

A Teia de Ariadne: O Direito Constitucional e o Direito Processual Penal¹

JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS

“A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the names by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves”

Chief Justice MARSHALL in McCullock v. Maryland (1819)

“Le leggi, comprese le migliori (e le nostre non sono tali, né forse lo saranno mai), non possono risolvere da sole tutti i problemi e nemmeno la totalità di un singolo problema”

GIOVANNI CONSO, Costituzione e Processo Penale, Milano, Giuffré Editore, 1969 p. 49

¹ *In memoriam* Maria Felisberta Espinha Lameiras – *Requiescat in Pace.*

1 - Introdução

Este texto foi escrito, no (já longínquo) ano letivo de 1998-1999, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal do Mestrado (pré-Bolonha) em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, regida pelo Professor Doutor Faria Costa, a quem agradecemos, bem como aos colegas da parte curricular do Mestrado, todas as observações, críticas e elogios com que enriqueceram este trabalho aquando da sua apresentação oral.

O tempo escasso que tivemos para a sua apresentação (foi, tanto quanto recordamos, o primeiro trabalho apresentado nessa mesma disciplina) limitou bastante a possibilidade de consultar mais bibliografia. Mas, talvez por isso, este texto tem um cunho bastante pessoal, concentrando-se no que então pensávamos e não tanto no que era defendido pela doutrina. Assim, resolvemos, na sua versão definitiva, não alterar este estado de coisas, desenvolvendo apenas, e levemente, alguns assuntos, sendo que agora, com vista à sua republicação *online* (este artigo foi publicado originalmente, em 2001, na Página do Auditor de Justiça e do Jovem Magistrado do Centro de Estudos Judiciários, mas só esteve disponível na mesma por um período de tempo muito limitado), procedemos apenas à atualização de diversas referências legais e a alguns (ligeiros) ajustes ortográficos e estilísticos (como a sua adaptação às normas ortográficas vigentes, mantendo, de todo o modo, o plural impessoal que então usava e a que mais recentemente já não recorreremos, apenas com pequenos retoques de redação).

Quanto ao texto propriamente dito, pretendemos analisar o campo das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, quer como foram consideradas historicamente, quer como se devem considerar hoje.

Para tal, teremos primeiro de saber o que são esses dois ramos do Direito. Em seguida, referiremos o modo como a sua relação tem sido vista ao longo dos tempos e como é entendida agora. Após o que abordaremos o nó górdio da questão, em que procuraremos rebater as concepções clássicas da relação Direito Constitucional/Direito Processual Penal e apresentar uma nova concepção destas.

Finalmente, mostraremos como, em relação a uma norma concreta, se verificam as conclusões a que chegamos.

Tal qual Teseu, quisemos seguir o fio de Ariadne para sair do labirinto. Mas, em relação a esta tarefa, os fios que os unem são múltiplos e formam uma teia emaranhada. Tivemos, por isso, que seguir cada fio individualmente, procurando as várias saídas a que conduzem.

É o que nos propusemos fazer, regressando agora, mais de vinte anos depois, a este texto, desde logo pelo carinho que temos pelo mesmo, por ser uma das nossas primeiras produções científicas e também pelo facto de ter agora começado a exercer funções como Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional, com o que voltamos, como Ulisses a Ítaca, a este primeiro porto de partida.

2 - O *prius* lógico da questão: a delimitação dos dois campos

Impõe-se, antes de procurar a relação entre estes dois ramos do Direito, saber a que correspondem qualquer um deles, tendo, por isso, de os delimitar e definir. Começamos pelo Direito Constitucional, até porque, como veremos, tem sido considerado como determinante do próprio Direito Processual Penal.

2.1 - O Direito Constitucional e o conceito de Constituição

O Direito Constitucional tem como referente básico a noção de Constituição. Não unicamente a Constituição vigente, mas todos os problemas relativos às Constituições em geral e à sua teoria. Ora, por isso, temos que perguntar-nos: do que falamos, quando falamos de Constituição?

Referimo-nos, usualmente, a um conjunto de normas jurídicas corporizadas num texto escrito, a um volume com o nome de Constituição. Todavia, o conceito de Constituição enquanto *corpus* escrito de regras jurídicas é bastante recente². Só

² E, mesmo atualmente, não aceite em todo o mundo, como, por exemplo, na Inglaterra, onde a Constituição é um conjunto de tradições históricas e direitos adquiridos ao longo dos anos, sem haver um texto propriamente dito.

com as revoluções liberais, começam a aparecer as primeiras Constituições que se anunciam como tal e estão fixadas num texto.

Mas, “toda e qualquer comunidade política, pelo simples facto de o ser, implica a existência de uma ordenação fundamental que, mesmo de forma imprecisa, lhe atribui uma especial significação”³. Assim, a Constituição existe, ainda que implicitamente e não admitida como tal, desde o dealbar da civilização.

A Constituição funda a comunidade, constitui-a (daí o seu nome), é o seu regime básico, pelo que também é designada por Lei Fundamental. Por isso, contem necessariamente, na sua expressão mínima, dois elementos: a organização básica do poder na sociedade e a atribuição de direitos fundamentais aos seus membros. Só com estes dois elementos estamos perante uma Constituição no seu verdadeiro sentido.

Como escreve CASTANHEIRA NEVES, a Constituição é o “estatuto jurídico do político”⁴, sendo que o político é o “húmus axiologicamente densificante e fundamentante da prática de qualquer comunidade concreta”⁵. A Constituição na sua expressão mínima, responde-nos a duas perguntas: quem e como detém o poder e que direitos têm os indivíduos face a esse poder.

Assim, na Constituição Americana, o corpo da Constituição trata do poder político e da sua organização, constituindo as primeiras oito emendas (aprovadas pelo Congresso em 1789) o chamado *Bill of Rights*, i.e., os direitos fundamentais do povo americano.

