

***INQUÉRITO E INSTRUÇÃO: MODELOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL,
REVISÃO DO PAPEL E FUNÇÃO DO JIC E DO M^oP^o, MEDIDAS DE COACÇÃO***

A senhora Dra. Cristina Esteves, Juíza de Instrução Criminal em Lisboa e minha boa amiga, dirigiu-me o amável convite para, no presente evento, realizar uma intervenção sobre o modelo de investigação criminal e a revisão do papel e função do JIC e do MP nas fases iniciais do processo penal e, designadamente no que respeita à aplicação de medidas de coacção.

O tempo que me é concedido, generoso em face da qualidade dos demais oradores e respectivas intervenções que deles se esperam, mostra-se, porém, escasso para proceder a uma exaustiva abordagem do tema no plano dogmático.

Procurarei, portanto, tratar o tema de uma perspectiva essencialmente pragmática, partilhando uma visão, necessariamente pessoal e directamente conotada e enformada pela minha experiência de anos no exercício das funções de JIC, sobre o modelo de investigação criminal vigente e as atribuições nele respectivamente reservadas ao JIC e ao MP.

É ao que me proponho, esperando e agradecendo antecipadamente a benevolência da vossa atenção.

A investigação criminal é a actividade composta pelo conjunto de actos, juridicamente pré-ordenados, praticados por concretos grupos de pessoas, legalmente legitimadas para a sua prática, seguindo um determinado modelo legalmente tipificado e sistematizado, em ordem a investigar factos susceptíveis de configurar a prática de um crime, a apurar a identidade do autor de tais factos, reunindo as provas necessárias à decisão de submeter ou não submeter alguém a julgamento.

Identifica-se, assim, de forma especial, com a fase preparatória do processo penal.

A investigação criminal tem como principal finalidade a realização do direito na sua valência de defesa da comunidade e daqueles que a integram, a quem é devida uma vivência segura e justa num ambiente que lhe garanta o gozo pleno dos seus direitos e liberdades.

Identificada a necessidade da satisfação do interesse público na realização da justiça (nesta vertente: descoberta dos agentes do crime, a sua responsabilização e punição, com o restabelecimento da confiança nas normas violadas e o reequilíbrio do sistema perturbado com

a prática do crime), foram variando, ao longo da história, os modelos de investigação criminal adoptados, normalmente em função das condicionantes (políticas, sociais e económicas) que, em cada época, se foram fazendo sentir.

Julgo que a primeira semente do nosso actual modelo pode ser encontrada no Decreto n.º 35.007, de 13 de Outubro de 1945.

Diversamente do regime processual penal até aí vigente, oriundo do CPP de 1929 (onde estava cometida ao juiz a função de dirigir a investigação criminal preliminar – então denominada fase instrução preparatória -, deduzir acusação ou abster-se de o fazer – na fase intitulada instrução contraditória – e de proceder ao julgamento), o referido diploma, que na respectiva exposição introdutória de motivos deixa clara a opção pelo princípio estruturante do acusatório, entrega à magistratura do Ministério Público a função de regulador da investigação criminal e controlador da actividade que a Polícia Judiciária iria desempenhar nesse campo, na fase da instrução preparatória. Havia, no entanto, uma fiscalização judicial obrigatória nos processos mais graves que deveriam passar sempre pela instrução contraditória. O mesmo diploma previa também uma outra fiscalização judicial, referente ao despacho de arquivamento proferido no final da instrução preparatória (o processo deveria ser concluso a um juiz que, se considerasse haver indícios bastantes, mandava subir os autos em despacho fundamentado ao Procurador da República para que este tomasse posição - art.º 28 desse diploma).

Continuavam reservadas à competência do juiz as decisões sobre a prisão preventiva e a aplicação provisória de medidas de segurança (internamento em manicómio ou anexo psiquiátrico de suspeitos de doença mental, liberdade vigiada com ou sem caução e interdição do exercício de profissões ou direitos).

Eram verdadeiramente os primeiros passos do Ministério Público como regulador da acção penal e controlador dos órgãos de polícia criminal (apesar de se ter permitido à PJ – criada na lei como órgão auxiliar do MP e genericamente na sua dependência funcional - uma actuação autónoma e concorrente com o MP: A PJ detinha competência exclusiva para a instrução preparatória na investigação de determinados tipos de crime e partilhava com o MP, nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, a competência para proceder à instrução preparatória quanto aos crimes cuja instrução, nas demais comarcas, fosse da competência do MP, decidindo, designadamente, quanto ao arquivamento dos processos ou quanto à necessidade de aguardarem a produção de melhor prova; por outro lado, afastou-se do âmbito

de aplicação do diploma os crimes que então se classificavam como políticos, a Pide como seu órgão de investigação e os Tribunais Plenários).

De sentido inverso, surgiu anos mais tarde o DL n.º 185/72, de 31/05, que devolveu ao juiz de instrução a direcção da instrução preparatória, no pressuposto de que a instrução preparatória e a instrução contraditória não se contrapunham, integrando uma única fase do processo, que antecede a formação da culpa, e, por conseguinte, devendo ser dirigida pela mesma entidade.

Neste diploma procedeu-se a uma ampla revisão do regime que disciplinava a prisão preventiva, a liberdade provisória (mediante TIR ou caução) e as medidas de segurança cuja aplicação era da exclusiva competência do juiz.

Seguidamente, já após a revolução de 1974 e quando a assembleia constituinte discutia o texto da lei fundamental a sufragar, entrou em vigor o DL n.º 605/75, de 3/11 (alterado pouco tempo depois pelo DL 377/77, de 6/09).

Neste diploma, com a declarada intenção de acelerar a marcha do processo penal foi instituído o inquérito preliminar (na versão original de 1975 denominado inquérito policial) da competência do MP e de todas as polícias, que substituíu a instrução (preparatória e contraditória) nos processos a julgar em processo correcional (referentes a crimes punidos com pena de prisão igual ou inferior a 3 anos e a que não coubesse a pena principal de demissão), desde que o arguido não tivesse sido preso e nessa situação ouvido em auto, com base no qual o feito poderia ser introduzido em juízo para julgamento ou arquivado.

