

INQUÉRITO SEM PRAZO, JUSTIÇA SEM FIM?

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS

Resumo: o autor parte de uma reflexão sobre a necessidade de estabelecimento de prazos processuais, questionando, de seguida, se pode haver inquérito criminal sem prazo ou com prazo formal, meramente indicativo. A esta questão dá uma resposta negativa, invocando razões ligadas à própria finalidade do processo penal e à segurança jurídica dos sujeitos processuais, incluindo a vítima, que sustentam o anunciado resultado hermenêutico. Fazendo apelo a circunstâncias que rodearam os trabalhos preparatórios do Código de Processo Penal de 1987 e à necessidade, então sentida, de dotar o sistema processual de maior celeridade, conclui que a interpretação proposta é a mais consentânea com a *mens legislatoris*, sinalizando o que entende serem distorções conceptuais na aplicação de alguns institutos de direito processual penal, como sejam os da excecional complexidade e da separação processual. Termina a sua análise enfrentando a questão do efeito da violação dos prazos máximos do inquérito.

Palavras-chave: processo penal; direito processual penal; CPP; fase de inquérito; prazo de duração máxima do inquérito; celeridade processual; trabalhos preparatórios; excecional complexidade do processo; separação processual; irregularidade processual.

Este texto poderia ser uma tentativa de erudição, no limite da minha escassa capacidade para tanto; mas surge como um testemunho, apresentado que foi a um encontro, ocorrido em Coimbra, sobre o tema dos prazos de inquérito, não se distanciando intencionalmente do que foi a expressão improvisada então assumida. Daí que não haja nele diálogo com o que tenha sido escrito sobre o tema — e muito existe —, o que não se tome como arrogância.

Expressei, então, como “declaração de interesses”, que as opiniões que aqui partilho e ali manifestei não têm a ver com a minha condição de advogado, pois o tema é central a um notório processo pendente em que interveño, sim fruto de reflexões que já foram, ainda que não sistematicamente, expressas antecedentemente e até por escrito.

Entrando no tema, permitam-me, até para me entender comigo, que remonte ao início da questão, pensando porventura o já pensado, a começar pelo mais simples.

E coloco-me, pois, ante a questão primeira: porque há prazos em processo, nomeadamente — por ser o que está em causa — no processo penal? Eis a questão que, julgo, deve ser recolocada.

Em primeiro lugar, por uma questão de ordenação: o processo penal é sucessão organizada de actos visando a aplicação do Direito Penal e a existência de prazos contribui para essa organização, até para a previsibilidade por todos os intervenientes do que será o devir não só imediato da tramitação, mas as possibilidades da sua evolução a prazo, de modo a que possam gizar as suas estratégias processuais.

Ao contrário de outros Direitos, entre todos o Civil, o Direito Penal só se aplica através do processo penal; a única excepção é a vertente preventiva das normas criminais, as que visam evitar o perigo de crime, instigando ao cumprimento da lei ante o receio da sujeição às medidas punitivas.

Por estar em causa questão de boa ordem da tramitação, o legislador teve o cuidado de prever normas onde os prazos estão estipulados, ainda que, para que lacuna não subsista, a nível de um prazo subsidiário [artigo 105.º do CPP], estipulando uma cláusula geral atinente à impossibilidade de prática tempestiva de acto, o denominado justo impedimento.

A jurisprudência sobre justo impedimento [artigo 107.º, n.º 5 do CPP] tem sido inaceitavelmente restritiva e assente em critérios desiguais.

Ou seja, o processo penal é uma sequencialidade e, por isso, a lei teve de determinar a sucessão temporal e determinar o modo de a cronometrar, nisso incluindo previsões quanto ao modo de efectuar a sua contagem. Trata-se, pois, de uma forma de projecção temporal no âmbito do processo penal.

A diversidade de regimes relativamente ao modo de efectuar a contagem de prazos é uma das incongruências do sistema jurídico, inexistindo razão substancial para a diversificação de sistemas existentes nos vários ordenamentos processuais, em que os prazos ora são contínuos, ora interpolados, quando a segurança jurídica imporia uma padronização global, sendo excepcionais e justificados os casos em que se consagrassem regimes específicos.

Questão que é diversa da problemática da aplicação da lei no tempo, mas que pode reflectir-se nesta: a lei nova que altere prazos pode não encontrar aplicação imediata — como é apanágio das normas processuais — se puser em crise a harmonia do processo [no fundo a sua congruência lógica] ou agravar de modo sensível e evitável direitos fundamentais do arguido, nomeadamente o seu direito de defesa [artigo 5.º do CPP].

Mas mais: de tal modo a questão é efectivamente uma matéria de ordenação que o legislador, como acabámos de verificar, teve de admitir a quebra à aplicação imediata da nova lei processual penal — e a concomitante ultra-actividade da lei pretérita — revogada, afinal, mas feita sobreviver por acto ressurgente do aplicador, quando aquela levasse a uma lesão da harmonia processual.

O que não é tão fácil como se supõe: por um lado, por se tratar de, por acto do aplicador do Direito, se determinar a sobrevivência de uma lei que o legislador quis revogada; por outro, porque, iniciado o recurso à lei pretérita feita renascer, haverá de encontrar-se um critério pelo qual, na sequência da tramitação, se retorne à situação desejada pelo legislador e, assim, recuperar a lei nova, pondo termo à aplicação excepcional da lei antecedente.