Claro que, e voltaremos a este ponto posteriormente, a Constituição é o regime fundamental da *Polis*, de modo que não deve ser demasiado abrangente. A Constituição tem um limite mínimo para ser considerada como tal, mas nada

3 ROGÉRIO SOARES, «Constituição», in *Polis II*, Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1983, p. 1163.

4 CASTANHEIRA NEVES, «A redução política do Pensamento Metodológico-Jurídico», in *Digesta*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 406.

5 PINTO BRONZE, *Apontamentos Sumários de Introdução ao Direito*, Coimbra, 1992, p. 187, não se confundindo com a política, pois “esta identifica um programa finalístico, que tem a sua estratégia e que é assumido por um governo, v. *ob. e loc. cit.*”

impede, *a priori*, que se expanda conforme entender o poder constituinte. Assim, na Constituição Brasileira, regulam-se, por exemplo, certos casos de usucapião e a gratuidade dos transportes para as pessoas com mais de 65 anos⁶.

Contudo, no limite, o que decide da sua natureza constitucional é a existência de uma ordenação do poder e de direitos fundamentais, sendo que o resto são elementos espúrios, agregados, pelas circunstâncias, ao texto constitucional. A função principal da Lei Fundamental não é a de ser uma regulamentação exaustiva, antes de fixar os princípios básicos que são tidos como mais importantes naquela sociedade historicamente considerada⁷.

O conteúdo constitucional foi-se alterando ao longo dos tempos, acompanhando a evolução das sociedades que pretendia regular. De início, nas Constituições Liberais, visava-se apenas organizar o poder estadual, separando os diversos poderes e controlando-os, limitando o poder ao atribuir um espaço de liberdade aos cidadãos. Correspondiam às aspirações dos burgueses, que queriam controlar o poder político, não permitindo uma intervenção exagerada do Governo e atribuir a si próprios uma larga margem de liberdade, essencialmente económica. Mais tarde, com o desenvolvimento do Estado Social, os indivíduos vão ganhando direitos perante o Estado, que não apenas de não intervenção deste, desenvolvendo-se a dicotomia dos Direitos, Liberdades e Garantias.

Assim, na nossa Constituição, os direitos fundamentais dividem-se em direitos, liberdades, garantias e restantes direitos (direitos sociais)⁸. Os direitos são os direitos inerentes ao homem e de participação na vida política, as liberdades pretendem defender os cidadãos de ingerências e agressões dos poderes públicos

⁶ V., respectivamente, os Arts. 183.º e 230.º, § 2, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷ Neste sentido, v. FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 189-190, nota 33.

⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 187-212.

nas suas esferas jurídicas e as garantias conferem aos cidadãos o direito de exigir do Estado a protecção dos seus direitos e os meios processuais para tal⁹.

Por outro lado, a conformação dos direitos atribuídos foi, também, variando ao longo dos tempos¹⁰. Evolui-se desde o Estado Liberal, em que os direitos eram apenas perante o Estado e resumiam-se à liberdade (especialmente a económica), igualdade em sentido formal e propriedade, até ao Estado Social, em que nesses direitos incluem-se prestações estaduais e imposições para o legislador de proteger certos segmentos da sociedade.

Encontrado o conceito de Constituição, que abrange os dois elementos necessários referidos, sabemos então o que é hoje o Direito Constitucional.

Assim, podemos dizer, com BAPTISTA MACHADO, e concretizando a noção em relação ao Estado Moderno, que o Direito Constitucional é “o direito que se ocupa da organização do Estado e das grandes linhas da organização dos entes públicos menores, dos órgãos de soberania e da repartição de poderes entre eles, e bem assim da garantia da esfera de liberdade dos cidadãos (*direitos fundamentais*), fixando ao mesmo tempo as traves mestras do ordenamento jurídico da comunidade”¹¹.

2.2 - O Direito Processual Penal na encruzilhada de vários caminhos

O que é o Direito Processual Penal? É, desde logo e à primeira vista, um ponto de encontro de vários ramos do Direito:

- É um dos componentes do Direito Penal em sentido amplo;
- É Direito Processual, aproximando-se por isso de outros direitos adjectivos, como o Direito Processual Civil (como se vê também pela remissão do Art.4º do Código Processual Penal para o Código de Processo Civil).

⁹ Tal como os definem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* ³, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. III.

¹⁰ V. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 43-74.

¹¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 66, itálico do autor.

2.2.1 - O Direito Processual Penal e o Direito Penal em sentido amplo

Quando falamos em Direito Penal, estamos, em geral, a referirmo-nos ao Direito Penal em sentido estrito, o Direito Penal substantivo. Contudo, podemos também considerar um Direito Penal em sentido amplo ou ordenamento jurídico penal, abrangendo também o Direito Processual Penal e o Direito Penal Executivo¹².

Historicamente, só no século passado é que se começou a distinguir, formalmente, o Direito Penal do Direito Processual Penal. Anteriormente (v.g. nas Ordenações portuguesas e na *Constitutio Criminalis Carolina*), as compilações de normas continham, indistintamente, normas penais junto de normas processuais penais.

Quanto ao Direito Penal substantivo, este visa proteger determinados bens jurídicos considerados essenciais para uma comunidade historicamente situada. Para tanto, sanciona os comportamentos que violam esses bens ou os põem em perigo¹³, com a aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança. Não protege todos os bens jurídicos (fragmentaridade de 1º grau), só aqueles que não podem ser tutelados de outro modo (por outro ramo do Direito, menos gravosamente), sendo, por isso, subsidiário em relação ao restante ordenamento jurídico e considerado como a *ultima ratio* deste¹⁴.

¹² Integrado na Ciência Global do Direito Penal, tal como definida por Von Liszt, neste sentido v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal* (Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3º ano, segundo as lições dos Profs. Doutores Figueiredo Dias e Costa Andrade), Coimbra, 1996, p. 25.

¹³ E não só: é também um "direito sancionador - muito embora, quanto a nós, sustentado na mediata protecção de bens jurídicos - de comportamentos ético-socialmente desvaliosos, nomeadamente, quando pune, como é o caso do ordenamento jurídico português, algumas situações de tentativa inidónea", FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 40.

