

UM OLHAR SOBRE O PROJECTO E O ACORDO POLÍTICO PARA A REVISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

GERMANO MARQUES DA SILVA

Depois de sublinhar a sua convicção de que “a boa justiça depende essencialmente da prudência e empenho das pessoas que têm por função a aplicação das leis e menos, muito menos, dos textos legais” e expressar a sua apreensão por “nestes tempos de pactos mais ou menos secretos” ser “maior o risco de interpretação dos textos” pelo desconhecimento da vontade do legislador, o autor debruça-se sobre as alterações incidentes em alguns institutos, como o segredo de justiça, as escutas telefónicas, a prisão preventiva, a acusação nos crimes particulares, a instrução, a documentação da prova, o direito ao acompanhamento por advogado, que expressivamente designa pelo “direito a não estar só”, e, finalmente, os recursos. Convencido da bondade das “opções essenciais do Código de Processo Penal de 1987, quer no que respeita à sua estrutura fundamental, quer no que respeita à generalidade dos actos do processo”, manifesta, todavia, por último, o seu cuidado em ver aprofundada “a problemática dos processos monstruosos que é causa de graves limitações aos direitos de defesa”, bem como revisto o regime das nulidades, melhor equacionada a intervenção do juiz de instrução na fase do inquérito e clarificados os fins da instrução na perspectiva da defesa e de controlo da actividade do Ministério Público.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A oportunidade da revisão anunciada; 2. Sobre o segredo de justiça; 3. Segredo de justiça e comunicação social; 4. Escutas telefónicas; 5. Prisão preventiva; 6. Acusação nos crimes particulares; 7. Instrução; 8. A documentação da prova; 9. O direito a não estar só; 10. Recursos; Conclusão.

INTRODUÇÃO

Já me vai custando pronunciar-me sobre projectos de revisão ou reforma do Processo Penal porque cada vez me convenço mais de que a boa justiça depende essencialmente da prudência e empenho das pessoas que têm por função a aplicação das leis e menos, muito menos, dos textos legais. Acresce que nestes tempos de pactos mais ou menos secretos, não conhecendo as razões determinantes, é maior o risco de interpretação dos textos porque a vontade da lei pressupõe em grande parte o conhecimento da do legislador.

Volto ao tema para corresponder ao amável e honroso convite da Direcção desta novel Revista, pela amizade que o convite traduz e porque não obstante o desencanto ainda me resta uma réstia de esperança de que vale a pena militar por aquilo em que acreditamos, cultivando a virtude da Justiça,

enquanto vontade constante de a atingir, e continuo a acreditar no empenhamento virtuoso dos agentes da Justiça em Portugal, sejam magistrados, sejam advogados ou polícias. Também quero acreditar nos políticos, o que não é fácil, porque nestas coisas da Justiça pressinto que demasiadas vezes sacrificam a racionalidade das soluções às conveniências do momento, ao politicamente correcto. Assusta-me, por exemplo, que se discuta sequer, em sede do Parlamento, que uma deliberação das Comissões de Inquérito, ainda que aprovada por maioria qualificada, possa necessariamente transformar-se em acusação criminal, esquecendo todos os incidentes dos Inquéritos Parlamentares, que os conduziram ao desprestígio, o que confirma a ideia velha de que a Justiça nos casos concretos mais facilmente se alcança através da jurisdição e raramente da decisão política.

1. A OPORTUNIDADE DA REVISÃO ANUNCIADA

O Código de Processo Penal vigente não é, como geralmente não o são as coisas deste mundo, um Código perfeito e por isso que mereça sempre a correcção das suas imperfeições e, na minha opinião, tão pronto quanto detectadas. Também as estruturas fundamentais do Código, como de qualquer lei, tirando as que resultam de imposições da Lei Fundamental, são discutíveis e sempre susceptíveis de ser modificadas, correspondendo a outras opções da política processual criminal. O difícil de mudar são as pessoas e não os textos; por isso que estes se alteram e por vezes com frequência demasiada, mas os resultados são escassos, porque frequentemente continuam a ser interpretados e aplicados com espírito velho e tantas vezes à luz de princípios que não são os que a lei consagra. Por isso também que se verifique a tendência do legislador em ser cada vez mais regulamentador de procedimentos, o que naturalmente acaba por ser sempre insuficiente por mais previdente que o seja. As situações estão sempre em plena transformação e se é relativamente fácil afirmar princípios, é, pelo contrário, muito difícil prever e prover a todas as situações concretas que a vida vai suscitando de novo.

Ao que julgo e leio, desde logo no preâmbulo, o projecto de revisão do Código de Processo Penal da responsabilidade da Unidade de Missão para a Reforma Penal não tem o propósito de revolucionar o nosso modelo processual penal, não põe em causa as opções fundamentais da lei vigente, procura apenas corrigir e clarificar procedimentos e algumas soluções cuja aplicação tem revelado dificuldades ou resultados menos satisfatórios, jurídica e politicamente. Concordo com esta orientação e aplaudo a Unidade de Missão pelo projecto de Revisão do Código de Processo Penal que elaborou; o Código vigente não está esgotado nas suas potencialidades e a sua estrutura e opções essenciais correspondem, a meu ver, ao modelo que a Constituição impõe. No resto são ajustamentos que o tempo e a experiência da sua aplicação aconselham.