Além disso, por uma questão de garantia: sem a existência de prazos, reinaria a incerteza e com isso sofreria o princípio da segurança jurídica, elemento essencial à caracterização de um Estado que se queira de Direito.

A segurança jurídica, decorrência do princípio constitucional da confiança, obriga a que o processo penal seja orientado por um princípio também constitucional de legalidade, segundo o qual todo o acto que não é previsto na lei não é permitido.

Ou seja, ao contrário do processo civil, em que existe, nos denominados processos de jurisdição voluntária [artigos 986.º a 988.º do Código de Processo Civil], a regra da ductilidade da forma, no processo penal de um Estado que se queira de Direito a forma é um dado imposto, os actos de processo não são os decorrentes da livre escolha dos sujeitos processuais, nenhum deles tem o poder de ajustar a sua conduta no processo em função de certas finalidades que tenha por relevantes.

A consideração de um processo penal que tivesse estrutura análoga aos de jurisdição voluntária levaria ao arbítrio e à incerteza, com o que estariam em causa direitos fundamentais dos sujeitos processuais.

Entendamo-nos, porém, pois há fases processuais de aparição facultativa, como é o caso da instrução [artigos 286.º e seguintes do Código de Processo Penal] e da suspensão provisória [artigo 281.º], pelo que o procedimento penal não é uma forma totalmente antecipada pelo legislador, cujo ritualismo se tenha de efectivar sistematicamente pela mesma forma.

Essas fases opcionais, tal como todas as outras, continuam, porém, regidas pelo império da lei, que lhes comanda os pressupostos e regula os termos e, assim, a liberdade que lhes é inerente não é outra se não a de lhes poder dar origem, accionando-as, não uma liberdade de actuação atrabiliária no seu âmbito.

Visto este enunciado geral, enfrente-se a questão: pode, ao menos, haver inquérito criminal sem prazo ou com prazo meramente formal que, na prática, tenha valor meramente indicativo? Respondo, antecipando a minha opinião: não pode, havendo arguido constituído ou averiguação que corra contra pessoa determinada — e a própria admissibilidade legal de inquérito sem prazo e sem arguido constituído ou averiguação contra pessoa determinada não é totalmente aceitável.

As razões que levam à justificação da existência de prazos podem, aliás, ser convocadas para aqui de modo a justificar a conclusão que formulei.

Inquérito sem prazo é inquérito desordenado, não porque a sucessão de actos não tenha lugar, mas porque a finalidade que o processo visa — a aplicação do Direito Penal — fica relegada para momento em que a decisão penal poderá já não cumprir qualquer das finalidades que, afinal, a Justiça Criminal pretende, ou ser, ao limite, contraproducente.

Não há apenas desordem quando o ritualismo é atrabiliário e ilógico, há desordem quando a substância não é prosseguida pela forma ou é até por ela prejudicada, o que sucede quando há um hiato temporal desproporcionado entre o facto e a decisão jurídica por causa do processo e as finalidades que

o Direito Penal pretende já não se podem atingir, podendo, pelo contrário, suceder efeitos contraproducentes.

Além disso, inquérito sem prazo ofende a segurança jurídica para todos, dos quais o arguido não é o único atingido.

A tempos em que os direitos dos arguidos eram a preocupação maior no domínio da análise e prescrições normativas penais sucedem os de hoje, em que uma certa política e certos sectores da vida pública clamam pelo endurecimento das instituições e do seu Direito: já não é só o chamar à colação os direitos das vítimas, o que é legítimo, sim retirar, e considerar-se legítimo retirar-se, aos arguidos pecúlios essenciais daquele núcleo de direitos sem os quais já é só formal falar-se em direito de defesa.

Tudo isso implicaria uma extensa exposição não só para inventariar o que a tal respeito sucede no plano da lei e da prática, como o contexto ideológico que tal determina e tenta legitimar: trata-se, afinal, da contaminação das categoriais gerais e comuns por aquilo que surge insidiosamente como exigível apenas a título excepcional no que se refere a certo tipo de criminalidade tida por mais perigosa.

Mas mesmo tendo-nos de render a um reposicionamento do problema — num quadro diria “postmoderno” de um Direito outro que não o liberal, e a ter de valorar uma ablação de direitos individuais em favor da segurança colectiva e supressão e encurtamento de actos processuais penais em prol da eficácia penal — ainda assim mantenho que um inquérito penal sem prazo é ofensivo para o arguido e não só para ele, mas para as próprias vítimas e também para a comunidade em nome da qual o Direito se afirma.

Inquérito sem prazo é ofensivo para o arguido, quando já constituído, pois que o deixa à mercê de prolongamento de incerteza quanto ao tempo de duração daquele seu estatuto processual e quanto ao momento em que, enfim, lhe será restituída a paz que a arguição abalou.

Ofensivo para o arguido também porquanto, vista a miscigenação entre a justiça penal e a comunicação social, a que já voltarei, esse perpetuar da arguição traduz uma estigmatização cívica que se traduz numa *capitis deminutio*, pois que oportunidades sociais e profissionais lhe podem ser negadas em função de um critério de valoração da idoneidade que assim fica em dúvida.

