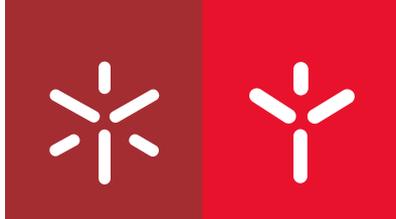


Universidade do Minho
Escola de Direito

Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas e Castro

**Fase da Instrução: Quo Vadis?
- Repensar o Sentido da Instrução
no Processo Penal Português**

outubro de 2015



Universidade do Minho

Escola de Direito

Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas e Castro

**Fase da Instrução: Quo Vadis?
- Repensar o Sentido da Instrução
no Processo Penal Português**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Mário Ferreira Monte

outubro de 2015

DECLARAÇÃO

Nome: Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas e Castro

Título da Dissertação de Mestrado: Fase da Instrução: Quo Vadis? - Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português

Orientador: Professor Doutor Mário Ferreira Monte

Ano de Conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE:

UNIVERSIDADE DO MINHO, ___ / ___ / _____

ASSINATURA:

À Eduarda, a meus pais e à minha irmã

FASE DA INSTRUÇÃO: QUO VADIS?

REPENSAR O SENTIDO DA INSTRUÇÃO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

A presente dissertação visa a compreensão do sentido e do alcance da fase de instrução no sistema processual penal português. Bem se sabe que o processo penal, tal como configurado no Código de Processo Penal de 1987, está dividido em três fases: inquérito, instrução e julgamento. A instrução, enquanto fase intermédia e facultativa, destina-se à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Tendo como ponto de partida algumas alterações legislativas que têm descaracterizado a verdadeira finalidade desta fase, importa compreender se o paradigma traçado pelo legislador para a instrução enquanto fase processual autónoma ainda se mantém, ou se, pelo contrário, será preferível uma solução diferente, que se pode traduzir quer na pura supressão desta fase, quer na sua substituição por um mecanismo alternativo e mais célere, no estilo da *preliminary hearing* norte-americana, que dê resposta às crescentes exigências de eficácia por parte da sociedade. Esta tarefa de ponderação, na medida em que convoca importantes direitos fundamentais dos cidadãos, designadamente do arguido, é uma matéria de grau de complexidade elevado e que deve ter sempre por referência o atual panorama constitucional.

Para esse efeito, o estudo está estruturado em sete capítulos. No primeiro, abordam-se os modelos típicos do processo penal, enquanto o segundo e terceiros capítulos versarão, respetivamente, sobre a evolução histórica do processo penal, *maxime* da instrução, em Portugal e sobre a estrutura e fase de instrução no atual Código de Processo Penal. Subsequentemente, no quarto capítulo, analisar-se-á a previsão constitucional da instrução, e, no quinto capítulo, modelos de outros países relativamente a uma eventual fase intermédia entre o inquérito e o julgamento. O sexto e sétimo capítulos serão os centrais da tese, nos quais se reflete sobre as referidas alterações e o sentido atual desta fase.

PRE-TRIAL PHASE: QUO VADIS?

RETHINKING THE MEANING OF PRE-TRIAL IN THE PORTUGUESE CRIMINAL PROCEDURE

The present dissertation aims to understand the meaning and scope of the pre-trial phase in the Portuguese criminal procedure system. It is well known that the criminal procedure, as configured in *Código de Processo Penal* of 1987, is divided in three phases: inquiry, pre-trial and trial. The pre-trial phase, as an intermediate and non-compulsory stage, consists in the judicial confirmation of the decision to prosecute or to file the inquiry in order to decide whether or not the case should be brought to trial. After considering some legislative changes that have mischaracterized the true purpose of this phase, it is important to understand if the paradigm outlined by the legislator for the pre-trial phase still remains identical. If not, a different solution may be preferable and this could either mean the complete elimination of this stage, or its replacement for an alternative and faster mechanism, one similar to the United States' preliminary hearing, that shall be able to respond to the society's increasing demands of efficiency. As it convenes citizens' important fundamental rights, mainly of the accused, this is a matter of high complexity and that should always have the current constitutional panorama as its reference.

In order to achieve the forementioned goal, this study is structured in seven chapters. The first aims to analyze the typical models of the criminal procedure, whilst the second and third chapters examine, respectively, the historical evolution of the criminal procedure, mainly the pre-trial phase, and its structure in *Código de Processo Penal* of 1987. Subsequently, the fourth chapter analyzes the constitutional meaning of this phase and the fifth focuses on the models of foreign countries concerning an eventual intermediate stage amongst the inquiry and the trial. The sixth and seventh chapters will be the core of the thesis, in which the legislative changes that have clouded this phase and its current meaning will be discussed.

Índice

Introdução	1
Capítulo I: Os Modelos do Processo Penal	7
1.1. Nota Introdutória	7
1.2. O Processo Penal de Estrutura Inquisitória	9
1.3. O Processo Penal de Estrutura Acusatória.....	10
1.4. O Processo Penal Misto	11
1.5. A Inexistência de Modelos Puros na Atualidade	12
Capítulo II: Perspetiva Histórica do Processo Penal em Portugal.....	15
2.1. Nota Introdutória	15
2.2. Antes do Código de Processo Penal de 1929.....	16
2.3. O Código de Processo Penal de 1929	18
2.4. As Sucessivas Alterações ao Código de Processo Penal de 1929	22
2.4.1. O Decreto-Lei n.º 35.007	22
2.4.2. As Reformas Subsequentes	25
Capítulo III: O Código de Processo Penal de 1987	33
3.1. A Estrutura do Código de Processo Penal	33
3.2. A Fase de Inquérito e as Competências do Ministério Público	39
3.3. A Fase de Instrução	48
3.3.1. As Finalidades da Fase de Instrução.....	48
3.3.2. Notas Breves sobre a Tramitação	54

3.4. O Juiz de Instrução	68
Capítulo IV: A Previsão Constitucional da Instrução	79
Capítulo V: Perspetiva Espacial da Fase de Instrução: Notas Breves sobre o Modelo de Outros Países	85
Capítulo VI: Reflexão Crítica sobre o Sentido de Algumas Alterações Legislativas na Fase de Instrução	97
6.1. Nota Introdutória	97
6.2. A Regra da Publicidade na Fase de Instrução	98
6.2.1. A Relação de Tensão entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução na Determinação do Segredo de Justiça.....	109
6.3. A Contraditoriedade dos Atos de Instrução.....	121
6.4. A Regra da Alteração Substancial de Factos na Fase de Instrução	129
6.5. A Irrecorribilidade da Decisão Instrutória que Pronunciar o Arguido pelos Factos Constantes da Acusação	149
Capítulo VII: Fase de Instrução: Quo Vadis?.....	159
Conclusões.....	183
Bibliografia.....	189
Jurisprudência Citada	203

Lista de Abreviaturas e Siglas

art(s).	artigo(s)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
coord.	coordenação
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
cfr.	conferir
DCIAP	Departamento Central de Investigação e Ação Penal
DL	Decreto-Lei
EMP	Estatuto do Ministério Público
Fasc.	Fascículo
GIP	<i>Giudice delle Indagini Preliminari</i>
JIC	Juiz de Instrução Criminal
MP	Ministério Público
n.º (s)	número(s)
OA	Ordem dos Advogados
ob. cit.	obra citada
OPC(‘s)	Órgão(s) de Polícia Criminal
org.	organização
p. (pp.)	página(s)
Proc.	Processo
PSD	Partido Social Democrata
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i>
v. g.	<i>verbi gratia</i>
Vol.	Volume

Introdução

Numa realidade que se vai tornando cada vez mais complexa, o que acarreta, conseqüentemente, uma sociedade com mais, maiores e diferentes problemas, é da maior importância que o Direito consiga fazer frente a essa tendência. O Direito tem que acompanhar essa evolução de forma gradual, adaptando-se e readaptando-se às distintas circunstâncias, de forma a que nunca perca a sua atualidade, mas evitando-se a proliferação legislativa desprovida de razão e sentido. Daí que seja necessário, hoje e sempre, pensar o Direito.

No contexto de um Mestrado em Direito Judiciário, optámos por definir o tema da nossa dissertação no âmbito do sempre entusiasmante Direito Processual Penal, ramo do direito processual que contende com bens jurídicos de suma importância para os sujeitos processuais, mas nem sempre facilmente compagináveis com as finalidades essenciais do processo penal. Não obstante, é precisamente essa complexa compatibilização entre interesses vários, *v. g.*, a descoberta da verdade material, a realização da justiça, aliada ao célere restabelecimento da paz social, através da reafirmação da norma jurídica violada, sem descuidar o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, designadamente do arguido, que mais motiva para o estudo e aprofundamento destes temas processuais penais, sem, no entanto, olvidar que, e recuperando as palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “[r]econhecer estas finalidades implica porém (...) aceitar a impossibilidade da sua integral harmonização”¹.

Relembrando FERRI, já escrevia MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA “que, se o Código Penal é um Código para os delinquentes, o Código de Processo Penal é um Código de extrema importância para os homens honestos. É que o direito penal só é aplicável mediante a verificação do facto criminoso em decisão condenatória,

¹ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998, p. 206.

enquanto os preceitos de processo penal são aplicáveis a todos os arguidos, culpados ou inocentes, e tanto se dirigem, por isso, a uns como aos outros”².

Ora, bem se sabe que o processo penal, tal como configurado pelo Código de Processo Penal de 1987, está dividido em três fases, correspondendo a cada uma delas objetivos marcadamente distintos. No inquérito pretende-se a investigação da existência de um crime, seus agentes e a sua responsabilidade, bem como a descoberta e a recolha das provas, culminando, regra geral, com uma acusação ou arquivamento. Se for deduzida acusação e não for requerida a abertura da fase de instrução, terá, desde logo, lugar a fase de julgamento. Mas, no caso de ficarem inconformados com a decisão de acusação ou arquivamento, o arguido e o assistente têm, nos casos previstos no art. 287.º do Código de Processo Penal, a faculdade de requerer a abertura desta fase.

Pois bem, a instrução destina-se, nos termos do art. 286.º, n.º 1, do CPP, à comprovação judicial da decisão de arquivar o inquérito ou de deduzir acusação em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Não se pretende, de forma alguma, nesta fase sindicar a atividade do Ministério Público na direção do inquérito, nem complementar a investigação efetuada, não obstante os poderes investigatórios atribuídos ao juiz de instrução.

Também não é desígnio da instrução a realização de um pré-julgamento. Com efeito, não é nesta fase que se apura a responsabilidade criminal do arguido, não estando subjacente na decisão instrutória qualquer carga condenatória. Visa-se, apenas e tão-só, determinar se se reuniram ou não indícios de facto e elementos de direito suficientes para levar o arguido a julgamento.

Ora, tendo isto presente, é imperativo averiguar se os fundamentos que levaram à consagração da fase da instrução enquanto fase processual autónoma ainda se mantêm. De facto, nos últimos anos, nomeadamente no período pós-revisão de 2007 do CPP, tem-se assistido a algumas descaraterizações no regime legal da instrução, que tornam esta questão ainda mais premente, atual e legítima. Referimo-nos, sobretudo, à introdução da regra da publicidade da fase de instrução, à contraditoriedade dos atos de instrução, à alteração substancial de factos nesta fase e ainda à consagração da

² FERRI *apud* MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal – I – Lições proferidas no ano lectivo 1954-1955*, Lisboa, Gomes & Rodrigues, Lda., 1955, p. 143.

irrecorribilidade do despacho de pronúncia que confirma os factos da acusação, inclusivamente na parte respeitante a nulidades e outras questões prévias ou incidentais, temas que merecem uma especial e cuidada atenção.

Tendo como ponto de partida essas alterações, almejamos concluir sobre o sentido e a necessidade hodierna da fase de instrução, *maxime* se ainda lhe está subjacente a consagrada finalidade de comprovação judicial, ou se, pelo contrário, se procedeu a uma profunda rutura encapotada do seu paradigma, que torna urgente a sua eliminação ou, no mínimo, a sua reformulação.

Mais ainda, em tempos em que a justiça, nomeadamente a justiça penal, é cada vez mais mediática e discutida em praça pública, tornou-se comum falar em crise da justiça. Essa ideia, transportada a reboque de uma comunicação social sensacionalista, exclusivamente preocupada em garantir audiências e tiragens, e alimentando-se da sede de escândalo de uma sociedade apressada, que clama por reformas constantes e uma justiça mais célere e eficaz, é hoje um dado assente.

Neste sentido, afigura-se-nos manifestamente pertinente questionar a necessidade da consagração desta fase, no que tem sido um tema intensamente debatido pela doutrina. Não se ignorando a importância da fase de instrução quer a montante, quer a jusante do processo, e muito menos a relevância que assume para o arguido e para o assistente, visa-se analisar se, até por razões relacionadas com a celeridade processual, não seria possível eliminar esta fase, consagrando uma solução alternativa.

O que nos move é, pois, refletir sobre o tema, tentar perceber até que ponto uma eventual mudança na estrutura já fortemente consolidada do processo penal português seria benéfica para a justiça, que se pretende célere e eficaz, mas simultaneamente capaz de assegurar a procura da verdade material e o respeito pelos direitos dos sujeitos processuais. Porque se é indesmentível que a justiça deve ser célere, não é por ser célere que a justiça será justa. O fim do processo não deve ser apenas a eficiência e a celeridade, mas, antes de mais, a justiça.

E, nesse sentido, será legítima uma solução que não conceda ao arguido a possibilidade de requerer o controlo judicial da acusação e, assim, evitar a submissão a julgamento? Será legítima uma solução que não permita ao assistente discordar da

decisão de arquivamento do Ministério Público? Será legítimo atribuir ao Ministério Público os poderes do juiz de instrução no que concerne à prática ou autorização de atos que se prendam com direitos fundamentais?

No sentido de dar respostas a estas perguntas, entendemos ser, antes de mais, fundamental começar pela análise dos diferentes modelos típicos do processo penal e, num segundo momento, atentar à evolução histórica do processo penal em Portugal, com especial incidência na fase de instrução. Importa percorrer o caminho que se foi traçando ao longo da história no que concerne à instrução. Porque é do passado que se constrói o presente, qualquer reflexão sobre o presente sem olhar ao passado é uma reflexão amputada.

No terceiro capítulo, centrar-nos-emos numa análise mais detalhada e aprofundada do atual Código de Processo Penal, nomeadamente na estrutura processual consagrada, tentando compreender as bases em que se alicerça, além das implicações que dela decorrem em todo o processado. É fundamental, na nossa perspetiva, observar de forma atenta e incisiva a separação de funções entre Ministério Público e juiz de instrução nas fases que antecedem o julgamento. Ainda no mesmo capítulo, revela-se-nos pertinente averiguar as verdadeiras finalidades da fase de instrução, tal como foi moldada pelo legislador, sem deixar de tecer algumas notas sobre o desenrolar processual da fase que nos cumpre abordar, designadamente quanto à sua finalidade e natureza e quanto à sua própria tramitação.

Se no quarto capítulo incidiremos na análise da previsão constitucional da instrução, nomeadamente do art. 32.º, n.º 4, da CRP, fá-lo-emos na convicção de que a reflexão sobre o sentido da fase de instrução não pode descurar a garantia constitucional ínsita nesse mesmo artigo. Não obstante, como é natural, tal garantia, que tanta celeuma já criou, acompanhar-nos-á ao longo de toda a dissertação, especialmente no último capítulo.

Num momento subsequente recorrer-se-á ao sempre útil e enriquecedor mecanismo da comparação de direitos, procurando retirar os ensinamentos positivos dos modelos de outros países que, eventualmente, se possam adaptar e incorporar no nosso sistema processual penal.

Antes de se partir para o cerne da dissertação no sétimo e último capítulo, no qual, utilizando como ponto de partida a variada e controversa doutrina que se tem pronunciado sobre o tema, se irá refletir sobre a importância da instrução, pesando aspetos positivos e negativos, e debatendo eventuais soluções e mecanismos alternativos, analisar-se-á de forma crítica um conjunto de alterações legislativas que têm modificado a própria natureza da fase de instrução, enquanto fase processual intermédia, destinada à comprovação judicial da acusação ou arquivamento. De facto, e levando essas alterações em conta, por um lado, e a prática judiciária, por outro, importa compreender se tal natureza ainda subsiste, ou, se, com o passar dos anos, a instrução não se tem vindo a tornar num género de julgamento antecipado.

Procurando dar respostas concretas e coerentes a todas as questões que o tema convoca, estamos cientes, no entanto, da sua complexidade e da controvérsia que qualquer sugestão de alteração legal pode suscitar. Não visamos alcançar uma fórmula mágica que possa compatibilizar os interesses opostos em jogo. As pedras no percurso são várias, mas pensamos ser tempo de refletir e de repensar o sentido da fase de instrução. Porque, como bem alerta JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “[o] problema doutrinário fundamental do processo penal de hoje (...) é o de tentar definir o que deve ser o processo penal de amanhã, o que deve permanecer e o que deve mudar”³.

³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português: problemas e prospetivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 805.

Capítulo I: Os Modelos do Processo Penal

1.1. Nota Introdutória

Não há quem ouse questionar a importância do direito processual penal como forma de concretização e realização do direito penal. Muito mais do que um mero conjunto de formalidades e trâmites, e apesar da sua instrumentalidade funcional em relação ao direito penal, o processo penal caracteriza-se pela sua “*autonomia teleológica*”, perante o direito substantivo, que ao processo advém por lhe corresponder um interesse material específico: o da realização concreta da própria ordem jurídica”⁴. Nesse sentido acrescenta o Ilustre Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS que “a relação entre direito penal e direito processual penal é, sob diversos pontos de vista, uma *relação mútua de complementaridade funcional*, que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade”^{5 6}.

Tendo presente estas considerações, resulta bem patente, por um lado, o enorme desafio, e, por outro, a satisfação pessoal que emerge do estudo da disciplina de Direito Processual Penal, que deve ser entendido como “o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos”⁷.

Urge, num primeiro momento, compreender a íntima e estreita conexão que existe entre o nível de desenvolvimento de uma determinada comunidade e o próprio processo penal. De facto, este reflete precisamente o grau de evolução dessa mesma

⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reimpressão da 1.ª Edição de 1974, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 33.

⁵ *Idem*, p. 28.

⁶ Também segundo o mesmo Autor, a propósito da relação entre o direito penal e o processo penal: “a falta de sintonia entre os dois ordenamentos constitui um óbice de tomo, se não mesmo intransponível, a um funcionamento eficaz de todo o sistema de justiça penal e a uma razoável probabilidade de êxito na tarefa de controlo do crime”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in *Para uma Nova Justiça Penal (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados)*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 192.

⁷ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal – I...*, ob. cit., p. 5. Ou, na formulação de Figueiredo Dias, “o conjunto das normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 36.

Veja-se ainda o conceito sugerido por Germano Marques da Silva, segundo o qual o “processo é *uma sequência de actos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação*. O complexo das normas jurídicas que disciplinam o processo penal constitui o *direito processual penal*.” Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português- Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 16.

sociedade. Daí que “as soluções concretas dos problemas básicos do direito processual penal dependam fundamentalmente do estágio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma certa comunidade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência jurídica, das concepções políticas de base e das concretas formas de atuação estadual que aí vigoram”⁸.

Ora, as formas de concepção do processo penal têm variado e evoluído, quer temporal, quer espacialmente. O artigo 32.º, n.º 5, da CRP, consagra que “[o] processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.” Tendo presente este preceito constitucional, afigura-se-nos que, como ponto de partida para a exploração do tema que nos propomos abordar, se revela da maior importância começar a exposição por uma sintética análise das características dos sistemas ou modelos puros de processo penal. Não obstante haver outras classificações distintas, a tipologia mais tradicional é a que contrapõe o modelo acusatório ao modelo inquisitório⁹.

Bem se sabe que a estrutura hodierna do nosso processo penal não se enquadra em qualquer destes modelos, traduzindo-se, ao invés, numa “estrutura basicamente acusatória temperada por um princípio de investigação oficial a cargo do juiz”¹⁰. Contudo, é indispensável, até como mecanismo de compreensão de dois princípios absolutamente estruturantes do processo penal português, como são o princípio da acusação e o princípio da investigação, abordar a distinção destes dois modelos.

⁸ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 59.

⁹ Para mais desenvolvimentos sobre as estruturas do processo penal, *vide*, entre outros, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., pp. 61 e ss.; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., pp. 63 e ss..

¹⁰ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 211.

1.2. O Processo Penal de Estrutura Inquisitória

O modelo inquisitório, que surgiu com o advento do Absolutismo, foi o processo penal mais típico da generalidade dos países europeus continentais nos séculos XVII e XVIII¹¹.

O arguido não era concebido como um sujeito processual, mas sim como um objeto à disposição do juiz. Não eram conferidos direitos nem garantias ao acusado, sendo que, no que concerne aos crimes mais graves, este era, em regra, privado da liberdade.

O único interesse em jogo era o do Estado. O juiz intervinha oficiosamente, sendo o *dominus* de todo o processo, ao qual competia, simultaneamente e com total liberdade, a investigação e recolha das provas, a acusação e o julgamento. Neste sentido dificilmente poderia “manter a independência necessária a um justo julgamento imparcial da causa”¹². Camuflando-se com a veste da procura da verdade material e da defesa do sociedade e dos interesses estaduais, legitimavam-se inúmeros abusos aos direitos dos cidadãos, que eram comprimidos e restringidos. Contudo, a única verdade que se poderia alcançar era, isso sim, uma verdade formal: “a que resulta do carácter puramente inquisitório, escrito e secreto de todo o processo, origem necessária da perda de um real *direito de defesa* do arguido (apesar do estrito sistema de «provas legais» com que pretensamente ele seria protegido) e que antes abre caminho a todos os modos, sem exclusão da *tortura*, de extorquir ao réu a confissão, tida como «regina probationum»”¹³. Dado que a confissão “chegava e sobrava para a condenação”¹⁴, facilmente se consegue extrair o motivo do empenho do juiz em obtê-la, inclusivamente com o recurso à tortura¹⁵.

¹¹ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “desde cedo que o direito canónico, ligado a ingredientes do direito romano do baixo império, começou a exercer influência no processo penal no sentido de lhe dar uma estrutura inquisitória”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 63.

¹² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 64.

¹³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 62.

¹⁴ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga, 1968, p. 6.

¹⁵ Importa ter presente que o sistema das provas legais se caracterizava pela existência de uma tabela com o valor de cada uma das provas. O juiz decidia de acordo com essas tarifas, inexistindo qualquer juízo crítico sobre o valor das provas e, conseqüentemente, uma verdadeira função judicativa.

Caracterizava-se, pois, o modelo inquisitório por ser um processo sem partes. O processo estava na livre e total discricionariedade do julgador, que, numa posição de superioridade total perante o arguido, tinha o poder de iniciar o processo, fixar o *thema probandum* e o *thema decidendum*, além da concreta tramitação processual¹⁶. O arguido nada podia fazer em sua defesa.

1.3. O Processo Penal de Estrutura Acusatória

Antagonicamente ao modelo de estrutura inquisitória puro, surgiu o modelo de estrutura acusatória. Este modelo, típico do processo penal inglês, centra-se, na igualdade processual de armas existentes entre acusação e defesa.

Com uma estrutura de certa forma semelhante ao processo civil, caracteriza-se por ser um verdadeiro processo de partes, dando-se relevância ao papel do arguido, visto já não como um objeto do processo, mas, pelo contrário, como um sujeito processual, ao qual são atribuídos direitos de defesa e de participar ativamente no processo. Do lado oposto ao do arguido surge uma entidade acusadora, que tanto pode consistir numa entidade privada, como numa entidade pública, mas que não tem, em caso algum, o poder de julgar. Na estrutura acusatória há uma “cisão indispensável entre a entidade investigadora (acusadora) e a julgadora”¹⁷.

As partes têm responsabilidade na produção de prova e disponibilidade sobre o objeto do processo. Há uma “espécie de duelo judiciário entre a acusação e a defesa”¹⁸, ou seja, uma disputa, uma lide, na qual ambas as partes carregam para o processo os seus argumentos e as suas provas, e na qual têm uma posição processual tão semelhante quanto possível.

Este conflito *inter partes* coloca o julgador numa posição independente, imparcial, alheia ao conflito, e passiva, isto é, sem qualquer iniciativa no que concerne à aquisição e produção de prova. O juiz aprecia os factos levados ao seu conhecimento

¹⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 61.

¹⁷ *Idem*, p. 64.

¹⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., pp. 63 e 64.

pela acusação e pela defesa, que determinam o objeto do processo e a extensão da cognição, sendo que o juiz não “poderá condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*)”¹⁹.

Não despidendo será ainda acrescentar a importância neste modelo dos princípios do contraditório, que assume a sua plenitude, da oralidade e da publicidade do processo penal.

Este modelo almeja, acima de tudo, a defesa dos direitos fundamentais do arguido, consagrando, conseqüentemente, o princípio da presunção de inocência do acusado até à condenação e a “ilegitimidade da *prisão preventiva* e, em geral, de quaisquer *meios coercitivos* contra o suspeito”²⁰, ainda que para tal se abdique da procura da verdade material. Vale, pois, o princípio da verdade formal.

1.4. O Processo Penal Misto

Conclua-se, como forma de rematar a classificação que temos vindo a abordar, que, com as reformas do Liberalismo, forjou-se um novo processo, denominado de misto, reformado, napoleónico ou francês²¹.

Assim, inspirado nitidamente pelo processo penal inglês de estrutura acusatória, consagrou-se no *Code d'Instruction Criminelle de 1808* um modelo que abarcava características do modelo acusatório, as quais eram conciliadas com outras do modelo inquisitório.

Enquanto que nas fases preliminares do processo, ou seja, na fase pré-acusatória e acusatória regia o princípio do inquisitório, na fase de julgamento aplicava-se, por contraponto, o princípio do acusatório. Ou seja, a fase instrutória do processo permanecia inquisitória, secreta e escrita, pertencendo ao Ministério Público ou ao

¹⁹ *Idem*, p. 64.

²⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 64.

²¹ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 64; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 67; FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., p. 8.

ofendido a tarefa de desencadear a ação punitiva; por outro lado, na fase do julgamento evidenciavam-se os princípios da contraditoriedade, da publicidade e da oralidade.

1.5. A Inexistência de Modelos Puros na Atualidade

Hodiernamente, já não existe em qualquer país europeu os chamados modelos puros. Não fazendo parte do nosso objeto de investigação tal tema, o que importa deixar bem claro é que tanto o modelo acusatório, como o modelo inquisitório foram absorvendo características um do outro, de tal forma que a diferença entre ambos é hoje mais ténue. Nenhum sistema é puramente inquisitório, tal como nenhum sistema é puramente acusatório.

Pense-se, *v. g.*, no caso do nosso CPP de 1987. De acordo com o que já foi referido, o nosso sistema traduz-se numa estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio de investigação. Tal modelo “reteve o melhor de cada tradição”²². Nas palavras de MIREILLE DELMAS-MARTY, em Portugal, inscreveu-se o princípio do acusatório na CRP, mas, simultaneamente, conservou-se “o melhor da tradição continental, mantendo os procedimentos criminais públicos, exercidos em nome do Estado pelo ministério público, e regras claras e precisas que, contrariamente ao sistema inglês, se aplicam desde a fase preparatória e que permitem evitar que todo o inquérito seja refeito na audiência”²³.

Não obstante, não é só em Portugal que se faz denotar esta aproximação concetual dos modelos. De facto, a evolução faz-se “dos dois lados da Mancha e começou antes da construção do túnel”²⁴. Em sentido idêntico pronuncia-se ANABELA MIRANDA RODRIGUES, segundo a qual “quer o processo penal anglo-saxónico quer o continental se distanciam das concepções tradicionais do acusatório ou do

²² MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1999, p. 231.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ *Idem*, p. 232.

inquisitório”²⁵, encurtando diferenças entre “dois modelos reciprocamente irreduzíveis”²⁶.

Com efeito, do ponto de vista do direito inglês, é curioso verificar que a polícia se tem vindo a substituir progressivamente à acusação puramente privada. A característica da igualdade de armas na fase investigatória mais não é do que uma mera ficção²⁷. Tendo em conta os escândalos que atingiram a polícia, nomeadamente a descoberta de que houve extorsão de confissões, foi criado, em 1985, o chamado *Crown Prosecution Service*²⁸, que se traduz num corpo “cujos funcionários agem em nome da Coroa, constituindo, assim, uma espécie de Ministério Público e aproximando o sistema da tradição inquisitória”²⁹ ³⁰. No entanto, entre estes funcionários e a magistratura do Ministério Público constata-se ainda uma distância assinalável, já que os funcionários do *Crown Prosecution Service* têm poderes reduzidos, até porque a polícia mantém a iniciativa processual.

Por outro lado, o facto de o juiz de instrução ter vindo gradualmente a ser excluído da investigação criminal, ficando esta a cargo do Ministério Público, a introdução do contraditório nesta mesma fase, e, por último mas não menos importante, a maior independência do Ministério Público em relação ao poder executivo, são fatores que têm contribuído para o estreitar das diferenças entre os dois modelos puros na Europa continental³¹.

²⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 716.

²⁶ MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo...”, ob. cit., p. 231.

²⁷ Cfr. nesse sentido ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 716; e MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo...”, ob. cit., p. 232.

²⁸ Mais informação sobre o *Crown Prosecution Service* disponível em <http://www.cps.gov.uk/>, consultado em 18-06-2015.

²⁹ F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30.º, N.º 118, Abril-Junho 2009, p. 8.

³⁰ De facto, as interrogações sobre se se deve substituir o modelo tipicamente inglês por um modelo que confie a direção do inquérito a um juiz de instrução têm-se multiplicado nos últimos anos, nomeadamente a partir da sequência de erros judiciais ocorridos no princípio da década de 90, designadamente nos casos *Guilford Four*, *Birmingham Six* e *Maguire Seven*. Vide MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 19.

³¹ MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS entende que, não obstante a substituição do juiz de instrução por outro juiz (*giudice per le indagini preliminari* ou pelo *Ermittlungsrichter*) e a entrega da titularidade da ação penal e da função investigatória ao Ministério Público, a verdade é que isso em nada alterou algumas das características típicas do modelo inquisitório, nomeadamente o facto do processo permanecer secreto, escrito e sem contraditório. Vide *idem, ibidem*.

Deste jogo de influências recíprocas nem o *lado de lá do Atlântico* tem conseguido alhear-se. De facto, atente-se ao comentário certo de CUNHA RODRIGUES: “[e]voca-se, na Europa, o “processo à americana” para exorcizar os problemas que os sistemas criminais enfrentam. Na América, a fuga para o mito leva frequentemente à exaltação do modelo inquisitório da Europa continental para reequilíbrio dos excessos produzidos pelo “*adversary system*””³².

³² JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Notas Introdutórias”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico II – O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois sistemas jurídicos em busca da justiça*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1999, p. 16.

Capítulo II: Perspetiva Histórica do Processo Penal em Portugal

2.1. Nota Introdutória

No âmbito de uma reflexão que pretende questionar e redesenhar novos horizontes para o futuro do processo penal português, afigura-se-nos sobremaneira pertinente analisar, por um lado, e num primeiro momento, a evolução histórica do processo penal no nosso país e, por outro, apontar os traços mais característicos do *status quo* atual.

Não se visa, de forma alguma, desenvolver aprofundadamente esta temática, que, de *per se*, daria *pano para mangas*³³. Pretende-se, outrossim, com este regresso ao passado, percorrer de forma sintetizada a diferente legislação que se foi multiplicando, concretamente a nível processual criminal.

Relembrando as palavras de F. TEODÓSIO JACINTO, “repensar o passado é sempre essencial para preparar o futuro”³⁴. Daí que seja mister, antes de traçar o panorama atual do processo penal português, e de eventualmente, se for o caso, sugerir pontuais ajustes que se nos afigurem adequados, fazer uma breve resenha sobre o percurso processual penal português.

Nestas notas sobre as raízes históricas, cingir-nos-emos, nomeadamente, ao período iniciado a partir das Reformas Judiciárias na primeira metade do século XIX, com especial incidência para a análise do primeiro Código de Processo Penal em Portugal, o CPP de 1929, e suas sucessivas alterações³⁵.

³³ Sobre a evolução histórica do processo penal em Portugal, de forma extremamente detalhada, *vide* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003. Cfr. ainda JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., pp. 35 e ss.; JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal – I*, Coimbra, Almedina, 1981, pp. 11 e ss.; CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, Editorial Minerva, 1990, pp. 29 e ss..

³⁴ F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 7.

³⁵ No que concerne ao período histórico antes do Liberalismo, cfr. a breve, mas concisa e interessante exposição de ANTÓNIO LEMOS SOARES, “Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 291 e ss..

2.2. Antes do Código de Processo Penal de 1929

Já em 1828 se reconhecia a importância do princípio da acusação e da separação de funções entre o magistrado instrutor e o julgador. De facto, ainda antes da Reforma Judiciária de 1832, o deputado José António Guerreiro apresentou um projeto que consagrava claramente essa separação de competências. Utilizando as suas palavras, “[o] Juiz, que pronuncia um Reo, fica grandemente prevenido contra a sua inocência: o desejo, bem natural, de sustentar a sua primeira opinião torna-o parcial”³⁶.

A Reforma Judiciária de 1832, da autoria de Mouzinho da Silveira, dividia o processo criminal em duas fases: o processo preparatório, secreto até à convocação do júri da pronúncia, e a de acusação e julgamento. A competência para a pronúncia pertencia ao juiz, ao qual também incumbia a elaboração do corpo de delito e inquirição das testemunhas. Havendo indícios suficientes, o juiz pronunciava, sendo que tal despacho tinha que ser ratificado por um júri de pronúncia^{37 38}.

Em 1837 procedeu-se à elaboração da Nova Reforma Judiciária, que estabelecia a divisão, dentro da fase preparatória do processo, entre o corpo de delito, que compreendia os atos de investigação e recolha de prova destinados a apurar a existência do crime, e o sumário da querela, direcionado à identificação dos agentes e a sua responsabilidade. O processo preparatório era secreto e não contraditório, terminando com a ratificação da pronúncia ou da não pronúncia, numa audiência pública perante um júri³⁹.

O Autor principia a sua análise debruçando-se sobre os longínquos Concílios de Toledo, evidenciando algumas das medidas de cariz processual penal à data existentes. Ainda num período anterior à independência portuguesa, traça também alguns pontos de realce no Código Visigótico, ao que se segue a caracterização do direito português na Idade Média, nomeadamente os foros e forais, culminando a sua análise com as Ordenações Afonsinas.

O Autor refere que, no que toca à clássica distinção entre modelo de estrutura acusatória e modelo de estrutura inquisitória, foi, porventura, aquele que mais se evidenciou no nosso país até às Ordenações Afonsinas, deixando bem patente que “[o] que parece poder retirar-se do pouco que dissemos, é que Portugal é o depositário de uma multissecular cultura jurídica de defesa dos sujeitos de processo penal e de protecção da dignidade da pessoa humana” (cfr. p. 320).

³⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal...*, ob. cit., p. 124.

³⁷ *Idem*, p. 134.

³⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que “o princípio da acusação obtinha uma realização quase perfeita (...), atendendo à competência judicativa e à liberdade de decisão do júri e ao deferimento da promoção dos termos da acusação em julgamento a um novo magistrado, o agente do Ministério Público, o que libertava o juiz dessa função. A observância daquele princípio era somente prejudicada no julgado que fosse cabeça de comarca, onde o juiz de direito que tinha proferido a pronúncia elaborava a decisão de direito e determinava a pena”. Cfr. *idem, ibidem*.

³⁹ Cfr. *idem*, pp. 200 e ss..

Apenas 4 anos depois, procedeu-se à sua substituição pela Novíssima Reforma Judiciária, de grande importância no panorama processual penal em Portugal, pois manteve-se em vigor, não obstante as sucessivas alterações, até à feitura do CPP de 1929.

Esta reforma, na esteira das anteriores, manteve a divisão do processo preparatório em corpo de delito e sumário da querela, sendo que, em 1892, tal divisão foi extinta, tendo o corpo de delito passado a prosseguir ambas as finalidades referidas, ou seja, a investigação dos crimes e da responsabilidade dos seus agentes com vista à submissão a julgamento⁴⁰.

Apesar de inspirada pelo sistema misto francês, dada a natureza judicial, inquisitória, secreta e escrita da instrução pré-acusatória, as semelhanças entre ambos os modelos não eram totais. Com efeito, a Novíssima Reforma Judiciária não transplantou para Portugal a figura do juiz de instrução, tendo querido ir mais longe do que o Código Napoleónico na “filtragem das acusações”⁴¹, criando, assim, o júri de ratificação da pronúncia, ficando a decisão sobre a matéria de facto a cargo de um outro júri.

Contudo, na prática, estas disposições nunca chegaram a vigorar, daí que o juiz “decidia, ao pronunciar um arguido, sob a sua própria instrução e no fim julgava com base no trabalho que fizera”⁴².

Em 1893, João Franco e Hintze Ribeiro implementaram uma reforma que merece destaque e que “havia de manchar durante 17 longos anos a nossa memória judiciária”⁴³: a criação do Juízo de Instrução Criminal. Na verdade, este juízo de instrução mais não era do que uma polícia de investigação, detentora de poderes múltiplos, policializando-se, assim, a instrução criminal⁴⁴.

⁴⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 33.

⁴¹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., p. 22.

⁴² JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal...*, ob. cit., p. 67. Em sentido idêntico, cfr. FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., p. 22.

⁴³ MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado, I Volume (arts. 1.º a 240.º)*, 3.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008, p. 174.

⁴⁴ Muito crítico desta figura foi FRANCISCO SALGADO ZENHA, que afirmou que “o Juiz de Instrução não era senão o velho Intendente da Polícia do absolutismo, à frente dos seus esbirros e dos seus aguazis. Mas, enquanto o absolutismo compreendeu que a polícia não «instruía» os processos criminais e apenas perseguia, como lhe cumpria, a monarquia «liberal» agonizante pretendia que o Intendente, por ter sido juiz, continuava a sê-lo enquanto polícia e conferia aos seus autos, realizados à margem de toda a legalidade, o valor de «provas judiciais»”. Completando esta afirmação, importa referir que o mesmo Autor afirmava que “[p]ara disfarçar, o chefe dessa polícia era um licenciado em direito, «tirado» (pelo Governo, claro) «do quadro da magistratura judicial»,

Após a implementação da República em 1910, foi extinto este órgão, tendo sido substituído pelos juízes de investigação criminal⁴⁵ no Porto e em Lisboa (cfr. Decreto de 14 de outubro de 1910), separando-se as funções de instrução e de julgamento e atribuindo-as a diferentes juízes. Reforçaram-se substancialmente as garantias de defesa do arguido, nomeadamente a sua assistência por um defensor na fase instrutória e a possibilidade de indicar testemunhas, juntar documentos e requerer exames e outras diligências probatórias.

Com o Decreto n.º 11.991, de 30 de julho de 1926, que sufragava a ideia de que o juiz julgador devia ser o mesmo que tinha procedido à instrução, aboliram-se os juízes de investigação criminal, tendo sido criados, em sua substituição, os chamados juízes criminais, com competência quer para instrução, quer para o julgamento⁴⁶. Estava, assim, dado o passo final rumo à elaboração do primeiro CPP português.

2.3. O Código de Processo Penal de 1929

O Código de Processo Penal de 1929, aprovado pelo Decreto n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929, e que viria a vigorar durante mais de meia década, tal como era característico nos Códigos da época⁴⁷, traduziu-se numa verdadeira reforma da justiça processual penal portuguesa. Acentuando a procura da verdade material como fim mais importante do processo⁴⁸, o CPP não se limitou a uma mera tarefa de compilação e

que, «para todos os efeitos, será considerado juiz de direito». Ora, “[o] que caracteriza o juiz não é o facto de ser licenciado em direito, mas a sua situação de independência e imparcialidade no exercício da função jurisdicional. Se o Governo vai buscar um juiz para chefiar uma polícia, a polícia não deixa de ser polícia, mas o juiz é que deixa de ser juiz para passar a ser polícia”. Cfr. FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., pp. 26 e ss..

⁴⁵ FRANCISCO SALGADO ZENHA entende que “se a legislação republicana não deu ao juiz de instrução o seu verdadeiro nome – mas o, tecnicamente errado, de juiz de investigação criminal, porque a polícia é que investiga e o juiz instrui -, isso deveu-se ao facto de a designação de «juízo de instrução criminal» ter sido associada por João Franco a uma instituição vergonhosa e de triste memória, que se queria enterrar para sempre, incluindo o seu próprio nome”. Cfr. FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., p. 41.

⁴⁶ Cfr. MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado, I Volume...*, ob. cit., p. 175; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal...*, ob. cit., p. 445.

⁴⁷ Segundo ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, a estabilidade desses Códigos era traduzida “pela referência aos três s: sintético, «científico» e sistemático, que eram características daqueles monumentos jurídicos”. Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo Juiz de Instrução”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 3, 1999, p. 157.

⁴⁸ Neste sentido, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 85; JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “A Revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998, p. 164.

sistematização do direito anterior⁴⁹. Pretendeu, ao invés, “englobar, numa concepção unitária e ordenada, os princípios do direito processual penal e de os regulamentar dentro de um sistema essencialmente livre de contradições”⁵⁰.

Porém, “movido pelo desejo de não entregar os arguidos, durante a instrução preparatória, nas mãos de uma magistratura dependente como a do Ministério Público”⁵¹, o CPP acabou, na prática, por consagrar um modelo que representava um regresso ao processo de tipo inquisitório.

Na verdade, concretizando o alcance desta afirmação, importa ter presente que, além da competência para proceder ao julgamento, atribuiu-se ao juiz a competência para realizar a investigação fundamentadora da acusação⁵² (na terminologia do Código denominada de “corpo de delito”). No entanto, concluída a *instrução* (corpo de delito), era ao Ministério Público que incumbia a dedução da acusação, respeitando-se, assim, formalmente a conceção acusatória do processo.

Pois bem, não obstante a acusação pertencer ao Ministério Público, era o juiz que conduzia e dirigia a instrução preparatória, ordenando, no fim, ao Ministério Público que acusasse ou não acusasse. Veja-se, aliás, que o art. 346.º dispunha que quando o Ministério Público tivesse promovido que o processo se arquivasse ou aguardasse a produção de melhor prova, caso o juiz entendesse que havia elementos suficientes para o processo prosseguir, poderia determinar que os autos voltassem com vista ao Ministério Público para que este deduzisse acusação. Relembrando as palavras do Ilustre Professor de Coimbra JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “[a]ssim se esfumava a garantia dos direitos das pessoas ínsita no princípio do acusatório e se regressava, *volente, nolente*, ao essencial do sistema inquisitório!”⁵³. Neste sentido, o Código consagrava o chamado acusatório formal ou princípio da forma acusatória⁵⁴,

⁴⁹ *Idem, ibidem*. Não obstante, no preâmbulo do DL 35.007 escreveu-se que a “publicação do Código de Processo Penal obedeceu mais ao propósito de compilar a legislação processual, clarificando-a, do que ao de proceder à sua reforma”.

⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁵¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988, p. 67.

⁵² *Idem, ibidem*; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 85.

⁵³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 199.

⁵⁴ Importa aqui não confundir processo com princípio de acusação com processo de tipo acusatório. Segundo o douto ensinamento de FIGUEIREDO DIAS, “[s]e um processo deste tipo não é concebível sem aquele princípio, já não faltam exemplos de processos com princípio da acusação que, todavia, não possuem um tipo acusatório mas um tipo misto ou mesmo um tipo *inquisitório mitigado*”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal – Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988-9, p. 100.

transformando o processo, na sua essência, num processo de estrutura inquisitória, com todas as consequências nefastas que daí advinham.

Tendo presente o que foi exposto, ficava notoriamente comprometida a objetividade, imparcialidade e independência necessárias a um justo e correto julgamento. Inevitavelmente, perante a acumulação no mesmo juiz das funções de investigação e de julgamento, e tal como salientado no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35.007, esta dupla natureza funcional acabava por desvirtuar a função judicial. Se o juiz exercesse com zelo e diligência a sua missão de investigação, tal circunstância iria redundar, muito provavelmente, numa diminuição da sua imparcialidade enquanto julgador, ou, no mínimo, da serenidade que deve presidir ao julgamento⁵⁵. Se, pelo contrário, o juiz não exercesse com o afínco necessário a investigação, tornar-se-ia frágil a garantia da ordem jurídica.

Noutro sentido, o Ministério Público, criado para subtrair a acusação pública ao poder judicial, via o seu papel reduzido a uma “pura expressão formal da orgânica dos tribunais”⁵⁶.

O processo estava, assim, dividido em três fases distintas: a fase de instrução, a fase de acusação e defesa, e a fase de julgamento. A primeira tinha por fim, nos termos do art. 158.º do CPP, averiguar a existência das infrações, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade, nela se devendo, tanto quanto possível, investigar as causas e circunstâncias da infração, os antecedentes e os estados psíquicos dos seus agentes, no que interessasse à causa, e ainda o dano causado ao ofendido, a situação económica e condição social deste e do infrator, para se poder determinar a indemnização. Era, tal como referido, dirigida pelo juiz de direito. Dentro da instrução distinguiam-se ainda duas sub-fases: o corpo de delito, previsto no art. 170.º do CPP, e que compreendia os atos de instrução; e a instrução contraditória, prevista no art. 326.º do CPP, estruturada como garantia de defesa do arguido. Este poderia requerer a

⁵⁵ Vide também RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, Reimpressão da 1.ª Edição de 1976, Coimbra Editora, 2007, p. 27.

⁵⁶ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35.007.

abertura de instrução contraditória até ao trânsito do despacho de pronúncia, estando, no entanto, excluída nos processos sumário e de transgressões⁵⁷.

A instrução contraditória, contrariamente ao que sucede atualmente quanto à fase de instrução, era um mecanismo delineado a pensar na defesa do arguido. Após ser ordenada, o arguido passava a ter acesso aos autos e poderia intervir em todos os atos de instrução, nos termos do preceituado no art. 330.º do CPP⁵⁸. Contudo, este incidente de defesa suscitado pelo arguido tinha lugar apenas após o corpo de delito e a dedução de acusação por parte do Ministério Público, o que foi merecedor de críticas por alguma doutrina. Por exemplo, FRANCISCO SALGADO ZENHA entendia que uma “instrução contraditória post-acusatória é uma hipocrisia e uma máscara”⁵⁹. Defendia este Autor que, se a contraditoriedade for, de facto, necessária para iluminar a fase instrutória, deve ser admitida desde o início do processo; se, por outro lado, só se precisar do arguido para o inquirir, “o adesivo da contraditoriedade escrita, *depois de acusado formalmente o réu*, não adianta, nem atrasa”⁶⁰. Não resistimos a citar o eloquente parágrafo do referido Autor no qual constata que “a instrução contraditória post-acusatória não é mais do que um expediente falaz. (...) no fundo, o que tem lugar é um preliminar do próprio julgamento, votado quase sempre ao insucesso, em que o réu vai desvendar trunfos e razões que, depois de repudiadas, ainda mais perderão o seu valor ao ser repetidas no julgamento final. Nestas condições, e sobretudo estando na cadeia, o arguido evitará naturalmente lançar mão dela”⁶¹.

Também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entendeu que se estaria a desprestigiar o sentido da garantia constitucional da instrução contraditória, pois esta, precisamente com o fito de obviar a uma acusação injusta, implicava a possibilidade de o arguido exercer a sua defesa ainda antes da dedução de acusação⁶².

Finalizando esta breve análise do CPP de 1929, importa deixar presente uma última nota. Sendo, fundamentalmente, um Código elaborado por um regime

⁵⁷ Veja-se que a Constituição de 1933, no seu art. 8.º, n.º 10, conferia aos cidadãos o direito a uma “instrução contraditória, dando-se aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

⁵⁸ No corpo de delito apenas poderia intervir nos casos expressamente previstos no Código.

⁵⁹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução ...*, ob. cit., p. 48.

⁶⁰ *Idem*, p. 49.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

⁶² Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal...*, ob. cit., p. 472.

autoritário, o arguido não tinha um leque de direitos tão alargado como atualmente, embora também não estivesse reduzido a um mero objeto processual⁶³.

2.4. As Sucessivas Alterações ao Código de Processo Penal de 1929

2.4.1. O Decreto-Lei n.º 35.007

O Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945, procedeu a uma alteração de vulto na estrutura do processo penal português. Procurando corrigir as vicissitudes apontadas ao CPP de 1929, o Decreto-Lei n.º 35.007 atribuiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal e, bem assim, a direção da instrução preparatória. De facto, tal como salientado, a acumulação de funções pelo juiz desvirtuava a própria função judicial, além de que reduzia o Ministério Público a um mero acusador formal. Nesse sentido, constatou-se inclusivamente no preâmbulo do DL 35.007 que, ou se suprimia o Ministério Público, já que praticamente não tinha atribuições de carácter essencial, ou se restaurava a plenitude das funções que conduziram à sua criação. Optou-se pela segunda via.

O preâmbulo do DL é, aliás, muito esclarecedor no que toca à *mens legislatoris*. Com efeito, é ao Estado que compete o direito exclusivo de punir, daí que o exercício da ação penal pertence ao Ministério Público, enquanto órgão do Estado (cfr. art. 1.º do DL 35.007). Consequentemente, atribuiu-se ao Ministério Público, segundo o preceituado no art. 12.º, § 2.º do DL, todos os poderes e funções que, no Código de 1929, eram atribuídos ao juiz no corpo de delito.

O juiz ficava de fora da instrução preparatória, salvo no que contendesse com decisões sobre a prisão preventiva ou a aplicação provisória de medidas de segurança. Separavam-se, assim, de forma nítida, na esteira dos códigos alemão, francês, italiano, entre outros, as fases de acusação e julgamento, conferindo-se, louvavelmente, uma estrutura verdadeiramente acusatória ao processo. Assim, ao Ministério Público compete a instrução preparatória e a dedução de acusação, ao juiz compete julgar. Era

⁶³ Vide, neste sentido, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., pp. 158 e ss..

indefensável para o legislador a tese do juiz acusador, designadamente quando também lhe pertencesse a competência para o julgamento.

Ora, a fase instrutória, destinada a verificar a existência das infrações, determinar os seus agentes e averiguar a sua responsabilidade, compreendia quer a instrução preparatória, quer a instrução contraditória. Aquela, nos termos do art. 12.º, tinha por fim “reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação”.

Por outro lado, a instrução contraditória, anteriormente sempre na disponibilidade do arguido, passou a ser obrigatória nos processos de querela, segundo o art. 34.º do DL. O Ministério Público, no próprio ato em que deduzisse a acusação, deveria, ao abrigo do disposto no art. 24.º do DL, requerer a instrução contraditória, se fosse caso disso. Mais ainda, nos processos correcionais que, em virtude da complexidade da causa, exigissem investigação mais completa ou melhor esclarecimento, o Ministério Público tinha a faculdade de requerer instrução contraditória, nos termos do art. 35.º do DL.

A instrução contraditória, que era sempre presidida por um juiz, de acordo com o art. 37.º do DL, era composta por atos de instrução, aos quais podiam assistir o Ministério Público, o arguido, o seu defensor e o advogado do assistente, exceto quando o juiz considerasse essa assistência “incompatível com o êxito ou finalidade das diligências”, nos termos do art. 39.º, § único.

Importa, acima de tudo, esclarecer que a finalidade da instrução contraditória permanecia idêntica à da instrução preparatória, ou seja, a verificação da existência das infrações, dos seus agentes e da sua responsabilidade. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA existia uma “*unidade de fim em toda a instrução*”⁶⁴. A instrução preparatória e a instrução contraditória distinguiam-se, outrossim, pela sua estrutura, inquisitória naquela e contraditória nesta, e pela entidade competente para a sua direção, o Ministério Público e o juiz, respetivamente. Havia, pois, uma natureza idêntica entre as duas sub-fases, não se podendo afirmar que a primeira se destinava a

⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 39.

fundamentar uma acusação, enquanto a segunda apenas para preparar a defesa do arguido⁶⁵.

Além da fiscalização judicial existente na própria instrução contraditória, o art. 28.º deste diploma consagrou um outro mecanismo de controlo, este relativo ao despacho de arquivamento proferido no final da instrução preparatória. Assim, nos casos em que o Ministério Público deixasse de deduzir acusação, os autos eram conclusos ao juiz, que, se entendesse que estavam verificadas as condições suficientes para a acusação, faria constar de despacho as suas razões, subindo os autos oficiosamente ao Procurador da República, que decidiria se deveria ou não ser feita a acusação.

Também esta nova conceção do processo penal, *maxime* da fase instrutória, não ficou isenta de críticas. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, por exemplo, referindo-se à estrutura acusatória conferida ao processo penal pelo Decreto-Lei n.º 35.007 e consequente expurgação da principal crítica apontada ao CPP de 1929, referiu que esta nova conceção do processo só foi possível “à custa, porém, de atribuir a uma magistratura *dependente e hierarquicamente estruturada* funções e poderes que implicam intromissões na esfera das liberdades dos cidadãos, sem ao mesmo tempo se ter preocupado até ao ponto conveniente, com a concessão de formas de controlo *judicial* minucioso do exercício daquelas funções”⁶⁶.

Também em sentido crítico à nova estrutura adotada, FRANCISCO SALGADO ZENHA refere que o sistema em que Portugal se baseou foi o sistema do III Reich, no qual a instrução, em regra, deixou de ser judiciária. Em tom irónico prossegue, constatando que Portugal adotou este figurino precisamente no momento em que foi excluído na Alemanha. Este Autor, acérrimo defensor da instrução judicial, defendeu que o Ministério Público mais não seria do que um agente do Governo, a este subordinado hierarquicamente e sob as suas ordens. Nesse sentido, a direção da instrução preparatória pelo Ministério Público reduziria a instrução a “uma autêntica corrida em disparada contra os presumíveis suspeitos, dentro dum critério unilateral e

⁶⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal...*, ob. cit., p. 548.

⁶⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 87. *Vide*, no mesmo sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo...”, ob. cit., p. 67.

imoderadamente persecutório”⁶⁷. Assim, para o referido Autor era urgente a necessidade de se rejudicializar a instrução criminal. Não resistimos mais uma vez a citá-lo, dada a assertividade das suas palavras: “[a] rejudicialização do processo penal, desde os pés à cabeça, desde o início ao topo, convertendo-o num verdadeiro processo judiciário, e não numa pura emanção policial tocada apenas por um julgamento judiciário no seu final, é uma condição *sine qua non* para que haja uma verdadeira justiça criminal, e não uma fachada de justiça criminal.”⁶⁸.

2.4.2. As Reformas Subsequentes

Neste estado de coisas se viveu até ao ano de 1972, ano em que a Lei n.º 2/72, de 10 de maio, e o Decreto-Lei n.º 343/72, de 30 de agosto, permitiram a criação dos Juízos de Instrução Criminal nas comarcas onde o movimento processual assim o exigisse.

Aos novos juízes de instrução criminal incumbia exercer as funções jurisdicionais durante a instrução preparatória e durante a instrução contraditória nos processos de segurança instruídos pela Polícia Judiciária, dirigir a instrução contraditória e proferir os despachos de pronúncia ou equivalentes e os despachos de não pronúncia. Com este sistema, o problema da falta de controlo judicial da atividade instrutória do Ministério Público e das polícias foi “*em alguma medida atalhado*”⁶⁹.

Contudo, apenas foram criados Juízos de Instrução Criminal no Porto e em Lisboa, de modo que, no resto do país, continuou a vigorar o sistema anteriormente instituído.

Ainda no decurso do mesmo ano, pelo Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio, diploma este que consagrou uma melhoria substancial da posição processual do arguido, houve alterações que importa realçar no que toca à instrução contraditória. Reafirmando-se a unidade de objeto e de fins entre a instrução preparatória e a instrução

⁶⁷ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução...*, ob. cit., p. 60.

⁶⁸ *Idem*, p. 93.

⁶⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 88.

contraditória, o art. 327.º do CPP passou a consagrar, no entanto, no que diz respeito aos processos de querela, que a instrução contraditória, que permanecia obrigatória nestes processos, visava esclarecer e completar a prova indiciária da acusação, e realizar as diligências requeridas pelo arguido destinadas a ilidir ou enfraquecer aquela prova e a preparar ou corroborar a defesa.

Todo o quadro que estava instalado sofreu alterações significativas com o fim do regime ditatorial em 1974 e com a nova Constituição da República Portuguesa em 1976. De facto, num período caracterizado por grande turbulência, acabou por ser criado, pelo Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de novembro, o tão polémico inquérito policial. Com o intuito de acelerar a marcha do processo penal⁷⁰, dispensou-se, nos processos por crimes a julgar em processo correcional, quer a instrução preparatória, quer a instrução contraditória. Nestes casos, e a menos que houvesse arguido preso, o feito era imediatamente introduzido em juízo, nos termos do art. 1.º do DL n.º 605/75.

Pois bem, no ano seguinte, com a entrada em vigor da Constituição da República de 1976, ainda mais controvérsia se gerou. De facto, além de, nos termos do n.º 4 do art. 32.º, se consagrar expressamente a estrutura acusatória do processo, mais importante foi a estipulação efetuada no n.º 5 do mesmo preceito, que, pecando por excesso⁷¹, dispunha que “[t]oda a instrução será da competência de um juiz”, retomando-se, consequentemente, a velha tradição existente antes do Decreto-Lei n.º 35.007, segundo a qual a competência para a instrução pertence ao juiz⁷². Ora, se, por um lado, na Constituição se aprovou uma norma no sentido da total judicialização da instrução, por outro lado, o DL n.º 605/75 dispunha que nos processos relativos a crimes puníveis com pena correcional nem sequer instrução seria necessária, bastando o chamado inquérito policial.

Existiram neste período divergências doutrinárias significativas relativamente à natureza do inquérito policial comparativamente à instrução preparatória. De um lado,

⁷⁰ Já nesta altura as preocupações com a demora na justiça, nomeadamente com a justiça penal, eram evidentes. Atente-se ao preâmbulo do DL 605/75: “[a] celeridade, desde que se respeitem as garantias da ordem jurídica e social na averiguação das infracções e defesa dos arguidos, é exigência da própria Justiça, a qual se não compadece com delongas na apreciação dos feitos penais, de que deriva a atenuação ou mesmo a extinção dos efeitos de prevenção geral que às penas cumpre assegurar, e ainda a necessidade de dar pronta satisfação à pressão dos interesses violados”.

⁷¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo...”, ob. cit., p. 67; F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 11.

⁷² Com a assinalável diferença de no regime antigo a instrução pertencer ao juiz de julgamento, com todas as consequências nefastas que desse facto advinham.

alguns autores, entre os quais RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO entendiam haver quer diferenças de índole formal, quer diferenças de cariz material entre o inquérito e a instrução preparatória⁷³. Desta opinião comungou a Comissão Constitucional, que apontou a natureza *extraprocessual* do inquérito policial como ponto distintivo relativamente à instrução preparatória⁷⁴. Já GERMANO MARQUES DA SILVA tinha uma perspetiva substancialmente distinta, afastando a existência de diferenças entre o inquérito policial e a instrução preparatória, proclamando a ideia de que não era legítimo afastar a garantia constitucional da instrução judicial “pela simples via da alteração do nomen juris”⁷⁵.

Ora, foi no meio deste turbilhão de opiniões que foram proliferando leis⁷⁶, causadoras de grande instabilidade do domínio processual penal. Entre estes diplomas, fazemos breve referência ao Decreto-Lei n.º 321/76, de 4 de maio, que atribuiu a direção da instrução preparatória aos juízes de instrução criminal⁷⁷, ao Decreto-Lei n.º

⁷³ No entendimento dos aludidos Autores, em relação ao aspeto material, uma e outra figura distinguiam-se porque a instrução preparatória era obrigatória em matéria de crimes, e facultativa nos delitos e nas contravenções, sendo nestes dois últimos casos prática recorrente o recurso ao inquérito.

Entendiam ainda que, no que toca ao aspeto formal, enquanto que o inquérito se caracterizava pela simplicidade e celeridade do seu formalismo, a instrução preparatória era processualmente mais rigorosa e complexa.

Ora, o único critério distintivo que falhava até à entrada em vigor da CRP era precisamente o critério orgânico, pois o Ministério Público tanto tinha a competência para os inquéritos, como para a instrução preparatória, nos termos do Decreto-Lei n.º 35.007. Segundo este critério, a instrução preparatória caberia ao juiz de instrução, enquanto que o inquérito ao Ministério Público ou a outras entidades. Porém, a situação revelar-se-ia diferente após a entrada em vigor da CRP, pois a instrução passa a pertencer ao juiz (Cfr. RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo...*, ob. cit., pp. 34 e ss.).

⁷⁴ Segundo o Acórdão da Comissão Constitucional, n.º 6, Proc. 16/77, esta natureza extraprocessual do inquérito traduzia-se no facto de esta fase pré-processual se destinar apenas a formar a convicção do titular da ação penal, mas não a do julgador, ou seja, os resultados das diligências efetuadas no inquérito não deveriam constar do processo. A introdução do feito em juízo com base neste inquérito policial não se configurava como uma acusação, nem implicava qualquer pré-juízo de suspeição em relação ao arguido. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., pp. 47 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal...*, ob. cit., p. 691.