¹⁴ FARIA COSTA rejeita esta ideia commumente aceite, pois entende que a sua absolutização pode levar ao "enfraquecimento do autónomo desvalor do ilícito penal, mas também à fragilização da sua própria autonomia dogmática", cfr. FARIA COSTA, «As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista», in *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 163, nota 39.

Claro que o Direito Penal *stricto sensu* pressupõe a existência de um Direito Processual Penal, que determine a investigação e valoração das condutas potencialmente criminosas e, conseqüentemente, a aplicação ou não das sanções privativas deste direito. Só com a existência do Direito Processual Penal é que se vai efectivar o Direito Penal, que sem aquele será apenas idealmente actuável, não sendo posto em prática.

Por outro lado, o Direito Processual Penal implica, necessariamente, a existência de um Direito Penal, que visa aplicar. Sem ele, não tem qualquer utilidade, pois não pode trabalhar no vazio, sem ter previamente definidas as condutas a investigar e valorar e as sanções que a elas estão adstritas.

Em conclusão, ambos são complementares, ambos necessitam do outro para realizar as suas finalidades específicas. Mas, apesar disso, têm uma autonomia própria, não se confundem, nem pelos métodos, nem pela sua teleologia. Estão funcionalmente ligados, porém, não são uma e a mesma coisa, nem estão subordinados hierarquicamente. Cada um tem o seu lugar no ordenamento jurídico, um lugar próximo, mas sem nenhuma relação de inclusão.

2.2.2 - O Direito Processual Penal como Direito Processual

O Direito Processual Penal é Direito adjectivo, i.e., não é a ele que compete fornecer o critério a aplicar ao caso *sub judice*, ele limita-se a regular os termos da aplicação em juízo da lei substantiva. O mesmo acontece com os outros direitos processuais, como o Direito Processual Civil, que “regula apenas os meios necessários para, a partir do direito privado, se alcançar a solução *concreta* do conflito levantado entre as partes ou se dar *realização efectiva* ao direito violado”¹⁵.

Todos os direitos processuais, como direitos adjectivos que são, visam regular a aplicação do direito substantivo, mas com uma certa tramitação, com

¹⁵ ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil* ², Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 8, itálicos dos autores.

uma forma específica, a que se chama processo. O processo é “um conjunto de actos ordenados para se realizar um certo objectivo, que no fundo repete formalizadamente (e, portanto, organizadamente) a controvérsia imediatamente suscitada no âmbito da intersubjectividade social”¹⁶. A aplicação da lei substantiva é realizada, portanto, através de uma sequência de actos com uma ordem definida, que visa um certo fim, que, no caso do Direito Processual Penal é averiguação e valoração de condutas para, em resultado, aplicar ou não uma pena *lato sensu*.

Originariamente, os processos dos vários ramos do direito confundiam-se, dado que não havia uma noção muito definida de cada um dos ramos, mas, com o passar do tempo, foram-se distinguindo os vários direitos processuais hoje existentes. Em relação a todos eles, é hoje impossível encontrar uma teoria geral do processo¹⁷, pois cada um tem as suas especificidades, decorrentes de aplicarem direitos substantivos com muito pouco de comum e, também, de prosseguirem finalidades muito diferentes.

Apesar disso, e como já referimos, o Direito Processual Penal continua a remeter, para integrar lacunas, para o Direito Processual Civil (cfr. Art. 4.º do Código de Processo Penal). Tal acontecerá apenas num número restrito de casos e cada vez menos, pois a regulamentação do processo penal tende a ser mais detalhada. Nos outros direitos processuais continua-se a remeter para o Direito Processual Civil (v.g. o Art. 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos ou o Art. 1.º, nº 2 do Código de Processo do Trabalho) que continua, por isso, a ter uma certa natureza de direito processual geral. O que se entende, pois é, de entre os direitos processuais, aquele que tem um maior estudo doutrinal à sua volta, o que está regulado mais especificadamente, e, também, por a sua natureza se adaptar melhor a uma aplicação analógica.

¹⁶ V. PINTO BRONZE, *ob. cit.*, pág. 54.

¹⁷ Neste sentido v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988-1989, p. 29, embora muita doutrina italiana se tenha dedicado à construção da chamada teoria geral do processo.

Contudo, o Direito Processual Penal tem muito pouco a ver com o Direito Processual Civil. Isto resulta, desde logo, a diferente natureza do direito substantivo que visam aplicar. O Direito Civil visa regular relações entre particulares, ou entre estes e o Estado desprovido do seu *ius imperi*, enquanto o Direito Penal visa a protecção, pelo Estado, de bens jurídicos e em que este actua no âmbito do seu *ius puniendi*. Por isso, o Direito Processual Civil está, em larga medida, na disponibilidade dos particulares, tendo o Estado um papel meramente secundário. No processo penal, prossegue-se o próprio interesse do Estado, não se podendo configurar a relação entre os sujeitos processuais como uma relação entre partes¹⁸.

2.2.3 - A Noção de Direito Processual Penal

Como vimos, o Direito Processual Penal está na confluência, na encruzilhada, do Direito Penal e do Direito Processual *tout court*. Na realidade, sofre ainda influências de outros ramos do direito, como da Criminologia, da Política Criminal, ou, como veremos a seguir, do Direito Constitucional.

Fica a ideia que cada ramo do ordenamento jurídico, embora autónomo, não está isolado dos outros ramos, antes recebe elementos destes, a que, por sua vez, também dá algo.

Em relação ao Direito Processual Penal, agora que analisamos duas das suas principais características, podemos avançar com uma primeira definição.

O Direito Processual Penal é o ramo do direito que visa, através de um processo, com uma tramitação e sequência de actos próprios, a averiguação e valoração das condutas humanas potencialmente consideráveis como crime para efeitos da eventual aplicação de penas ou medidas de segurança.

¹⁸ Para mais diferenças, FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 31.