Na redacção dada ao diploma pelo DL 377/77 foram definitivamente clarificadas as competências relativas do MP e das polícias, atribuindo-se àquele o poder de iniciativa do exercício da acção penal e retirando aos órgãos de polícia (quaisquer que fossem) a prerrogativa de decidir sobre o destino da investigação (tinham competência para proceder a inquérito preliminar, com a obrigação de comunicar a sua abertura ao MP que, a todo o tempo, o poderia avocar).

Mantinha-se, porém, a instrução preparatória e contraditória nos processos de querela (destinado aos crimes mais graves) na direcção do juiz, embora, mesmo nesses casos, se previsse a possibilidade do MP ou qualquer autoridade competente proceder a inquérito preliminar.

E, mediante as alterações introduzidas pelos mesmos diplomas no CPP de 29, contemplava-se a necessidade do juízo judicial de aceitação do requerimento para julgamento

(fundamentado em inquérito ou em instrução), com base na avaliação da suficiência dos indícios da responsabilidade do arguido retratada pelos elementos de prova coligidos.

Ao nível da prisão preventiva e das medidas de segurança entrou em vigor o DL n.º 274/75, de 4/06 (também alterado pouco tempo depois pelo DL 377/77, de 6/09) que, de especial relevo, consagrou a inadmissibilidade de aplicação da obrigação de prestar caução (impondo a determinação da prisão preventiva) relativamente aos arguidos que se encontrassem indiciados da prática dos ilícitos elencados no diploma.

Entre o início da vigência do DL n.º 605/75 e das alterações nele produzidas pelo DL n.º 377/77, foi promulgada e entrou em vigor a Constituição de 1976, cujo texto parecia não admitir as então recentes criações do legislador ordinário: o inquérito preliminar e especialmente a entrega ao MP da actividade de investigação e recolha de prova com valia processual para fundamentar a acusação, bem como a dedução desta na maioria dos processos penais.

Isto porque se dispôs no art.º 32º, n.º 4, do texto fundamental que toda a instrução seria da competência de um juiz (redação original que, neste segmento, se mantém até hoje).

Apesar de parecer claro, em face da tradição e evolução histórica do processo penal português e da letra da lei, que o legislador constitucional teria pretendido que fosse um juiz a dirigir toda a actividade de investigação e recolha de prova processualmente apta a sustentar a acusação ou o arquivamento, a verdade é que tal entendimento se mostrava em total dissonância com o caminho pouco antes encetado pelo legislador ordinário.

A mesma interpretação mostrava-se igualmente em aberta contradição com diplomas posteriores de iniciativa do mesmo legislador ordinário: a transformação do inquérito policial no inquérito preliminar e a atribuição da sua titularidade ao MP; a criação dos juízos de instrução criminal, com competência reservada à instrução preparatória e contraditória e não também ao inquérito preliminar; a LOTJ, aprovada pela Lei n.º 82/77, onde se estabelecia que a competência dos novos tribunais de instrução criminal incidia sobre a instrução preparatória e contraditória, bem como sobre as funções jurisdicionais relativas ao inquérito preliminar e aos processos de segurança; e, finalmente o Estatuto do Ministério Público, aprovado pelo DL n.º 274/78, que veio afirmar o MP como carreira autónoma de magistratura, gozando de autonomia em relação aos demais órgãos de poder.

O dito sentido literal e histórico mostrava-se ainda de difícil compatibilização com outras disposições da própria lei fundamental, particularmente com as que se referiam

expressamente ao MP, atribuindo-lhe autonomia e, entre outras, a função específica de exercer a acção penal (art. 224.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, na sua versão original).

Por seu lado, a maioria da nossa doutrina, encimada pelo Prof. Figueiredo Dias, defendia que só com a separação da investigação prévia à acusação, confiada ao MP, da comprovação judicial dessa acusação se adequava verdadeira e totalmente o processo preliminar (anterior à fase do julgamento) aos dados jurídico-constitucionais condicionantes (identificados, por um lado, com o monopólio da função jurisdicional e a independência dos juízes e, por outro lado, com a autonomia da magistratura do MP e o monopólio por esta da acusação, em total respeito pela estrutura acusatória do processo).

Desta forma, o comando constitucional constante do n.º 4 do art. 32.º visaria conferir uma garantia processual de salvaguarda dos direitos fundamentais em todos os actos da investigação criminal e o direito do arguido ao esclarecimento dos factos, com a sua intervenção, no processo da decisão de o submeter a julgamento.

Foi este o entendimento sufragado pela Comissão Constitucional e posteriormente pelo Tribunal Constitucional, por permitir uma leitura coerente e harmonizada da constituição e entre esta os diplomas legislativos ordinários, mostrando-se conforme aos princípios que, segundo a maioria da doutrina, teriam sido sufragados na lei fundamental.

Tivesse sido, ou não, a intenção inicial (do legislador constitucional) de sujeitar toda a actividade processual penal (inclusivamente a preliminar de investigação) a um juiz (como tradicionalmente havia sido confiada), a verdade é que a evolução se fez noutro sentido, culminando figurino institucional definido de modo completo no Código de Processo Penal de 1987 (aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17/02) que, sem variações muito significativas em termos estruturais, se mantém atual.

O quadro institucional de investigação criminal tem agora como agentes principais: os órgãos de polícia criminal (cuja actividade é centrada nas funções de prevenção e investigação criminal, coadjuvando as autoridades judiciárias na prossecução das finalidades do processo penal, actuando no inquérito sob a directa orientação do MP e na sua dependência funcional, detendo competência própria para colher a notícia dos crimes e impedir, se possível as suas consequências e praticar os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova), o Ministério Público (órgão de justiça, a quem incumbe o exercício da acção penal, orientada pelo princípio da legalidade, e a direcção do inquérito) e o juiz de instrução criminal (a quem se sujeitou o controlo da legalidade dos actos de inquérito que, de modo mais intenso

e directo, possam contender com direitos e liberdades constitucionalmente garantidas, bem como o controlo judicial da decisão do MP que encerra a fase de inquérito, competências que exerce sempre a pedido dos demais agentes – sujeitos processuais – e numa posição que se pretende distanciada destes, de modo a preservar a independência e imparcialidade que devem reger a aplicação concreta da lei).