⁷⁵ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar”, in *Direito e Justiça*, Vol. I, n.º 1, 1980, p. 184. Segundo o que o Ilustre Professor de Lisboa escreveu na altura, o que importava era “se os actos do Inquérito são ou não actos de «instrução», tal como a concebe a Constituição, e não quando e por quem são praticados”, acrescentando que “bem fraca seria afinal a garantia se atribuída em função do sistema e não da substância das coisas, se a simples mudança do nome do instituto pudesse servir para afastar a garantia constitucional”.

⁷⁶ Na senda de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, com o qual concordamos inteiramente, as grandes obras legislativas devem ser objeto de pequenos e graduais ajustamentos. Tendo em consideração a permanente evolução em que se encontra a sociedade e, consequentemente, o Direito e, dentro deste, o processo penal e a política criminal, é impensável que um grande Código não sofra alterações. Contudo, estas, acima de tudo, devem respeitar a estrutura e o modelo consagrados. Citando o Ilustre Autor, “[n]unca me encontrei com aqueles que, partilhando do optimismo naïf típico do liberalismo oitocentista, acreditaram que os códigos deveriam durar imodificados até à consumação dos séculos. E se já assim não era, como a experiência mostrou, no século XIX, muito menos o pode ser neste tempo de imparável aceleração histórica e social, em que as estratégias político-criminais traçadas ontem podem ser ininteligíveis e disfuncionais no dia seguinte”. Acrescenta ainda o dado curioso de que “a *Strafprozessordnung* alemã que, nos seus 130 anos de vigência, foi objecto já de mais de centena e meia (!) de leis de alteração, sem que todavia o paradigma em que assenta e o modelo que lhe preside tenham sido modificados”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, pp. 369-370.

⁷⁷ Segundo RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, este decreto “de uma penada, violou o princípio acusatório, o princípio da separação de poderes e sobretudo as garantias de defesa dos cidadãos”, sendo, assim, inconstitucional na parte relativa às comarcas onde não existissem juízos de instrução criminal.

618/76, de 27 de junho, que atribuiu a direção da instrução preparatória, na ausência de juiz de instrução, ao juiz de comarca vizinha⁷⁸, e ao Decreto-Lei n.º 354/77, de 30 de agosto, que, dada a ineficácia das soluções adotadas, inverteu o sistema de intervenção plasmado no Decreto-Lei n.º 618/76.

Entretanto, à medida que mais e mais processos subiam à Comissão Constitucional para apreciação da constitucionalidade do regime introduzido pelo inquérito policial, o Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de setembro, procedeu à sua reformulação, tendo passado a designar-se inquérito preliminar. Além desta alteração, reforçaram-se ainda os poderes do juiz, nomeadamente no que dizia respeito às diligências de prova, já que as buscas, autópsias e outros tipos de exames passaram a depender de prévia autorização do juiz de instrução, que a elas deveria presidir, nos termos do art. 2.º do referido DL.

Na verdade, como já foi avançado, se havia quem entendesse que o inquérito policial (e, posteriormente, o inquérito preliminar, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 377/77) teria natureza idêntica à da instrução preparatória, o que acarretaria a violação do art. 32.º, n.º 4, da CRP, outros sufragavam a ideia da natureza distinta das duas figuras, assegurando não haver qualquer inconstitucionalidade. Entre estes encontravam-se, *v. g.*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO.

O Professor de Coimbra, partindo da ideia de que o sentido jurídico-processual penal do termo «instrução», não estando inscrito em qualquer lei natural, apenas poderá ter o sentido de “esclarecimento de um facto possível em vista de ser ou não submetido a julgamento”⁷⁹, sugeriu já nesta altura um processo em que o inquérito e a acusação

Com efeito, além do que os Autores apelidam de *dirigismo ideológico ou paternalista* patente no art. 2.º, n.º 2, alínea b), do DL (no qual se consagra que “[n]a direção da instrução preparatória compete, nomeadamente, ao juiz determinar a realização de quaisquer diligências a efectuar pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, onde ela existir”), a estrutura acusatória do processo não se coaduna com a direção da instrução preparatória atribuída ao juiz de comarca. Ora, o art. 2.º, n.º 1, do DL estipulou que “[n]as comarcas onde não houver juízos de instrução criminal, e enquanto estes não forem criados, em cumprimento do n.º 4 do artigo 32.º, a instrução criminal incumbirá ao Ministério Público, sob a direção de um juiz”, o que violava frontalmente a Constituição. De facto, a direção da instrução preparatória por parte do juiz de julgamento viola necessariamente o paradigma constitucional. Cfr. RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo...*, ob. cit., pp. 67 e ss..

⁷⁸ Também este Decreto-Lei foi considerado inconstitucional por RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO. Defendendo a jurisdicionalização da instrução, os aludidos Autores entendem que este diploma mantém o mesmo vício do anterior no sentido em que a CRP exige, não que o juiz dirija a instrução, mas sim que efetivamente a realize. Mais consideram que este DL, tal como o DL 321/76, são “ainda a expressão acabada de princípios retrógrados, há muito ultrapassados, nomeadamente a prevalência de uma fase instrutória policial ou administrativa em desfavor da sua jurisdicionalização”. Cfr. *idem*, pp. 73. e ss..

⁷⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 228.

seriam da competência do Ministério Público, ao passo que a instrução, de caráter facultativo, teria a natureza que a Constituição verdadeiramente lhe atribui, ou seja, de “*direito das pessoas e de garantia do processo penal*”⁸⁰.

Em sentido convergente com JORGE DE FIGUEIREDO DIAS no que diz respeito à tese da constitucionalidade do inquérito policial e do inquérito preliminar, mas divergente no que concerne à entidade competente para a direção da instrução, RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO concluíram que nem pelo facto de o inquérito policial não comportar uma fase contraditória, os direitos de defesa do arguido seriam afetados, desde que a audiência de julgamento obedecesse ao princípio do contraditório e se respeitasse a estrutura acusatória do processo, não havendo, assim, qualquer violação constitucional⁸¹.

Outros argumentos foram ainda avançados para a defesa da constitucionalidade do inquérito, designadamente o facto de a instrução prevista no art. 32.º, n.º 4, da CRP, não abranger todas as formas de investigação, o facto de os atos que integram o inquérito serem distintos dos da instrução, a vantagem para o arguido de a investigação não ser dirigida por um juiz instrutor, o que conferiria mais liberdade psicológica ao julgador, entre outros⁸².

No sentido oposto da querela, GERMANO MARQUES DA SILVA tinha, à data, uma conceção bem diversa, defendendo que o inquérito preliminar, mais ainda depois da revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, frustrava em grande parte a garantia constitucional do direito ao juiz na fase instrutória, devendo, conseqüentemente, ser considerado inconstitucional. Segundo este Autor, a substituição do juiz por uma entidade não independente, preocupada com a perseguição dos criminosos, possibilitando-se, com base nas provas recolhidas policialmente, além de se sujeitar uma pessoa a julgamento, fazer impender sobre si um juízo de suspeita e obrigá-la a suportar medidas restritivas da liberdade, sem hipóteses para exercer a sua defesa, não se afigurava de todo correta⁸³. No seu entender, o termo instrução deveria ser interpretado no sentido de “*todos os actos que a lei vigente à data da votação daquele*

⁸⁰ *Idem, ibidem.*

⁸¹ RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo...*, ob. cit., pp. 37 e ss..

⁸² *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., pp. 51 e ss..

⁸³ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça*, Vol. III, 1987/1988, p. 171.

preceito constitucional compreendia na instrução, preparatória e contraditória”⁸⁴, ou seja, toda a instrução deveria pertencer a um juiz, pretendendo-se dela afastar qualquer entidade policial e o Ministério Público. Constatando ainda a importância teórica da instrução contraditória e defendendo que o legislador constituinte não a previu, questionou também quais seriam as garantias de defesa do arguido até ao julgamento⁸⁵.

Bem se sabe que não foi este o entendimento que vingou no atual CPP. Aliás, se a jurisprudência da Comissão Constitucional foi sendo constante no sentido da conformidade do regime do inquérito preliminar com a CRP, após a alteração constitucional de 1982 ao art. 32.º, n.º 4, que passou a dispor que “[t]oda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”, alguma doutrina mais avisada também mudou de opinião, passando a defender a tese da constitucionalidade do inquérito. Veja-se, v. g., GERMANO MARQUES DA SILVA, que defendeu não ser legítimo entender-se que “o legislador constituinte de 1982 quis reafirmar o princípio da integral judicialização de toda a actividade instrutória”⁸⁶.

Ora, a tese da inconstitucionalidade do inquérito foi definitivamente ultrapassada com o novo CPP e o Acórdão n.º 7/87, que a seu tempo analisaremos. Neste capítulo importa, acima de tudo, deixar bem patente as divisões que se foram criando no período que antecedeu o CPP de 1987.

Era manifesta e urgente a necessidade de elaboração de um novo CPP. O processo penal mais não era do que uma “manta de retalhos”⁸⁷, que clamava por uma *reforma global*. Tal reforma, essencialmente importante nas fases anteriores ao julgamento, deveria respeitar um critério: “tudo quanto for indispensável à consecução das finalidades do processo e, em especial, a uma garantia efectiva dos direitos dos arguidos, deve ser mantido e, eventualmente, mesmo reforçado; tudo quanto for

⁸⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Da Inconstitucionalidade do Inquérito...”, ob. cit., p. 187.

⁸⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do processo...”, ob. cit., pp. 176 e ss..

⁸⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., pp. 54 e ss..

⁸⁷ F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 12.

dispensável, excessivo ou ineficaz, deve pelo contrário ser repudiado”⁸⁸. O período de vigência do CPP de 1929, que por tantas fases passou⁸⁹, tinha chegado ao fim⁹⁰.

⁸⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 224.

⁸⁹ Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o CPP de 1929 passou por diferentes estádios de evolução: uma 1.ª fase iniciada com a vigência do DL 35.007, que substituiu a estrutura então inquisitória por uma estrutura acusatória, atribuindo ao Ministério Público a direção da instrução preparatória; uma 2.ª fase iniciada com o DL 185/72 e a Lei n.º 2/72, que implementaram, respetivamente, uma melhoria da posição processual do arguido nas fases anteriores ao julgamento, e o esboço de um sistema de fiscalização da atividade instrutória do Ministério Público e das polícias; uma 3.ª fase depois da entrada em vigor da CRP de 1976, em que era notório o “anseio de construção de um sistema processual penal adequado aos princípios do Estado de Direito material, de raiz democrática e social”; e, por último, uma 4.ª fase depois da entrada em vigor do Código Penal de 1982. Cfr. *idem*, pp. 195 e ss..

⁹⁰ No entanto, nos termos do art. 7.º, n.º 1, do diploma preambular do Decreto-Lei n.º 78/87, que aprovou o CPP de 1987, o CPP de 1929 continuou a aplicar-se aos processos instaurados antes da entrada em vigor do novo Código.

Capítulo III: O Código de Processo Penal de 1987

3.1. A Estrutura do Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal de 1987 consagrou um modelo de estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de investigação⁹¹. Se se pretendeu, por um lado, acolher o modelo acusatório, procurando-se assegurar um processo respeitador dos direitos e garantias das pessoas, visou-se, também, a manutenção de um princípio de investigação a cargo do juiz, preservando, dessa forma, a intenção de procura da verdade material⁹².

Uma das principais inovações introduzidas no CPP, em obediência ao modelo acusatório consagrado, foi a rigorosa delimitação de funções entre o Ministério Público, o juiz de instrução e o juiz de julgamento. Com efeito, a cada um destes órgãos foi atribuída a direção de cada uma das três fases existentes no processo penal: inquérito, instrução e julgamento, respetivamente. De facto, de acordo com os ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “[e]strutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento; no plano subjectivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador”^{93 94}.

Por outro lado, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS tem uma visão ligeiramente distinta da supramencionada. De acordo com o seu entendimento, este modelo de estrutura acusatória, assumido no processo penal português por imperativo constitucional, traduz-se, não na divisão de funções processuais entre o juiz de instrução e o juiz de julgamento, mas sim entre o juiz ou o tribunal, de um lado, e o Ministério

⁹¹ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 211; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 254.

⁹² Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988, p. 34.

⁹³ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 522.

⁹⁴ Segundo PAULO DÁ MESQUITA, este modelo “não deriva de uma lógica de separação de poderes corporativos, mas da opção de, em conformidade com os parâmetros constitucionais, se adoptar uma lógica de funções consonante com os valores em jogo, em que o «papel central» não pertence nem ao Ministério Público nem aos órgãos judiciais mas apenas pode ser atribuído ao arguido”. Cfr. PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do Inquérito e Garantia Judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 52.

Público do outro⁹⁵. Na verdade, se colocar o juiz de instrução na dependência do Ministério Público seria inconstitucional, também o seria qualquer solução que colocasse o Ministério Público na dependência processual do juiz. Aliás, só uma solução como a consagrada é compatível com a Constituição⁹⁶.

Assim, optou-se por uma organização do processo em três momentos distintos. O inquérito, fase rainha da investigação criminal, realizado sob a titularidade e a direção do Ministério Público, destina-se, nos termos do art. 262.º do CPP, à investigação da existência de um crime, à determinação dos seus agentes e sua responsabilidade e à descoberta e recolha de provas, com vista à dedução de acusação.

A esta fase segue-se a fase da instrução, sob a direção de um juiz de instrução. Intermédia e de carácter facultativo, ou seja, sempre dependente do requerimento do arguido ou do assistente, visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, em ordem a submeter ou não a causa a julgamento.

Por último, na fase de julgamento, presidida por um juiz, apurar-se a responsabilidade criminal do arguido.

A estruturação do modelo nestes moldes permite uma nítida separação de competências entre todas as entidades. De facto, acentuando-se a ideia do Ministério Público como o *dominus* do inquérito⁹⁷, e “não caindo na tentação de fazer deste – ainda que com o epíteto de “guardião da legalidade democrática” – um simples polícia qualificado nas mãos do juiz de instrução”⁹⁸, distingue-se a sua função da do juiz de instrução, que, além da direção da instrução, tem, na fase de inquérito, competência para todos os atos que contendam com os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Ou seja, reconduz-se o juiz de instrução à sua função de proferir verdadeiras decisões judiciais⁹⁹. O juiz, tanto o de instrução como o de julgamento, não assume nunca o papel de acusador, nem tem o poder de ordenar ao Ministério Público que deduza acusação ou de definir os termos em que ela deve ser formulada. É esta a pedra de toque

⁹⁵ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 23; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 718.

⁹⁶ Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo...”, ob. cit., p. 62.

⁹⁷ Relembrando as palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, afirma-se essa ideia “sem medo do ápodo do reaccionarismo”. Cfr. *idem*, p. 65. A consagração do estatuto de autonomia do Ministério Público no art. 219.º da Constituição implica a obrigação de esta entidade pautar a sua atuação por critérios de objectividade e legalidade.

⁹⁸ *Idem*, p. 68.

⁹⁹ *Idem, ibidem*.

do processo de estrutura acusatória. Ou seja, o processo acusatório não se funda na mera proclamação de um processo com princípio de acusação, pois esse modelo pode também existir noutras estruturas processuais, mas na separação das funções e órgãos investigador/acusador e julgador¹⁰⁰, já que o arguido tem direito a ser julgado por um tribunal independente e imparcial, como aliás é inclusivamente reconhecido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente no art. 6.º, n.º 1, que dispõe que “[q]ualquer 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”.

A importância da repartição das funções entre as magistraturas no processo foi bem demonstrada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/00¹⁰¹, segundo o qual essa separação, que tem tutela constitucional, visa precisamente assegurar a imparcialidade e a independência dos tribunais e a estrutura acusatória do processo penal, respeitando-se, assim, o princípio nos termos do qual o processo penal deve assegurar todas as garantias de defesa. Desta feita, a imparcialidade do juiz de julgamento só fica totalmente assegurada se for outra entidade a dirigir o processo até à acusação ou pronúncia, e a tomar as correspondentes decisões de acusar ou pronunciar. De forma idêntica, para se assegurar a imparcialidade do juiz de instrução é necessário que seja outra entidade a dirigir o processo até à decisão de acusar ou não acusar, sendo que essa entidade só pode ser o Ministério Público.

De facto, também a atribuição da titularidade exclusiva da ação penal ao Ministério Público é outra manifestação da estrutura acusatória do processo. Nos termos do art. 219.º da CRP, é ao Ministério Público que, dotado de autonomia e gozando de estatuto próprio, compete exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade, excluindo-se a intervenção do juiz de instrução da fase de inquérito, exceto no que contenda com os direitos, liberdades e garantias das pessoas.

¹⁰⁰ E essa “diferenciação entre o órgão que dá a acusação e o órgão que a vai julgar tem de ser uma diferenciação material e não simplesmente formal”. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 68.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/00, Proc. n.º 1083/98, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000581.html>, consultado em 17-04-2015.

Todavia, como referido, tendo em conta a prescrição constitucional, poder-se-ia ter optado por uma estrutura acusatória pura, ou por uma estrutura acusatória temperada pelo princípio da investigação. A opção do nosso legislador residiu, e bem, na segunda opção. Não temos, sob nenhum prisma, no nosso ordenamento jurídico, um puro processo de partes. Se nem o juiz português foi “transformado em árbitro seráfico de um duelo penal”¹⁰², também o estatuto jurídico do Ministério Público impede a sua qualificação no processo como parte. Citando a elegante passagem de RUI PEREIRA, seria contra a tradição portuguesa “converter o Ministério Público, defensor da legalidade democrática e norteado por deveres de objectividade, num implacável caçador de prémios e negociador de penas nem sempre escrupuloso”¹⁰³.

O Ministério Público, enquanto órgão de administração da justiça, não está interessado na condenação dos arguidos. O seu foco deve sempre ser o da procura da verdade material, a obtenção de uma decisão justa e a realização do direito¹⁰⁴, como *infra* desenvolveremos.

Contudo, não é só esta divisão de tarefas que caracteriza o modelo acusatório. Para o Ilustre Professor de Coimbra JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, estrutura acusatória, “realizada na sua máxima medida, significa muita coisa: desde a impossibilidade de o juiz manipular, por qualquer forma, o objecto do processo que lhe é proposto pela acusação, à atribuição de eficácia conformadora do destino do processo aos requerimentos de prova da acusação e da defesa; desde o carácter subsidiário do princípio da investigação judicial, à proibição de princípio de valoração das provas que não tenham sido produzidas em julgamento; desde a estrutura da audiência segundo o modelo da contraditoriedade total e imediata (*adversary system*), à máxima eficácia possível da manifestação da vontade livre do arguido, nomeadamente em tema de “confissão”; desde o reconhecimento, ao longo de todo o processo, de um consistente direito de defesa do arguido, ao respeito pela vontade do ministério público, do assistente e do defensor de conformação da decisão final do processo”¹⁰⁵.

¹⁰² RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, p. 120.

¹⁰³ RUI PEREIRA, “A Reforma do Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal*, (coord.) Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, 2006, p. 226.

¹⁰⁴ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 31.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 33.

Há também quem, como GERMANO MARQUES DA SILVA, identifique dentro das características essenciais do modelo de estrutura acusatória, e apesar de reconhecer que uma estrutura deste tipo não corresponde “a um modelo rígido de organização do processo”¹⁰⁶, a igualdade de armas entre a acusação e a defesa, ou isonomia processual. Esta igualdade traduzir-se-ia na existência de possibilidades idênticas para ambas as partes de intervirem no processo, demonstrando a veracidade das suas alegações. No entanto, segundo o citado Autor, essa igualdade só se verifica, e mesmo aí só formalmente, nas fases jurisdicionais e nos incidentes jurisdicionais. Dado que acusação e defesa não dispõem, em circunstância alguma, dos mesmos meios de investigação, a proclamada igualdade na fase de inquérito mais não será do que uma ideia falaz¹⁰⁷.

PAULO DÁ MESQUITA, de forma distinta, entende que é necessário equacionar este problema da igualdade de armas consoante o plano de intervenção em que se situa o Ministério Público, sendo “fundamentalmente nas fases pós-acusatórias que se suscitaram os maiores problemas ao nível da imagem de paridade, por via da comparticipação do Ministério Público nas funções judiciais de direcção das fases judiciais do processo”¹⁰⁸.

Na esteira de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, importa clarificar que “a reclamada “igualdade” de armas processuais (...) só pode ser entendida com um mínimo aceitável de correcção quando lançada no contexto mais amplo da estrutura lógico-material global da acusação e da defesa e da sua dialéctica. Com a consequência de que uma concreta conformação processual só poderá ser recusada, como violadora daquele princípio de igualdade, quando dever considerar-se *infundamentada*, *desrazoável* ou *arbitrária*; como ainda quando possa reputar-se *substancialmente discriminatória* à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está assinado ou dos referentes axiológicos que o comandam”¹⁰⁹.

Outro dos corolários fundamentais da estrutura acusatória do processo é a chamada vinculação temática do tribunal. De facto, o princípio da acusação evidencia o

¹⁰⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 61.

¹⁰⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., pp. 69 e ss..

¹⁰⁸ PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 55.

¹⁰⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 30.

caráter indisponível do objeto do processo¹¹⁰. A atividade cognitiva e decisória do tribunal fica limitada aos factos constantes da acusação, o que é, simultaneamente, uma garantia de imparcialidade do tribunal, tendo em conta que é alheio a quaisquer deficiências na acusação, apenas tendo de julgar os factos que desta são objeto; e de defesa do arguido, na medida em que não será confrontado com factos para os quais não preparou a sua defesa, por deles não ter conhecimento¹¹¹. Com efeito, é a acusação que fixa o objeto do processo e determina os factos sobre os quais o julgamento irá incidir.

Mas se a estrutura do CPP é essencialmente acusatória, tal facto não invalida, como referimos, a possibilidade de haver momentos ou fases inspiradas pelo modelo inquisitório, desde que orientadas para a procura da verdade material e que respeitem o dever de lealdade para com o arguido¹¹². Assim, se no inquérito, e não obstante a consagração da publicidade na revisão de 2007 do CPP, continua a dominar o princípio do inquisitório, também na fase da instrução, nomeadamente através do art. 290.º do CPP, e na fase de julgamento, de acordo com o art. 340.º do CPP, o juiz terá o poder de investigar autonomamente os factos. Aliás, existe mesmo um poder-dever de investigação por parte do tribunal no sentido de se alcançar a verdade material¹¹³.

Feita a breve análise da estrutura do CPP de 1987, cumpre concluir que este tem sido considerado por algumas personalidades, entre as quais FARIA COSTA, como “um Código de referência e exemplar”¹¹⁴. No mesmo sentido, MIREILLE DELMAS-MARTY chegou inclusivamente a mencionar que o nosso CPP tornou realizável a utopia de um processo penal comum na Europa¹¹⁵. Segundo a Autora internacionalmente reconhecida, o CPP representa, na sua essência, o modelo de

¹¹⁰ Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo...”, ob. cit., p. 77.

¹¹¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – I*, 4.ª Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2000, p. 76.

¹¹² Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 729. Para estes Autores, estrutura acusatória significa “no que é essencial, o reconhecimento do arguido como sujeito processual a quem é garantida efectiva liberdade de actuação para exercer a sua defesa face à acusação que fixa o objecto do processo e é deduzida por entidade independente do tribunal que julga”.

¹¹³ No entanto, “[e]stas limitações ao acusatório devem ser ponderadas com o dever do Ministério Público e das polícias de procederem «à charge et à décharge», ou seja, procurando alcançar a verdade sem repousar na defesa, procurando recolher todas as provas relativas ao facto quer indiciadoras da responsabilidade quer justificadoras, desculpantes ou atenuantes, e na imparcialidade do tribunal que deverá usar os seus poderes de investigação também com a finalidade de descoberta da verdade o que pode implicar a correcção do desequilíbrio entre a acusação e a defesa”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 70.

¹¹⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA, “Os códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 445. O Autor considerou ainda que as diversas alterações efetuadas ao CPP “não lhe terão desvirtuado a essência”, mas “visaram principalmente melhorar ou adaptar a sua praxis”.

¹¹⁵ MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo...”, ob. cit., p. 232.

processo penal europeu de futuro, retendo o melhor da tradição acusatória e da tradição inquisitória. Aliás, o CPP tem sido de tal forma reconhecido internacionalmente que serviu até de inspiração ao *Corpus Iuris*¹¹⁶, projeto de código de processo penal para a Europa, e a diversos outros diplomas, entre os quais a título de exemplo, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional¹¹⁷.

Embora considerando que nem sempre foi bem compreendido e que nalguns aspetos nunca chegou mesmo a entrar em vigor, também JOÃO CONDE CORREIA constatou que o CPP, de uma forma exemplar, conseguiu conciliar as finalidades do processo penal, designadamente a procura da verdade material e a realização da justiça e, por outro lado, a proteção dos direitos individuais e o rápido restabelecimento da paz jurídica posta em causa pela prática do crime¹¹⁸.

3.2. A Fase de Inquérito e as Competências do Ministério Público

Além de pertinente, afigura-se-nos absolutamente fundamental fazer um traçado geral sobre a fase de inquérito e as competências do Ministério Público antes de se avançar para o âmago da nossa dissertação. De facto, ambas as fases, inquérito e instrução, têm uma relação de íntima e estreita conexão, fazendo inclusivamente parte do mesmo Livro na disposição sistemática do CPP: o das fases preliminares do

¹¹⁶ Vide JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 163; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., pp. 722 e ss..

O *Corpus Iuris* é um projeto de modelo de processo penal para a Europa, que apresenta algumas semelhanças com o processo penal português. Com a esperança de se criar um modelo comum à Europa, pretendeu-se criar um sistema que afirmasse o princípio da acusação, mas que não fosse um modelo de acusatório puro, visando-se compatibilizá-lo com momentos inspirados no modelo inquisitório, que tão característico era da tradição continental. Metaforicamente, *abarcando o melhor dos dois mundos*.

Nesse sentido, na base deste modelo têm de estar o juiz, enquanto juiz das liberdades, e o Ministério Público, dotado de independência em relação ao poder executivo. Assim, o *Corpus Iuris* criou um Ministério Público europeu, ao qual incumbia a realização da investigação, a acusação, o envio para julgamento, o exercício da ação penal em sede de julgamento e a execução das sentenças, evitando-se um cenário em que a entidade competente para a investigação nas fases preliminares do processo fosse um juiz de instrução.

A esta fase preparatória o juiz não deveria, no entanto, ser totalmente alheio. A sua intervenção deveria consistir nomeadamente no controlo da legalidade das investigações, cabendo-lhe autorizar, ou inclusivamente praticar, os atos que contendessem diretamente com direitos, liberdades e garantias das pessoas (como aplicar as medidas coercivas requeridas pelo Ministério Público). Não sendo dotado de poderes investigatórios, o juiz seria, acima de tudo, um “juiz das liberdades”, sendo designado um por cada Estado-Membro.

¹¹⁷ JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do paradigma ou a reforma encoberta”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, p. 190.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*.

processo. Daí que “[i]nstrução sem inquérito é coisa impensável”¹¹⁹. Não é possível compreender a importância de uma fase do processo, sem se perceber a relação que existe entre todas elas, pois “inquérito, instrução e julgamento, são fases todas elas teleologicamente ordenadas que integram o mesmo e um único processo”¹²⁰.

Por outro lado, é mister dedicar umas palavras às funções e aos poderes do Ministério Público no inquérito, de forma a estabelecer e definir a *linha que separa* a atividade do Ministério Público da atividade do juiz de instrução. Mais ainda, se é o Ministério Público que tem o poder de dirigir o inquérito e, a final, deduzir ou não acusação, urge compreender as garantias jurídico-constitucionais que subjazem ao seu estatuto.

Feitas estas breves considerações de enquadramento temático, importa, primeiramente, fazer notar que a atual fase de inquérito aproxima-se mais da antiga instrução preparatória do que do antigo inquérito preliminar. Com efeito, é no inquérito que se visa investigar a existência do crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas. Não é uma fase pré-processual nem uma fase preparatória do processo, mas uma fase essencial do mesmo e verdadeiramente conformadora do processo penal. Por um lado, tem que existir sempre, sendo a fase geral e inicial de investigação¹²¹, independentemente do tipo e da gravidade do crime, por outro, pode ser a única fase preliminar do processo, dada a natureza facultativa da instrução.

Ora, de acordo com o disposto no art. 262.º, n.º 2, do CPP, e ressalvadas as exceções previstas no Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito, que pode terminar com uma decisão de arquivamento, nos termos do art. 277.º do CPP, por se ter recolhido prova bastante de não se ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título, ou de ser legalmente inadmissível o procedimento, por não se terem obtido indícios suficientes da prática do crime ou de quem foram os seus agentes, com uma decisão de arquivamento em caso de dispensa de pena, segundo o que reza o art. 280.º do CPP, com uma suspensão provisória do

¹¹⁹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988, p. 116.

¹²⁰ *Idem*, p. 98.

¹²¹ *Cfr. idem*, p. 97.

processo, nos termos do art. 281.º do CPP, ou, finalmente, com uma acusação (cfr. arts. 283.º, 284.º e 285.º, todos do CPP).

Bem se sabe que a direção do inquérito foi entregue ao Ministério Público, que é o único responsável pela titularidade da ação penal, nos termos exigidos pela Constituição, apesar da competência do juiz de instrução para a prática, em sede de inquérito, de atos que contendam com direitos, liberdades e garantias dos sujeitos processuais. A atribuição ao Ministério Público da direção do inquérito vai implicar a sua responsabilização pelos resultados nele obtidos e pela condução da fase processual em si mesma¹²². Ou seja, de acordo com os ensinamentos de PAULO DÁ MESQUITA, o inquérito terá de ser encarado como uma fase processual teleologicamente vinculada a uma decisão sobre o exercício da ação penal, o que conduz à responsabilização do Ministério Público por um processo que se destina a uma decisão própria, e não a uma instrução com vista a uma decisão judicial¹²³.

A questão da natureza jurídico-constitucional do Ministério Público tem sido uma questão amplamente discutida na doutrina e até algo controversa. De facto, a Constituição atribui ao Ministério Público, entre outras competências, o exercício da ação penal, conferindo-lhe, com esse efeito, autonomia e um estatuto próprio. No entanto, o texto fundamental nada mais concretiza, deixando tal tarefa a cargo do legislador ordinário. Note-se que, até pela sua evolução histórica, não é fácil enquadrar o Ministério Público constitucionalmente, pois se hoje é uma magistratura autónoma da magistratura judicial e subtraída ao controlo do poder executivo, nem sempre o foi, tendo inclusivamente chegado a ser apenas um mero representante do rei junto da autoridade judiciária¹²⁴. Aliás, ainda há não muitos anos o Ministério Público “funcionava no escalão inferior como estádio vestibular da carreira judicial”¹²⁵, na qual os escalões superiores eram ocupados por juízes. Nessa circunstância, a separação entre as magistraturas era meramente funcional, sendo atualmente não só funcional, mas também orgânica.

¹²² Cfr. *idem*, p. 102.

¹²³ PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., pp. 53 e ss..

¹²⁴ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 601 e ss..

¹²⁵ *Idem*, p. 605.

Este progressivo afastamento do Ministério Público do Governo e “aproximação ao poder ou função jurisdicional”¹²⁶ tem contribuído para que hoje se entenda esta entidade como um órgão de administração de justiça^{127 128}. No entanto, tal não transforma o Ministério Público num órgão de soberania autónomo, nem integrador do poder judicial¹²⁹. Nesse sentido cumpre referir que a característica da autonomia do Ministério Público, que não se confunde com a independência dos tribunais¹³⁰, manifesta-se em relação a todos os demais órgãos do poder central, regional e local. Não existe qualquer dependência hierárquica dos magistrados em relação ao poder executivo, nem em relação à magistratura judicial. Tal autonomia implica, segundo F. TEODÓSIO JACINTO, três vertentes distintas: a não ingerência do poder político, em particular do Ministro da Justiça no exercício das competências atribuídas ao Ministério Público; o autogoverno; e a separação da magistratura do Ministério Público da judicial, que constituem atualmente carreiras paralelas e independentes¹³¹.

Ora, a referida autonomia radica, nos termos do art. 2.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de outubro), na sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas nesse diploma. Também no domínio processual penal, o que mais nos releva, o Ministério Público, de acordo com o art. 53.º do CPP,

¹²⁶ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 207.

¹²⁷ Nesse sentido, cfr. *idem, ibidem*; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 25; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 417. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA caracterizam-no como um “órgão da justiça independente e autónomo”. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, ob. cit., p. 605.

¹²⁸ Recordando as palavras de GOMES CANOTILHO, “[o] arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual de «funcionário promotor do crime»”. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 684.

¹²⁹ JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA já escreveu que, não se enquadrando o Ministério Público dentro do poder legislativo, nem dentro do poder judicial, ele só poderá ser integrado, na clássica separação de poderes, dentro do poder executivo, o que não o reduz, no entanto a um mero órgão administrativo sem qualquer autonomia. Embora pertencente ao poder executivo, as funções do Ministério Público, detentor de uma posição absolutamente ímpar no contexto constitucional comparado, seriam funções ligadas à realização da justiça e do Direito. Nesse sentido, importa denotar a ambivalência da posição do Ministério Público, pois, se organicamente se aproxima de uma entidade administrativa, funcionalmente aproxima-se da função jurisdicional. Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1993, pp. 95 e ss..

¹³⁰ A independência é garantida constitucionalmente aos tribunais e, especificamente, aos juízes, por via do art. 203.º da CRP. Manifesta-se relativamente aos outros poderes do Estado, no sentido em que a magistratura judicial está separada dos outros órgãos de soberania, afastando-se, desta forma, quaisquer interferências ou mecanismos de condicionamento que pudessem existir entre esses poderes estaduais.

De forma distinta, a autonomia do Ministério Público é uma característica que incide sobre o “estatuto jurídico-subjectivo ou posição jurídica-subjectiva do magistrado no exercício das suas competências e funções”. Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, ob. cit., p. 605.

¹³¹ Cfr. F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 16.

tem o dever de colaborar com o tribunal na descoberta da verdade na realização do direito, obedecendo apenas a critérios de estrita objetividade.

Resulta assim que o Ministério Público é, no nosso entender, um interveniente processual, um sujeito processual, mas sem a natureza de parte¹³². O Ministério Público não é uma parte oposta ao arguido, unicamente interessada na condenação deste a todo o custo. Interessa-se pelo resultado do processo sempre tendo em vista a realização da justiça, e não com o objetivo de realizar a sua pretensão. Aliás, esta pode inclusivamente alterar-se durante o próprio processo, nomeadamente tendo em consideração a prova produzida em audiência de julgamento, devendo o Ministério Público, nesse caso, clamar a absolvição do arguido, ou recorrer em seu exclusivo benefício se entender que ele é inocente. Isto porque a pretensão punitiva do Ministério Público apenas é um instrumento ao serviço da defesa da coletividade¹³³, sendo que se se entender que essa defesa será conseguida pela não punição do arguido, é nesse sentido que o Ministério Público deve lutar. O seu único foco deve ser o interesse na descoberta da verdade e na realização da justiça, sendo que, por esse motivo, a atribuição do inquérito a essa entidade é uma garantia para os cidadãos e para a coletividade¹³⁴.

É precisamente neste sentido que não se deve encarar o nosso modelo processual penal como um puro processo de partes, como já *supra* referimos.

No entanto, há também quem, como CAVALEIRO DE FERREIRA¹³⁵, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹³⁶, considere que o Ministério Público desempenha funções de parte em sentido formal no processo. Recuperando os doutos ensinamentos do saudoso Professor CAVALEIRO DE FERREIRA, o Ministério Público será “uma

¹³² Vide neste sentido JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 30; JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 107; RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, ob. cit., p. 122; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 418; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 721.

A última Autora referida alerta para a importância de o facto de o Ministério Público não ser uma parte, ainda que pública, do processo penal, conjugado com o seu dever de atuação segundo critérios de isenção e objetividade, não significa que o Ministério Público esteja dotado de imparcialidade. No seu entender, no nosso processo penal o que está em causa é esse equilíbrio entre, simultaneamente, não ser parte, mas também não ser imparcial.

A imparcialidade é característica que deve caber ao juiz, o que exige que ele se alheie da investigação de forma a poder decidir suprapartes de um conflito. Por outro lado, não se deve falar em imparcialidade na atuação do Ministério Público. Aliás, tal encobriria até uma tendência inquisitorial, na medida em que não haveria diferença entre quem investiga e julga.

¹³³ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 107.

¹³⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 418.

¹³⁵ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal – I...*, ob. cit., pp. 74 e ss..

¹³⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III...*, ob. cit., pp. 209 e 210.

parte sem interesse direto e oposto ao da defesa; e antes uma parte «imparcial»¹³⁷. Ao Ministério Público compete, no seu entender, a função imparcial de defesa da ordem jurídica, independentemente de esta se traduzir no exercício da acusação, ou, por outro lado, no interesse da defesa.

Ora, prosseguindo o raciocínio, o mencionado Autor reconheceu o contrassenso ou a contradição terminológica que parece existir na expressão parte imparcial, clarificando que parte em sentido formal “é o sujeito processual que pode pedir ou contradizer uma pretensão em juízo”¹³⁸, por contraponto à parte em sentido material que se traduz no sujeito da relação que, a final, sofre as consequências da decisão tomada no processo. Ou seja, nesse sentido, a atuação como parte processual não implica necessariamente a titularidade de um interesse próprio. Tendo isto presente, classificou o Ministério Público como parte em sentido formal, mas não em sentido material.

Também PAULO DÁ MESQUITA já se pronunciou sobre a temática em análise, esclarecendo que, no que concerne à intervenção processual penal do Ministério Público, este tem de ser perspetivado como parte em sentido formal, pelo menos nos incidentes judiciais e nas fases processuais dirigidas por um órgão judicial, *maxime* no julgamento¹³⁹. Nesse momento o Ministério atua como responsável pela sustentação da ação penal e como defensor ativo da legalidade democrática, assumindo a veste de parte formal. Todavia, tal facto mais uma vez não determina que também seja parte em sentido material, o que, desde logo por motivos de índole constitucional, fica afastado, impedindo, assim, a caracterização do processo penal como um processo de partes^{140 141}.

Prosseguindo a análise das características tipicamente apontadas ao Ministério Público, importa mencionar que, não obstante o paralelismo entre esta magistratura e a

¹³⁷ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal – I...*, ob. cit., p. 74.

¹³⁸ *Idem*, p. 76. O Autor esclareceu que, para se chegar a estes conceitos, era fulcral a abstração de um conceito criado com vista à explicação do processo civil, ou baseado em considerações do processo civil.

¹³⁹ PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 43.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 54.

¹⁴¹ Em relação à caracterização do Ministério Público como uma parte em sentido formal, o que levaria à concepção do processo penal como um processo de partes em sentido formal, FIGUEIREDO DIAS, exemplarmente como sempre, constatou que “[e]staríamos a falar dele como sendo um processo de partes em sentido formal (apesar de entre aquelas não existir uma necessária contradição de interesses), se bem que não seja inexacto, é completamente desinteressante para o nosso fim: pois se pode assinalar-se a esta concepção a magra vantagem de distinguir as funções de acusação e de defesa, de vincar – desnecessariamente! – a realização do princípio da acusação e de assinalar as diferenças estruturais entre o processo penal e o processo civil, deve assacar-se-lhe a grave desvantagem de, através de uma manipulação terminológica, poder lançar a confusão sobre os reais problemas em causa e, sobretudo, a de em nada contribuir para aquilo que aqui buscamos: a explicitação da estrutura íntima do processo penal”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 245.

magistratura judicial e a independência do Ministério Público em relação a esta, as características de ambas são distintas. De facto, se os juízes são independentes, imparciais e irresponsáveis, os agentes do Ministério Público são, nos termos prescritos pelo art. 76.º do EMP, responsáveis e hierarquicamente subordinados. Estes traços, além de responsabilizarem pessoalmente o magistrado do Ministério Público, permitem a uniformização de critérios, facilitando a melhor execução conjunta da política criminal definida.

Abstraindo-nos agora do problema da determinação do estatuto jurídico-constitucional do Ministério Público, que não é de todo despiciendo no âmbito da nossa investigação, dado ser o Ministério Público a entidade competente para a acusação (exceto nos crimes particulares) e consequente submissão de um arguido a julgamento, e o facto de frequentemente se justificar a importância da fase facultativa da instrução devido à necessidade de controlar judicialmente a atividade do Ministério Público em sede de inquérito, importa agora destacar que, apesar de a direção do inquérito lhe ser atribuída, isso não invalida a possibilidade de delegação de determinados atos nos órgãos de polícia criminal. Com efeito, nos termos do art. 263.º, n.º 1, do CPP, a direção do inquérito cabe ao Ministério Público, que é assistido pelos órgãos de polícia criminal. Estes, segundo o disposto no n.º 2 do mesmo preceito, atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.

Ora, mesmo excluindo os atos que só poderão ser praticados por juiz de instrução, em termos práticos o Ministério Público não conseguirá efetivamente exercer todas as competências que tem para proceder a investigações e efetuar as diligências necessárias em sede de inquérito. Desde logo, não terá disponibilidade temporal para o fazer, mas, além disso, não tem meios, nem preparação técnica por falta de formação específica para proceder a determinadas investigações criminais, que terá forçosamente de deixar a cargo de órgãos mais preparados para o efeito¹⁴². Foi precisamente tendo isto em vista que se previu a possibilidade de cooperação dos órgãos de polícia criminal com o Ministério Público.

Contudo, urge acrescentar que nem todos os atos podem ser delegáveis pelo Ministério Público. Para além dos atos que têm obrigatoriamente, por força do art. 268.º

¹⁴² Vide JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 103.

do CPP, de ser praticados por juiz de instrução, também há atos da competência exclusiva do Ministério Público, tal como prevê o n.º 2 do art. 270.º do CPP.

Esta ideia de estreita colaboração entre o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal não pode, no entanto, resvalar para uma outra ideia, bem distinta, de *policialização* do inquérito. Se a colaboração entre Ministério Público e os órgãos de polícia criminal é bem-vinda, já a perda de controlo efetivo da direção do inquérito por parte da autoridade judiciária não é aconselhável, nem sequer vai de encontro ao espírito e letra da lei. É verdade que o CPP não estipula até onde pode ir a delegação de diligências e investigações aos órgãos de polícia criminal, mas a única leitura conforme com a lei será a de que o Ministério Público terá sempre de assegurar a efetiva direção do inquérito.

Já no momento de elaboração do CPP, JOSÉ SOUTO DE MOURA¹⁴³ alertava para este problema, que, porém, tem assumido maior destaque doutrinal nos últimos anos, questionando-se atualmente se “[s]enhores do inquérito, nestes casos, não serão, afinal, os órgãos de polícia criminal?”¹⁴⁴.

Esta situação, além de perigosa dado que só uma magistratura estará preparada para a condução estratégica do processo no inquérito com vista à dedução de uma acusação bem sucedida¹⁴⁵, é incompreensível, porquanto a Constituição confere, indubitavelmente, o exercício da ação penal ao Ministério Público, não se bastando com o despacho de encerramento do inquérito, nem com uma direção “fictícia” do inquérito¹⁴⁶.

RUI PEREIRA salientou, desde logo, a própria constituição de arguido como ato que geralmente é efetuado à revelia, mas destacou sobretudo a possibilidade de delegações genéricas das competências do Ministério Público nos órgãos de polícia

¹⁴³ *Idem*, pp. 103 e ss..

¹⁴⁴ RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, *ob. cit.*, p. 122.

¹⁴⁵ RUI PEREIRA, “Entre o “garantismo” e o “securitarismo” – A revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 248.

¹⁴⁶ Expressão de RUI PEREIRA (cfr. RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, *ob. cit.*, p. 124), mas relembra por outros autores, entre os quais JOÃO CONDE CORREIA (cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do...”, *ob. cit.*, p. 196) e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III...*, *ob. cit.*, p. 220).

criminal, o que permite, na prática que o inquérito se desenrole sem a efetiva condução do Ministério Público.

Na mesma esteira do Autor citado, JOSÉ SOUTO DE MOURA, criticando a atual rotina de delegação genérica de competências nos órgãos de polícia criminal, já chegou inclusivamente a afirmar que o Ministério Público não é “o *director do inquérito, mas o receptor do inquérito*”¹⁴⁷, tendo-se alcançado um ponto em que, por mais paradoxal que possa parecer, uma presença ativa do Ministério Público no inquérito é encarada como um “estorvo”¹⁴⁸, ou como uma “excrescência que só vem importunar, e que não adianta coisa nenhuma”¹⁴⁹. Esta situação não é de todo desejada, devendo o Ministério Público tomar as efetivas rédeas do processo em matéria de investigação¹⁵⁰.

Aliás, como bem relembram JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, nem se compreende que a afirmação da competência, constitucionalmente entregue ao Ministério Público, para o exercício da ação penal e para a direção do inquérito, e que foi objeto de tanta controvérsia doutrinal e jurisprudencial que acabou por reafirmar essa competência e subtraí-la ao controlo do juiz de instrução, seja tão invocada nas relações entre juiz de instrução e Ministério Público, e, por outro lado, esquecida na relação entre esta última entidade e os órgãos de polícia criminal. Em ambos os casos, esvaziam-se, de igual modo, as funções do Ministério Público em sede de inquérito, não sendo defensável que seja mais de temer que o Ministério Público “se transforme durante a investigação em pura expressão formal da orgânica dos tribunais do que em pura expressão orgânica dos órgãos de polícia criminal”¹⁵¹.

¹⁴⁷ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A investigação e as suas exigências no inquérito”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 79.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 80.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 79.

¹⁵⁰ O referido Autor denota a ideia, que, de certa forma, se instalou e generalizou na nossa sociedade, de que a competência para a investigação pertence aos órgãos de polícia criminal, relembrando uma conversa curiosa, que não resistimos a citar: “Há algum tempo, falando com um ex-Primeiro-Ministro, dizia-me ele esta coisa: “sim, porque a polícia investiga, o Ministério Público acusa e o juiz julga”. Eu fiquei muito impressionado com esta posição porque, quando se diz a “polícia investiga, o Ministério Público acusa”, aponta-se uma ideia que é defensável, mas que não é a que corresponde ao sistema pensado para nós. Vamos ver que este equívoco poderá estar por trás de tomadas de posição, ou pelo menos de uma certa cultura, que faz com que se veja a presença do Ministério Público na investigação, como algo que é despropositado e que não facilita nada as coisas, pelo contrário.” – cfr. *idem*, p. 78.

¹⁵¹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III...*, ob. cit., p. 220.

Esta investigação criminal de índole totalmente policial deve ser afastada, porquanto não foi este modelo que os nossos legisladores constitucional e ordinário consagraram. O Ministério Público não deve ter uma posição passiva, acrítica e secundária no inquérito, devendo, ao invés, “dominar a cena”¹⁵². Aliás, a experiência prática até tem demonstrado que as investigações efetivamente dirigidas pelo Ministério Público têm obtido melhores resultados¹⁵³. Neste sentido é absolutamente fundamental, se queremos afirmar que a competência para dirigir o inquérito pertence efetivamente ao Ministério Público, respeitando verdadeiramente a estrutura acusatória do processo e o nosso modelo de processo penal consagrado no CPP, que o Ministério Público assuma efetivamente a direção do inquérito, afastando-se este indesejável cenário de policialização do inquérito. É da maior relevância não entregar a direção desta fase à polícia, mas a uma autoridade judiciária que, por um lado, mais competências terá para orientar a investigação para as finalidades processuais a que se destina, e, por outro lado, melhor fará respeitar os direitos, liberdades e garantias das pessoas, *maxime* do arguido. Uma coisa é colaboração, outra bem distinta é a policialização do inquérito¹⁵⁴.

3.3. A Fase de Instrução

3.3.1. As Finalidades da Fase de Instrução

Se até este momento nos focámos numa análise de contextualização, quer em termos de evolução histórica do processo penal, quer na análise do atual CPP, porque uma avaliação da fase de instrução sem esses parâmetros básicos afigurou-se-nos incompleta, é agora momento de nos debruçarmos sobre essa fase propriamente dita.

¹⁵² JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do...”, ob. cit., p. 196.

¹⁵³ Neste sentido se pronunciou ARTUR CORDEIRO. Cfr. ARTUR CORDEIRO, “Inquérito e Instrução: Modelos de Investigação Criminal, Revisão do Papel e Função do JIC e do MP, Medidas de Coacção”, disponível em http://www.mj.d.org.pt/INQUERITO_%20E_INSTRUCAO_MODELOS_DE_INVESTIGACAO_CRIMINAL.pdf, consultado em 15-06-2015).

¹⁵⁴ JOSÉ SOUTO DE MOURA, afastando e criticando a ideia da policialização do inquérito, constata, no entanto, que a aproximação entre Ministério Público e polícias é inevitável, comparando o sistema atual a um casamento: “estamos numa situação de casamento para que não há divórcio. Se assim for, como me parece que é, só me resta apelar para o que é reclamado pelo mais elementar bom senso, quando duas pessoas têm de viver juntas, não havendo divórcio: o preferível é entenderem-se o melhor possível. Portanto, creio que a aproximação e essa compreensão mútua são, digamos, as palavras de ordem que permitirão ultrapassar as fricções ou os desentendimentos que possam surgir, e sobretudo, efectivar na prática o que nos é imposto por lei.” Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A investigação e as suas exigências...”, ob. cit., p. 82.

Concluídas as investigações e proferida a decisão do Ministério Público que põe termo ao inquérito, o arguido e o assistente podem, nos termos do art. 287.º, requerer a abertura de instrução. Esta fase, como é conhecimento geral, mas importa sempre sublinhar, tem carácter facultativo, sendo configurada como um direito disponível dos dois sujeitos processuais supramencionados na medida em que se entendeu ser despiciendo consagrar uma segunda fase preliminar do processo obrigatória se ninguém nela estivesse interessado¹⁵⁵.

Ora, ao abrigo do disposto no art. 286.º, n.º 1, do CPP, podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que a instrução visa *a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento*. Ou seja, o legislador processual penal perspetivou a fase de instrução nitidamente como um mecanismo de controlo jurisdicional da decisão do Ministério Público tomada no termo do inquérito. Se a filosofia da fase de instrução poderia ter sido pensada numa ótica investigatória, não foi, no nosso entender, esse o entendimento propugnado pelo CPP, que optou, ao invés, por desenhá-la como uma verdadeira instância de controlo, posta a cargo de um juiz, com lugar após o término do inquérito e concretamente destinada à comprovação judicial da decisão de acusação ou arquivamento do Ministério Público¹⁵⁶.

Não significa esta afirmação, no entanto, que subjacente à fase de instrução esteja um mecanismo de sindicância do modo como o Ministério Público, em sede de inquérito, dirigiu as investigações¹⁵⁷. Semelhante disposição seria até violadora do estatuto de autonomia, constitucional e legalmente conferido ao Ministério Público, como *supra* já constatámos.

Noutro sentido, também não se nos afigura correto afirmar-se que a instrução é um novo inquérito, nem sequer, como já foi sugerido na doutrina, afirmar-se que a

¹⁵⁵ Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 116.

¹⁵⁶ Nas palavras de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “[c]omprovar judicialmente significa verificação e reconhecimento por um juiz, diverso do juiz de julgamento, da sustentabilidade tanto de facto como de direito da decisão de acusar ou de arquivamento – sustentabilidade pela apreciação da validade substancial e pela ponderação valorativa das provas recolhidas no inquérito, e também pela integração dos elementos constitutivos das infracções penais que estejam em causa.” Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 91.

¹⁵⁷ Cfr. neste sentido NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da Instrução”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, p. 228; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “Uma instrução inadmissível”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2009, p. 661.

instrução constitui um “suplemento autónomo de investigação”. Com efeito, se é verdade que, nos termos do arts. 288.º, n.º 4, 289.º, n.º 1, e 291, n.º 1, todos do CPP, o juiz deve investigar autonomamente o caso sujeito a instrução e, para esse efeito, praticar todos os atos que se afigurem úteis ou necessários para a descoberta da verdade, tal não significa, porém, que a instrução seja um prolongamento ou um complemento do inquérito. Esta opinião tem sido relativamente unânime na doutrina¹⁵⁸ e na jurisprudência, com exceção de algumas vozes dissonantes, entre as quais a de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, segundo a qual, para além de ser uma comprovação da decisão tomada pelo Ministério Público no fim do inquérito, a

¹⁵⁸ Cfr., entre outros, no sentido do texto, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 16; NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 228; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “Uma instrução inadmissível...”, ob. cit., p. 661; JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 125; MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (org.) Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1247; VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 783; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, 2.ª Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2000, p. 132; AA. VV., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 999.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a instrução “não pode ser concebida senão nos moldes em que o Código a concebe: como *comprovação judicial* da decisão de deduzir ou não acusação tomada pelo ministério público (art. 286.º-1); como – vale dizer – actividade materialmente judicial que não (...) como actividade materialmente policial ou de averiguações”.

No entender de NUNO BRANDÃO, “[a] instrução foi inicialmente pensada como um *puro instrumento de controlo* posto a cargo de um juiz”. Mais acrescenta o referido Autor que “a instrução também não deveria constituir um *complemento* da investigação levada a cabo no inquérito”.

Os dois Autores supracitados mantiveram idêntica opinião num comentário crítico ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de dezembro de 2009, que elaboraram em conjunto, e no qual constataram que “[a] instrução *não constitui um suplemento investigatório* posto a cargo de um juiz de instrução criminal, nem um instrumento de sindicância da actuação do Ministério Público ao longo do inquérito, mas antes e tão-só uma fase destinada a comprovar o acerto da *decisão* de acusar ou de arquivar tomada pelo Ministério Público”.

Em sentido idêntico SOUTO DE MOURA considerou que “a instrução não é uma segunda fase investigatória, desta feita levada a cabo pelo juiz”.

Para MARIA JOÃO ANTUNES, a instrução deve ser encarada como “um mecanismo de controle judicial da decisão final tomada no inquérito”.

Face à inúmera doutrina e jurisprudência no mesmo sentido, VINÍCIO RIBEIRO, de igual forma, concluiu que “a instrução é uma *instância de controlo e não de investigação*, embora no seu âmbito possa ser feita investigação”.

GERMANO MARQUES DA SILVA, configurando a atividade desenvolvida em sede de instrução como judicial e não policial ou de averiguações, perspetiva um duplo sentido na fase de instrução: “*fase processual do processo preliminar e actividade de comprovação da acusação em ordem à decisão sobre se a causa deve ou não ser submetida a julgamento*”. Complementando esta afirmação, para este Ilustre Autor, “[a] instrução não tem por finalidade directa a fiscalização ou complemento da actividade de investigação e recolha de prova realizada no inquérito, com o que, porém, não se pretende significar que nesta fase processual não se proceda também à fiscalização da legalidade dos actos praticados no decurso do inquérito e até à apreciação da sua suficiência ou insuficiência; o que queremos significar é que a instrução não tem por finalidade essa averiguação ou complemento” (pág. 149).

Também MAIA COSTA no seu comentário ao art. 286.º do CPP entendeu que “[a] instrução não se destina, pois, a repetir ou a “completar” o inquérito ou a sindicância a investigação, apenas a *fiscalizar* a decisão que põe termo ao inquérito” (AA. VV., *Código de Processo Penal*..., ob. cit., p. 999).

Num sentido não totalmente coincidente, SIMAS SANTOS, LEAL-HENRIQUES e BORGES DE PINHO configuram a instrução como “um expediente destinado a questionar o despacho de arquivamento ou a acusação deduzida”, embora afirmem também que a instrução “é tratada no Código como actividade de averiguação processual complementar da que foi levada a efeito no inquérito, tendente a um apuramento mais aprofundado dos factos, sua imputação subjectiva e enquadramento criminal” - (cfr. MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES e D. BORGES DE PINHO, *Código de Processo Penal Anotado, II Volume (arts. 241.º a 524.º)*, Lisboa, Rei dos Livros, 1996, p. 144).

instrução é também um “suplemento de investigação autónoma, feita pelo juiz de instrução”¹⁵⁹. Semelhante pensamento foi subscrito por IVO MIGUEL BARROSO¹⁶⁰.

Ora, é nossa opinião que a instrução não se destina a repetir ou complementar o inquérito¹⁶¹. Visa, pelo contrário, um controlo por parte do juiz relativamente à decisão que põs termo ao inquérito e com a qual o requerente não se conforma. Como vem sendo dito, o facto de não ser uma segunda fase investigatória não implica a inexistência de diligências de investigação e recolha de provas¹⁶². Contudo, toda a atividade eminentemente investigatória que se realize em sede de instrução tem de ser orientada para as finalidades legais da instrução. Esse facto não permite encarar a fase de instrução como uma atividade “*materialmente policial ou de averiguações*”¹⁶³, sendo sim “*materialmente judicial*”¹⁶⁴. Aliás, veja-se que até na fase de julgamento, com fundamento na procura da verdade material e na boa decisão da causa, se concede um poder-dever ao juiz de ordenar a produção de todos os meios de prova que entenda necessários (cfr. art. 340.º, n.º 1, do CPP). Sucede que, quer numa, quer na outra fase, existe a limitação derivada da acusação, que fixa o objeto do processo e impede que o tribunal tome em conta os factos que importem uma alteração substancial daquela.

Só esta interpretação se coaduna, em nosso entender, com uma estrutura verdadeiramente acusatória do processo, constitucionalmente prescrita no art. 32.º, n.º 5, da CRP, e respeita, nomeadamente, a necessária separação de funções entre a magistratura do Ministério Público e a magistratura judicial¹⁶⁵.

¹⁵⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo...”, ob. cit., p. 77.

¹⁶⁰ IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa, Vislis Editores, 2003, p. 135.

¹⁶¹ Importa sublinhar que a fase de instrução não corresponde ao significado tradicional do termo instrução. De facto, *instrução*, em latim, significa *in e struere*, ou seja, acumular em certo lugar. Corresponde à ideia de “*reunião de meios necessários para a decisão final*”. Nestes termos, é claro que tem um sentido mais amplo do que na fase de instrução. Aliás, essa atividade instrutória pode existir não só na fase de instrução, como também no inquérito e no julgamento. No entanto, em termos históricos, o entendimento comum de instrução, como já analisámos, era este sentido amplo, de tal modo que a fase que atualmente corresponde ao inquérito se denominava instrução preparatória, e a que mais se assemelha à fase de instrução se chamava instrução contraditória. Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 155; JOÃO DE CASTRO MENDES *apud* ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., p. 188.

¹⁶² No entanto, recuperando os ensinamentos de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “[n]uma posição ou perspectiva extrema, não haveria – não deveria haver – exigências de investigação durante a fase da instrução, ficando esta reduzida ao debate e à apresentação, discussão e crítica do valor das provas, um pouco no sentido da preliminary hearing” (Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 95).

¹⁶³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 16; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 132.

¹⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 132.

¹⁶⁵ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 230.

Se a instrução não é, de forma alguma, uma repetição da atividade desenvolvida em sede de inquérito, também não foi configurada como uma forma de julgamento antecipado ou como um pré-julgamento¹⁶⁶. Aliás, tendo em conta as finalidades desta fase processual já *supra* descritas, fica patente que a função da instrução não é a de “pré-definição nem sequer de começo de determinação da responsabilidade de alguém pela prática de um crime”¹⁶⁷. A instrução visa única e exclusivamente o controlo da decisão de arquivamento ou de acusação, com vista a avaliar se a consistência dos elementos de facto e de direito que determinaram a decisão em sede de inquérito são ou não bastantes para submeter o arguido a julgamento. Não há as mesmas garantias e direitos de defesa que existem na audiência de julgamento, mormente ao nível do contraditório, nem a mesma intensidade na produção e apreciação da prova¹⁶⁸. Pretende-se apenas determinar a existência ou não de fundamento para abrir a fase mais característica do processo penal: a fase de julgamento. E nesse sentido apenas se exigem, nos termos do art. 308.º, n.º 1, do CPP, que se tenham recolhido indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança. Não se verifica mais do que a razoabilidade da sujeição a julgamento do arguido perante o caso em apreço, obviando-se, desta forma, à sujeição manifestamente injustificada ou sem provas suficientemente consistentes.

Importa sublinhar que a fase de instrução surge porque se entende haver a necessidade de um controlo da atividade desenvolvida pelo Ministério Público em sede de inquérito. Além do mecanismo de controlo interno existente no art. 278.º – a intervenção hierárquica –, consagrou-se ainda esta forma de controlo externo, ou seja, por parte de outra entidade, neste caso o juiz de instrução. No entanto, os campos de aplicação de um e outro mecanismos são substancialmente distintos, desde logo porque a intervenção hierárquica abrange apenas a decisão de arquivamento, e não já a de acusação. A isto acresce o facto de o escopo legal da intervenção hierárquica não coincidir com o da fase de instrução, pois visa, outrossim, casos em que se entenda ter sido o inquérito insuficiente ou mal dirigido pelo Ministério Público¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Como *infra* veremos, a prática judiciária, por um lado, e as alterações legislativas feitas à fase de instrução, por outro, têm contribuído para uma aproximação da instrução ao julgamento, algo que não foi desejado pelo legislador de 1987.

¹⁶⁷ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação...”, *ob. cit.*, p. 100.

¹⁶⁸ Cfr. AA. VV., *Código de Processo Penal...*, *ob. cit.*, p. 1000.

