

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigador integrado do CIJ – Centro de Investigação Interdisciplinar em Justiça
(FDUP)

1.- INTRODUÇÃO

Sobretudo em alguns *fora* mediáticos, mas com pouca repercussão na doutrina, vem-se discutindo até que ponto deveria ou não ser eliminada a fase eventual que se segue à primeira fase de investigação (cujo *dominus* é o juiz de instrução criminal – JIC), chamada inquérito (da competência do Ministério Público – MP), e que visa aferir da correção de facto e de Direito da decisão de encerramento do inquérito: arquivamento, acusação, suspensão provisória do processo, arquivamento em caso de dispensa de pena e desistência de queixa por via de um acordo de mediação.

O argumento é simples – a tramitação processual portuguesa é longa (e em alguns casos complexa), pelo que nada melhor que passar a existir apenas duas fases processuais: a investigatória e em que, para um despacho de acusação, se exige que tenham sido recolhidos indícios suficientes de que foi o arguido o agente e de que o crime ou crimes foram cometidos (art. 283.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português, doravante CPP¹), por tal se entendendo a possibilidade de elaborar um juízo de prognose póstuma, no momento do encerramento do inquérito, e em que surge ao Procurador da República como mais provável a hipótese de, em audiência de discussão e julgamento, haver uma condenação, ao invés de um arquivamento.

* Por expressa opção do autor, não se seguem as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

¹ Qualquer referência a um comando legal desacompanhada do diploma de onde provém deve entender-se por feita para o CPP.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

Não está inscrito na natureza das coisas que um qualquer sistema de administração da justiça penal tenha de contar com uma fase que só se abre sob impulso do arguido ou do assistente, conjugando aqui os pressupostos processuais da legitimidade e do interesse em agir, e que visa, como se disse, o escrutínio da decisão de, no caso, outra magistratura, procurando que o arguido não tenha que enfrentar a fase do julgamento, por via de uma decisão de não pronúncia, de suspensão provisória do processo ou do arquivamento em caso de dispensa de pena. Trata-se, portanto, de uma legítima decisão do legislador ordinário que, desta forma, prefere aumentar o tempo das fases preliminares antes de introduzir ou não em juízo mais feitos, ciente de que apenas a constituição como arguido, ainda que processualmente traga mais vantagens ao suspeito, é encarado de uma forma muito diversa pela comunidade no seu conjunto, reforçando o seu efeito estigmatizador, o qual provoca vitimação secundária. Por outro lado, o actual CPP é filho da democracia de 1974 e inaugura uma forma bastante diferente de controlo da fase de investigação, da dedução da acusação e do respectivo controlo. Assim, o legislador foi particularmente criativo em face do quadro subjacente ao CPP de 1929 (com sucessivas alterações, algumas delas já em democracia), sobretudo na decisão de confiar a direcção do inquérito a uma magistratura que, até aí, não tinha exactamente essa função e que, num sistema ditatorial como aquele que Portugal viveu, tinha numa magistratura hierarquizada (como continua a ser) uma *longa manus* do Executivo.

Isto dito, a razão fundamental brandida por aqueles que defendem o fim da instrução é atinente à celeridade processual, visto que uma acusação e submissão a julgamento, num Estado de Direito democrático e social (como é o português – artigos 1.º e 2.º, da Constituição) é, para eles, algo de normal e que não causa sofrimento ao arguido nem o conota socialmente, em especial quando ser arguido importa o gozo de um conjunto de direitos muito amplos (art. 32.º da Constituição e art. 61.º).

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

É esta asserção que visamos testar, não se devendo estranhar que tenhamos conscientemente optado por uma escrita mais ensaística e despojada de grandes referências doutrinárias e jurisprudenciais, visto que o desiderato deste trabalho convida-nos, sobretudo, à reflexão dos novos caminhos que podem ou devem ser tratados pelo Direito.

2.- UMA LEITURA CONSTITUCIONAL

A Constituição portuguesa, fruto da ditadura de Salazar/Caetano cujo 50.º aniversário do fim celebramos este ano, é das mais prolixas em matéria processual penal, por reacção ao anterior regime político. No que especificamente contende com o problema em análise, dispõe o art. 32.º, n.º 4 que «[t]oda a instrução é da competência de um juiz (...)». Este segmento normativo mantém-se inalterado desde a redacção originária de 1976² e deu-se a relevante circunstância temporal de o CPP apenas entrar em vigor em 1988, ou seja, de 1976 a 1988, manteve-se em vigor o anterior CPP de 1929, embora com numerosas alterações, algumas delas já em democracia, que tornavam a normação processual penal uma manta de retalhos com soluções dogmáticas e político-criminais amiúde incompatíveis entre si.