Não obstante há soluções que me merecem reservas; estranho seria a absoluta concordância, quando é em grande parte da minha responsabilidade a última grande revisão do Código. Vou limitar este comentário apenas a algumas das questões em discussão, precisamente àquelas que me parecem traduzir opções políticas ou projectam novas soluções. Deixo as de pura correcção técnica, porque essas são sempre ilimitadas e a todo o tempo se descobrem outras. Debruçar-me-ei, por isso, apenas, sobre segredo de justiça, escutas telefónicas, prisão preventiva, acusação particular, instrução, documentação da prova e recursos.

2. SEGREDO DE JUSTIÇA

I. O que trás de novo o projecto sobre segredo de justiça? Que o Ministério Público, com a concordância do arguido, pode determinar a publicidade do processo na fase do inquérito (n.ºs 2 e 3 do art. 86.º). Que o arguido, assistente, ofendido, lesado e o responsável civil podem consultar o processo durante o inquérito, salvo se o Ministério Público a isso se opuser, por considerar fundamentadamente que pode prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas (art. 89.º). São melhorias, mas que ficam sempre na dependência do Ministério Público. São importantes sobretudo porque traduzem a ideia de que o segredo de justiça não é algo de sagrado, da própria essência do processo na fase da investigação pré-acusatória, mas é meramente instrumental em ordem à eficácia da investigação e à defesa da honra dos investigados. As alterações correspondem ao aprofundamento da norma do actual n.º 5 do art. 86.º, embora numa formulação inversa, o que me parece correcto, mas susceptível de potenciar muitos conflitos entre o Ministério Público e os demais sujeitos processuais.

Importante, por clarificar os direitos do detido submetido a primeiro interrogatório judicial em vista à aplicação de medidas de coacção, é a norma constante da al. d) do art. 141.º que se refere aos elementos que devem ser comunicados ao arguido antes do seu interrogatório e a obrigação de que essas informações fiquem a constar do auto de interrogatório. Não é novo, mas frequentemente não era cumprido. Quais os efeitos, nomeadamente para efeito de aplicação de medidas de coacção? São clarificados no art. 194.º, nomeadamente nos seus n.ºs 5 e 6, o que tem importantíssimas consequências em termos de recurso dos correspondentes despachos. Já o entendíamos assim perante a lei ainda vigente¹. É bom clarificar porque ainda aparece quem entenda que o suspeito/arguido não precisa de ser esclarecido sobre os factos de que é indiciado e dos respectivos indícios, no pressuposto

¹ Germano Marques da Silva, «Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 1365 ss.

absurdo e ilegal, aliás inconstitucional como não podia deixar de ser, de que o arguido sabe sempre mais sobre o crime em investigação do que o que dos autos consta!

Não era necessário especificar que o recurso da decisão de aplicação de medidas de coacção só deve atender ao que consta do despacho de aplicação e seus fundamentos constantes da acta do interrogatório e por isso, porque se impõe a solução, o projecto não cuidou de o estabelecer expressamente; não havia necessidade. O recurso do despacho que aplica medidas de coacção visa a sua correcção, é um remédio para os seus erros, não uma decisão paralela com outros fundamentos.

II. É curioso neste domínio, e não só, o *Acordo político-parlamentar para a reforma da Justiça entre o PS e o PSD*. Vejamos só parte do n.º 1 no que respeita à Revisão do Código de Processo Penal: «Nos casos em que seja aplicável, o segredo de justiça não pode perdurar por mais de três meses para lá dos prazos legais do inquérito». Assim mesmo, sem excepções!

Gostaria muito de saber o que está implícito no Acordo: sobre a duração máxima dos prazos normais do inquérito, sobre o início da contagem do prazo, sobre os processos monstruosos, sobre a investigação da criminalidade organizada, sobre as medidas para dinamizar a investigação, etc. etc. É que, se bem entendo, não bastam as boas intenções políticas, é necessário assegurar também a defesa da comunidade pelo combate eficaz à criminalidade, reprimindo a violação da legalidade democrática. A menos que qualquer futura Lei de Política Criminal venha a limitar os crimes que devem ser investigados, nomeadamente aos que puderem ser esclarecidos em ordem à decisão sobre a acusação dentro de curtos prazos — os da duração máxima dos inquéritos!² Não seria novidade absoluta, pois já nos trabalhos preparatórios do actual Código foi proposta solução idêntica. Seria a eficácia, ou falta dela, ditada por decreto³.

Não consegui apreender do texto do Acordo qual o verdadeiro alcance do segredo. A regra é a publicidade; o segredo só pode ser determinado ou confirmado por decisão judicial. Esta ampla publicidade refere-se tanto ao segredo interno como ao segredo externo e ambos podem ser limitados indiferentemente por vontade da vítima, do arguido ou do Ministério Público? Tenho muita curiosidade em perceber como é que este acordo se vai traduzir em lei e os problemas de aplicação prática que suscitará.

² É justo reconhecer que não é a orientação traçada no projecto em discussão no âmbito da Unidade de Missão para a Reforma Penal e acreditamos não corresponder à intenção dos Partidos subscritores do Acordo.

³ O Projecto de Código de Processo Penal, publicado em 1986 pelo Ministério da Justiça, dispunha: Art. 277.º, n.º 2 — «O inquérito é igualmente arquivado se, chegado ao tempo do prazo para a sua realização, não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes». Criticamente em Germano Marques da Silva, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, p. 181.

3. SEGREDO DE JUSTIÇA E COMUNICAÇÃO SOCIAL

I. O n.º 10 do art. 86.º do projecto elaborado pela Unidade de Missão mantém a solução actual (art. 86.º, n.º 4): o segredo de justiça só vincula os sujeitos e participantes processuais e as demais pessoas que tiverem tomado contacto com o processo. É a solução que melhor salvaguarda a liberdade de imprensa, valor essencial do Estado de Direito democrático, e pragmática.