Convoco quantos têm responsabilidades a nível do *compliance* bancário e financeiro, pois são os primeiros a relevar meras notícias de jornal que publiquem juízos de suspeita ou alegadas pendências processuais e, assim, no exercício das suas funções regulatórias e de supervisão, actuam não só ao nível das comunicações obrigatórias às autoridades, como do dever de abstenção de actos que envolvam tais pessoas “suspeitas”, tudo no quadro da cada vez mais exigente legislação sobre branqueamento de capitais e combate ao terrorismo.

Mas não só ao arguido causa lesão um inquérito sem prazo, e eis quanto escapa a tantos.

Também a vítima — assistente ou mero lesado — fica, com o arrastar do inquérito, na expectativa de ressarcimento que se prolonga temporalmente

— e não é a existência de um princípio de acção civil em separado [artigo 72.º do Código de Processo Penal] que resolve no que à reparação indemnizatória respeita.

E não é por duas razões. Primeiro, porque em muitos casos a essas vítimas falham meios financeiros para suportar os encargos — entretanto incrementados por lei de um Estado ansioso por réditos — do recurso à jurisdição civil. Depois, porque esse recurso ao foro civil, pendente o processo penal, pode esbarrar com contradição de julgados, fonte também aqui de insegurança, se é que, ao transportar o tema para o processo civil, a vítima não vai gerar no subconsciente do Procurador penal que tenha o caso sob sua alçada a ideia de que a matéria é, afinal, meramente civilística e, como tal, da competência de outro, o juiz civil, e daí que um arquivamento seja para si a lógica e até cómoda ilação a extrair.

Enfim, porque, de acordo com os critérios, por vezes incompreensíveis, de alguma jurisprudência, o recurso aos meios civis só é admitido quando o processo penal se encontra «parado» durante certo tempo — fixado na lei — e, mesmo parecendo imóvel, o processo nunca está parado, pois sempre aguardará algo que seja, nem que seja um acto em falta e que tarda a surgir.

E, *last but not least*, não apenas os sujeitos privados são lesionados com o prolongamento dos inquéritos, mas, afinal, a própria comunidade — e, com ela, os interesses públicos sofrem dano —, pois aquela espera uma justiça penal em tempo útil, que ao mal do crime corresponda com o mal da pena, ou à falta de crime responda com o bem de uma absolvição e não o estertor de um processo que mostra, afinal, a agonia mortuária da própria noção de Justiça, de autoridade do Estado e de resposta da colectividade que neste confiou.

Esta lesão da confiança da comunidade na Justiça tem sido desconsiderada naquilo em que é lesada pelo alongamento excessivo dos inquéritos criminais, quando se trata, afinal, de uma questão primordial, sobretudo quando a esse excesso de tempo corresponde um agravamento de custos processuais para os contribuintes e uma ausência de resultados expectáveis ante o ambiente psico-social que se criou pela pendência processual.

A relação custo/benefício no processo penal — mesmo naquele em que o tema são crimes com natureza patrimonial — é uma realidade quase totalmente desconsiderada.

Neste contexto, em que tudo parece convergir no sentido de repelir a ideia de um inquérito sem prazo, surge a noção — que é para mim o critério decisivo — de ser necessário compatibilizar a sujeição formal de alguém a um processo criminal com o obrigatório prazo deste; e essa sujeição ocorre ou porque o processo já tem um alvo, ou seja, já corre contra pessoa determinada, ou esta já foi mesmo constituída como arguido.

Daqui resulta que um inquérito sem prazo só pode ser pensado — o que, sublinho, ainda não significa ser permitido — quando e enquanto não houver constituição de alguém como arguido ou enquanto as averiguações não correrem contra pessoa determinada.

E esta noção decorre, aliás, da própria lei [artigo 276.º, n.º 4, do Código de Processo Penal], quando faz nascer o prazo de inquérito precisamente de um destes dois momentos, ou aquele correr contra pessoa determinada ou ter sido esta constituída como arguido.

A arguição criminal [artigos 57.º a 59.º do Código de Processo Penal] significa imputação que, segundo a lei em vigor, implica juízo de substanciação: a justiça penal julga-se suficiente segura para convocar alguém e fazer-lhe solene advertência de que, de ora em diante, o seu estatuto processual penal é o de investigado [e assim arguido] por existirem suspeitas suficientes do seu envolvimento em crime.

O acto é formal [artigo 58.º, n.º 2, daquele Código], é um acto de comunicação, através de uma notificação que tem de ser expressa e de acordo com um rito específico em que se procede à informação sobre direitos e deveres, porque é disso que se trata, de habilitar alguém a saber em que situação está agora envolvido ante a autoridade.

Tal pode ocorrer a pedido [artigo 59.º, n.º 2, do Código de Processo Penal] ou tornar-se um efeito obrigatório de uma acusação ou de um pedido de instrução, o qual não pode ser formulado contra incertos [artigos 57.º, 283.º a 285.º e 286.º e seguintes, todos do Código de Processo Penal].

Ora se a Justiça se sentiu suficientemente habilitada para dar esse passo, o da arguição, terá de extrair para si mesma as consequências do procedimento, assim como o arguido o fará.