EDUARDO CORREIA define-o como “o conjunto de regras que fixam os termos e o processo de averiguar se, num dado caso, se verificou o facto previsto na lei criminal e qual a pena que lhe compete”¹⁹.

Assim, em síntese, o conceito de Direito Processual implica dois elementos: a investigação e valoração de condutas para verificar se se está perante um crime e aplicar então uma pena ou medida de segurança; e um processo jurisdicionalizado, com um determinado *iter* processual, previamente fixado, aquilo a que há muito tempo se chama ‘*a due process of law*’. Esta expressão, de origem jurisdicional, encontra-se hoje consagrada na 5.^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law”.

3 - O nó górdio da questão: a articulação juridicamente vinculante Direito Constitucional/Direito Processual Penal

E chegados ao centro do labirinto, eis que temos de enfrentar o Minotauro. Após termos caminhado no sentido de encontrarmos as duas entidades em análise, temos finalmente de as confrontar e ver o que as une e o que as separa.

3.1 - A visão ‘clássica’

Historicamente, e em geral, devemos dizer que o direito processual, ou pelo menos a existência de um processo, é anterior a qualquer direito substantivo. Como refere PINTO BRONZE, tal confirma-se pelo “facto de o juiz ter precedido o legislador”²⁰, e também pela relação entre *actio* e direito existente em Roma, por exemplo²¹. Mesmo hoje, os sistemas de *common law* decidem com base nos

¹⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I* (com a colaboração de Figueiredo Dias), reimpr., Coimbra: Almedina, 1968, p. 13.

²⁰ PINTO BRONZE, *ob. cit.*, p. 55.

²¹ Onde quem tinha uma *actio*, tinha o respectivo direito, o inverso exactamente de hoje, em que a cada direito corresponde uma ação para o fazer valer em juízo - cfr. Art 2.º, n.º 2, do atual Código de Processo Civil (“A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”).

elementos do próprio processo, quando não existem precedentes anteriores a seguir. Assim, é possível haver “ordens jurídicas sem critérios pré-disponíveis, mas não sem um processo”²².

Especificamente em relação ao nosso tema, é de referir que as regras de processo penal escritas antecedem bastante as primeiras constituições reconhecidas enquanto tal. Cronologicamente, por isso, o Direito Processual Penal, pelo menos na sua forma escrita, é bastante anterior às Constituições escritas.

Em Portugal, já existiam regras processuais penais escritas desde, pelo menos, as Ordenações, após o que foram consagradas nas diversas Reformas Judiciárias do Séc. XIX. A primeira Constituição é a Carta Constitucional de 1822, enquanto o primeiro Código de Processo Penal, i.e., o primeiro conjunto autónomo e racional de regras processuais penais, é de 1929. Assim, embora o Direito Processual Penal anteceda, bastante, a primeira constituição escrita, a sua codificação autónoma é-lhe bastante posterior.

Quanto à doutrina, podemos dizer que, para grande parte dela, o Direito Processual Penal tem sido considerado, usando a expressão de HENKEL, como “direito constitucional aplicado”²³. Outras frases muito utilizadas para caracterizar o Direito Processual Penal são também: “espelho da realidade constitucional” (CLAUS ROXIN), “sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico” (RUDOLPHI)²⁴. Isto quer por constitucionalistas, quer por juspenalistas, como se verifica por um olhar, necessariamente a *vol d’oiseau*, por autores portugueses.

Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA consideram que o Direito Processual Penal “anda estreitamente associado à Constituição (...) a ponto de já ter sido considerado o verdadeiro ‘sismógrafo’ de uma lei fundamental”²⁵.

²² PINTO BRONZE, *ob. e loc. cit.*

²³ *Apud* FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 35.

²⁴ Todos *apud* FIGUEIREDO DIAS, *ult. ob. e loc. cit.*

²⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 202.

Em relação aos penalistas, FIGUEIREDO DIAS salienta a ligação do Direito Constitucional ao Direito Processual Penal: “Numa dupla dimensão, aliás: naquela derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”²⁶. Já anteriormente, o mesmo autor escrevia: “O Processo Penal é um dos ramos do direito mais fortemente ideologizados, dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos fundamentais de uma comunidade e com a ‘concepção do homem’ que lhe subjaz”²⁷.

Indo ainda mais longe, GERMANO MARQUES DA SILVA, considera que “dada a directa conexão da temática do processo penal com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade, ele é como que um segmento da sua estrutura política”²⁸. Noutro texto, reforça a mesma ideia: “as formas ou sistemas do processo através dos quais se desenvolvem as funções de investigação, acusação, defesa e decisão reflectem em grande parte a estrutura política do Estado”²⁹.

Finalmente, RODRIGUES MAXIMIANO adere à mesma concepção, dizendo que “o processo penal é a expressão das concepções do Estado e do Direito”³⁰ e citando a própria frase de Henkel.

De qualquer modo, todos estes autores põem o enfoque no facto de o Direito Processual Penal estar estreitamente ligado ao Direito Constitucional e de

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 35.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, «A nova Constituição da República e o Processo Penal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 36 (1976), Jan.-Dez., Lisboa, p. 98.

²⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, «Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa» in *Direito e Justiça III (1987-1988)*, p. 163, nota de rodapé.

²⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Polis II*, Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1983, p. 535.

³⁰ RODRIGUES MAXIMIANO, «A Constituição e o Processo Penal - Competência e estatuto do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Juiz julgador - A decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346º e 351 do Código de Processo Penal», in *Revista do Ministério Público II*, nº 5 e 6, p. 120.

estar vinculado por este, ao ponto de não ser, para alguns, mais do que mero direito constitucional aplicado.

Tendo visto quais as posições mais comuns da doutrina, vamos começar por analisar as articulações que encontramos, para no fim aceitar ou rejeitar este entendimento, que tem tido um aplauso quase unânime entre os juristas.

3.2 - O primeiro fio: a articulação formal

Logo à primeira vista, ressalta uma articulação formal entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal.

