

AS QUAESTIONES PERPETUAE

Leônidas Ribeiro Scholz

*Publicado em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, p. 65, jan/1998, DTR\1998\10.

“A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são freqüentemente acusados de pedantismo... Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é capaz de explicar o que as nossas instituições são e porque é que são as que existem”¹.

I. Introdução - Antecedentes históricos

Desde a fundação de Roma, fato cuja ocorrência remontaria a 753 a.C.², até o surgimento da primeira *quaestio*, inúmeras, a par de significativas, foram as modificações que, experimentadas pelo direito romano em geral, de modo especial marcaram a gênese e o desenvolvimento do direito penal, material e processual.

Nos primeiros tempos de Roma e por certo “... nos consórcios gentilícios

que lhe antecederam”³, revestia-se a pena de carácter sacral. Cuidava-se de “expição da falta praticada contra a comunidade religiosa e meio de aplacar a ira dos deuses. Os reis são sacerdotes, com amplo poder de vida e de morte sobre os autores de crimes, estando o direito (*jus*) e a religião (*fas*) confundidos. O transgressor é considerado execrável ou maldito (*sacer esto*), sujeito à vingança dos deuses ou de qualquer pessoa, que poderia matá-lo impunemente ...”⁴.

Essa sinonímia entre direito e religião perdura ao longo de todo período régio da história de Roma. Como, a propósito, pontualmente assinala Von Litz, “realmente no faltan numerosas y positivas huellas de una anterior constitución sagrada del Derecho penal, que se nos presente en la expiatio y execratio capilis, con la consecratio bonorum, como expulsión del reo de la comunidad religiosa y como reconciliación de la Divindad con el pecador arrepentido. Así, en la sevicia paterna, en el fraus, en las relaciones entre patrono y clientes, en la alteración de límites, en la omisión de la operación cesárea, en la muerte del buey que se destina al trabajo, y más tarde, en la lesión de las leyes sacratae y de las personas sagradas. También en holocausto, en el homicidio fortuito, era sagrado”⁵.

Entretanto – e já agora na esteira do sempre elucidativo magistério de Anibal Bruno –, “... os romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, *distinguindo* nitidamente na doutrina e na prática o jurídico do sacral”⁶.

Com efeito, “com la cayda de los reyes (509 a.C.) y la instauración de la

República, el derecho penal pierde aun más el carácter expiatorio, especialmente porque en la Constitución republicana el culto es separado del gobierno, y aquél entra netamente en la tercera fase, caracterizada por la lucha del poder público para limitar primero, y para prohibir del todo luego, la venganza privada y reservarse para sí mismo la exclusividad de la represión de los delitos”⁷.

Sobrevém, então, no primeiro período da República, a Lei das XII Tábuas, diploma que abriga, entre outras, normas de direito penal, que “... se caracterizan pelo hecho de que ellas contienen una precisa determinación de los delitos privados, de lo qual se deduce que no se admite, fuera de estos casos, la venganza privada. Además, se afirma el principio del talión, lo que significa también que la venganza privada, no contenida dentro de suas límites, es ilícita. Y en fin, es regulada la institución de la composición como medio para evitar la venganza privada, la que por consiguiente presente un carácter subsidiario”⁸.

Frisante diferença havia, porém, no âmbito do direito punitivo, entre ilícitos públicos e privados. Integrantes do gênero *reatus*, dividiam-se, respectivamente, em *crimen* e *delictum*.

Mas o critério fundamental da distinção encerrava cunho nitidamente *processual*, vinculando-se muito mais ao caráter público ou privado da persecução do que ao fato ilícito propriamente dito e considerado.

Em laborioso estudo sobre o processo penal romano, Rogério Lauria Tucci

com acuidade preleciona, a propósito, que “*Crimen*, a seu turno, originariamente tinha significado muito restrito, por dois motivos, pelo menos: antes de mais nada, porque o fato ilícito, em si mesmo considerado, indicava a ilicitude enquanto objeto de persecução pública, referindo-se, portanto, mais, propriamente, ao *processo*, do que ao *reatus*; e, outrossim, por particularizar-se aos casos em que a acusação era pública ...”.