Na fase rainha da investigação criminal – o inquérito – temos, assim, uma magistratura que a dirige, outra que assegura o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais susceptíveis de serem lesadas na actividade investigatória e os órgãos de polícia que, em maior grau, praticam os actos materiais de investigação, agindo como auxiliares das autoridades judiciárias.

Apesar de se encontrarem claramente definidas as funções de cada um e razoavelmente estabilizados os respectivos limites de actuação, a interacção destes atores principais na prática judiciária revela-se por vezes difícil, com espaços e tempos de tensão, frequentemente originados nas diferentes perspectivas com que encaram a investigação (mercê dos diferentes papéis que nela desempenham), mas igualmente fruto da imperfeição de alguns mecanismos que integram o modelo desenhado pelo legislador.

Impondo-se, por outro lado a constatação de que, em determinados pontos, esse mesmo modelo não dá cabal resposta à pretendida realização de justiça.

A referida tensão identifica-se, desde logo, na interacção entre o MP e os órgãos de polícia, no espaço de autonomia que estes reclamam para a realização dos actos materiais de investigação delegados por aquela autoridade judiciária e na resposta do MP na conformação desta pretensão.

A titularidade e direcção foi confiada ao MP, devendo esta autoridade estar efectivamente presente “ab initio” na investigação, controlando e pronunciando-se activamente sobre o resultado da actividade policial que não pode acompanhar integral e directamente (mesmo nas situações em que opte por uma delegação genérica da globalidade dos actos de investigação).

Este dever ganha maior premência quando se trata de investigar criminalidade violenta, especialmente violenta ou altamente organizada, onde a interacção entre MP e os órgãos de polícia terá de assumir uma natureza, senão permanente, assídua.

Nestes casos, em que invariavelmente são utilizados procedimentos e técnicas adequadas a desvendar luz o facto criminoso e, ou, o seu agente que colidem com os direitos fundamentais deste agente ou de terceiros, é reclamada também a intervenção do JIC.

Pela maior delicadeza e complexidade da investigação e pela importância que assume o seu êxito aos olhos da comunidade (em face do elevado valor dos bens jurídicos ofendidos), será necessário que os magistrados do MP tenham a plena percepção do objecto do processo e procedam, com os órgãos de polícia, a uma planificação articulada dos passos de investigação previsíveis, definindo ainda os momentos previsíveis da intervenção do JIC.

O MP poderá e deverá centrar a actividade policial no que é importante e legalmente admissível, convocando, acertada e tempestivamente, a intervenção do JIC no processo com maior sucesso (seja quanto à autorização de determinados actos de recolha de prova, seja na definição da situação coactiva dos arguidos).

Na investigação criminal, Ministério Público e órgãos de polícia estão obrigados a uma convivência íntima e, mesmo que se reconheça a existência de um espaço próprio também a estes últimos, a quem foi conferida (originalmente pelo art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 21/2000) autonomia técnica e tática na realização das investigações e dos actos delegados pelas autoridades judiciais, não pode esta autonomia ser usada como argumento para uma actuação dos órgãos de polícia que se traduza num verdadeiro incumprimento de deveres de lealdade e informação para com as autoridades judiciais e muito menos como justificação pelo MP para uma menor interacção com aqueles.

Menos pode ainda tal autonomia (que se refere ao conjunto de conhecimentos policiais e de métodos adequados de agir, bem como à correcta mobilização dos meios materiais e humanos disponíveis) ter uma interpretação susceptível de desvirtuar os poderes de direcção funcional do Ministério Público na fase de inquérito, sendo de afastar qualquer leitura que inclua nessa autonomia a possibilidade própria e autónoma de aferir da oportunidade e, ou, conveniência do início de investigações ou de realização de diligências.

A experiência que temos é a de que as investigações dirigidas de modo efectivo pelo Ministério Público (o que é mais frequente em secções especializadas), independentemente do órgão de polícia coadjuvante (e casos há sem qualquer órgão de polícia) e do grau específico de complexidade, são aquelas que melhores resultados obtiveram, sem que no seu decurso se gerassem atritos de relevo.

Em contraponto, continuamos a observar, com maior frequência do que aquela que seria desejável, situações em que a investigação é livremente conduzida pelos órgãos de polícia, independentemente da natureza da criminalidade sobre a qual incidem tais processos e da respectiva complexidade, limitando-se o Ministério Público a seguir o impulso dos órgãos de polícia, o que é patente quando, após um primeiro despacho de delegação de competências, os processos regressam ao MP com a sugestão da prática de actos que carecem da autorização do JIC e, sem outras intervenções ou orientações processuais, o Ministério Público limita-se, sucessivamente e de forma totalmente acrítica (remetendo, maioritariamente, para a fundamentação policial da sugestão), a promover o que lhe é sugerido pelos órgãos de polícia.

Esta postura é perigosa porque conduz à investigação criminal de cariz totalmente policial, que o legislador constitucional e ordinário quis afastar com a criação de uma magistratura com a principal função de a dirigir.

Um outro espaço de potencial atrito revela-se, em fase de inquérito, na interação entre o Ministério Público e o JIC.

A natureza bem diversa das funções do Ministério Público e do JIC nesta fase deverá estar sempre presente e mostrar-se evidente na intervenção conjunta que de cada uma destas autoridades é reclamada.

Estão em causa a prática de actos que comprimem acentuadamente direitos e liberdades fundamentais, competindo ao Ministério Público, em primeiro lugar, aferir da sua admissibilidade legal e necessidade para a investigação criminal e ao JIC apreciar a conformidade da pretensão com o condicionalismo legal respectivo em termos estritamente formais mas, além disso, reduzir a limitação dos referidos direitos e liberdades ao mínimo indispensável às finalidades da investigação ou mesmo impedir tal limitação quando esta se apresente intolerável ou se sobreponha às finalidades de investigação.