Nestes termos, devemos entender em que consistia a «instrução» antes de 1988. A «instrução» tinha por *dominus* um juiz e o seu fim legal era «averiguar a existência das infracções, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade» (também chamado «corpo de delito»), ou seja, era, materialmente aquilo que no actual Código passou a ser o «inquérito». Esta instrução era designada por «preparatória», dado que, em regra, podia ser requerida a «contraditória», apenas a requerimento do arguido. Em 1945, passou a ser competência do MP a «instrução preparatória» e nos casos mais graves (processo de querela) era mesmo obrigatória uma segunda fase de «instrução contraditória»,

² Com uma pequena alteração, sem qualquer relevo para o que vai dito em texto, e que consistiu na modificação do tempo verbal de «será» para «é», pela 1.ª Revisão Constitucional de 1982.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

requerida pelo MP no mesmo acto em que deduzia a acusação. No entanto, a «instrução» continuou a ter o escopo útil do que hoje chamamos «inquérito». Depois, já em 1974, após a Revolução dos Cravos, criou-se o «inquérito policial» para crimes menos graves (os sancionados com o que à época eram as «penas correcionais»), da competência do MP e dos órgãos de polícia criminal. Já em 1977, a designação de «inquérito policial» foi substituída pela de «inquérito preliminar», cujo *dominus* era o MP. Este esboço mostra, desde logo, que não foi pacífica a direcção de todos os inquéritos pelo MP, desde logo em sede da fiscalização preventiva ao novo CPP que o Presidente da República requereu junto do Tribunal Constitucional e que se pronunciou – não sem votos de vencido – pela não inconstitucionalidade da atribuição desta primeira fase investigatória ao MP³.

Aqui chegados, não podem restar quaisquer dúvidas quanto à solvabilidade constitucional da actual instrução, pela meridiana razão literal do citado art. 32.º, n.º 4. No entanto, o problema que se coloca não é esse, mas sim o de saber se a por alguns projectada abolição da instrução feriria qualquer norma ou princípio da CRP. Quanto a esta matéria, como se disse, apesar do carácter impositivo da Lei Fundamental portuguesa, entendida a «instrução» como todo o acto de produção de prova que contenda com direitos fundamentais desde logo do arguido (e daí a centralidade dos artigos 268.º e 269.º), o art. 32.º, n.º 4, da CRP não ficaria esvaziado de conteúdo útil, mas por certo veria o seu campo de aplicação limitado, pois também não restam dúvidas de que a segunda e eventual fase processual que estamos a estudar deixaria de estar a coberto daquela norma, o que levanta dúvidas sobre até que ponto é que tal se conforma com a teleologia que o legislador constituinte lhe quis dar. No entanto, em nosso juízo, a questão coloca-se não aqui, mas sim ao nível das garantias de defesa do arguido e dos direitos do ofendido (respectivamente, os n.ºs 1 e 7 do art. 32.º da CRP), visto que entendemos que o cariz

³ Acórdão n.º 7/87, de 9/1, Proc. n.º 302/86, MÁRIO DE BRITO, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

tão amplo põe em causa a inexistência de uma fase preliminar ao julgamento e em que se possa aferir da decisão do MP (ou do assistente) de encerramento do inquérito. É certo que aqueles sujeito e participante processuais sempre terão o julgamento como fase crucial em que a questão da culpabilidade e da sanção se decide (modelo da *césure* mitigada dos artigos 368.º e 369.º), mas, como se verá, bastará isto mesmo? Por outras palavras, igualmente como explorado *infra*, se em domínios que não contendem com direitos fundamentais – ilícitos disciplinar ou de mera ordenação social – *Ordnungswidrigkeiten* – se admite o recurso jurisdicional, por maioria de razão deve existir a faculdade de requerer a instrução. Tudo visto e ponderado, apesar do relevo jurídico da instrução, fazemos da Lei Fundamental a leitura de que, em termos de direitos de defesa e do ofendido, ela limita-se a estabelecer padrões mínimos de exigência sem os quais o ordenamento não pode ser caracterizado como um *Rechtsstaat*, deixando ao legislador ordinário um campo de manobra relativamente amplo de concretização e densificação não apenas do conteúdo de cada implicação do art. 32.º, mas também da sua amplitude. E, neste caso, embora susceptível de dúvidas, é nosso entendimento que não há obstáculo constitucional a que o legislador termine com a instrução, o que em nada bole – como veremos – com as vantagens político-criminais na sua manutenção, visto tratarem-se de dois diversos ângulos de análise.