“*Delictum*, por outro lado, era designação própria dos *delitos privados*, especialmente no período clássico; se bem que, como explica Brasiello, e antes asseveramos, os verdadeiros e próprios *delicta* tenham sido aqueles do *ius civile*, do antigo direito quiritário, a saber: o *furtum*, consistente não só na subtração da coisa móvel, mas em toda *contrectatio*, que não pressupunha, necessariamente, o respectivo desvio; a *rapina*, equivalente ao furto praticado com violência – *hominibus armatis coactisve*; a *iniuria*, abrangente da ofensa de qualquer natureza, física ou moral, feita a uma pessoa, contra o direito, e contemplando, por conseguinte, a *contumelia*, os *membri ruptio*, *ossis fractio*, *adtemptata pudicitia* etc.; e o *damnum iniuria datum*, reprimido pela *lex Aquilia*, que se limitou, inicialmente, ao dano causado a escravos e animais, e de no direto – *corpore corpori*”⁹.

Nessa perspectiva e “... sendo certo que a repressão penal se consubstanciava na imposição de uma pena, foi justamente pelo caráter desta, – como explica Bonfante, – que se diferenciaram, na época histórica, o *Direito*

Penal Público e o Direito Penal Privado: em conformidade com a diversificação estabelecida entre o ato ilícito punido com *pena pública* e aquele sancionado com *pena privada*, distinguiram os romanos os *crimina dos delicta*, tendo apenas aqueles como *delitos públicos*, vale dizer, constitutivos do verdadeiro e próprio Direito Penal”¹⁰.

E, inicialmente, apenas dois eram os *delitos públicos*: “o *perduellio*, fato contra a existência e a segurança da cidade, e o *parricidium*, primitivamente a morte dada a um pater ...”¹¹.

Em verdade, apenas um *arremedo* de direito penal. Como bem sublinha o professor Rogério Lauria Tucci, “... o direito penal permaneceu sem maior consistência e autonomia por muito tempo, pelo menos até quando, à época do direito clássico, dos momentos finais da República ..., só então é que se constituiu um verdadeiro Direito Penal, aliás definitivamente assentado durante o Principado, e em razão, sobretudo, das várias leis *Corneliae* e *Iuliae*, de Silla, Cesar e Augusto, que completaram, ‘com vasta reformam a obra iniciada por uma série de leis editadas nos últimos tempos da República, a partir de Gracco, e fizeram-se o alicerce da elaboração jurisprudencial referente aos princípios fundamentais do direito penal e, bem assim, aos diversos tipos criminosos”¹².

Exsurgia, assim, o denominado “Direito Penal Público Legítimo”, “... lastreado nas leis especiais, principalmente *Corneliae* e *Iuliae*, que, durante a crise da República e a origem do Principado, regularam as *quaestiones*, pelas

quais, como veremos melhor adiante, se exteriorizavam os *iudicia publica legitima*, adequados ao processamento dos autores de *crimina*, aos quais se infligiam penas públicas ...”¹³.

II. O surgimento e a sucessão das *quaestiones perpetuae* - definição e particularidades

Vivia-se em Roma, ao tempo do que se convencionou chamar de crise da República, um cotidiano de freqüentes abusos dos governadores das províncias, que até então detinham a “jurisdição criminal” – seja, diretamente, no período da *inquisitio*; seja, indiretamente, à época das Assembléias do Povo –, visto atrelar-se ao exclusivo alvedrio dos magistrados provinciais a instauração ou não do procedimento penal.

Esse, em apertada síntese, o quadro político inspirador do nascimento das *quaestiones*. Tanto que a primeira, denominada *Quaestio Repetundarum*, instituiu-a a *lex Calpurnia*, em 149 a.C., exatamente para conhecer e julgar, em procedimento análogo ao alusivo às causas privadas, os casos de concussão de magistrados provinciais – *crimen repetundaum* ou *pecuniae repetundae*.

Oportuna, neste passo, a sugestiva observação de Von Liszt, para quem, de fato, “... precisamente en esta cualidad, *eminentemente politica*, debió encontrar

el Derecho penal romano la fuente de su renacimiento. Hacia el año 605 de Roma entraba en la vida una innovación, al principio imperceptible, pero de graves consecuencias. Por quejas de las provincias contra los gobernadores, sobre restitución de las *repetunda*, había juzgado hasta el presente la justicia senatorial de los recuperadores. En relación con la *lex Calpurnia de repetundis* una Comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de su pretor, estableció la primera *quaestio perpetua* para resolución de este caso”¹⁴.