Assim será com os actos directamente relacionados com a recolha de prova que impliquem a limitação ou privação temporária de direitos fundamentais e que se mostrem fundamentais para o êxito da investigação criminal.

Aqui, coloca-se, desde logo, a necessidade de esclarecer que, a meu ver, mesmo nos casos em que não exista previsão legal expressa quanto à necessidade da intervenção do JIC num determinado acto restritivo de direitos fundamentais (e, portanto, nos situemos fora do espaço específico dos arts. 267.º e 268.º do CPP), o comando constitucional a que acima aludimos (art. 32.º, n.º 4, da CRP) impõe a sujeição da prática desse acto à autorização ou

validação judicial. Nem sempre será fácil a identificação de tais actos (que contendam, por exemplo, com o direito à imagem – aproveitamento de imagens recolhidas por câmaras de vigilância) e, por isso, em caso de dúvida, deverá convocar-se a intervenção, prévia ou posterior, do JIC. Não será assim quando o legislador ordinário, na margem de discricionariedade que lhe foi concedida pela constituição, definir previamente que, em determinada situação específica e mediante avaliação de uma autoridade judiciária mesmo não judicial, um desses valores se sobreporá sempre a outro, como será o caso da alteração do regime de obtenção de elementos sujeitos ao sigilo bancário.

Nesta sede, uma actuação menos atenta por banda do JIC poderá conduzir a um de dois resultados: o condicionamento da investigação criminal; ou, no pólo oposto, o atropelo de direitos fundamentais, limitados indevida, desadequada ou desproporcionalmente.

O JIC está, neste âmbito, condicionado pelo pedido do Ministério Público e pela respectiva fundamentação, que deverá conter necessariamente indicações sobre a indiciação de determinado facto criminoso e os motivos específicos, evidenciados no caso concreto, pelos quais entende ser admissível e necessário o recurso aos actos cuja realização pede, sendo insuficiente a mera utilização genérica dos conceitos normativos, em geral abertos, inseridos nas normas que estabelecem os requisitos de admissibilidade de tais actos.

Só assim poderá o JIC fazer a ponderação que a lei lhe exige, sem frustrar os interesses da investigação da qual se encontra afastado por imperativo constitucional.

A falta de adequada fundamentação não pode ser suprida pelo JIC e conduzirá necessariamente ao indeferimento da pretensão do titular da investigação.

Outra das intervenções conjuntas do MP e do JIC, sempre em posição diversa, é aquela que tem lugar na sujeição do processo a segredo de justiça.

Na reforma processual penal de 2007, o legislador decidiu conferir natureza pública a todas as fases do processo penal.

Possibilitou, porém, ao MP que sujeite o processo, em fase de inquérito, a segredo de justiça (externo e, ou, interno) quando as finalidades de investigação ou os direitos dos demais sujeitos processuais o justifiquem.

Neste caso, foi também imposto um controlo judicial da decisão do MP no sentido de submeter o inquérito a segredo de justiça e de o manter neste regime.

O controlo judicial em causa está presente nos artºs 86º/3 (validação judicial da aplicação pelo MP do segredo de justiça com fundamento nos interesses da investigação ou nos direitos dos sujeitos processuais o justificam), 56º/5 (decisão sobre a manutenção do segredo de justiça após o arguido, o assistente ou o ofendido requererem o seu levantamento e o MP não o determinar) e 59º/1 e 2 (decisão sobre o acesso do arguido, do assistente, do ofendido, do lesado e do responsável civil à consulta do processo sujeito a segredo de justiça, quando o Ministério Público a isso se opuser) do CPP.

A principal crítica dirigida a estes preceitos (para além de terem a sua razão de ser na questionável estatuição da publicidade do inquérito como regra) consiste na sua eventual desconformidade com o princípio constitucional do acusatório.

Efectivamente, há quem entenda que a exigência de um Juiz validar a decisão do MP sobre o segredo de justiça viola o modelo constitucional de repartição de funções num processo penal de estrutura acusatória, pois atribui ao Juiz uma função que invade a esfera de competência exclusiva do MP na direcção do inquérito.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou, por diversas vezes, sobre esta questão e na sequência de decisões judiciais que, subscrevendo o referido entendimento, recusaram a aplicação do artº 56º/3 do Código de Processo Penal (vide Acórdão nº 234/2011 - Processo n.º 186/11 - de 4/05/2011).

A fundamentação do juízo de constitucionalidade da referida norma (e, por igualdade de razão, dos artºs 56º/5 e 59º/1 e 2 do CPP), que se justifica com a necessidade do juiz de instrução criminal ponderar a necessidade de proceder à compressão dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação de segredo de justiça ao inquérito coloca, porém, outras questões.

Desde logo, aquela que se refere à justificação da fixação do segredo de justiça.

Quando a determinação do segredo assentar na protecção de direitos dos sujeitos processuais, o despacho determinativo deverá especificar o sujeito processual, o direito em apreço e a potencial lesão que poderá advir da publicidade do processo. O juízo exigido na correspondente validação assentará na ponderação dos direitos em causa e na lesão potencial que poderão respectivamente sofrer com a publicidade (note-se que o segredo poderá proteger o próprio arguido) ou, na perspectiva inversa, com a ausência dela.

Já quando a aplicação do segredo tiver como razão de ser o interesse de investigação considero que o MP, para cumprir as exigências de fundamentação que decorrem da lei penal adjectiva (artºs 97º/5 e 86º/3 do CPP), poderá apenas indicar a probabilidade séria de prejuízo

para a investigação que, em seu entender, decorre da publicidade do processo, justificando sumariamente o seu entendimento.