É pragmática desde logo porque se os jornalistas souberem do seu ofício, nunca referirão as notícias sobre a matéria em investigação ao próprio processo; as notícias transmitidas terão sempre como fonte as suas próprias investigações⁴! Salvaguarda a liberdade de imprensa, como valor essencial da democracia, porque num País em que os processos se arrastam anos a fio, sem consideração alguma pelas limitações daí decorrentes para a vida dos investigados, sobretudo quando constituídos arguidos, é necessário uma imprensa livre que possa a todo o tempo alertar para o que se passa, mas sobretudo para o que se não passa, para a inércia da investigação. É que algumas vezes a demora torna-se suspeita e é quase sempre causadora de danos graves! Também o aparelho da Justiça precisa de ser fiscalizado pela comunicação social e para tanto as limitações à informação devem ser apenas as que se mostrem absolutamente necessárias para salvaguardar outros valores também constitucionalmente protegidos (art. 37.º da Constituição da República Portuguesa e art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

II. No projecto de alteração ao Código Penal estabelece-se uma importante e justificada limitação, de modo que todo aquele que, tendo tomado conhecimento de acto ou elemento de processo penal em segredo de justiça, dele der conhecimento, no todo ou em parte, *prejudicando a investigação criminal*⁵. Parece-nos importante e acertada a formulação do projecto da Unidade de Missão: o segredo de justiça vincula apenas os sujeitos e participantes processuais, bem como as pessoas que tiverem tomado contacto com o processo. A estes cabe o dever de guardar segredo. Relativamente

⁴ É absolutamente condenável a prática actual de referir as fontes da notícia como “fontes da” ou “fontes próximas da” investigação, PJ, do MP ou Judiciais. Os jornalistas pretendem com essas referências dar crédito às notícias, mas desse modo suscitam a suspeita relativamente a muitos inocentes. É prática de repudiar absolutamente porque ofensiva das instituições e dos seus membros.

⁵ Art. 371.º, n.º 3, do Projecto da Unidade de Missão: «Para efeitos do número anterior considera-se que prejudica a investigação criminal quem divulgar: a) meios de obtenção de prova promovido, autorizado ou ordenado, ainda por realizar ou em curso, ou meio de prova a produzir, quando já promovida a sua produção ou autorizada ou ordenada a sua realização; b) mandado de detenção ou medida de coacção ou de garantia patrimonial cuja execução ainda não tiver sido iniciada, frustrando os seus fins cautelares; c) a identidade de testemunhas sob protecção ou de agente encoberto.»

a todos os demais cabe o dever de não prejudicar a investigação, e só nesses casos, taxativamente indicados no projecto de revisão do art. 371.º do Código Penal.

Não basta dar notícia do que está em segredo de justiça. É elemento da incriminação, no que respeita a quem não estiver vinculado ao segredo de justiça, que a divulgação prejudique a investigação criminal. O mensageiro só deve ser punido em situações verdadeiramente excepcionais; parece-nos que o projecto de alteração do Código Penal, exigindo o prejuízo da investigação criminal como elemento do crime, é uma solução equilibrada e justificada.

III. A fórmula usada no Acordo político-parlamentar para a reforma da Justiça parece-nos mais restritiva, se bem que não resulte claro do texto publicado do Acordo qual o âmbito do segredo de justiça acordado.

Se é certo que o Acordo alarga o dever de guardar segredo, vinculando «de igual modo quer aqueles que tenham contacto directo com o processo quer aqueles que a qualquer título tenham conhecimento de elementos que dele constem» e tendo como consequência imediata a ampliação da incriminação pela sua violação, certo é também que restringe o segredo aos casos em que «a publicidade prejudique a investigação ou os direitos dos sujeitos processuais» e nessa medida parece que, como referimos já sobre o projecto de alteração do Código Penal da responsabilidade da Unidade de Missão, o dever alargado e correspondente incriminação se justificam.

IV. Duas notas curiosas a modos de alerta ao legislador.

Se o proposto pela Unidade de Missão para o art. 371.º do Código Penal vier a ser aprovado continuará assegurado o espectáculo tão apetecido pela comunicação social, sobretudo pelos meios áudio visuais, e por certas autoridades policiais, porventura não só, das detenções e outros actos processuais transmitidas em directo pela rádio e pela TV!

Na verdade, o projecto de alteração da al. b) do n.º 3 do art. 371.º do Código Penal dispõe que prejudica a investigação criminal a divulgação de «mandado de detenção ou medida de coacção ou de garantia patrimonial cuja execução *ainda não tiver sido iniciada*, frustrando os seus fins cautelares». Já não prejudica a investigação criminal, nem será punida como violação de segredo, a divulgação de medida de detenção ou de coacção ou de garantia patrimonial no decurso da sua execução. Fica, pois, ressalvado o espectáculo televisivo das detenções em directo, apreensões, arrestos, e outros actos de teor análogo, desde que já estejam em execução. Importa, porém, alertar que se os jornalistas não incorrem em responsabilidade criminal, desde que iniciem a divulgação só após o início da execução do acto, já a convocação dos jornalistas para assistirem à execução constitui sempre violação de segredo de justiça, punível nos termos do n.º 1 do art. 371.º, mas se a praxe se mantiver não correm perigo, porque não há notícia de condenação em casos análogos e a lei vigente já obriga todos os partici-

pantes processuais a guardar segredo (art. 86.º, n.º 4, do CPP) e pune a sua violação (art. 371.º do CP).