Por igual precisa e esclarecedora, outrossim, a lição de Bernardo Santalucia: “Il movimento di riforma che dovenna condurre all'instaurazione del nuovo sistema delle *quaestiones perpetuae* prese le mosse dalla repressione delle *repetundae*, cioè delle illecite appropriazioni ed estorsioni poste in essere da magistrati romani a danno di popolazioni alleate o sottoposte al dominio di storsioni poste in essere da magistrati romani a danno di popolazioni alleate o sottoposte al dominio di Roma. Per la persecuzione di tali abusi non esisteva in origine una via legale ben definita. Talvolta il senato istituiva un collegio di *recuperatores*, formato di senatori a cui era attribuito il compito di accertare i fatti e di condannare alla restituzione del maltolto; altre volte, in caso di violazioni talmente gravi da destare risonanza nell'opinione pubblica, si preferiva ricorrere a un processo penale promosso dai tribuni della plebe dinanzi alle assemblee tribute; in altre occasioni, infine, il popolo istituiva, mediante plebiscito, una corte speciale giudicante *extra ordinem*. Questa situazione si

protrasse fino il 149 a.C., quando il tribuno della plebe L. Calpurnio Pisone Frugi fece approvare una legge (*lex Calpurnia de repetundis*) in forza della quale le accuse di estorsione mosse contro i magistrati romani dovevano essere portate dinanzi a una corte di giustizia permanente presieduta dal *praetor peregrinus* e formata di giurati di rango senatorio ...”¹⁵.

Seja lá como tenha sido, o certo é que à implantação das *quaestiones* deve-se não apenas a limitação do arbítrio dos cônsules e dos comícios, *mas também* o surgimento da autêntica jurisdição penal. Deve-se a elas, mais ainda, a precursora, ainda que rudimentar, tipificação penal.

É que a mesma *lex* que instituía a *quaestio*, definia o crime que lhe caberia julgar e a pena a ser infligida. Nascia, então – é relevante enfatizar –, o embrião do hoje tão precioso e impostergável princípio da reserva legal.

Consistia a *quaestio* em “... uma comissão de investigação, que culminava com o *iudicium publicum legitimum*. Tratava-se, na verdade, de um corpo de jurados, formado por, somente, cinquenta cidadãos, – traduzindo, portanto, a vantagem de tornar-se dispensável a convocação de todo o povo, como anteriormente se fazia, – e denominava-se assim – *quaestio* – por exprimir esta palavra a atividade de *quaerere*, ou seja, de indagação para conseqüente declaração ...”.

“Compunha-se de um presidente (*praetor vel quaesitor*) e de jurados

(*iudices iurati*), incumbindo ao magistrado examinar, preliminarmente, a acusação, decidir sobre a competência, receber o juramento das partes, escolher os jurados, presidir as discussões e fazer executar a sentença. Os jurados, a seu turno, que eram cidadãos, *‘ex lege candum adhibit’*, escolhidos, primeiramente, entre os senadores; ao depois, por virtude da *lex Sempronia*, proposta por Caio Gracco (122 a.C.), também entre os cavaleiros, e, afinal, com a *lex Aurelia* (70 a.C.), ainda entre os *tribuni aeralii*, – dividiam-se em decúrias, cada uma de mil, e seus nomes, colocados numa urna, eram sorteados (o sistema da *sortitio*, com o tempo, substituiu o da *editio*, anteriormente adotado), podendo, então, serem recusados, pelos interessados, aqueles que não os satisfizessem”¹⁶.

No sistema das *quaestiones* – que se converteram, “... com o tempo, – extraordinárias que eram, de início, – em permanentes, fazendo por justificar, assim, a designação que passaram a ostentar, de *quaestiones perpetuae*”¹⁷ –, a todo *crimen* correspondia um tribunal próprio, composto pelos *iudices iurati*, presidido por um pretor especial e particularmente instituído pela respectiva *lex*.

Por outras, “... aquello que caracteriza especialmente a este período es la aplicación estable y permanente de Comisiones para juzgar los *crimina*. Todo delito tiene un tribunal propio que se llama *quaestio*, es decir, comisión de encuesta ...”¹⁸.