¹⁶⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2001, Proc. n.º 189/00, Relator: Vítor Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010027.html>, consultado em 06-07-2015. Nas palavras do Acórdão, “se a

Ora, apesar da consagração de autonomia ao Ministério Público e do facto de a sua atividade estar orientada pelo princípio da legalidade, entende-se que o exercício da ação penal deve estar sujeito a mecanismos de controlo externo, tendo o Ministério Público a obrigação de prestar contas¹⁷⁰, tal como as restantes projeções de exercício do poder do Estado^{171 172}. Tendo isto em conta, por um lado, e as consequências que a decisão de acusar ou de não acusar produzem, a atividade do Ministério Público não deve estar “isenta de controlo ou verificação por um outro órgão ou entidade independente não comprometida funcionalmente com a acusação”¹⁷³. Aliás, evidenciando essa faceta de reapreciação, a fase de instrução já foi comparada com um verdadeiro recurso¹⁷⁴.

Resultando clara a finalidade da fase de instrução, cumpre fazer um último esclarecimento. Se se pretende comprovar judicialmente a decisão de acusar ou de não acusar do Ministério Público (ou do assistente no caso de crimes particulares), fica patente que a instrução é uma fase processual autónoma pensada no interesse de ambas as partes¹⁷⁵.

requerente entende que o inquérito foi insuficiente, ou mal conduzido no sentido de terem sido desastrosas as diligências de recolha de prova, mas sem que se ache habilitada a, contrariamente ao M.P., fundar (inclusivamente) a imputação de factos concretos à arguida (não podendo senão limitar-se a dela suspeitar, mais ou menos fundamentadamente), então o mecanismo correcto e próprio (para isso a lei o prevê), teria sido o recurso à intervenção hierárquica, nos termos do art. 278º do C.P.P.”

¹⁷⁰ Sobre a obrigação de prestação de contas do Ministério Público, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17.º, N.º 2, Abril-Junho 2007, pp. 191-206.

¹⁷¹ Vide NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 230.

¹⁷² Para SANTOS CABRAL, não obstante essa ação penal orientada pelo princípio da legalidade, “e porque seria manifesto o excesso de não prever qualquer controle da decisão de acusar, bem como na de não acusar, autonomizou-se uma instrução dirigida pelo juiz de instrução a quem se pretendeu ligar a tarefa de fiscalização e controle da actividade do Ministério Público”. Cfr. SANTOS CABRAL, “O controlo judicial do despacho de arquivamento”, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_santoscabral.pdf, consultado em 07-01-2015.

¹⁷³ ANTÓNIO HENRIQUES GASPARGAR, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 91.

¹⁷⁴ É claro que esta comparação tem que ser limada. Desde logo, a fase de instrução não é, evidentemente, um recurso porque o seu objeto é um ato do Ministério Público ou do assistente, e não uma decisão judicial (Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 149).

A comparação é feita tendo por base a natureza impugnatória do juízo do Ministério Público que está subjacente no requerimento de abertura de instrução. Recuperando as palavras de ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, “o exercício, pelo arguido, do direito a requerer a instrução consubstancia-se num verdadeiro «recurso», «forma de impugnação», do juízo de indicição do M.º P.º.” (Cfr. ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, “Âmbito da instrução no novo Código de Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 13.º, N.º 50, Abril-Junho 1992, p. 141). O mesmo Autor acrescenta que a instrução “é a garantia de um duplo grau de jurisdição em matéria indiciária. A um julgamento indiciário do M.º P.º. reage o arguido pedindo, em «recurso», o julgamento do Magistrado Judicial” (Cfr. p. 152).

Também SOUTO DE MOURA comparou, de certa forma, a instrução a um recurso, mas com pressupostos diferentes. No seu entendimento, “a facultatividade e os limites postos à legitimidade para requerer a instrução, a fazem desempenhar um papel, noutros condicionalismos conseguido com o recurso” (Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 126).

¹⁷⁵ Embora, para alguns autores, entre os quais GERMANO MARQUES DA SILVA, “[e]sta fase processual [seja] essencialmente uma garantia para o arguido, mas serve também para sindicar a legalidade da actuação do Ministério Público” (Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 149).

Do ponto de vista do arguido, a instrução confere-lhe a possibilidade de carrear para o processo material probatório no sentido de exercer a sua defesa e, eventualmente, evitar a submissão a julgamento.

Do prisma do assistente, a instrução tutela o seu legítimo interesse em ver o arguido, que concretamente terá violado um bem jurídico de que é portador, sujeito a julgamento, interesse esse que radica, a final, na garantia constitucional de acesso ao direito e à justiça, nos termos do art. 20.º, n.º 1, da CRP¹⁷⁶.

Por último, nos processos relativos a crimes em que estão subjacentes “interesses supra-individuais”¹⁷⁷, não havendo um concreto ofendido, a instrução, em conjunto com a possibilidade de constituição de assistente na ação popular penal, nos termos do art. 68.º, n.º 1, alínea e), do CPP, constitui uma forma de escrutínio popular da decisão do Ministério Público, respondendo, de algum modo, às exigências comunitárias de transparência no exercício da ação penal¹⁷⁸.

3.3.2. Notas Breves sobre a Tramitação

Na senda do que já foi supramencionado, a instrução é, nos termos do art. 286.º, n.º 2, do CPP, uma fase facultativa do processo¹⁷⁹. Significa esta afirmação que a sua

¹⁷⁶ Cfr. neste sentido, NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 230; AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 999.

¹⁷⁷ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 230.

¹⁷⁸ *Vide idem*, ibidem; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “Uma instrução inadmissível...”, ob. cit., p. 665.

¹⁷⁹ Tem-se colocado a questão se o facto de a instrução ser facultativa confere ao seu requerente a faculdade de dela desistir, depois de elaborado o requerimento de abertura de instrução. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considerou que a lei não permite a desistência da instrução em qualquer momento, pois se “já tivesse sido produzida prova em sentido desfavorável ao requerente da instrução constituiria uma fraude à lei, isto é, uma fraude aos fins públicos da instrução, impedindo o tribunal de exercer o seu juízo de valoração sobre a prova produzida” (Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, pp. 751-752).

Para MAIA COSTA, a desistência da instrução nunca será possível, pois não está prevista na lei (AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1000).

Em sentido totalmente distinto, ARTUR CORDEIRO consagrou um conjunto de requisitos para a desistência da instrução. No caso de ser o arguido o requerente, este, visto que a instrução é o exercício de um direito de defesa, poderá desistir sempre. O Autor não encontra a objeção apontada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, na medida em que entende que qualquer elemento probatório que tenha sido obtido antes da desistência e que seja útil ou necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, mesmo que eventualmente prejudicial ao arguido, estará sinalizado, pelo que o Ministério Público ou o assistente podem requerer a sua produção na audiência de julgamento. Por outro lado, na circunstância de ser o assistente a requerer a abertura de instrução, este poderá desistir da instrução em caso de crimes de natureza semipública, desde que o arguido a isso não se oponha, já que sempre estaria na disponibilidade do assistente a desistência da queixa. No caso de crimes de natureza pública, a situação seria, pois,

realização é eventual e dependente de requerimento do arguido ou do assistente. Importa, contudo, precisar que existem determinadas condições de admissibilidade do requerimento de abertura de instrução, cuja não verificação pode acarretar a sua rejeição.

Desde logo, a fase de instrução está afastada dos processos especiais¹⁸⁰, segundo proclama o art. 286.º, n.º 3, do CPP. Mais ainda, e como resulta da própria natureza dos institutos processuais em causa, não há lugar a fase de instrução nos casos de arquivamento do inquérito em caso de dispensa de pena, nos termos do art. 280.º do

inquestionavelmente diferente, pois aí existem interesses públicos subjacentes à necessidade de esclarecimento das condutas em questão, não estando o prosseguimento do procedimento criminal dependente de qualquer impulso privado (cfr. ARTUR CORDEIRO, “Inquérito e Instrução...”, ob. cit.).

Por último, faremos apenas uma breve menção à opinião de RUI DA FONSECA E CASTRO, segundo o qual se deve aplicar analogicamente ao requerimento de abertura da instrução a norma do art. 415.º, n.º 4, do CPP, ou seja, a desistência do requerimento apenas é possível até ao momento em que for proferido despacho de abertura da instrução. Não seria, pois, esta a única manifestação do princípio do dispositivo no processo penal, já que existem outros afloramentos desse princípio, como são exemplo a possibilidade de desistência da queixa e da acusação particular, ou a possibilidade de desistência do recurso (cfr. RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução: Tramitação, Formulários, Jurisprudência*, 2.ª Edição (revista e atualizada), Lisboa, Quid Juris, 2014, pp. 62 e ss.). De referir ainda que a perspectiva de RUI DA FONSECA E CASTRO foi também perfilhada por PAULA MARQUES DE CARVALHO (cfr. PAULA MARQUES DE CARVALHO, *Manual Prático de Processo Penal*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 317).

Não concordamos com a doutrina de ARTUR CORDEIRO, porquanto entendemos que permanece válido o óbice apontado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE na medida em que desistir da instrução no momento em que fosse produzida prova desfavorável ao seu requerente, seria contrário à lei. No entanto, não nos chocaria, e apesar de a possibilidade não estar legalmente prevista, a hipótese de desistência da instrução até um determinado momento, porventura nos moldes formulados por RUI DA FONSECA E CASTRO.

¹⁸⁰ No entanto, nem sempre foi assim. Veja-se que foi a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, que eliminou o debate instrutório no processo abreviado, que a Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, expressamente criara. Ora, este tipo de processo tinha uma verdadeira particularidade no nosso sistema: “um debate instrutório sem instrução” (cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 990). A sua finalidade era essencialmente a mesma do debate instrutório característico da fase de instrução no processo comum, presente no art. 298.º do CPP, ou seja, a discussão oral e contraditória perante o juiz por forma a que este avaliasse a suficiência dos indícios de facto e elementos de direito para a submissão ou não do arguido a julgamento. Mais ainda, tendo em consideração as remissões efetuadas pelo n.º 4 do art. 391.º-C do CPP, na redação dada pela Lei n.º 59/98, o juiz de instrução poderia levar a cabo todos os atos de instrução que considerasse relevantes para a descoberta da verdade, ao que acrescia ainda, nos termos da mesma disposição, a possibilidade conferida ao arguido de requerer os atos de instrução que entendesse necessários. Em termos substanciais, o debate instrutório traduzia-se, assim, numa verdadeira fase de instrução (cfr. neste sentido JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 87-89). Em termos formais, o debate instrutório não coincidia com a fase de instrução, até porque os prazos eram diferentes. No processo abreviado o arguido tinha de requerer a realização de debate no prazo de 10 dias a contar da notificação do arguido (art. 391.º-C, n.º 1, do CPP), tendo o debate instrutório de ser encerrado no prazo de 30 dias após esse requerimento (art. 391.º-C, n.º 2, do CPP).

Atualmente, como referimos, não há fase de instrução, nem sequer debate instrutório em nenhum processo especial, o que se justifica pela celeridade, pelo consenso e mesmo pela pequena gravidade dos casos que geralmente abrangem estas situações (cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2007, p. 165). Com efeito, e no que concerne ao processo abreviado não se compreenderia que, existindo indícios que justificam o encurtamento do prazo previsto para o inquérito, continuasse a existir uma fase intermédia, anterior ao julgamento, com a finalidade de comprovar a decisão do Ministério Público de deduzir acusação, e muito menos nos moldes previstos, em que o arguido poderia requerer a prática dos atos que entendesse necessários. Não sendo assim, havia, pois, “uma duplicação do controle da acusação, não se retirando pois quaisquer consequências sensíveis da existência da prova simples e evidente” (vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A celeridade no processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998, pp. 249-250). De facto, havendo essas chamadas provas simples e evidentes, a instrução tornaria o processo muito moroso, o que seria contra a filosofia deste tipo de processos, que visam a celeridade e economia processual.

CPP, nem tão-pouco nos casos de suspensão provisória do processo, nos termos do art. 281.º do CPP.

Com efeito, a abertura de instrução pode ser requerida apenas nos casos expressamente previstos na norma do art. 287.º, n.º 1, do CPP, ou seja, pelo assistente relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação, no caso de crimes de natureza pública ou semipública; ou pelo arguido em relação a factos pelos quais o Ministério Público ou o assistente, no caso de crimes de natureza particular, tiverem deduzido acusação. O Ministério Público não pode em circunstância alguma requerer a abertura de instrução, pese embora a existência de algumas vozes discordantes dessa opção legislativa¹⁸¹.

No que concerne à faculdade de o assistente requerer a abertura de instrução, alguns esclarecimentos se impõem fazer. Dúvidas não há de que aquele tem a possibilidade de requerer a abertura de instrução nos casos em que o Ministério Público, findo o inquérito, profira um despacho de arquivamento. Se o Ministério Público, ao invés, tiver deduzido acusação, a situação é já manifestamente distinta. De facto, para que o sujeito processual em causa possa requerer a instrução, é necessário que os factos em relação aos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação comportem uma alteração substancial daquela. Ora, se configurarem uma mera alteração não substancial comparativamente aos factos constantes do libelo acusatório, o assistente terá sempre a faculdade de, nos termos do art. 284.º do CPP, deduzir acusação autónoma e de nela incluir esses mesmos factos.

Ainda no âmbito do requerimento para abertura de instrução, tem sido discutida pela doutrina e pela jurisprudência a possibilidade de abertura da fase de instrução tendo em vista única e exclusivamente a discussão da qualificação jurídica dos factos. Com

¹⁸¹ Entende-se que, sendo o Ministério Público a entidade competente para dirigir o inquérito e exercer a ação penal, a possibilidade de esse ente requerer a abertura de instrução seria, de algum modo, a assunção e o reconhecimento da sua “incompetência e menoridade funcional e profissional” - (cfr. MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES e D. BORGES DE PINHO, *Código de Processo Penal Anotado, II Volume...*, ob. cit., p. 145).

Não perspetivamos a situação exatamente deste modo em relação a todos os casos. Se, de facto, este raciocínio se aplica nas situações de arquivamento, não fazendo sentido que se solicite ao juiz de instrução a comprovação da decisão do Ministério Público, e nas situações de acusação, relativas a crimes de natureza pública ou semipública, já no que concerne às acusações particulares, ou seja, no caso de crimes particulares, não seria uma solução chocante que o Ministério Público, se não acompanhasse essa acusação, pudesse requerer a abertura de instrução. *Vide*, neste sentido, RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução...*, ob. cit., p. 39; JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O Conceito de Índícios Suficientes no Processo Penal Português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, p. 178.

No entanto, importa ter presente que, mesmo nos últimos casos referidos, sempre haverá a possibilidade de o arguido, se estiver inconformado com a acusação particular, requerer ele próprio a abertura de instrução.

efeito, a norma do art. 287.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CPP, refere-se apenas à discussão de factos, deixando em aberto os casos em que o assistente ou o arguido apenas estejam em desacordo da decisão de acusação quanto à qualificação jurídica do crime em causa. Por outro lado, o n.º 3 do mesmo preceito não inclui nas causas de inadmissibilidade legal da instrução um requerimento que só pretenda discutir a qualificação jurídica.

Sufragamos nesta querela a posição segundo a qual não deve ser permitida a abertura de instrução unicamente com este intuito, quer esse requerimento provenha do arguido, quer provenha do assistente. Para além do argumento literal, já que o art. 287.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CPP, apenas se refere a *factos*, a discussão da qualificação jurídica pode e deve ser feita em sede de julgamento, não carecendo da fase de instrução para esse efeito. Inclusivamente é afirmado pelo art. 339.º, n.º 4, do CPP, que é na audiência de julgamento que se discutirão todas as soluções jurídicas pertinentes, independentemente da qualificação jurídica dos factos resultante da acusação ou da pronúncia. Sublinhe-se que esta não fixa a qualificação jurídica, podendo o tribunal de julgamento, dado que não está vinculado à qualificação jurídica constante da pronúncia, livremente alterar esse enquadramento normativo dos factos. Aliás, o art. 358.º, n.ºs 1 e 3, do CPP, proclama que, no caso de no decurso da audiência o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, tal alteração é comunicada ao arguido, ao qual é concedido, mediante seu requerimento, o tempo estritamente necessário para que prepare a sua defesa. No sentido desta tomada de posição estão, *v. g.*, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁸² e MAIA COSTA¹⁸³, ou ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-09-2010¹⁸⁴, este último apenas no que diz respeito ao assistente.

Em sentido divergente, alguns autores e, porventura, a jurisprudência maioritária têm-se pronunciado no sentido de considerar admissível o requerimento de abertura de instrução, ainda que este verse apenas sobre a qualificação jurídica dos factos. VINÍCIO RIBEIRO, aceitando esta mesma tese, entende que a questão é, no entanto, mais controversa no que diz respeito ao requerimento do assistente, pois este pode deduzir

¹⁸² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 751.

¹⁸³ AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1002.

¹⁸⁴ “O assistente não pode pedir a abertura da instrução para discutir apenas a qualificação jurídica dos factos”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-09-2010, Proc. n.º 182/10.3GAEPS-A.G1, Relatora: Teresa Baltazar, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 06-07-2015.

acusação autónoma, ao abrigo do disposto no art. 284.º do CPP¹⁸⁵. Também para RUI DA FONSECA E CASTRO, além de o art. 287.º não excluir a possibilidade de se requerer a abertura de instrução apenas para discussão da qualificação jurídica, esta leitura é perfeitamente conforme e adequada às finalidades da instrução¹⁸⁶. Em relação à jurisprudência, são de salientar, *v. g.*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-04-2013¹⁸⁷, no qual se entendeu ser de admitir o requerimento de abertura de instrução para discussão da qualificação jurídica, mesmo que a alteração desse enquadramento seja insuscetível de evitar a sujeição a julgamento do arguido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23-04-2014¹⁸⁸, este conferindo ao assistente a faculdade aqui em discussão, e os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 23-02-2005¹⁸⁹ e 09-03-2015¹⁹⁰, ambos no sentido de que o arguido pode requerer a abertura da instrução apenas para pôr em causa o enquadramento jurídico dos factos que lhe são imputados na acusação.

Numa posição intermédia tem estado também alguma jurisprudência e outros autores, como é exemplo CECÍLIA SANTANA. De acordo com esta posição, a abertura de instrução para a exclusiva discussão de questões de direito apenas é admissível quando o arguido pretenda uma posição de não pronúncia. Para a referida Autora, só nessa circunstância é que o arguido tem efetivamente vantagem e interesse em discutir, em sede de instrução, a qualificação jurídica, evitando a sujeição a julgamento¹⁹¹.

¹⁸⁵ VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, *ob. cit.*, p. 783.

¹⁸⁶ Mais acrescenta o mesmo autor que “[r]eforça o entendimento expandido a circunstância de estar vedado ao juiz de julgamento, ao proferir o despacho liminar previsto no artigo 311.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, proceder à alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na acusação”. Cfr. RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução...*, *ob. cit.*, p. 89.

¹⁸⁷ “É legalmente admissível a abertura da instrução a requerimento do arguido mesmo que o único objectivo seja a discussão sobre a qualificação jurídica dos factos constantes da acusação e que a alteração do enquadramento jurídico-penal não evite o julgamento do arguido, ou seja, mesmo que o arguido, aceitando os factos imputados, apenas pretenda ver alterada a qualificação jurídica”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-04-2013, Proc. n.º 585/09.6 TABNV-A.L1-3, Relator: Neto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

¹⁸⁸ “É admissível a instrução requerida pelo assistente que, sem discordar dos factos narrados na acusação do Ministério Público, nem pretendendo atribuir-lhes outros, confina o seu requerimento à discussão da qualificação jurídica dos factos, visando a pronúncia do arguido por crime mais grave do que o imputado na acusação pública”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23-04-2014, Proc. n.º 12/13.4GEVCT.G1, Relatora: Ana Teixeira e Silva, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

¹⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-02-2005, Proc. n.º 0446133, Relator: Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

¹⁹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-03-2005, Proc. n.º 0446204, Relator: José Adriano, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

¹⁹¹ Para a Autora, se o arguido não pretender uma decisão de não pronúncia, a abertura da instrução para o debate da qualificação jurídica não se afigura possível. “Queda fora dos limites do requerimento do arguido para a abertura da instrução aquele que, pela apresentação de uma diversa qualificação jurídica para os factos acusados, não faça determinar o despacho de não pronúncia, pelas seguintes razões: porque, nestes casos, se mantém possível demonstrar e fazer valer em julgamento outra qualificação jurídica e, portanto, também aquela que é proposta pela acusação; porque a pronúncia não fixa nela a qualificação jurídica, nem é função da pronúncia fixá-la, mas antes o objecto do julgamento, o qual não varia em razão de uma mera alteração da qualificação jurídica; porque obrigaria ao debate antecipado da apreciação jurídica mais correcta para os factos fixados na acusação e essa tarefa é o

Posição no essencial idêntica foi sufragada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2008, no qual se propugnou que, com exceção dos casos em que o arguido pretende obter uma decisão de não pronúncia, “[n]ão é de admitir a abertura de instrução, a requerimento do arguido, apenas para este discutir a qualificação jurídica dos factos que lhe são imputados, uma vez que o mesmo tem ao seu dispor um meio adequado e eficaz para o conseguir: a contestação, regulada no art. 315º do C. P. Penal”¹⁹².

Curiosa é também a posição sugerida pelo recente Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03-06-2014 que ataca e afasta a última posição por ser uma fórmula demasiado genérica e, por isso, propiciadora de decisões incorretas. Defende-se uma avaliação casuística “em função do efeito jurídico que a alteração do enquadramento jurídico-criminal dos factos permita alcançar, imediata ou mediatamente, tomando como horizonte irrecusável a não sujeição do arguido a julgamento”. Ou seja, deve-se admitir a abertura de instrução que vise apenas a discussão da qualificação jurídica nos casos em que a procedência dessa alteração seja suscetível de “criar um pressuposto jurídico-material indispensável a que o arguido, mediante a intervenção de outros factores, nomeadamente a desistência de queixa, logre alcançar a extinção do procedimento criminal, sem chegar a ser submetido a julgamento”. Exemplificando, não pode ser denegada a possibilidade de abertura de instrução ao arguido quando, mediante a alteração da qualificação jurídica, o arguido se possa eximir ao julgamento, por força da subsunção num tipo legal em relação ao qual se verifique uma causa que inviabilize o prosseguimento do procedimento criminal, como uma amnistia ou o decurso do prazo de prescrição¹⁹³.

Ora, se a questão da suscetibilidade de requerer a fase de instrução unicamente para a discussão da qualificação jurídica tem gerado tanta polémica doutrinal e

conhecimento do mérito da causa, que é função do julgador; porque o arguido não tem, pelas razões referidas, interesse ou vantagem em fixar a qualificação jurídica na pronúncia, sendo o momento oportuno para fazê-lo a contestação, após o saneamento do processo”. Vide CECÍLIA SANTANA *apud* MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentário e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009, p. 731.

¹⁹² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2008, Proc. n.º 0813559, Relator: André da Silva, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015. Mais se acrescentou neste aresto, indo de encontro ao defendido por CECÍLIA SANTANA, que a decisão que pronuncia o arguido não visa fixar a qualificação jurídica, mas o objeto do julgamento, não tendo o efeito de vincular o tribunal de julgamento, que pode livremente alterar o enquadramento normativo dos factos em questão. Nesse sentido, a discussão da qualificação em instrução significaria, inclusivamente, um debate antecipado daquilo que é o mérito da causa.

¹⁹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03-06-2014, Proc. n.º 136/12.5JASTB-A.E1, Relator: Sérgio Corvacho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

jurisprudencial, também os n.ºs 2 e 3 do art. 287.º do CPP não têm permanecido isentos de dúvidas interpretativas, nomeadamente no que concerne à mínima delimitação do campo factual sobre que deve versar a fase que se requer. Com efeito, o n.º 2 do mencionado preceito exige que o requerimento contenha “*as razões de facto e de direito de discordância relativamente à acusação ou não acusação, bem como, sempre que disso for caso, a indicação dos actos de instrução que o requerente pretende que o juiz leve a cabo, dos meios de prova que não tenham sido considerados no inquérito e dos factos que, através de uns e de outros, se espera provar, sendo ainda aplicável ao requerimento do assistente o disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 283.º*”.

Em primeiro lugar, e no tocante ao requerimento de abertura de instrução subscrito pelo assistente, a revisão legislativa de 1998, operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, introduziu uma alteração que não foi, de modo algum, despicienda. O requerimento deste sujeito processual está atualmente sujeito aos requisitos legais das alíneas b) e c) do n.º 3 do art. 283.º do CPP, tendo, designadamente, de conter uma narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, além da indicação de todas as disposições legais aplicáveis. Neste sentido, o requerimento para abertura de instrução formulado pelo assistente assume, em sentido material, a natureza de uma verdadeira acusação¹⁹⁴, que fixa o objeto do processo e delimita, conseqüentemente, os poderes de investigação e decisão do juiz de instrução.

Desta forma, se não é repugnante a solução que admite o convite ao aperfeiçoamento do requerimento de abertura de instrução se faltar algum dos seus requisitos, o mesmo não se diga quando neste estiver omissa a narração, que, numa formulação simpática do legislador, mais não tem que ser do que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança. Enquanto acusação, esse requerimento formulado pelo assistente tem, reafirma-se, de conter a narração desses mesmos factos, sob pena de nestas circunstâncias inexistir

¹⁹⁴ Entendemos, com HENRIQUES GASPARG, que o requerimento de abertura de instrução elaborado pelo assistente não é uma verdadeira acusação em sentido processual-formal, mas é, outrossim, uma acusação em sentido material (cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPARG, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 92 e ss.). Noutro sentido, MAIA COSTA entendeu que esse requerimento do assistente teria “formalmente a natureza de uma *acusação*” (cfr. AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1002).

Vide ainda GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 138 e ss.. Para o Autor, não havendo lugar a uma nova acusação, o requerimento do assistente atua como acusação, assim se respeitando, formal e materialmente, a acusatoriedade do processo penal.

despacho de convite ao aperfeiçoamento. Isso mesmo foi afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 7/2005¹⁹⁵, de 12-05-2005, e pelo Tribunal Constitucional, nos Acórdãos n.º 389/2005¹⁹⁶, n.º 636/2011¹⁹⁷ e n.º 175/2013¹⁹⁸.

Sem a mínima delimitação dos factos, a instrução será inexecutável. É o requerimento de abertura de instrução que tem a função de definir e delimitar o âmbito e os limites da intervenção do juiz na instrução¹⁹⁹. Os poderes de investigação do juiz em sede de instrução existem, mas a instrução não é uma fase investigatória. O juiz investiga autonomamente o caso cuja apreciação lhe é requerida, mas apenas dentro do campo factual definido pelo requerimento de abertura de instrução. Nas palavras de PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS, “em caso algum se pode transferir para o Juiz a *adivinhação concreta do campo da discordância, a definição do próprio âmbito e extensão da actividade* que lhe é solicitada”²⁰⁰.

A revisão de 1998 consagrou ainda outra importante alteração, esta a respeito do número de testemunhas que podem ser indicadas no requerimento de abertura de instrução. Antigamente não havia qualquer limitação ao número de testemunhas a indicar, atualmente apenas 20 podem ser indicadas, obviando-se, assim, à “utilização de

¹⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2005, de 12-05-2005, Proc. n.º 430/2004, Relator: Armindo dos Santos Monteiro, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2005/11/212A00/63406346.pdf>, consultado em 29-07-2015.

¹⁹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 389/2005, Proc. n.º 310/2005, Relatora: Maria Fernanda Palma, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050389.html>, consultado em 29-07-2015.

¹⁹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 636/2011, Proc. n.º 121/2011, Relatora: Maria Lúcia Amaral, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110636.html>, consultado em 29-07-2005.

¹⁹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2013, Proc. n.º 653/2012, Relator: Pedro Machete, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130175.html>, consultado em 29-07-2005.

¹⁹⁹ Vide ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 92.

²⁰⁰ PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS, ““Com o Sol e a Peneira”: Um olhar destapado sobre o conceito de inadmissibilidade legal da instrução”, in *Julgar*, N.º 19, Janeiro-Abril 2013, p. 109. O Autor discorda da posição de SOUTO DE MOURA, segundo o qual se é inaceitável um requerimento de abertura de instrução formulado pelo assistente sem a mínima definição dos factos sobre que há de versar, diferente será o caso de requerimento por parte do arguido, porquanto, neste caso, “[s]empre que for possível extrair do requerimento, uma discordância que se reporte à acusação, mesmo que considerada no seu conjunto”, a instrução deve ser admissível. Apesar de tudo, o juiz de instrução sempre dispõe, no seu entender, de um leque de factos dos quais pode partir, ou seja, os constantes da acusação. Aceitando-se a visão propugnada pelo Autor, tem de se aceitar que a garantia da instrução se justifica mais para o arguido do que para o assistente (cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 121).

Discordando frontalmente da posição agora apontada, PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS apresenta três argumentos para sustentar a sua tese. *Primo*, precisamente pelo facto de a instrução ter natureza facultativa, cabe ao sujeito processual que a requer fazer a definição dos factos concretos que pretende ver apreciados pelo juiz de instrução, delimitando os seus poderes investigatórios. *Secundo*, o Autor não compreende como se pode aferir a discordância em relação à acusação se o requerimento é omissivo. *Tertio*, o Autor critica a postura demasiado paternalista que se tem em relação ao arguido, sujeito ao qual tudo se permite, não aceitando a derrogação do princípio da autorresponsabilização. O interessado na instrução é que tem a incumbência de definir os factos sobre que esta há de recair, e não o juiz. Sintetizando, “[p]ara poder ser o *catalizador da fase da instrução*, o requerimento apresentado pelo sujeito processual arguido tem que possuir um *conteúdo* que o *comprometa* decisiva e inexoravelmente com as *finalidades legais* da instrução” (pág. 119).

“verdadeiras listas telefônicas” de testemunhas para tão só protelarem o período da instrução”²⁰¹.

Tecidos estes breves comentários sobre alguns requisitos legais do requerimento de abertura de instrução, importa finalizar esta temática com a conclusão de que este só poderá ser rejeitado nos casos legalmente previstos no n.º 3 do art. 287.º do CPP, nomeadamente por extemporaneidade, por incompetência do juiz ou por inadmissibilidade legal da instrução, podendo nesta última caber realidades distintas²⁰²

²⁰³

Aberta a fase de instrução, o juiz deve instruir autonomamente o caso cuja apreciação lhe foi submetida, ficando a direção desta fase sob a sua competência, e sendo para esse efeito assistido pelos órgãos de polícia criminal. Esta fase será, nos termos do n.º 1 do art. 289.º do CPP, constituída por um debate instrutório obrigatório, presidido, naturalmente, pelo juiz de instrução, e pelos atos de instrução facultativos que o juiz entenda levar a cabo de molde a cumprir as finalidades estipuladas no art. 286.º do CPP (cfr. art. 290.º do CPP).

O juiz de instrução está, à partida, limitado pela matéria factual presente na acusação e no requerimento de abertura de instrução, mas não está limitado, em vista da decisão de pronúncia ou não pronúncia, às diligências probatórias indicadas no requerimento de abertura de instrução. Tem o poder, ao abrigo do art. 291.º, n.º 1, do CPP, de, por um lado, indeferir os atos requeridos que entenda não interessarem à instrução ou servirem apenas para protelar o andamento do processo, e, por outro, de praticar ou ordenar officiosamente todos aqueles que considerar úteis.

²⁰¹ JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., p. 77. O Autor entende, no entanto, que pode a “bondade” da solução agora estabelecida prejudicar seriamente os interesses de quem requer a instrução”, visão com a qual não concordamos. É nossa opinião que tal solução só poderia contender com os interesses de quem requer a instrução se o limite estabelecido fosse bem menor do que 20 testemunhas. Importa ter sempre presente que a decisão instrutória se basta com um juízo indiciário, contrariamente ao que sucede em sede de julgamento. E para a formulação desse juízo 20 testemunhas parecem-nos um número mais do que suficiente, porventura até exagerado, mais ainda tendo em consideração o facto de que nesta fase não terão relevância as chamadas testemunhas abonatórias.

²⁰² Veja-se, v. g., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “Uma instrução inadmissível...”, ob. cit., pp. 643-668, segundo os quais é legalmente inadmissível o requerimento de abertura de instrução formulado pelo assistente contra quem não foi visado pela investigação desenvolvida em inquérito pelo Ministério Público. Ou veja-se ainda a falta de legitimidade do requerente (por exemplo, o assistente no caso de crimes particulares, o ofendido não constituído assistente, o Ministério Público), o requerimento de instrução em processos especiais, o requerimento do assistente que não contenha a narração dos factos ou até a falta de tipicidade da conduta, entre outros casos.

²⁰³ Na opinião de SOUTO DE MOURA, o legislador pretendeu restringir tanto quanto possível os casos de rejeição do requerimento, tendo presente que a garantia constitucional da instrução esvaziar-se-ia se o exercício do direito de requerer essa fase tivesse condições de difícil preenchimento (cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 119).

Além do debate instrutório, apenas uma diligência é obrigatória na fase de instrução: o interrogatório do arguido quando este o solicitar, nos termos do art. 292.º, n.º 2, do CPP. De resto, e tendo presente o âmbito temático fixado pela acusação ou pelo requerimento de abertura de instrução, o juiz não está vinculado às diligências requeridas, investigando autonomamente o caso, mas devendo sempre conduzir essa investigação orientado pela procura da verdade material, não olvidando as finalidades da fase de instrução enquanto fase autónoma e preliminar do processo. Como já foi referido, esta fase não deve constituir um prolongamento do inquérito, nem uma antecipação do julgamento. Nesse sentido, os atos de instrução que nela se pratiquem devem respeitar rigorosamente os fins visados, ficando a determinação das exigências de investigação e da necessidade de produção de prova a cargo do juiz, que assume, assim, uma função *central* na fase de instrução²⁰⁴. Este juízo sobre a necessidade de realizar as diligências probatórias indicadas no requerimento de abertura de instrução não deve, de forma alguma, ser arbitrário ou discricionário, devendo ser um juízo prudencial em harmonia com o fim e a função do processo, nomeadamente com a tutela dos valores da celeridade e da realização da verdade e justiça materiais²⁰⁵.

Aliás, a necessidade desse juízo prudencial é ainda mais evidente na medida em que a decisão do juiz de instrução que indefira diligências probatórias é, nos termos do art. 291.º, n.º 2, do CPP, irrecorrível. Esta solução legislativa já foi por diversas ocasiões submetida à fiscalização do Tribunal Constitucional, que sempre se pronunciou no sentido da sua conformidade constitucional²⁰⁶, apesar de uma ou outra voz discordante

²⁰⁴ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 96.

²⁰⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00, Proc. n.º 472/99, Relator: Guilherme da Fonseca, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000459.html>, consultado em 30-07-2005.

²⁰⁶ Vide, neste sentido:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/00, Proc. n.º 48/00, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000371.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 375/00, Proc. n.º 633/99, Relator: Vítor Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000375.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00, Proc. n.º 472/99, Relator: Guilherme da Fonseca, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000459.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 78/01, Proc. n.º 460/2000, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010078.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2003, Proc. n.º 619/2002, Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030464.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 611/2005, Proc. n.º 997/04, Relator: Benjamim Rodrigues, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050611.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 684/2005, Proc. n.º 896/2005, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050684.html>, consultado em 30-07-2005;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2007, Proc. n.º 514/07, Relator: Vítor Gomes, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070340.html>, consultado em 30-07-2005.

que defendem a existência de um direito processual com dignidade constitucional de evitar ser submetido a julgamento.

Importa neste momento clarificar que nem todos os atos praticados em sede de instrução são verdadeiramente atos de instrução²⁰⁷. Desde logo não o é o debate instrutório, não obstante poderem também ser realizados atos de instrução no decurso do debate, conforme estipula o art. 302.º, n.ºs 2 e 3, do CPP.

Atos de instrução em sentido estrito serão apenas aqueles relacionados diretamente com a investigação e recolha da prova, ordenados pelo juiz, quer oficiosamente, quer na sequência de requerimento dos sujeitos processuais, e que visem efetivamente a prossecução das finalidades da fase de instrução, fundamentando a decisão instrutória²⁰⁸.

Nesse sentido, há alguns atos que se podem praticar na fase de instrução, mormente as declarações para memória futura, o interrogatório judicial de arguido detido, ou a aplicação de uma medida de coação ou garantia patrimonial ao arguido, que não são atos de instrução em sentido estrito, mas apenas e tão-só atos da instrução, porquanto não têm cariz probatório ou investigatório.

Em relação ao debate instrutório, cumpre salientar que é este o momento nuclear da fase de instrução, sendo basicamente “o ponto para que converge o vector da posição assumida pelo MP no fim do inquérito, com o vector da pretensão do requerente da instrução”²⁰⁹. Visa, nos termos do art. 298.º do CPP, permitir uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de facto e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento. O debate é obrigatório, sob pena de nulidade sanável, nos termos do art. 120.º, n.º 2, alínea d), do CPP, e trata-se de uma audiência informal e rápida, sem sujeição a formalidades especiais, e inspirada, segundo o que preconizou

²⁰⁷ Por outro lado, e como resulta da própria natureza das funções do juiz de instrução, nem todos os atos por si praticados são atos de instrução, nem sequer atos da instrução, atendendo à sua competência para, em sede de inquérito, praticar todos os atos que se prendam diretamente com os direitos, liberdades e garantias dos sujeitos envolvidos.

²⁰⁸ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 156 e ss.; RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução...*, ob. cit., p. 118.

²⁰⁹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 127.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²¹⁰, na *preliminary examination, preliminary hearing* ou *examination trial* do sistema norte-americano.

É uma discussão oral, que se realiza perante o juiz de instrução, e na qual vigora o princípio do contraditório, nela podendo participar o Ministério Público, o arguido, o seu defensor, o assistente e o advogado deste, para além, claro está, das testemunhas, peritos e consultores técnicos cuja presença o juiz considere indispensável. O debate instrutório é significativamente distinto da audiência de julgamento. Veja-se que no debate pode nem sequer haver lugar a produção de prova, ou por não ter sido requerida nem ordenada oficiosamente, ou porque, tendo sido requerida, a sua produção foi indeferida pelo juiz. No decurso do debate a produção de prova não deverá ser mais do que residual, atendendo às concretas finalidades da fase de instrução. Por outro lado, não sendo um pré-julgamento, e sendo seu objetivo apenas a comprovação judicial da decisão de acusação ou de não acusação, basta-se, ao invés da audiência de julgamento, com um mero juízo de indicição.

Encerrado o debate instrutório, o juiz, nos termos do art. 307.º do CPP, profere a decisão instrutória, a qual traduzir-se-á, segundo o art. 308.º do CPP, num despacho de pronúncia, no caso de terem sido recolhidos os indícios suficientes de se ter verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, ou, no caso contrário, num despacho de não pronúncia, que terá também lugar quando se conheçam e declarem nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito da causa. O juiz não altera a acusação na decisão instrutória, nem ordena ao Ministério Público que altere a sua decisão, acusando, quando antes havia arquivado, nem sequer ordena ao Ministério Público ou ao assistente que altere os termos da acusação antes formulada. Apenas comprova se há ou não matéria suficiente para a acusação (ou o requerimento de abertura de instrução do assistente que, como referimos, funciona como acusação em termos materiais) ser levada à fase de julgamento.

O despacho de pronúncia não possui o efeito condenatório da sentença, significando unicamente que há indícios suficientes de se ter verificado crime e que

²¹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 225.

Cfr. ainda, no que diz respeito à parecença do debate instrutório português com a *preliminary hearing* norte-americano, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *O Debate Instrutório no Código de Processo Penal Português de 1987*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

justificam a submissão do arguido a julgamento, não se exigindo, conseqüentemente, o mesmo grau de convicção necessário e exigência de verdade requeridas pelo julgamento e pela sentença. É, nas palavras de ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, uma “verdadeira «sentença de indicição»”²¹¹. Ou seja, como referido *supra*, os critérios de decisão instrutória não são coincidentes com os que presidem à decisão final, mas têm essencialmente em conta “as mesmas referências e idênticos critérios aos que se impõem também ao Ministério Público para a decisão de acusação ou de arquivamento”²¹². Nesse sentido, os indícios serão considerados suficientes quando, ao abrigo do n.º 2 do art. 283.º do CPP, *deles resultar uma probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança*²¹³. Esses indícios são não só os que resultarem da prova produzida em sede de instrução, mas ainda, naturalmente, os que tiverem sido recolhidos no inquérito. O juiz deve avaliar e sopesar toda a prova produzida até ao momento da prolação da decisão instrutória.

Questão que tem vindo a ser amplamente discutida quer doutrinal, quer jurisprudencialmente, diz respeito à natureza do despacho de não pronúncia e ao efeito que essa decisão produz. Sufragámos nesta matéria a opinião segundo a qual o despacho de não pronúncia, produzindo caso julgado material (isto, evidentemente, apenas no caso de o despacho não incidir sobre questões de natureza formal), impede a reabertura do inquérito perante a descoberta de novos factos ou meios de prova, não sendo aqui aplicável o disposto no art. 279.º do CPP. Dessa forma, consideramos que esses novos elementos só poderão ser apreciados se se verificarem os requisitos do recurso de revisão de sentença, previstos no art. 449.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CPP, dado que as restantes causas de revisão da sentença só se aplicam *pro reo*. Esta tem sido a opinião propugnada, entre outros, por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE²¹⁴, MAIA

²¹¹ ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, “Âmbito da instrução no novo...”, ob. cit., p. 138.

²¹² ANTÓNIO HENRIQUES GASPARGAS, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 92.

²¹³ Em relação ao conceito de indícios suficientes, são vários os modelos seguidos pela doutrina e pela jurisprudência. Esses modelos vão desde a suficiência como mera probabilidade, por mínima que seja, à suficiência como possibilidade maior de condenação do que de absolvição, até à suficiência como forte possibilidade de condenação. Para o aprofundamento destas doutrinas, vide JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O Conceito de Indícios...”, ob. cit., p. 155 e ss.; VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 836 e ss..

²¹⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 784. No entendimento do Autor, só esta solução corresponde, por um lado, à interpretação literal do art. 450.º, n.º 1, alínea b), do CPP, e, por outro lado, a uma interpretação conforme à CRP dos artigos 279.º e 310.º, ambos do CPP. Aceitar-se a tese da reabertura do inquérito com base em novas provas de culpa do arguido, depois da prolação do despacho de não pronúncia, redundaria numa infração dos arts. 2.º, 13.º, 29.º, n.º 6, e 32.º, n.º 1, da CRP. Mais ainda, só esta leitura é compatível com o conceito de caso julgado previsto na Convenção de aplicação do acordo de Schengen.

COSTA²¹⁵, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA²¹⁶ e pelo recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01-07-2015²¹⁷.

Em sentido contrário, GERMANO MARQUES DA SILVA entende que o “despacho de não pronúncia é simplesmente uma decisão adjectiva, não uma decisão de mérito”²¹⁸, acrescentando, como consequência, que apenas produz efeitos de caso julgado formal, podendo haver reabertura do processo, se surgirem novos factos ou elementos de prova, nos mesmos termos para a reabertura do inquérito arquivado pelo Ministério Público, nos termos do art. 279.º do CPP.

Culminando este enquadramento panorâmico da fase de instrução no CPP português, apenas mais duas breves referências se impõem fazer neste subcapítulo, tendo em conta que serão assuntos amplamente desenvolvidos *infra*.

Em primeiro lugar, nos termos do n.º 1 do art. 309.º do CPP, é nula a parte da decisão instrutória que pronunciar o arguido por factos que constituam uma alteração substancial aos que constam da acusação do Ministério Público ou do assistente ou do requerimento para abertura da instrução. Esses, segundo o disposto no art. 303.º, n.º 3, do CPP, não podem ser tomados em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem sequer implicam a extinção da instância.

Em segundo lugar, nos termos do art. 310.º, n.º 1, do CPP, a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação é irrecorrível, determinando a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento.

²¹⁵ AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1024. Para o Autor, a diferente natureza das decisões de arquivamento e de não pronúncia é motivo justificativo para a diferença de tratamento. Enquanto que o despacho de arquivamento é uma decisão do Ministério Público tomada de forma unilateral, pondo termo a uma fase sem contraditório, o despacho de não pronúncia é um despacho proferido pelo juiz de instrução após, no mínimo, um debate público, oral, contraditório e tematicamente vinculado.

²¹⁶ JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 557.

²¹⁷ “Temos para nós que o juiz de instrução que, pronunciando-se sobre o objecto do processo, decide que não se indiciam suficientemente os factos em que assenta a imputação do crime ou crimes que estiverem em causa e por isso determina o arquivamento do processo (a não pronúncia), não seguindo o processo para julgamento, profere uma decisão de mérito, que tem por isso força vinculativa, não só dentro do processo em que foi proferida, mas também fora dele, constituindo caso julgado res judicata e só mediante recurso de revisão poderá ser reaberta a discussão sobre tais factos.”

Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01-07-2015, Proc. n.º 3321/12.6TDPRT.P1, Relator: Neto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 17-08-2015.

²¹⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 182. No seu entender, “a fase de instrução não visa nunca um juízo sobre o mérito, mas tão-só um juízo sobre a acusação em ordem a verificar da admissibilidade da submissão do arguido a julgamento com base nessa acusação” (p. 167). Assim, “em todos os casos de não pronúncia, o tribunal não conhece do mérito da causa (...); trata-se sempre, pois, de uma decisão de conteúdo estritamente processual” (p. 194).

3.4. O Juiz de Instrução

Na esteira de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS comecemos por afirmar que “[o] *estatuto do juiz ou do tribunal* em processo penal, sendo fundamentalmente unitário, é todavia diversamente caracterizado consoante se tem ante os olhos a sua actividade como *dominus* de uma fase processual – seja a do julgamento ou a da instrução –, ou antes como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar ou autorizar certos actos processuais singulares que, na sua pura objectividade externa, se traduzem em ataque a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos”²¹⁹. Nesse sentido, importa, neste subcapítulo, atentar à dupla natureza funcional do órgão juiz de instrução, isto é, por um lado, tem competência para a direcção de uma fase processual autónoma, a instrução, e, por outro lado, incumbem-lhe a prática de atos que diretamente se prendem com direitos fundamentais das pessoas.

Atualmente, como já foi referido *supra*, o juiz de instrução tem vindo a perder importância no plano investigatório, sendo a direcção do inquérito penal entregue a outra entidade, em Portugal ao Ministério Público, que reúne as competências quer para a investigação, quer para a acusação. A nível europeu cada vez menos juízes realizam a investigação, estando progressivamente a substituir-se o chamado juiz *de* instrução por um juiz *da* instrução, ao qual não incumbe dirigir a investigação, mas garantir o controlo da legalidade das mesmas, *maxime* quando afetem a liberdade das pessoas. Daí ser comumente denominado de *juiz das liberdades* por diversa doutrina.

Separam-se, assim, nitidamente as funções das duas magistraturas, consagrando-se a autonomia do Ministério Público em relação ao poder judicial. A responsabilidade da investigação não é conjunta, nem solidária, pertencendo exclusivamente ao Ministério Público na fase pré-acusatória, enquanto que ao juiz de instrução caberá o exercício de todas as funções jurisdicionais na fase até à remessa do processo para julgamento, além da direcção da instrução, podendo aí, nos termos anteriormente

²¹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., pp. 15 e 16.

analisados, realizar também determinados atos de investigação em ordem à comprovação judicial da decisão de acusação ou arquivamento do inquérito.

Contudo, essa intervenção do juiz na fase processual presidida pelo Ministério Público, quando estejam em causa atos que interfiram com direitos fundamentais das pessoas, “obedece a um quadro de intervenção tipificada e provocada”²²⁰ na medida em que é ao Ministério Público que cabe o juízo sobre a oportunidade e avaliação da sua necessidade. O juiz de instrução não intervém oficiosamente nos processos dirigidos pelo Ministério Público, sendo-lhes alheio até ao momento em que a sua intervenção é requerida. Do exposto resulta que o juiz de instrução não deve exercer qualquer interferência na definição da estratégia investigativa, intervindo apenas pontualmente e a pedido.

Mais se acrescenta, na senda de CLAUS ROXIN, que “o juiz do inquérito não pode em caso algum examinar a utilidade da medida”²²¹ requerida, cabendo-lhe apenas examinar a sua admissibilidade. Ou seja, a prática de atos restritivos de direitos, liberdades e garantias, à qual está subjacente a ideia de garantia judiciária no sentido de haver uma necessária intervenção do juiz de instrução, depende, em primeira medida, do impulso do Ministério Público e do seu juízo sobre a oportunidade e a necessidade dessa intervenção.

Posto isto, e no que concerne à sua intervenção na fase de inquérito, ao juiz de instrução cabem nomeadamente os casos indicados no art. 268.º do CPP, que são atos de competência exclusiva do juiz de instrução, e no art. 269.º, também do CPP, que contém atos que têm que ser ordenados ou autorizados pelo juiz de instrução²²².

Ora, em relação aos primeiros compete, nomeadamente, ao juiz: proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido (alínea a)); proceder à aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial, à exceção do termo de identidade e residência, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público (alínea b)); proceder a

²²⁰ PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 174.

²²¹ CLAUS ROXIN, *apud* PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 176, nota 53. Nesse sentido, e agora segundo os ensinamentos partilhados por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, é “obrigação do juiz, uma vez verificados os pressupostos formais de procedência, *deferir* o requerido pelo Ministério Público” (Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, citado por PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 176).

²²² Para maior desenvolvimento sobre a temática dos atos jurisdicionais processuais no inquérito, *vide* JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., pp. 29 e ss..

buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, ao abrigo do n.º 3 do art. 177.º, do n.º 1 do art. 180.º e do art. 181.º, todos do CPP (alínea c)); tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do art. 179.º do CPP (alínea d)); declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos do art. 277.º, 280.º e 282.º, todos do CPP (alínea e)); praticar quaisquer outros atos que a lei expressamente lhe reservar (alínea f)).

Por outro lado, no que concerne aos atos cuja validade está dependente da ordem ou autorização do JIC, encontram-se: a efetivação de perícias, nos termos do n.º 2 do art. 154.º do CPP (alínea a)); a efetivação de exames, nos termos do n.º 2 do art. 172.º do CPP (alínea b)); buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do art. 177.º do CPP (alínea c)); apreensões de correspondência, nos termos do art. 179.º, n.º 1, do CPP (alínea d)); interceção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos arts. 187.º e 189.º, ambos do CPP (alínea e)); a prática de quaisquer outros atos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução (alínea f)).

Importa não olvidar que, para além dos indicados nestes preceitos, existem outros atos cuja prática é competência exclusiva do JIC dispersos pelo Código, como são exemplo, e sem preocupações de exaustividade, a admissão da constituição como assistente (cfr. art. 68.º, n.º 3), a condenação de faltosos e a emissão de mandados de detenção para comparência em diligência (cfr. art. 116.º), a recolha de declarações para memória futura (cfr. art. 271.º), além da necessária concordância a dar nos casos de arquivamento em caso de dispensa de pena (cfr. art. 280.º, n.º 1) e de suspensão provisória do processo (cfr. art. 281.º, n.º 1).

Acima de tudo, a intervenção do juiz de instrução na fase pré-acusatória é uma intervenção de garantia, de garantia sem limites dos direitos, liberdades e garantias nos termos constitucionalmente previstos. No fundo, a razão de ser da intervenção jurisdicional nesta fase traduz-se na “concretização da “janela da liberdade” absoluta necessária à democracia”²²³, sendo o juiz o “porteiro”²²⁴ dessa liberdade. A sua

²²³ *Idem*, p. 7.

intervenção é fundamental no sentido de evitar interferências injustas e desnecessárias nos direitos fundamentais das pessoas.

E cada vez mais assume maior importância esse seu papel. Nos últimos anos tem-se assistido a um desenvolvimento das estruturas policiais, das técnicas de investigação, ao aumento de empresas de segurança e científicas especializadas na investigação criminal, ao desenvolvimento de mecanismos como meios de vigilância eletrónicos, sistemas informáticos de controlo de dados, no fundo a uma série de novas realidades que acabam, inevitavelmente, por muito úteis que sejam, por conflitar com os direitos das pessoas e que, por isso, necessitam de um controlo mais apertado. O JIC deve funcionar, nesta circunstância, essencialmente, como o tal juiz das liberdades²²⁵, assumindo esse compromisso de defesa e garantia dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido. Com isto não pretendemos dizer, e recuperando as interessantes palavras de ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “que o Juiz de Instrução se substitua ao defensor do arguido, convertido num ardoroso cavaleiro em defesa da sua dama”²²⁶, mas apenas e tão-só que, não obstante esse “papel” que indubitavelmente cabe ao defensor do arguido, o juiz de instrução tem uma função garantística na fase de inquérito que não é de todo despicienda.

É nosso entendimento que esta garantia judiciária é absolutamente essencial na fase de inquérito, pois só uma entidade independente, imparcial e, acima de tudo, descomprometida com a titularidade da ação penal e sem competências investigatórias, pode garantir, de forma totalmente livre e insuspeita, o controlo da legalidade das investigações e o respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas. Seria desprovido de sentido que tal incumbência coubesse a qualquer outra entidade, nomeadamente ao Ministério Público, que é incapaz de oferecer as mesmas garantias de imparcialidade, neutralidade e distanciamento no controlo da legalidade das investigações por si efetuadas²²⁷. Seria, por muito objetiva que fosse a sua apreciação,

²²⁴ *Idem, ibidem.*

²²⁵ Este juiz das liberdades está também presente “na construção de um “direito dos direitos do homem” pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou na concepção do juiz da instrução elaborada no projecto de um processo penal europeu que é o *Corpus Iuris*”. Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 719.

²²⁶ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., p. 187.

²²⁷ Segundo JOSÉ MOURAZ LOPES (cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., pp. 6 e ss.), a necessidade de utilizar meios organizacionais de investigação poderosos com vista à concretização eficaz da política criminal delineada e assumida deve ser suportada num quadro constitucional e legal, em que a restrição dos direitos fundamentais que decorre da sua utilização, só possa ser efetuada através da intervenção de uma entidade independente e imparcial que atente na ponderação dos interesses em causa (p. 6).

como que um “juiz *em causa própria*”²²⁸, o que acabaria, indesejavelmente, por legitimar eventuais abusos e intromissões na esfera de direitos de cada cidadão. E a verdade é que o juiz de instrução se encontra numa posição mais favorável do que o Ministério Público para efetuar este juízo, na medida em que a este incumbe simultaneamente o papel de investigador e acusador. Esta função de garante das liberdades é atualmente um dado incontestável e incontestado, presente em todas as fases do processo, mas principalmente nas fases que antecedem o julgamento, já que é aqui que se são suscetíveis de se verificarem os ataques mais graves à liberdade das pessoas, sendo o juiz o único sujeito processual capaz de assegurar essa defesa²²⁹.

Esta separação de competências na fase *pre-trial* é absolutamente fulcral no nosso processo penal. Com isto não se elabora, de forma alguma, qualquer juízo de suspeição sobre a entidade Ministério Público, que não pode nunca descurar a sua função de proteção de direitos fundamentais, ou sobre a atividade por si desempenhada. Aliás, como já *supra* referimos, partilhamos uma visão manifestamente distinta daqueles autores que o fazem, porquanto o Ministério Público é um órgão de administração da justiça e deve ter como único objetivo a realização da justiça e a procura da verdade material, regendo-se apenas pelos princípios da legalidade e objetividade.

O que importa é cada uma das magistraturas ter o âmbito das suas competências bem definido. E nesse sentido, naturalmente, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, e tendo em conta as suas características, por um lado, e a natureza restritiva de direitos fundamentais das medidas que temos vindo a falar, por outro, não pode cumular também esta competência. Daí que o exercício de todas as funções

Ora, de acordo com a sua opinião, essa entidade só pode ser o juiz de instrução. Desde logo o Autor evoca a CEDH, que consagra, nos seus arts. 5.º e 6.º, o princípio da garantia judiciária, segundo o qual só um juiz poderá intervir no processo penal, na fase de investigação, para controlar a regularidade dessa investigação, para restringir direitos fundamentais, quer aplicando medidas de coação, quer autorizando atos de investigação que violem direitos fundamentais, quer até para controlar a remessa do processo para julgamento (p. 22).

O Autor sustenta que, não obstante a sujeição do Ministério Público a critérios de legalidade na sua atuação, nem por isso este órgão deixa de representar o Estado na sua atuação no exercício da ação penal, o que, conjuntamente com a sua importância em sede de definição de política criminal, evidencia a necessidade de ter de ser o juiz de instrução o garante dos direitos fundamentais dos cidadãos (p. 25). Mais acrescenta que, contrariamente ao que sucede com os juizes, os agentes do MP são responsáveis e hierarquicamente subordinados, tendo no topo dessa pirâmide hierárquica o Procurador-Geral da República, cuja nomeação e exoneração cabe ao Presidente da República, sob proposta do Governo (p. 26), pelo que conclui, não querendo com isso diminuir o MP, que existe uma conexão inevitável entre o exercício da ação penal e o poder político.

²²⁸ MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução...*, ob. cit., p. 23.

²²⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 718, que identifica nessa característica de garante das liberdades um “núcleo transnacional da função de juiz”.

jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento só possa caber ao juiz de instrução. A competência para aplicar medidas que contendam com direitos, liberdades e garantias é competência exclusiva do juiz de instrução, ou, melhor dizendo, do juiz das liberdades²³⁰. É esta a única entidade suficientemente independente, imparcial, e sujeita apenas a critérios de legalidade na sua atuação, de forma a poder assumir-se como o garante dos direitos, liberdades e garantias, evitando intromissões e interferências injustas por parte do órgão investigador, seja ele a polícia, seja o Ministério Público.

²³⁰ MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, na sua tese de doutoramento, defende que as fragilidades detetadas na prática no regime legal de intervenção do juiz de instrução no inquérito leva à desconstrução do mito do juiz das liberdades e garantias. Na sua visão, muito mais do que um *juiz das liberdades*, o juiz de instrução revela-se atualmente um “*juiz de ingerência*, um *colaborador do MP e dos OPCs*” (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução...*, ob. cit., p. 435) no sentido de intervenção restritiva em direitos fundamentais em processo penal. “Na aparência, o juiz surge como protector dos direitos do visado, chamado pelo legislador a controlar a legalidade das medidas pretendidas pelos investigadores. Ao ser-lhe reservada uma competência própria para autorizar aquelas medidas, o juiz não poderá deixar de decidir com fundamentação própria. Ao fazê-lo, a sua intervenção aproxima-se, porém, do papel de um juiz de ingerência ou intervenção, deixando-o bem distante do juiz das liberdades” (p. 447).

Traçando um breve percurso sobre a sua obra, verificámos que a Autora defende que o CPP reservou um papel demasiadamente formal ao juiz no inquérito, desde logo porque é duvidoso que um juiz mantido à margem da investigação, e, por esse motivo, privado de uma visão de conjunto da investigação, consiga acautelar, de forma eficaz, os direitos fundamentais das pessoas visadas pelas medidas restritivas que lhe são solicitadas (p. 24). Na sua opinião, a questão fundamental hoje a fazer já não passa por quem deve dirigir a investigação, nem sequer por quando deve o juiz intervir. Hoje, o centro da reflexão é como pode o juiz intervir, ou seja, o que importa analisar é se as condições em que o juiz pode participar no inquérito se demonstram suficientes para ele poder exercer cabalmente o desempenho da sua função de garante das liberdades (p. 25). Daí que a Autora faça a seguinte interrogação: “será este modelo suficiente para garantir na prática um processo penal leal e justo e evitar ingerências escusadas nos direitos fundamentais das pessoas? A que acresce uma outra que lhe está subjacente: para quê a intervenção judicial se ela for uma intervenção condicionada, ou mesmo meramente formal?” (p. 26).

MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS conclui na sua investigação que a decisão proferida pelo JIC, no âmbito das suas competências para, em sede de inquérito, autorizar medidas que traduzam ingerências em direitos, liberdades e garantias das pessoas, não reúne todas as características essenciais da atividade jurisdicional. Veja-se que, se classificarmos como jurisdicional, por exemplo, uma autorização judicial para a realização de uma busca, teríamos forçosamente de concluir que também o MP e os OPC’s exerceriam a função jurisdicional nos casos em que, por manifesta urgência e perigo na demora, tivessem de agir sem prévia autorização do juiz de instrução. Nesses casos, esses órgãos seriam uma “espécie de órgãos de jurisdição secundários, um juiz de urgência, o que desrespeitaria, porém, a aludida reserva constitucional de jurisdição atribuída aos tribunais, integrando usurpação de poder e, como tal, importando a nulidade do acto assim praticado” (p. 112). Dessa forma, a Autora acolhe a reflexão processual alemã, segundo a qual “a actividade do juiz no exercício das competências que lhe são reservadas para autorizar determinadas medidas processuais penais no inquérito criminal, não tendo natureza verdadeiramente jurisdicional, aproxima-se sobremaneira da actividade de natureza administrativa” (p. 447). Assim, “[é] inevitável concluir que a intervenção judicial no inquérito apenas assegura a autoria da decisão (jurisdição num sentido formal), mas não necessariamente as garantias processuais indispensáveis na formação de um processo decisório que configure jurisdição em sentido funcional” (p. 446).