Habitúmo-nos à ideia de que o arguido, investido nesse estatuto, estaria, pois, adstrito a ver a sua vida social, profissional e pessoal alterada, bem como a encargos daí decorrentes, dos quais a preocupação em reunir prova para a sua defesa, custear defensor e ter de sujeitar-se à sombra da suspeição e à dúvida quanto à sua relação com os factos são um somenos, pelo que tal situação pode ter uma extensão temporal que, para alguns, tem como limite o prazo de prescrição do procedimento criminal.

E habituámo-nos a conviver com a ideia de que, para as autoridades, ante esse seu acto majestático, e salvo havendo prisão preventiva, não surgiriam deveres acrescidos de celeridade, como se o arguido pudesse estar à mercê do tempo que houvesse que ocupar com a investigação.

Mais: o sistema passou a fazer suceder à arguição — precedida de buscas, ou estas sem aquela — intercepções telefónicas e vigilâncias como meios complementares de investigação a extrair benefício da situação em que o visado agora fica e da alteração comportamental que possa ter: isto é, a arguição, longe de ser um acto garantístico, passou a ser chamariz venatório, destinado a atrair prova, a do próprio e a de outros, pelo seguimento dos seus comportamentos.

Só que, pergunto, se a arguição faz nascer direitos, de que valem eles se o arrastar temporal do inquérito significa o diferimento do momento adequado à sua actuação, nomeadamente quando se trata de um arrastar de inquérito concatenado com a prorrogação indefinida do segredo de justiça?

Uma insólita interpretação da lei permite que a prorrogação do segredo de justiça se torne indefinida. O legislador ajudou nisso ao ter-se expresso

ambiguamente no n.º 6 do artigo 89.º do Código de Processo Penal, segundo o qual: «[f]indos os prazos previstos no artigo 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos de processo que se encontrem em segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez, quando estiver em causa a criminalidade a que se referem as alíneas i) a m) do artigo 1.º, e por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação.»

Ao ter usado, quanto à prorrogação, a noção de que esta pode ser determinada «por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação», legitimou-se a prorrogação indefinida, o que contraria completamente a intenção da norma, a qual é a de fixar limites temporais ao segredo.

A correr como inquérito com prazo a partir da arguição ou de averiguação a correr contra pessoa determinada, inquérito já mas ainda sem prazo a correr antes desses momentos, o procedimento criminal admite uma fase de investigação que não seja ainda de inquérito formal. Tal afirmação pode ser controvertida por várias razões, pelo que exige uma clarificação.

A primeira razão de controvérsia radica no princípio, que o Código de Processo Penal acolhe, segundo o qual à notícia da infracção corresponde a abertura de um inquérito como sua decorrência automática.

De facto o n.º 2 do artigo 262.º do Código de Processo Penal estatui que: «[r]essalvadas as excepções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito», o que pode inculcar a ideia de uma sequencialidade imediata entre a notícia de crime e a abertura de inquérito, o que creio não ser, em rigor, o que a lei determina, não se afigurando ilegal que, antes de decretar a abertura de inquérito — o que sempre terá lugar assim se configure haver possibilidade substancial da existência de crime — o Ministério Público possa proceder a uma averiguação destinada até a verificar do bom fundamento dessa notícia.

Por outro lado, é minha opinião que o inciso da lei, quando fala em «notícia de crime» se está a reportar a algo cuja existência e qualificação jurídica estejam já adquiridos com o mínimo de indiciação e não a uma realidade da vida incerta, quer factualmente, quer pela insegurança relativamente à sua qualificação jurídica como ilícito penal e, deste modo, o inquérito só deverá ser determinado ante uma notícia de um crime cuja possibilidade esteja suficientemente substanciada em termos de plausibilidade, não antes desse juízo de razoável probabilidade.

Assim, para consolidar a sua conclusão que de crime se trata e que estará então ante uma notícia “de crime”, também por este motivo me parece que o Ministério Público possa proceder a diligências de averiguação necessárias para alcançar aquele grau de razoável convicção, suficiente para determinar a efectivação de inquérito.

Dir-se-á — e eis uma outra razão de controvérsia — que estas diligências de averiguação não estariam cobertas pelas previsões que a lei processual penal dedica ao inquérito em sentido formal, pois não seriam ainda actos

processuais em sentido próprio. E creio que esta deverá ser, de facto, uma conclusão inexorável, o que não dispensa que sejam asseguradas garantias de não intrusão na esfera dos direitos fundamentais das pessoas.

Eis todo um tema aberto a uma mais profunda reflexão. Numa abordagem superficial, entende-se que, obviamente, institutos como a tomada de declarações ou a obtenção de depoimentos estarão afastados como meios de efectivar tais averiguações de investigação que não sejam ainda de inquérito e, do mesmo modo, escutas telefónicas e perícias.

Mas creio que vigilâncias, obtenção de informações, em suma, o núcleo essencial das medidas cautelares e de polícia [previstas nos artigos 248.º a 253.º do Código de Processo Penal] podem ser categorizadas como instrumento de investigação criminal que não seja [ainda] inquérito no sentido próprio do termo.