3.- FINALIDADES DA INSTRUÇÃO

O controlo da decisão do MP por uma outra magistratura, exactamente aquela que tem por finalidade julgar, pode, a uma primeira aparência, surgir como uma menorização do próprio MP. Temos de recordar que, até à conquista da democracia, a magistratura do MP era de tipo vestibular, ou seja, servia como preparação, como estágio para depois se poder exercer a magistratura judicial, pelo que os mais velhos, experientes e, à partida, mais sabedores ocupavam esta última. Ora, com o paralelismo entre as duas magistraturas, equiparando-as para vários efeitos, de entre

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

eles o remuneratório, tudo indicaria que uma segunda fase preliminar (porque anterior ao julgamento) seria desnecessária. No entanto, o legislador – e bem – não esqueceu a experiência dos tempos da ditadura, bem como entendeu como mais congruente com os direitos de defesa do arguido (art. 32.º, n.º 1, da CRP) que a submissão a julgamento deve ser um acto muito bem ponderado, exactamente pelas consequências negativas de vitimação secundária.

Assim, a instrução – designação atribuída a esta segunda e eventual fase – tem por escopo o controlo da decisão da primeira fase processual por uma diferente magistratura, analisando a sua correcção fáctico-jurídica. Se o despacho for de arquivamento, nas várias modalidades do art. 277.º (porque não se conseguiu identificar o agente do crime, porque há pressupostos negativos da punição que impedem a acção penal, porque não foi possível reunir indícios suficientes da prática de qualquer crime ou daquele que serviu como *notitia criminis* contra o suspeito(s) ou arguido(s), conseguindo-se ou não reunir tais indícios quanto a outro(s) agente(s)), logo de acordo com os pressupostos processuais da legitimidade e do interesse em agir, apenas o ofendido, constituído assistente (art. 69.º), o pode requerer. Eliminar neste caso a instrução significaria sempre que a resposta definitiva do ordenamento jurídico quanto a uma decisão de não prosseguir criminalmente não tinha forma de reacção por parte de quem é titular dos interesses que a lei criminal quis especialmente proteger (art. 68.º, n.º 1), o que podia tornar-se numa verdadeira injustiça e numa falha de tutela desses mesmos interesses, sem esquecer que a Lei Fundamental obriga o legislador a conceder a tutela e os direitos necessários ao ofendido (art. 32.º, n.º 7).

Num Estado de Direito democrático, em especial num como o português em que a tutela jurisdicional efectiva é alçada em princípio estruturante de todo o ordenamento (art. 20.º da CRP), não é possível que uma decisão, seja ela de que tipo for, não conheça a hipótese de ser reavaliada. Só assim se cumpre aquele preceito e a verificação humana de que o falhanço integra a nossa condição. Se perante um

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

ilícito disciplinar ou de contra-ordenação está sempre aberta, ao menos em uma instância, a via judicial, seria contraditório e conferidor de menores garantias no Direito Penal que nos demais ramos não admitir o reexame. Dir-se-á que, novamente em ordenamentos como o português que conhecem uma via de reavaliação dentro da mesma magistratura que tomou a decisão final do inquérito, menos se justifica a instrução. Não cremos. Mantemo-nos dentro da mesma magistratura, sujeita à hierarquia, embora salvasse a autonomia dos Procuradores, num equilíbrio sempre periclitante e que já opôs o topo da dita hierarquia aos demais magistrados, pelo que a população em geral e os ditos «operadores judiciários» em particular não confiam, como regra, no mecanismo da intervenção hierárquica do art. 278.º Inexistem dados estatísticos – tanto quanto conhecemos –, mas a nossa experiência também como advogado leva-nos a concluir que, perante um despacho de arquivamento, a tendência é requerer a abertura de instrução e não suscitar a intervenção da hierarquia. É certo, todavia, que o conjunto de actos probatórios que podem ser levados a efeito na instrução ou no mecanismo do art. 278.º têm idêntica amplitude. Porém, falta-lhe a possibilidade de um contraditório vivo e directo, que só ocorre em audiência oral, o que inexistente no art. 278.º e existe na instrução, sob a designação de debate instrutório (artigos 289.º, n.º 1 e 297.º, ss.). Acresce que, nesta última, quando requeridas, é obrigatória a tomada de declarações ao arguido ou à vítima (art. 292.º, n.º 2), o que apenas pode ser requerido na intervenção hierárquica, ficando a sua audição ao prudente arbítrio do Procurador.