Na perspectiva do Acordo político-parlamentar para a Reforma também o espectáculo fica assegurado, mesmo que ofensivo da honra dos arguidos, como é geralmente, pois que o princípio é o da publicidade dos actos processuais e a manutenção do segredo fica dependente de decisão judicial a suscitar pelo arguido, o que evidentemente só poderá ocorrer, como regra, depois de concluído o acto e o espectáculo.

A outra nota respeita ao crime de violação de segredo de justiça por parte dos jornalistas. O crime de violação de segredo é um crime doloso, donde que o jornalista não pode revelar o que está no processo, se souber que está lá, mas já o pode fazer se não souber o que lá está! É, parece-nos, mera questão de técnica jornalística...

4. ESCUTAS TELEFÓNICAS

I. A matéria das escutas telefónicas está na moda. Está na moda pelo modo desmesurado com que a elas se recorre na investigação criminal, constituindo o meio de obtenção de prova por excelência nos processos mais complexos, e está na moda também pelas diatribes que sofreram no âmbito do chamado "Processo Casa Pia". É de estranhar que os criminosos não se tenham ainda apercebido disso e continuem a facilitar tão facilmente as provas dos seus crimes através dos telefones! Quase apetece estudar este fenómeno na perspectiva da fraca inteligência do mal pelos agentes do crime, o que deve ser tomado em conta como atenuante, ao menos!

O n.º 4 do art. 187.º do projecto trás uma inovação: «a interceptação e a gravação [...] só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra: a) suspeito ou arguido, e b) pessoa relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, ou c) vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido». Trata-se de uma limitação subjectiva às escutas telefónicas: além da decorrente da natureza e gravidade dos crimes (n.º 1 do art. 187.º), o projecto introduz uma nova limitação: a das pessoas cujas conversações podem ser interceptadas e gravadas (n.º 4 do art. 187.º do projecto). O projecto reforça a excepcionalidade das escutas ao exigir que a diligência se mostre «indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter» (n.º 1 do art. 187.º do projecto).

A regra vigente é a de que qualquer pessoa pode ser escutada, desde que o juiz a quem compete autorizá-la entenda que da escuta podem resultar elementos probatórios relevantes para a descoberta da verdade, mas comporta já também limitações objectivas e subjectivas. Compete ao juiz ponderar perante os elementos indiciários recolhidos nos autos da necessidade da escuta e só a deve autorizar se face aos elementos indiciários entretanto

recolhidos «houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova». O projecto é mais exigente no plano objectivo, exigindo agora a indispensabilidade da diligência para a descoberta da verdade ou a impossibilidade ou muita dificuldade na obtenção da prova, e no plano subjectivo ao limitar as escutas a um catálogo de pessoas.

A limitação subjectiva estabelecida no projecto é sobretudo relevante no que respeita à al. b) do n.º 4 do art. 187.º: «pessoa relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeitos ou arguidos». Constitui uma limitação importante na medida em que exclui da sujeição a escutas as meras testemunhas, exigindo que a pessoa sujeita a escuta tenha uma relação qualificada com o crime ou com o suspeito ou arguido.

A escuta pode ser e é face à lei vigente um meio primário de investigação, deixando-se o juízo concreto sobre a necessidade e proporcionalidade da medida ao critério do juiz. O projecto vem especificar: as pessoas que podem ser objecto de interceptação e gravação têm de estar já identificadas no processo como suspeitas, arguidos, transmissores ou receptores de notícias pertinentes ou vítimas. Qual o verdadeiro alcance da limitação subjectiva? E com a expressão «independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado» que está relacionada com aquela limitação?

No que respeita à titularidade dos meios, o projecto quer clarificar que o que se escuta são as conversações entre determinadas pessoas, indicadas na lei, independentemente do meio utilizado ser do próprio, público ou de terceiro. Já é assim.

A redacção do projecto pode suscitar dúvidas quanto às conversações que podem ser interceptadas e gravadas. Só as conversações entre as pessoas identificadas no despacho que as autoriza ou todas as que tenham como interveniente alguma dessas pessoas? É importante clarificar se se trata de conversações entre as pessoas que constam do elenco legal e identificadas no despacho que autoriza a escuta ou se se trata de conversações que tenham como interveniente alguma dessas pessoas. Cremos que a solução deve ser a mais ampla, ou seja, desde que intervenha na conversação alguma das pessoas que constam do elenco legal e sejam identificadas no despacho. Doutro modo este meio de obtenção de prova tornar-se-ia praticamente inútil, ou excepcionalíssimo, o que não parece razoável quando já é objectivamente limitado a crimes graves e se tem mostrado muito importante, praticamente indispensável, na investigação da criminalidade organizada.

II. A interpretação que nos parece razoável parece ser também a que resulta do Acordo político-parlamentar ao dispor que «são destruídos os suportes manifestamente estranhos ao processo, em que só intervierem pessoas que não constem do elenco legal».

Esta fórmula suscita também algumas dúvidas. São destruídos os suportes manifestamente estranhos ao processo, sejam quais forem os interve-

nientes ou só aqueles em que intervierem pessoas que não constem do elenco legal? Pensamos que devem ser destruídos os suportes que sejam manifestamente estranhos ao processo e também todos aqueles em que só intervirem pessoas que não constem do elenco legal e referidas no despacho judicial de autorização da escuta, porque, não constando desse elenco, as suas conversações, ainda que relacionadas com o objecto do processo, são-lhe formalmente estranhas.