E se me refiro ao núcleo essencial do ali previsto é porque o legislador, a partir de 1998, para lá carregou medidas e modos de actuação que já não consigo suportar como não sendo actos que tenham de ter a totalidade das garantias inerentes a um processo criminal e hajam, assim, de ser necessariamente actos de inquérito.

Assentes os conceitos que, em minha opinião devem orientar a análise — a da existência de uma investigação que ainda não é inquérito e a de um inquérito que tenha de estar sujeito a prazo a partir do momento em que a averiguação tenha alvo determinado ou tenha ocorrido a arguição do mesmo — fica, como lógica ilação, a possibilidade de haver, fora destes casos, inquérito ainda não sujeito a prazo.

E, se me socorro da expressão “ainda” é porque a existência de inquérito sem prazo terá de ser, na arquitectura do sistema, uma situação provisória, a cessar assim que haja determinação pessoal do averiguado ou a arguição do mesmo.

Como vimos, desde a sua versão inicial que a lei clausulou que o prazo de inquérito só tem início correndo este contra pessoa determinada ou esta ter sido constituída como arguido [artigo 276.º, n.º 3 na versão inicial e n.º 4 na redacção subsequente].

Formulação confiante esta, e como tal ingénua, pois deixa a quem dirigir o inquérito não só a decisão de o estruturar em termos de escolher o momento em que o orienta agora contra pessoa determinada, mas também a possibilidade de não formalizar tempestivamente no processo essa determinação do visado e, assim, escapar à regra do prazo, jogando, com argúcia, numa alegada indeterminação do alvo.

Quis-se conceder à eficácia da investigação este benefício, o de poder dar seguimento a uma suspeita ainda não consolidada e, assim, promover actos de averiguação ainda contra desconhecidos ou pessoas ainda não claramente individualizadas no que se refere à sua relação com o crime em causa e tudo isto sem prazo de termo das averiguações.

Em rigor, como vimos, poderiam ser considerados actos de investigação que não ainda de inquérito, mas, por uma compreensível lógica de garantia,

o legislador optou por considerá-los já acto de inquérito, embora de um inquérito sem sujeição a prazo, o que, creio, vistas hoje as coisas, ser um ilogismo.

Daqui decorre uma ilação necessária: a partir do momento em que o inquérito visa pessoa determinada, esta é investida necessariamente no estatuto de arguido [podendo requerer a sua investidura em tal estatuto se não lhe for outorgado o mesmo] quando houver um juízo de substanciação que o legitime, e, destarte, o inquérito passa a ter termo certo de duração.

A existência em sede de inquérito de determinação de visado não implica necessariamente a investidura no estatuto de arguido, pois tal só sucede quando houver um juízo de substanciação indiciária que permita a probabilidade de lhe imputar a prática de crime.

Nisso, o artigo 58.º, n.º 1, a), do Código de Processo Penal é claro quando determina que há lugar à constituição de alguém como arguido quando: «[c]orrendo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal».

Ou seja, exigem-se três requisitos cumulativos: (i) a determinação do alvo da investigação; (ii) a existência de um juízo de suspeita; e (iii) o acto processual de a pessoa prestar declarações.

Isto com a ressalva de que se o investigador retardar este último acto, de modo a evitar a investidura no estatuto de arguido, pode o visado requerer a sua entronização em tal condição [artigo 59.º do Código de Processo Penal].

Chegámos, pois, a um primeiro patamar em que creio que posso extrair conclusões para prosseguir.

- a lei admite actos de investigação que não são de inquérito;
- a lei admite actos de inquérito em que não haja determinação do visado, pelo que não tem início a contagem de prazo;
- correndo o inquérito contra pessoa determinada tem lugar o início do prazo;
- do mesmo modo o prazo tem início quando houver à constituição de arguido.

Creio que se resolve com lógica a aparente incongruência de um prazo de inquérito decorrer a partir da constituição de arguido quando já teria começado a decorrer quando o inquérito visou pessoa determinada; é que, creio, a segunda possibilidade — de prazo a contar da arguição — respeita aos casos em que a arguição foi imediata, sem tê-la a anteceder um inquérito em que, primeiro, se individualizou o sujeito contra quem o inquérito decorria e assim já sujeito a prazo.

Eis, pois, o que se tornou lei, rememorando algo sobre a sua origem, que decorreu dos trabalhos de uma Comissão, presidida por Figueiredo Dias e de que fiz parte.

*

Quando se elaborou o Código de Processo Penal de 1987, os trabalhos foram antecedidos por uma carta que foi escrita pelo Presidente da Comissão, endereçada ao ministro da Justiça de então, Rui Machete, na qual se definiram os parâmetros do Código a elaborar.

Entre esses pontos constou precisamente a necessidade de garantir um processo penal célere e eficaz.

Tratava-se de dar execução a uma das instantes preocupações de então, a da celeridade, porquanto Portugal vinha sendo condenado no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto a atrasos no desenrolar dos processos, assim por incumprimento do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o qual estabelecia: «Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]».