A constituição é uma “*norma jurídica sobre a produção jurídica*”³¹, i.e., designa as fontes de direito, em que termos são válidas e eficazes e quem as pode editar, através de um procedimento próprio. O que resulta de vários artigos, como do Princípio da Constitucionalidade do Art. 3.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa – CRP (que não abrange apenas a constitucionalidade formal, mas também a material): “A validade das leis (...) depende da sua conformidade com a Constituição”.

Ora, o Direito Processual Penal é, em sentido formal, um conjunto de normas jurídicas estaduais infraconstitucionais, que, como tal, estão sujeitas à Constituição.

As regras processuais penais representam uma limitação dos direitos fundamentais das pessoas, principalmente porque é possível a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial no decorrer do processo. Como tal contendem gravemente com direitos fundamentais atribuídos às pessoas, como, em primeiro lugar, o direito à liberdade (Art. 27.º da CRP).

Em consequência, as normas processuais penais estão sujeitas ao regime do Art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP. Os direitos fundamentais só podem ser restringidos por lei, nos casos previstos na Constituição, no “necessário para salvaguardar outros

³¹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*², Coimbra: Almedina, 1998, p 605, itálico do autor.

direitos ou interesses garantidos” (18.º, n.º 2, da CRP). A lei restritiva tem de ter carácter geral e abstracto, sem efeito retroactivo, não afectando o conteúdo essencial das normas constitucionais (18.º, n.º 3, da CRP).

Concretizando em relação ao Direito Processual Penal, devemos dizer que as restrições aos direitos fundamentais que ele contém, são autorizadas pelos Arts. 27.º, n.º 2, (que expressamente prevê a aplicação de penas de prisão e de medida de segurança) e 18.º, n.º 2. Das medidas de coacção, a mais importante, a prisão preventiva, é prevista pelo Art. 27.º, n.º 3, alínea b), e pelo Art. 28.º, devendo entender-se que as restantes medidas são, implicitamente, aceites pela Constituição (o argumento de quem aceita o mais, também aceita o menos, serve para reforçar a mesma posição)³².

Estas restrições devem constar de lei da Assembleia da República, ou de Decreto-Lei autorizado do Governo (precedido, portanto, da respectiva lei de autorização da Assembleia da República, com os requisitos do Art. 165.º, n.ºs 2 a 5), como consta do Art. 165.º, n.º 1, alínea c): “É da exclusiva responsabilidade da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) c) - Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como do processo criminal”. O processo penal é, pois, matéria de reserva relativa da Assembleia da República³³.

Por isso mesmo, o Código de Processo Penal, foi, na sua versão original, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, autorizado pela Lei (de Autorização Legislativa) n.º 43/86, de 26 de setembro, indo, infra, abordar-se uma das múltiplas alterações a esse Código, introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto.

³² Neste sentido, JOÃO CASTRO E SOUSA, «Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal», in *O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 154-155, e também *Acórdão do Tribunal Constitucional 7/87*, publicado no *Diário da República*, I Série, de 9 de fevereiro de 1987.

³³ Sobre as várias reservas legislativas existentes e a sua distinção v. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 636-637.

A Constituição não regula apenas a forma de produção das normas, mas também a sua eficácia, que depende de requisitos diferentes conforme a natureza destas (Art. 119.º da CRP). Em relação às leis e decretos-lei, a sua eficácia depende da sua publicação no Diário da República, nos termos dos Arts. 119.º, n.º 1, alínea b), e 119.º, n.º 2, da CRP.

Como vemos, do ponto de vista formal, a validade das regras processuais penais está dependentes de os actos que as incluem respeitarem o procedimento e a forma prescrita na Constituição. Mas, tal não é exclusivo destas normas, pois diz respeito a todas as normas jurídicas, cuja validade depende sempre, formalmente e, veremos, materialmente, do respeito pela Constituição.

Dito isto, procuremos então encontrar articulações materiais, bem mais importantes que simples vinculações formais.

3.3 - O segundo fio: a Constituição Processual Penal

A Constituição constitui o topo da pirâmide em que podemos imaginar configurado o nosso ordenamento jurídico. Assim, ela dá validade a todas as normas inferiores, que devem estar conformes às suas disposições. O que resulta, *prima facie*, do Art. 3.º, n.º 3, da CRP, do Princípio da Constitucionalidade em sentido material.

É o próprio Direito Constitucional que legitima o Processo Penal, nos Arts. 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 2, dando também uma série de regras que este deve cumprir. O Direito Processual Penal deve, por isso, estar em conformidade com o disposto na Constituição acerca dele. Mas, que regras tem a Constituição sobre o Direito Processual Penal? Em que consiste aquilo que podemos chamar a Constituição Processual Penal, i.e., a parte da Constituição relativa ao Processo Penal?

Muito resumidamente, podemos dizer que a Constituição prevê uma série de garantias para os cidadãos³⁴, de meios processuais para proteger os seus direitos, designadamente:

- a presunção de inocência (Art. 32.º, n.º 2, da CRP);
- o direito a um julgamento célere (Art. 32.º, n.º 2. da CRP, *in fine*);
- o direito de escolher defensor e de ser assistido por ele (Art. 32.º, n.º 3, da CRP);
- o direito de ser ouvido e intervir nos actos que a lei determinar (Art. 32.º, n.º 7, da CRP);
- a nulidade das provas obtidas em determinadas condições (Art. 32.º, n.º 8, da CRP);
- o *habeas corpus*, uma providência contra as detenções ou prisões ilegais (Art. 31.º da CRP);
- a sujeição da detenção e prisão preventiva a requisitos estritos (Arts. 27.º e 28.º da CRP).

Todas estas garantias existem, aliás, em grande parte dos países, correspondendo, bastante de perto, à 5.ª e 6.ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos (v.g.: 6ª Emenda - “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, (...) to be confronted with the witness against him, (...) and to have the Assistance of Counsel for his defence*”).