“A essa época ...” – ressalta Fragoso – “reduzem-se os crimes privados e a vingança privada desaparece. O magistério penal é exercido pelo Estado

exclusivamente, salvo a disciplina doméstica do *pater familias* que se mantém, embora com restrições. Os crimes públicos são julgados por tribunais de jurados permanentes, encarregados de fazer o inquérito, presidido por um magistrado (*quaestiones perpetuae*), substituindo os julgamentos populares pelos comícios... O processo das *quaestiones* tornou-se regra no processo penal (*iudicia publica legitima*) e cada crime ou grupo de crimes é julgado por uma *quaestio* ...”¹⁹.

Sucederam-se, dessarte, inúmeras *quaestiones*. Pela *lex Cornelia de Majestate*, de Sila, e *Julia de Majestate*, de Augusto, constituiu-se *quaestio* para conhecer e julgar o *crimen majestatis* ou *majestas*, infração política que abrangia o antigo *perduellio* (lesa-pátria previsto na Lei das XII Tábuas), e a *proditio* (traição, igualmente contemplada na Lei das XII Tábuas). Cominava-se a pena de fustigação (*virgis caedere*) e de decapitação com machado (*securi percussio*).

A *lex Cornelia de Sicaris et Veneficis*, de Sila, 81 a.C., criou *quaestio* para os crimes de homicídio, cuja tentativa era incriminada como se fora crime consumado, bandoleirismo (assaltos em estradas, latrocínios), envenenamento, incêndio e falso testemunho que levasse à injusta condenação à morte. Previa a pena de morte por decapitação.

A *lex Pompeia de Parricidis*, de 55 a.C., instituiu *quaestio* para o crime de *parricidium*. Este, originariamente concebido como a morte de um *pater familias*, fora por ela ampliado para compreender o assassinio de qualquer parente próximo. Como pena, o *culleus*, corresponde a dizer, a colocação do réu,

em saco costurado, com macaco, galo, serpente e cão e subsequente arremesso ao mar ou ao rio.

Tão insólita punição, descreviam-na, como oportunamente realçou o colega Carlos Frederico Coelho Nogueira ²⁰, as “*Institutas*” de Justiniano, *verbis*: “Nem seja punido com a espada ou com o fogo nem com outra pena comum, mas cosido num saco com um cão, um galo, uma víbora e um macaco e encerrado nessa prisão fatal, seja lançado, segundo a natureza do lugar, ao mar vizinho ou rio, a fim de que, ainda vivo, seja privado de todo uso dos elementos, faltando o céu a seus olhos e a terra a seu cadáver” ²¹.

A *lex Cornelia testamentaria nummaria*, posteriormente denominada *De Falsis*, 81 a.C., incriminava a falsificação, destruição ou divulgação de testamento, alteração de moeda, adulteração de pesos e medidas e suborno de testemunha. Cominava pena tão-somente pecuniária.

Por intermédio das *leges Plautia de Vi* (entre Sila e Catilina) e *Julia de Vi* (Augusto, 17 a.C.), criaram-se *quaestiones* para o julgamento dos crimes de *vis publica*, tais como organização de bandos, ocultação de armas, sedição (perturbação do exercício de funções públicas), constrangimento a magistrados e senadores, bem como para os crimes de *vis privata*, atos que conturbassem o funcionamento dos juízos privados ou que corporificassem violência contra particulares (exercício arbitrário das próprias razões, sequestro, estupro). Para os delitos de *vis publica*, previa-se a pena de morte ou de exílio e para os de *vis*

privata, a sanção da *publicatio bonorum*.

A *lex Julia de Annona*, de Cesar ou Augusto, criminalizava a conduta de especular com grãos para elevar os preços, punindo-a com sanção pecuniária de vinte áureos.

Na esteira das *leges Cornelia*, de Sila, *Calpurnia*, de 67 a.C. e *Julia de Ambitu*, de Augusto, 18 a.C., puniam-se atos de corrupção eleitoral, como, por exemplo, o do aliciamento de votos mediante a promoção de espetáculos ou banquetes. Pela primeira, a pena consistia na proibição de ocupar cargos públicos por dez anos. Por força da segunda, implicava a condenação na perda permanente da elegibilidade, além da exclusão do Senado, para aquele que o integrasse, e multa. Posteriormente, e já ao tempo da *cognitio extra ordinem*, o crime em tela, caracterizava-o todo e qualquer tipo de corrupção.

A *lex Fabia de Plagiariis* punia o comportamento de escravização de homens livres ou de apossamento de escravos alheios. Apenas pecuniariamente, todavia.

