. 222
245	Casos legaes 222
246	Característicos desse recurso 223
247	Seu processo 223.
248	Qual o criterio para ser concedido ; 224
249	Nullidade que deve ser decretada contra o segundo julgamento realizado em virtude de protesto illegal 224
SECÇÃO V	
REVISÃO	
250	O que é revisão 225
251	Casos legaes 225
252	Traços característicos desse recurso 226
253	Seu processo 227
254	Rehabilitação do réu 228
255	Nosso Direito e o Direito Francez sobre rehabilitação. 228