Ficaram no Código várias expressões dessa noção de celeridade processual, nomeadamente:

- a noção de simplificação formal;
- unificação da tramitação em torno de uma só forma comum, com excepção a favor da sumária e da sumaríssima;
- o carácter opcional da instrução judicial pós-acusatória;
- o reduzido prazo de cinco dias para a formulação do requerimento respectivo;
- a caducidade da prova produzida no caso de adiamento da audiência para além de trinta dias;
- atribuição da competência para o inquérito ao Ministério Público e seus OPC [órgãos de polícia criminal], retornando-se à fórmula do Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, com exclusão da competência judicial para tal fase de averiguações;
- admissibilidade, ainda que excepcional de interceptação nas comunicações, inovação inexistente no Direito do regime político transacto;
- negação de perícias contraditórias;
- previsão de um incidente de aceleração processual destinado a garantir o cumprimento de prazos relativamente aos quais as autoridades judiciais se encontrassem em mora.

Foi neste contexto que surgiu a questão dos prazos de inquérito e, concomitantemente, de prisão preventiva, sendo que a ideia que estava em agenda, neste particular, era a necessidade de também aqui garantir celeridade, mas ao mesmo tempo eficácia na averiguação, a qual nem sempre é compatível com a primeira.

Houve consciência na Comissão de que as propostas que se estavam a discutir traduziam prazos mais dilatados do que os previstos na legislação

antecedente, com a incongruência de se tratar de um Código da democracia e clausular assim institutos mais lesivos para os direitos dos arguidos do que os da legislação processual penal antecedente saída da Ditadura.

Os prazos antecedentes variavam consoante a forma do processo: para os mais graves [forma de querela] 3 meses, mas para os de gravidade média [forma correcional] 2 meses e para os de pequena gravidade [polícia correcional] 1 mês, todos prorrogáveis, sim, mas por igual período e mediante despacho fundamentado.

Daí que tenha havido um cuidado, que acabou por se tornar a fórmula compromissória entre essa necessidade de eficácia — com dilatação do prazo para corresponder ao carácter complexo da nova criminalidade — e a garantia da celeridade que era, em suma, o timbre essencial do Código.

E deste modo prevaleceu a tese dos prazos mais extensos do que os do Direito antecedente, mas com a salvaguarda de que de prazos máximos se trataria.

Prazos máximos ponderando a circunstância de alguns terem de ser proporcionados a uma correlação entre a gravidade do crime e a presuntiva complexidade do processo, esta enunciada, aliás, na lei, através de um enunciado que relevava três factores: o número de arguidos; ou de ofendidos; ou o carácter altamente organizado da criminalidade [artigo 215.º, n.º 3, da primitiva versão, aplicável por remissão decretada pelo artigo 276.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal].

E, para que tal intenção legislativa ficasse expressa, fez-se constar quer da epígrafe do artigo do Código onde os prazos de duração do inquérito se previam quer do próprio corpo do preceito a expressão «prazos máximos».

Naturalmente que se partiu do pressuposto de que, tratando-se de norma que teria magistrados como destinatários, tal preceito não careceria de cominação para ser obedecido.

E é também óbvio que, ao ter-se previsto o incidente da aceleração, este foi gizado como sendo o que garantia a execução do ditame legal em caso de incumprimento do mesmo.

Mais: por uma questão de segurança jurídica, clausulou-se que os prazos começariam a contar de momento certo, no caso do instante em que a investigação corresse contra pessoa determinada ou esta fosse constituída como arguida.

Um contratempo surgiria, entretanto, a gerar entorse ao pretendido em sede de lei, a qual havia sido apresentada mediante uma proposta de lei, que continha uma muito extensa norma sobre o âmbito e o sentido do Código que se pretendia aprovar.

Era então ministro da Justiça Mário Raposo. Por incumbência do mesmo, redigi o texto da referida proposta de lei, a qual visava evitar que os deputados, a não existir a mesma, alterassem o articulado do Código, o que poderia gerar incongruências entre o que alterassem e outros preceitos do diploma.

A proposta de lei resumia de modo detalhado o teor do Código a aprovar e qualquer modificação que fosse introduzida obrigaria o Ministério, através da Comissão, a alterar o projectado diploma, como sucedeu.

De acordo com o figurino inicial do projecto de Código, o incidente de aceleração seria decidido quer pelo Conselho Superior da Magistratura, no que aos juízes respeita, quer pelo Conselho Superior do Ministério Público, no que se refere aos actos do Ministério Público, e do seu deferimento poderia resultar uma injunção com projecção processual no sentido de determinar a prática de acto.

Sucedde, porém, que, em sede de discussão parlamentar da proposta de lei apresentada à Assembleia da República, foi modificado o seu ponto 21, mantendo-se que a decisão sobre a aceleração fosse decidida, em sede de fase judicial, pelo Conselho Superior da Magistratura, mas, na fase de inquérito, não pelo Conselho Superior do Ministério, mas sim pelo Procurador-Geral da República.