III. O projecto da Unidade de Missão vem acabar com as dúvidas que o actual n.º 1 do art. 188.º suscitou ao dispor que o auto da interceptação e gravação seria imediatamente levado ao conhecimento do juiz. Parecia-nos que a interpretação correcta da lei vigente era no sentido de que no termo da interceptação, termo determinado no despacho judicial que a autorizava, o auto e os correspondentes suportes deveriam ser levados ao juiz no mais curto espaço de tempo possível. A lei vem clarificar e é útil esta clarificação para evitar mais dúvidas na jurisprudência.

5. PRISÃO PREVENTIVA

I. Em matéria de prisão preventiva, as alterações mais relevantes respeitam à elevação do limite máximo da pena aplicável ao crime, que passa de três para cinco anos, e à redução dos prazos da sua duração, por uma parte, e ao seu aumento, em caso de condenação confirmada em recurso ordinário, por outra. Parecem medidas acertadas. O ideal seria que a prisão preventiva fosse de duração mínima, mas considerada a maior gravidade dos crimes que a admitem e os pressupostos da sua aplicação, em especial a clarificação da al. c) do art. 211.º, temos por equilibrados os limites propostos. Também no que respeita ao n.º 6 do art. 215.º do projecto: fixação do prazo máximo em metade da pena aplicada em 1.ª instância e confirmada em recurso ordinário. Corresponde a uma velha reivindicação por parte de alguns sectores da opinião jurídica, sobretudo judiciários, tendo em conta o nosso sistema de recursos que contempla a possibilidade de dois graus de recursos ordinários e ainda o recurso ou recursos para o Tribunal Constitucional.

Inovação importantíssima é a que consta do n.º 7 do projecto: a existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores. Era solução que a boa interpretação da lei vigente já impunha, pelo menos em parte, considerando a regra da conexão subjectiva, mas não era essa a interpretação dominante na jurisprudência. Todos recordamos espectáculos nada dignificantes para a Justiça, com a libertação de arguidos presos preventivamente imediatamente seguidos de detenção à saída da prisão à ordem de outro processo.

II. É muito interessante a norma dos n.ºs 1 e 3 do art. 219.º ao limitar a legitimidade para o recurso ao arguido e ao Ministério Público, em benefício do arguido, da decisão que «aplicar, manter ou substituir» medidas de coacção e ao dispor que a decisão que indeferir a aplicação, revogar ou declarar extintas as medidas é irrecorrível. Resultou de interpretação literal do art. 219.º vigente e corresponde à interpretação que temos defendido nas nossas lições⁶, embora não seja a orientação dominante da jurisprudência.

Aplaudimos a solução do projecto. As medidas de coacção constituem restrições excepcionais ao princípio geral da liberdade e é este princípio que em caso de divergência entre o Ministério Público e o Juiz deve prevalecer. O Juiz é o principal garante da liberdade do cidadão e tendo em conta que o que ocorre é uma divergência entre o Ministério Público e o Juiz sobre a necessidade da medida, parece-nos boa a solução.

6. ACUSAÇÃO NOS CRIMES PARTICULARES

Já em 1998 tínhamos proposto a alteração do art. 285.º em sentido análogo ao que ora consta do projecto. Parece-nos não fazer sentido, tendo em conta a estrutura do Código, que entendendo o Ministério Público não dever acompanhar a acusação particular, naturalmente por considerar não se verificarem os pressupostos que justificam a submissão a julgamento (n.º 1 do art. 283.º), mesmo assim o assistente possa por via da acusação particular submeter o arguido a julgamento. Não entendíamos a razão por que o regime deveria ser mais favorável ao assistente nos crimes particulares do que nos crimes públicos e quase públicos.

Parece-nos correcto que em face de um juízo negativo do Ministério Público sobre a acusação particular (juízo que conduz ao arquivamento) o que o assistente deve fazer é requerer a abertura da instrução para comprovar judicialmente aquela decisão de arquivamento, o que o projecto estabelece [al. c) do art. 287.º].

O regime vigente tem longa tradição no Direito português, mas não tem justificação na estrutura do Código, quando os poderes de investigação são reservados ao Ministério Público. A solução vigente só se justificaria se se prescindisse do Inquérito, atribuindo ao assistente o encargo da recolha da prova para sustentar a acusação. Não sendo assim, se o Ministério Público, após o Inquérito, conclui que não se verificam os pressupostos para a acusação, não é razoável admitir que o juízo do assistente se sobreponha; o razoável é submeter a discordância a um juízo de comprovação: a Instrução.

⁶ *Curso de Processo Penal*, II, 3.ª ed., Lisboa, 2002, p. 320.

7. INSTRUÇÃO

I. São poucas as inovações em matéria de instrução, mas relevantes. Clarificam ou repõem o espírito que vinha da redacção originária.

Clarificam no n.º 2 do art. 289.º Em 1998 tinha-se restringido a publicidade, mesmo interna, dos actos da instrução, na ideia de que a Instrução deveria ser uma fase limitada de controlo judicial e não uma fase de julgamento antecipado. Contava-se e confiava-se na qualidade da investigação conduzida no Inquérito e desvalorizava-se o despacho de pronúncia. As duas grandes fases do processo seriam o Inquérito e o Julgamento, configurando a Instrução como uma fase excepcional de controlo judicial dos vícios do Inquérito e das decisões que lhe põem termo. Parecia-nos ser esta a ideia inspiradora da redacção originária do Código de Processo Penal.