Vejamos agora uma decisão que encerra o inquérito mediante despacho de acusação pública, ou seja, deduzida pelo MP (art. 293.º). Se não se previsse qualquer mecanismo intermédio entre o inquérito e o julgamento, o feito seria introduzido em juízo de novo sem qualquer garantia de, ao menos, uma reavaliação que, como vimos, existe até em ilícitos que não contendem com os bens jurídicos eminentes como o Direito Penal. É essencial, naturalmente, que tenhamos do despacho que

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

encerra a fase de investigação uma noção ampla e que não é coincidente com a de despacho judicial, pois esse será aquele que encerra a instrução e, a partir do saneamento (art. 311.º), todos os demais até ao trânsito em julgado do decidido. E isto nada tem de novo, pois, *v. g.*, o processo disciplinar conduzido pela entidade patronal (privada) contra um trabalhador e em que se aplique a pena mais grave é, em si mesmo, uma decisão que é claramente de Direito Privado, por se aplicar o Código do Trabalho, mas contempla também uma feição de Direito Público, uma vez que, numa primeira fase, existe como que uma delegação de competências do Estado num particular. É claro que esta decisão, diríamos público-privada, é objecto de recurso contencioso para os Juízos do Trabalho.

Voltando ao enunciado, numa acusação por crimes públicos ou semi-públicos, apenas a instrução está prevista como fase intermédia e que pode evitar a sujeição a julgamento do arguido. No problema de que ora tratamos não tem relevo prático a circunstância de o ofendido se constituir assistente e acompanhar a acusação pública (art. 284.º). Este mecanismo traz vantagens de matéria factual a ser inserida no objecto do processo (com os limites do art. 1.º, al. f)) e sobretudo de indicação de prova suplementar àquela constante do libelo acusatório público.

Vejam agora os casos que, em nosso entender, mais dificuldades colocam a quem defende o fim desta fase intermédia. Falamos dos crimes particulares (art. 50.º), ou seja, aqueles que para serem perseguidos pelo MP exigem a apresentação de queixa e constituição como assistente, bem como, no final do inquérito, que este último sujeito deduza acusação particular (art. 285.º). A investigação é levada a cabo pelo MP (e/ou pelos órgãos de polícia criminal que actuam na sua dependência – cf. art. 263.º, 267.º e 270.º) e nunca pelo assistente, sob pena de palmar inconstitucionalidade material (privatização do *ius puniendi*), mas, como se disse, o despacho que personifica o encerramento do inquérito está subtraído àquele órgão de administração da justiça. Mais ainda, o art. 285.º, n.º 2 estabelece que o Procurador titular do inquérito indica, na notificação para deduzir acusação

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

particular, qual o sentido em que o MP se pronuncia, i. é, se face aos indícios probatórios é ou não expectável que, em juízo, haja mais probabilidades de o agente ser condenado do que absolvido (art. 283.º, n.º 2).

Esta informação, embora obrigatória para o MP na sua prolação⁴, não o é para o assistente, que pode fazer exactamente o oposto. Ora, se não houvesse uma fase seguinte anterior ao julgamento em que se põe em causa a acusação, seria a pura vontade de um particular que, mesmo contra a inexistência de indícios de prova suficientes, teria a virtualidade de introduzir os factos em juízo, fazendo funcionar a «máquina judiciária» sem qualquer sentido. É essencial, pois, em tais opções, a existência de um mecanismo travão a que se pratiquem actos processuais inúteis⁵ e em que, bem vistas as coisas, dado o órgão representativo do Estado e da acção penal poderem até manifestar-se contra a vontade de um mero particular, ficar o processo criminal refém da vontade única do assistente. O efeito estigmatizante para o arguido é ainda maior, dada a possível inexistência de um juízo concordante do órgão ao qual o legislador confiou a fase do inquérito. Aliás, este modo de operar os crimes particulares, que encontra antecedentes históricos na Roma Antiga, em que certos delitos também só eram perseguidos por vontade exclusiva do ofendido, significa que o objecto do processo pode ser recortado pelo particular e conduzir a que existam mais nulidades, questões prévias, questões incidentais ou outros vícios analisados no saneamento do processo.

⁴ A natureza do vício pode ser discutida. De acordo com o tratamento das invalidades do CPP, não estamos em face de uma nulidade insanável do art. 119.º, por tal só ocorrer em relação a circunstâncias previstas *expressis verbis*, o que não é o caso. O que se pode discutir é se estamos perante uma nulidade sanável do art. 120.º ou perante uma mera irregularidade do art. 123.º Quanto a esta última, pelo menos este nível de invalidade estará preenchido, o que coloca a dificuldade de o vício, no caso, ter de ser arguido no máximo até três dias depois da notificação do art. 285.º (n.º 1 do art. 123.º), o que é um prazo curto, sob pena de, não o fazendo, a irregularidade se degradar num vício sem qualquer tipo de relevo processual. E é exactamente este o vício, pois, em nosso juízo, a nulidade sanável do art. 120.º ou está expressamente prevista na norma ou no catálogo taxativo do seu n.º 2.