Inicialmente em 86 a.C. e depois em 18 a.C., por intermédio da *lex Julia de Peculatus et de Sacrilegiis*, de Augusto, quaestiones foram instituídas para o julgamento dos crimes de *peculatus*, consistente na subtração ou no mau emprego de dinheiro público, e de *sacrilegium*, subtração de coisa sagrada, ambos punidos com pena de morte ou de exílio.

Também em 18 a.C., Augusto, por via da *lex Julia de Adulteriis Coercendis*, incriminou o adultério. Mas somente o perpetrado pela *mulher*, que sofria a pena de perdimento da metade de seu dote e de um terço dos bens parafernais. Àquele que houvesse emprestado o indispensável concurso para a configuração do crime, infligia-se a pena da perda da metade de seu patrimônio. A respectiva acusação cabia, no prazo de sessenta dias, ao marido ou ao pai da adúltera, bem como, e nos quatro meses subseqüentes, a qualquer estranho.

“Posteriormente, surgem as *quaestiones* para os crimes de rapto e o *crimen vis*, aparecendo, ao tempo de Augusto, as relativas aos crimes de adultério e de usura. A acusação podia ser promovida por qualquer cidadão”.

“Nessa época, as penas são grandemente mitigadas, sendo praticamente abolida a pena de morte. A punição era em regra a *interdictio aquae et igni*, que se limitava ao exílio e à deportação. As *leges Corneliae* e *Juliae* constituíam o *ordo judiciorum publicorum*, dando lugar aos *crimina publica* (legítima, ordinária), que deveriam estar expressamente previstos para ensejar a punição que também deveria estar previamente prevista (*poena legitima*). Nessa época era dominante no Direito Penal romano o princípio da reserva legal”²².

III. O procedimento das *quaestiones*

Já se sublinhou, precedentemente, que às *quaestiones* se deve, pelo preponderante papel que desempenharam na constituição de um autêntico Direito Penal romano, o aparecimento, em Roma, da verdadeira jurisdição criminal.

De fato e consoante a percuciente observação de Carlo Giofredi, oportunamente reproduzida no já tantas vezes citado trabalho doutrinário específico elaborado pelo professor Rogério Lauria Tucci, antes “... não se podia cogitar, enquanto carecente de formação o Direito Penal, de *jurisdição*...”.

Afinal – e neste passo com De Martino, igualmente mencionado na supracitada obra – “... impossível afigura-se cogitar de uma verdadeira *iurisdictio*, onde e quando inexistente um sistema autônomo de normas jurídicas”²³.

Como anteriormente assinalado, mas já agora, e uma vez mais, na linha da preleção de Rogério Lauria Tucci, “... com as *quaestiones* instaurou-se em Roma o procedimento criminal ordinário, cuja gênese se relacionava, diretamente, com a individuação de um novo *crimen*, em lei definido; e em que o julgador não era mais o magistrado, nem mesmo o povo reunido em Assembléia, em razão da *provocatio*, mas a própria *quaestio*, instituída pela mesma lei...”²⁴.

E, com o introduzirem essa nova espécie de procedimento, *supsressivo* da

“jurisdição” criminal exercida, nos tempos da República, pelos comícios e pelos cônsules, corporificaram as *quaestiones*, “... pela primeira vez, em Roma, a expressão de uma *jurisdição penal*, porque a salvo, já agora, de ser considerada, como até então, uma atribuição de natureza administrativa ou política (obviamente, *não judiciária*)”²⁵.

Caracterizando-se o modelo de *persecutio criminis* consubstanciado nas *quaestiones* pelo “direito popular de acusação, pela obrigação de prosseguir no feito até final sentença, ... pela completa publicidade de todos os atos do processo e pelo direito popular de julgamento”²⁶, e traduzindo-se, portanto, como procedimento penal de natureza pública e de caráter ordinário – este determinado pela progressiva e acentuada ampliação do leque de *quaestiones* –, mais do que marcante, *exclusivamente acusatório*, ao demais, delineava-se o processo penal romano de então.

“Exceto as mulheres, os menores, os magistrados, os caluniadores julgados e os indigentes; claro está que, em relação aos crimes de que tivessem sido vítimas, estas pessoas não estavam excluídas do direito de acusar...”²⁷, à *qualquer* pessoa cabia, com efeito, desencadear a persecução penal perante a *quaestio*.