O Direito Processual Penal deve respeitar essas garantias dadas ao cidadão, sob pena da sua inconstitucionalidade, como já tem acontecido em relação a várias das suas normas. Mas, a Constituição prescreve também a estrutura básica do processo penal, quer directamente, quer através da atribuição destas garantias. Assim, o processo penal é estruturado, entre outros, pelos seguintes princípios:

34 Mais desenvolvidamente sobre algumas dessas garantias, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Princípios gerais de Processo Penal e Constituição da República Portuguesa», in *Direito e Justiça*, III (1987-1988), p. 163-177, *passim*.

- o princípio acusatório, pelo qual “só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”³⁵;

- o princípio do contraditório, que significa que o arguido tem o direito de intervir no processo, contraditando os meios de provas e apresentando as suas razões, na audiência de julgamento e nos outros actos instrutório que a lei determinar (Art. 32.º, n.º 5, da CRP);

- o princípio do juiz legal ou natural, segundo o qual o juiz a julgar o crime é o que for competente para tal à altura da prática do crime, não sendo permitida a alteração da sua competência ou a criação de tribunais especiais para esse crime;

- o princípio do julgamento célere, que determina que o arguido tem direito a julgamento tão rápido quanto for compatível com as garantias de defesa (Art. 32.º, n.º 2, da CRP);

- o princípio da presunção de inocência (Art. 32.º, n.º 2, da CRP);

- o princípio *in dubio pro reo* (Art. 32.º, n.º 2, da CRP).

Todos estes princípios tem de ser acolhidos pelo Processo Penal e formam, em grande parte, o ‘esqueleto’ deste. O que mostra que, realmente, o Direito Processual Penal está muito vinculado pelo Direito Constitucional, que o regula muito mais do que a outros ramos do Direito. O que tem, naturalmente, a ver com o facto de ele restringir os direitos fundamentais, devendo, por isso, a Constituição assegurar bastas garantias para os cidadãos e definir a estrutura do processo.

Apesar disso, a Constituição nunca constitui um regime exaustivo de qualquer matéria. Apenas se fixam os princípios gerais, deixando-se a definição dos regimes concretos para a lei ordinária, com uma grande liberdade. Veremos que é o que acontece com o Direito Processual Penal.

Assim, podemos conceber, em abstracto, vários sistemas de Processo Penal, todos eles bastante diferentes, embora correspondendo às indicações

³⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 205.

constitucionais. A escolha pelo Processo Penal que se quer é, dentro dos poucos parâmetros que a Constituição nos dá, uma escolha política.

Como vemos, mais do que dizer que o Direito Constitucional conforma o Direito Processual Penal, devemos entender que este é que não deve ser desconforme ao primeiro. Dentro dos limites, aliás bastantes largos traçados pela Constituição, o legislador disciplina o regime processual penal como bem quer. As suas decisões são apenas passíveis de controle político, como é próprio das sociedades democráticas. Só quando as garantias e imposições constitucionais são postergadas é que se viola a Constituição e o Direito Processual Penal cai na inconstitucionalidade material.

De resto, é este o entendimento que tem perfilhado o próprio Tribunal Constitucional, como, por exemplo, no Acórdão n.º 133/92, relativo ao princípio do contraditório (Art. 32.º, n.º 5, da C.R.P.): “Este Tribunal Constitucional vem entendendo até que, segundo essa norma, o legislador ordinário fica com ampla margem de liberdade na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, podendo adoptar um sistema mais ou menos próximo de uma total contraditoriedade”³⁶.

3.4 - O terceiro fio: as remissões para a lei

Em muitos casos, e não apenas em relação ao processo penal, a CRP acaba por remeter a regulamentação das situações para a lei. Por exemplo, tal acontece no Art. 32.º, n.ºs 3, 5 e 7, em que o legislador constitucional define um princípio geral, mas deixa a concretização deste para o legislador ordinário. Isto é, a Constituição permite que seja a lei ordinária a fixar os termos em que se devem aplicar os referidos princípios, desde que se mantenham os conteúdos essenciais do princípio.

³⁶ In *Boletim do Ministério da Justiça*, 41 (1992), p. 195.

As normas legais para que remete a Constituição são normas legais conformadoras³⁷, que precisam o conteúdo do direito fundamental. A Constituição abre com tais remissões um certo espaço de liberdade legal.

As normas conformadoras devem respeitar o direito fundamental, mas podem fazê-lo de diversas formas, sem desrespeitar a Constituição. Tal acontece por duas ordens de razões.

Primeiramente, porque a Constituição entende que deve ser a lei a regular tais assuntos, do modo como entender, desde que fique dentro dos limites mais ou menos apertados que esta impõe. Quer-se dar a hipótese ao legislador ordinário de conformar o processo penal da forma que achar mais oportuna e adequada.

Em segundo lugar, porque a Constituição não pode regular tudo, nem o quer fazer. A Constituição é a Lei Fundamental, pelo que não pode abarcar todo o ordenamento jurídico, nem regulamentar todos os pormenores. Definem-se os princípios gerais, os traços principais do processo penal, que é matéria com dignidade constitucional, ficando as restantes matérias para a lei, dentro do quadro definido constitucionalmente.

Há, assim, uma repartição de competências entre a Constituição e o Direito Processual Penal, em que a cada um cabe um papel definido no ordenamento jurídico.

3.5 - O quarto fio: a determinação do conteúdo da Constituição

As Constituições não nascem no vazio, surgem de um contexto político, jurídico e histórico definido, que as marca inevitavelmente. Contêm sempre momentos de ruptura, de oposição ao estado de coisas anterior, mas também de continuidade. Assim, a Constituição de 1976, embora seja o resultado de uma ruptura com uma Constituição anterior, tem também pontos de contacto com esta, tal como com as Constituições anteriores.

³⁷ GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1131.

Assim sendo, teremos de nos perguntar: o que originou o actual conteúdo da Constituição Processual Penal? A resposta não é simples, mas podemos dizer que estas regras visam impedir o que acontecia na anterior Constituição. Constituem uma reacção ao Processo Penal que então vigorava, de carácter inquisitório (embora formalmente acusatório, dadas as alterações operadas no Código de Processo Penal de 1929 pelos Decreto-Lei n.º 35 007, de 13 de outubro de 1945, e Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio) e sem respeitar os direitos individuais.