⁵ Art. 130.º do Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 4.º do CPP. Assim, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18/4/2023, Proc. n.º 535/22.4GESLV-A.E1, CARLOS DE CAMPOS LOBO (disponível em <http://www.dgsi.pt> e acedido em Janeiro de 2024, como a restante jurisprudência, excepto indicação em contrário).

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

Serve ainda a instrução – no que inicialmente foi debatido – para o arguido requerer ao JIC a aplicação da medida de oportunidade e consenso da suspensão provisória do processo do art. 281.º (art. 307.º, n.º 2), nas hipóteses em que, segundo o requerente, os seus pressupostos estavam preenchidos e o MP não o promoveu. Como já dissemos noutra sede⁶, a matéria é complexa, porque literalmente parece que o «veto» daquela magistratura é inultrapassável, sendo que entendemos que o não pode ser, sob pena de não ter qualquer sentido esta outra finalidade instrutória. Ter-se-á de reconhecer ao JIC uma função correctiva à posição do MP, o que bem sabemos ser uma solução *de iure condito* arrojada, mas imprescindível. Ora, se não existisse a instrução nem sequer se poderia criticar a opção do MP não recorrer a mecanismos como este que temperam a plena vigência do princípio da legalidade em ordenamentos do tipo do português. Algo de semelhante seja dito quanto ao arquivamento em caso de dispensa de pena do art. 280.º, nos termos do seu n.º 2.

4.- UMA INSTRUÇÃO DISFARÇADA DE JULGAMENTO?

Outra das críticas que se dirigem à instrução contende com o facto de ela ser ou poder transformar-se em uma espécie de «mini-audiência de discussão e julgamento», o que seria manifestamente desnecessário e até conteria riscos de, mesmo garantindo o impedimento daquele concreto juiz na fase de julgamento (art. 40.º, n.º 1, al. b)), acabar por induzir já um pré-juízo, tão aprofundado foi o *standard* e a discussão probatórios nesta fase preliminar.

Embora não se desconheçam casos em que tal sucedeu, como na chamada «Operação Marquês», em que se discute, de entre outros, a alegada prática de crimes de corrupção por um anterior Primeiro-Ministro e em que desde a data da sua detenção até ao encerramento da instrução, com recurso para a segunda instância do despacho final desta, no que ele conteve de não pronúncia, decorreram cerca de

⁶ «Suspensão provisória do processo e abertura da instrução em Portugal: brevíssimas notas», *Julgar online*, Fevereiro de 2024, in <https://julgar.pt/suspensao-provisoria-do-processo-e-abertura-da-instrucao-em-portugal-brevissimas-notas/>

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

dez anos, também se dirá que essas são as hipóteses de todo estranhas, atípicas e mesmo patológicas do processo penal. De entre outros factores, a estratégia do MP concentrar muitos delitos com vários arguidos num único processo teve o efeito de criar um monstro que arrisca a terminar com a prescrição do procedimento criminal em relação a boa parte do objecto processual. Na generalidade dos casos, na letra e no espírito da Lei, muito longe se anda da crítica inicial. Tal é visível, desde logo, pela circunstância de o JIC só ordenar as diligências probatórias que lhe foram requeridas se o entender de todo essencial para a descoberta da verdade (artigos 287.º, n.º 2, 289.º, n.º 1, 291.º, n.º 1 e 3). Aliás, por via da Lei n.º 94/2021, é vedado ao JIC praticar actos já ocorridos em inquérito, excepto se tiverem sido preteridas «as formalidades legais» ou «quando a sua repetição se revelar indispensável à realização das finalidades da instrução». É evidente o domínio absoluto do JIC quanto aos actos instrutórios que vai ou não levar a cabo, tanto mais quanto se usam conceitos de *ius aequum* propícios a uma falta de controlo do juiz nesta fase (que se relega para o recurso da decisão final), exactamente para não tornar a instrução num longo exemplo de laboratório do julgamento. Algo de parecido ocorreu com a Lei n.º 48/2007, que impediu – e bem, porque isso sim, já seria uma antecipação do juízo típico do julgamento – o depoimento de testemunhas «abonatórias», ou seja, aquelas que não têm conhecimento dos factos e só vêm declarar sobre a personalidade e o enquadramento do arguido⁷.