Para fazê-lo, cumpria-lhe, dirigindo-se ao pretor, formular a acusação. Há quem diga, como João Mendes de Almeida Junior, que ao acusador impendia “pedir licença para formular sua acusação, *ubi sibi liceret nomem deferre...*”²⁸.

Na hipótese de haver pluralidade de acusadores, apenas um, preferencialmente aquele que à Justiça pudesse oferecer mais e melhores garantias ou o que re-velasse maior interesse pela causa, escolhia o *praetor vel quaesitor*, facultando aos demais a possibilidade de funcionarem como *subscriptores*.

“O pretor, depois de verificar se o fato constituía crime e se era de sua competência, admitia ou rejeitava a acusação... Admitida a acusação, feita a *subscriptio*, o acusador prestava caução juratória de prosseguir até final sentença – *perseveraturur se in crimine usque ad sententiam* – e procedia à *nominis delatio*, fórmula pela qual declarava o nome do acusado, o crime e as questões do processo, a fim de ser feita a inscrição. A esta *delatio nominis* chamavam também *libelum inscriptionis*”²⁹.

Efetuada a inscrição, – com a publicação do nome do acusado numa tábua – “*esse in reatu*, – implicado a *inscriptio inter reus* (inscrição no rol dos culpados) o dever de apresentar-se ele, daí por diante, discretamente, com o cabelo e a barba incultos, além do despojo da insígnia de sua classe e de várias limitações na capacidade, tais como proibições de alienar, de manumitir escravos e de fazer doações. E, ademais, ele, réu, era citado com *edictum per trinundinum*, sendo certo, outrossim, que, quando se deixava ficar em contumácia, seus bens eram objeto de inscrição (*adnotatio*) e, após um ano, confiscados ...”³⁰ – notificava-se o acusado a comparecer perante o pretor.

Apresentando-se ele, era interrogado sobre os termos da acusação. Se confessasse, “tudo terminava, tendo-se o confesso como réu convicto”³¹.

E se, ao reverso, refutasse a acusação, o pretor, depois de decidir sobre permitir-lhe ou não permanecer em liberdade³², designava data para o seu comparecimento, bem como do acusador, perante os juízes, com vistas à realização do julgamento.

“Esta fixação do dia do julgamento era uma formalidade substancial, que se denominava *diei dictio*; era uma regra – que nenhuma acusação podia ser sustentada senão em dia fixo, *ne nisi prodicta die quis accusetur*, segundo Cícero, *pro domo*, cap. 10”³³.

Ordinariamente, de trinta dias era o prazo estabelecido entre a *diei dictio* e o julgamento. Nesse entretempo, que podia ser dilatado ou reduzido, cabia ao *acusador* proceder à coleta dos dados e elementos de convicção necessários à comprovação da acusação. Outorgava-se-lhe a prerrogativa de ouvir testemunhas, apreender documentos e objetos, vistoriar lugares, realizar, enfim, todas as diligências investigatórias que lhe parecessem úteis.

Mas ao acusado se assegurava o direito de acompanhá-lo, fiscalizar-lhe os atos, inquirir e contraditar as testemunhas ou constituir representante para fazê-lo.

Na data marcada para o julgamento, comparecendo as partes³⁴,

procedia-se, inicialmente, à composição do órgão julgador mediante sorteio dos jurados. A elas se oferecia a possibilidade de recusá-los, sem que se lhes exigisse a indicação dos respectivos motivos, “... até esgotar-se a lista, procedendo-se, no caso de não se ter formado o número para o tribunal, a uma *subsortitio*”³⁵.

Composto o órgão julgador e depois de prometerem solenemente os seus membros julgar o caso em consonância com as leis, passava-se ao debate da causa. Acusador e acusado, sucessivamente, dispunham de tempo, cuja delimitação ficava a cargo do presidente, para desfilarem seus argumentos. Há dissenso entre os que se dedicaram ao estudo do processo penal romano sobre a existência ou não de réplica. Rogério Lauria Tucci, denominando-a de *duplicatio*, a afirma possível. Já João Mendes, ao contrário, assevera que “os discursos não tinham réplica e tréplica, mas era permitida a *altercatio*; e essa forma era tanto mais necessária quanto a duração dos discursos era marcada, como na Grécia, pela clepsidra”³⁶.