No seu entender, a intervenção do juiz deve, por regra, acontecer num momento anterior ao da realização da medida, cabendo-lhe igualmente o controlo da verificação dos pressupostos da situação de perigo na demora na eventualidade de haver intervenção dos órgãos de investigação em sua substituição. De forma a evitar a frustração da reserva de juiz no inquérito e a inibição do controlo efetivo pela sua parte, há que ter atenção, nomeadamente, a dois fatores: “a transformação em excepção da competência-regra para a determinação de medidas de investigação restritivas de direitos e a vaguidade que caracteriza os parâmetros legais de autorização daquelas medidas” (p. 448). Além disso, é fundamental, para que uma medida autorizada (reserva primária) ou aprovada pelo juiz (reserva secundária) traduza a tutela jurisdicional efetiva garantida ao cidadão, que essa decisão judicial surja no âmbito de um procedimento minuciosamente regulado, com existência de contraditório prévio.

Mais sustenta a Autora que, contrariamente ao que é dito, a reserva de juiz na fase de inquérito da função de garante dos direitos fundamentais das pessoas, não tem servido exclusivamente para a tutela preventiva dos direitos dos visados, mas também para o “objectivo nuclear de aumentar a eficiência do Estado no combate e prevenção do crime” (p. 435), traduzindo-se, assim, na forma encontrada para possibilitar a intensificação dos instrumentos de investigação estaduais visando o combate a formas de criminalidade cada vez mais desenvolvidas e sofisticadas.

Nesse sentido, PAULO DÁ MESQUITA afirma que “[à] luz das categorias *garantia e controlo* o juiz de instrução na fase de inquérito tem uma natureza monofuncional”²³¹, na medida em que não controla o exercício da ação penal, sendo, outrossim, um garante de liberdades, avaliando judicialmente as iniciativas do Ministério Público que possam atingir a esfera de direitos fundamentais das pessoas visadas pelo inquérito, nomeadamente a sua liberdade pessoal, patrimonial e moral. Já, ao invés, na fase de instrução, a intervenção do órgão judicial caracteriza-se não só pela existência de semelhante função de garantia, mas também, e não menos importante, porque é o fundamento da própria fase processual autónoma instrução, por uma função de controlo, que se consubstancia na comprovação judicial da decisão de acusação ou arquivamento no final do inquérito.

Noutra linha de pensamento, agora no que diz respeito à função do JIC de direção da fase de instrução, não nos querendo tornar repetitivos, pouco mais há a acrescentar ao que já foi referido *supra*.

Nos termos do art. 288.º, n.º 1, do CPP, a direção da fase de instrução compete ao juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal. Compreender-se-ão, dentro deste poder de direção, a prática de todos os atos de instrução com vista à comprovação judicial da decisão de acusação ou de não acusação, e a direção e organização do debate instrutório. Ao abrigo do disposto do art. 290.º, n.º 2, do CPP, o juiz de instrução tem a possibilidade de delegar nos OPC’s o encargo de procederem a quaisquer diligências ou investigações no âmbito da instrução, com exceção do interrogatório do arguido, da inquirição de testemunhas e de atos que por lei sejam cometidos em exclusivo à competência do juiz, designadamente os referidos no n.º 1 do art. 268.º e no n.º 2 do art. 270.º, ambos do CPP.

Como resulta da própria natureza da fase de instrução, esta só pode ser dirigida pelo juiz *de* instrução, ou, como vem sendo sucessivamente afirmado pela doutrina, pelo juiz *da* instrução ou juiz *na* instrução, atendendo às suas parcas competências investigatórias. Por um lado, se a instrução é a comprovação *judicial* da decisão de acusar ou de não acusar, tem, evidentemente, de ser um juiz a conduzi-la; por outro, atendendo ao regime de impedimentos por participação em processo previsto no art.

²³¹ PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do Inquérito e Garantia...*, ob. cit., p. 177.

40.º do CPP, não pode, em circunstância alguma, ser o juiz de julgamento a entidade competente para essa direção.

De facto, a estrutura acusatória do processo penal implica que a entidade que preside à instrução seja distinta da que procede ao julgamento. Nesse sentido, o mencionado preceito, que já sofreu três alterações²³² ao longo do período de vigência do CPP de 1987, como forma de garantir a isenção do juiz, estipula atualmente que nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver aplicado medida de coação prevista nos arts. 200.º a 202.º, do CPP (alínea a)); presidido a debate instrutório (alínea b)); participado em julgamento anterior (alínea c)); proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior (alínea d)); recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta (alínea e)).

Tendo em consideração a finalidade da fase de instrução, prevista no art. 286.º, n.º 1, do CPP, ou seja, a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento, a intervenção do juiz de instrução nesta fase tem uma importante função de controlo, no sentido de garantir a justificada submissão do arguido a julgamento. É este o motivo que

²³² Na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, o art. 40.º do CPP consagrava apenas que “[n]enhum juiz pode intervir em recurso ou pedido de revisão relativos a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado, ou no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido.” Esta fórmula legal era manifestamente insuficiente e, por isso, alvo de críticas à data. Veja-se, v. g., o que escreveu GERMANO MARQUES DA SILVA a este propósito: “[n]ão se entende a limitação do impedimento à presidência do debate instrutório. Na verdade, se o juiz tiver praticado actos de inquérito ou actos de instrução pode também desde logo ter formado a sua convicção, pelo que a confiança na sua imparcialidade é igualmente periclitante. Por igualdade ou maioria de razão, se o juiz de instrução, ainda que não tenha presidido à instrução, tiver, no decurso do processo preliminar, ordenado a aplicação ao arguido de medidas de coacção”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 416.

A Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, aumentando o número de impedimentos ao caso em que o juiz tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido, passou a consagrar que “[n]enhum juiz pode intervir em recurso ou pedido de revisão relativos a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado, ou no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

A última alteração antes da versão atual, dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, foi feita pela Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, que dispunha que “[n]enhum juiz pode intervir em recurso ou pedido de revisão relativos a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado ou no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

Importa mencionar, porque foi fundamental no sentido desta evolução, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 186/98, Proc. n.º 528/97, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980186.html>, consultado em 29-06-2015, através do qual o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do art. 40.º do Código de Processo Penal na parte em que permitia a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, tivesse decretado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido, por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP.

fundamenta a existência da fase de instrução e da intervenção do juiz de instrução nesta mesma fase.

Vem sendo dito, entre outros por RAUL SOARES DA VEIGA²³³, que, sem prejuízo de todo o respeito que merece o Ministério Público, a verdade é que, e apesar da autonomia que o caracteriza e da sua sujeição a critérios de legalidade e objetividade, trata-se ainda de um órgão do Estado, cujos titulares estão hierarquizados na dependência do Procurador-Geral da República, e, portanto, com alguma dependência do poder político, sendo, além disso, responsáveis. Nesse sentido, e chegando inclusivamente a comparar o modo de agir dos magistrados do Ministério Público aos advogados²³⁴, assegura que aqueles não oferecem as mesmas garantias de isenção e respeito pelos direitos fundamentais que os juízes. E assim, conclui que, tendo um distanciamento e uma imparcialidade bem menores do que os juízes, têm o espírito menos livre para concluir pelo infundado da acusação²³⁵, enquanto um juiz não estará nunca, de modo algum, comprometido com a acusação.

A figura do juiz de instrução na fase de instrução é, assim, justificada por este ser a única entidade suficientemente isenta e imparcial, podendo, nesse sentido, controlar a bondade da decisão do Ministério Público no encerramento do inquérito, *maxime* quando essa decisão consubstancia uma acusação, constituindo, pois, um filtro na submissão a julgamento, evitando acusações insustentáveis e, conseqüentemente, julgamentos injustos.

Veremos *infra se*, de facto, essa intervenção se justifica, na certeza, porém, de que, mesmo que não seja necessária, a existência do JIC sempre será imposta pela estrutura acusatória do processo, pelo menos no que concerne à sua faceta de *juiz das*

²³³ RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 190 e ss..

²³⁴ O Autor sustenta que, mesmo não sendo o nosso processo um típico processo penal de partes, como o norte-americano, “onde o public attorney quer tanto a procedência da acusação como qualquer Advogado quer o êxito de um articulado por si subscrito -, a verdade é que, também no nosso sistema jurídico, o modo correcto de os Advogados agirem, como verdadeiros servidores da Justiça e do Direito (...), não é assim tão diferente do modo como devem agir os magistrados do Ministério Público, subordinados a deveres de legalidade e de objectividade (...).

Se é verdade que, no nosso sistema, o Ministério Público deve pedir a absolvição, ou a não pronúncia, sempre que, em face da prova produzida, constate que a condenação ou a pronúncia seriam injustas, também é verdade que nenhum Advogado deve defender uma causa que considere iníqua, que não deve litigar contra lei expressa e que, portanto, pode ter também que dar a mão à palmatória, relativamente a algo que tenha sustentado, embora tentando convolar a anterior tese numa nova tese, procedível, que seja o mais favorável possível aos interesses do seu constituínte”.

Cfr. *idem, ibidem*.

²³⁵ Seja por serem os seus próprios autores, seja por não quererem pôr em causa o colega que a elaborou. Cfr. *idem, ibidem*.

liberdades, isto é, sempre terá que existir um juiz, seja ele o juiz *de* instrução, *da* instrução, ou *das* liberdades, com a função de garantir a proteção do cidadão, em sede de inquérito, contra quaisquer medidas que possam, eventualmente, afetar, de alguma forma, um direito fundamental da pessoa visada. Essa função do JIC nunca sairá, a nosso ver, prejudicada por qualquer reflexão sobre o atual paradigma da fase de instrução.

Capítulo IV: A Previsão Constitucional da Instrução

O direito processual penal anda sempre *de mãos dadas* com a Constituição, de tal forma que, no domínio processual penal, surgem, inevitavelmente, questões de realização, compreensão e efetivação de Direito Constitucional, obrigando à apreciação conjunta das duas disciplinas normativas.

Ora, nesse sentido tornou-se tão recorrente falar-se em direito processual penal como um verdadeiro “*direito constitucional aplicado*”²³⁶ que tal afirmação é atualmente uma “frase batida”, que já dispensa mesmo a aposição de aspas”²³⁷. Com efeito, não restam dúvidas de que este está sempre estreitamente associado à Constituição, sendo também considerado como um “sismógrafo” ou “espelho da realidade constitucional”²³⁸, ou como um “sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico”²³⁹. Estas afirmações têm de ser entendidas, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o qual não resistimos a citar, “[n]uma dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, 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”²⁴⁰.

De facto, as normas constitucionais não são meros princípios programáticos, nem diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este pode moldar de acordo com a sua vontade e entendimento. A Constituição prescreve verdadeiras normas jurídicas, daí que a “marca constitucional”²⁴¹ deve estar sempre presente no direito processual penal. Este traduzir-se-á, assim, “no produto de uma longa evolução dirigida à escolha dos meios conducentes à realização óptima das tarefas próprias da administração da justiça

²³⁶ H. HENKEL *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 74, que foi depois citado por inúmeros autores.

²³⁷ MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito processual penal – “direito constitucional aplicado””, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 746.

²³⁸ CLAUS ROXIN *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal – Lições...*, ob. cit., p. 35.

²³⁹ H. J. RUDOLPHI *apud idem, ibidem*.

²⁴⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, ob. cit., p. 74.

²⁴¹ Expressão de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS. Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 87.

penal, sendo certo que na sua base estão sempre os alicerces constitucionais do Estado”²⁴².

Fica, assim, nítido que o modelo e a construção do direito processual penal devem obedecer e respeitar os parâmetros constitucionalmente fixados e os princípios estruturantes do processo, criando institutos e soluções respeitadoras dos direitos fundamentais processuais das pessoas, e efetuando a necessária compatibilização prática entre os valores relativos a direitos fundamentais materiais²⁴³. Ou seja, a definição do quadro estrutural base do processo penal deve estar de acordo com as soluções constitucionalmente impostas e com os princípios fundamentais consagrados.

Assim, “a cada nova ordem constitucional, um novo direito processual penal”²⁴⁴. A evolução constitucional reflete-se na evolução do processo penal, mais ainda num ordenamento jurídico como o português, que tanta atenção dedica diretamente na CRP ao domínio do processo penal. Tendo isto em conta, nem a mais perfunctória exposição sobre um tema do processo penal poderia prescindir da perspetiva constitucional sobre o mesmo.

De tal forma, importa começar por expor que é no art. 32.º da CRP que residem os principais princípios do processo penal, isto é, a chamada *constituição processual criminal*. Ora, tendo presente a matéria que temos vindo a abordar na nossa investigação, importa destacar o n.º 4 do referido artigo, que atualmente dispõe que “[t]oda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”. Contudo, para compreender o sentido e o alcance do conceito constitucional de instrução afigura-se-nos necessária uma perspetiva histórica sobre a evolução do preceito, acompanhada da sua relação com o novo CPP.

Já antes nos pronunciámos sobre toda a polémica da inconstitucionalidade do inquérito preliminar que surgiu no final da década de setenta. Ora, não pretendemos

²⁴² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal – Lições...*, ob. cit., p. 36.

²⁴³ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 87.

²⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...*, ob. cit., p. 515.

alongar-nos novamente nestas considerações, pelo que, neste capítulo, abordaremos tão-somente de forma ligeira essa evolução.

Com efeito, bem se sabe que, no domínio do CPP de 1929, era o juiz que dirigia a instrução, competência que, contudo, lhe veio a ser retirada pelo Decreto-Lei n.º 35.007, que, remodelando, de forma significativa, o CPP, atribuiu ao Ministério Público na instrução preparatória os poderes e funções que pertenciam, anteriormente, ao juiz, mas tornando, simultaneamente, a instrução contraditória obrigatória nos processos de querela. Com vista à simplificação e celeridade do processo penal, surgiu, trinta anos mais tarde, o Decreto-Lei n.º 605/75, que instituiu o inquérito policial relativamente aos crimes puníveis com pena correcional. Ora, tendo em conta a formulação originária do art. 32.º, n.º 4, primeira parte, da CRP, que dispunha que "toda a instrução será da competência de um juiz", muitas dúvidas se suscitaram sobre a conformidade constitucional do inquérito, isto não obstante as alterações efetuadas pelo Decreto-Lei n.º 377/77, que inclusivamente alterou a designação do inquérito policial para inquérito preliminar. Parecia, com efeito, resultar da letra da lei e de um elemento histórico de interpretação que o legislador constituinte pretendia subtrair ao Ministério Público a competência que lhe fora entregue para a direção da instrução pelo Decreto-Lei n.º 35.007, conduzindo, assim, novamente, à integral jurisdicionalização da instrução²⁴⁵.

Ora, enquadrada a questão²⁴⁶, urge perceber que o cenário se foi alterando em dois momentos distintos: num primeiro momento, em 1982, com a revisão constitucional do art. 32.º, n.º 4, da CRP, apesar de esta não ter solucionado diretamente a questão; e, em segundo lugar, com a entrada em vigor do CPP de 1987, que atribuiu a direção do inquérito, em termos genéricos equivalente à antiga instrução preparatória, ao Ministério Público, não obstante a proclamação constitucional de que a instrução seria competência do juiz.

O art. 32.º, n.º 4, da CRP, que antes dizia que "toda a instrução será da competência de um juiz, indicando a lei os casos em que ela deve assumir forma contraditória", foi alterado para a redação que ainda hoje se mantém, tendo a segunda parte do primitivo n.º 4 passado para a segunda parte do atual n.º 5.

²⁴⁵ Nas palavras de ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, "não é possível duvidar" da intenção do legislador constituinte. Cf. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, "Controlo garantístico dos direitos...", ob. cit., p. 190.

²⁴⁶ Para mais desenvolvimento, vide 2.3. e 2.4..

De facto, se se continuava a prescrever que a instrução era da competência de um juiz, o novo n.º 4 do art. 32.º da CRP era, no entanto, menos exigente do que o anterior, na medida em que se permitia a delegação noutras entidades dos atos instrutórios que não se prendessem diretamente com os direitos fundamentais. Nesse sentido, mesmo autores como, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA²⁴⁷, que antes se pronunciavam no sentido da inconstitucionalidade do inquérito preliminar, fazendo uma interpretação atualista da CRP, alteraram a sua posição, passando a entender que o conceito de instrução usado no art. 32.º, n.º 4, da CRP, não equivalia já a toda a atividade de averiguação, investigação e recolha de prova.

Com efeito, *instrução* “não é um conceito cujo conteúdo esteja fixado antecipadamente, à revelia dum contexto normativo espacial e temporalmente localizado”²⁴⁸, havendo que o interpretar numa perspetiva dinâmica²⁴⁹. Aliás, também a CRP não definiu onde começa a instrução²⁵⁰, nem este está inscrito em qualquer lei natural, concedendo-se, pois, alguma margem de manobra ao legislador ordinário, que fica incumbido de densificar tal conceito. Assim, indo de encontro à posição há muito assumida por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²⁵¹, o Tribunal Constitucional, nos seus Acórdãos n.º 7/87²⁵² e n.º 23/90²⁵³, concluiu pela constitucionalidade dos arts. 263.º e 286.º, n.º 2, do então novo CPP, fundamentalmente porquanto a CRP atribui ao Ministério Público, magistratura caracterizada pela sua autonomia e que deve pautar-se por critérios de estrita legalidade e objetividade, o exercício da ação penal e a direção do inquérito, reservando ao juiz de instrução a prática de todos os atos que se prendam com

²⁴⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 59.

²⁴⁸ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 110.

²⁴⁹ *Idem, ibidem.*

²⁵⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...*, ob. cit., p. 520.

²⁵¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 228.

²⁵² Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, Proc. n.º 302/86, Relator: Mário de Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>, consultado em 25-06-2015.

Não resistimos aqui a transcrever parte da declaração de voto de VITAL MOREIRA, que arguiu a inconstitucionalidade do art. 263.º do CPP: “É certo que o Código se guarda de considerar o tal «inquérito» como instrução, pretendendo, assim, solertemente, esquivar-se à condenação por inconstitucionalidade. Mas a «habilidade» é demasiado grosseira para merecer o sucesso com que o presente acórdão entendeu dever premiá-la. A verdade é que o legislador não pode pretender definir livremente os conceitos utilizados pela CRP.

Se a lei fundamental utilizou indubitavelmente o conceito de instrução para abranger «toda a instrução» (isto é, na antiga nomenclatura, não apenas a «instrução contraditória», mas também a «preparatória»), não pode vir o legislador a rebaptizar de «inquérito» a antiga instrução preparatória para assim a furtar à competência do juiz. Se o conceito constitucional compreende duas partes (a + b), não pode vir o legislador decretar que ele passa a abranger apenas a parte b, para desse modo afastar a parte a da mesma disciplina constitucional. As garantias constitucionais não podem ser terreno propício para a cultura de puros jogos de palavras ou para exercícios de nominalismo terminológico”.

²⁵³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/90, Proc. n.º 180/90, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900023.html>, consultado em 25-06-2015.

os direitos fundamentais, e dando ao arguido a possibilidade de requerer a abertura de instrução.

Ou seja, acabou por se restringir o conceito de instrução à antiga instrução contraditória, garantindo-se a sua judicialização apenas nestes moldes e libertando-se, nestes termos, o inquérito da intervenção judicial²⁵⁴. Nesse sentido, “[o] conceito de instrução usado na Constituição não coincide, pois, com os de acto de instrução ou fase de instrução do CPP; é mais amplo, por uma parte, enquanto abrange actos que no Código são actos de inquérito, e mais restrito, por outra, enquanto não abrange todos os actos que são qualificados de instrução pelo Código”²⁵⁵.

Apesar de o problema estar hoje relativamente pacificado e ultrapassado, para alguns autores “a decisão ficou longe de convencer e de encerrar a controvérsia”²⁵⁶. Veja-se, v. g., a visão de ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, muito crítico da opção tomada pelo nosso legislador. É seu entendimento que a subtração da instrução ao juiz, no seu sentido de recolha e valoração de prova, “está longe de ser «quimicamente pura»”²⁵⁷.

Concluindo, tenha sido ou não a intenção inicial do legislador constituinte a entrega ao juiz de instrução de toda a atividade processual penal até ao julgamento²⁵⁸, e independentemente das opiniões no sentido da inconstitucionalidade da entrega do inquérito ao Ministério Público, a verdade é que da leitura harmonizada que se faz da CRP resulta o figurino que temos hoje assente no CPP: uma fase de investigação (o inquérito) dirigida pelo Ministério Público, e ao qual o juiz de instrução é alheio, salvo no que concerne aos atos que se prendem diretamente com a esfera de direitos fundamentais das pessoas, que por ele devem ser autorizados ou mesmo praticados; e

²⁵⁴ De facto, entendendo-se que o art. 32.º, n.º 4, da CRP, confere a direção de toda a investigação criminal a um juiz, “estaremos perante um preceito inexecutável, desnecessário com tal amplitude, e o que será mais grave, responsável pelo completo bloqueamento da justiça penal”. Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 109.

²⁵⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 157.

²⁵⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...*, ob. cit., p. 521.

²⁵⁷ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., pp. 194 e ss..

O Autor afasta o argumento, que caracteriza de “farisaico”, “de que ao Juiz compete decidir e julgar e não instruir”. No seu entender “é indiscutível que ao Juiz compete julgar! Porém, a Instrução não é uma recolha mecânica e acrítica de provas, supõe a valoração do material probatório recolhido. E valorar é julgar e decidir!”.

²⁵⁸ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS consideram que vingou “uma interpretação, que se diria, mais do que minimalista, como que invertida, dessa garantia constitucional, que identificou como seu sentido essencial a reserva ao Juiz dos actos que se prendam com direitos fundamentais”. Acrescentam ainda os aludidos Autores que essa interpretação, não obstante ser dotada de lógica, “fez tábua rasa da vontade história do legislador constituinte”. Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III...*, ob. cit., p. 219.

uma fase de instrução, de carácter facultativo, dirigida pelo juiz de instrução, a que corresponde a ideia de garantia processual de salvaguarda do direito do arguido ao esclarecimento dos factos, com a sua participação, em ordem à decisão de o submeter a julgamento²⁵⁹.

É, pois, este o sentido da previsão constitucional da instrução. Alcançou-se um razoável equilíbrio ao garantir-se a intervenção do juiz de instrução, na fase de inquérito, em todos os atos que se prendem diretamente com os direitos fundamentais, mas libertando-o da responsabilidade da luta contra a criminalidade²⁶⁰. Esta fica a cargo do Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, mas prevendo-se uma fase, a fase de instrução, que visa o controlo judicial da sua decisão no fim do inquérito com vista a submeter ou não o arguido a julgamento.

²⁵⁹ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I...*, ob. cit., pp. 728 e 729.

²⁶⁰ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 59.

Capítulo V: Perspetiva Espacial da Fase de Instrução: Notas Breves sobre o Modelo de Outros Países

No sentido de poder perspetivar a fase de instrução com um olhar diferente, afigura-se-nos enriquecedor traçar umas notas panorâmicas sobre o seu enquadramento no modelo de processo penal de outros países. Tendo em conta a grande variedade de regimes, o mecanismo da comparação de direitos não é, nunca, despiciendo, permitindo uma análise mais abrangente e completa, contemplando outros problemas e soluções e, até mesmo, retirar exemplos positivos que se possam adaptar e transpor para o nosso ordenamento jurídico.

A este propósito, pouco após a entrada em vigor do CPP de 1987, JOSÉ SOUTO DE MOURA²⁶¹ elaborou, no que concerne a toda a fase preparatória do processo, isto é, inquérito e instrução, uma classificação sistemática, agrupando os regimes em três sistemas principais: o sistema inglês e dos países da “Common Law”; o sistema típico dos países socialistas; e, por último, o modelo francês.

Ora, no que ao primeiro dos modelos referidos diz respeito, importa salientar que a direção da fase preparatória compete unicamente às polícias, inexistindo quer uma jurisdição de instrução, quer uma instituição como o Ministério Público. As polícias são as entidades competentes para a investigação do feito e para a recolha probatória. No entanto, é o tribunal, e não a polícia, que toma a decisão de submeter alguém a julgamento, depois de realizado um debate oral e público entre a acusação e a defesa (“*Preliminary Inquiry*” ou “*Preliminary Examination*”).

Nos Estados Unidos, ao invés, e apesar de ser um sistema do género da Common Law, consagram-se soluções que se afastam significativamente do modelo existente em Inglaterra, desde logo pela existência do Ministério Público, que, no entanto, só surge no processo para acusar ou não acusar. “Não se ocupa da tarefa investigatória “qua

²⁶¹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., pp. 86 e ss..

tale”, certo que será ele a aduzir o “material probatório da culpa do arguido, quando tenha lugar a respectiva detenção, e a reclamação duma “audiência preliminar””²⁶².

Em relação ao segundo sistema referido, no qual se encontravam os países socialistas (com exceção da então Jugoslávia), alguns países africanos, árabes, certos cantões suíços e a República Federal da Alemanha caracteriza-se por uma investigação policial, controlada pelo Ministério Público, sem interferência do juiz de instrução no plano da investigação. No entanto, e com exceção da República Popular da China, que não conhecia sequer a figura do juiz “na instrução”, nos restantes países consagrava-se a possibilidade de intervenção deste juiz, a quem cabia a autorização ou prática de atos que atentassem contra a liberdade ou intimidade do cidadão.

No que toca ao encerramento da fase preparatória do processo, neste sistema essa decisão compete à entidade que dirigiu as investigações, não se passando, todavia, diretamente para o julgamento, na medida em que a jurisdição de julgamento, numa fase intermédia, decide se a acusação subsiste ou não (na República Federal da Alemanha chamava-se a “*Zwischenverfahren*”).

Por último, o terceiro grupo referido, o modelo de inspiração francesa, o qual influenciou países como a Bélgica, Holanda, Luxemburgo, e inspirou sistemas como o italiano, o espanhol e o português (entre 1976 e 1987), é caracterizado por uma distribuição de competências de investigação entre a polícia, o Ministério Público e o juiz de instrução. Estando a magistratura do Ministério Público dependente do poder executivo e exercendo a ação penal orientada por critérios de oportunidade, entende-se que apenas a independência do juiz pode garantir a necessária isenção na fase investigatória²⁶³.

Segundo este modelo, era a Câmara de Acusação que encerrava a fase preparatória, decidindo pela submissão ou não do arguido a julgamento. Todavia, em Espanha, era a jurisdição de julgamento que efetuava o controlo sobre as conclusões da investigação, discutindo-se se era essa a forma de iniciar o “*juicio oral*”, ou se era uma verdadeira fase intermédia.

²⁶² *Idem*, p. 87.

²⁶³ Para maior aprofundamento do modelo francês quer no seu país de origem, quer em Espanha, quer em Itália, *vide idem*, p. 88.

Com a enunciação desta divisão, de cariz histórico-comparado, visa-se, acima de tudo, tendo em conta o facto das características apontadas já não corresponderem hodiernamente ao modelo existente em cada país, compreender que há vários modelos possíveis, que se vão influenciando reciprocamente e absorvendo características de outros. Já atrás dissemos que os modelos acusatório e inquisitório se têm vindo a aproximar mútua e gradualmente. De facto, com a criação do *Crown Prosecution Service*, cada vez mais se denota a influência do processo tipicamente continental no sistema inglês, enquanto, por outro lado, na Europa continental tem-se abandonado pouco a pouco a figura do juiz de instrução enquanto responsável pela condução das investigações. Hoje, a tendência por toda a Europa reside na existência de uma fase de investigação dirigida pelo Ministério Público, com a possibilidade de intervenção do juiz de instrução na função de garante das liberdades, ou seja, intervindo não com o propósito de investigar, mas com o de garantir a legalidade das investigações e autorizar ou praticar os atos que contendam com os direitos fundamentais das pessoas²⁶⁴. Ou seja, encontra-se aqui precisamente o tal “núcleo transnacional da função de juiz”²⁶⁵ que refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES e que serviu de base à conceção de juiz de instrução presente no *Corpus Iuris*. Abandona-se, assim, o paradigma do juiz de instrução enquanto condutor das investigações.

Ora, em Itália, o juiz de instrução foi abolido no final da década de oitenta e substituído pelo *Giudice delle Indagini Preliminari (GIP)*²⁶⁶. A filosofia do novo processo penal traduz-se no domínio das *indagini preliminari* pelo Ministério Público, à

²⁶⁴ F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 27. Segundo o documento de trabalho do Senado Francês, datado de março de 2009, “*Les documents de travail du Sénat – Série Législation Comparée – L’instruction des Affaires Pénales n.º LC 195*”, “a entrega da responsabilidade pela investigação criminal ao Ministério Público é hoje um fenómeno geral, a nível europeu, ressalvando-se aí apenas o caso de Espanha”.

²⁶⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre...”, ob. cit., p. 718. “[Q]uer se trate do juiz de instrução alemão, do juiz de inquérito preliminar em Itália ou dos *justice of peace* ingleses, a sua função é a mesma: não a de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir o controle da legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo, quando elas afectem a liberdade das pessoas”.

De facto, nos últimos anos têm-se multiplicado os países que eliminam o juiz de instrução como juiz investigador ou diretor das investigações. Poucos são hoje os países europeus que continuam a consagrar a figura do juiz de instrução com amplos poderes investigatórios. Veja-se que, por exemplo, na Alemanha e em Itália, o juiz de instrução foi suprimido, respetivamente, em 1975 e 1988. Também na Suíça o papel do Ministério Público tem aumentado exponencialmente, tendo o Código que entrou em vigor de 2011 entregue na totalidade a competência investigatória ao Ministério Público. De forma idêntica, na Holanda é também o Ministério Público o ator principal da instrução. Cfr. SANTOS CABRAL, “O controlo judicial do despacho...”, ob. cit., p. 7, nota 5. A esse respeito, é sintomática a evolução que tem sucedido em França, pátria do *juge d’instruction*, nos últimos anos. Se já no final da década de oitenta, a Comissão *Justice Pénale et Droits de l’Homme*, presidida por MIREILLE DELMAS-MARTY, apresentou propostas no sentido da eliminação do juiz de instrução, em janeiro de 2009, o então presidente Sarkozy anunciou exatamente a mesma intenção. Para esse efeito, o *Comité Léger*, presidido pelo magistrado Philippe Léger, apresentou uma proposta que pretende transformar o juiz de instrução no *juge des libertés* (juiz das liberdades), confiando a direção do inquérito ao Ministério Público. Cfr. F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 28.

²⁶⁶ F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., p. 32.

semelhança do que acontece em Portugal relativamente ao inquérito, havendo uma identidade de linhas estruturais básicas²⁶⁷, se bem que, no ordenamento jurídico italiano, as *indagini preliminari* sejam ainda uma fase pré-processual. A fase de instrução formal²⁶⁸, dirigida pelo juiz de instrução, foi suprimida, sendo ao Ministério Público que incumbe a realização e direção das investigações, com a necessária recolha e identificação dos elementos probatórios, a fim de exercer a ação penal, podendo, para esse efeito, ser coadjuvado pela Polícia Judiciária.

No entanto, e também de modo semelhante ao que sucede no ordenamento jurídico português, a atividade do juiz nesta fase reduz-se à realização de determinados atos cuja prática é subtraída ao Ministério Público e que respeitam a finalidades diversas, tais “como a limitação da liberdade pessoal ou a *fixação* de «fragmentos» de prova”²⁶⁹.

Encerradas as *indagini preliminari*, o Ministério Público, nos termos do art. 408.º do *Codice de Procedura Penale*, “*presenta al giudice richiesta di archiviazione*”, no caso de falta de elementos para a prossecução do processo, ou então, nos termos do art. 405.º do *Codice*, exercita a ação penal, “*formulando l'imputazione*” e requerendo o “*rinvio a giudizio*”. No primeiro caso, se entender que não se verificam os pressupostos para arquivar o processo, o GIP pode ordenar ao Ministério Público que deduza a acusação, algo que não tem comparação no nosso ordenamento jurídico, pois violaria, nitidamente, a estrutura acusatória do processo. No caso de requerimento de remessa para julgamento, terá lugar a chamada *udienza preliminare*, realizada perante o *Giudice dell'udienza preliminare*, de carácter obrigatório, contrariamente à nossa fase de instrução, e onde é necessária a presença do Ministério Público e da defesa.

Mas enquanto o Ministério Público está obrigado a submeter à *udienza preliminare* a sua intenção de levar o processo a julgamento, o arguido pode optar, nos termos do art. 419.º, n.º 5, do *Codice*, por renunciar à audiência e requerer o *giudizio*

²⁶⁷ NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA e FERNANDO ANDRADE FERNANDES, “Orientações da Fase Preliminar do Processo Penal – Uma Análise Comparativa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5.º, N.º 3 e 4, Julho-Dezembro 1995, p. 430.

²⁶⁸ Esta fase era objeto de diversas críticas, nomeadamente o facto de ela prolongar excessivamente o processo, além da incompatibilidade com a estrutura acusatória do processo penal. Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos...*, ob. cit., p. 88.

²⁶⁹ LIVIO PEPINO, “Reflexões sobre o sistema processual italiano”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25.º, N.º 97, Janeiro-Março 2004, p. 77. Entre tais atos, contam-se, v. g., a interceção de conversações ou comunicações, despachos restritivos da liberdade pessoal, a produção, em contraditório, de atos irrepetíveis.

immediato. Não o fazendo, terá, então, lugar a audiência, que, quando o juiz considerar que pode decidir *allo stato degli atti*, declarando encerrada a discussão, culminará com uma *sentenza di non luogo a procedere* quando os elementos não sejam suficientes para levar o *imputato* a julgamento, ao abrigo do disposto no art. 425.º, ou com um *decreto che dispone il giudizio*, nos termos do art. 429.º. Sendo estes os mecanismos normais de prosseguimento do processo, importa apenas fazer uma breve referência em relação à possibilidade conferida ao arguido de recorrer aos *procedimenti speciali*, nos quais pode, nomeadamente, requerer o *giudizio abbreviato* (cfr. art. 438.º e seguintes) ou recorrer ao mecanismo da *applicazione della pena su richiesta* (cfr. art. 444.º e seguintes), optando por uma pena negociada.

De forma genérica, a *udienza preliminare* tem a função de filtro²⁷⁰, tal como acontece em Portugal com a fase de instrução. Serve, por um lado, de garantia ao arguido, na medida em que permite um controlo judicial sobre o fundamento da acusação deduzida pelo Ministério Público, evitando submissões injustificadas de pessoas inocentes a julgamento²⁷¹. Por outro lado, reduzindo o número de processos que vão a julgamento, obedece às exigências de economia processual^{272 273}.

Por outro lado, na Alemanha não está prevista uma fase equivalente à fase de instrução²⁷⁴. A *Strafprozeßordnung* (StPO), que consagra como estrutura base do processo penal um “processo acusatório mitigado pelo princípio da investigação”²⁷⁵,

²⁷⁰ *Idem*, p. 79.

²⁷¹ Vide NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA e FERNANDO ANDRADE FERNANDES, “Orientações da Fase Preliminar...”, ob. cit., p. 440.

²⁷² *Idem, ibidem*.

²⁷³ À semelhança do que acontece em Portugal relativamente à fase de instrução, também em Itália tem sido discutido o funcionamento prático da *udienza*, havendo inclusivamente quem defenda a eliminação desta fase. Segundo NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA e FERNANDO ANDRADE FERNANDES “tem havido uma deformação da finalidade implicitamente contida no texto legal, em função de, entre outros, dois motivos principais:

1.º) porque de um modo generalizado na finalização das investigações preliminares sempre tem lugar a audiência preliminar, sendo escasso o número de juízos imediatos celebrados;

2.º) porque na maioria dos casos a audiência termina com um decreto do juiz dispondo o envio do processo a julgamento, sendo escassas as hipóteses em que ocorre uma sentença de arquivo.

Devido a essa situação, a única função que cumpre esta fase processual é a de preparar o julgamento e não de servir de filtro para o *dibattimento*.

Considerando essa escassez de resultados de uma fase processual que emprega grandes recursos humanos e técnicos e que foi concebida pelo legislador depositando grandes esperanças na aceleração do processo penal e na melhoria da actividade dos sobrecarregados tribunais, Dominioni mostra-se radical e defende a modificação total do sistema ou a supressão desta fase”.

Cfr. *idem*, p. 441.

²⁷⁴ Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do Código de Processo Penal – Algumas questões de técnica e lógica processuais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, pp. 215 e ss., nota 4.

²⁷⁵ CLAUS ROXIN, “Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 385.

divide o processo em duas fases: uma primeira fase preparatória, de cariz investigatório, e uma segunda fase de introdução do feito em juízo, que é, no fundo, a audiência de julgamento²⁷⁶.

A fase de investigação (*Ermittlungsverfahren*) é dirigida pelo Ministério Público, que é uma entidade autónoma e que deve dirigir a investigação de forma imparcial, praticando os atos necessários a possibilitar a fundamentação da decisão final de acusação se se verificarem indícios suficientes, ou não acusação^{277 278}. O Juiz de Instrução já foi suprimido há algumas décadas²⁷⁹, sendo que atualmente o *Ermittlungsrichter* (Juiz das Averiguações) tem competência apenas para certas medidas que não podem ser praticadas pelo Ministério Público, nomeadamente medidas coercitivas.

Após a dedução da acusação, o processo é entregue ao tribunal de julgamento, que decidirá sobre a abertura da audiência de julgamento, o procedimento principal. Ou seja, não há aqui a consagração de uma fase processual autónoma como a fase de instrução. O juízo sobre a abertura da audiência, que se traduz numa função de controlo sobre a admissibilidade e a necessidade da perseguição penal²⁸⁰, compete ao tribunal de julgamento, sendo dada nesta fase ao *Angeschuldigte* (acusado) a possibilidade de apresentar objeções e requerer a realização de diligências probatórias (cfr. §201 da StPO).

Assim, nos termos do §203 da StPO, se, à luz das diligências realizadas no decurso desta fase, resultarem indícios suficientes de que o *Angeschuldigte* incorreu na prática de uma ofensa criminal, o tribunal decide pela abertura da *Hauptverfahren*. Pelo

²⁷⁶ Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos...*, ob. cit., p. 64.

²⁷⁷ CLAUS ROXIN, “Sobre o desenvolvimento...”, ob. cit., p. 385.

²⁷⁸ Também na Alemanha se vem levantando o problema que *supra* referimos em relação à *policialização* do inquérito. Na realidade o que acontece, não obstante dever ser o Ministério Público a entidade que efetivamente conduz as investigações, é que “esse domínio é meramente aparente na grande massa da criminalidade”, tornando o Ministério Público num “mero controlador da actividade policial” ou num “factor burocrático no processo penal”. Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos...*, ob. cit., p. 69.

²⁷⁹ O Juiz de Instrução foi parcialmente abolido na República de Weimar, tendo sido totalmente suprimido já há algumas décadas. Vide KURT MADLENER, “Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações a respeito da Justiça alemã”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 657.

²⁸⁰ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2013, e-book disponível em <https://books.google.pt/books?id=1UhBAQAAQBAJ&pg=PT115&lpg=PT115&dq=instru%C3%A7%C3%A3o+fase+processual+aut%C3%B3noma&source=bl&ots=6zN-vG2Cym&sig=s6iFXtUdz34fgoV5EFKvIrbnYiE&hl=pt-PT&sa=X&ved=0CEMQ6AEwBmoVChMI3vXkmYCSxgIVAVYUCh3YpgBP#v=onepage&q&f=false>, consultado em 15-06-2015.

contrário, no caso de não se verificarem os pressupostos legais para a abertura do procedimento principal, o tribunal decide, nos termos do §204, não abrir a audiência, tendo, no entanto, que constar dessa decisão se se baseia em fundamentos de facto ou de direito.

De acordo com o exposto, constata-se que a solução apresentada pela StPO diverge frontalmente da solução do nosso CPP. De facto, no ordenamento jurídico alemão, o controlo sobre a acusação e decisão sobre a abertura da audiência é efetuado pelo próprio tribunal que vai, num momento subsequente, julgar o caso, enquanto que, na fase de instrução portuguesa, tais funções competem a órgãos distintos, consagrando-se a necessária e vantajosa separação de competências entre juiz de instrução e juiz de julgamento²⁸¹.

Ora, se na Alemanha não está consagrada qualquer fase processual equivalente à fase de instrução, o mesmo não se pode dizer no sistema norte-americano, que prevê a *preliminary hearing*. Aliás, como referido *supra*, o legislador português desenhou alguns dos traços mais característicos da fase de instrução tendo por referência e modelo precisamente a *preliminary hearing* dos EUA.

Esta audiência preliminar é, na senda do que também acontece com o sistema do *grand jury*, uma audiência para se decidir da submissão de um caso a julgamento. Veja-se que a *Fifth Amendment to the United States Constitution* proclama que “[n]o person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury...”. Ora, pretende-se pois “garantir que a decisão do Procurador de acusar por crimes mais graves (*felony offenses*) seja sujeita a verificação e controlo de modo independente”²⁸². Contudo, nem todos os estados federados contemplam efetivamente o sistema do *grand jury*, tendo sido substituído pela *preliminary hearing*.

²⁸¹ Aliás, segundo PAULO DE SOUSA MENDES, na Alemanha este procedimento tem sido questionado na medida em que, perante uma decisão de abertura da *Hauptverfahren*, o acusado torna-se alvo de um “pré-juízo acerca da prática do facto punível, o que é ainda mais gravoso se tivermos em conta que esse pré-juízo é formulado precisamente pelo tribunal que, se seguida, julgará a causa penal”. Mais sustenta o Autor que esta crítica tem sido apontada por CLAUS ROXIN, que sempre defendeu que a decisão sobre a abertura do procedimento principal deveria ser entregue a outro órgão jurisdicional, por exemplo, um “tribunal de admissão (*Eröffnungsgericht*) ou um juiz de admissão (*Eröffnungsrichter*)”. Cfr. *idem*.

²⁸² ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 90.

Esta, de natureza oral, contraditória e pública, é um procedimento, realizado após a acusação do Procurador, que visa, em termos gerais, determinar se há matéria indiciária suficiente para submeter o arguido a julgamento. Nesse sentido, o caso só será levado a julgamento se o tribunal concluir que há *probable cause* para acreditar que foi, de facto, o arguido que praticou o crime. Verificando que não há *probable cause*, o juiz decide pela não realização do julgamento (*dismissal of the complaint*)²⁸³.

O funcionamento do sistema do *grand jury* é manifestamente diferente, pois, para além de ser secreto, os poderes investigatórios deste são, sobremaneira, amplos, podendo até dispor de meios coercitivos para a obtenção de prova (*subpoena authority*)²⁸⁴. Porém, um fator aproxima os dois institutos: a imparcialidade da entidade decisória, um juiz no caso da *preliminary hearing*, jurados populares no caso do *grand jury*²⁸⁵.

Finalizando a análise do sistema norte-americano, uma última consideração importa tecer. Pelo que afirmámos, há inúmeras semelhanças entre a fase de instrução e a *preliminary hearing*, mas, ao invés do que acontece com a decisão instrutória, que, no caso de pronúncia pelos factos constantes da acusação é irrecorrível, a decisão do juiz que determinar a *probable cause* é recorrível, com fundamento em insuficiência de prova, podendo inclusivamente haver nova audiência ou mesmo a apresentação do caso perante o *grand jury*²⁸⁶.

Prosseguindo no périplo pelo sistema de diferentes países, analisemos agora, brevemente, o sistema processual penal brasileiro. Neste, o processo inicia-se, nos termos do art. 4.º do Código de Processo Penal brasileiro, com o inquérito policial, procedimento administrativo, secreto e escrito, conduzido pelo Delegado de Polícia ou pelo Delegado Federal, órgãos respetivamente pertencentes à Polícia Judiciária e à Polícia Federal, conforme o crime seja da competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal, e que visa obter elementos que permitam ao titular da ação penal (ao Ministério Público ou ao ofendido, consoante o crime seja de ação pública ou privada, segundo o

²⁸³ *Idem, ibidem.*

²⁸⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual...*, ob. cit..

²⁸⁵ *Idem.*

²⁸⁶ *Idem.*

disposto nos arts. 24.º e 30.º) decidir pela propositura da ação penal ou pelo arquivamento²⁸⁷.

Ou seja, no sistema brasileiro, a direção das investigações não incumbe nem ao Ministério Público²⁸⁸, nem ao juiz. Àquele, conforme dispõe o art. 129.º, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete apenas exercer o controle externo da atividade policial, enquanto que este permanece tradicionalmente afastado do inquérito policial, intervindo apenas, segundo o que a doutrina vem afirmando, no perfil de “controlador da legalidade dos atos praticados e de garantidor dos direitos fundamentais do indiciado”²⁸⁹.

Digno de destaque nesta investigação é o facto de não se prever qualquer fase processual autónoma com finalidades idênticas à fase de instrução, salvo no caso de processos da competência do tribunal de júri, regulados pelos arts. 406.º e seguintes do Código. Neste procedimento, recebida a denúncia ou a queixa pelo juiz, e após a realização de diligências preliminares, realizar-se-á a audiência de instrução (cfr. art. 411.º do Código), finda a qual, ao abrigo do disposto no art. 413.º do mesmo diploma, o juiz poderá pronunciar *se convencido da materialidade do facto e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*. No caso contrário, o juiz impronunciará o acusado (cfr. art. 414.º do Código). O Código brasileiro vai ainda mais longe no art. 415.º, ao permitir que, imediatamente nesta fase, o juiz absolva o acusado quando: *provada a inexistência do facto; provado não ser ele autor ou partícipe do facto; o facto não constituir infração penal; demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime*.

Contudo, se é verdade que no processo comum não há nenhuma fase de instrução propriamente dita, impõe-se-nos, mesmo assim, fazer uma referência ao art. 28.º do Código, segundo o qual, quando o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial e o juiz considerar improcedentes as razões invocadas, este último remete o inquérito ao procurador-geral, que oferecerá a denúncia, designará outro órgão

²⁸⁷ L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO e NUNO BRANDÃO, “Sistemas Processuais do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, (org.) L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 41 e ss..

²⁸⁸ “Discute-se atualmente qual o papel do Ministério Público no âmbito da investigação criminal. Inegavelmente, pode requisitar diligências à polícia judiciária, que tem o dever legal de cumpri-las. A discussão atual reside na controvérsia de, ele próprio, tomar a si a investigação de um crime”. Cfr. *idem*, p. 43.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*.

do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então o juiz estará obrigado a atender. Podemos, pois, concluir que o sistema brasileiro contempla então um mecanismo de controlo judicial oficioso da decisão de arquivamento.

Por último, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre o processo penal internacional. Foi em 17 de julho de 1998, em Roma, que foi criado o primeiro Tribunal Penal Internacional permanente, dotado de jurisdição para os crimes de maior gravidade com alcance internacional (cfr. art. 1.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional).

Este, na esteira do que sucede com o *Codice di Procedura Penale*, impõe, obrigatoriamente, uma apreciação judicial da acusação antes do julgamento. O Estatuto criou uma verdadeira fase processual, a fase instrutória, dirigida por um juízo de instrução (*Pre-Trial Chamber*). Aos juízes deste tribunal caberá, em linhas gerais, assegurar a eficácia e a integridade do processo e proteger os direitos de defesa (cfr. art. 56.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto). São, nesse sentido, verdadeiros juízes das liberdades²⁹⁰. Controlam a legalidade da atividade do procurador na fase investigatória, competindo-lhes, ademais, a autorização para a prática de atos que contendam com a liberdade e privacidade das pessoas, como emitir mandados de busca e detenção, assegurar a proteção e o respeito pela privacidade de vítimas e testemunhas, pelas pessoas detidas, entre outras medidas.

Já na mencionada fase instrutória, o juízo de instrução realizará uma audiência na qual aprecia os factos constantes da acusação com base nos quais o procurador pretende requerer o julgamento (cfr. art. 61.º, n.º 1, do Estatuto). De acordo com os factos apurados nessa audiência, o juízo decidirá se existem provas suficientes de que o arguido incorreu na prática do crime por que vem acusado (cfr. art. 61.º, n.º 7, do Estatuto). Se for esse o caso, o juízo declarará procedente a acusação e remeterá o arguido para o juízo de julgamento em 1.ª instância a fim de ser julgado. Se, ao invés, não reunir provas suficientes, o juízo não declarará procedente a acusação. Numa terceira hipótese, o juízo tem ainda o poder de adiar a audiência e solicitar ao procurador que considere a possibilidade de apresentar novas provas ou efetuar novo

²⁹⁰ Cfr. WLADIMIR BRITO, “Processo penal internacional”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 242 e ss..

inquérito relativamente a um determinado facto constante da acusação, ou modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.

Ou seja, a fase instrutória tende a divergir de algumas formas da fase de instrução prevista no nosso CPP. Para além de aquela fase ser de natureza obrigatória, é, no mínimo, interessante a formulação do Estatuto, que confere ao juízo de instrução a faculdade de *solicitar ao procurador que considere a possibilidade de modificar a acusação*, algo que não tem paralelo no nosso ordenamento jurídico.

Pretendeu-se, com a criação deste juízo, assegurar o direito a um julgamento justo e célere, evitando acusações infundadas e injustas, garantir o exercício do direito de defesa do acusado e proteger a sua liberdade, e salvaguardar os direitos das vítimas e testemunhas²⁹¹.

Afigura-se-nos ter ficado bem patente, pelo percurso que realizámos por diferentes ordenamentos jurídicos, que as soluções apresentadas a propósito de uma eventual fase de instrução como *comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito* apresentam inúmeras divergências. De facto, estando vários interesses em jogo em países com tradições e idiossincrasias muito próprias, o tema é indubitavelmente polémico, o que conduz à variedade de conceções que fomos demonstrando, não facilitando a criação de um paradigma unitário de instrução. Se alguns países impõem a obrigatoriedade de uma audiência preliminar ou fase de instrução como forma de comprovar a decisão do Ministério Público no final do inquérito, outros apenas a preveem como fase facultativa, havendo até países em que tal fase, em termos genéricos, não tem lugar na sistemática processual penal. E em todos eles, apesar de algumas semelhanças e de inspirações recíprocas, há traços que são únicos.

²⁹¹ *Idem*, p. 243.

Capítulo VI: Reflexão Crítica sobre o Sentido de Algumas Alterações Legislativas na Fase de Instrução

6.1. Nota Introdutória

Se em termos de lógica estrutural de uma investigação é absolutamente coerente ter-se como ponto de partida um determinado panorama geral para se alcançar uma dada conclusão específica, o que ora nos propomos realizar não respeitará esses trâmites. Ao invés, adotaremos uma estrutura diametralmente oposta. Visamos, outrossim, neste capítulo abordar determinados aspetos que se nos afiguram cruciais para repensar a fase da instrução em si mesma, como um todo.

O legislador configurou, como já por diversas vezes repetimos, a fase de instrução com a finalidade de comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Importa, nesse sentido, aferir se o caminho, algo sinuoso, que se tem efetuado desde o momento de elaboração do CPP de 1987 tem respeitado essa finalidade, ou se, pelo contrário, dela se tem afastado, conduzindo, inelutavelmente, a um desvirtuamento desta fase, pelo menos nos moldes em que foi inicialmente pensada.

Mas, tendo como ponto de chegada a realização desse julgamento, afigura-se-nos pertinente analisar determinados aspetos concretos que têm sido doutrinariamente controversos. Só assim, cremos, estaremos em condições de fazer esse julgamento. Só assim poderemos determinar o sentido hodierno da fase instrutória. Só assim seremos capazes de concluir para onde caminha a fase de instrução e qual deve ser, em nossa opinião, o percurso a tomar. Porque, e adaptando as mágicas palavras de JOSÉ RÉGIO no seu Cântico Negro, não basta, numa investigação, afirmar:

“Não sei por onde vou,

Não sei para onde vou

Sei que não vou por aí!”.

Ora, veja-se que o CPP já teve, desde a sua redação original, vinte e oito versões, entre alterações legislativas e retificações. De todas essas alterações houve duas que se destacaram: a de 1998, operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, e preparada pela comissão dirigida pelo professor GERMANO MARQUES DA SILVA; e a de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, preparada pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, coordenada por RUI CARLOS PEREIRA²⁹². É, contudo, na célebre revisão de 2007 que centraremos a grande parte da nossa atenção. De facto, esta revisão trouxe alterações de vulto em todo o processo penal e, em particular, na fase de instrução. E se trouxe alterações cuja bondade é indiscutível e que se identificam com a finalidade apontada a esta fase, outras trouxe que, em nosso entender, dela se demarcam consideravelmente. E não obstante não olvidarmos que esta revisão já sucedeu há oito anos, afigura-se-nos que os temas que iremos abordar se mantêm atuais e polémicos, justificando-se, assim, o seu tratamento autónomo. Nesse sentido, nos subcapítulos subsequentes analisaremos: a consagração da regra da publicidade da instrução, sem exceções (art. 86.º do CPP); o papel do juiz de instrução na determinação do segredo de justiça no inquérito (art. 86.º, n.º 3, do CPP); a introdução da regra do contraditório nos atos de instrução (art. 289.º, n.º 2, do CPP); o regime da alteração substancial de factos na fase de instrução (art. 303.º do CPP); e a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, mesmo na parte respeitante a nulidades e outras questões prévias ou incidentais (art. 310.º, n.º 1, do CPP).

6.2. A Regra da Publicidade na Fase de Instrução

Na redação anterior à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, o art. 86.º, n.º 1, do CPP dispunha que “[o] processo penal é, sob pena de nulidade, público, a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida”. Mais acrescentava que, no caso de instrução requerida pelo arguido, o

²⁹² L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO e NUNO BRANDÃO, “Sistemas Processuais do Brasil...”, ob. cit., p. 18.

processo era público a partir do recebimento do requerimento de abertura de instrução, conquanto o arguido não declarasse que se opunha à sua publicidade.

Entendia-se que, se a instrução fosse requerida pelo assistente ou por este e pelo arguido, como já houvera anteriormente uma decisão de não acusação, pelo menos parcial, do Ministério Público, a permanência do processo em segredo de justiça era legitimada pelo princípio da presunção de inocência. O contrário sucedia no caso de instrução requerida exclusivamente pelo arguido. Nessa situação, perante a dedução de uma acusação, e não obstante o referido princípio e a perda de privacidade, o arguido, em nome do exercício do seu direito de defesa, podia preferir a publicidade do processo²⁹³.

Ora, a revisão do CPP de 2007, não obstante não ter sido esse o conteúdo da Proposta de Lei n.º 109/X, que dava ao arguido a possibilidade de declarar a sua oposição à publicidade, continuando o processo sujeito a segredo de justiça até à decisão instrutória, afastou o paradigma até então existente, realizando uma verdadeira revolução no processo penal²⁹⁴ ao consagrar a publicidade interna e externa de todo o processo como regra. A fase de instrução é sempre, e sem exceção, pública. Apenas o inquérito pode ser sujeito a segredo de justiça, e sempre mediante decisão ou validação do juiz de instrução.

Importa delimitar e restringir o campo de análise em que nos iremos movimentar. É inviável e indesejável realizar nesta sede uma investigação exaustiva desta matéria, que já foi objeto de tantos e tantos estudos e publicações, pelo que, não descurando o traçar de um panorama geral sobre o fundamento do segredo de justiça²⁹⁵ e sobre a regra da publicidade na fase de inquérito, o que nos motiva neste âmbito é evidenciar as consequências que esta alteração acarretou para a estrutura do processo penal, mormente para a fase de instrução.

²⁹³ MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito...”, ob. cit., p. 1247. Para ANDRÉ LAMAS LEITE, a possibilidade que o arguido tinha de, no requerimento de abertura de instrução, declarar que se opunha à publicidade era uma “demonstração legislativa do interesse da protecção da honra e privacidade do arguido”. Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2006, p. 542, nota 8.

²⁹⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 236.

²⁹⁵ Vide, para uma síntese da doutrina em relação a esta matéria, VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., pp. 182 e ss.; MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça na relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal – (In)compatibilidade com a estrutura do processo penal*, Rei dos Livros, 2011, p. 96. Para uma visão de conjunto sobre o tema, vide MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito...”, ob. cit., pp. 1241 e ss..

Note-se que no processo penal coexistem vários interesses em jogo, aos quais correspondem posições, em princípio, não coincidentes, pertencendo ao legislador a tarefa de tentar compatibilizá-los e harmonizá-los. Ora, se o Ministério Público (e também o assistente), por ser a entidade que dirige a investigação, pretenderá manter o processo em segredo o maior período de tempo que puder, atrasando o acesso aos autos por parte da defesa, o arguido, por outro lado, de forma a preparar a sua defesa, quererá aceder livre e plenamente ao processo mal lhe seja permitido.

Assim, têm sido aduzidos diversos fundamentos do segredo de justiça na doutrina, não havendo consenso quanto aos mesmos²⁹⁶. Alguns autores destacam, sobretudo, a preservação da eficácia na investigação²⁹⁷, outros optam por sublinhar também a importância que o segredo de justiça revela para a proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos processuais, *maxime* os relacionados com o princípio da presunção de inocência do arguido²⁹⁸, havendo, ainda, quem sustente que coexistem vários interesses tutelados simultaneamente, não havendo prevalência de nenhum desses fundamentos sobre os outros²⁹⁹.

²⁹⁶ Cfr. MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit., p. 96.

²⁹⁷ Neste sentido vão, por exemplo, VINÍCIO RIBEIRO, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, MEDINA DE SEIÇA e ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR.

Para VINÍCIO RIBEIRO, “o segredo de justiça, na fase investigatória (inquérito), visa acautelar, primeiramente, os interesses da investigação e, mediata ou reflexamente, outros (...) interesses já assinalados (do arguido, da vítima, das testemunhas, etc.)”. Cfr. VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 197.

Na opinião de FIGUEIREDO DIAS, o segredo de justiça “existe para proteger não só o arguido, mas também e até, não me custa afirmá-lo, principalmente os interesses da investigação. (...) Ora o interesse da investigação é interesse, simultaneamente, público e (o que tantas vezes se esquece) privado: o interesse das vítimas que clamam pela tutela das suas expectativas na validade das normas”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *apud* VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 193.

MEDINA DE SEIÇA, defende também que a “existência do segredo de justiça decorre primariamente de exigências de funcionalidade de administração da justiça, particularmente perante o risco de perturbação das diligências probatórias e de investigação”. Cfr. A. MEDINA DE SEIÇA *apud* VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 193.

De forma idêntica, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR sustenta que o “segredo de justiça (ou, melhor, a exclusão da publicidade do processo preliminar), teleológica, estrutural e conceptualmente protegia a investigação. Só adjacentes se lhe foram colando outros valores, relevantes, é certo, mas que, enquanto tais, têm meios e vias autónomos de protecção”. Mais adianta o Autor que atualmente, “o fundamento do segredo reside numa tripla ordem de considerações e interesses, alguns em notória tensão dialéctica. Serve o interesse do Estado na realização de uma justiça serena e independente, poupada a intromissões de terceiros e a especulações sensacionalistas que perturbem a serenidade e o rigor dos inquéritos, ou o interesse em evitar que o arguido, pelo conhecimento antecipado dos factos e provas, actue de forma a perturbar o processo dificultando o apuramento dos factos ou a reunião das provas”. Contudo, termina realçando que a última finalidade referida é, rigorosamente, a essencial e a única que deveria existir. Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: reforma ou revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, p. 350.

²⁹⁸ Entre os autores que põem a tónica do lado do princípio da presunção de inocência encontra-se, por exemplo, MÁRIO FERREIRA MONTE. Segundo o Autor, “a presunção de inocência [assume-se] como um interesse que fundamenta em grande parte o segredo de justiça”, tendo um peso significativo, não obstante a existência de outros interesses que também fundamentam o segredo de justiça. *Vide* MÁRIO FERREIRA MONTE *apud* MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit., p. 100.

²⁹⁹ Entre os autores que consideram ser diversos os interesses principais em jogo, procurando abranger quer os ligados à investigação, quer os que se centram na proteção dos direitos dos sujeitos principais, designadamente o princípio da presunção de inocência do arguido, encontram-se, entre outros, GERMANO MARQUES DA SILVA, MARIA JOÃO ANTUNES, FREDERICO

Tendo presente o quadro exposto, afigura-se-nos que, independentemente de haver ou não uma finalidade prevalecente, certo é que subjazem, necessariamente, à determinação do segredo de justiça e conseqüente exclusão da publicidade processual interesses de índole diferente e, porventura, em tensão dialética. Por um lado, a publicidade do processo pode perturbar a eficácia das investigações e a serenidade dos órgãos encarregues dessa tarefa, existindo todo o interesse do Estado, na demanda de uma *justiça verdadeiramente justa*, em subtrair qualquer especulação ou influência externa que possa, de alguma forma, interferir no andamento da investigação. Veja-se que falamos não só de órgãos de comunicação social, como dos próprios sujeitos processuais, *maxime* o arguido, que pode pretender dificultar o mais possível a investigação e a obtenção de prova, influenciando os resultados finais da investigação, em seu benefício.

DE LACERDA DA COSTA PINTO, ANDRÉ LAMAS LEITE, JORGE CARLOS FONSECA e MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES.

Para GERMANO MARQUES DA SILVA, “[o] núcleo essencial do segredo de justiça é a protecção dos interesses da investigação e da honra dos participantes, mas a tutela desses interesses tem de ser feita em função das circunstâncias concretas do caso e, por isso, que a lei confie, em última instância, ao juiz”. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, p. 259.