E, além disso, o despacho judicial que incide sobre os actos instrutórios requeridos, por determinação legal (art. 291.º, n.º 2), é inimpugnável, apenas sendo possível a reclamação que, em boa verdade, nem devia estar prevista, por ser completamente risível que o JIC que indeferiu, logo de seguida, se sinta convencido por argumentos adicionais do requerente. Na audiência de discussão e julgamento – sempre salvaguardando o art. 340.º, em que o juiz goza da possibilidade de trazer

⁷ Sobre este e outros temas trazidos pela reforma de 2007 ao CPP, veja-se NUNO BRANDÃO, «A nova face da instrução», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.ºs 2 e 3 (2008), pp. 227-255.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

para o objecto do processo provas ou meios de prova ainda dele não constantes e que julgue essenciais, no que é a marca do «princípio da investigação» que tempera o princípio do acusatório no sistema português, imposto constitucionalmente no art. 32.º, n.º 5 – todos os sujeitos processuais, em igualdade de armas, com um contraditório pleno e igual conhecimento dos autos, todos eles podem carrear para o processo as suas provas. Assim, o MP, no caso de acusações públicas, devem indicar a prova no despacho de acusação (art. 283.º, n.º 3, alíneas *e*, *f*) e *g*)); no caso das acusações particulares, tal ónus impende sobre o assistente (art. 285.º), que pode ou não ser acompanhado pelo MP, mas este último não pode acrescentar outras provas às do assistente, não apenas visto tal só ser em abstracto possível por via da acusação pelo assistente (art. 384.º do CPP), o que não é o papel daquela magistratura, como também contrariaria a própria razão de ser dos crimes particulares, em que há uma devolução controlada do conflito penal ao ofendido nas vestes de assistente, no que seria visto como um mecanismo sedutor para abolicionistas como Nils Christie⁸. Do outro lado, o arguido dispõe da contestação para juntar prova (art. 311.º-B) e a parte civil pode fazê-lo nos prazos gerais de dedução do pedido de indemnização civil do art. 77.º.

Note-se ainda que, para além das demais provas pré-constituídas nos autos, desde 2013, o legislador terminou com uma previsão normativa que, em boa verdade, era um contra-senso e só trazia opróbrio à administração da justiça. Antes daquela data era possível que um arguido confessasse integralmente e sem reservas (no sentido do art. 344.º) em inquérito ou instrução, mas porque o fazia nas fases preliminares, tal não podia ser valorado em julgamento. E isto mesmo que tais declarações tivessem sido presididas por um magistrado (do MP ou judicial). Era, pura e simplesmente, matéria proibida e que o art. 357.º afastava, desde logo atento o princípio segundo o qual o que vale para condenar ou absolver alguém é a prova

⁸ «Conflicts as property», in: *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1 (Janeiro de 1977), pp. 1-15.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

produzida ou examinada (seria no âmbito desta última que o problema se colocava, por se tratar de leituras de declarações pré-elaboradas pelo arguido) em sede de audiência de discussão e julgamento (art. 355.º). A uma nova – e político-criminalmente correcta – lente, entendeu o legislador que as declarações prestadas em inquérito ou instrução perante autoridade judiciária (magistrados do MP ou judiciais) devem valer como prova em julgamento, mesmo que o arguido seja julgado na ausência ou decida remeter-se ao silêncio, no gozo de um direito constitucional e infra-constitucionalmente garantido (art. 144.º, n.º 1, al. b) e 144.º, n.º 1, para o MP). Nos termos da primeira norma, para que tal suceda, porém, é indispensável que o arguido disso seja informado e que esteja assistido por defensor, sob pena de nulidade insanável (artigos 64.º, n.º 1, al. b) e 119.º, al. c)). Tratando-se de um interrogatório de arguido, as suas regras gerais são as mesmas, desde logo a faculdade de declarar no momento que lhe parecer mais oportuno, escolher as perguntas às quais responderá e a quem também o fará (pode, p. ex., o arguido responder a perguntas do juiz e recusar-se a fazê-lo a questões do MP ou do mandatário do assistente). Esta medida fez com que a instrução possa ter uma utilidade acrescida, mas também significa que, sendo depois reproduzidas em julgamento⁹, haja poupança de tempo.

Voltemos aos poderes do JIC em sede de autorizar ou não os actos probatórios. Percebe-se que ele disponha aqui de um poder monocrático, exactamente para não transformar a instrução numa antecâmara do julgamento. Na verdade, mantemo-nos numa fase preliminar que se limita – o que é muito – a concluir se os fundamentos de facto e de Direito estão reunidos para que o arguido seja submetido a julgamento. Se se admitisse ainda recurso para os Tribunais da Relação do despacho que recai sobre o dito requerimento probatório, nos freios e contra-freios

⁹ Embora a prática jurisprudencial vá no sentido de que estas declarações têm de ser totalmente ouvidas em julgamento, é nosso entendimento que não há qualquer vício (mesmo constitucional) se, por acordo de todos os sujeitos processuais, essa mesma audiência for dispensada. O arguido lembrar-se-á do que disse e tem os autos ao seu dispor e do seu defensor, tal como os demais sujeitos.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

em que se tece o processo criminal, havia claramente um excesso de garantismo sem justificação válida. Tanto mais quanto, como veremos, em certas condições, a decisão instrutória é impugnável. A isto apenas se acrescerá a possibilidade de o JIC igualmente lançar mão dos seus poderes de inquisitório em relação à produção de indícios probatórios que ele entenda serem essenciais para poder concluir se, em julgamento, é mais plausível uma condenação que uma absolvição (art. 290.º, n.º 1).