Este entendimento tem apoio no teor literal do artº 86º/3 do CPP (que inculca a ideia de uma certa discricionariedade do Ministério Público, conferindo a este o poder decisório e ao juiz de instrução apenas um papel de controlo) e é, julgo, o que melhor se coaduna com a função constitucional do MP de exercício da acção penal, sendo inquestionável a importância que o segredo de justiça pode revestir na definição da estratégia de investigação, especialmente quando se revele complexa e melindrosa.

Por idênticos motivos, considero que o controlo judicial da decisão do Ministério Público não pode envolver a apreciação do mérito (propriamente dito) dessa decisão na perspectiva dos interesses da investigação, mas antes a verificação se do segredo de justiça resulta um prejuízo intolerável para qualquer outro valor que se encontre num patamar constitucional igual ou superior ao da realização da justiça e da descoberta da verdade material.

Não se compreenderia que o juiz de instrução sobrepusesse o seu critério no tocante aos interesses da investigação ao critério do Ministério Público a esse respeito. A responsabilidade do juiz de instrução prende-se, antes, com o balanço e a ponderação entre as exigências da investigação (tal como o Ministério Público as configura), por um lado, e o direitos lesados pelo segredo, por outro.

Verdade será também que as exigências ao nível do controlo judicial variam consoante o estado do inquérito em que o MP decida submetê-lo a segredo de justiça.

Quando só exista a notícia do crime e pouco ou nada mais (sendo ainda, como tantas vezes sucede, totalmente desconhecidos os suspeitos da sua prática), o controlo judicial da decisão do Ministério Público será eminentemente formal, respeitante à sua tempestividade e legalidade (cumprimento das exigências básicas de fundamentação). Efectivamente, não estando aqui ainda em causa quaisquer direitos de defesa de arguido cuja tutela seja imediatamente reclamada, não será nunca o escrutínio público da administração da justiça a sobrepor-se aos interesses da investigação.

Diferente será tal controlo quando existam já arguidos constituídos, quando esteja eminente o seu primeiro interrogatório ou quando este tenha já ocorrido com aplicação de medidas de coacção, pois nestes casos já se faz sentir a necessidade de ponderar

cuidadosamente a lesão que poderá advir do segredo de justiça para os direitos de defesa do arguido.

Na prática, o interesse da investigação na aplicação do segredo de justiça ao processo ou na sua manutenção sobrepor-se-á aos direitos de defesa quando esteja em causa a publicidade total do processo e não apenas os elementos que se mostrem essenciais para garantir qualquer lesão irreversível ou desproporcionada dos direitos de defesa do arguido.

Já quando se trate de permitir o acesso do arguido a determinados elementos do processo necessários para definir a sua situação coactiva (mormente quando se admita a aplicação de uma medida privativa de liberdade ou outra medida especialmente gravosa que contenda de modo intenso com a sua situação familiar, laboral ou económica) nem sempre será de concluir pela superioridade dos interesses da investigação em face dos direitos de defesa do arguido.

Neste âmbito, importará ter também em atenção o que se dispõe nos artºs 141º/4/d) e 194º/4/b) do CPP.

Mesmo ali se prevê a possibilidade de postergar os direitos de defesa do arguido quando, para os assegurar, fosse necessário comunicar determinados elementos susceptíveis de sustentar a aplicação de uma medida de coacção diversa de TIR e com aquela comunicação fosse colocada gravemente em causa a investigação ou a descoberta da verdade material.

Todavia, as garantias de defesa do arguido face à aplicação de medidas de coacção como a de prisão preventiva podem sobrepor-se às exigências da investigação, havendo que ponderar, por um lado, se a publicidade compromete irremediavelmente a investigação (ou somente a dificulta, tendo presente ainda a natureza e gravidade do crime investigado) e, por outro lado, se a subsistência do segredo é totalmente incompatível com os mais elementares direitos de defesa do arguido.

Mais simples se afigura o juízo de ponderação a realizar quando se constate que da comunicação ao arguido dos ditos elementos de prova resultará perigo para a vida ou mesmo (quando se apresentem com assinalável intensidade) para a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime, sobrepondo-se o segredo de justiça às exigências das garantias de defesa do arguido.

Mesmo neste último caso, a manutenção do segredo não poderá nunca determinar o total esvaziamento das garantias de defesa do arguido, ainda que as possa limitar.

A lei prevê igualmente a quebra automática do segredo interno pelo decurso do tempo.

Nos termos do artº 89º/6 do CPP, findos os prazos de duração máxima do inquérito (previstos no artº 276º do mesmo diploma), o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos de processo que se encontre em segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez, quando estiver em causa terrorismo ou a criminalidade violenta ou especialmente violenta ou ainda altamente organizada (a que se refere o artº 1º/i) a m) do CPP), e por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação.

Este preceito suscitou e continua a suscitar algumas incertezas.

Creio que não se verifica qualquer desconformidade entre a norma em apreço e a exigência constitucional de protecção do segredo de justiça, na medida em que daquela não decorre o afastamento do segredo ou uma limitação intolerável ou desproporcionada para o mesmo mas somente uma limitação temporal da sua duração, justificada pelo direito dos intervenientes processuais ao conhecimento do procedimento onde são directamente visados, logo que ultrapassado o prazo (considerado razoável pelo legislador e que não se afigura, em geral, totalmente desrazoável tendo ainda em conta, nos casos de investigação revestida de maior complexidade, a possibilidade do adiamento do acesso aos autos por três meses e da prorrogação deste adiamento pelo prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação) para o Ministério Público exercer a sua função constitucional.

O legislador ordinário, na reforma de 2010, elevou os prazos de duração máxima do inquérito (e, por consequência, os prazos máximos do segredo interno) nas situações de criminalidade mais grave e organizada e, ou, cuja investigação se mostra mais complexa, criando ainda uma causa de suspensão de tais prazos (o tempo de cumprimento de carta rogatória), com a fixação de um período máximo da duração desta suspensão.