A Constituição aceitou, por isso, as críticas que os juspenalistas faziam ao anterior sistema, visando construir um processo penal adequado a um Estado de Direito. A Constituição Processual Penal é, assim, o resultado da contraposição à situação anterior e da necessidade de adequar o processo penal aos novos quadros políticos e sociais.

Para tal, a Constituição aceitou muitas das ideias já anteriormente expressas sobre o que deve ser o Processo Penal, quer em Portugal, quer nos outros países. Foi a própria Ciência do Direito Processual Penal que contribuiu para formar os conteúdos da Constituição. Consequentemente, a Constituição não é algo de anterior ao Direito Processual Penal e que se impõe a este absolutamente.

A Constituição Processual Penal forma-se a partir do Direito Processual Penal, quer por oposição ao então já constituído, quer por recepção dos princípios mais aceites. O que contraria, desde já, a ideia que o Direito Processual Penal é simples ‘Direito Constitucional aplicado’.

Além disso, as próprias necessidades do Direito Processual Penal refletem-se nas alterações do Direito Constitucional. A necessidade de uma maior celeridade e eficácia do processo levou ao aditar do Art. 32.º, n.º 6, da CRP, não qualquer preocupação constitucional. Inverte-se, assim, a visão clássica das coisas, pois o Direito Processual Penal em vez de se subordinar à Constituição, leva a que esta seja alterada. Será que num caso como este, não estamos nós perante um Direito Constitucional que é quase ‘Direito Processual Penal concretizado’?

Esta origem da Constituição Processual Penal reflecte-se também, e amplamente, no seu conteúdo. O legislador constitucional usa termos processuais

penais ('arguido' - v. Art. 57º, n.º 1, do Código de Processo Penal – CPP, 'flagrante delito' - v. Art. 256.º do CPP, 'prisão preventiva', 'instrução', etc.), sem nos dizer o que significam. Para os entendermos, temos de recorrer aos dados do Direito Processual Penal, para saber se correspondem às definições que este nos dá.

De qualquer modo, para entender a Constituição é preciso sempre ter bem presente o Direito Processual Penal, que, neste caso específico, constitui o referente privilegiado da Constituição.

Em muitos destes conceitos a Constituição aceitou as definições dadas pelo Direito Processual Penal, que sem ele não fazem sentido. Assim, existem como que remissões implícitas para este, que forma uma unidade de sentido com a Constituição. O Direito Processual Penal serve, por isso, como meio imprescindível para determinar o sentido da Constituição.

Claro que o inverso também é verdade, basta pensarmos no princípio da interpretação conforme a Constituição, mas não se pode deixar de considerar esta realidade, afirmando-se, em consequência, que existe uma série de reenvios entre os dois campos que aqui analisamos.

3.6 - Uma conclusão prévia

Chegados a este ponto, podemos rejeitar já a afirmação que o Direito Processual Penal é simples 'Direito Constitucional concretizado'. O Direito Processual Penal está vinculado ao Direito Constitucional, quer formal, quer materialmente, mas a sua relação não é tão simples.

O Direito Constitucional remete muitas vezes para o Direito Processual Penal, quer directamente, quer implicitamente quando usa conceitos deste, sem dar qualquer definição. Além disso, o próprio conteúdo constitucional corresponde ao rejeitar do Processo Penal anterior e a assunção de um modelo de Direito Processual Penal aceite pelos juspenalistas. A Constituição Processual Penal só poderá ser apreendida vendo-a em conjunto com o Direito Processual Penal, formando uma unidade de sentido.

Por tudo isto, a ligação de ambos é muito mais complexa, não se desenrolando apenas verticalmente, ‘kelsenicamente’ (como crê a visão clássica), mas com múltiplos laços entre ambos. A expressão ‘direito constitucional aplicado’ simplifica a sua relação e ao fazê-lo, torna-se demasiado linear, abstraindo de outras questões e distorcendo a visão global que pretendemos.

4 - O Art. 190.º do Código de Processo Penal: o porquê da sua alteração

Antes da alteração da Lei n.º 51/98, de 25 de agosto, o Artigo 190.º do Código de Processo Penal estava redigido nos seguintes termos:

“O disposto nos artigos 187.º, 188.º e 189.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone.”

Esta norma visava ampliar o âmbito das normas anteriores, relativas à admissibilidade, formalidade e nulidade da interceptação e gravação de conversações telefónicas, a quaisquer outros meios de comunicação.

Ora, colocou-se posteriormente o problema de saber se a interceptação de mensagens por correio electrónico (*e-mail*) ou através de outros meios de comunicação electrónicos, como o então muito em voga I.R.C. (*Internet Relay Chat*), estaria abrangida por esta norma de extensão.

A resposta a esta questão variava, dependendo do modo como se concebe o Direito Processual Penal.

Para aqueles, principalmente constitucionalistas, que aderem à visão ‘clássica’ do Direito Processual Penal, a resposta deve procurar-se na Constituição. Ora, esta, no seu Art. 34.º, n.º 4, proíbe “a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Esta redação corresponde à Revisão Constitucional de 1998, que aditou a expressão “e nos demais meios de comunicação”, para salvaguardar as novas formas de comunicação que vão surgindo na nossa sociedade.

Assim, o Art. 34.º, n.º 4, da C.R.P. remete a resolução do problema para o Direito Processual Penal, não proibindo, por isso, a interceptação de comunicações pelos meios acima descritos. Como o Direito Processual Penal é, para alguns, a aplicação da Constituição, não haveria problemas em ler o Art. 190.º como admitindo a extensão das escutas a outros meios de comunicação.

De facto, do ponto de vista constitucional, não há qualquer problema em se efectuar a interceptação dessas comunicações, mas tal não resolve o problema. É que, para quem admite, como nós, que o Direito Processual tem uma autonomia própria e uma metodologia específica, o problema não se fica por aqui.