A ideia não foi bem aceite pela comunidade jurídica, especialmente pelos advogados, e, ao que julgo, por duas razões fundamentais: por força da tradição que vinha da Instrução Contraditória, uma, mas também pela constatação de que a investigação no Inquérito é cada vez menos uma investigação “*a charge et a décharge*”, passando essencialmente a visar a recolha dos indícios para formulação da acusação, por outra⁷. Não tendo o arguido qualquer intervenção activa na fase de Inquérito e continuando a ser estigmatizante a submissão a julgamento, constituindo a acusação a ser frequentemente entendida como verdadeira pronúncia, há que lançar mão da Instrução para elidir os indícios, completar a investigação e carrear para os autos meios de prova que dificilmente podem produzir-se na fase do julgamento e se configuram como necessários para a defesa. A Instrução é, na praxe processual vigente, um meio antecipado de defesa, um complemento da investigação realizada no Inquérito, tanto que a nulidade da insuficiência do Inquérito é limitada aos actos obrigatórios nesta fase, e muito dificilmente se configurará doutro modo⁸. Sendo assim, não existindo meio de o arguido e o assistente poderem promover actos de Inquérito nem a suficiência da investigação em ordem à descoberta da verdade poder ser judicialmente controlada, acaba por ser a Instrução a fase em que esse desiderato pode ser realizado.

⁷ É paradigmático o que se passa com as perícias. Não obstante a lei dispor que «ordenada a perícia, o Ministério Público, o arguido, o assistente e as partes civis podem designar para assistir à realização da mesma, se isso for ainda possível, um consultor técnico» que «pode propor a efectivação de determinadas diligências e formular observações e objecções, que ficam a constar do auto», as mais das vezes nem o arguido nem o assistente são notificados quando a perícia tem lugar no decurso do Inquérito, com o pretexto de que o seu conhecimento pode prejudicar as finalidades do inquérito, o que é simplesmente abusivo na grande maioria dos casos.

⁸ Não é possível atribuir ao Juiz o poder de decidir se a investigação pré-acusatória é ou não suficiente, salvo tratando-se da prática de actos de inquérito impostos por lei. O Inquérito é da competência do Ministério Público e a atribuição ao Juiz de Instrução do poder de fiscalizar a sua suficiência ou insuficiência, para além da prática dos actos impostos por lei, seria fonte de frequentes conflitos e representaria a subordinação do MP ao Juiz, o que o nosso sistema repudia.

Repõe-se a orientação originária do Código ao excluir o recurso da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, mesmo na parte que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais (art. 310.º do projecto). Prosseguindo o processo para julgamento essas questões poderão ser saneadas nesta fase, com o que se economizará na duração do processo. É um corolário da ideia matriz de que a Instrução se destina essencialmente à validação da acusação deduzida pelo Ministério Público ou pelo Assistente.

II. Uma clarificação importante e que corresponde também ao que sempre defendemos, embora a nossa posição fosse mais radical, é a constante do n.º 3 do art. 303.º⁹. A alteração substancial dos factos verificada na Instrução não pode ser tomada em conta pelo tribunal, mas não implica a extinção da instância. Se os novos factos forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo, a comunicação da alteração vale como denúncia para que o Ministério Público proceda pelos novos factos, mas se a alteração não for autonomizável implica então a anulação da acusação e a remessa do processo para a fase do Inquérito para ser completado. É isso que quer significar a expressão da parte final do n.º 3 do art. 303.º do projecto. Era esta já a nossa interpretação¹⁰, mas havia divergências na jurisprudência e na doutrina.

III. A Instrução é a fase processual mais controversa na sua estrutura. Muitos pretendem transformá-la num julgamento prévio, mas não é esse o espírito da lei nem se justifica que assim seja. Não é também, ou não deve ser, uma fase processual inútil, como também alguns consideram que é ou pretendem que seja. É uma fase importante pelo menos em dois aspectos: como modo de fiscalização da insuficiência do Inquérito e conseqüentemente seu complemento nos casos de lacunas da investigação, quer na perspectiva dos ofendidos, quer na perspectiva dos arguidos, e como modo de fiscalização da decisão do Ministério Público, sobretudo em caso de não arquivamento do inquérito.

O poder atribuído ao juiz de indeferir os actos de instrução requeridos que entenda não interessarem à instrução ou servirem apenas para protelar o andamento do processo deve ser exercido com muita prudência. O Juiz de Instrução deve cuidar se a realização dos actos de instrução pode implicar a elisão dos indícios, caso em que não deve recusá-los, ou apenas provocar alterações não substanciais, caso em que deve rejeitá-los. Também não deve recusá-los, quando a Instrução seja requerida pelo assistente, quando impliquem um complemento da investigação realizada no Inquérito e se mostre que em face da denúncia e dos elementos carreados para os autos pelo denunciante há efectiva insuficiência da investigação. Finalmente, não deve recusá-los quando se trate de actos que não podem ou só com muita dificuldade

⁹ Cf. *Curso de Processo Penal*, I, 4.ª ed., 2000, p. 379 ss.

¹⁰ *Do Processo Penal Preliminar*, p. 346.

podem ser realizados em audiência de julgamento. A prudência do juiz, aqui como em todos os demais actos, é essencial ao bom andamento do processo e à procura da realização da Justiça.

8. DOCUMENTAÇÃO DA PROVA

I. Era inevitável. É fácil de reconhecer que o sistema actual de transcrição integral dos registos sonoros era demasiado caro para poder continuar como está; caro e não fidedigno.