Partilhando a mesma linha de pensamento, MARIA JOÃO ANTUNES justifica o segredo de justiça arguindo que se pretende “assegurar uma investigação da notícia do crime que não corra o risco de ser perturbada, ou mesmo irremediavelmente prejudicada, por factores exteriores à administração da justiça penal, ao mesmo tempo que importa tutelar de forma efectiva a presunção de inocência do arguido”. Cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito...”, ob. cit., p. 1244.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO expõe uma tripla ordem de ideias: “[a] vigência do segredo de justiça nas fases preliminares do processo penal é plurisignificativa no plano axiológico: trata-se, por um lado, de um mecanismo destinado a garantir a efectividade social do princípio da presunção de inocência do arguido, durante fases processuais que ainda estão cronologicamente distantes do julgamento (...); noutro plano, é uma forma de garantir condições de eficiência da investigação e de preservação de possíveis meios de prova (...); finalmente, como variante específica deste último aspecto, o segredo de justiça pode assumir igualmente uma função de garantia para pessoas que intervêm no processo – em particular as vítimas e as testemunhas – que, de outra forma, poderiam ficar numa fase preliminar do processo expostas a retaliações e vinganças de arguidos ou pessoas que lhes sejam próximas”. Cfr. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Segredo de Justiça e acesso ao Processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, p. 71.

Segundo ANDRÉ LAMAS LEITE, a consagração do segredo tem dois objetivos fundamentais: “à cabeça surge a eficácia da investigação criminal, precipitada na preservação e integridade do material probatório e no asseguramento de que o plano investigatório traçado decorra até final sem intromissões prejudiciais, *maxime* do arguido”; “[a] cresce a esta ratio, a defesa da honra e da intimidade da vida privada dos sujeitos processuais (de modo particular do arguido), tanto mais que o processo pode quedar-se por um despacho de arquivamento ou de não pronúncia. Estriba-se este argumento, directa ou indirectamente, na presunção de inocência”. Ou seja, além dos interesses da investigação, o segredo de justiça está também ao serviço da defesa do princípio constante no art. 32.º, n.º 2, da CRP. Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Segredo de Justiça Interno, Inquérito...”, ob. cit., pp. 541 e ss.. Por outro lado, JORGE CARLOS FONSECA sublinha que a instituição do segredo de justiça tem em conta não só o interesse da investigação, mas também outros interesses, “para além do respeito de um conteúdo irredutível de outros princípios e valores que presidem a um processo penal de um Estado de direito – falamos, concretamente, da presunção de inocência do arguido e do respeito pela intimidade da vida privada dos cidadãos ou pela liberdade de informação”. Vide JORGE CARLOS FONSECA, “Reforma do processo penal e criminalidade organizada”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 427-428.

Por último, mencionaremos ainda a opinião de MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, segundo os quais o fundamento da consagração do segredo assenta numa tríplice ordem de razões: “facilitar os objectivos da perseguição e censura criminais, evitando-se assim transportar para o público todo o trabalho de procura e valoração da prova”; “preservar a vida privada do arguido (...) de agressões desnecessárias que poderiam afrontar a sua dignidade pessoal”; “salvaguardar a administração da justiça, subtraindo os seus operadores às pressões da opinião pública”. Cfr. MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado, I Volume...*, ob. cit., pp. 575-576.

Por outro lado, é manifestamente evidente que a publicidade do processo penal pode ainda prejudicar diferentes sujeitos processuais, de distintas formas, e até mesmo o público em geral. De facto, no que concerne a este último ponto tem-se assistido nos últimos anos a uma comunicação social cada vez mais agressiva e feroz no ataque ao escândalo, usando e abusando de notícias especulativas e sensacionalistas que visam apenas vender o seu produto, mas que acabam por moldar a opinião do público de forma incorreta³⁰⁰.

Mas, mais importante sem dúvida, é a função que o segredo revela na proteção do arguido, nomeadamente na vertente da proteção do princípio da presunção de inocência e no seu direito ao bom nome e dignidade, que poderiam ser afetados se fossem divulgados factos ainda em investigação e, portanto, não provados; e de outros sujeitos processuais, designadamente, os presumíveis ofendidos, que não querem ver revelados factos que sejam eminentemente pessoais e que possam pôr em causa a sua dignidade e reputação, e até de testemunhas.

Não obstante a importância do segredo de justiça, a revisão do CPP de 2007, influenciada pelo mediático processo Casa Pia³⁰¹, acabou por consagrar a publicidade de todo o processo penal, incluindo o inquérito, por natureza tradicionalmente secreto. Alterando-se totalmente o paradigma, os processos deixaram de estar, por regra, em segredo, para passarem a ser, por regra, públicos, desencadeando alterações não só na

³⁰⁰ Segundo MÁRIO FERREIRA MONTE, “[é] utópico pretender encontrar uma fórmula mágica que concilie os dois interesses: por um lado, o interesse em que a comunicação social contribua para o cumprimento do princípio da publicidade no processo penal; por outro lado, o interesse em que tal actuação não derive para o simples entretenimento, a satisfação da mera curiosidade, a pura sensação, e com isto prestando uma mau serviço à justiça”. O Autor identifica neste ponto a crise, senão real, no mínimo aparente ou virtual da justiça penal, aqui residindo um dos principais desafios que o direito processual penal enfrenta hodiernamente. Tenha-se presente que “[p]ara além do sensacionalismo que muitas vezes está presente, a informação é amiudadas vezes torpe, outras vezes comentada por pseudo especialistas que mais não fazem que aumentar a confusão que já de si não é pouca”. E, dessa forma, o público, não conhecendo os dados concretos de um determinado caso, ou ignorando o sentido do direito a aplicar, formula juízos erróneos acerca da justiça, pondo em causa precisamente uma das finalidades identificadas no direito processual penal: o restabelecimento da paz jurídica.

Cfr. MÁRIO FERREIRA MONTE, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 404 e ss..

³⁰¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE questiona até se o legislador não terá criado um código para o caso da Casa Pia, alertando para o perigo de ao conhecido e reconhecido *trial by newspaper*, acrescer também um novo fenómeno, não menos indesejável e pernicioso, *law by newspaper*. Segundo o Autor, “[t]endo em conta o lastro de emotividade que o processo criminal está indissociável e reconhecidamente associado, a lei processual penal e a sua reforma devem dar mostras da capacidade de resistência e distanciação face às injunções normativas dos ruídos provocados pelas *causas célebres* “em cena” ao tempo da sua gestação”. Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 30-31.

estrutura do processo penal, mas também no estatuto dos diferentes sujeitos processuais, particularmente o Ministério Público e o Juiz de Instrução³⁰².

Assim, temos atualmente um regime em que o segredo de justiça é a exceção, dependendo sempre da iniciativa e da intervenção dos sujeitos processuais, estando, pois, entregue à total disponibilidade dos sujeitos processuais³⁰³. Nesse sentido, um processo, em princípio, decorre publicamente do seu início ao seu fim.

Ademais, importa acrescentar que essa publicidade vale quer para os sujeitos processuais, como para o público em geral, ou seja, vale numa dimensão interna e externa. É essencial, no entanto, precisar que o regime dessa publicidade já foi entretanto alterado pela Lei n.º 26/2010³⁰⁴, de 30 de agosto, que introduziu uma mudança significativa na alínea a) do n.º 6 do art. 86.º do CPP. De facto, enquanto a anterior redação conferia ao público o direito de assistir à realização de todos os atos processuais³⁰⁵, a atual redação contempla apenas a possibilidade de assistência à realização do debate instrutório e dos atos processuais na fase de julgamento.

A temática do segredo de justiça será sempre uma *vexata quaestio*, que nunca deixará de causar celeuma na doutrina. Pois bem, se alguns autores pugnam pela total publicidade do processo, outros defendem a existência do segredo. Não nos cumpre elaborar nesta sede uma resenha doutrinária sobre o assunto³⁰⁶, pelo que apenas daremos conhecimento de uma opinião de cada lado da querela.

³⁰² Estas últimas serão desenvolvidas *infra*. Cfr. 6.3..

³⁰³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 62.

³⁰⁴ Três anos após a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, era encarada com alguma expectativa a sua alteração. Contudo, na opinião de JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, esta “(contra/mini) reforma” do CPP foi dececionante na medida em que apenas trouxe uma grande novidade: a possibilidade de elevação dos prazos de encerramento do inquérito (art. 276.º, n.º 3, do CPP). Sobre essa temática e a polémica intervenção do juiz de instrução prevista no art. 89.º, n.º 6, do CPP, vide JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Prazos de encerramento do inquérito, segredo de justiça e publicidade do processo”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 122 e ss.. Em relação ao art. 89.º, n.º 6, do CPP, cfr. ainda Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2010, de 15-04-2010, Proc. n.º 60/09.9YFLSB, Relator: Rodrigues da Costa, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2010/05/09400/0165701674.pdf>, consultado em 21-04-2015.

³⁰⁵ Caricaturando esta situação, GERMANO MARQUES DA SILVA constatou que a regra da publicidade impunha “a porta aberta nos serviços das polícias, do Ministério Público e do Juiz de Instrução quando pratiquem actos processuais e não tenha, excepcionalmente, sido determinado o segredo de justiça pelo juiz. Teremos qualquer dia à porta das instalações da Polícia Judiciária e dos serviços de inquérito da Polícia de Segurança Pública e da GNR os mirões habituais nos tribunais de julgamento, agora para assistirem à inquirição de testemunhas, do arguido e do assistente, e à prática dos demais actos processuais. Quando o juiz ou o Ministério Público despacharem devem abrir a porta para que quem quiser entrar se possa acomodar porque também os despachos do Ministério Público e do juiz são actos processuais”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal...”, ob. cit., p. 264. Também muito crítico em relação à formulação anterior, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 239.

³⁰⁶ Para mais desenvolvimentos, vide VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., pp. 186 e ss..

Ora, para GERMANO MARQUES DA SILVA a publicidade é uma “garantia de transparência da justiça e consequentemente um modo de facilitar a fiscalização do procedimento, mas também uma componente importante para o exercício do direito de defesa”³⁰⁷. Contudo, o Autor defende que as alterações introduzidas “misturaram alhos com bugalhos”³⁰⁸, dado que se confundiu a necessidade de limitar o segredo em relação aos sujeitos processuais com a total transparência da atividade processual. No seu entender, era fundamental haver publicidade interna, permitindo o acesso dos sujeitos processuais aos autos, de forma a evitar situações como a que anteriormente se verificavam, nomeadamente a sujeição do arguido a medidas de coação e de garantia patrimonial sem ter acesso ao processo para exercer a sua defesa, ou a prolongada espera das vítimas pelo desfecho do processo sem notícias sobre o desenrolar das investigações. Muito menos importante era o conhecimento público do processo nas fases preliminares, em que ainda decorre a investigação³⁰⁹.

Por outro lado, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sustenta a inconstitucionalidade da regra da publicidade interna do inquérito e, por maioria de razão, da publicidade externa, por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP. Na sua opinião, a regra, para a Constituição, é a existência do segredo de justiça na fase preparatória do processo, sendo a exceção, a determinar pela lei, a publicidade interna do processo³¹⁰. Mais argumenta o referido Autor que a estrutura acusatória do processo penal, nos moldes constitucionalmente definidos, é incompatível com a publicidade interna, na medida em que pressupõe uma fase de investigação secreta, dominada pelo Ministério Público e com ausência de contraditório, e uma fase de julgamento pública, dominada pelo juiz e com contraditório³¹¹. Ora, as alterações legislativas, vêm “baralhar as fases de investigação e de julgamento, antecipando a publicidade e o contraditório para a fase de investigação, convertendo, no fundo, o inquérito num julgamento antecipado”³¹², o que põe em causa a separação orgânica e funcional típica do nosso processo penal.

³⁰⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal...”, ob. cit., p. 261.

³⁰⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, (org.) L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Coimbra, Almedina, 2009, p. 75.

³⁰⁹ *Idem*, pp. 73-74.

³¹⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., pp. 248 e ss..

³¹¹ *Idem*, p. 251.

³¹² Cfr. *idem, ibidem*; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 421.

Tecidas estas breves considerações sobre a rutura do modelo do segredo de justiça consagrado para o inquérito, importa agora analisar as alterações efetuadas na fase de instrução. Como já foi referido, antes da revisão, o processo era secreto nesta fase se a instrução fosse requerida pelo assistente; se fosse requerida apenas pelo arguido era pública, salvo se o arguido declarasse a sua oposição à publicidade. Valia a ideia de que a instrução era uma forma de controlar judicialmente a decisão do Ministério Público de submeter ou não a causa a julgamento, e não um suplemento autónomo de investigação, nem um julgamento antecipado³¹³.

Ou seja, o regime revisto adequava-se, na perfeição, à finalidade apontada pelo art. 286.º, n.º 1, do CPP, à fase de instrução. Mais: adequava-se também à proteção do princípio da presunção de inocência do arguido e à preservação da sua imagem social³¹⁴. Na medida em que a instrução é, na perspetiva do arguido, uma forma de evitar a submissão a julgamento e à exposição pública que dessa circunstância necessariamente decorre, salvaguardava-se, assim, um dos efeitos que poderia justificar a abertura de instrução da sua parte³¹⁵. Pois bem, a instrução, se requerida pelo assistente, estaria sempre sujeita ao segredo de justiça, solução esta totalmente congruente com a proteção do princípio da presunção de inocência. Se requerida pelo arguido, seria, em princípio, pública, mas conferia-se-lhe a possibilidade de se opor a essa publicidade.

Ora, a revisão legislativa é claramente desadequada à realidade concreta da fase de instrução, modificando radicalmente a sua natureza. De facto, quando se rompe com um determinado *status quo* de uma fase processual, é importante ter presente que “a harmonização, em concreto, das finalidades processuais em conflito depende

JOÃO CONDE CORREIA alerta para os perigos evidentes e perniciosos desta provável confusão entre inquérito e julgamento. “Em vez de uma fase preliminar, de decisão da acusação/arquivamento, o inquérito poderá ser promovido a cerne de todo o processo, com prejuízo para a audiência de discussão e julgamento (baseada na imediação e, por isso, dotada de instrumentos gnoseológicos muito mais fiáveis e adequados à descoberta da verdade), para a qual ficará reservado um papel marginal, de mera legitimação de uma decisão já incontornável.” Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 177.

Também MANUEL DA COSTA ANDRADE se pronuncia acerca da redefinição de fronteiras entre as fases processuais, nomeadamente do esbatimento de diferenças entre inquérito e julgamento, resultantes da alteração das regras do contraditório e publicidade, que põe em causa o próprio modelo e princípio do acusatório. O Professor fala nas fases anteriores ao julgamento como fases “metamorfoseadas em formas lavradas de “julgamento” antecipado”. Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 71.

³¹³ Vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 211; GERMANO MARQUES DA SILVA, “Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, N.º 1, Janeiro-Abril 2007, p. 147.

³¹⁴ Vide NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 241.

³¹⁵ Vide *idem*, *ibidem*.

diretamente das finalidades da fase processual em causa e do conteúdo do princípio da presunção de inocência”³¹⁶.

Tal tarefa não foi convenientemente efetuada pelo nosso legislador. Repare-se, pois, na incoerência do novo regime que determina a publicidade da fase de instrução, sem qualquer possibilidade de a sujeitar a segredo, nem mesmo mediante requerimento expresso do arguido ou de qualquer outro sujeito processual³¹⁷. Ora, se o arguido requer a abertura de instrução precisamente com o fito de evitar a sujeição a um julgamento público, com todos os efeitos que tal facto acarreta, tem todo o interesse em que a instrução decorra com ausência da publicidade³¹⁸. Não sendo esse o caso, a sua posição fica fragilizada, restando-lhe poucos motivos que justifiquem requerer a abertura de instrução.

Põem-se, assim, em causa as suas garantias de defesa, o seu direito ao bom nome e reputação e o direito à presunção de inocência. O arguido até pode evitar a publicidade do julgamento, mas não evitará, em circunstância alguma, a publicidade da própria fase de instrução³¹⁹. Tal solução não se compreende e nem sequer se coaduna com a finalidade da própria fase do processo. É incoerente prever-se uma fase de instrução que decorra com publicidade se o arguido pretende evitar um julgamento público e que entende poder danificar a sua imagem. Só se vislumbra algum sentido nesta opção legislativa, indo de encontro à posição partilhada por FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, se a intenção do legislador for manter a fase de instrução, mas, tornando-a pouco vantajosa para o arguido, limitar na prática o seu acesso³²⁰.

³¹⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito...”, ob. cit., p. 1247.

³¹⁷ Chegou a ser aventada a possibilidade de aplicação analógica do art. 86.º, n.º 2, do CPP, à fase de instrução. Contudo, e na esteira de NUNO BRANDÃO, consideramos que tal sugestão, de permitir ao arguido requerer a sujeição do processo a segredo de justiça na fase de instrução, não é, de todo, possível. De facto, não se encontra qualquer lacuna na lei, pelo que não é possível o recurso à analogia. O legislador, propositadamente, só concedeu ao arguido (e não só) essa possibilidade na fase de inquérito, afastando-a da instrução. Vide NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 242.

Em sentido contrário, RITA FIDALGO FONSECA, *O Paradigma da Fase de Instrução: Uma Breve Reflexão sobre a Fase de Instrução no Sistema Processual Penal Português*, disponível em http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Rita_Fidalgo_Fonseca.pdf, consultado em 03-06-2015. Segundo a Autora, “houve, efectivamente, uma omissão de regulação, porventura fruto das soluções precipitadas destas reformas e da discussão regulamentar que lhes esteve subjacente” (pp. 44-45).

³¹⁸ No sentido do texto, vide, entre outros, NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp. 242-243; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 238; PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto”, in *Revista do CEJ*, N.º 9, 1.º Semestre 2008, pp. 50-51; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista do CEJ*, N.º 9, 1.º Semestre 2008, pp. 17-18.

³¹⁹ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última...”, ob. cit., p. 18.

³²⁰ *Idem, ibidem*.

Situação idêntica sucede no caso da instrução ser requerida pelo assistente. Este só poderá requerer a abertura desta fase nos termos do art. 287.º, n.º 1, alínea b), do CPP, ou seja, por factos pelos quais o Ministério Público não deduziu acusação. Nesse sentido, aberta a fase de instrução, serão necessariamente tornados públicos, isto se o inquérito tiver decorrido com segredo externo, factos em relação aos quais o Ministério Público se absteve de acusar, e em relação aos quais formulou, conseqüentemente, um juízo negativo quanto à sua relevância criminal. Mais uma vez resultam, a nosso ver, violados os princípios e direitos acima referidos³²¹.

Impõe-se ainda acrescentar que a alteração legislativa da regra da publicidade, além de outras que *infra* abordaremos, conduziu a uma aproximação ou colagem da fase de instrução à fase de julgamento³²². À luz do que atrás foi referido, ficou claro que foi posta em causa a finalidade que lhe foi cometida por lei e a sua própria justificação político-criminal³²³. Uma instrução que decorra com publicidade é uma instrução que atenta contra a sua própria razão de ser. Se o seu objetivo se traduz na comprovação judicial da decisão do Ministério Público de forma a avaliar a justificação e a necessidade de se levar alguém a julgamento, afastando os efeitos perniciosos que são apontados pela doutrina ao julgamento, que sentido faz requerer a instrução se também ela decorre com publicidade? As duas fases acabam, a final, por se tornar perigosamente semelhantes, o que não foi, de forma alguma, a intenção do legislador aquando do momento de elaboração do CPP, e que viola a estrutura acusatória do processo penal português.

Perante tudo o que foi exposto, fica patente a nossa discórdia face às opções tomadas, sendo, de facto, difícil de aceitar esta rutura de fundo na estrutura do processo. A nosso ver, se é verdade que a preservação da eficácia das investigações é um fundamento essencial do segredo de justiça, também a vertente de proteção dos direitos dos sujeitos processuais, *maxime* o princípio de presunção de inocência do arguido, não deve ser descurada.

³²¹ Cfr. NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp 242-243.

³²² As alterações acabam por inverter o sentido da ideologia do CPP, que aproximava a instrução do inquérito. Na opinião de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “[u]m processo com estrutura acusatória depende, em boa medida, de uma instrução que é um sucedâneo do inquérito e não do julgamento”. Daí decorria a opção primária do legislador segundo a qual, não visando a instrução antecipar o julgamento nem a parificação da acusação e defesa, restringia a publicidade e o contraditório ao julgamento. Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 430.

³²³ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp 243-244.

Ora, não sendo a fase de instrução uma fase de investigações, não se pode justificar, em regra, a ausência de publicidade do processo penal nessa fase com o argumento de evitar perturbações no decurso das diligências investigatórias³²⁴. Contudo, consagrando-se a instrução nos moldes em que esta foi desenhada pelo CPP, afigura-se nos lógico que deve ser dada ao arguido a possibilidade de requerer a sujeição do processo a segredo de justiça externo na fase de instrução, tal como sucede no inquérito, como forma de assegurar e proteger os seus direitos ao bom nome, reputação e “garantir a efectividade social da presunção de inocência”³²⁵, entre outros direitos.

Ou seja, e mesmo abstraindo-nos da problemática do segredo de justiça externo na fase de inquérito, e, portanto, tomando como ponto de partida a atual regra da publicidade, na instrução, ainda que esta decorra, por regra, com publicidade, não pode deixar de ser concedida a hipótese ao arguido de requerer também nesta fase a sujeição do processo a segredo. E, da mesma forma que tal possibilidade deve poder ser concedida ao arguido, também o deverá ser a outros sujeitos processuais, nomeadamente ao assistente, que poderá ter interesse em que o processo permaneça secreto e afastado de olhares externos.

Também só desta forma é possível restabelecer a verdadeira finalidade da fase de instrução. Caso contrário, com a sua total descaraterização, fornece-se apenas outro argumento forte aos defensores da eliminação desta fase.

Se o que o legislador pretende é celeridade processual, evitando o recurso à instrução, a opção a tomar não deverá ser a sua desvirtuação, mas repensar a sua existência enquanto fase processual autónoma. A não ser que a sobrevivência desta fase se deva apenas “à inércia de uma ritualizada obediência a exigências constitucionais”³²⁶. É tempo de questionar, adiantando um tema a que voltaremos *infra*, “se as decantadas razões de eficácia e celeridade processual não seriam pertinentes nem bastantes para ditar exéquias e crepes por uma fase processual consumidora de tempo e de fazenda, neutralizada na sua identidade, estiolada de significado e privada de utilidade”³²⁷.

³²⁴ No mesmo sentido do texto, VINÍCIO RIBEIRO defende que “[n]a fase da instrução já não estão em causa eventuais danos ou prejuízos para a investigação, mas a defesa de outros interesses ou princípios, como o da presunção de inocência do arguido”. Cfr. VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 197.

³²⁵ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última...”, ob. cit., p. 18.

³²⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 61.

³²⁷ *Idem, ibidem*.

Se, por outro lado, o que o legislador pretende é terminar com as permanentes violações do segredo de justiça, afigura-se-nos que a solução não passa por restringir ao inquérito, e em casos excepcionais, o segredo, tornando o demais processado público, mas por efetivamente punir os agentes que o violam. A solução para combater a violação de uma norma não deve passar, assim, pela alteração legal.

6.2.1. A Relação de Tensão entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução na Determinação do Segredo de Justiça

Impõe-se ainda acrescentar que a revisão de 2007 consagrou outra alteração legislativa dentro da temática do segredo de justiça, não tanto na fase de instrução propriamente dita, mas nas funções do juiz de instrução, de extrema relevância, que, por razões de índole meramente sistemática, optámos por abordar num capítulo autónomo, apesar da sua indissociável ligação ao anterior.

Como tem vindo a ser referido, a partir da Lei n.º 48/2007, o processo passou a ser, por regra, público, prevendo-se, ainda assim, mas apenas e tão-só na fase de inquérito, a possibilidade de sujeição do mesmo a segredo de justiça, embora sempre dependente da intervenção do juiz de instrução, o que foi motivo de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Senão vejamos.

Nos termos do art. 86.º, n.º 2, do CPP, o juiz de instrução, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, pode, quando entender que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo a segredo de justiça. Mais ainda, e agora ao abrigo do n.º 5 do mesmo artigo, foi conferido ao juiz de instrução o poder de decidir sobre o levantamento do segredo de justiça, por despacho também irrecorrível, caso o arguido, o assistente ou o ofendido requeiram o levantamento do segredo de justiça mas o Ministério Público não o determinar. Mencione-se também que, de acordo com o disposto no art. 89.º, n.º 2, do CPP, o juiz de instrução decide, por despacho irrecorrível, sobre a consulta do processo

e seus elementos, bem como sobre a obtenção dos correspondentes extratos, cópias ou certidões, por parte do arguido, assistente, ofendido, lesado, responsável civil, quando o Ministério Público a isso se opuser.

A Lei n.º 48/2007 foi ainda mais arrojada ao atribuir ao juiz de instrução, nos termos do art. 86.º, n.º 3, do CPP, a validação, no prazo máximo de 72 horas, da decisão de determinação do Ministério Público de, na fase de inquérito, sujeitar o processo a segredo de justiça quando entenda que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifique. Ou seja, nessa circunstância, e não obstante a decisão do Ministério Público, o juiz de instrução pode optar por manter a publicidade do processo.

Perante o cenário traçado, resulta claro que, no desenrolar do filme processual de determinação do segredo de justiça, o juiz de instrução é sempre o ator principal, tendo o nosso realizador reservado um papel quase de figurante ao Ministério Público. Veja-se o papel decisivo da sua intervenção, quer na decisão por despacho irrecurável presente, sobretudo, no art. 86.º, n.º 2, do CPP (mas também no art. 86.º, n.º 5, e 89.º, n.º 2, ambos do CPP), quer na validação da decisão do Ministério Público, nos termos do art. 86.º, n.º 3, também do CPP.

Pois bem, se a questão da irrecurabilidade não se nos afigura de importância absolutamente ímpar neste estudo³²⁸, o mesmo não se pode referir no que concerne à “relação de tensão”³²⁹ existente entre o Ministério Público e o juiz de instrução na determinação do segredo de justiça, por via do art. 86.º, n.º 3, do CPP. De facto, como já diversas vezes repetimos, a repartição de funções entre o Ministério Público e o tribunal é algo absolutamente fundamental num processo de estrutura acusatória. Relembrando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a estrutura acusatória do processo traduz-se na “divisão de funções processuais entre o juiz ou tribunal, de um lado, e o ministério público, do outro, e *não por qualquer outra forma*, nomeadamente por divisão entre o juiz do julgamento e o juiz de instrução”³³⁰. Nesse sentido, e sendo parte integrante do nosso estudo o âmbito das funções do juiz de instrução, urge compreender se, e se sim

³²⁸ Para maior desenvolvimento, vide MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit., pp. 142 e ss..

³²⁹ Expressão de MÁRIO FERREIRA MONTE, “O segredo de justiça em processo penal na relação de tensão entre o papel do Juiz de Instrução e o papel do Ministério Público – anotação ao Acórdão n.º 110/2009 do Tribunal Constitucional”, in *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, N.º 1 e 2, 2010.

³³⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 23.

em que medida, o papel interventivo desempenhado pelo magistrado judicial neste campo interfere e viola, de alguma forma, a estrutura constitucionalmente definida para o processo penal português, ou, se, pelo contrário, se coaduna com as funções e poderes destes sujeitos processuais e com o modelo acusatório.

Ora, a este respeito, ainda não existe unanimidade na doutrina, não obstante o Tribunal Constitucional já se ter pronunciado pela não inconstitucionalidade da norma em apreço num acórdão que a seu tempo analisaremos.

De facto, grande parte da doutrina discorda da opção tomada pelo legislador e considerada conforme à Constituição pelo Tribunal Constitucional, entendendo que tal solução não se compatibiliza com a estrutura do processo e com as funções do juiz de instrução no inquérito. Em traços gerais, o entendimento generalizado dessa parte da doutrina vai no sentido de que, pertencendo a direção do inquérito ao Ministério Público, é também a essa entidade que deve caber a determinação do segredo de justiça, sob pena de inconstitucionalidade.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, por exemplo, aponta no sentido da inconstitucionalidade das normas do art. 86.º, n.ºs 2, 3, 4 do CPP, por violação dos arts. 2.º, 20.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.ºs 5 e 7, e 219.º, n.º 1, da CRP, por fixarem a regra da publicidade externa do inquérito, ao conferirem ao juiz o poder de decidir oficiosamente e por despacho irrecorrível a publicidade externa do inquérito contra a vontade do Ministério Público³³¹.

De acordo com o seu pensamento, se a estrutura acusatória do processo atribui a direção do inquérito ao Ministério Público, este poder conferido ao juiz de instrução pode mesmo “esvaziar de conteúdo esse poder”³³² de direção. “Se o JIC decide contra a opinião do Ministério Público que a publicidade interna não prejudica o inquérito, então o JIC é o verdadeiro senhor do inquérito. E, se essa decisão do JIC é irrecorrível, ela torna o destino do inquérito inteiramente cativo da vontade do JIC e desprotege por

³³¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 240.

³³² *Idem*, p. 251. *Vide*, igualmente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 422.

completo os demais participantes processuais e as vítimas. Então o JIC já não é só o senhor do inquérito, ele é o senhor absoluto do inquérito”³³³.

O Autor prossegue o seu discurso assinalando a degradação a que se assiste no estatuto do Ministério Público, que põe em causa a sua função constitucional, da qual resulta o monopólio da direcção do inquérito, e que o pode impedir de exercer a acção penal dentro do prazo previsto para a conclusão do inquérito, assegurando, a final, que “o exercício da direcção do inquérito pelo Ministério Público não pode estar limitado por um juízo absoluto do JIC sobre o que prejudica a investigação”³³⁴.

Também MANUEL DA COSTA ANDRADE, se, por um lado, aceita que o veredito do juiz das liberdades prevaleça e se sobreponha ao entendimento dissonante ou mesmo conflituante do Ministério Público nos casos indicados no n.º 2 do art. 86.º do CPP, discorda, por outro lado, do panorama traçado no n.º 3 do mesmo artigo, em que o segredo é ditado pelos interesses da investigação³³⁵. Nessa circunstância, em que a intervenção do juiz de instrução tem lugar *ope legis*, e não a requerimento de qualquer interessado não conformado com a decisão do Ministério Público, o juiz surgirá “mergulhado na própria conflitualidade, numa relação de maior proximidade e de continuidade face ao curso da investigação e das suas vicissitudes”³³⁶, ficando, de tal forma, inevitavelmente comprometido com o resultado da investigação.

Como se não fosse bastante este envolvimento do JIC na investigação, MANUEL DA COSTA ANDRADE sustenta ainda que as implicações desta previsão legal são mais perturbadoras do lado do Ministério Público, e até incompatíveis com o estatuto da sua magistratura, na medida em que as suas decisões “estão invariavelmente sujeitas ao escrutínio e à confirmação/revogação do Juiz de Instrução”³³⁷. Tal facto denota uma “inquestionável posição de paternalismo do juiz de instrução face a um Ministério Público de estatuto clara e drasticamente diminuído”³³⁸. E este facto é

³³³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 251; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 422.

³³⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 251; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 422.

³³⁵ Vide MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 63.

³³⁶ *Idem*, p. 66. O Autor acrescenta inclusivamente que o JIC pode “ser erigido em referente ou fundamento de racionalização de insucessos ou em *topos* de neutralização de culpas ou frustrações. Tudo a projectar-se em diluição das responsabilidades das instâncias formais de controlo e em perda de confiança da comunidade. E a potenciar a anomia e os desregramentos sociais”.

³³⁷ *Idem*, p. 67.

³³⁸ *Idem, ibidem*.

especialmente dramático na medida em que essa vigilância do JIC decorre automaticamente da lei, “[c]omo se a lei partisse, ela própria, numa apriorística e generalizada desconfiança face à actuação do Ministério Público”³³⁹.

Concluindo o seu raciocínio, defende que neste quadro o JIC “é chamado a decidir subjectivizando os “*interesses da investigação*”³⁴⁰, enquanto que o Ministério Público passa a conduzir a investigação sob a direcção e comando do juiz de instrução, o que acarreta a violação do estatuto destes dois sujeitos processuais e põe em causa a estrutura acusatória do processo.

Na mesma linha de pensamento, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR defende que esta nova competência do juiz de instrução corta com o paradigma anterior quer quanto ao modelo estrutural do processo, quer quanto à base teórica e dogmática da concepção das funções do JIC no inquérito.

O juiz de instrução, no modelo português, é um juiz das liberdades, pelo que “não deveria nunca ser activa ou negativamente comprometido com o êxito, eficácia ou os resultados da investigação”³⁴¹, o que acaba por suceder envolvendo-se o juiz de instrução na questão do segredo. “Tal competência introduz uma contradição intrínseca e insuperável no estatuto do juiz de instrução”³⁴² – afirma o juiz conselheiro. No seu sempre douto entendimento, não se identificam quaisquer direitos fundamentais que ao juiz das liberdades cumpra salvaguardar, de tal forma que a sua intervenção nesta sede é desprovida de sentido. O referido Autor assegura que os direitos de defesa do arguido não estão aqui implicados, na medida em que a ausência de publicidade nas fases que antecedem o julgamento não afeta o essencial de direitos processuais fundamentais que o JIC tem de salvaguardar, enquanto que os direitos de reserva da intimidade ou ao bom nome, por exemplo, são garantidos, ao invés, pela exclusão da publicidade.

MÁRIO FERREIRA MONTE, por sua vez, alerta para o facto de que, mesmo quando o processo se encontra em segredo de justiça, o CPP prevê um regime de publicidade interna e algumas exceções ao segredo, inclusivamente de publicidade

³³⁹ *Idem, ibidem.*

³⁴⁰ *Idem, p. 70.*

³⁴¹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: reforma ou revisão...”, ob. cit., p. 352.

³⁴² *Idem, ibidem.*

externa, que acautela os direitos de defesa do arguido, que está, por exemplo, plasmado nos arts. 89.º, n.º 1 e 2, e 86.º, n.º 9, 11 e 12.

Nesse sentido, a determinação do segredo de justiça por parte do Ministério Público terá duas consequências. Por um lado, prosseguindo a exposição do seu raciocínio, o segredo de justiça visa não só os interesses da investigação, mas ainda outros ligados aos sujeitos processuais, designadamente o arguido. Ora, esses interesses serão, conseqüentemente, também beneficiados e protegidos pela decisão do Ministério Público de determinar o segredo de justiça no inquérito. Por outro lado, “não existe qualquer restrição de direitos fundamentais do arguido que legitime a intervenção do juiz, sc., não existe ataque aos direitos, liberdades e garantias, uma vez que o regime do segredo de justiça não limita o acesso do arguido aos autos para poder exercer o seu direito de defesa, já que esse acesso está acautelado pelo CPP”³⁴³. Ademais, mesmo que considerássemos outros interesses diferentes dos da investigação e dos direitos de defesa do arguido, invocar-se-iam interesses protegidos pelo segredo de justiça, pelo que “a decisão do MP, nessa perspectiva, não limita, e, ao invés, protege esses interesses”³⁴⁴.

Tendo presente o exposto, o referido Autor conclui que, dado que a decisão relativamente ao secretismo do processo não põe em causa direitos fundamentais, visando, outrossim, proteger os interesses da investigação e outros para os quais pode ser o MP a decidir, deve ser essa autoridade judiciária a determinar o segredo de justiça, constituindo a intervenção do juiz de instrução que contrarie a decisão do MP uma violação à estrutura acusatória do processo.

Em sentido divergente, na doutrina há também quem considere que a norma que temos vindo a abordar, e que atribui ao juiz de instrução a validação da decisão do Ministério Público que, tendo em conta os interesses da investigação, determina o segredo de justiça no inquérito, é compatível com a estrutura definida pela CRP para o processo penal.

Para PEDRO VAZ PATTO, sendo o Ministério Público o *dominus* do inquérito, “[s]eria insólito que o juiz de instrução sobrepusesse o seu critério a respeito dos

³⁴³ MÁRIO FERREIRA MONTE, “O segredo de justiça em processo...”, ob. cit., p. 473.

³⁴⁴ *Idem, ibidem.*

interesses da investigação ao critério do Ministério Público a esse respeito (estaria a “meter a foice em seara alheia”)³⁴⁵. A sua função é, na senda do que temos vindo frequentemente a repetir, de juiz das liberdades, pelo que inexistente qualquer concorrência ou sobreposição das suas funções em relação às do Ministério Público. Tendo presente essa separação de funções, o Autor entende que “[a] responsabilidade indeclinável do juiz de instrução prende-se, antes, com o balanço e a ponderação entre as exigências da investigação (...), por um lado, e os direitos de defesa do arguido, por outro lado. São este tipo de juízo e ponderação (não o juízo e ponderação a respeito dos interesses da investigação, por si só) que são específicos da função do juiz de instrução”³⁴⁶.

Desta forma, não há, na sua visão, qualquer violação da estrutura acusatória do processo. O juiz de instrução não se intrometerá nas funções do Ministério Público, determinando o que interessa ou não para a investigação, mas apenas efetuará uma ponderação entre esses interesses que determinaram a posição do Ministério Público e os direitos de defesa do arguido.

Partilhando posição idêntica, ou seja, no sentido da não inconstitucionalidade, identificamos outro Ilustre Autor, GERMANO MARQUES DA SILVA. Configurando a publicidade do inquérito como um direito dos sujeitos processuais, defende que, tendo presente esse facto, nada obsta, aliás, até se impõe que a sua restrição só possa ser determinada pelo juiz de instrução³⁴⁷. É precisamente aqui que reside o ponto principal da sua argumentação. Pois bem, se é verdade que o Ministério Público é a entidade competente para a direção do inquérito, também é verdade que, nessa fase, todos os atos que se prendam diretamente com direitos fundamentais têm que ser praticados pelo juiz de instrução. Nessa medida, considerando que a publicidade, nomeadamente a publicidade interna e no que diz respeito ao arguido, é um direito processual fundamental e que se prende diretamente com o seu direito de defesa, a sua restrição só poderá ser efetuada pelo juiz de instrução, e nunca pelo Ministério Público.

Acrescente-se que, de acordo com a sua doutrina, “[a] Constituição não impõe que haja sempre segredo de justiça, admite-o desde que adequado. A adequação é feita

³⁴⁵ PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça...”, ob. cit., p. 48.

³⁴⁶ *Idem, ibidem.*

³⁴⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – II*, 4.^a Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2008, p. 29.

pela lei directamente, ao prever os casos em que ele pode ser estabelecido e o tempo da sua duração (...) O núcleo essencial do segredo de justiça é a protecção dos interesses da investigação e da honra dos participantes, mas a tutela desses interesses tem de ser feita em função das circunstâncias concretas do caso e, por isso, que a lei confie, em última instância, ao juiz”³⁴⁸.

NUNO CATARINO, na mesma linha de ideias, defende também que a publicidade do processo, tanto interna como externa, é uma dimensão do direito à informação, quer enquanto condição para um processo equitativo, quer também como fator de legitimação, mas ainda como essencial ao direito de informar os cidadãos.

“E é esta particular configuração dogmática da publicidade do processo – enquanto expressão de um direito fundamental – que justifica a intervenção do Juiz de Instrução justamente como garante do livre exercício desse direito, decidindo se, quando e em que medida se justifica a sua restrição ou compressão”³⁴⁹.

Vejamos tão-só o entendimento de outros dois autores antes de avançarmos para a análise da decisão do Tribunal Constitucional. ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, na esteira do que temos vindo a referir, esclarece que ao juiz de instrução cumpre apenas “efectuar uma operação de balanceamento”³⁵⁰ entre os direitos do arguido e a eficácia da investigação.

JOÃO SIMAS SANTOS alerta para a importância da distinção dos termos “validar” e “determinar”. O Ministério Público, no domínio da investigação, determina se a aplicação do segredo é absolutamente necessária, e não excessivamente onerosa. Por sua vez, “[a]o juiz de instrução não compete, ao validar essa determinação, substituir-se ao Ministério Público no juízo que a este cabe, mas com bom senso e parcimónia verificar se do seu ponto de vista de juiz das liberdades existem elementos

³⁴⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal...”, ob. cit., p. 259.

³⁴⁹ NUNO CATARINO, “Publicidade, Segredo de Justiça e Prazos de Inquérito: Os Segredos da Reforma”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 185.

³⁵⁰ ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, “A publicidade e o segredo de justiça no Processo Penal Português após as revisões de 2007 e 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 104.

concretos que permitam aferir o carácter excessivamente gravoso, desproporcionado, daquela determinação”³⁵¹.

Ora, como já se fez uma breve alusão, quer a jurisprudência maioritária³⁵², quer o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 110/2009³⁵³, defendem uma posição convergente com a última que temos vindo a abordar, lembrando o papel do juiz de instrução como o garante de direitos fundamentais, ao qual não incumbe controlar o exercício da ação penal, nem a bondade dos interesses que o Ministério Público invoca para justificar a determinação do segredo de justiça, mas, associando a publicidade do processo aos direitos de defesa do arguido, proceder ao juízo de ponderação entre esses direitos e os interesses da investigação criminal.

Mantendo-se a competência de ambas as autoridades, não há qualquer colisão ou sobreposição de funções na intervenção do JIC prevista no art. 86.º, n.º 3, do CPP. Essa intervenção circunscreve-se à validação de um despacho do MP, cabendo ao JIC “dirimir o conflito existente entre os eventuais interesses da investigação e direitos fundamentais em presença, estabelecendo a ‘concordância prática das finalidades’”. Nesse sentido, não são, conseqüentemente, violados os arts. 2.º e 219.º da CRP, no que diz respeito à separação de funções entre o MP e o JIC, nem o art. 32.º, n.º 5, do texto fundamental.

Não obstante, afigura-se-nos que a prolação deste Acórdão, cuja posição foi de encontro à do legislador, não encerrou definitivamente esta questão³⁵⁴. Há, como referimos, muitos críticos desta solução, inclusivamente dentro do próprio Tribunal Constitucional, como se pode aferir do veemente voto de vencido de MARIA JOÃO ANTUNES neste acórdão³⁵⁵. A Professora de Coimbra assegura que a validação judicial da decisão do Ministério Público de aplicar o segredo de justiça no inquérito viola a repartição constitucional das funções de investigação e acusação, de um lado, e

³⁵¹ JOÃO SIMAS SANTOS, “Processo penal. Segredo de justiça. Decisão do Ministério Público e validação pelo juiz de instrução”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 29.º, N.º 113, Janeiro-Março 2008, p. 143.

³⁵² Para um balanço dessa jurisprudência maioritária, vide MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit., pp. 167-174.

³⁵³ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 110/2009, Proc. n.º 835/08, Relator: José Borges Soeiro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090110.html>, consultado em 13-03-2015.

³⁵⁴ Também JOÃO CONDE CORREIA partilha da nossa opinião, entendendo que, apesar da decisão do Tribunal Constitucional, “a questão continua em aberto”. JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração...”, ob. cit. 174.

³⁵⁵ CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA também votou vencido neste acórdão, essencialmente pelas mesmas razões de MARIA JOÃO ANTUNES, pelo que subscreveu a sua declaração de voto.

juízo, do outro, sendo, por conseguinte inconstitucional por violação dos arts. 32.º, n.º 4 e 5, e 219.º, n.º 1 e 2, da CRP.

À decisão do Ministério Público não está subjacente qualquer “ataque a direitos, liberdades e garantias que justifique uma intervenção ulterior do juiz de instrução”. MARIA JOÃO ANTUNES assevera que, atendendo ao disposto no art. 86.º, n.º 6, do CPP, cuja norma prevê as diferentes implicações da publicidade processual, não se detetam quaisquer limitações ou restrições dos direitos de defesa do arguido na determinação do secretismo do processo. Aliás, importa ter presente que, ainda que o processo esteja sujeito a segredo, o arguido tem a possibilidade de o consultar e obter cópias, extratos e certidões.

Quanto a nós, afigura-se-nos inatacável esta última posição. É verdade que o próprio Tribunal Constitucional sufragou a escolha do legislador, mas a argumentação utilizada não teve ainda o condão de nos convencer da bondade da solução adotada, de tal forma que mantemos a perspectiva de que a validação judicial da decisão do Ministério Público de determinar o segredo de justiça no inquérito, quando os interesses da investigação o justificarem, fere a repartição constitucional das funções do juiz de instrução e do Ministério Público e também a estrutura acusatória do processo penal, constitucionalmente consagrada.

De facto, considerando o que implica a publicidade do processo, não se vislumbra na determinação de segredo de justiça durante o inquérito nenhuma restrição ou limitação dos direitos fundamentais do arguido que legitime a intervenção do juiz de instrução. Veja-se, em primeiro lugar, que o próprio segredo visa proteger determinados direitos do arguido, nomeadamente ao princípio da presunção de inocência, entre outros. Nesse sentido, a intervenção do juiz de instrução, no papel que invariavelmente lhe pertence de garante de direitos fundamentais, faria sentido apenas para determinar o segredo de justiça e conseqüente exclusão da publicidade, nunca para impedir a existência do segredo de justiça.

Em segundo lugar, importa não olvidar algo tendencialmente esquecido e, diríamos, até desprezado pela doutrina. No ordenamento jurídico português, o Ministério Público é uma verdadeira autoridade judiciária, dotada de autonomia e sujeita a critérios de legalidade e objetividade; não é um qualquer órgão unicamente

interessado em ver o arguido *por trás das grades*, pelo que lhe incumbe também um papel de proteção dos direitos dos sujeitos processuais, aliás, até patente no próprio art. 86.º, n.º 3, do CPP, na medida em que se prevê a possibilidade de o Ministério Público, se entender que tal é justificado pelos direitos dos sujeitos processuais, determinar o segredo de justiça.

Refira-se, em terceiro lugar, na esteira do que avançaram MARIA JOÃO ANTUNES e MÁRIO FERREIRA MONTE, e que foi amplamente desenvolvido por MARGARIDA SANTOS³⁵⁶, mesmo nos casos em que o processo está sujeito a segredo de justiça, nem assim o arguido deixa de ter acesso aos autos, sendo até vários os mecanismos previstos no CPP que garantem essa possibilidade, designadamente os arts. 89.º, n.º 1 e 2, e 86.º, n.º 9, 11, 12 e 13, todos do CPP. Relembre-se que atualmente até os arts. 141.º, n.º 4, alínea d), e 194.º, n.º 6, alínea a), do CPP, relativos ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido e ao despacho que aplica medida de coação, estipulam que serão comunicados ao arguido os factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo.

Entendemos que a determinação do segredo de justiça não contende com qualquer direito fundamental do arguido, de modo que a intervenção do juiz de instrução, enquanto garante de direitos fundamentais, não se justifica, ou melhor, não se compatibiliza sequer com a estrutura acusatória do processo. Quanto a nós, dessa decisão do Ministério Público não se consegue extrair qualquer limitação do direito de defesa por parte do arguido.

A direção do inquérito e a definição de toda a estratégia de investigação cabem ao Ministério Público, não se aceitando qualquer intromissão do juiz de instrução nesse território. O juiz deve ser completamente alheio à investigação, nunca se devendo comprometer, de forma alguma, com o seu êxito ou fracasso. E mesmo que se entenda que o juiz não irá realizar qualquer juízo sobre o que prejudica ou não a investigação ou sobre a oportunidade dos atos de investigação, mas única e exclusivamente efetuar a ponderação entre os interesses da investigação e os direitos de defesa do arguido, o certo é que não existem quaisquer direitos que lhe cumpram salvaguardar e, por isso, a

³⁵⁶ Vide MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit, pp. 103 e ss..

sua intervenção é sempre indesejável e perniciosa e evidencia uma atitude condescendente e de desconfiança para com a atuação do Ministério Público, que fica notoriamente diminuído face ao juiz de instrução.

Concluindo, o papel do juiz de instrução assumiu neste âmbito poderes demasiado vastos, que colocam em causa a própria estrutura do processo penal. Em nosso entender, esses poderes extravasam largamente as funções que lhe são cometidas na fase de inquérito pelo nosso modelo processual penal, designadamente o papel de juiz das liberdades.

Como *supra* referimos, esta dimensão da intervenção do juiz de instrução nas fases que precedem o julgamento é manifestamente essencial, sendo ele a única entidade com competência para praticar todas as medidas que se prendam com direitos, liberdades e garantias. Porém, e se tal papel é imprescindível na estrutura do processo, e se deve manter independentemente de quaisquer considerações que se elaborem a propósito da sobrevivência da própria fase que ele dirige, isto é, a fase de instrução, já a sua interferência no campo de atuação do Ministério Público no inquérito deve ser legalmente afastada, reconduzindo-se o juiz de instrução às suas verdadeiras funções, que, a nosso ver, não incluem a validação da decisão do Ministério Público de determinar o segredo de justiça. Tal competência deve ser-lhe retirada, ficando unicamente a cargo do Ministério Público³⁵⁷.

É, pois, mister não desvirtuar a natureza da intervenção do juiz de instrução, algo que se nos afigura ter sucedido com a criação desta previsão legal. Julgámos, assim, ter sido demonstrada a importância de, aconteça o que acontecer à fase de instrução, definir-se da forma mais adequada e conveniente as funções dos diferentes sujeitos processuais no inquérito (e instrução), na medida em que uma mera alteração conjuntural pode, inadvertidamente, redundar numa indesejada e indesejável alteração estrutural.

³⁵⁷ Como sugere MARGARIDA SANTOS, “a única solução compatível com a estrutura do processo penal parece consistir na determinação do segredo exclusivamente a cargo do MP (...), podendo esta decisão do MP ser sindicada pelo seu superior hierárquico”. Vide MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça...*, ob. cit., p. 181.

6.3. A Contraditoriedade dos Atos de Instrução

A revisão de 2007 do CPP consagrou outra alteração que, de alguma forma, acabou por modificar a natureza da fase de instrução. Falamos do princípio do contraditório dos atos de instrução, designadamente do art. 289.º, n.º 2, que passou a dispor que “*o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos actos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade*”. Contudo, antes de avançarmos para a análise crítica do atual modelo, importa compreender a evolução do mencionado artigo desde a sua redação primária.

Ora, na versão originária do CPP, o art. 289.º não continha sequer um n.º 2. Estipulava tão-somente que a instrução era formada pelo conjunto de atos de instrução que o juiz entendesse levar a cabo e, de forma obrigatória, por um debate instrutório, oral e contraditório, e no qual podiam participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado.

Ou seja, se parecia resultar da disposição que na instrução só o debate instrutório seria plenamente contraditório³⁵⁸, tal interpretação não era isenta de dúvidas, não havendo unanimidade na doutrina³⁵⁹.

De acordo com JOSÉ SOUTO DE MOURA, o contraditório pleno só valia durante o debate instrutório, porquanto só pode existir na medida em que haja oralidade, imediação e continuidade³⁶⁰. Os restantes atos de instrução praticados antes da realização do debate caracterizar-se-iam por um “semi-contraditório”³⁶¹, consubstanciado basicamente na livre consulta do processo pelos sujeitos processuais. Partilhando semelhante interpretação restrita do art. 289.º do CPP, encontrava-se também GERMANO MARQUES DA SILVA, para o qual, na fase de instrução, os atos de

³⁵⁸ Podemos aqui incluir também as declarações para memória futura (art. 294.º do CPP), apesar de não serem um verdadeiro ato de instrução, como *supra* fizemos referência.

³⁵⁹ Vide FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A fase da instrução e o princípio do contraditório”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho, 2002, pp. 316 e ss..

³⁶⁰ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 129.

³⁶¹ *Idem, ibidem*.

instrução não estavam sujeitos ao princípio do contraditório, o que ia de encontro ao propósito do legislador de desvalorizar esta fase para valorizar a fase de julgamento³⁶².

Por outro lado, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO propugnava uma visão mais lata do contraditório, aduzindo que se deveria ter em conta a natureza e os efeitos dos atos praticados, ou seja, se fora do debate instrutório fosse praticado algum ato que pudesse colidir com a pretensão de um sujeito processual, nomeadamente o arguido ou o assistente, também deveriam esses atos estar sujeitos ao princípio do contraditório³⁶³. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, por seu turno, criticando a infeliz estrutura da fase de instrução que não valorizava essa “verdadeira regra de ouro”³⁶⁴ que traduz o princípio do contraditório, sustentava que, tendo em conta a sua importância, os atos de instrução deveriam, “no plano «lege ferenda», sujeitar-se àquele princípio com carácter de obrigatoriedade”³⁶⁵.

Ora, a revisão de 98 clarificou a regra da ausência de contraditoriedade dos atos de instrução, desinstalando as dúvidas de até então³⁶⁶. Aditou-se um n.º 2 ao art. 289.º do CPP, segundo o qual, fora dos casos previstos no n.º 1 do mesmo artigo, o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado apenas podiam participar nos atos em que tivessem o direito de intervir, nos termos expressamente previstos no CPP.

De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, os atos de instrução eram praticados de modo unilateral e de forma inquisitória pelo juiz ou pelos órgãos de polícia criminal, sem intervenção ativa do Ministério Público, arguido ou assistente,

³⁶² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português* ..., ob. cit., pp. 87-88.

³⁶³ FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO *apud* FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A fase da instrução e o princípio...”, ob. cit., p. 317.

³⁶⁴ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., p. 178.

³⁶⁵ *Idem, ibidem*. O Autor acrescentava ainda que “[p]ela importância de que se reveste a pronúncia do arguido em processo penal, pelo relevo que a fase de instrução, como controlo judicial negativo da acusação, tem para todos os sujeitos processuais, «maxime» para o arguido, cremos que o Juiz de Instrução pode e deve sujeitar a prova pessoal, reduzida a escrito no auto de instrução (art. 296.º) à sua produção oral e contraditória no próprio debate instrutório (com excepção, claro, da que não for possível) ou, em alternativa, designar a produção de tal prova precisamente para altura do debate instrutório” (pp. 178-179).

³⁶⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, manifestando a sua adesão à revisão legislativa, sublinhou a “opção correcta do Código no sentido de só o debate instrutório e não os actos instrutórios deverem estar sujeitos ao princípio do contraditório”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 211. Também para JOSÉ MOURAZ LOPES a questão da natureza não contraditória teria sido aparentemente resolvida com a revisão de 98, terminando as dúvidas que assolaram a jurisprudência no que toca a este tema. Cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo*..., ob. cit., p. 79. De forma idêntica, para GERMANO MARQUES DA SILVA, que, como referimos, já antes da alteração legislativa defendia que na fase de instrução apenas o debate era contraditório, a lei era agora expressa. Cfr. *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 158.

exceto quando a lei expressamente admitisse a sua presença³⁶⁷. Contudo, e se não lhes era concedido o direito de participar nesses atos, o juiz, no âmbito da sua competência de praticar os atos necessários à realização das finalidades da instrução, poderia autorizar a sua participação se o considerasse útil para a eficácia da fase³⁶⁸.

Não obstante a nova redação do art. 289.º do CPP que parecia ter terminado com as dúvidas, foram-se manifestando algumas vozes no sentido da inconstitucionalidade desse preceito. O Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se, afirmou sucessivamente a conformidade constitucional da norma³⁶⁹, defendendo que o núcleo essencial do princípio do contraditório não seria afetado na medida em que fosse garantida ao arguido e ao seu defensor a possibilidade de, num momento anterior à decisão instrutória, se pronunciarem e contraditarem a prova produzida. Ou seja, tal direito ao contraditório existia, sendo apenas diferido o momento do seu exercício. Esse direito era assegurado quer pela possibilidade de acesso integral aos depoimentos prestados, quer pela possibilidade de, no início do debate instrutório, contraditar o teor dos depoimentos prestados anteriormente, podendo-se inclusivamente requerer a produção de prova indiciária suplementar.

Ainda assim, a solução estava longe de convencer parte da doutrina. JOAQUIM MALAFAIA, encarando a questão de um prisma distinto, centrou o argumento da sua inconstitucionalidade não na violação do princípio do contraditório, mas na relevância da prova obtida sem contraditório na determinação da decisão final, face à possibilidade de leitura de depoimentos prestados por testemunhas em atos de inquirição conduzidos apenas pelo juiz de instrução³⁷⁰.

³⁶⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 158. Essa situação verificava-se no interrogatório do arguido e ainda nos atos para memória futura.

³⁶⁸ *Idem*, p. 159.

³⁶⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 372/00, Proc. n.º 669/99, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000372.html>, consultado em 23-08-2015. Neste acórdão, embora estivesse em causa a conformidade constitucional do art. 61.º, n.º 1, alíneas a) e f), do CPP, a questão em causa era basicamente idêntica, tendo inclusivamente servido de base aos que se lhe seguiram, esses já a propósito da constitucionalidade do art. 289.º, n.º 2, do CPP.

Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 59/01, Proc. n.º 407/00, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010059.html>, consultado em 23-08-2015.

Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 339/2005, Proc. n.º 1034/2004, Relator: Mário Torres, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050339.html>, consultado em 23-08-2015.

Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 535/2005 Proc. n.º 582/04, Relator: Pamplona de Oliveira, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050535.html>, consultado em 23-08-2015.

³⁷⁰ No seu entender, é verdade que os princípios da oralidade, contraditoriedade e imediação admitem exceções, nos termos do art. 355.º, n.º 2, do CPP, entre as quais as declarações para memória futura e as declarações prestadas em sede de instrução, se na data da audiência a testemunha não se recordar dos factos ou na parte necessária para lhe avivar a memória, e/ou quando houvesse

Ainda neste período pós-revisão de 98, teceremos tão-só mais uma consideração em relação à interessante interpretação de RODRIGO SANTIAGO do art. 289.º, n.º 2, do CPP. De acordo com a sua perspetiva, considerada a lei intrasistematicamente e não obliterada a *principologia* constitucional, no CPP não se consagrou a proibição, como regra, da participação dos diferentes sujeitos processuais nos atos instrutórios³⁷¹. Ou seja, a seu ver, o único entendimento possível no nosso sistema, face à CRP, era que havendo lugar, durante a instrução, à inquirição de testemunhas, o Ministério Público, o defensor e o advogado do assistente seriam notificados para o ato. Durante o interrogatório, seria vedada a sua intervenção, mas, findo o mesmo, poderiam requerer ao juiz que formulasse as perguntas que entendessem relevantes para a descoberta da verdade³⁷².

contradições entre o depoimento prestado na instrução e o prestado na audiência. No entanto, tendo em conta o facto dessas declarações prestadas na fase de instrução poderem influenciar a decisão final do processo, devem ser obtidas com o exercício do contraditório por parte de todos os sujeitos processuais. Esse contraditório não poderia ser realizado no debate instrutório, dado que se na audiência de julgamento podem ser lidas as declarações antes de serem contraditadas, existirá então uma prova que pode ajudar à formação de convicção por parte do tribunal, sem que se tenha garantido o respeito pelo contraditório. Cfr. JOAQUIM MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2004, pp. 509-539. Confrontado com esta questão, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão 339/2005, esclareceu que, no que concerne às declarações para memória futura, funciona plenamente o princípio do contraditório, nos termos do art. 271.º, n.º 2, do CPP, para a fase de inquérito, e também 271.º, n.º 2, para a fase de instrução, *ex vi* art. 294.º do CPP. Veja-se que, nos termos do art. 271.º, n.º 2, do CPP, na redação anterior à revisão de 2007, “[a]o Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, a hora e o local da prestação do depoimento, para que possam estar presentes se o desejarem”. Pelo contrário, agora no que diz respeito às declarações prestadas na instrução sem sujeição a estes requisitos de contraditório, esclareceu-se ainda a impossibilidade de tais declarações serem tomadas em conta no julgamento. E nem dentro do Tribunal Constitucional houve unanimidade na decisão tomada. MARIA FERNANDA PALMA defendeu, na sua declaração de voto, que “não se pode cindir a norma que autoriza a diligência probatória de inquirição de testemunha sem a presença e a intervenção do arguido, através do seu defensor, da relevância atribuída ao meio de prova dela resultante. (...) A norma em causa é sempre a que autoriza a inquirição de testemunha na instrução sem exercício do contraditório, com todas as possibilidades de utilização desse meio de prova legalmente admitidas”. A Juíza concluiu o seu raciocínio constatando que “a tese segundo a qual a utilização das declarações prestadas pela testemunha na instrução sem sujeição ao contraditório só seria viável na instrução, mas já não no julgamento, é inconsistente. Na realidade, a razão pela qual, no julgamento, o contraditório impede que tais declarações sejam tomadas em conta, impõe que elas também não fundamentem, no termo da instrução, uma pronúncia que nega a pretensão do arguido de não ser sujeito a julgamento – pretensão essa, repete-se, que se fundamenta num verdadeiro direito do arguido inocente de não ser julgado”.

³⁷¹ RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre o processo penal: Fase de instrução e declarações do assistente na fase de produção de prova”, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/penal/reflexoes_procpenal.html, consultado em 09-06-2015, p. 12. Cfr. também RODRIGO SANTIAGO, “Diversas questões da revisão do CPP, entre as quais, a da documentação da audiência”, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/gravacao3.html>, consultado em 20-02-2015.

³⁷² RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre o processo...”, *ob. cit.*, p. 12. O Autor defende que, face à leitura integrada das normas dos arts. 61.º, n.º 1, alínea f), e 69.º, n.º 2, alínea a), do CPP, na redação de então, que entretanto foi modificada, “esta concepção é a única que respeita a unidade do sistema jurídico processual penal, de *iure constituto*” (p. 13).