Como resumi num livro em que faço a narrativa do processo legislativo: «a redacção da parte final do ponto n.º 21, sobre a aceleração processual a partir de «sendo o pedido decidido pelo Procurador Geral (...)» obrigou à modificação dos artigos 108.º e 109.º do Projecto, por ser diverso o regime de competências estabelecido nesta Lei de autorização relativamente ao que estava consagrado no Projecto do Código; o pedido de aceleração passou, em conformidade, a ser decidido pelo Procurador-Geral da República «se o processo estiver sob a direcção do Ministério Público ou pelo Conselho Superior da Magistratura, nos demais casos» (o que obrigaria a rever todo o sistema); esta última atribuição de competência ao Conselho Superior de Magistratura — órgão de natureza meramente administrativa — haveria de colocar, à própria Comissão, problemas de constitucionalidade, a qual, para os tornear, modificou a redacção da alínea d) do n.º 5 do artigo 109.º, esvaziando profundamente o alcance do incidente de aceleração, mas o Tribunal Constitucional, aquando do exame preventivo de constitucionalidade, repensaria a questão, vindo a concluir pela inexistência de inconstitucionalidade».

Ou seja, contrariamente ao previsto no projecto, a decisão sobre a aceleração passou a não permitir ordenar a prática de actos processuais — pois que, pensando no Conselho Superior do Ministério Público este, sob pena de inconstitucionalidade, não poderia interferir em processos pendentes e teve que se encontrar uma solução que fosse comum para a fase em que o processo estivesse sob a direcção do Ministério Público, em fase de inquérito — mas apenas o seguinte corpo de possibilidades [artigo 109.º do Código de Processo Penal]:

«5 — A decisão é tomada, sem outras formalidades especiais, no sentido de:

a) Indeferir o pedido por falta de fundamento bastante ou por os atrasos verificados se encontrarem justificados;

b) Requisitar informações complementares, a serem fornecidas no prazo máximo de cinco dias;

c) Mandar proceder a inquérito, em prazo que não pode exceder 15 dias, sobre os atrasos e as condições em que se verificaram, suspendendo a decisão até à realização do inquérito; ou

d) Propor ou determinar as medidas disciplinares, de gestão, de organização ou de racionalização de métodos que a situação justificar.»

Logo isto foi, de facto, uma severa limitação à possibilidade de enfrentar a violação de prazos estipulados para a duração do inquérito.

Longe se estava então de supor que a jurisprudência descaracterizaria em outros domínios completamente esta vontade límpida do legislador e que a lei traduzia.

É que, não tenhamos medo da realidade, foi isso que sucedeu, como, aliás, relativamente a outras previsões do Código.

Há nisto uma questão de substância que não poderei abordar neste escrito, o da sistemática tensão entre quem legisla e quem tem de aplicar as leis. Se bem que a jurisprudência não possa substituir-se ao legislador, sabe-se em que medida — e isso bem merecia ser estudado em meio académico — quantas previsões legais acabam por ser transformadas pela jurisprudência num sentido criativo bem diverso daquele outro que estava intencionalizado por quem elaborou a lei.

Vários foram os passos nesse sentido que sucessivos acórdãos foram acolhendo, alguns com apoio doutrinal.

Um deles foi a manipulação do conceito de complexidade processual, o qual foi tornado puramente formal, passando a ser expediente para enfrentar prisões preventivas que se estavam a esgotar e que se viam deste modo prorrogadas através de decisões em que os processos passavam a ter uma excepcional complexidade que nunca antes lhes havia sido reconhecida.

E isto por vezes já em instância de recurso, onde nem sequer estava em causa a prática de diligências de averiguação que poderiam legitimar a extensão da prisão preventiva. Para fazer face a esta situação o legislador redigiu uma norma segundo a qual a excepcional complexidade só poderia ser decretada em primeira instância [n.º 4 do artigo 215.º do Código de Processo Penal, com a redacção conferida pela Lei n.º 47/2007, de 29/08]. Ante isto, certa jurisprudência, torneando a vontade do legislador, passou a decidir que, estando o processo em sede de recurso, havendo necessidade de reconhecer a referida excepcional complexidade [face ao esgotamento do prazo da prisão preventiva] deveriam então os autos baixar à primeira instância para que — em cumprimento meramente formal da lei, subvertendo-se a substância da lei — isso foi decretado e logo subiriam já com a prisão preventiva prorrogada.

Outro foi a separação processual, através da qual se possibilitava a dilatação sucessiva de realidades da vida que tinham, afinal, uma conexão material a ligá-las e assim se poderia perpetuar a investigação, cada uma com seu prazo, contado a partir da extracção de certidão para averiguação.

Outra fase teria, porém, lugar.

Nessa seria pela construção da noção de que, previstos embora na lei como «máximos», os prazos de inquérito eram, afinal, meramente ordenadores, o que veio a legitimar a extensão das investigações para além do previsto na lei, como se tratasse de uma dilação temporal consentida.

Estaríamos, agora, ante um outro mundo, pois que, pela alteração à norma do Código onde se previa a conexão de processos, abriu-se caminho aos denominados maxi-processos, mega-processos ou expressões quejandas, juntando episódios da vida em que a investigação sempre encontraria um qualquer denominador comum.

Um dos denominadores usuais foi o uso do tipo criminal da associação criminosa, pertinazmente introduzido nas acusações em casos que, sujeitos a juízo, redundavam não poucas vezes na noção de mera participação criminosa, mas que permitia, com vantagem para a acusação, não só a justificação da dilação temporal da investigação — visto o carácter por definição complexo da “associação” —, como o uso de instrumentos de averiguação do tipo das escutas telefónicas, quando não a promoção da prisão preventiva, atenta a perigosidade da situação assim considerada.