Em seguida, as provas. “Eram de três espécies, a saber: *per tabulas*, *per testes* e *per quaestiones*. Aquela, documental, atinente à correspondência privada, aos registros e a outros atos públicos, que podiam constituir objeto de exibição; a testemunhal, concernente à audição das pessoas conhecedoras dos fatos, e que se apresentavam voluntariamente ou se achavam obrigadas, por lei, a depor; e a última, referente aos demais meios de prova, dentre os quais, em especial, a confissão espontânea ou a obtida mediante tortura”³⁷.

Superada a etapa probatória, o presidente, sem manifestar sua opinião, determinava aos jurados que se pronunciassem. Nos primórdios das *quaestiones*, oralmente e, depois, por meio de tabuletas – cada qual recebia três, uma com a letra “A”, a dizer “absolvo”; outra com a letra “C”, a significar “*condemno*” e a remanescente com a sigla “NL”, equivalente a *non liquet* e representativa do entendimento de que se devia submeter a causa a uma instrução mais esclarecedora com vistas, então, a um novo julgamento. Colhidos os votos, proclamava o pretor o resultado do julgamento.

Uma vez *condenatória* a votação, *circunscrevia-se* a sentença subsequentemente lavrada “... à afirmação da responsabilidade implícita no ‘*condemno*’, prescindindo, portanto, da imposição de pena determinada, porque estabelecida esta, *a priori*, em cada uma das *leges*: era ela, assim, fixa, derivando, mediamente, da lei definidora do *crimen* e, diretamente, do reconhecimento da responsabilidade do acusado, sem qualquer possibilidade de modificação pelo agente estatal que proferia o ato decisório”³⁸.

Concluindo os jurados, ao revés, pela *absolvição*, que se devia proclamar no caso de haver empate na votação, desencadeava-se processo contra o *acusador* para, segundo João Mendes de Almeida Júnior, “... verificar se houve prevaricação (colusão), tergiversação (desistência colusória), calúnia, ou apenas acusação temerária ou falta de provas”³⁹.

IV. A decadência das *quaestiones*

Sem embargo dos significativos avanços produzidos pelas *quaestiones perpetuae*, entre os quais avultam em importância, máxime pela decisiva contribuição prestada à construção do Direito Penal civilizado, a introdução do dogma da reserva legal e a adoção do sistema acusatório na persecução criminal, foram elas paulatinamente cedendo lugar a *cognitio extra ordinem*.

Fundamentalmente, porque “... o processo acusatório mostrou-se *insuficiente* como instrumento de repressão à delinqüência, de modo particular porque ocasionava o grave inconveniente de incutir no espírito do acusado o desejo de vingança contra o acusador e, bem assim, no de ambos, o ânimo de litigiosidade”⁴⁰.

Mas também porquanto uma das graves imperfeições do sistema das *quaestiones* residia na impossibilidade de valoração das circunstâncias do crime, na exata medida em que “a pena era fixa, porque já estabelecida na lei configuradora do crime, – e, por isso, derivava diretamente do reconhecimento da responsabilidade, não podendo ser modificada pelo órgão judicante”⁴¹. Já na *cognitio extra ordinem*, ao contrário, ao órgão julgador foi “conferido o poder de levar em conta as circunstâncias de cada crime, o elemento intencional e, até mesmo, as personalidades dos integrantes do processo, a fim de estabelecer a

sanção adequada ao crime praticado...”⁴².

Assim é que, embora hajam as *quaestiones* atravessado, ao menos formalmente, todo o período clássico do Direito Romano, “... a respectiva competência foi sendo cada vez mais limitada, tanto *territorialmente*, porque estabelecido o princípio de que todos os crimes praticados fora de Roma deviam ser julgados pelos órgãos do Imperador, senão por ele mesmo; como *materialmente*, em virtude da restritiva interpretação das leis instituidoras de cada *quaestio*, que fazia excluir das mesmas, com uma capciosa casuística, numerosos atos ilícitos, aproximadamente análogos”.

“De tudo resultou, assim, e afinal, – passando a sofrer a *accusatio* pública as mencionadas restrições, – acentuar-se a decadência das *quaestiones*, quer pela inadmissibilidade de, por elas, reprimirem-se os novos *crimina*, regulados por disposições imperiais, quer, principalmente, pelo fato de, no edito de *accusationibus*, de Constantino, reconhecer-se, de modo expresso, que os acusadores *gravissimus vexationibus adfici ...*”⁴³.