Aderindo à interpretação sistemática defendida por RODRIGO SANTIAGO e que conduz a uma conceção mais ampla do contraditório na fase de instrução, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO conclui ser nítida a necessidade de convocação do defensor e a sua possibilidade de contraditar, quando se está perante atos de instrução como a inquirição de testemunhas. Veja-se que, de acordo com a sua opinião, quando o arguido indica testemunhas, apenas ele sabe o que elas poderão trazer aos autos. Por outro lado, “o chamado “pedaço de vida” que se pretende reconstituir, e que é fulcral para a defesa do arguido, só poderá ser encontrado quando confrontado com outros meios de prova ou através de um interrogatório focalizado sobre determinados aspectos só cognoscíveis pelo defensor”. Mais ainda, o próprio Ministério Público, não podendo assistir à produção de prova na instrução, não poderá sustentar cabalmente a acusação nesta fase processual. Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A fase da instrução e o princípio...”, *ob. cit.*, pp. 325-326.

Ora, o percurso do legislador acabou por se dirigir precisamente nesse sentido, afastando-se da intenção originária do CPP e da tendência manifestada nos diferentes acórdãos do Tribunal Constitucional. Atualmente, o art. 289.º, n.º 2, do CPP, é claro ao afirmar o direito de assistência aos atos de instrução por qualquer dos sujeitos processuais (Ministério Público, arguido, defensor, assistente e seu advogado) requeridos, bem como a possibilidade de suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entendam relevantes para a descoberta da verdade. Assim, os sujeitos processuais indicados têm, não só o direito de estar presentes, como ainda o direito de participarem ativamente nos atos de instrução por si requeridos e nos requeridos por qualquer outro sujeito processual. E, conquanto o CPP não o afirme, cremos que, pela mesma ordem de ideias que se permite a sua participação nesses atos, também terão o direito de participar nos atos de instrução oficiosamente determinados pelo juiz³⁷³. De facto, não se configura qualquer motivo que justifique afastar-se o contraditório destes atos. Veja-se que quer uns, quer outros só serão praticados se o juiz de instrução os considerar necessários à descoberta da verdade e à prossecução das finalidades da instrução³⁷⁴.

Talvez motivada pela consideração de que, vigorando agora a regra da publicidade, sem exceções, na instrução, não se justificava manter a proibição de participar nas diligências probatórias nessa fase, esta revisão do art. 289.º, n.º 2, do CPP, operada pela Lei n.º 48/2007, efetuou, desta forma, uma alteração significativa na tramitação da fase de instrução. Onde antes estava consagrada a ausência de contraditório, com exceção dos casos em que a lei expressamente previsse a intervenção dos sujeitos processuais, hoje a regra é o contraditório, que, embora não seja totalmente pleno, afasta-se indubitavelmente do regime anterior. Afirmamos que não é pleno na medida em que é um contraditório que depende sempre da intervenção do juiz de instrução³⁷⁵. Será ele que, no âmbito do seu poder de direção da fase de instrução,

³⁷³ Vide NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, *ob. cit.*, p. 244; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, *ob. cit.*, p. 758. Já à época da redação anterior deste preceito, e propondo a alteração dessa mesma norma, RAUL SOARES DA VEIGA defendia que os vários sujeitos processuais deveriam “poder assistir a “todos” os actos de instrução, quer os que por qualquer deles foram requeridos, quer os oficiosamente ordenados, salvo se ocorrerem circunstâncias que a isso fortemente desaconselhem”. Cfr. RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, *ob. cit.*, p. 207. É, pois, nesse sentido, incluindo também os atos determinados *ex officio* pelo juiz, que interpretamos o n.º 2 do art. 289.º do CPP.

³⁷⁴ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, *ob. cit.*, p. 244.

³⁷⁵ PAULA MARQUES DE CARVALHO entende que os atos de instrução não estão subordinados ao princípio do contraditório, mas é conferida apenas a possibilidade de suscitar pedidos de esclarecimento. Cfr. PAULA MARQUES DE CARVALHO, *Manual Prático de Processo...*, *ob. cit.*, p. 314.

poderá indeferir as perguntas e os esclarecimentos que entenda não servirem as finalidades da instrução. Ou seja, a intervenção dos sujeitos processuais não é direta³⁷⁶, tendo sempre de “passar pelo crivo do juiz”³⁷⁷.

Contudo, ao estabelecer-se a regra do contraditório dos atos de instrução, modificou-se, nas palavras de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “em parte, o paradigma do anterior modelo de instrução, aproximando os actos de produção de prova «para a descoberta da verdade» de um formato de pré-julgamento, contrário à perspectiva original de fase preliminar para discussão sobre o valor indiciário das provas e não de antecipação contraditória de administração e valoração das provas com critérios de julgamento”³⁷⁸.

No essencial, julgamos que, de facto, a crítica apontada constitui uma significativa alteração da natureza da fase de instrução, até à data caracterizada pela ausência de contraditório. Afigura-se-nos incontestável que a possibilidade de os sujeitos processuais estarem presentes nas diligências probatórias realizadas na instrução, bem como de suscitarem pedidos de esclarecimento e requererem a formulação de perguntas, assemelha, de alguma forma, essas mesmas diligências ao formato da audiência de julgamento, em que a produção de prova se realiza contraditória e oralmente.

Aliás, tal risco tem sido referido por outros autores, v. g., NUNO BRANDÃO, que alerta para o perigo de se descaracterizar a finalidade de comprovação judicial da instrução, transformando-a num simulacro de julgamento³⁷⁹.

Também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, sublinhando que a ideologia originária do CPP consistia numa “instrução que é um sucedâneo do inquérito e não do julgamento”³⁸⁰, o que explicava, entre outras opções, a ausência de contraditório nas diligências de prova realizadas nesta fase, defendeu que esta alteração acabou por

³⁷⁶ Daí que se possa chamar de contraditório “quase pleno”. Cfr. MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentário...*, ob. cit., p. 740.

³⁷⁷ RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução...*, ob. cit., p. 114.

³⁷⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação...”, ob. cit., p. 99, nota 5; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: reforma ou revisão...”, ob. cit., p. 359.

³⁷⁹ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 245.

³⁸⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 752; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo...”, ob. cit., p. 429.

aproximar a instrução do julgamento, alterando radicalmente a sua natureza e invertendo o sentido da ideologia do CPP.

Com efeito, como já *supra* analisámos, se a fase de instrução não é, nem deve ser a repetição do inquérito, é também verdade que, atenta a sua finalidade de comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, não deve também consistir num pré-julgamento ou num julgamento antecipado. A instrução visa apenas o controlo judicial da decisão tomada no encerramento do inquérito, avaliando-se se a consistência dos elementos de facto e de direito são ou não bastantes para submeter o arguido a julgamento.

Contudo, quanto a nós, importa compreender que essa introdução do contraditório nas diligências probatórias realizadas em instrução, e consequente aproximação das fases processuais instrução e julgamento, não é incompatível com a finalidade da própria fase de instrução. É certo que a atual redação do art. 289.º, n.º 2, do CPP, descarateriza, em alguma medida, a instrução tal como ela foi pensada e estruturada pelo legislador de 1987, para o qual apenas o debate instrutório era contraditório. No entanto, cremos que a crescente importância do juiz de instrução na direção desta fase obviará ao efetivo e total desvirtuamento da finalidade de comprovação judicial da instrução.

Com efeito, de forma a evitar-se esse risco, os poderes conferidos ao juiz pelos arts. 291.º, n.º 1, do CPP, e 289.º, n.º 2, também do CPP, são manifestamente fundamentais. Relembre-se essas duas disposições essenciais: por um lado, o juiz de instrução deverá indeferir todos os atos de instrução requeridos que entenda não interessarem à instrução ou servirem apenas para protelar o andamento do processo; por outro, o contraditório dos atos de instrução não é pleno, dado que os sujeitos processuais apenas suscitam pedidos de esclarecimento e requerem ao juiz que sejam formuladas as perguntas que considerarem relevantes para a descoberta da verdade. Ou seja, o juiz, no caso de entender que os atos e/ou as perguntas já não são adequados à prossecução das finalidades da fase de instrução, indefere-os.

Tudo dependerá, assim, a nosso ver, da intervenção do juiz de instrução no âmbito dos seus poderes de disciplina e direção da instrução. Esse seu juízo sobre a necessidade de realização de atos e/ou perguntas é que determinará um eventual

desvirtuamento da instrução, podendo torná-la num indesejado pré-julgamento. Nesta fase apenas devem ser realizadas as diligências que se entendam necessárias à comprovação judicial da decisão de acusação ou arquivamento. Se o juiz concluir pela sua desnecessidade ou repetitividade, ou que mais não são do que mera estratégia protelatória, ou que já não se enquadram no juízo indiciário em que deve consistir a decisão instrutória, sendo convenientes apenas na fase de julgamento, tem o dever de as indeferir. Dito isto, fica patente a essencialidade desta especial atenção do juiz. Se estas duas normas forem escrupulosamente cumpridas e respeitadas, praticando-se apenas os atos absolutamente necessários à comprovação judicial da decisão do Ministério Público, e mantendo-se o contraditório nos limites ditados pela finalidade que impôs a realização do ato, evitar-se-á a perversa transformação da instrução num julgamento antecipado.

Ora, a partir do momento em que o nosso legislador configura esta fase formada por um conjunto de atos de instrução que o juiz entenda levar a cabo e um debate instrutório obrigatório, oral e contraditório, afigura-se-nos que a introdução do contraditório, apesar de aproximar a instrução ao julgamento, não coloca em causa, em princípio, a finalidade dessa fase. É legítimo questionar-se, *de iure constituendo*, se há necessidade de realização das diligências probatórias, contraditórias ou não contraditórias, ou se, ao invés, seria preferível uma solução que consagrasse apenas um debate instrutório, com exclusão dos atos de instrução, e com base no qual o juiz de instrução avaliaria a suficiência dos elementos de facto e de direito para a submissão de alguém a julgamento, mas, mantendo-se a configuração atual, a introdução do contraditório não é inevitavelmente incompatível com a finalidade da instrução.

Na senda do que escreveu NUNO BRANDÃO, “o contraditório, em si mesmo, não deve ser visto como um factor de perturbação do decurso dos actos de instrução, mas antes como um instrumento útil para a descoberta da verdade material”³⁸¹. Concordamos inteiramente com a perspetiva do Autor, pelo que não resistimos novamente a citá-lo: “tendo em conta a utilidade que da participação dos sujeitos processuais poderá resultar para uma melhor percepção do juiz acerca dos contornos do caso e dos fins pretendidos com a realização da diligência probatória e o contributo que o contraditório sempre oferece para a descoberta da verdade material, deverá concordar-

³⁸¹ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp. 244-245.

se que a contraditoriedade é um factor que favorece uma *boa decisão de comprovação judicial*³⁸².

Finalizando, se a revisão do art. 289.º, n.º 2, do CPP, traduz indiscutivelmente uma alteração digna de realce na estrutura da fase de instrução, aproximando-a do julgamento, tal facto não é necessariamente pernicioso ou nefasto, pois permitirá uma melhor e mais fundamentada decisão. A descaraterização a que assistimos não porá em causa a finalidade da instrução, sendo, aliás, “um desvio tolerável em nome de uma boa decisão de comprovação”³⁸³ se forem respeitadas as exigências *supra* descritas. O desvirtuamento total da natureza da instrução acabou por não suceder, permanecendo intacta a sua finalidade, mas o perigo é notoriamente real se o juiz de instrução não exercer cabalmente a tarefa que a lei lhe atribui.

6.4. A Regra da Alteração Substancial de Factos na Fase de Instrução

Prosseguindo o périplo por alguns temas polémicos que têm vindo a ser alvo de alterações legislativas nos últimos anos, revela-se importante atentar também no regime da alteração substancial de factos na fase de instrução.

Antes de mais, cumpre salientar a complexidade das questões imbricadas com o objeto do processo e com o princípio da vinculação temática. São, efetivamente, problemas centrais do processo penal, cuja discussão permanece, hoje e sempre, atual, mas que não constituem, senão indiretamente, o objeto do nosso estudo, pelo que, salvo o que se revelar absolutamente essencial para a análise da regra do art. 303.º do CPP, deles nos iremos abstrair.

Pois bem, de facto, o problema da delimitação do conceito de alteração substancial de factos, cuja definição consta da alínea f) do art. 1.º do CPP (é aquela alteração que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis), mas que tanta controvérsia a

³⁸² *Idem*, p. 245.

³⁸³ *Idem, ibidem*.

sua interpretação suscita, traduz também o problema da delimitação do objeto do processo³⁸⁴, cuja importância, num processo penal com estrutura acusatória, é indiscutível. Várias teorias explicativas quanto à natureza do objeto do processo têm sido avançadas, sendo de destacar a tese naturalista, a normativista, defendida por EDUARDO CORREIA, ou a teoria do pedaço da vida, de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, mas, acima dessas considerações, importa-nos compreender que a fixação do objeto do processo é fundamental no sentido de delimitar quer os poderes cognitivos do tribunal, quer a extensão do caso julgado³⁸⁵.

Ora, como já *supra* analisámos, o princípio da vinculação temática do tribunal é precisamente um dos corolários da nossa estrutura acusatória do processo. Com efeito, é necessário impor limites aos poderes de cognição do tribunal, o que traduz uma preocupação com as garantias de defesa do arguido. Este, de forma a conseguir preparar uma “defesa pertinente e eficaz, segura de não deparar com surpresas incriminatórias e de ter assim um julgamento leal”³⁸⁶, necessita que o objeto do processo se mantenha estável e idêntico desde a acusação até ao trânsito em julgado.

Assim, o tribunal só se poderá pronunciar sobre os factos que constituem o objeto do processo³⁸⁷, que são fixados e definidos na acusação. Nesse sentido, a intervenção judicativa depende não só da existência de uma acusação, como também dos limites cognitivos por ela fixados, daí que, em sede de instrução, o juiz esteja limitado aos factos que constam da acusação e do requerimento para abertura de instrução (que, no caso do assistente, funciona como uma acusação implícita³⁸⁸),

³⁸⁴ TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal – III Vol. – Aulas teóricas dadas ao 5.º Ano, 1994/1995*, (org.) Teresa Pizarro Belez, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 89.

³⁸⁵ JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, “Alteração substancial dos factos em processo penal”, in *Julgar*, N.º 9, Setembro-Dezembro 2009, p. 43.

³⁸⁶ PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial de factos no processo penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 755.

³⁸⁷ Para JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, divergindo da doutrina mais frequente, entende que o *quid* que, tradicionalmente, é denominado de objeto do processo, não se pode referir, de facto, aos poderes do Tribunal (menos ainda à sua pronúncia/decisão); no nosso entendimento, refere-se aos limites dos poderes decisórios do MP e relaciona-se com a questão de saber se, após uma investigação realizada e após a decisão final (de arquivamento, resolução alternativa de conflito ou de acusação), o MP pode ou não reprocessar quanto àquele arguido pelo conjunto de questões (de facto e de direito) que se colocaram na investigação (inquérito)”. Cfr. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem* e exercício...”, ob. cit., p. 563.

Ou seja, o conceito de alteração substancial de facto deverá aplicar-se no âmbito dos problemas relativos aos efeitos do despacho de arquivamento ou do próprio despacho de acusação.

³⁸⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., pp. 150-151.

estando ferida de nulidade, nos termos do disposto no art. 309.º, n.º 1, do CPP, a decisão instrutória que pronunciar por factos que dessas peças processuais não constem.

É claro, para FREDERICO ISASCA, que “o princípio da vinculação temática se torna particularmente operativo com a dedução da acusação e/ou com o requerimento de abertura de instrução, por parte do assistente, garantindo-se, assim, ao arguido, a cristalização daquele objecto do processo e possibilitando-se-lhe os mecanismos de defesa adequados para reagir em todos os casos de modificação substancial do objecto do processo”³⁸⁹.

Ora, estando o juiz de instrução tematicamente vinculado aos temas que constituem o objeto do processo, balizados, na instrução, pela acusação e pelo requerimento para abertura de instrução do assistente, ao surgimento de novos factos³⁹⁰ com relevância processual na fase de instrução foi dedicado um regime próprio no art. 303.º do CPP, havendo que distinguir entre alteração não substancial dos factos, alteração substancial, e alteração da qualificação jurídica dos factos.

Principiando pelo que menos controversia tem gerado, ou seja, a alteração não substancial dos factos descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente, ou no requerimento para abertura de instrução, importa atentar ao n.º 1 do art. 303.º do CPP, que, desde o momento de elaboração do CPP, teve apenas uma alteração relativa ao prazo. Nesta disposição, proclama-se que, no caso de ocorrer uma alteração não substancial dos factos, o juiz de instrução comunica a alteração ao defensor, interroga o arguido sobre ela sempre que for possível e concede-lhe um prazo para a preparação da sua defesa não superior a oito dias³⁹¹, com o conseqüente adiamento do debate, se necessário. Nesta situação, concluímos, portanto, que os factos novos poderão ser tomados em conta pelo tribunal para efeitos de pronúncia, desde que concedida esta possibilidade ao arguido.

³⁸⁹ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e a sua relevância no processo penal português*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 175.

³⁹⁰ Para M. MARQUES FERREIRA, falar em factos novos não é muito rigoroso, uma vez que, mesmo que não integrem a acusação ou a pronúncia, já terão de se considerar incluídos na unidade que forma o objeto do processo, preferindo, por isso, chamar-lhes, “factos não escritos” na acusação ou pronúncia. Vide M. MARQUES FERREIRA, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1991, p. 225.

³⁹¹ Até à Lei n.º 59/98, o prazo era até cinco dias.

Situação distinta, mas que atualmente merece tratamento idêntico, por força do n.º 5 do art. 303.º do CPP, é a alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução. A entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de forma esclarecedora, prescreveu, acabando com as dúvidas até então existentes, que a alteração da qualificação jurídica dos factos segue o regime da alteração não substancial dos factos, com todas as suas implicações. Ou seja, a solução atual, que nos parece merecedora de aplausos, passa pela comunicação dessa alteração ao defensor, no interrogatório do arguido sobre essa alteração sempre que possível e na concessão de um prazo de oito dias para que este prepare a sua defesa.

Em face do vazio legislativo anterior à revisão de 2007, várias eram as posições defendidas. Assim, se havia quem entendesse que o arguido só tinha o direito de se defender dos factos que lhe eram imputados, pelo que a qualificação jurídica era livre, havia também, do lado oposto da querela doutrinal, quem defendesse que o direito de defesa abrangia, não só aspetos factuais, mas também todos os aspetos jurídicos da causa, e sustentasse a vinculação estrita do juiz de instrução à qualificação jurídica da acusação³⁹². A Lei n.º 48/2007 acabou por consagrar uma solução paralela à que o CPP já prescrevia para a fase de julgamento, no art. 358.º, n.º 3, ou seja, no caso de alteração da qualificação jurídica na fase de instrução, o juiz deve proceder exatamente nos termos previstos para a alteração não substancial de factos.

Sumariamente expostos estes dois temas, é tempo de avançar para aquele que verdadeiramente nos compete abordar: o regime da alteração substancial de factos na fase de instrução, previsto no art. 303.º, n.º 3 e 4, do CPP. Este artigo sofreu alterações de elevada importância em 2007, consagrando uma solução que se afasta diametralmente da anterior. Para compreendermos e analisarmos criticamente o figurino atual, afigura-se-nos, no entanto, indispensável ter presente o panorama até à data existente.

Ora, o regime atual dispõe, no n.º 3 do preceito em causa que “[u]ma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no

³⁹² Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 769; cfr. ainda GERMANO MARQUES DA SILVA, “O direito de defesa em processo penal (Parecer)”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999, pp 283. e ss..

processo em curso, nem implica a extinção da instância.” Por sua vez, acrescenta o n.º 4 que “[a] comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo”.

Na redação anterior à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, o n.º 3 do mesmo artigo³⁹³ dispunha, de forma consideravelmente distinta, que “[s]e dos actos de instrução ou do debate instrutório resultar fundada suspeita da verificação de factos que representem uma alteração substancial da acusação ou do requerimento para abertura da instrução, o Ministério Público abre obrigatoriamente inquérito quanto a eles.” Entendia-se, até então, não ser benéfico “cristalizar na lei adjectiva determinada solução que com o tempo poderia vir a revelar-se desadequada ou ultrapassada”³⁹⁴, sendo que, desse modo, cabia à doutrina e jurisprudência a tarefa, dentro do quadro legal definido e de acordo com a *principologia* processual penal, criar os modelos de resolução de problemas concretos que fossem surgindo na vida prática^{395 396}.

Nesse contexto foi-se tornando recorrente a distinção entre alteração substancial de factos autonomizáveis e não autonomizáveis em relação àqueles que já constituíam o objeto do processo.

No que concerne aos primeiros, a doutrina avança que serão autonomizáveis os factos novos que, por si só, ou seja, considerados independentemente dos factos que constituem o objeto do processo, são suscetíveis de fundamentar uma incriminação autónoma³⁹⁷. Mesmo desligados do objeto do processo, nada impede a instauração de

³⁹³ O n.º 4 só foi introduzido em 2007.

³⁹⁴ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 246.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*.

³⁹⁶ Uma referência impõe-se-nos fazer. No Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1987, elaborado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e que seguia nessa parte estudos feitos por MANUEL DA COSTA ANDRADE E ANABELA MIRANDA RODRIGUES, admitia-se que, durante a fase de instrução, o juiz pudesse pronunciar por factos que comportassem uma alteração substancial dos descritos na acusação ou no requerimento para abertura de instrução, desde que deles fosse dado conhecimento ao arguido, além da oportunidade de se defender. Contudo, e não olvidando que esta solução seria vantajosa e eficiente de um prisma pragmático e economicista, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS acabou por concluir que esta solução violaria inapelavelmente a acusatoriedade do processo. De facto, de acordo com esta proposta inicial, não obstante o juiz da pronúncia continuar a ser distinto do juiz de julgamento, “na medida – pequena que seja – em que se torne possível ao juiz ordenar ao ministério público que acuse, ou enviar a julgamento uma causa não sustentada por uma acusação ou equivalente (do ministério público ou do assistente), nessa medida fica irremediavelmente comprometida a imparcialidade da decisão judicial que posteriormente venha a ser tomada”. Nesse sentido, o Ilustre Professor defendeu a bondade do consagrado art. 303.º, n.º 3, do CPP, por estar de acordo com os interesses de realização da justiça, sem causar um dano irreparável aos interesses de eficiência, economia e celeridade do processo. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”, ob. cit., p. 17.

³⁹⁷ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 203; JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 131.

um inquérito autónomo quanto a eles³⁹⁸. Em relação a estes, o Ministério Público deveria obrigatoriamente abrir inquérito, não sendo necessária qualquer decisão judicial ou requerimento de sujeito processual, continuando o processo originário a seguir os termos, independentemente do processo entretanto iniciado. Ou seja, durante a instrução com base no facto A, que consubstancia um crime de furto simples, descobre-se um novo facto B, subsumível no tipo legal de homicídio simples. Nessa circunstância, a instrução prossegue pelo facto A, abrindo-se inquérito quanto ao facto B³⁹⁹.

Atualmente, a própria lei já incorporou a distinção entre os factos novos autonomizáveis e os não autonomizáveis em relação ao objeto do processo. Quanto àqueles, nos termos do n.º 4 do art. 303.º do CPP, a comunicação da alteração substancial desses factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.

Em contrapartida, o regime da alteração substancial de factos não autonomizáveis foi sempre o que suscitou mais dúvidas interpretativas. Estes são aqueles que, conjuntamente com os constantes da acusação ou do requerimento de abertura da instrução, formam “uma tal unidade de sentido”⁴⁰⁰ que inviabiliza a sua valoração autónoma. Estes factos, incidíveis ou indissociáveis dos que já constituíam o objeto do processo, não tinham um regime legal, até à revisão de 2007, definido, pelo que a doutrina apontava várias soluções distintas para estas situações. Nestes casos não

³⁹⁸ IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 143.

³⁹⁹ Há mais duas notas que importa destacar no regime da alteração substancial de factos autonomizáveis em relação aos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução. Em primeiro lugar, a obrigatoriedade de abrir inquérito não se traduz necessariamente na dedução de acusação. “Enquanto que para aquela basta a fundada suspeita da verificação de determinados factos que possam consubstanciar um crime (diverso, ou agravar os limites máximos das sanções aplicáveis), portanto um juízo de possibilidade e probabilidade da ocorrência de factos, já para a dedução de uma acusação, o juízo de possibilidade e probabilidade se refere à subsunção dos factos apurados numa certa norma penal incriminadora”. Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 181, nota 4. O Ministério Público mantém toda a sua autonomia, unicamente sujeito a critérios de legalidade e objetividade a que está vinculado, inexistindo qualquer intromissão do juiz de instrução na esfera de competências do Ministério Público.

Em segundo lugar, nas situações descritas, como se refere, o Ministério Público abre obrigatoriamente inquérito quanto aos factos novos. O que se discute é se, no caso de crimes particulares e semipúblicos, se exige o exercício prévio do direito de queixa por parte dos seus titulares quanto a esse concreto facto que consubstancia crime diverso. Inspirado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-02-2000, no qual se entendeu que, se os factos referidos na denúncia integram crime diverso do que o arguido foi acusado, não se pode considerar que inexistente queixa, dado que não é exigível ao queixoso que tipifique o crime, IVO MIGUEL BARROSO defendeu não fazer sentido que haja preclusão da instauração do processo, só porque aquele crime não foi diretamente objeto de queixa. Cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., p. 143. Em sentido divergente, para FREDERICO ISASCA, a abertura do inquérito, nos casos de crimes particulares ou semipúblicos fica dependente da verificação dos respetivos pressupostos. Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 181, nota 3. Quanto a nós, concordamos com esta última opinião, na medida em que se nos afigura que os fundamentos que presidem à distinção da natureza dos crimes permanecem válidos. O que está aqui em causa não é a qualificação jurídica. Se os factos novos são autonomizáveis e podem consubstanciar um crime diverso, a vítima, por variadas razões, pode não querer avançar com esse concreto procedimento criminal, não obstante ter apresentado queixa em relação a outros factos.

⁴⁰⁰ Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 203.

é possível a abertura de inquérito, visto que os factos novos, isoladamente considerados, não são suscetíveis de configurarem qualquer crime. Por exemplo, se durante a instrução com base no facto X, qualificável como homicídio simples, se descobrir um facto Y, ou seja, que o agente que terá praticado o crime era pai da vítima, temos uma situação nova que, considerada só por si, não é suscetível de incriminação. Nesse circunstancialismo, não podendo a decisão instrutória pronunciar o arguido por factos que comportem uma alteração substancial dos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução, sob pena de nulidade, o caminho a adotar não era então unânime.

Em primeiro lugar, relativamente a estes factos novos, urge abordar uma questão que se discutia antes da Lei n.º 48/2007, mas que ainda atualmente é polémica. Falamos da possibilidade de acordo entre o Ministério Público, arguido e assistente para que a instrução e o processo prossigam também pelos novos factos, salvo se estes determinarem a incompetência do tribunal. Ou seja, em causa está a aplicação analógica do art. 359.º, n.º 3, do CPP (antes da Lei n.º 48/2007, era o n.º 2 do mesmo preceito), à fase de instrução.

JOSÉ SOUTO DE MOURA, por exemplo, partindo da ideia de que a lei consagrou uma vinculação temática excessiva, e de que, competindo a pronúncia ao juiz de instrução, não haveria qualquer violação do princípio do acusatório se a pronúncia contivesse factos que representassem alteração substancial aos da acusação ou requerimento de abertura da instrução, defendeu a possibilidade de aplicação analógica desse artigo à fase de instrução⁴⁰¹.

No mesmo sentido, FREDERICO ISASCA não compreende que, perante a existência de acordo entre Ministério Público, arguido e assistente, o juiz de instrução

⁴⁰¹ Vide JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 135. Aliás, no seu entender, não sendo assim, ter-se-ia que obrigatoriamente abrir um novo inquérito, o que redundaria em prejuízo da economia processual e no início de novo prazo de prisão preventiva no novo inquérito, o que seria contra o interesse do arguido.

Contudo, já vimos na nota 396 que o Anteprojeto de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS conferia ao juiz de instrução a possibilidade de pronunciar por factos que comportassem uma alteração substancial aos descritos na acusação, mas que depois se afastou essa hipótese por se ter concluído que ela violava inapelavelmente o acusatório.

Também GERMANO MARQUES DA SILVA, com o qual concordamos inteiramente neste âmbito, entendeu que “a solução consagrada no Código é a que melhor realiza a estrutura acusatória, tendo em conta que, assim, o juiz não determina nem directa nem indirectamente o conteúdo da nova acusação e que a finalidade da instrução não é tanto a de continuar a investigação realizada no inquérito, mas a de comprovar a legalidade da acusação já deduzida com base nas provas recolhidas no inquérito e completadas na instrução.

A admitir-se a alteração da acusação por iniciativa do juiz frustrar-se-ia a própria finalidade da instrução”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 154.

não possa pronunciar por factos novos que alterem substancialmente o objeto do processo. Tal solução seria perfeitamente conforme ao princípio do acusatório, do contraditório e respeitaria os direitos de defesa do arguido⁴⁰².

Já face à redação da Lei de 2007, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE manifestou opinião convergente com a dos autores referidos *supra*. A aplicação analógica desse artigo estaria, aliás, em conformidade, no seu entender, com a nova ideologia do CPP de aproximação da instrução ao julgamento^{403 404}.

Em sentido dissonante, TERESA PIZARRO BELEZA afasta a possibilidade de aplicação analógica ao artigo em causa à fase de instrução. É seu entendimento que essa leitura é incompatível com o facto de o legislador só ter previsto expressamente essa possibilidade para o julgamento, não sendo de crer que a diferença entre fases tenha sido casual e não querida⁴⁰⁵.

Na mesma linha de raciocínio, IVO MIGUEL BARROSO, que face à redação anterior do art. 303.º do CPP defendia a aplicação analógica do art. 359.º, n.º 2, do CPP, passou a entender que, depois da revisão operada pela Lei n.º 48/2007, houve um “silêncio eloquente”⁴⁰⁶ por parte do legislador, que optou por manter expressamente a possibilidade de acordo no julgamento, e não na fase de instrução, no que considera ter sido uma omissão deliberada, inexistindo, assim, qualquer lacuna.

Ora, quanto a nós, propendemos a acolher esta última visão⁴⁰⁷. Julgamos que, estando expressamente prevista a possibilidade de acordo para a fase de julgamento, e tendo-se mantido a inexistência dessa previsão para a instrução na revisão deste artigo, é difícil de acreditar que tal omissão não tenha sido propositada e querida. Afigura-se-nos

⁴⁰² Para FREDERICO ISASCA, só não havendo acordo é que o Ministério Público deveria abrir obrigatoriamente inquérito. Esta solução, além de em nada violar a acusatoriedade do processo, permitia ainda ganhar em celeridade e economia processual. Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 178.

Aliás, este argumento da violação do princípio do acusatório parece não fazer muito sentido, na medida em que, se assim fosse, tal princípio seria identicamente violado na fase de julgamento, na qual se prevê a hipótese de acordo para que o processo prossiga também pelos novos factos, apesar de comportarem uma alteração substancial do objeto do mesmo.

⁴⁰³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 772.

⁴⁰⁴ Também em sentido concordante com esta posição, MAIA COSTA defende a aplicação analógica do n.º 3 do art. 359.º do CPP à fase de instrução, dado o paralelismo de regimes na fase de instrução e no julgamento. Cfr. AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1018.

⁴⁰⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal...”, ob. cit., p. 101.

⁴⁰⁶ IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., p. 147.

⁴⁰⁷ Em sentido idêntico, *vide* também MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentário...*, ob. cit., p. 755.

que, de facto, o legislador quis afastar a possibilidade de acordo entre os sujeitos processuais na fase de instrução.

No entanto, não compreendemos o fundamento desta diferença de regimes entre as duas fases processuais. Se há possibilidade de, perante uma alteração substancial de factos, haver acordo na fase de julgamento entre Ministério Público, arguido e assistente para que o julgamento prossiga, por maioria de razão, afigura-se-nos que, no plano do direito a constituir, possibilidade idêntica deveria ser conferida na fase de instrução, o que acarretaria benefícios a nível de economia e celeridade processuais.

E, ainda que haja a remota hipótese de se apontar a este regime uma eventual violação ou, no mínimo, compressão da acusatoriedade do processo, tal facto seria, a nosso ver, legitimado pelos ganhos obtidos em economia processual se se alcançasse o desejado, mas improvável, acordo. Se todos os sujeitos processuais estiverem de acordo na continuação do processo, não configuramos qualquer motivo que justifique a exclusão de tal possibilidade na fase de instrução, e se preveja para o julgamento.

Retomando o nosso caminho, revela-se fundamental passar à análise das diferentes soluções doutrinárias fornecidas para a alteração substancial de factos não autonomizáveis em relação aos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução, tendo em conta o quadro legal existente antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007. Como *supra* referimos, se o CPP continha uma solução para os factos novos autonomizáveis, em relação aos quais o Ministério Público deveria obrigatoriamente abrir inquérito, o mesmo não se podia dizer em relação aos não autonomizáveis, pelo que cabia à doutrina e jurisprudência encontrar o melhor regime para esse imbróglio jurídico. Nesse sentido, adotar uma posição comum não era tarefa simples, pelo que se foram multiplicando posições divergentes, que importa analisar para sermos capazes de compreender o regime atual e os problemas que se levantam neste âmbito.

Pois bem, a tese que mais se generalizou e se tornou maioritária foi a solução da absolvição da instância propugnada por JOSÉ SOUTO DE MOURA. No seu entender, e face à inexequibilidade de abrir inquérito só em relação aos factos novos não autonomizáveis, a solução seria “o tratamento em inquérito, “ex novo”, de todo o

conjunto unitário”⁴⁰⁸, ou seja, remetia-se para um novo inquérito toda a factualidade até então recolhida.

A maior questão residia no destino a dar ao processo que estava já na fase de instrução. Recorrendo a uma linguagem civilística, o consagrado Autor defendeu que os arts. 303.º, n.º 3, e 309.º, ambos do CPP, consagravam uma exceção dilatória inominada, na medida em que o juiz de instrução se deparava com a “falta de um verdadeiro pressuposto processual, relativo ao objecto do processo”⁴⁰⁹. A solução a adotar seria então “a da não prossecução dos autos de instrução emitindo-se uma decisão de forma”⁴¹⁰, nem se podendo, rigorosamente, falar aqui de uma decisão de não pronúncia, na medida em que o juiz de instrução, a pronunciar-se sobre a questão de mérito na decisão instrutória, só o faria “na estrita medida do necessário à apreciação da questão prévia da falta de poderes de cognição do juiz”⁴¹¹. Ou seja, a única saída possível seria a da absolvição da instância e arquivamento do inquérito⁴¹².

Embora tenha sido a posição mais recorrente na doutrina e jurisprudência, como se afirmou, nem assim esta posição deixou de merecer algumas críticas. Para PAULO DE SOUSA MENDES, a solução viola o princípio da legalidade, na medida em que o juiz de instrução, dispondo de matéria suficiente para pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação ou requerimento para abertura da instrução, considera “*inoportuno* fazê-lo”⁴¹³, devido à proibição de lhes juntar os factos novos que comportam uma alteração substancial. Por outro lado, TERESA PIZARRO BELEZA argumentou, a propósito não só da solução de absolvição da instância, mas também da suspensão da instância, que estas soluções parecem contrariar a estrutura acusatória do processo, além de levantarem problemas no que concerne a prazos de inquérito, medidas de coação e prescrição⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 131.

⁴⁰⁹ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o Objecto do Processo”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal – II Vol. – Aulas teóricas dadas ao 5.º Ano, 1991/1992 e 1992/1993*, (org.) Teresa Pizarro Beleza, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 42.

⁴¹⁰ *Idem, ibidem*.

⁴¹¹ *Idem, ibidem*.

⁴¹² O Autor defende a manutenção da realização obrigatória do debate instrutório, apesar de, à primeira vista, parecer uma inutilidade. Segundo o seu entendimento, ele poderá ser necessário por uma questão de apreciação da prova, ou mesmo devido ao problema do preenchimento do conceito de “alteração substancial de factos”. Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 132.

⁴¹³ PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial...”, ob. cit., p. 763.

⁴¹⁴ *Vide* TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal...”, ob. cit., p. 101. A Professora prossegue questionando se “[n]ão serão as possibilidades defendidas pela doutrina de o MP reabrir o inquérito, ou reformular a acusação sucedâneos da

Numa perspetiva não muito distante, FREDERICO ISASCA adotou a posição da suspensão da instância. Com o fito de conciliar a procura da verdade material, a realização da justiça no caso concreto, além da obrigatoriedade de abertura de inquérito imposta pelo preceito em análise, o Autor defende a reabertura do inquérito por todos os factos. O processo permanece só um e o mesmo, regressando, todavia, à fase de investigação porque, por um lado, são factos que não podem não ser investigados, e, por outro, não podem ser considerados pelo juiz de instrução na decisão de instrutória.

Nesse cenário, não sendo possível a feitura de despacho de pronúncia, nem de não pronúncia, torna-se necessário também o recurso às normas de processo civil que se harmonizem com o processo penal, aí surgindo a figura da suspensão da instância⁴¹⁵.

Também esta posição não ficou isenta de críticas doutrinárias, destacando-se a de JOSÉ SOUTO DE MOURA, segundo o qual, rejeitando veementemente esta solução, “fosse qual fosse o resultado do inquérito novo instaurado, o processo da instrução teria sempre estado suspenso à espera de coisa nenhuma”⁴¹⁶. PAULO DE SOUSA MENDES, manifestando a sua discordância em relação a esta proposta, apontou-lhe duas críticas. Por um lado, não cabe nas funções do Juiz de Instrução “*dirigir*”⁴¹⁷ ou paternalizar o Ministério Público, indicando-lhe a necessidade de corrigir uma investigação deficiente; por outro, há uma incompatibilidade entre a dinâmica da ideia de recomeçar o processo penal desde o seu início, reabrindo o inquérito, e o sentido da suspensão da instância que se traduz numa “*paragem da causa*”⁴¹⁸. Por último, faça-se ainda referência às críticas de GIL MOREIRA DOS SANTOS, segundo o qual, além de a suspensão não parecer possível por não estar prevista no CPP e por parecer contrariar a perentoriedade do prazo para a ulatimação da instrução, ter-se-ia que

possibilidade de o juiz da pronúncia, no CPP anterior, mandar o MP proceder a uma reformulação da acusação quando ela fosse entendida como insuficiente pelo juiz?”.

⁴¹⁵ Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., pp. 182 e ss..

⁴¹⁶ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 133. Na sua opinião, “[m]esmo que tal inquérito fosse junto à instrução como documento, o J.I.C. continuava atado pelos factos da acusação do primeiro inquérito ou do requerimento da instrução. Seria, pois, irrelevante. Melhor, o novo inquérito, em que a acusação surgisse abrangendo os factos novos, só aumentaria os poderes de cognição do J.I.C., numa instrução que deste segundo inquérito fosse a sequência”.

⁴¹⁷ PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial...”, ob. cit., p. 762.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*.

ponderar a competência do tribunal de instrução face à nova situação. Mais ainda, “seria necessário – e não é seguro! – que ao novo inquérito se seguisse instrução”⁴¹⁹.

Entre outras posições que foram surgindo a propósito desta complexa questão⁴²⁰, destacamos ainda, apesar de ter sido “uma tese minoritária e sem qualquer expressão jurisprudencial”⁴²¹, a teoria da continuação do processo em curso, com preterição absoluta do conhecimento da alteração substancial de factos, defendida, entre outros, por TERESA PIZARRO BELEZA⁴²², PAULO DE SOUSA MENDES e GIL MOREIRA DOS SANTOS⁴²³. De acordo com esta tese, segundo a qual só assim se respeita a estrutura acusatória do processo e se garantem os direitos de defesa do arguido e o seu direito a ser julgado o mais cedo possível, o processo prossegue os seus termos com os factos anteriores, ignorando-se os factos novos, o que implica necessariamente um “inexorável sacrifício *parcial* do conhecimento da verdade material”⁴²⁴.

⁴¹⁹ GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Princípios e Prática Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 346; GIL MOREIRA DOS SANTOS, “A estabilidade objectiva da lide em processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 1992, p. 607.

⁴²⁰ Neste âmbito, porque menos relevantes, faremos tão-só uma breve referência a essas posições.

Em primeiro lugar, destaque-se a solução apontada por GERMANO MARQUES DA SILVA, que defendia a prolação de um despacho de não pronúncia e complemento do inquérito. De acordo com esta solução, o processo retorna ao inquérito para que se complete a investigação e, eventualmente, se deduza nova acusação, se durante as fases jurisdicionais haja indícios de factos que alteram substancialmente os que constituem o objeto do processo. Importa precisar que, neste modelo, o juiz de instrução não ordenaria ao Ministério Público que acusasse nos moldes que julgasse corretos; apenas não receberia aquela acusação por violar o princípio da legalidade da ação penal. O próprio Autor reconhece, no entanto, alguns obstáculos nesta posição, dado que pode levar a situações de impasse quando juiz de instrução e Ministério Público tenham entendimentos contrários. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA *apud* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., pp. 771-772.

Outra solução proposta proveio de ANTÓNIO LEONES DANTAS, que sustentou a tese da impossibilidade superveniente do processo e consequente arquivamento por aplicação analógica do art. 277.º, n.º 1, do CPP. Na sua perspetiva, “[é] líquido que a constatação da alteração substancial torna o procedimento legalmente inadmissível, conforme resulta do n.º 1 do art. 359.º e n.º 3 do art. 303.º do C.P.P.”. Cfr. ANTÓNIO LEONES DANTAS, “A definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º, N.º 63, Julho-Setembro 1995, p. 105. Assente esse facto, a consequência imposta é a do arquivamento do processo por aplicação analógica do art. 277.º, n.º 1, do CPP, o qual, por ser uma decisão de forma, não impede a instauração de novo processo para indagação dos factos objeto do processo inicial.

Por último, importa aludir à sugestão de IVO MIGUEL BARROSO para a matéria da alteração substancial de factos em sede de instrução. No seu entender, inspirado na ideia de MARQUES FERREIRA, a solução preferível para o art. 303.º, n.º 3, do CPP, seria a de que, se resultar alteração substancial de factos não autonomizáveis, o Ministério Público deveria proceder a uma investigação sumária dos mesmos, finda a qual proferiria um despacho reconformador da acusação. Cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto...*, ob. cit., p. 240. Partindo da ideia de que a solução de abrir obrigatoriamente inquérito quanto a todos os factos é rígida, defende que esta solução seria mais maleável e preferível, atendendo à economia processual e à proteção da paz jurídica do arguido (p. 242). Mais ainda, argumenta que não seria violadora do princípio do acusatório nem do princípio da presunção de inocência, uma vez que a iniciativa e a investigação sumária continuariam a pertencer ao Ministério Público, e o juiz de instrução só se pronunciaria após redelimitação do objeto do processo (p. 162).

⁴²¹ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 247.

⁴²² Vide TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal...”, ob. cit., pp. 101-102. A Autora escreve que se os factos novos não forem autonomizáveis, então aí “[j]á não haverá remédio” (p. 101). A paz jurídica do arguido e a garantia constitucional de ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa seriam postas em causa se o “processo pudesse «voltar atrás» de cada vez que se descobrissem novos factos” (p. 92).

⁴²³ GIL MOREIRA DOS SANTOS, “A estabilidade objectiva da lide...”, ob. cit., pp. 107 e ss..

⁴²⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial...”, ob. cit., p. 763.

Ora, já no domínio da redação anterior do art. 303.º do CPP, esta solução merecia um sem-número de críticas. Destaquemos a de dois autores que adotaram posições distintas: FREDERICO ISASCA e JOSÉ SOUTO DE MOURA. O primeiro considera essa solução “absolutamente inaceitável”⁴²⁵, atendendo ao facto de contrariar expressamente a letra da lei na medida em que esta impõe a obrigatoriedade de abertura de um novo inquérito, face à suspeita fundada de alteração substancial de factos, e ao facto de ser incompatível com a prossecução da verdade material e a justiça do caso concreto⁴²⁶.

Quanto ao segundo, considera insustentável o entendimento segundo o qual o Ministério Público seria penalizado por não ter descoberto no inquérito o que o juiz de instrução descobriu na instrução, acrescentando que os “factos novos que surgem na instrução podem não revelar incúria ou incompetência do M. P. ou O. P. C.”⁴²⁷. Nesse sentido, afasta o argumento de que o Ministério Público deveria pagar o preço da sua inépcia, afirmando inclusivamente que ambos, Ministério Público e juiz de instrução, “estão “condenados””⁴²⁸ a uma mútua e leal colaboração, dado que prosseguem os mesmos objetivos. Ademais, noutra perspetiva, e prosseguindo a exposição do seu raciocínio, também não procede o argumento de que é esta a solução que melhor realiza o modelo acusatório. Ora, o nosso sistema não se caracteriza por ser um puro processo de partes. Ao invés, os interesses coletivos que se discutem no processo penal tornam inaceitável “que nos abriguemos no reino do formal, quando se ignoram factos, e se forja uma pronúncia, que se sabe ser com toda a probabilidade uma mentira”⁴²⁹, prejudicando, grosseiramente, a procura da justiça material.

Depois desta longa, mas cremos que fundamental exposição no sentido de compreender a evolução histórica do preceito, nomeadamente as várias soluções possíveis e as críticas que lhes são apontadas, urge, finalmente, analisar o regime atual da alteração substancial de factos não autonomizáveis na fase de instrução, presente nos já citados n.º 3 e 4.º do art. 303.º do CPP.

⁴²⁵ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...*, ob. cit., p. 182.

⁴²⁶ *Idem*, pp. 182-183.

⁴²⁷ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 132. O Autor vai mais longe ainda ao afirmar que se os factos novos não puderem ser tidos em consideração pelo juiz de instrução, e mais ninguém os puder vir a conhecer, ter-se-ia forçosamente que concluir que o mecanismo processual do art. 303.º do CPP “estaria muito aquém duma justiça penal, dominada no aspecto substantivo também, pelo princípio da legalidade”.

⁴²⁸ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o Objecto...”, ob. cit., p. 42.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*.

Ora, foi precisamente esta última solução referida que veio a ser adotada, de forma contrária à corrente doutrinal e jurisprudencial⁴³⁰, pela revisão do CPP de 2007⁴³¹ para a fase de instrução⁴³², que rejeita todas as soluções de extinção da instância, nestas incluindo-se a absolvição da instância, a suspensão da instância e a impossibilidade superveniente da lide⁴³³. O preceito afirma, sem margem para dúvidas, que a alteração substancial de factos não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem implica, por outro lado, a extinção da instância⁴³⁴.

Dito de outra forma, o tribunal ignora os factos novos não autonomizáveis, devendo terminar a fase instrutória proferindo despacho de pronúncia ou não pronúncia. Ou seja, não se pode abster de proferir despacho, remetendo unicamente os autos para o inquérito para que o Ministério Público aí os investigue. Assim, o processo segue os seus trâmites apenas pelos factos que já constavam do objeto do processo.

Parece-nos que a disposição em causa é de tal forma geradora de controvérsia que mesmo os seus mais acérrimos defensores não deixam de reconhecer os seus efeitos perversos. Veja-se nomeadamente PAULO DE SOUSA MENDES, o qual é claro ao afirmar que, tendo vingado esta doutrina, falha a concordância prática entre o interesse do arguido numa defesa pertinente e eficaz e o interesse público no esclarecimento da verdade, prevalecendo apenas o primeiro destes dois interesses⁴³⁵. Contudo, na sua opinião, com a qual manifestamos desde já a nossa discórdia, defende que “não se trata aqui de *arruinar* o interesse público na punição do criminoso (...), mas trata-se apenas

⁴³⁰ Sublinhe-se aqui o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, segundo o qual, relativamente à fase de julgamento, não era inconstitucional, por não violar a estrutura acusatória do processo, a interpretação segundo a qual o tribunal pode proferir decisão de absolvição da instância quanto aos factos constantes da acusação, seguida da comunicação ao Ministério Público para que ele proceda pelos novos factos.

Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, Proc. n.º 802/04, Relatora: Mário Torres, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070237.html>, consultado em 24-04-2015.

⁴³¹ Porventura influenciada pela doutrina de PAULO DE SOUSA MENDES, que já antes defendera essa tese e que foi um dos membros do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal.

⁴³² Cfr. também art. 359.º do CPP, para a fase de julgamento. Os regimes de ambas as fases são, pois, idênticos.

⁴³³ Cfr. neste sentido IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., p. 219, nota 76; JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, “Alteração substancial dos factos...”, ob. cit., p. 65; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., pp. 770 e ss.; NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp. 245 e ss..

⁴³⁴ Faça-se aqui uma precisão. Contrariamente à grande generalidade da doutrina, GERMANO MARQUES DA SILVA entende que a parte final do n.º 3 do art. 303.º do CPP significa que, se a alteração substancial for relativa a factos não autonomizáveis, isso implica “a anulação da acusação e a remessa do processo para a fase do Inquérito para ser completado”. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, “Um olhar sobre o projecto...”, ob. cit., p. 148.

⁴³⁵ Vide PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial...”, ob. cit., p. 763. Tal opinião foi sufragada por RITA FIDALGO FONSECA, segundo a qual “não se arruina o interesse público na punição do criminoso e no esclarecimento da verdade sem subterfúgios, trata-se apenas de sacrificar parcialmente a verdade material, prevalecendo, ao invés, o interesse do arguido na sua defesa”. Cfr. RITA FIDALGO FONSECA, *O Paradigma da Fase de Instrução...*, ob. cit., p. 55.

de *escamotear* alguns concretos factores de avaliação da quantidade da pena⁴³⁶, o que é bem menos dramático.

Neste sentido as críticas a esta proposta vêm-se multiplicando. Causa, de facto, alguma estranheza adotar-se um regime segundo o qual o juiz de instrução, bem sabendo que há factos novos que comportam uma alteração substancial dos que constituem o objeto do processo, elabora o seu despacho de pronúncia ou de não pronúncia, pura e simplesmente, ignorando os novos factos. Por estes, o arguido sairá impune, na medida em que fica precludida a hipótese do seu conhecimento, o que é uma opção, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade atendendo ao princípio da legalidade⁴³⁷.

NUNO BRANDÃO terá sido, porventura, o crítico mais veemente da nova regulação legal da alteração substancial de factos na fase de instrução, que, no seu entender, é errada de todos os prismas possíveis⁴³⁸.

Desde logo porque violadora do princípio do caso julgado, tendo em conta que o efeito da consumpção forma-se no decurso das fases preliminares do processo, com a acusação ou requerimento de abertura de instrução, e já não com a coisa definitivamente julgada, por um juiz, pois este não vai poder apreciar toda a matéria ilícita que lhe é submetida⁴³⁹.

Veja-se que o juiz de instrução, impedido de conhecer os factos novos não autonomizáveis, e impedido de remeter os autos para o inquérito, suspendendo ou absolvendo o arguido da instância, será obrigado a pronunciar apenas pelos factos imputados na acusação ou no requerimento de abertura do assistente, decidindo contra a sua própria convicção do que realmente aconteceu. É, de facto, a nosso ver, com alguma estupefação que se prevê uma norma que, a final, impõe ao juiz que decida de forma contrária à sua própria consciência. Se a bem da estrutura acusatória do processo é claro que o juiz de instrução não poderá alargar o objeto do processo, afigura-se-nos incorreto consagrar a impossibilidade de o tribunal remeter os autos para inquérito e vir

⁴³⁶ *Idem*, pp. 763-764.

⁴³⁷ Cfr. no mesmo sentido MAIA COSTA in AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1019.

⁴³⁸ *Vide* NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 247 e ss.

⁴³⁹ *Idem*, p. 250.

posteriormente a conhecer e aplicar o direito ao caso⁴⁴⁰. Ora, ao juiz, de um lado, é imposta a continuação dos trâmites normais da instrução e do processo, com preterição absoluta do conhecimento dos factos novos; de outro lado, os princípios da legalidade e da procura da verdade material impõem-lhe a solução contrária⁴⁴¹.

Tendo isto presente, fica assim patente que, também do ponto de vista do princípio da legalidade, é incompreensível que o juiz seja obrigado a proferir despacho de pronúncia que sabe não corresponder, pelo menos na sua totalidade, à realidade dos factos ocorridos. Assim entendeu NUNO BRANDÃO⁴⁴², entendimento ao qual aderimos, acrescentando inclusivamente que, sendo a instrução uma fase processual destinada a comprovar judicialmente a decisão de acusação ou de arquivamento, não se compreende, nem sequer se coaduna com esta finalidade, uma decisão instrutória do juiz que pronuncie pelos factos constantes da acusação (ou requerimento de abertura de instrução do assistente), sem verificar efetivamente o acerto desta decisão. Ou melhor, o juiz de instrução até pode concluir pela falta de acerto da acusação; simplesmente vê-se obrigado a pronunciar pelos mesmos factos ainda que saiba não corresponderem à realidade, o que acaba por ser a denegação da ideia de comprovação judicial⁴⁴³.

Como se não fossem bastantes os motivos já explanados, veja-se ainda que o próprio Ministério Público acaba, de forma idêntica, por ser afetado por este regime. Ora, por um lado, a lei parece afirmar com clareza a responsabilização desta autoridade judiciária pela insuficiente investigação realizada⁴⁴⁴. Já SOUTO DE MOURA, como referido *supra*, havia, longos anos antes, alertado para este problema, explicitando que os “factos novos que surgem na instrução podem não revelar incúria ou incompetência do M. P.”⁴⁴⁵, o que, a nosso ver, é indubitável.

Por outro lado, sendo descobertos novos factos não autonomizáveis e que não poderão ser apreciados, o Ministério Público ficará também numa posição ingrata, tendo

⁴⁴⁰ Vide, nesse sentido, IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., p. 247. Na sua opinião, o art. 303.º, n.º 3, do CPP, restringe o direito à objeção de consciência do juiz (cfr. art. 41.º, n.º 6, da CRP). Mais acrescenta este autor que, para além de dever moral, a recusa em praticar ato injusto é um direito fundamental, por via da cláusula aberta presente no art. 16.º, n.º 1, da CRP, e um direito humano inalienável (p. 245).

⁴⁴¹ Neste sentido, IVO MIGUEL BARROSO considera que “a verdade é que o juiz “fica entre a espada e a parede””. Cfr. *idem*, p. 246.

⁴⁴² Vide NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 251.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁴ Em sentido idêntico, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 772.

⁴⁴⁵ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, ob. cit., p. 132.

de sustentar uma acusação contra a sua própria convicção⁴⁴⁶. Nesse sentido, tal como afirmou CRUZ BUCHO, procurando evitar a aplicação do mecanismo da alteração substancial de factos, “o Ministério Público pode, também, ver-se tentado a acusar sempre pelo mais, mesmo que sejam inconsistentes ou frágeis os indícios dos factos não autonomizáveis”⁴⁴⁷.

Ora, por último, mas, sem dúvida, mais importante, e retomando a exposição de NUNO BRANDÃO, o atual regime da alteração substancial de factos não autonomizáveis na instrução é ainda errado do ponto de vista da “*prosecução das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de administração da justiça e de pacificação social*”⁴⁴⁸. Aqui reside também, quanto a nós, a principal crítica deste modelo, que sacrifica em larga medida uma das finalidades primordiais do processo penal: a descoberta da verdade material, o que é, aliás, reconhecido inclusivamente por um dos autores desta solução, PAULO DE SOUSA MENDES, como *supra* constatámos.

A nosso ver, o legislador deveria ter efetuado nesta sede a ponderação entre todos os interesses em jogo, mas, ao invés, parece ter pesado apenas os direitos do arguido. Falha aqui a todos os níveis a tarefa de concordância prática entre, por um lado, as garantias de defesa do arguido e o princípio da celeridade processual, e, por outro lado, a prossecução da verdade material e da justiça penal e o princípio da legalidade⁴⁴⁹. Estes valores e interesses ficam totalmente esquecidos, o que, bem se vê, “transforma a decisão judicial numa farsa”⁴⁵⁰.

A solução adotada constitui, de facto, um estranho e encaraterístico retrocesso num processo penal que visa a procura da verdade material e a justiça material. Não compreendemos a opção do legislador de prever um regime que, dessa perspetiva, renega completamente esses princípios, o que causará inevitavelmente, do ponto de

⁴⁴⁶ Vide IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., p. 248.

⁴⁴⁷ JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, “Alteração substancial dos factos...”, ob. cit., p. 71.

⁴⁴⁸ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 251.

⁴⁴⁹ Em sentido crítico concordante com o texto, vide também IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, ob. cit., pp. 225 e ss.; JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, “Alteração substancial dos factos...”, ob. cit., pp. 69-70.

⁴⁵⁰ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 251. Como *supra* referimos, JOSÉ SOUTO DE MOURA já tinha efetuado semelhante crítica, ao constatar que “se forja uma pronúncia, que se sabe ser com toda a probabilidade uma mentira”. Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o Objecto...”, ob. cit., p. 42.

vista do caso concreto, soluções absolutamente inadequadas, inverdadeiras, imponderadas e, acima de tudo, injustas e incompatíveis com os valores referidos.

De forma particularmente veemente na adjectivação empregue⁴⁵¹, NUNO BRANDÃO conclui pela inconstitucionalidade do regime, fundada na violação do princípio do caso julgado, na sua vertente que obriga à apreciação exaustiva por parte do juiz de toda a matéria fáctica até si levada, e do princípio da legalidade da promoção processual⁴⁵², cujo bloqueamento é totalmente incompatível com o princípio constitucional do monopólio estadual da função jurisdicional penal, e do qual resulta a desproteção dos bens jurídicos tutelados pelas infrações criminais em que se subsumem os novos factos apurados mas não apreciados⁴⁵³.

Afigura-se-nos urgente a alteração deste regime, absolutamente insustentável no quadro de um sistema que prima pela procura de valores como a justiça e a verdade material. Um regime que repudia o conhecimento integral dos factos, por mais graves e importantes que estes sejam, obrigando ao prosseguimento do processo por factos que se sabe não corresponderem à realidade, é um regime que desvirtua, no essencial, o processo penal e, neste caso, também a fase de instrução, incompatibilizando-se de forma total com a finalidade que lhe subjaz.

Contrariamente ao afirmado pelos defensores desta tese, os ganhos obtidos em nome dos direitos e garantias de defesa do arguido em nada fundamentam nem legitimam os prejuízos gerados e o intolerável sacrifício de finalidades essenciais do processo penal. Sem qualquer possibilidade de ponderação concreta, preclude-se absoluta e definitivamente a possibilidade de cognição e apreciação dos factos novos, olvidando-se o interesse público no esclarecimento da verdade e na realização de justiça material.

Ora, parece-nos clara a ideia de que os novos factos não autonomizáveis apurados não podem ser simplesmente ignorados, preterindo-se para sempre o seu conhecimento. Contudo, se é certo que o juiz de instrução não pode reformular o objeto

⁴⁵¹ No seu entender, do novo regime resultam “soluções chocantes” e “repugnantes”, que conduzem a um “[a]niquilamento absoluto, e como tal desproporcionado e arbitrário, dos valores e princípios constitucionais enunciados”. Cfr. NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp. 252-253.

⁴⁵² *Idem*, p. 252.

⁴⁵³ *Idem*, p. 253.

do processo e, conseqüentemente, pronunciar o arguido nesses termos, por violação da estrutura acusatória, as soluções que até 2007 mais vingaram doutrinária e jurisprudencialmente não eram, a nosso ver, violadoras desse modelo. O juiz de instrução, por meio de uma decisão de forma, punha termo à instrução, não efetuando despacho de pronúncia ou de não pronúncia, ou seja, não decidia sobre a questão de mérito, nem alargava o objeto do processo constituído pelos factos constantes da acusação ou do requerimento de abertura de instrução do assistente.

A sua decisão de remeter os autos novamente para a fase de inquérito em nada contende com o modelo acusatório, nem com a separação de funções entre juiz de instrução e Ministério Público. A este último, o juiz não obriga a investigar, nem, muito menos, a formular a acusação em determinados moldes por si previamente fixados. Regressando o processo à fase de inquérito, o Ministério Público conduzia a investigação livremente e sem qualquer interferência do juiz de instrução, tal como no “primeiro inquérito”, estando apenas vinculado aos critérios de legalidade e objetividade que devem pautar sempre a sua atuação no quadro jurídico-constitucional definido⁴⁵⁴.

Por outro lado, também não se nos afigura correto o argumento de que os modelos de absolvição e suspensão da instância, com a necessária remissão dos autos para a fase de inquérito para nova investigação, violam os direitos de defesa do arguido, a sua paz jurídica ou o seu direito a ser julgado no mais curto prazo possível. O que sucede é, outrossim, a necessária concordância prática entre os interesses em jogo, não se fazendo prevalecer apenas um deles, contrariamente ao que sucede no atual regime. É verdade que, quase inevitavelmente, com a interrupção do andamento do processo e seu regresso ao inquérito, a decisão final demorará mais tempo a ser tomada, mas esse é um sacrifício tolerável em nome da descoberta da verdade material e da realização da justiça.

A isto acresce, na senda do que escreveu NUNO BRANDÃO, que a tutela legal desse direito é dada pela tipificação de prazos e regras de prescrição do procedimento

⁴⁵⁴ No mesmo sentido, *idem*, p. 249.

criminal adequados⁴⁵⁵, enquanto que, no que concerne ao direito à paz jurídica, importa ter presente que este “adquire-se não no decurso do processo, mas com o caso julgado, e este pressupõe uma decisão de absolvição ou de condenação fundada numa apreciação judicial sobre o mérito da causa”⁴⁵⁶.