Diga-se ainda que esta é uma fase processual que tem tempos máximos de duração fixados no art. 306.º Contudo, tal como acontece no inquérito (art. 276.º), tem sido interpretação unânime da jurisprudência¹⁰ que estes são prazos meramente indicativos ou ordenadores, ou seja, a sua ultrapassagem não acarreta nenhuma invalidade, podendo sim conduzir ao incidente de aceleração de processo atrasado (artigos 108.º, ss.) e a eventual responsabilidade disciplinar. Veja-se ainda o art. 276.º, n.º 6, segundo o qual o titular do inquérito tem de justificar a ultrapassagem do prazo indicativo¹¹. Esta não é a melhor solução nem aquela que reforça a igualdade de armas, pois os prazos para a prática de actos pelos demais sujeitos processuais são peremptórios, mas também não podemos viver desligados da realidade, sobretudo nos «mega-processos» a que já se aludiu, devendo ser feita uma utilização muito parcimoniosa da conexão processual (artigos 24.º, ss.) e quando ela já tiver sido ordenada, pode impor-se uma separação de processos (art. 30.º).

Numa palavra, só o debate instrutório é uma diligência obrigatória em instrução e a sua duração máxima também está regulada (art. 360.º¹²). Aqui sim,

¹⁰ *Inter alia*, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/8/2018, Proc. n.º 85/15.5GEBRG-N.Si, FRANCISCO CAETANO.

¹¹ Mas já não o JIC – art. 306.º, *a contrario* –, por se tratar de uma magistratura independente. Mesmo a hipótese em tese configurável de haver alguma obrigação de reporte da ultrapassagem dos prazos da instrução ao juiz presidente da comarca ultrapassa as competências que a Lei pretendeu atribuir a estes últimos magistrados. É certo, todavia, que o *statu quo* deixa os sujeitos processuais menos protegidos.

¹² A norma diz respeito à fase da audiência de discussão e julgamento, mas como os normativos da instrução nada estatuem a esse propósito, ter-se-á de usá-la. Veja-se ainda o art. 302.º, n.ºs 4 e 5.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

embora tratando apenas de indícios, os sujeitos processuais são chamados a alinhar as razões de facto e de Direito pelas quais entendem que os seus representados devem ou não ser submetidos a julgamento. Também é verdade que, quando requerido, o interrogatório do arguido é obrigatório, desde logo por ser ele o requerente e por estar armado desse direito pela Constituição (art. 32.º, n.º 1) e pela Lei (art. 61.º, n.º 1, al. b)). O mesmo sucede com a vítima, o que levanta um problema hermenêutico. Vimos já que, quanto a um despacho de arquivamento em inquérito, só o assistente goza de legitimidade para requerer a abertura desta fase, sendo que a vítima é um sujeito processual diverso (art. 67.º-A e Estatuto da Vítima, aprovado pela Lei n.º 130/2015, de 4/9). Assim, em bom rigor, será a vítima que se constituiu assistente que pode requerer a instrução. A referência à «vítima» cremos só poder ser entendida no sentido de ao juiz se abrir a faculdade de, *ex officio*, determinar a sua tomada de declarações. Aliás, do mesmo modo que, ainda que não requerente, o JIC pode entender por essencial para as finalidades da instrução que o arguido seja convocado para, querendo, prestar declarações, quando não seja ele quem requereu a instrução. É óbvio que esta última hipótese é de configuração prática muito rara, mas não está fora de cobertura legal.