Quando em 1998 se estabeleceu a obrigatoriedade do registo da prova em ordem a possibilitar o recurso efectivo em matéria de facto, procurou-se uma solução equilibrada: o recorrente deve especificar «as provam que impõem decisão diversa da recorrida» e «as provas que devem ser renovadas» com referência aos suportes técnicos, havendo lugar a transcrição (art. 412.º, n.º 4). A norma foi determinada por duas razões: economia dos próprios recursos, na medida em que, cumprindo ao recorrente a transcrição, se admitia que o faria com moderação e apenas no essencial, e economia relativamente aos custos da transcrição, quando o encargo recaísse sobre os tribunais. Por outra parte, sendo as transcrições feitas pelo recorrente, contava-se que o recorrido fiscalizasse a sua fiabilidade. Era essa a ideia, mas até ao momento imediatamente anterior à aprovação das alterações ao Código procurou-se obter consenso da magistratura no sentido de ser dispensada a transcrição das gravações, bastando as referências na motivação aos suportes técnicos. Não foi então possível por oposição dos magistrados.

A jurisprudência veio a firmar-se no sentido de que a transcrição dos depoimentos gravados em audiência de julgamento compete ao tribunal e não ao recorrente, o que criou dois problemas graves: o custo para os tribunais e a fidedignidade das transcrições. Era inevitável que o legislador intervisse. Percebe-se que o custo é insuportável e que as transcrições, pelo modo como são feitas, não são fiáveis.

A intervenção poderia ser no sentido de recuar à solução anterior à reforma de 1998, dispensando o registo da prova, o que tínhamos porque estamos convencidos que é imprescindível o registo da prova para possibilitar o recurso efectivo em matéria de facto, mas não só, também porque pensamos que o registo disciplina indirectamente a própria produção da prova e contribui para a sua maior veracidade. Aplaudimos, por isso, a solução do projecto, constante dos arts. 363.º e 364.º e n.ºs 4 e 6 do art. 412.º¹¹.

II. Neste nosso tempo em que é tão fácil e acessível a reprodução áudio não se justifica a necessidade da transcrição e por isso que o razoá-

¹¹ Germano Marques da Silva, «Registo da prova em Processo Penal/Tribunal Colectivo e Recursos», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, 2001, p. 801 ss.

vel é que seja o Tribunal de recurso a escutar as gravações, como agora consta do projecto (art. 412.º, n.º 6)¹². Não toda a gravação dos depoimentos, porque muitos serão inteiramente irrelevantes para efeitos da decisão do recurso e este é sempre e só um remédio e não um julgamento novo com base em provas adquiridas sem imediação. Nem sequer me parece importante o registo audiovisual, porque no recurso não está em causa o princípio da livre convicção do julgador, mas apenas a correcção de julgamento em função das provas produzidas em audiência. Não se trata tanto da interpretação das provas produzidas, mas da comprovação de que o juízo se fundou nas provas produzidas ou examinadas na audiência.

9. O DIREITO A NÃO ESTAR SÓ

I. Sob o título “*O Direito a não estar só ou o Direito a acompanhamento por advogado*”¹³ defendemos oportunamente a aplicabilidade imediata do art. 20.º, n.º 2, *in fine*, da Constituição, considerando que «o direito de todos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade é um direito à protecção jurídica [...] e constitui elemento da própria ideia de Estado de Direito democrático, pois não pode conceber-se uma tal ideia sem que todos os cidadãos tenham conhecimento dos seus direitos, o apoio jurídico de que careçam e o acesso aos tribunais quando precisem»¹⁴.

Concluimos no referido estudo que o direito de todos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade visa o exercício esclarecido dos direitos de cada um, por uma parte, e prevenir eventuais abusos do exercício dos poderes de autoridade e ofensivos dos cidadãos que perante elas comparecem para o exercício de direitos ou cumprimento de deveres, por outra, mas reflexamente assegura também a transparência do exercício do poder e defende as autoridades contra acusações e suspeitas infundadas de utilização de meios inadequados ou ilícitos.

Todas as pessoas têm o direito de evitar deparar-se perante as autoridades em regime de solidão. É que os abusos são sempre possíveis, infelizmente reais e frequentes, e é bom que possam ser prevenidos e denunciados. O acompanhamento por advogado serve para informar, fis-

¹² Admitimos que o Tribunal de recurso possa se o considerar necessário ou conveniente para a boa decisão determinar a transcrição, no todo ou em parte, das gravações da audiência, mas parece-nos verdadeiramente excessiva a prática actual de ser o Tribunal de 1.ª Instância e decidir, mesmo antes de interposto recurso, a transcrição das gravações.

¹³ Germano Marques da Silva, «O Direito a não estar só ou o Direito a acompanhamento por advogado», AA.VV., *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, 2001, p. 123 ss.

¹⁴ Antes de nós e no mesmo sentido, cf. voto de vencido do Conselheiro Alberto Augusto Andrade de Oliveira, no Parecer n.º 37/98 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República. Cf. também J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 161 ss.

calizar, prevenir, denunciar e perseguir pelos meios adequados, se necessário for; é sobretudo um meio expedito de protecção preventiva contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça; é uma garantia de respeito da lei por todas as autoridades; é um princípio inerente ao Estado de Direito democrático.