Finalizando a análise deste regime, por tudo o exposto, resulta patente o nosso manifesto desacordo com a preterição absoluta do conhecimento dos novos factos não autonomizáveis. Se era certo que antes desta alteração legislativa não havia consenso quanto ao destino a dar à fase de instrução, parecia ser relativamente unânime o entendimento segundo o qual o conhecimento dos factos novos não podia ser preterido. Atualmente, em nossa opinião, a fase de instrução, nos moldes de comprovação judicial da decisão de acusação ou de arquivamento em que foi desenhada, é absolutamente incompatível com o atual art. 303.º do CPP, sendo necessária a revisão legal deste preceito.

Veja-se que também por esta via se conduziu a uma aproximação da instrução ao julgamento, desvirtuando as idiossincrasias próprias dessa fase. A impossibilidade de regressar ao inquérito e a preterição do conhecimento dos factos novos não se compaginam com a função da fase de instrução nem com a sua conceção como fase preliminar do processo⁴⁵⁷. Não se compreende que se obrigue o juiz a pronunciar o arguido com base em factos que sabe não corresponderem à realidade, sendo que tal solução, além de atentar contra uma finalidade essencial do processo penal, é, pois, absolutamente desprovida de sentido na fase processual que nos cumpre analisar.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 250. No seu entender, em regra, num grande número de casos a devolução do processo ao inquérito nem sequer contende com o núcleo essencial desse direito. Para este Autor, a eventual ofensa a esse direito só pode ser avaliada tendo por base o caso concreto e nunca uma avaliação abstrata *a priori*.

⁴⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁵⁷ Assim também *idem*, p. 241; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., pp. 752-753.

6.5. A Irrecorribilidade da Decisão Instrutória que Pronunciar o Arguido pelos Factos Constantes da Acusação

Outra temática que tem suscitado alguma controvérsia na doutrina e na jurisprudência é a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público. Presente no art. 310.º, n.º 1, do CPP, esta norma já foi objeto de duas alterações, mas é, uma vez mais, de destacar a revisão operada pela Lei n.º 48/2007.

Com efeito, se à luz do texto originário do CPP era clara a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciasse o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, já era discutível a recorribilidade do mesmo despacho na parte em que apreciava nulidades e outras questões prévias, bem como no caso de acusação particular acompanhada pelo Ministério Público.

São estes três distintos parâmetros que iremos então analisar, tendo por base a inúmera jurisprudência que foi abraçando este problema.

Ora, relativamente à norma que consagra a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, cuja fiscalização tem sido repetidamente submetida ao Tribunal Constitucional, importa começar por afirmar que este se tem mantido, ao longo dos anos, unânime na sua decisão de admissibilidade constitucional da disposição em apreço⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Cfr. neste sentido, entre outros, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/94, Proc. n.º 384/92, Relator: Ribeiro Mendes, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940265.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, Proc. n.º 236/94, Relatora: Maria Fernanda Palma, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960610.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/97, Proc. n.º 367/96, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970468.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 45/98, Proc. n.º 511/97, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980045.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 300/98, Proc. n.º 71/98, Relator: Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980300.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 463/02, Proc. n.º 618/02, Relator: Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020463.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 481/2003, Proc. n.º 22/03, Relator: Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030481.html>, consultado em 02-09-2015; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 527/03, Proc. n.º 575/2003, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030527.html>, consultado em 02-09-2015.

De facto, em primeiro lugar, a CRP não estabelece em qualquer norma a garantia de um duplo grau de jurisdição em todas as decisões proferidas em processo penal, admitindo-se restrições ou limitações a essa faculdade desde que seja assegurado o núcleo essencial do direito de defesa do arguido⁴⁵⁹. E se é verdade que a salvaguarda desse conteúdo mínimo exige a faculdade de recurso de sentença condenatória e das decisões de privação ou restrição da liberdade e de outros direitos fundamentais, não impõe, ao invés, a possibilidade de recurso de toda e qualquer decisão judicial. Veja-se que só as decisões instrutórias referidas no n.º 1 do art. 310.º do CPP, e apenas essas, são irrecorríveis. Todas as outras estão sujeitas ao regime geral de recorribilidade⁴⁶⁰, insito no art. 399.º do CPP.

O facto de apenas estas decisões serem inimpugnáveis não é, naturalmente, arbitrário. A *ratio* desses diferentes regimes legais reside no facto de quer o Ministério Público, *dominus* do inquérito, quer o juiz de instrução, que dirige a fase instrutória, terem concluído, de forma coincidente, pela existência de indícios suficientes que justificam a submissão do arguido a julgamento. Ou seja, a própria decisão instrutória já assegura em si mesma uma função de dupla garantia, na medida em que consubstancia a comprovação por um juiz de instrução da decisão de deduzir acusação do Ministério Público, visando proteger-se o arguido de acusações infundadas e evitar injustas submissões a julgamento. Mais uma vez, no entanto, se deve lembrar a configuração jurídico-constitucional do Ministério Público, enquanto magistratura autónoma, sujeita unicamente a critérios de estrita legalidade e objetividade, e, portanto, não interessada

⁴⁵⁹ Assim se entendeu, por exemplo, no mencionado Acórdão n.º 610/96, embora seja importante precisar que, na altura da sua prolação, o quadro legal era diferente do de hoje. Nesse Acórdão concluiu-se que, se englobada no regime em que estejam salvaguardadas as garantias de defesa no inquérito e na instrução, nomeadamente a possibilidade de requerer diligências probatórias e de recorrer de um eventual indeferimento, a irrecorribilidade do despacho de pronúncia pelos mesmos factos da acusação do Ministério Público não ofende as garantias de defesa do arguido.

No entanto, como é bom de ver, em 1998, tornou-se, de forma idêntica, irrecorrível o despacho do juiz de instrução que indeferisse diligências probatórias. Porém, e salvo pontuais votos de vencido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional sedimentou-se no sentido de que a irrecorribilidade desse despacho não era inconstitucional, assim como também não passou a ser o despacho previsto no art. 310.º, n.º 1, do CPP, não obstante este novo regime. Foi esse o entendimento propugnado, por exemplo, nos Acórdãos n.º 371/2000, em que votaram vencido Maria dos Prazeres Pizarro Beleza e Luís Nunes de Almeida, n.º 375/00, em que votou vencido Luís Nunes de Almeida, e n.º 459/00, em que votou vencido Maria Fernanda Palma.

Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/00, Proc. n.º 48/00, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000371.html>, consultado em 02-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 375/00, Proc. n.º 633/99, Relator: Vítor Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000375.html>, consultado em 02-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00, Proc. n.º 472/99, Relator: Guilherme da Fonseca, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000459.html>, consultado em 02-09-2015.

⁴⁶⁰ Ou seja, são recorríveis as seguintes decisões instrutórias: não pronúncia que confirma o despacho de arquivamento do Ministério Público; não pronúncia pelos factos constantes da acusação particular; não pronúncia pelos factos constantes da acusação pública; pronúncia pelos factos constantes da acusação particular, se não for acompanhada pelo Ministério Público; pronúncia pelos factos constantes do requerimento de abertura de instrução, após decisão de arquivamento do Ministério Público.

na condenação do arguido a todo o custo, podendo inclusivamente pedir a sua absolvição ou recorrer em seu benefício exclusivo.

Noutro sentido, entendeu-se ainda que a irrecorribilidade do despacho de pronúncia em análise não ofende o princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa. Com efeito, existe uma assinalável diferença entre os despachos de pronúncia e de não pronúncia que legitima a disparidade dos regimes de recurso. Veja-se que os despachos revestem estruturas materialmente diferentes: enquanto o despacho de pronúncia é um despacho interlocutório, que tem como efeito o prosseguimento da causa, com a necessária remissão dos autos para a fase de julgamento, o despacho de não pronúncia é uma decisão final, que, transitada em julgado, põe termo ao processo, afetando irremediavelmente os sujeitos processuais. Não existindo uma simetria real entre os despachos, não há qualquer violação do princípio da igualdade na medida em que este só exige o tratamento igual de situações iguais. As situações são materialmente dissemelhantes, pelo que há fundamentos racionais e não arbitrários que conduzem à diferenciação de regimes. No caso da não pronúncia, a insindicabilidade dessa decisão significaria a denegação da possibilidade de impugnação da decisão final; no caso da pronúncia, significaria tão-somente que os decantados objetivos de celeridade processual inviabilizam o recurso de uma decisão interlocutória, instrumental e meramente indiciária, sem, no entanto, vedarem ao arguido a possibilidade de impugnar a decisão final condenatória, que poderá, assim, ver tal decisão reapreciada quer pelo tribunal de julgamento, quer até por um tribunal hierarquicamente superior no caso de interpor recurso da decisão final.

Por outro lado, importa ter presente que a submissão do arguido pronunciado a julgamento não afeta o seu direito ao bom nome nem a sua paz jurídica. Bem se sabe que, nos termos do art. 32.º, n.º 2, da CRP, todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo que não está subjacente à decisão de pronúncia qualquer juízo condenatório. A presunção de inocência exige, aliás, um processo célere, com julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, e não se compaginando com demoras processuais. O arguido deve ter todo o interesse na rápida conclusão do processo, pelo que, até na ótica da celeridade e economia processual, se justifica a supressão do recurso do despacho de pronúncia pelos factos constantes da acusação do Ministério Público.

Tendo presente tudo o que foi exposto, salvo uma ou outra voz dissonante⁴⁶¹, é hoje consensual na jurisprudência do Tribunal Constitucional e na doutrina a ideia da

⁴⁶¹ RODRIGO SANTIAGO caracteriza este regime de “incompreensível”, tentando demonstrar que, por padecer de inconstitucionalidade material, “deve ser erradicado”. De acordo com a sua perspectiva, restringe-se arbitrariamente o direito ao recurso de uma decisão judicial que termina uma fase processual constitucionalmente imposta e que materializa um direito fundamental. Questiona o Autor, não compreendendo o motivo por que não goza o arguido de todas as regalias de uma decisão jurisdicional: “[a]final que direito fundamental é este (...) com uma dupla e arbitrária valência?”. Cfr. RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre o processo...”, ob. cit., pp. 4-5.

Em sentido idêntico pronunciou-se ainda RAUL SOARES DA VEIGA (cfr. RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., pp. 208-220). Ora, o Autor começa por efetuar uma distinção entre duas situações diversas: o caso de o Ministério Público, em sede de debate instrutório, ter concluído pela pronúncia do arguido nos termos constantes da acusação proferida; e o caso de o Ministério Público mudar de posição durante a fase instrutória, restringindo os factos pelos quais entende que o arguido deve ser submetido a julgamento.

Se a primeira situação descrita é, sem dúvida, a mais comum e não levanta problemas de monta, já o mesmo não se pode dizer, na opinião do Autor, em relação à segunda situação. No seu entender, estando a decisão do juiz de instrução sempre balizada pela posição sustentada pelo Ministério Público, se este, nas conclusões formuladas no debate instrutório, muda de opinião, “não se pode fingir que o Ministério Público continua a sustentar tudo o que constava do despacho de acusação” (p. 210, nota 13). Nesse sentido, a expressão “acusação do Ministério Público” tem de ser entendida como “aquela que é efectivamente sustentada pelo Ministério Público no momento em que este sujeito processual clama por certa decisão instrutória” (p. 210, nota 13). Ou seja, mudando o Ministério Público de opinião e restringindo o objeto da acusação por si sustentada, é essa acusação, cujo objeto, foi restringido pelo próprio Ministério Público que deve balizar a decisão instrutória.

Bem se sabe que na maior parte dos casos a posição do Ministério Público será coincidente nas duas fases preliminares do processo. Contudo, e quando não o seja, não se pode afirmar, sob pena de manifesta violação da estrutura acusatória do processo, das garantias de defesa e das funções que incumbem ao Ministério Público, que a acusação continua a ser mesma constante do despacho de acusação.

Por um lado, e sempre no entendimento de RAUL SOARES DA VEIGA, permitir-se-ia que o juiz de instrução pudesse, pela sua própria iniciativa, determinar o conteúdo da acusação, substituindo-se ao Ministério Público, a quem incumbe a titularidade da ação penal, o que seria violador da estrutura acusatória e das garantias de defesa do arguido. Por outro, “um entendimento que cristalice a posição assumida pelo Ministério Público, quanto à decisão de submeter ou não o arguido a julgamento, no momento em que é proferido o despacho de acusação e ignorando uma eventual mudança de posição do mesmo, de sentido favorável ao arguido, restringindo o objecto da acusação, subverte as funções que incumbem ao Ministério Público” (p. 211, nota 13). Esse entendimento em que o Ministério Público ficasse amarrado à posição assumida na acusação, mesmo que durante a instrução concluísse pela inexistência de indícios da prática de determinados factos, torná-lo-ia “naquilo que ele não é: uma «parte» empenhada na condenação do arguido a qualquer preço” (p. 212, nota 13).

Assim, o Autor conclui que, caso o juiz de instrução pronuncie o arguido pelos factos constantes do despacho de acusação, não obstante o Ministério Público ter mudado de posição na instrução e restringindo o seu objeto, verificar-se-á um caso de nulidade da decisão instrutória, nos termos do art. 309.º, n.º 1, do CPP, além da já assinalada inconstitucionalidade.

A nosso ver, e ao invés, é a interpretação defendida por este Autor que não é conforme à Constituição, por violação da estrutura acusatória do processo. Claro que a posição do Ministério Público não está cristalizada, podendo, em sede de instrução, ser alterada. O concreto magistrado do Ministério Público na instrução (se for diferente do que deduziu a acusação) não está obviamente vinculado à decisão tomada pelo primeiro, decidindo apenas nos moldes jurídico-constitucionalmente definidos para a sua atuação. Nesse sentido, se mudar de opinião e concluir pela inexistência de determinados indícios, deve, enquanto defensor da legalidade democrática, restringir os factos pelos quais entende que o arguido deve ser submetido a julgamento. Contudo, isso não significa que pode reformular a acusação, nem sequer nas suas conclusões formuladas nos termos do art. 302.º, n.º 4, do CPP. A acusação mantém-se a mesma, podendo o juiz de instrução sempre pronunciar pelos factos dela constantes. Posição contrária, em que se permitisse ao Ministério Público ou ao juiz de instrução, em sede de instrução, a reformulação da acusação ou a prolação de nova acusação, seria inconstitucional por violação da estrutura acusatória do processo. O juiz de instrução, na sua decisão instrutória, está apenas vinculado pelos factos que constituem o objeto do processo, definido pelo objeto da acusação ou pelo requerimento de abertura de instrução do assistente.

Indo mais além, pela mesma ordem de ideias que o Autor defende, se o Ministério Público em julgamento concluísse pela inexistência de fundamentos que justifiquem a aplicação de uma pena ou medida de segurança ao arguido, o juiz de julgamento não poderia condenar o arguido, solução absolutamente ilógica e insustentável.

Abstraindo-nos agora deste concreto ponto, e retomando o nosso rumo, RAUL SOARES DA VEIGA foi, como referido, outro dos autores que clamou pela inconstitucionalidade da norma plasmada no art. 310.º, n.º 1, do CPP. De acordo com a sua perspectiva, se o principal argumento que subjaz a este regime excepcional de irrecorribilidade é “o de nada estar perdido para o arguido, pois ele poderá defender-se amplamente na fase de julgamento e mesmo vir a recorrer ainda de uma sentença condenatória”, nele se olvida também a principal razão para a lei facultar ao arguido a possibilidade de requerer a abertura da instrução, ou seja, evitar a submissão a um julgamento necessariamente estigmatizante. O Autor defende que as mesmas razões aduzidas em favor da irrecorribilidade da pronúncia podem também conduzir à pura eliminação da fase de instrução. Assim, esse argumento é improcedente, pelo que apenas motivos de celeridade processual podem justificar a inimpugnabilidade do despacho em questão. Contudo, nem sequer essas razões são suficientes para a irrecorribilidade. Pois bem, atendendo a essas preocupações, bastava

irrecorribilidade deste despacho de pronúncia pelos factos constantes da acusação pública, pelo que, ultrapassada a querela, abstrair-nos-emos de mais desenvolvimentos sobre o tema.

No entanto, como referido, outros problemas se colocaram nos meandros do art. 310.º, n.º 1, do CPP. Desde logo se nele também se abrangeria o despacho que pronunciasse pelos mesmos factos constantes da acusação particular, quando o Ministério Público acompanhasse essa acusação.

O Tribunal Constitucional, também neste âmbito, foi defendendo a não inconstitucionalidade desta interpretação, nomeadamente nos Acórdãos n.º 30/01 e 79/2005⁴⁶². Reafirmando a jurisprudência que negou a inconstitucionalidade do despacho de pronúncia pelos mesmos factos da acusação pública, concluiu-se que o facto de estar em causa um crime particular, tendo o Ministério Público acompanhado essa acusação, não constitui um óbice à aplicação dessa constante jurisprudência.

Com efeito, “os factos em que assentou a pronúncia não resultam de um puro juízo formulado pelo ofendido/assistente, sendo identicamente objecto de uma apreciação ou valoração pelo órgão a que está constitucionalmente cometido o exercício da acção penal”⁴⁶³. Sem este critério da adesão ou não do Ministério Público à acusação particular, todos os despachos de pronúncia nos crimes particulares seriam recorríveis, por contraponto ao que sucederia nos casos de crimes públicos ou semipúblicos, nos quais só seriam recorríveis as pronúncias por factos diferentes dos da acusação pública. Chegar-se-ia, dessa forma, à infeliz conclusão de que nos crimes particulares as possibilidades de recurso seriam bem mais amplas do que nos crimes que não dependem de acusação particular.

Esta leitura interpretativa do art. 310.º, n.º 1, do CPP, e pese embora a jurisprudência constitucional sempre a ter afirmado, foi definitivamente consolidada no

determinar uma de duas soluções: ou a recorribilidade do despacho de pronúncia, mas sem efeito suspensivo do processo, devendo o recurso seguir imediatamente e em separado; ou então a via preferível, que consistiria também, claro, na sindicabilidade do despacho de pronúncia, que subiria imediatamente e com efeito suspensivo, mas estabelecendo-se um regime de urgência para o julgamento em trinta dias desse recurso, porventura conjugado com um desmotivador regime pesado de custas para aquele que recorresse de forma manifestamente infundada. Para mais desenvolvimentos *vide* pp. 214-220, nota 14.

⁴⁶² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 30/01, Proc. n.º 469/00, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010030.html>, consultado em 02-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 79/2005, Proc. n.º 741/01, Relator: Paulo da Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050079.html>, consultado em 02-09-2015.

⁴⁶³ Cfr. contra-alegações do Ministério Público, citadas no Acórdão n.º 30/01.

nosso ordenamento processual penal, com a alteração efetuada em 2007, que esclareceu que também a pronúncia pelos factos constantes de acusação formulada nos termos do n.º 4 do art. 285.º do CPP é irrecorrível.

Por último, cumpre ainda referir a irrecorribilidade do despacho de pronúncia pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais. Se hoje o art. 310.º, n.º 1, do CPP, é claro ao afirmar que mesmo nessa parte a decisão de pronúncia é insindicável por via de recurso, até 2007 deixava a questão em aberto, não havendo unanimidade jurisprudencial a este propósito.

Ora, na verdade, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça não tinham visões coincidentes do tema em análise. O STJ, no seu Assento n.º 6/2000⁴⁶⁴, fixou jurisprudência no sentido de que a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é recorrível na parte respeitante às nulidades arguidas no decurso do inquérito ou da instrução e às demais questões prévias ou incidentais.

Este Acórdão foi posteriormente complementado pelo Acórdão n.º 7/2004, no qual se fixou jurisprudência no sentido da subida imediata do recurso da parte da decisão instrutória relativa às nulidades e demais questões prévias ou incidentais arguidas no decurso do inquérito ou da instrução, mesmo que a pronúncia fosse pelos mesmos factos constantes da acusação pública⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Cfr. Assento n.º 6/2000, Relator: Álvaro José Guimarães Dias, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2000/03/056A00/08500856.pdf>, consultado em 03-09-2015. Baseando-se noutra decisão do mesmo tribunal, no Acórdão de 7 de abril de 1994, o STJ concluiu que o art. 310.º, n.º 1, do CPP, nada dispõe sobre a irrecorribilidade da decisão instrutória de forma, mas apenas sobre a irrecorribilidade da decisão de fundo, mais se acrescentando que, por um lado, o regime geral do CPP é o da recorribilidade de todas as decisões judiciais, e, por outro lado, que seria incompreensível que fosse recorrível o despacho que indeferisse a nulidade (sanável) do art. 309.º do CPP, e não fosse recorrível, por exemplo, a decisão que indeferisse a nulidade (insanável) por alegada incompetência absoluta do tribunal.

⁴⁶⁵ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2004, Recurso. n.º 3668/2003, Relator: Manuel José Carrilho de Simas Santos, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2004/12/282A00/69506955.pdf>, consultado em 03-09-2015. Ora, não se pronunciando em concreto sobre a questão da recorribilidade do despacho de pronúncia pelos mesmos factos da acusação do Ministério Público mesmo na parte respeitante a nulidades e outras questões prévias ou incidentais, por não haver oposição de julgados, o STJ não deixou de tecer algumas considerações sobre esta temática.

De facto, e no que a este tema concerne, o STJ entendeu que, contrariamente ao que sucede em relação à pronúncia, em sentido estrito, a decisão instrutória quanto a nulidades e outras questões prévias ou incidentais deve ser recorrível na medida em que fixa pressupostos essenciais de estabilidade processual necessária à continuação do processo, podendo-se, desta feita, evitar o “risco da sua continuidade *sub conditione*”, com as contingências que tal facto poderia implicar. Mais se afirma que, não se estipulando a possibilidade de recurso nestes casos, algumas questões de natureza essencial ficariam sem possibilidade de reapreciação, fixando-se em termos definitivos apenas num só grau de jurisdição.

Numa perspetiva totalmente oposta, o Tribunal Constitucional, quer antes, quer depois da prolação destes acórdãos de uniformização de jurisprudência, foi-se pronunciando no sentido da não inconstitucionalidade da irrecorribilidade da pronúncia pelos mesmos factos da acusação do Ministério Público, mesmo na parte respetiva a nulidades e outras questões prévias ou incidentais⁴⁶⁶. Aduzindo, em termos gerais, para a exclusão da possibilidade de recurso nestes casos, os mesmos fundamentos que presidem à inimpugnabilidade prevista do despacho de pronúncia confirmador da acusação pública, concluiu-se que não há qualquer inconstitucionalidade material desta interpretação, por não violar as garantias de defesa do arguido.

Na verdade, a irrecorribilidade deste despacho não põe em causa a possibilidade de reapreciação das questões em causa pelo tribunal de julgamento, nem sequer a suscetibilidade de reapreciação dessa decisão por um tribunal hierarquicamente superior. Ou seja, não existe qualquer compressão do direito ao recurso, mas apenas o seu diferimento para um momento posterior no processo, tomada a decisão final pelo juiz de julgamento, “de modo a não paralisar ou introduzir bloqueamentos relevantes no desenrolar de um processo (criminal) que visa assegurar a proteção de direitos fundamentais ofendidos com a prática do crime”⁴⁶⁷.

O Tribunal Constitucional faz, assim, prevalecer, mais uma vez, os direitos e valores constitucionais que reclamam a celeridade e eficácia do processo em detrimento de consagrar nesta matéria a garantia do duplo grau de jurisdição, que, como fora sucessivamente afirmado, a CRP não garante. Ponderando todos estes valores, face à consideração de que a natureza provisória do despacho de pronúncia não inviabiliza que o conhecimento de qualquer vício ou invalidade que o afete nos momentos

Em relação à questão central analisada, ou seja, a subida imediata desse recurso, o STJ defendeu que, desde logo por motivos de celeridade processual, se impunha a subida imediata desse recurso. Mais ainda, de acordo com a sua visão, tornar-se-ia absolutamente inútil a subida a final, em conjunto com os recursos interpostos da decisão final, vista a “vocação de estancuidade das fases de inquérito, instrução e de julgamento”.

Contudo, importa notar que mesmo tendo sido interposto recurso do despacho de pronúncia na parte respeitante a nulidades e questões prévias ou incidentais, nem assim o arguido deixava de ser submetido a julgamento, dado não haver efeito suspensivo sobre o andamento do processo.

⁴⁶⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/99, Proc. n.º 1007/98, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990216.html>, consultado em 03-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/99, Proc. n.º 407/97, Relator: Luís Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990387.html>, consultado em 03-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/2012, Proc. n.º 263/12, Relator: João Cura Mariano, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120265.html>, consultado em 03-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2013, Proc. n.º 289/2013, Relator: Carlos Fernandes Cadilha, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130437.html>, consultado em 03-09-2015.

⁴⁶⁷ Cfr. o já referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2013.

subsequentes, designadamente na sentença ou em sede de recurso que desta venha a ser interposto, defendeu-se a não inconstitucionalidade da proibição do recurso⁴⁶⁸.

E foi precisamente no sentido constantemente firmado pelo Tribunal Constitucional que o legislador de 2007 consagrou a impossibilidade de recurso da decisão que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, no que nos parece ter sido uma opção coerente com a natureza intermédia e transitória da fase processual de instrução. Sendo uma fase destinada à comprovação judicial da decisão de acusação (ou arquivamento), e não existindo, a nosso ver, qualquer direito à não submissão a julgamento sem instrução exaustiva prévia, afigura-se-nos que, tendo em consideração a possibilidade de esta decisão poder ser subsequentemente sindicada pelo tribunal de julgamento ou por um tribunal superior, no caso de recurso, os valores de celeridade e eficácia processual tão almejados, até para a proteção do próprio princípio da presunção de inocência do arguido, justificam e legitimam esta limitação à regra geral do recurso.

⁴⁶⁸ Com base em semelhante raciocínio, defendeu-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 482/2014 a irrecorribilidade da decisão do juiz de instrução, subsequente à prolação da decisão instrutória, que conhece da arguição de vícios que afeta a própria decisão instrutória, designadamente a nulidade dessa decisão por omissão do dever de pronúncia ou por falta de concretização de factos imputados ao arguido. Como bem se afirma “[d]ecidir o contrário seria, afinal, permitir, por via indireta, a recorribilidade de uma decisão cuja irrecorribilidade resulta claramente da lei”, considerando-se, assim, inexistir qualquer restrição inadequada ao direito de defesa do arguido, na sua dimensão de direito ao recurso.

Por outro lado, no mesmo Acórdão, conclui-se pela inconstitucionalidade da norma do art. 310.º, n.º 1, do CPP, na interpretação segundo a qual é irrecorrível a decisão do juiz de instrução, subsequente à decisão instrutória, que aprecie a arguição de nulidade insanável decorrente da violação das regras de competência material do Tribunal de Instrução Criminal. De forma distinta ao que sucede para os casos acima indicados, o que está aqui em causa não é a recorribilidade da própria decisão instrutória (ou da decisão que conhece a arguição da nulidade daquela decisão), pelo que os fundamentos utilizados para a irrecorribilidade prevista pelo art. 310.º, n.º 1, do CPP, não podem ser para aqui transpostos, nomeadamente a reapreciação pelo tribunal de julgamento, ou, eventualmente, em sede de recurso por tribunal superior, da decisão do juiz de instrução quanto à sua própria competência material. Ou seja, “suscita, porém, sérias reservas, afirmar que a decisão do juiz de instrução (subsequente à decisão instrutória) que conheceu da arguição de nulidade absoluta decorrente da sua incompetência material para proceder à instrução dos autos pode também ser revista pelo juiz de julgamento”. Para fundamentar esta decisão, o Tribunal Constitucional baseia-se nas diferentes naturezas da decisão instrutória e do despacho que conhece a nulidade por incompetência material do tribunal. Mais ainda, o Tribunal conclui pela formação de caso julgado formal quando o juiz de instrução decide quanto à incompetência material do Tribunal de Instrução Criminal, e isto porque ao juiz de julgamento apenas é exigido que conheça de nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem no futuro à apreciação do mérito da causa. Ora, a questão relativa à incompetência material do Tribunal de Instrução Criminal foi apenas por este decidida, pelo que “negar em absoluto o direito a uma reapreciação da questão da incompetência material do Tribunal de Instrução Criminal significaria admitir a ausência de defesa, e com ela, ausência também de tutela efetiva do direito ao juiz legalmente predeterminado para realizar a instrução, em negação do núcleo essencial do princípio do juiz natural, constitucionalmente garantido (artigo 32.º, n.º 1 da Constituição). Na verdade, não se mostra compatível com esta garantia a reunião, num mesmo juiz, do poder de proferir a primeira e última palavra na definição da sua própria competência (ou mais precisamente ainda, do tribunal onde exerce funções)”. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 482/2014, Proc. n.º 663/2013, Relatora: Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140482.html>, consultado em 03-09-2015.

Ora, neste quadro, a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça, que de certa forma terá causado um desvirtuamento da natureza e finalidade da própria fase de instrução, deve considerar-se derogada ou caduca⁴⁶⁹.

Na senda da citada e fortemente consolidada jurisprudência constitucional, se é verdade que esta solução é de alguma forma mais restritiva dos direitos de defesa do arguido, não comporta, no entanto, qualquer sacrifício intolerável desses direitos que a torne constitucionalmente inadmissível⁴⁷⁰. Vejam-se dois fatores distintos.

Por um lado, de acordo com o art. 310.º, n.º 2, do CPP, outra inovação trazida pela Lei n.º 48/2007, a irrecorribilidade da pronúncia na parte relativa a nulidade e outras questões prévias ou incidentais não prejudica a competência do tribunal de julgamento para a exclusão de provas proibidas, ainda que estas tenham sido validadas no despacho instrutório⁴⁷¹.

Por outro lado, a nosso ver, e na esteira do que afirmam MAIA COSTA e NUNO BRANDÃO, na medida em que a decisão instrutória não forma caso julgado formal no que concerne a questões relacionadas com a responsabilidade penal do arguido, tais como a prescrição do procedimento criminal, a amnistia do crime ou a exceção de caso julgado, o juiz de julgamento terá sempre a oportunidade de se pronunciar e apreciar tais questões para a boa decisão da causa, não obstante a decisão proferida pelo juiz de instrução⁴⁷². Afigura-se-nos, desta forma, que ao juiz de

⁴⁶⁹ Cfr. nesse sentido também MAIA COSTA, in AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1026; NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 238.

⁴⁷⁰ Vide, em sentido contrário, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, ob. cit., p. 782. No seu entendimento, a nova regra limita, de forma inadmissível, as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao recurso. Ora, na parte em que o juiz de instrução indefere nulidades ou questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito da causa, como a exceção do caso julgado, a prescrição do procedimento criminal ou a amnistia do crime, a irrecorribilidade do despacho de pronúncia é inconstitucional, por violar o art. 32.º, n.º 1, da CRP, na medida em que tais questões não podem voltar a ser suscitadas em sede de julgamento devido ao caso julgado formal, nem sequer em sede de recurso, atendendo à irrecorribilidade do despacho de pronúncia. Nesse sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende que o intérprete deve desaplicar a norma inconstitucional e admitir o recurso a subir de imediato, em separado e com efeito meramente devolutivo.

⁴⁷¹ Vide, neste sentido, NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 239; AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1026. Em sentido contrário, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende que “[e]sta solução é refractária a toda a teoria do caso julgado formal e viola esta garantia constitucional”. Cfr. *idem*, p. 783.

No entanto, uma questão parece ter ficado por solucionar. Ou seja, se o legislador é claro ao afirmar que no caso de o juiz de instrução validar uma prova, o juiz de julgamento pode rever essa decisão e excluí-la, já não estipulou o caminho a adotar no caso inverso. A questão que se deve colocar é se o juiz de julgamento pode, não obstante a decisão do juiz de instrução de excluir determinada prova, incluir essa prova entre as provas válidas a produzir na audiência de julgamento.

⁴⁷² Cfr. NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 239; AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 1026.

Esta ideia não é absolutamente unânime na doutrina e jurisprudência. Desde logo, como vimos *supra*, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE manifesta a sua discordância em relação à formação do caso julgado.

No próprio Tribunal Constitucional a ideia não é consensual, como bem se denota no já citado Acórdão n.º 482/2014. Por exemplo, no Acórdão n.º 95/2009, citado pelo Acórdão n.º 482/2014, defendeu-se que “o artigo 311.º, n.º 1, do Código de Processo Penal

juízo não poderá ser vedado o conhecimento destas nulidades e/ou questões prévias ou incidentais que obstem ao prosseguimento dos ulteriores trâmites processuais, mesmo que já tenha havido pronúncia do juiz de instrução. Tenha-se mais uma vez presente a clara argumentação de NUNO BRANDÃO que fundamenta a não formação de caso julgado formal nestes casos “não só porque a decisão do juiz de instrução que se debruce sobre estas questões é irrecorrível e como tal não pode assumir carácter definitivo, como ainda porque a última palavra sobre essas questões, atenta a sua natureza, deve caber sempre ao juiz de julgamento (ou, eventualmente, de recurso)”⁴⁷³.

Nestes termos, e terminando a análise deste concreto tema, não podemos senão concluir que a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos mesmos factos da acusação do Ministério Público, e mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, face aos objetivos desejados de celeridade processual, não viola de forma constitucionalmente inadmissível as garantias de defesa do arguido, nem sequer o seu direito ao recurso.

aponta, de facto, no sentido de a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público não constituir decisão final, também na parte em que aprecie nulidades e outras questões prévias ou incidentais. Neste preceito sobre o saneamento do processo na fase de julgamento permite-se, sem qualquer limitação, que o presidente do tribunal se pronuncie sobre as nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa, de que possa desde logo conhecer”.

Por outro lado, também citado pelo mesmo Acórdão, no Acórdão n.º 520/2011 concluiu-se pela não inconstitucionalidade da norma do art. 338.º, n.º 1, do CPP, na interpretação segundo a qual está vedado ao Tribunal Coletivo, no início da audiência, declarar extinto o procedimento criminal e, dessa forma, determinar o arquivamento dos autos, por falta de relevância criminal dos factos imputados aos arguidos. “Esta limitação dos poderes do juiz de julgamento tem como fundamento um reconhecimento da autoridade do caso julgado formal. Tendo já sido decidido pelo juiz de instrução criminal, por decisão transitada em julgado proferida nesse processo, que o arguido deve ser submetido a julgamento pelos factos constantes do despacho de pronúncia, entende-se que o juiz do julgamento não pode reponderar a relevância criminal dos factos imputados ao arguido, com a finalidade de emitir um segundo juízo sobre a necessidade de realização da audiência de julgamento”.

Ora, no Acórdão n.º 482/2014 reconheceu-se a autoridade de caso julgado formal às decisões do juiz de instrução. Contudo, de acordo com esta jurisprudência, o juiz de julgamento é chamado a controlar apenas os vícios do processo que impeçam o prosseguimento dos autos, ou seja, “[t]rata-se, assim, de uma apreciação que se projeta no futuro dos autos, não no seu passado”, leitura que nos parece absolutamente compatível com a nossa perspetiva acima explanada de que o tribunal de julgamento poderá apreciar questões tendentes à afirmação da responsabilidade penal do arguido. Independentemente de se considerar se há ou não formação de caso julgado formal no que toca a estas questões, o que mais releva é que, por uma ou outra via, o juiz de julgamento terá sempre uma palavra a dizer nestas questões, mesmo que tenha havido prévia decisão expressa do juiz de instrução, o que, a nosso ver, redundará na não inconstitucionalidade da norma em questão.

⁴⁷³ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 239.

Capítulo VII: Fase de Instrução: Quo Vadis?

Exposto um conjunto de alterações legislativas que foram modificando significativamente o rumo e o sentido da fase de instrução, pensamos ser agora tempo de efetuar uma reflexão profunda sobre o sentido hodierno da própria fase processual.

Vimos que com a revisão de 2007⁴⁷⁴ ⁴⁷⁵ surgiram inúmeras críticas à nova regulamentação legal do segredo de justiça, à contraditoriedade dos atos de instrução, à alteração substancial de factos na instrução e à irrecorribilidade do despacho que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação, mesmo na parte respeitante a nulidades e outras questões prévias ou incidentais, que não iremos relembrar aqui sob pena de nos tornarmos fastidiosos. Ora, efetivamente, parece ter-se alterado o anterior paradigma da fase de instrução, aproximando esta fase à fase de julgamento, e desvirtuando, nalguma medida, a sua própria finalidade. Desde então, o CPP já foi alterado algumas vezes, mas as suas maiores revisões, operadas pelas Leis n.º 26/2010, de 30 de agosto, e n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, não implicaram quaisquer modificações relevantes que importe abordar no contexto deste estudo.

Neste sentido, o regime atual da instrução afasta-se já consideravelmente do modelo implementado pelo CPP de 1987. Urge refletir e tentar compreender se se mantêm os fundamentos que levaram à sua criação nos moldes definidos pelo CPP, ou se, ao invés, a manutenção da instrução enquanto fase processual autónoma pelo legislador não se deve apenas a considerações de origem constitucional, que, por inércia, se tem optado por deixar intocáveis.

Ora, a pertinência desta questão é manifestamente evidente, a nosso ver. Muitos autores, com especial incidência após a mencionada revisão de 2007, têm estudado este

⁴⁷⁴ Temos vindo sempre a utilizar a expressão “revisão” e não “reforma”, seguindo o entendimento de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, que afirma não ter sido intenção do legislador português proceder a uma verdadeira reforma legislativa do CPP, modificando o sistema processual penal português. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a revisão de 2007...”, ob. cit., pp. 367-368. Em sentido quase idêntico, GERMANO MARQUES DA SILVA opta também por evitar o termo “reforma”, preferindo, ao invés, falar tão-somente em “alterações”, na medida em que, por muito numerosas e relevantes que tenham sido, não bolem com a estrutura fundamental do CPP. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações...”, ob. cit., p. 71.

⁴⁷⁵ Segundo RUI PEREIRA, a Revisão de 2007 “balançou, mais uma vez, entre as tendências “securitária” e “garantista”. Cfr. RUI PEREIRA, “Entre o “garantismo” e o “securitarismo...”, ob. cit., p. 250. MANUEL DA COSTA ANDRADE faz um balanço muito negativo desta lei, afirmando que se era esperada com elevadas expectativas, na medida em que “contava com condições favoráveis, um ambiente propício e húmus predisposto para a receber, (...) mal viu a luz do dia, ela foi recebida com manifestações generalizadas de desencanto e frustração”. Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 24.

problema, propondo diferentes soluções e alternativas, algumas das quais rompem definitivamente com o paradigma até hoje instalado, outras simplesmente efetuando ligeiras alterações. Mesmo na vida judiciária e política muitos têm vindo a propugnar a supressão da fase de instrução, atendendo às cada vez maiores exigências de celeridade, simplicidade e eficácia processuais. Numa era em que o tempo escasseia, o que o tornou num bem absolutamente precioso, o tão proclamado objetivo de celeridade processual é cada vez mais importante na prossecução da procura da verdade material e na realização da justiça. Desta forma, as propostas vão-se sucedendo, sendo que o passo final deste percurso será, invariavelmente, a abolição da instrução, ou, no mínimo, a sua redução em moldes a determinar.

Aliás, há muito que o Ilustre Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS defende ideia semelhante, que, pela sua eloquência, e por se traduzir num inigualável ponto de partida para o nosso estudo, não resistimos a transcrever: “[p]revejo sim que o dia virá em que (como, *in thesi*, desde há muito defendo no plano do direito a constituir) a fase intermediária da *instrução* será eliminada como fase processual penal autónoma. Consequência, sobretudo, de o modelo preconizado pelo código português para esta fase – como simples comprovação por um juiz de instrução da decisão do Ministério Público de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito – não ter podido ser até hoje minimamente cumprido pela *praxis*; antes ter sido desvirtuado em direcção a um simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigível, do processo penal. Questão será então só saber se uma tal fase autónoma deve ser substituída, à maneira alemã, por uma simples decisão do tribunal de julgamento de abrir a audiência ou ordenar o arquivamento; ou deverá ainda admitir, à maneira da *preliminary hearing* norte-americana, um debate instrutório. Com a reserva evidente de que todos os actos de inquérito que contendam directamente com os direitos, liberdades e garantias das pessoas devem – porventura ainda em maior número de casos do que os agora contemplados nos arts. 268.º e 269.º do Código de Processo Penal – ser autorizados, ou eventualmente praticados, pelo juiz das liberdades (ou, se assim se preferir chamar-lhe, pelo juiz de instrução)”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português...”, ob. cit., p. 808.

De facto, esta última ressalva é, na senda do que já referimos em 3.4., absolutamente fulcral. De forma alguma as funções atribuídas ao juiz de instrução até à remessa do processo para julgamento poderão ser desempenhadas por qualquer outro sujeito processual. Todos os atos que se prendam diretamente com direitos, liberdades e garantias, seja qual for o futuro da fase de instrução, só poderão ser praticados ou autorizados pelo juiz de instrução (ou, se se quiser atribuir uma nomenclatura diferente, pelo juiz da instrução, juiz do inquérito, juiz das garantias e liberdades, juiz do inquérito e das liberdades, entre outras possíveis, umas mais, outras menos adequadas à natureza das suas funções). Esse dado é, na nossa perspetiva, incontestável e inquestionável. Tais funções não poderão nunca ser atribuídas à entidade competente para a investigação e acusação, o que, a acontecer, redundaria numa clara diminuição das garantias de defesa, incompatível com a estrutura do processo penal.

Ao invés, importa questionar, isso sim, a manutenção da fase de instrução enquanto fase processual autónoma. Nesse sentido, não é descabido neste momento relembra a importância que a doutrina vem atribuindo à fase de instrução. Tendo sido concebida como um mecanismo de controlo judicial, isto é, por um juiz de instrução, da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, a instrução é, acima de tudo, uma instância de controlo, e não de investigação. Bem se sabe que essa possibilidade de requerer o controlo judicial da decisão de acusação ou arquivamento é dada consoante os casos a arguido e assistente, que têm, assim, respetivamente, a oportunidade de evitar a sua submissão a julgamento, e a de ver o sujeito que praticou um crime que violou um bem jurídico de que é titular sujeito a esse mesmo julgamento e, eventualmente, condenado.

Ora, assim, na instrução, para o assistente está em causa, em face de uma decisão de arquivamento, e como corolário do princípio da tutela jurisdicional efetiva, a possibilidade de “deduzir um libelo acusatório próprio”⁴⁷⁷, indicando os meios de prova necessários, e analisando criticamente o conteúdo e pressupostos do despacho de arquivamento, tentando convencer o juiz de instrução a decidir-se pela pronúncia do arguido. Não se prevendo fase idêntica, a decisão do Ministério Público não é suscetível de ser apreciada por qualquer outro órgão. No máximo, e caso estejam reunidos os

⁴⁷⁷ RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., p. 194.

pressupostos, poder-se-á suscitar a intervenção hierárquica, que, todavia, no plano do direito constituído, assenta em bases não coincidentes com as da fase de instrução.

Porém, e não sendo de forma alguma despicienda para o assistente, a relevância fundamental da fase de instrução é, maioritariamente, destacada na ótica do arguido, que pode requerer as diligências probatórias que não foram levadas a cabo no inquérito e que considere relevantes para tutelar o seu legítimo interesse em não ser submetido a julgamento, ainda que o juiz de instrução não esteja vinculado a esses atos⁴⁷⁸. É, pois, na perspectiva de alguns, este o momento indicado para realizar tal desiderato. É essa a fase processual na qual o cidadão “se vê envolvido na teia judicial, onde pela primeira vez pode, perante um juiz, expor sem qualquer limitação a sua versão dos acontecimentos”⁴⁷⁹, o que tem ainda maior importância na medida em que no inquérito a investigação conduzida pelo Ministério Público é cada vez menos uma investigação *a charge et a décharge*⁴⁸⁰. Assim, tendo em conta o carácter inquisitório do inquérito, dominado de forma quase totalitária pelo órgão acusador⁴⁸¹, a instrução é um “meio antecipado de defesa”⁴⁸², na qual o arguido tenta ilidir os indícios pelos quais vem acusado e carrear para os autos os meios de prova que se lhe configurem adequados para tentar demonstrar a sua inocência e evitar a indesejada submissão a julgamento, face à ausência de meios e mecanismos de contraditório que permitam efetivar essa defesa em sede de inquérito⁴⁸³.

Mais se afirma que a intervenção do juiz, enquanto entidade não comprometida com a perseguição criminal e com a acusação, e preocupada unicamente com a realização da justiça e descoberta da verdade material, traduz uma garantia extra de objetividade e isenção⁴⁸⁴. Alguns autores parecem inclusivamente deixar transparecer, ainda que de forma dissimulada ou caricaturada, um juízo de desconfiança genérico para com a atividade desempenhada pelo Ministério Público. Por exemplo, JOSÉ

⁴⁷⁸ Atos esses que, mesmo que indeferidos, “sempre poderão constituir uma *pièce de resistance* durante o julgamento”. Cfr. FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA *apud* PAULA MARQUES DE CARVALHO, *Manual Prático de Processo...*, ob. cit., p. 308.

⁴⁷⁹ JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., pp. 71-72.

⁴⁸⁰ Assim o afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, “Um olhar sobre o projecto...”, ob. cit., p. 147.

⁴⁸¹ Cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., p. 70.

⁴⁸² GERMANO MARQUES DA SILVA, “Um olhar sobre o projecto...”, ob. cit., p. 147.

⁴⁸³ *Idem, ibidem*. No prisma de GERMANO MARQUES DA SILVA, a fase de instrução é importante em, pelo menos, dois aspetos: “como modo de fiscalização da insuficiência do Inquérito e conseqüentemente seu complemento nos casos de lacuna da investigação, quer na perspectiva dos ofendidos, quer na perspectiva dos arguidos, e como modo de fiscalização da decisão do Ministério Público, sobretudo em caso de não arquivamento do inquérito” (p. 148).

⁴⁸⁴ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...*, ob. cit., p. 415.

MOURAZ LOPES salienta que, não obstante a sua vinculação a critérios de legalidade, “não deixa de estar, diríamos de uma maneira provocatória, no lado acusatório, em conflito com o cidadão”⁴⁸⁵. RAUL SOARES DA VEIGA, concluindo também pelo menor distanciamento dos magistrados do Ministério Público em relação aos juízes, chega a comparar o modo de agir desses magistrados ao dos advogados⁴⁸⁶, o que seria bem demonstrador da necessidade da intervenção do juiz de instrução, quer no processo de aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais, quer como filtro da submissão a julgamento dos cidadãos⁴⁸⁷.

A instrução assume, assim, uma função garantística de grande importância⁴⁸⁸, dando concretização ao que alguns entendem ser o direito à não submissão a julgamento⁴⁸⁹, julgamento esse ao qual reconhecem um efeito socialmente estigmatizante, que uma eventual decisão final absolutória jamais pode apagar. Salienta-se aqui, naquilo que se vem tornando um entendimento relativamente pacífico na doutrina, que a sujeição a julgamento é um “incómodo muitas vezes oneroso e não raras vezes um vexame”⁴⁹⁰. Além deste efeito necessariamente estigmatizante e supostamente atentatório do bom nome e da consideração e dignidade pessoal do arguido, há ainda quem destaque a inevitável, mas considerável compressão de alguns direitos fundamentais que o próprio julgamento implica, nomeadamente ataques ao direito à imagem, honra, consideração⁴⁹¹. À passagem do processo para julgamento está subjacente também a manutenção das medidas de coação a que o arguido está sujeito, o que traduz, mais uma vez, restrições ao seu direito à liberdade.

⁴⁸⁵ Vide JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., p. 69.

⁴⁸⁶ Vide nota 234.

⁴⁸⁷ RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., p. 192.

⁴⁸⁸ Cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo...*, ob. cit., p. 69.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, advogando a existência de um verdadeiro direito com dignidade constitucional, decorrente do princípio da presunção de inocência, de não ser submetido a julgamento, vide, entre outros, a declaração de voto de MARIA FERNANDA PALMA ao já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00; MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, em declaração de voto lavrada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 68/00, Proc. n.º 887/98, Relator: Messias Bento, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000068.html>, consultado em 20-03-2015; RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., p. 196, pp. 215 e ss., nota 14. Para esta corrente doutrinária e jurisprudencial, decorre da CRP um verdadeiro direito de o arguido não ser submetido a julgamento sem que tenha havido uma efetiva comprovação judicial da existência de indícios suficientes da prática de um crime, devendo configurar-se o princípio da presunção de inocência “como conjunto das condições objectivas que devem ser criadas para que o arguido possa defender a sua honra e privacidade, evitando um julgamento público” (cfr. declaração de voto de MARIA FERNANDA PALMA).

⁴⁹⁰ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...*, ob. cit., p. 522.

⁴⁹¹ RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., p. 195.

Por último, faremos referência tão-só a um outro argumento positivo que já chegou a ser atribuído à fase de instrução na perspectiva do arguido, em relação ao qual nesta fase poder-se-ia adotar uma estratégia prática de defesa, que, quanto mais não fosse, e mesmo que mal sucedida, poderia funcionar como um “ensaio geral de defesa, com futuros ganhos na sua maturação e aperfeiçoamento e sem o prejuízo de se ficar necessariamente vinculado a certos contornos de uma primeira formulação, porventura menos feliz”⁴⁹².

É no sentido de tudo o que foi *supra* exposto que se defende a importância da fase de instrução, quase sempre na ótica do arguido, enquanto fundamental garantia de defesa. Mas se alguns dos argumentos apresentados são incontestáveis, outros afiguram-se-nos possuir contornos menos claros e mais dúbios. Na esteira do que constatou JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, o que não se pode nunca olvidar, por ser absolutamente essencial, é que a afirmação ou negação da fase de instrução, ou de fase processualmente intermédia com traços genericamente semelhantes, tem consequências importantes quer a montante, quer a jusante do processo, podendo ter implicações mais vastas do que aparentemente se lhe podem imputar⁴⁹³.

Começando a análise crítica da exposição anterior precisamente pelo último argumento invocado, não podemos senão concordar com PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS quando afirma que “a fase da instrução não se destina a antecipar a fase do julgamento, nem constitui um areópago para testar quaisquer estratégias. Não é, nem pode ser, uma espécie de antecâmara de testes para burilar alegações e provas, por mais ou menos rectas, conscientes ou inconscientes, que sejam as intenções do promotor”⁴⁹⁴.

Uma interpretação da fase de instrução nesses termos mais não é do que um desvirtuamento das suas verdadeiras finalidades, na medida em que não existiria qualquer comprovação judicial da decisão de acusação, mas apenas e tão-somente um uso e abuso contrário às finalidades desta fase, instrumentalizando-a, desvalorizando-a e transformando-a num verdadeiro pré-julgamento. Tal leitura, além de absolutamente inadmissível e incompatível com a natureza da fase de instrução enquanto comprovação judicial da decisão de acusação ou arquivamento, conduziria à prática de atos de

⁴⁹² *Idem*, p. 196.

⁴⁹³ Cf. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do Código de Processo...”, ob. cit., pp. 215-217, nota 4.

⁴⁹⁴ PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS, “Com o Sol e a Peneira”: Um olhar...”, ob. cit., p. 120.

instrução vazios e totalmente privados de qualquer sentido, no que se traduziria num prolongamento indesejável para um processo que se pretende célere.

Indo mais longe, temos inclusivamente receio que, mesmo pensando única e exclusivamente no interesse da estratégia de defesa do arguido, tal leitura seja absolutamente eficaz, podendo até tornar-se contraproducente. Pois bem, na *praxis* judiciária muitos encaram a fase de instrução precisamente com o efeito contrário ao que lhe foi atribuído, sendo, não um mecanismo para testar estratégias de defesa, mas uma fase em que se a divulga, retirando-lhe o efeito surpresa que existiria em sede de julgamento, podendo mesmo, a final, fragilizá-la. Aliás, o motivo para na contestação se optar, em frequentes ocasiões, por apenas oferecer o merecimento dos autos é precisamente o de evitar essa divulgação, o que pode bem acontecer, se não sempre, pelo menos algumas vezes, no requerimento de abertura da instrução.

Outro aspeto que não se nos afigura despiciendo analisar, e que também se pode questionar se retira algum interesse prático e efeito útil à possibilidade do arguido requerer a abertura da fase de instrução, traduz-se numa eventual fragilização do princípio da presunção de inocência decorrente do duplo juízo de indicição prévio à submissão a julgamento⁴⁹⁵. Com efeito, e não obstante a proclamação desse princípio, o que está em causa é se a confirmação judicial em fase de instrução, através da prolação de despacho de pronúncia, do juízo de indicição do Ministério Público formulado no inquérito representa ou não uma maior probabilidade condenatória do arguido em sede de julgamento.

Ora, por muito isento que o juiz de julgamento seja, há, no mínimo, a tendência, por motivos humanos, naturais, psicológicos e subconscientes, de encarar o arguido com olhos diferentes, tendo em conta o facto de dois magistrados, subordinados a critérios de legalidade e objetividade, pertencentes a magistraturas diferentes, emitirem juízos convergentes em relação à existência de indícios suficientes para a submissão do arguido a julgamento^{496 497}.

⁴⁹⁵ Vide neste sentido ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, “Âmbito da instrução no novo...”, ob. cit., p. 140.

⁴⁹⁶ Cfr. neste sentido, embora discorde da ideia explanada, RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela...”, ob. cit., pp. 193-194. O Autor expõe ainda a ideia, por alguns defendida, de que mesmo para o próprio juiz de instrução é mais confortável concordar do que discordar da decisão de acusação do Ministério Público. No caso de discordar, sobre ele impenderá um dever especial de fundamentação, além de que “deixará de estar respaldado na prévia decisão do Ministério Público, que, para todos os efeitos, surgirá como o maior responsável pela decisão de submeter o arguido a julgamento, arcando pois com o odioso que

Aliás, mesmo do ponto de vista legal, há determinadas normas que acabam por demover o arguido da intenção de requerer a abertura da instrução. Saliente-se que, como temos vindo a referir ao longo do nosso estudo, não criticamos estas concretas previsões, mas parece-nos clara a ideia de que uma fase de instrução na qual o arguido não pode, por exemplo, recorrer do despacho que indefere o requerimento de diligências probatórias (cfr. art. 291.º, n.º 2, do CPP), ou do despacho de pronúncia pelos mesmos factos da acusação, inclusivamente na parte respeitante a nulidades e questões prévias ou incidentais (cfr. 310.º, n.º 1, do CPP), acaba por ser desmotivadora.

Por outro lado, na nossa ótica, e seguindo aquele que tem sido o entendimento maioritário no Tribunal Constitucional, “a Constituição não estabelece qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento sem que previamente tenha havido uma completa e exaustiva verificação da existência de razões que indiciem a sua presumível condenação. O que a Constituição determina no n.º 2 do artigo 32.º é que «todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação», pelo que o simples facto de se ser submetido a julgamento não pode constituir, só por si, no nosso ordenamento jurídico, um atentado ao bom nome e reputação”⁴⁹⁸. Uma coisa é o legítimo interesse em não ser submetido a julgamento, outra bem distinta, que com aquele interesse não se confunde, é o reconhecimento de um direito à não submissão a julgamento, que não tem, de forma alguma, guarida

isso socialmente possa encerrar”. Mesmo no caso de arquivamento do inquérito, aponta-se que seria também mais provável a decisão de concordar, na medida em que, se é ao Ministério Público que foi entregue a titularidade da ação penal, e este concluiu pela falta de indícios suficientes, “porque há-de o Juiz de Instrução ter um critério mais severo e assumir o papel odioso de não deixar ir em paz o cidadão em causa?” (p. 193).

⁴⁹⁷ Traçando um quadro propositadamente exagerado, mas indubitavelmente interessante, RUI PEREIRA defende que “a condução do processo penal permite até desencadear, em certos casos, um “domínio punitivo” altamente perverso”. Cfr. RUI PEREIRA, “A Reforma do Processo Penal”, ob. cit., p. 229.

Veja-se que, “ao abrigo de uma delegação genérica, é um órgão de polícia criminal que constitui alguém arguido e realiza todos os actos de inquérito; alheado da investigação, o Ministério Público tenderá a concordar com todos os meios de obtenção de prova e com todas as medidas de coacção ou garantia patrimonial que lhe forem propostas; (...) o Ministério Público deduzirá acusação (...); requerida a instrução pelo arguido, o juiz é “convidado” a pronunciá-lo, uma vez que o despacho de pronúncia concordante com a acusação é irrecorrível (ao contrário do que sucede sempre com o despacho de não pronúncia) e poderá apaziguar as suas dúvidas pensando que fica adiada para a fase de julgamento a avaliação definitiva da responsabilidade; o juiz de julgamento, ciente de que já houve despachos de vários magistrados que consideraram haver indícios fortes ou suficientes (aplicação e manutenção da prisão preventiva, acusação e pronúncia), poderá presumir culpado o arguido, invertendo o princípio da presunção da inocência”.

⁴⁹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 31/87, Proc. n.º 192/84, Relator: Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870031.html>, consultado em 13-06-2015.

Em sentido idêntico, *vide* ainda:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/94, Proc. n.º 113/92, Relator: Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940474.html>, consultado em 06-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/98, Proc. n.º 277/97, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980551.html>, consultado em 06-09-2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00, já citado;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/05, Proc. n.º 494/04, Relator: Benjamim Rodrigues, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050242.html>, consultado em 06-09-2015.

constitucional⁴⁹⁹. Não decorre do princípio da presunção de inocência qualquer direito constitucional à investigação tão exaustiva e aprofundada nas fases preliminares do processo como a que se deve realizar na audiência de julgamento⁵⁰⁰.

Com isto não se pretende desvalorizar a submissão a julgamento. Claro que não estamos aqui a falar de um ato objetivamente neutro, nem do ponto de vista jurídico, nem do ponto de vista moral ou mesmo social. Nas mais das vezes, é invariavelmente um incómodo, mas há que ter presente que à submissão a julgamento está subjacente uma prévia investigação criminal por parte da entidade a quem foi constitucionalmente cometida a titularidade da ação penal, além do necessário juízo afirmativo em relação à existência de indícios suficientes de que aquele concreto agente praticou uma determinada infração criminal, isto salvo, evidentemente, no caso de crimes de natureza particular.

Ora, não pode pura e simplesmente ignorar-se o estatuto jurídico-constitucional da magistratura do Ministério Público, cujas tarefas são desempenhadas, no quadro de autonomia perante todos os poderes estaduais, orientadas pelo princípio da legalidade e com vinculação a critérios de estrita objetividade, como já *supra* abordámos. Enquanto órgão de administração da justiça, ao Ministério Público não compete perseguir criminalmente o cidadão, podendo inclusivamente pedir a sua absolvição ou recorrer em seu benefício exclusivo. O Ministério Público deve ser encarado como um órgão ao qual compete a procura da verdade material e a prossecução da justiça. E é isto que, na nossa perspetiva, muitas vezes se esquece, pretendendo-se transformar o processo penal português naquilo que não há dúvidas que não é: um duelo judiciário entre o Ministério Público e o arguido.

Veja-se que “[o] acto de dedução da acusação é, antes de tudo, um acto de promoção processual, no sentido de que, através dele, o MP solicita a intervenção jurisdicional com vista a que se venha a debater – segunda uma determinada forma e os princípios específicos da fase de julgamento – uma questão jurídico-criminalmente

⁴⁹⁹ Vide neste sentido NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 231.

⁵⁰⁰ Neste sentido também MAIA COSTA, in AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 999.

controvertida”⁵⁰¹, sendo nessa concreta fase que se irão realizar todas as diligências probatórias necessárias ao apuramento da responsabilidade penal do arguido em causa.

Mas se é verdade que subjaz à submissão a julgamento uma certa carga estigmatizante, questionamo-nos se tal carga não surge num momento processualmente anterior, especialmente nos processos mais mediáticos, que acabam por ser aqueles que mais influenciam alterações legislativas. Bem se sabe que a reboque de uma comunicação social cada vez mais especulativa, sensacionalista e *desinformadora*, cada vez mais aumenta o fenómeno dos *trial by newspapers*⁵⁰². Estes são julgamentos paralelos efetuados em plena comunicação social que, a nosso ver, causam danos substancialmente mais irreversíveis na consideração social, no bom nome, na imagem e personalidade do arguido do que o próprio julgamento.

Estes, sim, são os verdadeiros arrasadores do arguido, criando, moldando e mesmo manipulando a opinião pública a seu gosto e critério, comentando e opinando sobre a mínima coisa, numa demanda insaciável pelo escândalo. Ávidos de tiragens e audiências e aproveitando a sede de crítica da sociedade em geral, transformam a Justiça num “verdadeiro circo judiciário”⁵⁰³, antecipando juízos condenatórios, esses sim, extremamente danosos para o bom nome e imagem dos arguidos, na praça pública sob a aparência dissimulada da narração de factos⁵⁰⁴, que mesmo uma eventual decisão final absolutória pode não vir a apagar.

O quadro traçado é ainda mais gravoso na medida em que, além de não raras vezes o comentário jurídico ser efetuado por *pseudo especialistas*⁵⁰⁵ que deturpam o verdadeiro teor das notícias e factos jurídicos, o cidadão menos informado não tem capacidade ou formação para compreender o significado de ser constituído arguido, para compreender a diferença entre inquérito, instrução e julgamento, entre acusação, pronúncia e condenação, entre pena de prisão com a medida de coação de prisão preventiva, para compreender os poderes do juiz de instrução face aos do juiz de julgamento, enfim, para compreender os conceitos básicos do processo penal!