O que não alterou foi a possibilidade do adiamento do acesso aos autos e da prorrogação deste adiamento nos casos de investigação de criminalidade especialmente grave e organizada, permanecendo actual o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 5/2010, de 15/04/2010, no qual se fixou que o período de tempo objectivamente indispensável à conclusão da investigação não tem como limite o prazo de três meses, estabelecido para a primeira prorrogação.

Esta interpretação poderia eventualmente convocar, também nesta sede, a questão da intromissão do juiz de instrução nas funções de direcção do inquérito constitucionalmente confiadas ao Ministério Público, com o conseqüente entorse do princípio do acusatório.

Só que, por se terem já esgotado os prazos legalmente estatuídos para a duração do segredo, pretendendo-se a sua continuação, com acrescida limitação dos direitos por ele afectados, parece lícito que a ponderação a realizar inclua necessariamente um prazo limite de prorrogação a fixar por um observador não implicado na investigação, de acordo com as necessidades de investigação, comunicadas, neste caso do modo mais completo possível, pelo titular da acção penal ao decisor.

Outra das intervenções conjuntas do MP e JIC em fase de inquérito ocorre ao nível da aplicação e manutenção das medidas de coacção.

Foi conferido, em exclusivo ao Ministério Público, o impulso do procedimento destinado à aplicação de medidas de coacção.

Negou-se tal prerrogativa ao assistente (que não pode também recorrer do despacho que indeferir a aplicação de medidas de coacção), o que, tendo como eventual fundamento a posição interessada deste e a necessidade de evitar a utilização privada da justiça criminal em matéria que respeita a assinaláveis restrições de liberdades e direitos fundamentais, é visto por alguns autores como uma limitação inconstitucional, atendendo a que o assistente terá um interesse legítimo na determinação de uma situação cautelar que o possa defender, mesmo quando o Ministério Público decida não a promover, sempre que esteja em causa, designadamente, o risco do arguido continuar a actividade criminosa (eventualmente dirigindo-a novamente para o ofendido).

Na reforma processual penal de 2007, o legislador aprofundou assinalavelmente o princípio do pedido, ao impor que a medida decidida nunca pudesse exceder em gravidade a medida promovida. Por outro lado, vedou ao Ministério Público a possibilidade de recorrer das decisões que não aplicassem, revogassem ou declarassem extintas medidas de coacção ou das decisões que aplicassem, substituíssem ou mantivessem medidas de coacção, em prejuízo do arguido (solução contraditória com a presunção legal subjacente à limitação imposta ao JIC de que seria o MP quem melhor ponderaria sobre a situação coactiva do arguido em sede de inquérito).

Não ignorando que, já antes da reforma, a solução sancionada por esta era defendida por alguma doutrina (vejam-se, entre outros, Manuel Simas Santos e Manuel Leal Henriques

in “Código de Processo Penal Anotado”, I Volume, 2ª Edição, pág. 865; e Paulo Dá Mesquita in “Direcção do inquérito penal e garantia judiciária”, pág. 193; e no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 5/07/2005, in CJ, Ano XXX, T. IV, pág. 275), sempre perfilhei a posição oposta (defendida, entre outros, por José António Barreiros, in “Sistema e Estrutura do Processo Penal Português, II Volume, pág. 114; e no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8/07/1998, in CJ, Ano XXIII, T. IV, pág. 137).

Com efeito, sendo, inquestionavelmente, o Ministério Público quem melhor posicionado se encontrará no inquérito para avaliar as repercussões que as medidas de coacção produzirão na investigação, de que sempre pôde dar nota, não parece que essa posição de privilégio se mantenha quanto à ponderação global a realizar sobre as medidas de coacção a aplicar em cada situação concreta (onde se poderá surpreender a existência de perigos consideravelmente superiores ao da perturbação do inquérito, a exigirem a aplicação de medidas de coacção mais gravosas do que aquelas que se mostrem adequadas e suficientes para impedir a concretização deste perigo), nem parece que, atenta a natureza pública das finalidades visadas pelas medidas de coacção, a sua aplicação deva ser condicionada, qual matéria entregue à livre disponibilidade das “partes”, pelo princípio do pedido.

É certo que as medidas de coacção são essencialmente meios processuais que visam acautelar a eficácia do processo penal, quer quando ao decurso do procedimento, quer quanto à execução das penas previsivelmente a aplicar e também que o MP é o titular da ação penal e da pretensão punitiva do Estado.

Todavia, não poderemos descurar que, no elenco dos pressupostos gerais de aplicação de uma medida de coacção se enquadra também a necessidade de defesa da comunidade e das concretas pessoas que a integram (mormente dos ofendidos). A não ser assim como justificar, intraprocessualmente, a restrição de liberdades ou direitos fundamentais com os perigos de continuação da actividade criminosa ou de perturbação da ordem e tranquilidade pública.

O JIC tem efectivamente uma função determinante na defesa dos direitos e liberdades do cidadão arguido ou atingido pela estrutura de investigação criminal do Estado mas não se esgota aí como, designadamente, decorre da apreciação que lhe é imposta em sede de aplicação de medidas de coacção.

Por outro lado, a limitação genericamente imposta ao JIC suscitou algumas outras questões, designadamente quanto à graduação da gravidade, em abstracto, das medidas de coacção (uma proposta de graduação da gravidade relativa das medidas de coacção é sugerida

por Paulo Pinto de Albuquerque in “Comentário do Código Penal ...”, 2ª Edição, em anotação ao artº 193º), à possibilidade do Juiz de Instrução Criminal poder cumular medidas de coacção que isoladamente se apresentem menos gravosas do que a(s) proposta(s) pelo Ministério Público ou à vinculação, ou não, do Juiz de Instrução Criminal à forma da execução da medida de coacção promovida (Já identificadas também por alguns autores, entre os quais Vítor Sequinho dos Santos, in “Medidas de coacção”, Centro de Estudos Judiciários, Estudos - Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, Revista nº 9 Especial, págs. 120/125).

A verdade é que a limitação recursiva do MP a que acima se aludiu caiu já (com as alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 26/2010, de 30/08).