Um outro aspecto que depõe no sentido de a fase em estudo não conter insuportável tempo de duração tem que ver com a inexistência de qualquer «contraparte»: se o arguido a requerer, mesmo que haja ofendido ou assistente, este não intervém, excepto se o JIC entender necessárias as suas declarações; se o requerente for o assistente, sucede o mesmo com o arguido. Donde, até pelo número de sujeitos processuais e respectiva actividade concreta nos autos, inexistente fundamento para se defender o fim da instrução por ser demasiado demorada. Poder-se-á perguntar – isso sim – se faz sentido manter uma fase como esta sem contraditório, ou melhor, com um contraditório imperfeito. E dizemos assim porque, nos crimes públicos e semi-públicos em que existe uma acusação elaborada pelo MP (e eventualmente acompanhada pelo assistente), cabe a esta magistratura

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

defender a bondade da decisão de acusar, demonstrando que foi possível reunir indícios suficientes, pelo que a «contraparte» está representada. No caso da iniciativa da instrução partir do assistente, goza ele de todas as faculdades inerentes a esta fase processual. A haver uma «contraparte», será ela, aqui, o MP, em especial, mais uma vez, nos delitos públicos e semi-públicos. Nos particulares, o grande ónus de os sustentar pende sobre o assistente. Ora, se este último não deduzir acusação particular, cessa a acção penal, sendo o processo definitivamente arquivado, por falta de legitimidade do MP, o que significa que, nestes crimes, a responsabilização do assistente é maior, o que bem se percebe. Donde, nenhuma perda do prisma do contraditório, ainda que moderado, se vislumbra na presença ou ausência dos vários sujeitos processuais em instrução.

Um último aspecto nesta sede deve ser destacado. Nos termos do art. 310.º, apenas é inadmissível o recurso (sempre para a 2.ª instância e nunca para o Supremo) quando haja uma absoluta conformidade entre o despacho de acusação e o de pronúncia. Se existirem factos diversos ou tratados de modo distinto, ainda que só quanto à sua qualificação jurídica, já poderá haver recurso. Por decorrência lógica, admite o legislador que um despacho de arquivamento ao qual se siga um outro de não pronúncia é também impugnável. Usando outras palavras, se a dupla conforme positiva (acusação e pronúncia) veda a hipótese de recurso e importa a remessa dos autos para julgamento, a sua correspondente negativa (arquivamento e não pronúncia) deixa ainda a possibilidade de o assistente interpor recurso para o Tribunal da Relação competente. Trata-se, em nosso juízo, de norma a alterar *de iure condendo*, porquanto é destituído de qualquer sentido político-criminal que, tendo-se duas magistraturas pronunciado pela inexistência de indícios, se vá ainda admitir a intervenção de nova instância. Os direitos do defesa são aqui levados a um extremo de garantismo que urge modificar. A pretensão punitiva do Estado está assegurada

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

pelo primitivo arquivamento¹³, pelo que o único interesse protegido é o do assistente que, por esta via, deixa de ser colaborador do MP (em oposição à sua posição legal: art. 69.º, n.º 1) e assume uma posição monopolista no processo penal, o que vai muito além daquilo que deveriam ser as suas competências, até de um prisma constitucional. Naturalmente que nos estamos a referir somente aos casos em que há (como na dupla conforme positiva) total simetria entre o arquivamento e a não pronúncia. Se os factos ou o respectivo enquadramento jurídico, apesar de conduzirem ao mesmo resultado, forem díspares, então não podemos dizer que há uma total similitude e que duas magistraturas diferentes se pronunciaram sobre os mesmos indícios e com a mesma conclusão, pelo que aí já seria de continuar a admitir o recurso.

5.- CONCLUSÕES

Do percurso trilhado pode concluir-se que, na nossa perspectiva, terminar a fase intermédia e eventual da instrução tem mais desvantagens que vantagens. Desde logo do prisma da estigmatização que sempre existe em torno de alguém constituído arguido, apta a criar efeitos de vitimação secundária. Por outro lado, se em ilícitos com menor potencial ofensivo se admite o recurso à via jurisdicional, seria paradoxal que tal se negasse nos crimes, não bastando dizer que sempre há o julgamento, pois essa é já uma fase em regra pública e que também levanta os atrás referidos problemas de vitimação. Vistas, depois, as diferentes hipóteses de encerramento de inquérito pelo MP, fica claro que os direitos de defesa do arguido (sobretudo) são mais protegidos com esta faculdade. Também se não vislumbra, em regra, um excessivo retardamento temporal na instrução, ligado aos poderes de grande amplitude do JIC, sobretudo em matéria de admissão ou não dos actos

¹³ Tanto se protege essa pretensão punitiva com a condenação como com a absolvição do arguido e, por maioria de razão, com os despachos que encerram as duas fases preliminares do processo. Defender o contrário é cair num puro justicialismo que ameaça as estruturas do Estado de Direito.

Requiem pela fase de instrução no processo penal português?

André Lamas Leite

instrutórios, sendo que defendemos uma alteração legislativa ao art. 310.º, nos casos de «dupla conforme negativa».

Numa palavra, não se pode transformar a fase de instrução num «bode-expiatório» das ineficiências do sistema de administração da justiça penal, tanto mais que a sua abolição não iria ter efeitos sensíveis nos tempos da Justiça.