⁵⁰¹ JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do Código de Processo...”, ob. cit., p. 213.

⁵⁰² Neste sentido, vide ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos...”, ob. cit., p. 180.

⁵⁰³ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Os Novos Desafios do Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal*, (coord.) Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, 2006, p. 297.

⁵⁰⁴ Neste sentido, *idem, ibidem*.

⁵⁰⁵ MÁRIO FERREIRA MONTE, “Um olhar sobre o futuro...”, ob. cit., p. 404.

Nesse sentido afigura-se-nos que o efeito estigmatizante do processo penal surge num momento bem anterior à submissão a julgamento, nomeadamente com a notícia do crime e com a constituição de arguido. Não obstante a carga vantajosa e mesmo estratégica que essa constituição de arguido pode assumir, tendo em consideração o facto de esse estatuto condicionar o exercício de determinados direitos processuais, como o direito ao silêncio, e que explica o facto de, por vezes, uma pessoa ser constituída arguida a seu pedido, o significado desse ato processual é maioritariamente negativo⁵⁰⁶. Além de da constituição de arguido depender a aplicação de medidas de coação e garantia patrimonial, é inegável que esse ato afeta, invariavelmente, o bom nome e imagem pública desse sujeito, mais ainda com o regime regra de publicidade processual hoje vigente⁵⁰⁷.

O sujeito processual arguido fica desde logo etiquetado ou carimbado com uma marca que o julgamento, ou a sentença absolutória, se demasiado demorados, podem não ser capazes de apagar, possibilidade essa que se tornará cada vez mais diminuta à medida que a imagem negativa pública formada se vá consolidando com o tempo.

Tudo isto tem ainda mais importância numa época em que, como já abordámos, a fase de instrução se tornou, sempre e sem qualquer exceção, pública. O arguido, ao requerer a instrução, pretendendo evitar a tal submissão ao julgamento estigmatizante, tem hoje uma instrução identicamente pública e estigmatizante, e que carece, assim, de qualquer efeito prático útil. Tal solução é manifestamente incongruente com as finalidades da fase de instrução, constituindo uma séria violação do princípio da presunção de inocência e retirando qualquer interesse à fase de instrução, que, cada vez mais, se transforma num simulacro de julgamento, precisamente o que arguido quereria evitar.

Ainda dentro do regime da publicidade, impõe-se-nos tecer outras considerações. Além da consagração da regra da publicidade na fase de instrução, também a fase de inquérito decorre, atualmente, por regra, com publicidade processual, salvo quando lhe seja aplicado o regime do segredo de justiça. Este facto não é, de forma alguma, irrelevante para a análise da própria fase de instrução, sempre

⁵⁰⁶ Vide RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, ob. cit., p. 121; RUI PEREIRA, “Entre o “garantismo” e o “securitarismo...”, ob. cit., p. 248.

⁵⁰⁷ Em sentido idêntico, PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça...”, ob. cit., p. 47.

perspetivada como o mecanismo adequado para o arguido exercer pela primeira vez o seu direito de defesa.

De facto, com a alteração do paradigma da publicidade no inquérito ganha um maior alcance prático a previsão do art. 61.º, n.º 1, alínea g), do CPP, que reconhece ao arguido o direito de intervir no inquérito (e na instrução), oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurem necessárias⁵⁰⁸. Aliás, nem mesmo quando o inquérito não decorra com publicidade por lhe ter sido aplicado o regime do segredo de justiça, o arguido deixa de ter conhecimento do seu teor principal. Veja-se que, por via das disposições conjugadas do art. 272.º, n.º 1, do CPP, e do art. 61.º, n.º 1, alínea c), também do CPP, correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la, tendo o arguido o direito de, nesse interrogatório, ser informado dos factos que lhe são imputados⁵⁰⁹. Também nos arts. 141.º, n.º 4, alíneas d) e e), e 194.º, n.º 6, alíneas a) e b), ambos do CPP, relativos ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido e ao despacho que aplica medida de coação, se prevê expressamente o direito do arguido de ser informado dos factos que lhe são imputados. A isto acresce as possibilidades conferidas pelos arts. 86.º, n.º 9, 11, 12 e 13, e 89.º, n.º 1, ambos do CPP, que preveem um regime de publicidade interna, com exceções ao segredo de justiça, acautelando, assim, os direitos de defesa do arguido e dando maior significado prático ao seu direito de intervir no inquérito, e retirando, em certa medida, interesse em recorrer à fase de instrução.

Por outro lado, importa chamar à colação o problema atualmente tão controverso da celeridade processual. Diz-se, e com razão, que o direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa decorre, desde logo, do princípio da presunção de inocência, plasmado no n.º 2 do art. 32.º da Constituição. Ora, parece-nos inegável que um processo que se prolongue durante demasiado tempo, superior ao necessário para a investigação criminal, preparação da defesa por parte do arguido e posterior julgamento, converte-se num sofrimento insuportável para o arguido, tendo em conta a incerteza da decisão e a ameaça da condenação que sobre ele paira, podendo condicionar inclusivamente a sua vida, quer no aspeto pessoal, quer no aspeto

⁵⁰⁸ Cfr. neste sentido NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 236.

⁵⁰⁹ *Vide idem, ibidem.*

profissional, ou até mesmo limitar a sua liberdade face à sujeição a medidas de coação⁵¹⁰.

É certo que o combate à morosidade do processo é também pensado no interesse do ofendido, que necessita de uma resposta rápida da Justiça, e da sociedade em geral, na medida em que a paz social assenta na premissa da condenação dos criminosos e na absolvição dos inocentes, sob pena de se gerar a ideia de crise, descrédito e impunidade da justiça e do processo penal⁵¹¹, mas, acima de tudo, o direito ao processo célere foi pensado na ótica do arguido como corolário do princípio da presunção de inocência⁵¹².

Contudo, não obstante a importância da celeridade, cumpre-nos realizar um alerta. Se é verdade que a Justiça demorada não compensa, em regra, as injustiças e os custos causados pela demora, e que o tempo não resolve a questão, antes fazendo vítimas na sua caminhada⁵¹³, não é menos evidente que “[c]eleridade processual não pode ser sinónimo de não fazer justiça”⁵¹⁴.

A celeridade não é um objetivo, de *per se*, do processo penal, sendo desejada apenas na medida em que traga eficácia ao processo⁵¹⁵. Veja-se que a própria prova perde o seu valor com um processo demorado, aumentando as hipóteses de erro judiciário à medida do diferimento temporal em relação ao momento da prática do crime. Contudo, a ideia de celeridade não pode resvalar para uma ideia de restrição ilegítima das garantias de defesa do arguido⁵¹⁶, nem se pode querer hipotecar um dos

⁵¹⁰ Vide, neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., p. 90; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I...*, ob. cit., p. 726.

⁵¹¹ Cfr. novamente GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português...*, ob. cit., pp. 90-91; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I...*, ob. cit., p. 726.

⁵¹² Vide J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I...*, ob. cit., p. 519.

⁵¹³ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, “Os Novos Desafios do Processo...”, ob. cit., p. 298; GERMANO MARQUES DA SILVA, “A crise da justiça – Três recados aos Magistrados e Advogados do século que começa”, in *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 1, 2001, p. 26.

⁵¹⁴ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A celeridade no processo penal”, ob. cit., p. 242. Não se pode, no domínio processual penal, sob pena de se pôr em causa a eficácia da administração penal, fazer prevalecer a racionalidade económica que domina o funcionamento da nossa sociedade.

Em sentido idêntico, defendendo que não há dúvidas sobre o predomínio do económico sobre o jurídico na atual sociedade da globalização, e na qual se deseja nessa medida que também a justiça seja submetida a uma racionalidade eminentemente económica, MÁRIO FERREIRA MONTE conclui que “[a] lógica em si nada tem de mal. O problema é sua aplicação neste campo. É que tal lógica – a da eficiência – pode subverter a própria essência da justiça”. Cfr. MÁRIO FERREIRA MONTE, “Um olhar sobre o futuro...”, ob. cit., p. 411.

⁵¹⁵ Cfr. nesse sentido ANA LUÍSA PINTO, *A Celeridade no Processo Penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70.

⁵¹⁶ Daí se dizer que “o estatuto constitucional das partes (neste caso, do arguido) tem o duplo papel de limite à demora processual e limite à celeridade processual”. Cfr. *idem, ibidem*.

objetivos primordiais do processo penal, a descoberta da verdade material e a realização da justiça, em favor da celeridade processual.

E é esta ponderação que importa nesta sede fazer. A fase de instrução tem sido acusada de ser “uma fase processual consumidora de tempo e de fazenda”⁵¹⁷, provocando aquilo que já se designou de “morosidade mórbida”⁵¹⁸. Sublinhe-se que a própria facultatividade da fase de instrução foi legitimada por um desígnio de celeridade que surge associado ao princípio da presunção de inocência⁵¹⁹. O que ora importa questionar é se esse direito ao processo célere, constitucionalmente consagrado, e que decorre do próprio princípio da presunção de inocência do arguido, essencial para a descoberta da verdade material e para a justa decisão da causa, legitima a abolição ou a redução desta fase, ou se, pelo contrário, contende diretamente, de forma constitucionalmente inadmissível, com as garantias de defesa do arguido.

Sublinhe-se que o arguido não pode requerer a instrução para evitar o julgamento, mas depois reivindicar nela o *cardápio* de direitos que são próprios e característicos do julgamento, e que se justificam precisamente porque dele poderá resultar a sua condenação. Ao invés, na fase de instrução não há evidentemente qualquer carga condenatória, mas apenas e tão-só uma avaliação judicial sobre a existência de indícios suficientes, ou seja, só se aprecia se o arguido deve ou não ser submetido a julgamento, não sendo, conseqüentemente, razoável antecipar para esta fase intermédia todos os direitos consagrados para o julgamento⁵²⁰.

Tendo presentes todos os argumentos expostos, têm-se multiplicado críticas doutrinárias à fase de instrução nos moldes em que está atualmente configurada, pelo que é urgente repensar o sentido da sua existência enquanto fase processual autónoma. Não somos os únicos a manifestar preocupação pelo estado atual da fase de instrução, cada vez mais descaracterizada, desvirtuada no essencial da sua finalidade e esvaziada de efeito prático útil. Inclusivamente na prática judiciária os diferentes operadores e agentes têm demonstrado insatisfação e preocupação, sobretudo, pela transformação da instrução num pré-julgamento, privando-a de sentido.

⁵¹⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, ob. cit., p. 61.

⁵¹⁸ Vide opinião de MARIA JOSÉ MORGADO, in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/dciap/maria-jose-morgado-quer-tribunal-para-alta-criminalidade>, consultado em 15-06-2015.

⁵¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, já citado.

⁵²⁰ Cfr. neste sentido NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., pp. 253-254.

Vimos já a perspectiva de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sobre o tema, segundo o qual a fase de instrução, em virtude de o modelo definido no CPP não ter sido cumprido até hoje, mas “antes ter sido frequentemente desvirtuado em direcção a um simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigível, do processo penal”⁵²¹, e mais ainda agora que o inquérito se tornou público e, conseqüentemente, contraditório, acabará por ser eliminada enquanto fase processual autónoma e substituída por um debate instrutório, ou por uma decisão do tribunal de julgamento de abrir a audiência ou ordenar o arquivamento, recaindo a sua preferência na primeira opção, ao estilo da *preliminary hearing* norte-americana. Ter-se-ia então “[u]ma rápida e contínua audiência pública, exclusivamente oral, contraditória e versando sobre questões – de facto e/ou direito – prévia e rigorosamente determinadas pelo juiz de instrução e por ele decididas no seu despacho final”⁵²².

Na mesma linha de pensamento, NUNO BRANDÃO tem vindo a criticar a realidade judiciária da fase de instrução, “sacrificada a ritos processuais inúteis, a expedientes processuais dilatatórios e abusivos e que não raras vezes foi na prática transformada num simulacro de julgamento”⁵²³, e que, portanto, nunca foi devidamente materializada na prática. O Autor defende que, atendendo à possibilidade que o arguido atualmente tem de exercer uma defesa informada na fase de inquérito, podendo oferecer provas e requerer diligências probatórias, resulta diminuída a necessidade de esperar pela fase de instrução para exercer a sua defesa. A isto acresce simultaneamente que a comprovação judicial da decisão tomada no fim do inquérito deve focar-se, acima de tudo, numa discussão global sobre o material probatório dos autos, e não na realização de novas diligências de prova. Tendo isto em conta, conclui pela necessidade de supressão da fase de instrução e sua substituição por um modelo mais leve e flexível,

⁵²¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a revisão de 2007...”, ob. cit., pp. 375-377. Já em relação ao Código de Processo Penal de 1929, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS considerava que a duplicação de fases instrutórias no processo penal português, ou seja, a existência de instrução preparatória e contraditória, era uma das principais causas de alongamento excessivo do processo penal português. No seu entender, a situação só não piorou dado que, na prática, “a instrução contraditória não conseguiu impor-se na vida judiciária como uma fase efectiva e de real interesse no processo penal”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global...”, ob. cit., p. 223.

⁵²² *Idem, ibidem*.

⁵²³ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 234.

com benefícios no domínio da celeridade processual e que não desrespeite de forma constitucionalmente inadmissível as garantias de defesa do arguido⁵²⁴.

Noutro sentido, e face à revisão de 2007, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO defendeu que se desvalorizou de alguma maneira a fase de instrução, tornando-a pouco apelativa para a defesa do arguido e potenciando, assim, a rápida passagem para julgamento⁵²⁵. De acordo com a sua opinião, quer a irrecorribilidade de algumas decisões, quer o regime de publicidade nesta fase, fazem da instrução um mecanismo processual pouco vantajoso para o arguido⁵²⁶.

MANUEL DA COSTA ANDRADE, crítico veemente do regime da publicidade do processo penal e da introdução da contraditoriedade nas fases preliminares do processo, o que conduz ao esbatimento de diferenças entre essas fases e o julgamento, defende também a necessidade de questionar a legitimidade e justificação da manutenção da fase de instrução, observada à luz desse regime, enquanto fase processual autónoma⁵²⁷. Explicita o mesmo Professor que bem se pode questionar, não resistindo a citá-lo pelas fortes palavras utilizadas, “se a sobrevivência duma fase autónoma de instrução – descarnada de identidade própria e desonerada de função específica – não se deverá apenas à inércia de uma ritualizada obediência a exigências constitucionais. E legitimamente perguntar-se sobre se as decantadas razões de eficácia e celeridade processual não seriam pertinentes nem bastantes para ditar exéquias e crepes por uma fase processual consumidora de tempo e de fazenda, neutralizada na sua identidade, estiolada de significado e privada de utilidade”⁵²⁸.

Por outro lado, GERMANO MARQUES DA SILVA assegura que a fase de instrução, “fase incaracterística, motivada no passado por considerações paternalistas e de afirmação e consolidação do Ministério Público”⁵²⁹, poder-se-á tornar inútil se for garantida a intervenção do arguido e do assistente no inquérito e se, nos termos constitucionalmente prescritos, for sempre o juiz de instrução a entidade competente para a prática dos atos que coloquem em causa direitos fundamentais do arguido. Mais

⁵²⁴ *Idem, ibidem.*

⁵²⁵ Cf. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última...”, *ob. cit.*, p. 9.

⁵²⁶ *Idem, ibidem.*

⁵²⁷ *Vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão...*”, *ob. cit.*, p. 61.

⁵²⁸ *Idem, ibidem.*

⁵²⁹ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações...”, *ob. cit.*, p. 75.

acrescenta o Autor que, não tendo a instrução que constituir uma fase processual autónoma, pode consubstanciar tão-só um incidente processual a ter lugar no inquérito, sempre que necessário⁵³⁰.

Também RUI PEREIRA não permaneceu indiferente a toda esta polémica, arguindo que, com frequência, o juiz de instrução, guardião dos direitos, liberdades e garantias, se transforma num parceiro do Ministério Público, havendo a tendência de duplicar na fase de instrução, a atividade desenvolvida no inquérito⁵³¹. Nesse sentido, permitindo salvaguardar a estrutura acusatória do processo, evitando a duplicação jurisdicional do inquérito, e ainda, entre outros, o problema da “inversão prática”⁵³² do princípio da presunção de inocência na instrução, nem pondo, simultaneamente, em causa o legítimo interesse do arguido em não ser submetido a julgamento sem indícios bastantes, esta fase, em nome da celeridade processual, constitucionalmente interligada com o princípio da presunção de inocência, deveria “ser confinada – *em todos os casos* – a um debate instrutório alargado”⁵³³.

Outros profissionais mais ligados à vida forense também se têm pronunciado sobre o tema em análise, defendendo a reconfiguração dos moldes definidos pelo CPP para a fase de instrução. Preste-se atenção, por exemplo, a SANTOS CABRAL, cuja visão vai de encontro à de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. De acordo com o seu ponto de vista, a instrução está hoje despida de sentido funcional, sendo atualmente inútil. Foi “reconduzida a um pré-julgamento, com o inevitável recurso a todos os meios possíveis para prolongar a sua duração, ou como alavanca de uma desejada prescrição, ou como instrumento de uma dilação que transforma a celeridade processual numa palavra sem sentido”⁵³⁴, devendo, por isso, ser substituída por uma audiência preliminar, na qual se realizará o debate a que alude o art. 297.º do CPP, com a finalidade prevista no art. 286.º do mesmo diploma.

⁵³⁰ *Idem, ibidem*. GERMANO MARQUES DA SILVA, já no domínio do código anterior, entendia que “[o] errado entendimento da função da instrução contraditória tem-na tornado praticamente inútil”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do processo...”, ob. cit., p. 178.

⁵³¹ RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, ob. cit., p. 122; RUI PEREIRA, “A Reforma do Processo Penal”, ob. cit., p. 228; RUI PEREIRA, “A crise do processo penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25.º, N.º 97, Janeiro-Março 2004, p. 20.

⁵³² Cfr. RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, ob. cit., p. 126.

⁵³³ *Idem, ibidem*.

⁵³⁴ Cfr. SANTOS CABRAL, “O controlo judicial do despacho...”, ob. cit., p. 21.

Em sentido quase idêntico, ARTUR CORDEIRO, atendendo à censura cada vez mais frequente da morosidade da justiça, por um lado, e às regras da publicidade, do contraditório e da vinculação temática na instrução, por outro, defende que, não representando a fase de instrução mais do que um “mero ensaio de julgamento”⁵³⁵, torna-se lógico questionar a necessidade da sua existência. Contudo, e por ser o único mecanismo através do qual se pode efetuar a comprovação judicial da decisão de arquivamento com efetivas garantias de independência, o Autor defende a essencialidade da existência desta fase neste caso, o que, ao invés, já não sucede com o despacho de acusação. Nessa circunstância, poder-se-ia reduzir, mediante reforço adicional do contraditório no inquérito, a instrução requerida pelo arguido à realização do debate instrutório, sem haver lugar à produção de prova. Aliás, o Autor vai até um pouco mais longe e chega inclusivamente a afirmar que, “sem ofensa dos direitos de defesa do arguido, poderia simplesmente vedar-se-lhe a fase de instrução, desde que, a par do referido reforço do princípio do contraditório no final do inquérito, se admitisse a apreciação da suficiência indiciária da acusação na fase de recebimento/saneamento do processo em fase de julgamento”⁵³⁶.

Num tom sobremaneira crítico das duas magistraturas, MARINHO E PINTO já defendeu que a fase de instrução mais não é do que uma farsa, e que seria preferível a passagem direta, mais honesta e menos onerosa, para julgamento. O à data bastonário da OA alertou ainda para a “promiscuidade funcional”⁵³⁷ entre magistrados do Ministério Público e juízes, sublinhando ser uma ilusão pensar que existe uma verdadeira fase contraditória ou uma reavaliação dos elementos perante um juiz isento e imparcial na instrução.

Também MARIA JOSÉ MORGADO, à data diretora do DCIAP, já defendeu a eliminação da fase de instrução, inútil face aos mecanismos de sindicância no inquérito e que provoca o que designa de “morosidade mórbida”⁵³⁸, como já vimos.

⁵³⁵ Cf. ARTUR CORDEIRO, “Inquérito e Instrução...”, ob. cit..

⁵³⁶ *Vide idem.*

⁵³⁷ *Vide* opinião de MARINHO E PINTO, in http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1829880&page=-1, consultado em 15-06-2015.

⁵³⁸ *Vide* opinião de MARIA JOSÉ MORGADO, in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/dciap/maria-jose-morgado-quer-tribunal-para-alta-criminalidade>, consultado em 15-06-2015.

Neste sentido, inclusivamente JORGE BACELAR GOUVEIA, na qualidade de deputado do PSD, sublinhou a necessidade de rever constitucionalmente a fase de instrução, de forma a obter um processo mais célere e rápido⁵³⁹.

Depois desta longa exposição doutrinária sobre o tema, afigura-se-nos ter ficado claro que o quadro exposto é revelador da controvérsia que o tema tem gerado, fazendo os juristas pensar e repensar. Professores universitários, dirigentes da classe política, advogados, juízes, magistrados do Ministério Público, todas estas categorias profissionais confluem no mesmo sentido: a urgente redução ou mesmo supressão da fase de instrução como está atualmente configurada. Não podemos ser obviamente indiferentes a este tema que necessita de reflexão premente.

Contudo, importa não esquecer que a CRP configura um enorme obstáculo a essa revisão legal. No início desta investigação já deixámos clara a forte discussão em torno do alcance da disposição constitucional do art. 32.º, n.º 4, da CRP. Atualmente a direção do inquérito pelo Ministério Público é, na nossa perspetiva, incontestável, também o sendo quer a garantia constitucional que atribui ao juiz de instrução competência para a prática ou autorização de todos os atos que se prendam diretamente com os direitos fundamentais dos cidadãos antes da remessa do processo para julgamento, quer a ideia de comprovação judicial da decisão do Ministério Público de acusar ou arquivar o inquérito.

Nesse sentido, face ao atual texto constitucional, é sobremaneira questionável defender a pura e total supressão da fase de instrução. De qualquer forma, e desconsiderando essa concreta disposição, ponderando todos os valores em jogo e em permanente tensão, nomeadamente o direito ao processo célere, o direito à tutela jurisdicional efetiva e os direitos de defesa do arguido, mesmo assim seria, no mínimo, duvidoso se tal solução seria adequada e constitucionalmente legítima.

Na nossa perspetiva, no entanto, não se pode querer tomar por iguais todos os despachos que põem termo ao inquérito e que motivam o requerimento de abertura de instrução. Tendo naturezas e consequências processuais distintas, uma solução que não os equipare não é uma solução violadora do princípio da igualdade, tornando

⁵³⁹ Vide declarações de JORGE BACELAR DE GOUVEIA, in <http://www.tvi24.iol.pt/politica/tvi24/psd-equaciona-fim-da-fase-de-instrucao-na-revisao-constitucional>, consultado em 15-06-2015.

justificável uma diferença de regimes. Baseando-nos na argumentação do Tribunal Constitucional quando defende a recorribilidade do despacho de não pronúncia, por contraponto à irrecorribilidade do despacho de pronúncia, prevista no art. 310.º, nº 1, do CPP, não havendo simetria real entre despachos, não há qualquer violação do princípio da igualdade.

Ora, a grande parte da doutrina tem, a nosso ver, um discurso excessiva e incompreensivelmente paternalista para com o arguido e com os seus interesses, “como se, em processo penal, só estes interesses gravitasse, apenas estes contassem e tudo a eles se devesse reconduzir ou submeter”⁵⁴⁰. No entanto, veja-se que este, proferido despacho de acusação, será sempre submetido a julgamento, verá a situação controvertida julgada por um juiz de julgamento e, eventualmente, se inconformado com essa decisão, sindicada por um tribunal superior. No sentido contrário, o assistente não terá faculdade idêntica no caso de arquivamento do inquérito, pelo que, não havendo fase de instrução, a sua pretensão nunca será judicialmente apreciada.

Prosseguindo este exercício reflexivo, e sublinhamos novamente, abstraindo-nos da concreta disposição constitucional que atribui toda a instrução a um juiz, haveria que distinguir, se pretendêssemos a total eliminação da instrução, quatro situações materialmente diferentes: acusação pública; acusação particular acompanhada pelo Ministério Público; acusação particular não acompanhada pelo Ministério Público; e arquivamento.

A eliminação da fase de instrução, na perspetiva do arguido, não obstante o seu legítimo interesse em não ser submetido a julgamento, e que, como vimos, não se confunde com qualquer direito constitucional a essa não submissão, não preclui a apreciação jurisdicional da acusação em sede de julgamento. Significaria tão-somente a submissão do arguido a julgamento sem comprovação judicial da decisão de acusação, não havendo diminuição inadmissível das garantias de defesa do arguido, a nosso ver.

Ora, tal situação não seria repugnante nos casos de acusação pelo Ministério Público, nos crimes públicos ou semipúblicos, ou nos de acusação particular acompanhada pelo Ministério Público, nos crimes de natureza particular, na medida em

⁵⁴⁰ PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS, ““Com o Sol e a Peneira”: Um olhar...”, ob. cit., p. 126.

que a submissão a julgamento do arguido estaria alicerçada num despacho de uma autoridade judiciária, autónoma, orientada pelo princípio da legalidade e vinculada a critérios de objetividade estrita. Já a submissão a julgamento do arguido nos casos de acusação particular, não acompanhada pelo Ministério Público, seria absolutamente intolerável e um sacrifício ilegítimo das garantias de defesa do arguido, favorecendo a chamada “vindicta privada”⁵⁴¹, na medida em que só o assistente, sem intervenção do Ministério Público ou do juiz de instrução, avaliaria a suficiência dos indícios, causando julgamentos inúteis baseados em acusações manifestamente inconsistentes. Não valem em relação ao Ministério Público as mesmas suspeitas de parcialidade que existem em relação ao assistente, o que explica o motivo pelo qual o sistema poderia ser mais rígido nuns casos do que noutros. Aliás, mesmo no regime atual, têm surgido propostas no sentido de tornar a instrução obrigatória nos casos em que o Ministério Público não acompanhe a acusação particular⁵⁴², ou, alternativamente, pela concessão de legitimidade ao Ministério Público para requerer a abertura de instrução nos crimes particulares⁵⁴³.

É claro que em qualquer dos casos, na sequência de um despacho de acusação, a fase de instrução constitui uma importante garantia de defesa do arguido, mas que, a nosso ver, não é necessariamente imposta num processo de estrutura acusatória, integrado por um princípio de investigação judicial, em que o inquérito é dirigido por uma magistratura autónoma, como o Ministério Público⁵⁴⁴. Nessa circunstância, a supressão da comprovação judicial nos casos indicados não seria uma solução que nos chocasse, por não contender de forma inadmissível com o direito de defesa do arguido,

⁵⁴¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, ob. cit., p. 140.

⁵⁴² Cfr. neste sentido JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O Conceito de Indícios...”, ob. cit., p. 178, nota 5; RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito...”, ob. cit., p. 126. No entender destes dois autores, e no plano do direito a constituir, seria preferível prever instrução obrigatória se o Ministério Público entendesse infundada a acusação particular. Idêntica proposta já foi efetuada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, no IX Congresso do Ministério Público, que distingue também a melhor solução para a instrução, consoante o despacho em causa. Assim, nos casos de crimes particulares, em que o Ministério Público não acompanhe a acusação, seria aconselhável que o assistente fosse obrigado a requerer a abertura de instrução, sob pena de arquivamento do processo. Diferentemente, se houvesse acusação do Ministério Público, a instrução deveria ser limitada a um debate instrutório, não havendo produção de prova, o que seria suficiente e adequado para cumprir a finalidade da fase de instrução. Por último, nos casos de arquivamento, a solução não seria diferente da que atualmente existe, podendo o assistente requerer a abertura de instrução. Cfr. in <http://nonocongresso.smmp.pt/wp-content/uploads/2012/03/Processo-Penal-Propostas-SMMP.pdf>, consultado em 16-06-2015.

⁵⁴³ Vide RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução...*, ob. cit., p. 39, o qual assegura que, nos crimes de natureza particular, “não chocaria que o Ministério Público fosse dotado de legitimidade para requerer a abertura de instrução”. Mais acrescenta que os crimes mais vezes objeto de queixa e acusação particular são a difamação e a injúria, que surgem no contexto de relações de vizinhança, parentesco ou profissionais, em que os ânimos dos sujeitos processuais arguido e assistente estão de tal forma inflamados que impedem uma análise objetiva do processo e da prova, levando a acusações particulares sem qualquer sustentação indiciária (cfr. p. 39, nota 23).

⁵⁴⁴ Vide no sentido do texto MAIA COSTA, in AA. VV., *Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 999.

que poderia oferecer provas e requerer diligências probatórias no inquérito e que seria julgado no julgamento perante uma entidade independente como é o juiz⁵⁴⁵.

A situação seria manifestamente diferente no caso de despacho de arquivamento. Perante uma eliminação da fase de instrução, o assistente ficaria sem possibilidades de suscitar a intervenção judicial. Nesse sentido, se, ponderando outros valores como a celeridade processual, e sem prejuízo intolerável para as garantias de defesa, poder-se-ia questionar a legitimidade e justificação da fase de instrução nos casos de acusação acima indicados, mais difícil seria, em nosso entender, configurar semelhante possibilidade nos casos de arquivamento do inquérito. O assistente ficaria sem hipóteses de reação perante a decisão do Ministério Público, salvo os mecanismos de sindicância interna, nomeadamente a intervenção hierárquica, consagrada no art. 278.º do CPP, que, no entanto, assenta em pressupostos distintos. A fase de instrução configura neste caso o único mecanismo adequado à reação do assistente inconformado com a decisão do Ministério Público, dando cumprimento efetivo à tutela jurisdicional efetiva⁵⁴⁶.

Ora, garantindo a necessária harmonia com o texto fundamental, não se nos afigura possível defender o modelo que agora traçámos. Se, a nosso ver, seria um modelo que permitiria obter ganhos significativos a nível de celeridade processual, sem colocar em causa de forma intolerável os diversos direitos dos sujeitos processuais, estamos bem cientes da complexidade da questão e dos problemas de constitucionalidade que inevitavelmente seriam suscitados.

Por isso, e de acordo com o atual panorama constitucional, nomeadamente com a existência de um direito com dignidade constitucional à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, a solução que preconizamos é a

⁵⁴⁵ Com isto não se pretende enveredar por aquilo que RUI PEREIRA designou de “perspectiva simplista segundo a qual as garantias de defesa são garantias para os “maus”, concedidas em detrimento dos “bons”, isto é, das vítimas”. Cfr. RUI PEREIRA, “A Reforma do Processo Penal”, ob. cit., p. 230. Claro que, adotando as suas palavras, “[a]s garantias são dos cidadãos, e pretendem evitar, em todos os casos, o arbítrio e a prepotência e assegurar um processo leal e justo” (p. 230).

⁵⁴⁶ Há até quem sugira, no quadro atual, que talvez se devesse equacionar a possibilidade de criar um controlo judicial oficioso no caso de despacho de arquivamento, na medida em que a instrução não poderá ser requerida quando exista omissão ou insuficiência da prova no inquérito, do que resulta que nesses casos a investigação criminal está confiada exclusivamente ao Ministério Público, sem possibilidade de sindicância externa e independente. Cfr. ARTUR CORDEIRO, “Inquérito e Instrução...”, ob. cit..

Em sentido contrário, com o qual concordamos, F. TEODÓSIO JACINTO afasta terminantemente essa sugestão, que seria claramente violadora da estrutura acusatória do processo penal e da autonomia do Ministério Público. Cfr. F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal...”, ob. cit., pp. 35-36.

No mesmo sentido, SANTOS CABRAL salienta que esse modelo não foi o pretendido pelo legislador, além de que poderia implicar a sujeição a julgamento do arguido em relação ao qual o Ministério Público não acusou, obtendo a concordância implícita do assistente que não requereu a abertura de instrução. Cfr. SANTOS CABRAL, “O controlo judicial do despacho...”, ob. cit., pp. 23-25.

da eliminação da fase de instrução nos moldes em que está atualmente desenhada e sua substituição por um modelo diferente, mais célere e flexível, à imagem do que foi sugerido pelo Ilustre Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. A Constituição garantiu tão-somente a judicialização da fase, não tendo determinado o conteúdo da instrução. Tal tarefa foi deixada a cargo do legislador, que poderá, nesse sentido, adaptar a fase de instrução, desde que respeitada a sua finalidade. Ter-se-ia então uma rápida audiência, pública, oral e contraditória, com a finalidade indicada no art. 286.º do CPP, destinada quer à comprovação judicial da decisão de acusar, quer à de arquivar o inquérito.

Além dos evidentes benefícios quanto à celeridade e economia processual, garantia-se o respeito pela Constituição, pela estrutura acusatória do processo e pela autonomia do Ministério Público, sem hipotecar de forma alguma as garantias de defesa do arguido ou os direitos do assistente. Mais ainda, tendo em conta a possibilidade de intervir no inquérito e oferecer prova e requerer diligências probatórias, não haveria necessidade de tornar a instrução um complemento investigatório do inquérito. A entender-se pela insuficiência do inquérito, por não terem sido realizadas as diligências probatórias necessárias, o mecanismo adequado para a reação seria naturalmente a intervenção hierárquica, pois esse debate instrutório não seria evidentemente, tal como não deve ser hoje a instrução, uma fase de investigação judicial.

O paradigma que propugnamos para a reformulação da fase de instrução tem, assim, o benefício, não obstante o que *supra* referimos em relação à inexistência de um direito à não submissão a julgamento, bem como à carga estigmatizante do julgamento, de permitir ao arguido não ser julgado sem antes ter havido uma decisão judicial nesse sentido. Por outro lado, o papel do juiz de instrução enquanto garante das liberdades manter-se-ia idêntico, praticando ou autorizando todos os atos que se prendam diretamente com direitos, liberdades e garantias. Estes dois aspetos fundamentais permaneceriam, dessa forma, a base do sistema.

A isto acresce que a redução da instrução ao debate instrutório, unicamente para discutir questões de facto ou de direito com vista à submissão ou não do arguido a julgamento, permitiria pôr um fim à “mimetização antecipatória do julgamento na

instrução (...) [que] transforma o julgamento num *déjà vu* e assim diminui-lhe o papel central que deve desempenhar na concreta realização do processo penal”⁵⁴⁷.

Veja-se que, como analisámos, a instrução, sempre mal interpretada na prática judiciária, se tem vindo a aproximar perigosamente do julgamento, algo para o qual o nosso legislador tem inclusivamente contribuído com as alterações efetuadas, nomeadamente na revisão de 2007, que só têm enfraquecido a coerência e o equilíbrio interno da fase de instrução. Foi precisamente isso que pretendemos demonstrar com a exposição que fizemos sobre aspetos concretos relacionados com a regra da publicidade na instrução, a contraditoriedade dos atos de instrução, a alteração substancial de factos na instrução e a irrecorribilidade do despacho de pronúncia, mesmo na parte respeitante a nulidades e outras questões prévias ou incidentais.

Por outro lado, esta solução é, indubitavelmente, preferível à outra solução proposta por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em que seria o tribunal de julgamento a efetuar esse controlo sobre a acusação. A nosso ver, as características típicas do processo penal português, *maxime* a estrutura acusatória e a divisão de funções entre Ministério Público, juiz de instrução e juiz de julgamento, não se compaginam com essa possibilidade que poderia colocar em causa a necessária isenção do tribunal de julgamento no momento do julgamento, que já teria formulado um pré-juízo acerca do arguido e da sua conduta.

Concluindo, na nossa perspetiva, e sempre tendo em conta o atual texto constitucional, com este novo paradigma alcançar-se-ia um razoável equilíbrio entre o desígnio, tão importante para a prossecução das finalidades primordiais do processo penal, nomeadamente, a realização da justiça, a descoberta da verdade material e a paz social, da celeridade processual, numa fase que se destina tão-só à comprovação judicial de uma decisão do Ministério Público (salvo nos crimes particulares), posterior à investigação por si dirigida, e, por outro lado, os direitos e interesses dos sujeitos processuais arguido e assistente, sem atingir, de forma alguma intolerável, a sua esfera jurídica.

⁵⁴⁷ NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da...”, ob. cit., p. 254.

Conclusões

Finda a exposição do tema que nos propusemos abordar, é agora tempo de tecer as considerações finais, sintetizando as conclusões mais relevantes que lográmos alcançar.

Ora, em primeiro lugar, não é de todo inoportuno mais uma vez salientar a evolução histórica da configuração jurídico-processual penal do termo instrução, que, por não estar definido em qualquer lei natural, não se tem mantido uniforme ao longo dos anos, significando hodiernamente a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito com vista à submissão ou não da causa a julgamento. Essa finalidade primária da instrução, que resulta direta e claramente da lei, foi sempre a base e ponto de partida de todo o estudo realizado. E, de facto, nem sempre a instrução foi legalmente moldada nos termos atuais. Se hoje o CPP consagra uma solução de controlo judicial facultativo, no domínio de legislação anterior o paradigma da então instrução contraditória, subsequente à instrução preparatória, era substancialmente diferente.

Num momento ulterior, traçámos o panorama geral do modelo de estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de investigação, característico do sistema processual penal português, daí partindo para a análise das fases de inquérito e instrução e respetivas autoridades judiciárias que as dirigem, Ministério Público e juiz de instrução. Na verdade, impõe-se-nos agora lembrar algumas notas que considerámos essenciais para as conclusões finais. Ora, o Ministério Público é atualmente um órgão de administração da justiça, autónomo em relação ao poder executivo, e sem qualquer relação de dependência à magistratura judicial, velando apenas pela realização da justiça e pela procura da verdade material, orientando a sua atuação pelo princípio da legalidade e sempre vinculada a critérios de estrita objetividade. Ou seja, não é uma parte no processo interessada na condenação do arguido, pelo que a atribuição do inquérito a esta entidade é, simultaneamente, uma garantia para todos os sujeitos processuais envolvidos no litígio, como ainda para toda a coletividade. Mas, se era importante sublinhar esta ideia, é fundamental que essa direção do inquérito seja efetiva e que o Ministério Público nele assumira uma posição

ativa e dominante, de forma a evitar o indesejado cenário da policialização do inquérito. Porque se a colaboração entre os OPC's e o Ministério Público é vantajosa, a perda da efetiva direção do inquérito por parte do Ministério Público em detrimento dos OPC's pode ter efeitos perversos e nefastos.

Por outro lado, e agora no que concerne ao juiz de instrução, concluímos que, independentemente de qualquer reflexão sobre o sentido atual da fase de instrução, a sua importância é irrefutável, nomeadamente no papel de juiz das liberdades. A garantia judiciária é, na nossa perspetiva, absolutamente fundamental na fase de inquérito, sendo necessária a intervenção de uma entidade independente, imparcial e descomprometida com a titularidade da ação penal e sem competências de investigação, para garantir, de forma livre e insuspeita, o controlo da legalidade das investigações e, acima de tudo, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas, evitando quaisquer ingerências injustificadas na sua esfera jurídica.

Esta condição é um ponto assente no nosso ordenamento jurídico, tendo inclusivamente consagração constitucional. É, aliás, essa uma das dimensões da previsão constitucional da instrução. Todos os atos que se prendam com direitos fundamentais dos cidadãos têm necessariamente a intervenção do juiz de instrução, seja pela sua prática, seja pela autorização.

Por outro lado, com o breve olhar sobre o panorama de fases equivalentes à instrução noutros ordenamentos jurídicos, percebemos que os países que geralmente são adotados como referência e modelo consagram soluções semelhantes à fase de instrução, ou, pelo menos, uma qualquer forma de controlo judicial sobre a decisão de acusação ou arquivamento. É assim, por exemplo, em Itália e nos Estados Unidos com as designadas *udienza preliminare* e *preliminary hearing*, respetivamente. Na Alemanha também se efetua esse controlo judicial da acusação, mas este é, ao invés, realizado pelo tribunal de julgamento, não havendo uma verdadeira fase processual autónoma com esse escopo.

Mais concluímos que as últimas alterações efetuadas nalgumas normas da fase de instrução acabaram, a final, por aproximar perigosamente esta fase do julgamento, transformando-a naquilo que não deve ser: um pré-julgamento. De alguma forma, o

paradigma da fase de instrução tem-se vindo a alterar, o que contribui para um certo desvirtuamento e descaraterização desta fase.

Este facto é, desde logo, evidente na introdução, sem exceções, da regra da publicidade na fase de instrução. Afastando o regime que anteriormente vigorava que impunha o secretismo da instrução se esta tivesse sido requerida pelo assistente, e que previa a sua publicidade no caso de ter sido requerida apenas pelo arguido, não obstante este se poder opor à publicidade, o regime atual consagra uma solução que retira, inevitavelmente, algum sentido e efeito útil à própria fase de instrução. Afigura-se-nos indiscutível existir alguma incongruência neste regime na medida em que, se o arguido requer a instrução precisamente com o fito de evitar a sujeição a um julgamento público e que caracteriza de estigmatizante, tem todo o interesse em que a instrução decorra com ausência de publicidade. Ou seja, o arguido até pode evitar a publicidade do julgamento, mas não evitará, em circunstância alguma, a publicidade da instrução, colocando em causa o seu direito ao bom nome e a efetividade social do princípio da presunção de inocência.

Ainda dentro da temática relacionada com a publicidade processual, chegámos à conclusão que não se vislumbra na determinação do segredo de justiça durante o inquérito qualquer restrição ou limitação dos direitos fundamentais do arguido que justifique a intervenção do juiz de instrução. Na verdade, o segredo de justiça visa proteger determinados direitos do arguido, ao que acresce a possibilidade a este conferida de, mesmo no caso de processos sujeitos a segredo, aceder aos autos. O papel do juiz de instrução assumiu neste âmbito poderes que extravasam as funções que lhe são cometidas pelo nosso modelo processual penal, colocando em causa a própria estrutura do processo, tendo em consideração a sua ingerência injustificada na atividade do Ministério Público. A nosso ver deve-se, portanto, reconduzir o juiz de instrução às suas verdadeiras funções que, de forma alguma, incluem a validação da decisão do Ministério Público de determinar o segredo de justiça.

Noutro âmbito, também a introdução do contraditório nos atos de instrução levou a uma significativa alteração na natureza da fase de instrução. Com efeito, a possibilidade de os sujeitos processuais neles poderem estar presentes e inclusivamente suscitar pedidos de esclarecimento e requerer a formulação de perguntas, assemelha

essas diligências ao formato tradicional da audiência de julgamento, bem se sabendo que a instrução não é, nem pretende ser, uma forma de julgamento antecipado. Contudo, concluímos também que, com a contraditoriedade dos atos de instrução, conseguir-se-á uma melhor e mais fundamentada decisão. Esta alteração, apesar de descaracterizar nalguma medida a instrução, não é necessariamente nefasta, mas, para isso, é mister que o juiz de instrução, no âmbito dos seus poderes de disciplina e direção, exerça cabalmente as tarefas que lhe incumbem, designadamente indeferindo os atos de instrução que entenda não interessarem à instrução, assim como as perguntas e os pedidos de esclarecimento que entenda irrelevantes, nos termos dos arts. 291.º, n.º 2, e 289.º, n.º 2, respetivamente, ambos do CPP.

Por outro lado, agora no que diz respeito à alteração substancial de factos na fase de instrução, nomeadamente os factos não autonomizáveis, defendemos que as novas regras, que tanta controvérsia têm gerado, são no mínimo de duvidosa constitucionalidade. Relembrámos que, face ao atual preceito, o juiz de instrução elabora o despacho de pronúncia ou não pronúncia, ignorando os novos factos. Ou seja, fica absolutamente precluída a hipótese do seu conhecimento, o que evidencia, de forma notória, que falha a todos os níveis a concordância prática entre as garantias de defesa do arguido e o princípio da celeridade processual, por um lado, e a prossecução da verdade material e a realização da justiça penal, por outro. Esta solução, por potenciar decisões injustas, inverdadeiras e inadequadas, é, a nosso ver, absolutamente insustentável no quadro de um sistema que prima pela procura de valores como a justiça e a verdade material. A isto acresce o facto de ser um regime que se incompatibiliza totalmente com a finalidade da fase de instrução, pelo que, nesse sentido, defendemos que é urgente a reformulação legal deste regime, adotando-se uma solução compaginável com as finalidades primordiais do processo penal, nomeadamente a remessa dos autos para inquérito, independentemente do destino a dar à fase de instrução.

Relativamente à irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, constatámos a coerência de tal opção tendo em conta a natureza intermédia da fase de instrução. Estando prevista a possibilidade de a decisão instrutória poder ser subsequentemente sindicada pelo tribunal de julgamento ou por um

tribunal superior, no caso de recurso, os valores de celeridade e eficácia processual justificam e legitimam esta limitação à regra geral do recurso.

Por fim, e não deixando de reconhecer e sublinhar a importância da fase de instrução para os sujeitos processuais arguido e assistente, concluímos, tendo em consideração um vasto conjunto de fatores que não nos cumpre repetir nesta sede, que urge repensar o sentido da instrução enquanto fase processual autónoma. E se a pura eliminação desta fase se nos afigura constitucionalmente duvidosa, o mesmo não se poderá dizer quanto a uma eventual alteração do seu conteúdo, nomeadamente pela criação, à imagem da norte-americana *preliminary hearing*, de uma audiência rápida, informal, oral e contraditória, na qual se discutiriam questões de facto e/ou de direito, sempre tendo em vista o controlo judicial da submissão ou não do arguido a julgamento. Em traços gerais, semelhante paradigma teria a vantagem segura de conseguir conciliar os objetivos fundamentais do processo penal, alcançando-se um equilíbrio razoável entre a realização da justiça e a descoberta da verdade material e, por outro lado, os direitos e interesses de arguido e assistente, sem descuidar a necessária harmonia com o texto constitucional.

Bibliografia

AA. VV., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014.

ADÉLIO PEREIRA ANDRÉ, *Manual de Processo Penal – Procedimento Introductório*, Lisboa, Livros Horizonte, 1983.

ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, “A publicidade e o segredo de justiça no Processo Penal Português após as revisões de 2007 e 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo Juiz de Instrução”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 3, 1999.

ANA LUÍSA PINTO, *A Celeridade no Processo Penal: o Direito à Decisão em Prazo Razoável*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A celeridade no processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988.

ANDRÉ LAMAS LEITE, “Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2006.

ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *O Debate Instrutório no Código de Processo Penal Português de 1987*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

ANTÓNIO HENRIQUE RODRIGUES MAXIMIANO, “Âmbito da instrução no novo Código de Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 13.º, N.º 50, Abril-Junho 1992.

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Os novos desafios do Processo Penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15.º, N.º 2, Abril-Junho 2005.

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: reforma ou revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

ANTÓNIO LEMOS SOARES, “Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANTÓNIO LEONES DANTAS, “A definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º, N.º 63, Julho-Setembro 1995.

ARTUR CORDEIRO, “Inquérito e Instrução: Modelos de Investigação Criminal, Revisão do Papel e Função do JIC e do MP, Medidas de Coacção”, disponível em http://www.mjd.org.pt/INQUERITO_%20E_INSTRUCAO_MODELOS_DE_INVESTIGACAO_CRIMINAL.pdf, consultado em 15-06-2015.

CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.

CLAUS ROXIN, “Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

F. TEODÓSIO JACINTO, “O Modelo de Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 30.º, N.º 118, Abril-Junho 2009.

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A fase da instrução e o princípio do contraditório”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho, 2002.

FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga, 1968.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista do CEJ*, N.º 9, 1.º Semestre 2008.

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Segredo de Justiça e acesso ao Processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e a sua relevância no processo penal português*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1999.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “A crise da justiça – Três recados aos Magistrados e Advogados do século que começa”, in *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 1, 2001.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – I*, 4.^a Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2000.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – II*, 4.^a Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2008.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, 2.^a Edição revista e atualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2000.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar”, in *Direito e Justiça*, Vol. I, N.º 1, 1980.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português - Noções Gerais - Sujeitos Processuais e Objecto*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, Editorial Minerva, 1990.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, (org.) L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Coimbra, Almedina, 2009.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “O direito de defesa em processo penal (Parecer)”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, 1999.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Os Novos Desafios do Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal*, (coord.) Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, 2006.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça*, Vol. III, 1987/1988.

GERMANO MARQUES DA SILVA, “Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, N.º 1, Janeiro-Abril 2007.

GIL MOREIRA DOS SANTOS, “A estabilidade objectiva da lide em processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 1992.

GIL MOREIRA DOS SANTOS, *Princípios e Prática Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa, Vislis Editores, 2003.

IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do paradigma ou a reforma encoberta”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

JOÃO CONDE CORREIA, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2007.

JORGE CARLOS FONSECA, “Reforma do processo penal e criminalidade organizada”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

JOÃO SIMAS SANTOS, “Processo penal. Segredo de justiça. Decisão do Ministério Público e validação pelo juiz de instrução”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 29.º, N.º 113, Janeiro-Março 2008.

JOAQUIM MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2004.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17.º, N.º 2, Abril-Junho 2007.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reimpressão da 1ª Edição de 1974, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal – Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988-9.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in *Para uma Nova Justiça Penal (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados)*, Coimbra, Almedina, 1996.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, “Uma instrução inadmissível”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19.º, N.º 4, Outubro-Dezembro 2009.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O Conceito de Indícios Suficientes no Processo Penal Português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal – I*, Coimbra, Almedina, 1981.

JOSÉ DE FARIA COSTA, “Os códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “A Revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1998.

JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, “Alteração substancial dos factos em processo penal”, in *Julgar*, N.º 9, Setembro-Dezembro 2009.

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do Código de Processo Penal – Algumas questões de técnica e lógica processuais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a*

Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Prazos de encerramento do inquérito, segredo de justiça e publicidade do processo”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no Novo Código de Processo Penal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1993.

JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Notas Introdutórias”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico II – O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos: Dois sistemas jurídicos em busca da justiça*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1999.

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A investigação e as suas exigências no inquérito”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1988.

JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o Objecto do Processo”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal – II Vol. – Aulas teóricas dadas ao 5.º Ano, 1991/1992 e 1992/1993*, (org.) Teresa Pizarro Beleza, Lisboa, AAFDL, 1995.

KURT MADLENER, “Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celeridade”. Observações a respeito da Justiça alemã”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO e NUNO BRANDÃO, “Sistemas Processuais do Brasil e de Portugal – Estudo Comparado”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, (org.) L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Coimbra, Almedina, 2009.

LIVIO PEPINO, “Reflexões sobre o sistema processual italiano”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25.º, N.º 97, Janeiro-Março 2004.

M. MARQUES FERREIRA, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1991.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentário e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009.

MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal – I – Lições proferidas no ano lectivo 1954-1955*, Lisboa, Gomes & Rodrigues, Lda., 1955.

MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado”, *a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*, 11.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1999.

MANUEL SIMAS SANTOS E MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado, I Volume (arts. 1.º a 240.º)*, 3.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008.

MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES e D. BORGES DE PINHO, *Código de Processo Penal Anotado, II Volume (arts. 241.º a 524.º)*, Lisboa, Rei dos Livros, 1996.

MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça na relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal – (In)compatibilidade com a estrutura do processo penal*, Rei dos Livros, 2011.

MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2011.

MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito processual penal – “direito constitucional aplicado””, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (org.) Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MÁRIO FERREIRA MONTE, “O segredo de justiça em processo penal na relação de tensão entre o papel do Juiz de Instrução e o papel do Ministério Público – anotação ao Acórdão n.º 110/2009 do Tribunal Constitucional”, in *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, N.º 1 e 2, 2010.

MÁRIO FERREIRA MONTE, “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal – razões para uma reflexão”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9.º, Fasc. 2.º, Abril-Junho 1999.

NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA e FERNANDO ANDRADE FERNANDES, “Orientações da Fase Preliminar do Processo Penal – Uma Análise Comparativa”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5.º, N.º 3 e 4, Julho-Dezembro 1995.

NUNO BRANDÃO, “A Nova Face da Instrução”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18.º, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008.

NUNO CATARINO, “Publicidade, Segredo de Justiça e Prazos de Inquérito: Os Segredos da Reforma”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, (coord.) Rui do Carmo e Helena Leitão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

PAULA MARQUES DE CARVALHO, *Manual Prático de Processo Penal*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013.

PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2013, e-book disponível em <https://books.google.pt/books?id=1UhBAQAAQBAJ&pg=PT115&lpg=PT115&dq=instru%C3%A7%C3%A3o+fase+processual+aut%C3%B3noma&source=bl&ots=6zN-vG2Cym&sig=s6iFXtUdz34fgoV5EFKvIrbnYiE&hl=pt-PT&sa=X&ved=0CEMQ6AEwBmoVChMI3vXkmYCSxgIVAVYUCh3YpgBP#v=onepage&q&f=false> <https://books.google.pt/books?id=1UhBAQAAQBAJ&pg=PT115&lpg=PT115&dq=instru%C3%A7%C3%A3o+fase+processual+aut%C3%B3noma&source=bl&ots=6zN-vG2Cym&sig=s6iFXtUdz34fgoV5EFKvIrbnYiE&hl=pt-PT&sa=X&ved=0CEMQ6AEwBmoVChMI3vXkmYCSxgIVAVYUCh3YpgBP#v=onepage&q&f=false>, consultado em 15-06-2015.

PAULO DE SOUSA MENDES, “O regime da alteração substancial de factos no processo penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em*

Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

PEDRO DANIEL DOS ANJOS FRIAS, ““Com o Sol e a Peneira”: Um olhar destapado sobre o conceito de inadmissibilidade legal da instrução”, in *Julgar*, N.º 19, Janeiro-Abril 2013.

PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto”, in *Revista do CEJ*, N.º 9, 1.º Semestre 2008.

RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

RITA FIDALGO FONSECA, *O Paradigma da Fase de Instrução: Uma Breve Reflexão sobre a Fase de Instrução no Sistema Processual Penal Português*, disponível em http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Rita_Fidalgo_Fonseca.pdf, consultado em 03-06-2015.

RODRIGO SANTIAGO, “Diversas questões da revisão do CPP, entre as quais, a da documentação da audiência”, disponível em

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/penal/gravacao3.html>, consultado em 20-02-2015.

RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões sobre o processo penal: Fase de instrução e declarações do assistente na fase de produção de prova”, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/penal/reflexoes_procpenal.html, consultado em 09-06-2015.

RUI DA FONSECA E CASTRO, *Processo Penal – Instrução: Tramitação, Formulários, Jurisprudência*, 2.^a Edição revista e atualizada, Lisboa, Quid Juris, 2014.

RUI DO CARMO, “Algumas notas sobre o encerramento do inquérito”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

RUI PEREIRA, “A crise do processo penal”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 25.º, n.º 97, Janeiro-Março, 2004.

RUI PEREIRA, “A Reforma do Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal*, (coord.) Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, 2006.

RUI PEREIRA, “Entre o “garantismo” e o “securitarismo” – A revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

RUI PEREIRA, “O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord.) Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, Reimpressão da 1.^a Edição de 1976, Coimbra Editora, 2007.

SANTOS CABRAL, “O controlo judicial do despacho de arquivamento”, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_santoscabral.pdf, consultado em 07-01-2015.

TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal – III Vol. – Aulas teóricas dadas ao 5.º Ano, 1994/1995*, (org.) Teresa Pizarro Beleza, Lisboa, AAFDL, 1995.

VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

WLADIMIR BRITO, “Processo penal internacional”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (coord.) Mário Ferreira Monte, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Websites:

<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/dciap/maria-jose-morgado-quer-tribunal-para-alta-criminalidade>, consultado em 15-06-2015.

http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1829880&page=-1, consultado em 15-06-2015.

<http://www.tvi24.iol.pt/politica/tvi24/psd-equaciona-fim-da-fase-de-instrucao-na-revisao-constitucional>, consultado em 15-06-2015.

<http://www.cps.gov.uk/>, consultado em 18-06-2015.

<http://nonocongresso.smmp.pt/wp-content/uploads/2012/03/Processo-Penal-Propostas-SMMP.pdf>, consultado em 16-06-2015.

Jurisprudência Citada

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, Proc. n.º 302/86, Relator: Mário de Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>, consultado em 25-06-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 31/87, Proc. n.º 192/84, Relator: Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870031.html>, consultado em 13-06-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/90, Proc. n.º 180/90, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900023.html>, consultado em 25-06-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/94, Proc. n.º 384/92, Relator: Ribeiro Mendes, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940265.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/94, Proc. n.º 113/92, Relator: Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940474.html>, consultado em 06-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, Proc. n.º 236/94, Relatora: Maria Fernanda Palma, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960610.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/97, Proc. n.º 367/96, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970468.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 45/98, Proc. n.º 511/97, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980045.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 186/98, Proc. n.º 528/97, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980186.html>, consultado em 29-06-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 300/98, Proc. n.º 71/98, Relator: Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980300.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 551/98, Proc. n.º 277/97, Relator: Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980551.html>, consultado em 06-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/99, Proc. n.º 1007/98, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990216.html>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/99, Proc. n.º 407/97, Relator: Luís Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990387.html>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 68/00, Proc. n.º 887/98, Relator: Messias Bento, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000068.html>, consultado em 20-03-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/00, Proc. n.º 48/00, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000371.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 372/00, Proc. n.º 669/99, Relator: Sousa e Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000372.html>, consultado em 23-08-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 375/00, Proc. n.º 633/99, Relator: Vítor Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000375.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 459/00, Proc. n.º 472/99, Relator: Guilherme da Fonseca, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000459.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/00, Proc. n.º 1083/98, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000581.html>, consultado em 17-04-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2001, Proc. n.º 189/00, Relator: Vítor Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010027.html>, consultado em 06-07-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 30/01, Proc. n.º 469/00, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010030.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 59/01, Proc. n.º 407/00, Relatora: Maria Helena Brito, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010059.html>, consultado em 23-08-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 78/01, Proc. n.º 460/2000, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010078.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 463/02, Proc. n.º 618/02, Relator: Artur Maurício, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020463.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2003, Proc. n.º 619/2002, Relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030464.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 481/2003, Proc. n.º 22/03, Relator: Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030481.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 527/03, Proc. n.º 575/2003, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030527.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 79/2005, Proc. n.º 741/01, Relator: Paulo da Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050079.html>, consultado em 02-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/05, Proc. n.º 494/04, Relator: Benjamim Rodrigues, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050242.html>, consultado em 06-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 339/2005, Proc. n.º 1034/2004, Relator: Mário Torres, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050339.html>, consultado em 23-08-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 389/2005, Proc. n.º 310/2005, Relatora: Maria Fernanda Palma, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050389.html>, consultado em 29-07-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 535/2005 Proc. n.º 582/04, Relator: Pamplona de Oliveira, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050535.html>, consultado em 23-08-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 611/2005, Proc. n.º 997/04, Relator: Benjamim Rodrigues, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050611.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 684/2005, Proc. n.º 896/2005, Relator: Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050684.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, Proc. n.º 802/04, Relatora: Mário Torres, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070237.html>, consultado em 24-04-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2007, Proc. n.º 514/07, Relator: Vítor Gomes, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070340.html>, consultado em 30-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 110/2009, Proc. n.º 835/08, Relator: José Borges Soeiro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090110.html>, consultado em 13-03-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 636/2011, Proc. n.º 121/2011, Relatora: Maria Lúcia Amaral, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110636.html>, consultado em 29-07-2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 265/2012, Proc. n.º 263/12, Relator: João Cura Mariano, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120265.html>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2013, Proc. n.º 653/2012, Relator: Pedro Machete, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130175.html>, consultado em 29-07-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2013, Proc. n.º 289/2013, Relator: Carlos Fernandes Cadilha, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130437.html>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 482/2014, Proc. n.º 663/2013, Relatora: Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140482.html>, consultado em 03-09-2015.

Supremo Tribunal de Justiça

Assento n.º 6/2000, Relator: Álvaro José Guimarães Dias, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2000/03/056A00/08500856.pdf>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2004, Recurso. n.º 3668/2003, Relatora: Manuel José Carrilho de Simas Santos, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2004/12/282A00/69506955.pdf>, consultado em 03-09-2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2005, de 12-05-2005, Proc. n.º 430/2004, Relator: Armindo dos Santos Monteiro, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2005/11/212A00/63406346.pdf>, consultado em 29-07-2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2010, de 15-04-2010, Proc. n.º 60/09.9YFLSB, Relator: Rodrigues da Costa, disponível em

<https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2010/05/09400/0165701674.pdf>, consultado em 21-04-2015.

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03-06-2014, Proc. n.º 136/12.5JASTB-A.E1, Relator: Sérgio Corvacho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20-09-2010, Proc. n.º 182/10.3GAEPS-A.G1, Relatora: Teresa Baltazar, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 06-07-2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23-04-2014, Proc. n.º 12/13.4GEVCT.G1, Relatora: Ana Teixeira e Silva, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-04-2013, Proc. n.º 585/09.6 TABNV-A.L1-3, Relator: Neto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-02-2005, Proc. n.º 0446133, Relator: Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-03-2005, Proc. n.º 0446204, Relator: José Adriano, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-09-2008, Proc. n.º 0813559, Relator: André da Silva, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 07-07-2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01-07-2015, Proc. n.º 3321/12.6TDPRT.P1, Relator: Neto de Moura, disponível em <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 17-08-2015.