E a limitação imposta ao JIC na determinação da medida de coacção parece preparar-se para ser fortemente diminuída, acreditando-se que será aprovada a proposta de alteração, já tornada pública, no sentido de manter a vinculação do juiz de instrução ao requerido pelo Ministério Público nos casos em que o perigo justificador da medida de coacção se prenda com a investigação (esteja ligado à perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo, com perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova) mas já não quando o perigo que motiva a definição do estatuto cautelar seja de fuga do arguido, ou de continuação da sua actividade criminosa ou ainda de perturbação grave da ordem ou da tranquilidade pública.

No domínio da manutenção, substituição ou aplicação de medidas de coacção coloca-se um outro problema ao nível da produção de prova.

Em requerimento apresentado pelo arguido, visando a alteração do estatuto coactivo em que se encontra, o JIC pode ser confrontado (como sucede na realidade) com meios de prova (designadamente documentos ou testemunhas) indicados pelo arguido em abono da sua pretensão, para comprovar os factos que alega ou infirmar os que se consideraram indiciados no interrogatório judicial e que fundamentaram a limitação dos seus direitos e liberdades.

Se o MP admitir tais meios de prova e proceder à sua recolha o problema desaparece.

Já não será assim nos casos em que o MP, qualquer que seja o motivo e no uso dos latos poderes que lhe são conferidos na condução do inquérito, não aceite tais meios de prova.

Neste caso, estarão em causa, por um lado, o respeito pela estrutura acusatória do processo penal e pela direcção do inquérito entregue ao Ministério Público e, por outro, os direitos de defesa do arguido, nomeadamente na vertente de afastar os pressupostos de facto que conduziram à limitação da sua liberdade e dos seus direitos.

Alguns autores entendem que o JIC não pode determinar a realização de quaisquer outras diligências além da perícia sobre a personalidade, do relatório social e da informação dos serviços do IRS (elementos expressamente previstos no art. 213.º, n.º 4, do CPP), nem admitir a junção de outra prova, sob pena de violar a reserva exclusiva na realização do inquérito que a constituição concedeu ao Ministério Público (vide Paulo Pinto de Albuquerque, in “Comentário ao Código de Processo Penal ...”, em anotação ao art. 213.º, com a indicação de jurisprudência do TRP de 15/03/2000 e de 18/02/2004, publicada na CJ; também Paulo Dá Mesquita, citado na referida anotação).

Outros reconhecem ao JIC poderes de investigação autónoma, mesmo em fase de inquérito, para efeitos de fundamentar a sua decisão sobre medidas de coação (Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal III, pág. 80; no mesmo sentido acórdão do TRC de 19/06/2002, publicado na CJ, e acórdãos do TRG de 4/07/2005 e 26/01/2006, citados por Vinício Ribeiro, in “Código de Processo Penal – Notas e Comentários” em anotação ao art. 213.º).

Cremos que a solução ajustada deverá ser encontrada em cada situação concreta e poderá variar, consoante a concreta medida de coação imposta ao arguido e a natureza da prova por este oferecida. Isto porque os direitos de defesa do arguido assumirão gradualmente maior importância quanto mais grave for a sua situação coactiva (designadamente nos casos limite de prisão preventiva), gravidade que poderá justificar que o JIC recolha os meios de prova oferecidos, comprovada que seja a sua pertinência. Perante outras situações em que a medida de coação coloque restrições mínimas ao arguido ou objectivamente mais toleráveis por este (no seu limitado tempo de duração) ou a prova oferecida não reclame a atenção e nem se revista da importância que o seu oferente lhe confere, no juízo antecipatório que o JIC deverá realizar em face das posições sobre ela assumidas pelo Ministério Público e o arguido, não se justificará a sua recolha (que sempre assumirá um carácter excepcional).

Um espaço em que nos parece falhar o nosso actual modelo de investigação criminal respeita à total e verdadeira sindicância do despacho de arquivamento proferido pelo Ministério Público, com os fundamentos previstos no art. 277.º, n.ºs 1 e 2 do CPP.

Não estão em causa os arquivamentos determinados em situações em que seja admissível e se justifique a dispensa de pena ou proferidos na sequência da suspensão provisória do processo.

Nestas situações, é obrigatoriamente convocada a apreciação independente do JIC, condicionando-se tais arquivamentos à sua concordância (arts. 280.º, n.º 1, e 281.º, n.º 1, ambos do CPP). E nessa apreciação judicial será verificada a indicição suficiente do facto criminoso e de que o arguido foi o seu autor, devendo ainda ser aferido se a solução proposta pelo MP e que culminará no arquivamento do processo acautela suficientemente as exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Já no arquivamento, ditado com apoio no art. 277.º do CPP, o legislador deixou ao MP um enorme espaço de discricionariedade, precisamente no que concerne às situações de criminalidade mais grave (crimes de natureza semi-pública e de natureza pública).

É certo que se admite ao assistente que requeira a abertura de instrução (art. 287.º, n.º 1, al. b), do CPP) e também se confere ao mesmo assistente ou tão só ao denunciante com a faculdade de se constituir como assistente a possibilidade de suscitarem a intervenção do superior hierárquico do magistrado do MP que tenha determinado o arquivamento (estando prevista expressamente a obrigatoriedade da comunicação do despacho de arquivamento ao assistente e ao denunciante com faculdade de se constituir assistente - art. 277.º, n.º 3, do CPP - designadamente para que possam usar destas faculdades).

Contudo, no que respeita à abertura de instrução, em virtude da sua função eminentemente de comprovação, é defendido por grande parte da nossa doutrina e com assinalável expressão na jurisprudência o entendimento de que tal fase não poderá ser utilizada em substituição do inquérito (subvertendo a estrutura acusatória do processo penal), apenas se admitindo a sua abertura com a invocação de erro por parte do MP na valoração da prova recolhida em sede de inquérito e não quando se entenda existir omissão ou insuficiência de prova no inquérito.