Por isso que não entendêssemos, ou melhor, não aceitássemos a resistência à mudança, quando se trata simplesmente de aprofundar direitos dos cidadãos no confronto com as autoridades, protegendo-os de possíveis abusos. A autoridade não se confunde com autoritarismo e por isso que as autoridades democráticas não devam temer e antes fomentar a sua actuação pelos advogados, sendo de repudiar qualquer forma de «advogadofobia» que é uma das características do autoritarismo. Certo é que, ainda hoje, são muitos os agentes da autoridade a considerar que o n.º 2 do art. 20.º da Constituição da República não é de imediata aplicação e não aceitam a presença de advogado a acompanhar o cidadão perante eles sem lei ordinária que expressamente o preveja e defendendo que o Código de Processo Penal não o prevê senão no que respeita ao arguido.

Porventura por esta falta de transparência é que vemos frequentemente nos tribunais as testemunhas a darem o dito, dizendo em audiência o contrário do que disseram no Inquérito, lançando labéus sobre os órgãos e autoridades de polícia criminal, quando não sobre as próprias autoridades judiciais, o que tudo contribui para o desprestígio da Justiça.

II. Finalmente dizíamos, mais de 10 anos após a entrada em vigor da quarta revisão constitucional, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/97, vamos ter a tal lei que no domínio do processo penal vai tornar exequível o n.º 2 do art. 20.º É o que consta do projecto da Unidade de Missão no n.º 3 do art. 70.º, sobre o acompanhamento dos assistentes, e do n.º 4 do art. 132.º, sobre testemunhas com o que muito nos congratulamos.

A propósito, é também importante a proibição constante do n.º 5 do art. 132.º, proibindo que o advogado que seja defensor do arguido no processo acompanhe a testemunha. É relevante quando o processo esteja em segredo de justiça; no mais é sobretudo uma questão do domínio da ética profissional.

10. SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO PROCESSO E RECURSOS

I. Brevíssimas referências às alterações da disciplina processual da suspensão provisória do processo e dos recursos. Estamos de acordo, em geral, com as alterações propostas.

Apreciamos muito que no regime da suspensão provisória se tenha previsto expressamente a possibilidade da suspensão ser requerida pelo arguido ou pelo assistente (art. 281.º, n.º 1). Julgamos que seria útil também a introdução de uma fase “negocial” quanto às injunções e regras de conduta.

Temo-lo defendido¹⁵ e estamos convencidos da sua utilidade; nada se perderia e muito se poderia ganhar com o diálogo entre as autoridades judiciais e os defensores dos arguidos e advogados dos assistentes e poderia substituir com vantagens o recurso à mediação penal.

O regime da suspensão vigente tem sido relativamente pouco utilizado, frustrando as expectativas do legislador na eficácia da justiça consensual, sendo frequentemente os magistrados acusados de não recorrerem à suspensão simplesmente porque é mais trabalhosa ou porque entendem que a prevenção se faz melhor pela via da repressão. Talvez que com a possibilidade de ser agora requerida pelos arguidos e assistentes o recurso a este meio seja dinamizado.

Não entendemos o alcance da norma constante do n.º 7 do art. 281.º; admitimos tratar-se de lapso. Na suspensão provisória do processo é sempre necessário o consentimento do arguido. Significa que nestes crimes há sempre lugar à suspensão? Não entendemos.

II. No que respeita aos recursos, uma nota só para aplaudir a dispensa da audiência que só será realizada quando requerida para debater pontos concretos da motivação. Era tempo de pôr termo ao espectáculo degradante para a Justiça e objectivamente desrespeitoso ver nas audiências dos tribunais superiores os advogados dos recorrentes e recorridos, sobretudo quando recorrentes, serem substituídos por defensores oficiosos. Por culpa dos advogados recorrentes, evidentemente, e culpa grave porque a lei já lhes faculta a possibilidade de prescindirem de alegações orais (art. 411.º, n.º 4, do CPP).

Também o julgamento por decisão sumária quando «a questão a decidir já tiver sido judicialmente apreciada de modo uniforme e reiterado» [al. d) do n.º 6 do art. 417.º] se impunha. Há que prevenir os recursos puramente dilatatórios.

CONCLUSÃO

Foi breve este excuro sobre o projecto. Naturalmente que muito mais há a dizer, sobretudo de aplauso, mas também de crítica, mas são grandes as limitações de espaço e sobretudo de tempo para reflectir e escrever.

Estou convencido ainda que são boas as opções essenciais do Código de Processo Penal de 1987, quer no que respeita à sua estrutura fundamental, quer no que respeita à generalidade dos actos do processo. Gostaria de ver aprofundada, em ordem à separação dos processos, a problemática dos processos monstruosos que é causa de graves limitações aos direitos

¹⁵ Germano Marques da Silva, «Em busca de um espaço de consenso em Processo Penal», *Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Universidade do Minho/Associação Jurídica de Braga, 2002, p. 695 ss.

de defesa. Gostaria de rever o regime das nulidades, de equacionar a intervenção do juiz de instrução na fase do inquérito para apreciação dos actos de inquérito, quando suscitada a ilegalidade, de aprofundar ou clarificar os fins da instrução na perspectiva da defesa e de controlo da actividade do Ministério Público, em caso de arquivamento, etc., etc., etc.

A minha apreciação sobre o projecto de reforma do Código de Processo Penal da responsabilidade da Unidade de Missão para a Reforma Penal é francamente positiva porque considero que, mantendo o essencial, introduziu com prudência as correcções que a experiência da sua aplicação aconselhava.

É minha sincera opinião que o Código de Processo Penal pode sair melhorado, se não forem introduzidas no projecto alterações ditadas por meras conveniências políticas de momento, para satisfazer caprichos pessoais.

Loures, 17 de Novembro de 2006.