Outro era a noção de que a actividade imputada surgia como resultado de um “plano” participado pelos arguidos, de modo preordenado, e assim se formava uma lógica de interligação a gerar a noção de que, em suma, tudo tinha a ver com todos.

Que esses processos sejam, não infrequentemente, atentatórios da pretensão punitiva do Estado, gerando, ao final, absolvições que, numa lógica de custo/benefício, se tornam ruinosas para o erário público, em dano nunca contabilizado, pouco importará, ante o sucesso que tem sido assumido pela sua mediatização e pelos efeitos estigmatizantes que a mesma gera para os visados, essa sim, a verdadeira pena, o processo como o mal em si.

Que esses processos gerem uma verdadeira justiça de classe, pois que, ante a sua duração e extensão, apenas os afortunados poderão custear advogado de sua livre escolha que os defenda durante todo o tempo e com total conhecimento de causa, também não tem impressionado.

E que isso sobrecarregue o poder judicial com o esforço de um julgamento, em colectivo de três, que foi preparado anos a fio por equipas mistas, por vezes de dezenas, também não parece causar qualquer espécie de problema a quem, ante os resultados finais, não responde por eles.

Em suma, não só estamos hoje a viver os efeitos de formas processuais que se foram gerando para serem instrumentais e legitimadoras dessa eternização processual em inquérito que se projecta no alongamento das fases sucessivas, nomeadamente de julgamento, como um outro fenómeno, nascido da miscigenação dos media com a justiça penal veio também a projectar os seus efeitos.

Tal resulta da conjunção de três factores.

Primeiro, da admissibilidade da regra da publicidade do inquérito, que uma interpretação inaceitável da lei tem vindo a tentar enfrentar, permitindo a indefinida prorrogação do segredo quando inicialmente decretado nos casos em que a lei o permite.

Segundo, pela invencível violação sistemática do segredo de justiça, que tem funcionado em termos de permitir mecanismos de mútua recriminação, mas por sistema invisibilidade dos seus autores.

Enfim, pela admissibilidade do estatuto de assistente a jornalistas, ao abrigo de uma regra de acção penal popular que permite aos que nenhuma conexão tenham com os factos e estejam, deste modo, desprovidos de razão material de legitimação, terem pleno acesso ao processo, enquanto sujeitos processuais, para depois, agora jornalistas, divulgarem o seu teor, incluindo em livros, e tudo sempre a coberto da lei e no alegado desempenho de uma função cívica.

Essa miscigenação veio a gerar não apenas lesões processuais nos direitos dos intervenientes processuais mas, também, danos reputacionais decorrentes da sua sujeição ao juízo público que a comunicação social condiciona e não rectifica nem desmente quando a verdade judiciária é, enfim, proclamada.

Chegados a este ponto resta a questão final: estando o inquérito sujeito a prazo a partir do momento em que corra contra pessoa determinada ou haja a arguição da mesma, qual a consequência do seu incumprimento? Tratar-se-á de prazos cominatórios, sendo a cominação a caducidade do direito de praticar o acto?

Antecipando, também aqui, a resposta, digo: há sanção prevista, a qual não é a da caducidade do direito a praticar o acto.

Não há caducidade pois tal pressuporia norma legal que habilitasse a conclusão respectiva e ela, em minha opinião, não existe.

A sanção para a violação do prazo de inquérito é, a meu ver, a invalidade dos actos de inquéritos praticados para além do prazo legalmente estipulado, o que pode projectar-se a nível da validade da própria acusação.

O Código de Processo Penal estabelece que são irregulares os actos processuais praticados em violação de lei, quando não forem nulos [artigos 118.º e 123.º], e eis o caso.

Os actos irregulares contaminam os actos subsequentes nos termos que o artigo 123.º assim clausula: «Qualquer irregularidade do processo só determina a invalidade do acto a que se refere e dos termos subsequentes que possa afectar quando tiver sido arguida pelos interessados no próprio acto ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum acto nele praticado.»

Assim, a acusação pode ser afectada pela irregularidade dos actos de inquérito em que se fundamente, desde que haja um nexos causal de projecção destes na sua fundamentação, isto é, quando a sua indicação estiver fundada em actos cuja prática ocorreu para além do prazo fixado na lei.

Claro que, segundo o n.º 2 do referido artigo 123.º, «pode ordenar-se officiosamente a reparação de qualquer irregularidade, no momento em que da mesma se tomar conhecimento, quando ela puder afectar o valor do acto praticado», o que, na aparência imediata, abre a porta a que o titular do inquérito possa convalidar o acto irregular, o que no caso seriam os de inquérito praticados já fora de prazo.

Tal conclusão, alcançada por uma aplicação mecanicista e literal da lei, torna-se incongruente com as finalidades da tutela que ela visa outorgar.

Só que importa referir que a invalidação por irregularidade dos actos de inquérito praticados para além do prazo previsto gera um outro efeito possível: ocorrer, então, uma insuficiência de inquérito — ao estar o mesmo amputado dos actos praticados para além do prazo — e, assim, gerar-se uma nulidade sanável prevista no artigo 120.º, n.º 2, d), do Código de Processo Penal, com os efeitos a projectarem-se a nível da acusação, agora por força do estatuído no artigo 122.º do citado Código.