De qualquer forma, porém, nada pode subtrair às *quaestiones*, entre outros, o grande mérito de “... ser el fundamento para la reedificación del Derecho penal romano ...”⁴⁴.

(1) GILISSEM, John. *Introdução histórica ao direito*, tradução de A.M. Espanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª edição. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 13.

- (2) Consoante notícia, entre outros, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, parte geral*, p. 26.
- (3) FRAGOSO, Heleno C., obra e página anteriormente citadas.
- (4) *Idem supra*.
- (5) *Tratado de Derecho Penal*, t. I, p. 79.
- (6) *Direito penal, parte geral*, t. I, p. 80.
- (7) GRISPIGNI. *Derecho penal italiano*, v. I, p. 94.
- (8) *Idem supra*.
- (9) *Lineamentos do processo penal romano*, p. 19/21.
- (10) *Idem supra*, p. 22.
- (11) BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 80.
- (12) Obra anteriormente citada, p. 53/54.
- (13) *Idem supra*, p. 55.
- (14) *Op. cit.*, p. 81.
- (15) “Processo penale - diritto romano”, in: *Enciclopedia del diritto*, n. XXXVI, processo - progressione, p. 338.
- (16) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 71-72.

(17) *Idem supra*, p. 73.

(18) GRISPIGNI. *Op. cit.*, p. 97.

(19) *Op. cit.*, p. 28.

(20) Em exposição veiculada em uma das aulas do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo alusiva à disciplina “Processo Penal Romano, Canônico e Lusitano” ministrada pelos Professores Doutores Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo no primeiro semestre de 1997.

(21) *Institutas de Justiniano*, 4.18.6.

(22) FRAGOSO. *Op. cit.*, p. 28/29.

(23) *Lineamentos do Processo Penal Romano*, ed. cit., p. 59 (1.^a transcrição) e 61 (2.^a transcrição).

(24) *Op. cit.*, p. 72.

(25) *Idem supra*, p. 72 e 73.

(26) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v. I, p. 36.

(27) Autor e obra por último citados, p. 32.

(28) *Op. cit.*, p. 32.

(29) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. obra e volume citados, p. 32.

(30) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 152.

(31) Autor e obra acima mencionados, p. 152. A propósito, porém, João Mendes afirma que, comparecendo o acusado e “... confessando o crime, devia ser *preso* até o dia do julgamento. *Si confessus fuerit, in vincula publica conjiendum est, donec de eo pronuntiaretur.* (Dig., de custodia et exhibitione reorum, L. 5)” (*op. cit.*, p. 33).

(32) Anota o professor Rogério Lauria Tucci que “o acusado permanecia, então, em liberdade, a não ser em situações graves, quando podia ser provisoriamente recolhido à prisão; livrando-se, porém, ainda aqui, solto, se idôneos abonadores o contemplassem com sua garantia” (*op. cit.*, p. 152, nota de rodapé n. 263).

(33) MENDES, João. *Op. cit.*, p. 32/33.

(34) “... na ausência do *acusador*, caía a acusação e o nome do acusado era riscado do rol dos réus..., na ausência do *acusado* era este julgado à revelia, como se presente estivesse...” (autor e obra por último referidos, p. 33).

(35) *Idem supra*, p. 34.

(36) *Idem supra*, p. 35.

(37) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 153/154.

(38) Autor e obra acima mencionados, p. 155.

(39) Obra precedente e repetidamente citada, p. 35.

(40) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 160.

(41) *Idem supra*, p. 85.

(42) *Idem supra*, p. 85.

(43) Consoante, uma vez mais, Rogério L. Tucci. *Op. cit.*, p. 162/163.

(44) VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, p. 82.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O Processo Criminal Brasileiro*. 4. edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, parte geral, t. 1º. 3ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRISPIGNI, Filippo. *Derecho Penal Italiano*, v. 1. Tradução da 2ª edição original italiana por Isidoro De Benedetti. Argentina, Buenos Aires: Editorial De Palma, 1948.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - A nova parte geral*. 15ª edição, revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANTALUCIA, Bernardo. "Processo penale - Diritto romano", trabalho publicado em *Enciclopedia del Diritto*, n. XXXVI - "Processo - Progressione", Giuffrè Editore.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo e José Bushatsky Editor, 1976.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, t. 1º. 3ª edição. Tradução da 8ª edição alemã por Quintino Saldaña. España, Madrid: Instituto Editorial Reus.