Para os juspenalistas, a questão coloca-se mais ao nível da regulamentação do Processo Penal. E nesse campo, era inaceitável a aplicação do Art. 190.º aos novos meios de comunicação.

Foi o que concluiu, em termos frisantes, FARIA COSTA³⁸, fundando-se na carácter excepcional das normas que permitem a escuta de conversações. Ora, embora esse regime seja excepcional, o legislador alargou mais o seu âmbito, o que é criticável, mas só o quis fazer em relação às outras comunicações através da palavra falada. Só assim é possível entender esta norma de extensão, sendo insustentável a sua aplicação à palavra escrita e, designadamente, às comunicações via *Internet*.

A extensão desta norma só seria possível numa nova intervenção legislativa, o que de facto veio a acontecer. Com a Lei n.º 59/98, o Art. 190.º passou a ter a seguinte redacção:

“O disposto nos artigos 187º, 188º e 189º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão

³⁸ FARIA COSTA, «As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista», in *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 174-175, no mesmo sentido v. COSTA ANDRADE, «Sobre o regime processual das escutas telefónicas», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 3, 1991, p. 372, que restringe o âmbito da norma às formas de comunicação oral.

de dados por via telemática, bem como à interceptação das comunicações entre presentes”.

Com a nova redação, o Art. 190º veio alargar extraordinariamente o âmbito de aplicação do regime das escutas telefónicas, especificando todas as comunicações que são abrangidas. Já não há dúvidas que o correio electrónico e a comunicação via *Internet* passam a estar abrangidas por esta norma de extensão.

Mas, se o legislador sentiu a necessidade de fazer esta modificação, foi porque, dada a autonomia do Direito Processual Penal, não bastava a não proibição da Constituição para permitir a interceptação destas comunicações. Só se compreende esta alteração se entendermos que o Direito Processual Penal não é um mero direito constitucional aplicado, mas sim uma entidade distinta e com preocupações diferentes.

A Constituição nada nos dizia sobre o que fazer neste caso, pelo que como o que não é proibido, é permitido, poder-se-iam interceptar estas comunicações. Porém, o problema não interessava só a esse nível, pois a Constituição remete para o Direito Processual Penal, e é este que vai ser determinante na verificação do regime aplicável. O que mostra bem que a articulação entre a Constituição e o Processo Penal não é tão simples como alguns pretendem.

5 - Conclusões

Chegado ao fim do labirinto, resta-nos esperar que o caminho que fizemos e os fios que seguimos tenham permitido encontrar as portas de saída. De qualquer modo, é importante resumir todo o caminho que fizemos e as conclusões a que chegamos:

- O Direito Constitucional tem como objecto a organização do poder político e a garantia de direitos fundamentais dos membros da sociedade. A Constituição, até pelo seu sentido etimológico, não pode querer regular tudo, tem de deixar espaço para a regulamentação do direito infra-constitucional, todo ele com autonomia e finalidades próprias;

- O Direito Processual Penal recebe elementos de muitos ramos do direito: do Direito Penal, do Direito Processual Civil, da Política Criminal, da Criminologia e, também, do Direito Constitucional. É, assim, um receptor de influências várias, mas sem que perca a sua autonomia, dadas as suas especificidades;

- O Direito Processual Penal está bastante ligado à história das sociedades, sofrendo alterações com as convulsões desta e com as diferentes concepções do poder que vão surgindo;

- O Direito Constitucional vincula, em certa medida, o Direito Processual Penal, dado que regula o procedimento da sua criação e dá-lhe algumas directrizes, através de princípios e regras abertas, para o conformar materialmente;

- Apesar disso, o Direito Processual Penal tem um espaço muito grande de liberdade em relação ao Direito Constitucional, dado que este, muitas vezes, remete para ele e, mesmo quando não o faz, como a sua regulamentação é muito geral, tem uma grande margem para estabelecer o regime concreto. A sua constitucionalidade é, assim, mais do que conformidade com a Constituição, simples não desconformidade. O que é aceite pelo Tribunal Constitucional, como, entre outros, no Acórdão n.º 124/90: “Por tudo isto, há-de, pois, reconhecer-se ao legislador uma razoável margem de liberdade constitutiva (de ‘discrecionabilidade legislativa’)³⁹;

- A Constituição Processual Penal é determinada, entre outros factores, pela assunção de princípios do Direito Processual Penal consensualmente aceites e pela rejeição do Direito Processual Penal anterior. Por isso, só com recurso ao Direito Processual Penal é que se pode abarcar todo o seu conteúdo;

³⁹ In *Boletim do Ministério da Justiça*, 396 (1990), p. 155.

- Os conceitos utilizados na Constituição Processual Penal são de Direito Processual Penal e só podem ser entendidos com utilização deste, constituindo, em muitos casos, remissões implícitas para o próprio Direito Processual Penal;

A conclusão geral a que chegamos é que:

- O Direito Constitucional e o Direito Processual Penal encontram-se articulados de vários modos, quer a nível formal, quer a nível material. Mas, não é apenas o Direito Constitucional a determinar o Direito Processual Penal, o inverso também acontece. Ambos se afirmam como ramos autónomos do Direito, quer em relação à matéria que contêm, quer à teleologia, quer à sua metodologia.

Apesar disso, funcionam também como vasos comunicantes, em que há uma interrelação e em que os conteúdos passam de um para o outro, num movimento bidireccional. O que acontece, desde logo, porque fazem parte do mesmo ordenamento jurídico, não sendo compartimentos estanques, mas abertos um ao outro e aos outros ramos do direito.

E são estas as principais ‘saídas’ que encontramos para este “labirinto”, esperando que não nos sintamos agora como Fernando Pessoa:

“Perdido
No labirinto de mim mesmo, já
Não sei qual o caminho que me leva
Dele à realidade humana e clara
Cheia de luz”⁴⁰.

⁴⁰ FERNANDO PESSOA, *Primeiro Fausto, Terceiro Tema – A Falência do Prazer e do Amor*, V.