Neste último caso, o mecanismo previsto para reagir ao arquivamento será o de requerer a intervenção do superior hierárquico do autor do arquivamento, suscitando-lhe que ordene o prosseguimento da investigação (em conformidade com o disposto no art. 278.º, n.ºs 1 e 2, do CPP). Não sendo atendida a pretensão do assistente (potencial ou já constituído), por despacho que a indefira, nada mais lhe é permitido fazer.

Seguindo este entendimento, que admitimos ser aquele que melhor se conformará com o modelo constitucional, a decisão de proceder a uma verdadeira investigação criminal da criminalidade mais grave está confiada em exclusivo ao MP, sem que tenha sido prevista a

possibilidade de sindicar, externa e independentemente, a decisão de não proceder efectivamente à investigação.

E mesmo para quem a fase de instrução tenha uma latitude mais ampla, nela se admitindo que o JIC complete a recolha de prova que indevidamente tenha sido omitida na fase de inquérito, a verdade é que, sendo tal fase facultativa e dependendo sempre de um impulso inicial do assistente, fica excluída a possibilidade de controlo do arquivamento por essa via, mesmo nas situações em que o facto criminoso tenha violado gravemente bens jurídicos constitucionais atinentes à comunidade como um todo, quando os factos não tenham sido tornados públicos ou nas situações em que não foram identificados os ofendidos.

E, considerando o grau de exigência legalmente imposto ao requerimento de abertura de instrução (que deverá configurar uma verdadeira acusação), a instrução será inviável quando, em sede de inquérito, não tenham sido realizadas as diligências necessárias (designadamente a identificar os autores dos factos criminosos ou a esclarecer circunstanciadamente tais factos) e o assistente não tenha meios (materiais ou legais) para a sua realização autónoma, o que se verificará em maior grau nas investigações mais complexas e que reclamem o designadamente quebras de sigilos profissionais, buscas a residências, interceptações de comunicações ou perícias nas mais diversas áreas científicas.

O único mecanismo de controlo sobre o arquivamento nas situações que referenciámos é, como vimos, de um grau (superior hierárquico) e interno.

Confiar a uma única entidade o poder absoluto (porque insindicável por qualquer outra entidade autónoma e independente) de decidir não investigar determinados factos criminosos, de não identificar o seu autor e de não recolher os meios de prova necessários à apreciação a realizar sobre a submissão do feito a julgamento é, no fundo, atribuir-lhe o poder de não realizar justiça (abrindo caminho ao exercício discricionário do princípio oportunidade e conveniência na sua forma pura, inconciliável com os valores constitucionais de que a investigação criminal é instrumento).

Talvez devesse ser equacionada a criação da possibilidade de sindicar sempre (judicialmente ou não) a decisão do MP quanto ao arquivamento de processos em que se investigue a criminalidade mais grave (aquela que o CPP qualifica como violenta, especialmente violenta e altamente organizada) ou, pelo menos, que tais arquivamentos fossem objecto de adequada publicidade e não de simples comunicação interna na cadeia hierárquica do MP.

Ainda na fase de inquérito e sobre o seu encerramento, foi recentemente apresentada, pelo Grupo de Trabalho do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais (num estudo intitulado “Linhas de Reforma do Processo Penal” e que foi divulgado no último Congresso de Magistrados Judiciais), uma interessante proposta de alteração, com o declarado objectivo de compatibilizar o interesse público na perseguição e julgamento dos crimes com o interesse do arguido num julgamento célere e o interesse da própria administração da justiça, no sentido da fixação de prazos peremptórios (e não meramente indicativos) para a fase de inquérito.

A solução encontrada traduzia-se, muito resumidamente, no seguinte: Avocação obrigatória do processo pelo superior hierárquico no termo do prazo máximo fixado na lei (podendo ser precedida de 30 dias adicionais); o magistrado que avocou deveria concluir o inquérito em novo período que não ultrapassasse 1/3 do prazo regra ou requerer ao JIC prorrogação de prazo, por uma só vez, não superior a 1/3 do prazo regra; estabelecimento de diversas causas de suspensão do prazo em curso (período total de suspensão limitado a metade do prazo regra do inquérito, acrescido de 3 meses em caso de pluralidade de causas de suspensão); finalmente, o desrespeito do prazo final constituiria causa de rejeição da acusação que o MP proferisse.

Em meu entender, o direito dos sujeitos processuais e da comunidade à decisão em prazo razoável não impõe o estabelecimento de um regime que se apresenta tão rígido como complexo.

Desde logo, porque, em face da escassez de meios com que se vem dotando os investigadores criminais e da crescente complexidade de alguns fenómenos criminais, a solução proposta inviabilizaria a investigação destes e levaria a uma inadmissível selecção das investigações viáveis (com grave lesão do interesse público na perseguição e punição de crimes e com não menor lesão dos interesses dos ofendidos).

Por outro lado, a proposta introduziria uma discriminação da fase de inquérito relativamente a todas as demais, pois só o incumprimento dos prazos daquela teria efeito preclusivo.

Importa ter presente que a lei já prevê um prazo a partir do qual se considera inadmissível a perseguição processual penal de alguém que é precisamente o da prescrição do procedimento criminal. E também que, após a instauração do processo, já se prevêem prazos razoáveis de duração máxima das medidas coactivas que sejam impostas aos arguidos e se prevêem igualmente prazos de duração máxima do segredo de justiça a que o processo tenha

sido submetido. E ainda que a lei processual penal contempla igualmente mecanismos concretos destinados a fiscalizar e promover o cumprimento dos prazos estabelecidos para as diversas fases do processo (inquérito, eventual instrução, julgamento e recurso): a obrigatoriedade de comunicação mensal às entidades com competência disciplinar respectiva dos casos em que os prazos são excedidos (art. 105.º, n.º 2, do CPP); o pedido de aceleração de processo atrasado (arts. 108º a 110º do CPP); e a possibilidade existente na fase de inquérito de uma intervenção hierárquica, com a possibilidade de avocação do processo (art. 276.º, n.ºs 6 a 8 do CPP).

Por fim, consideramos que a proposta criaria, sem suficiente justificação, mais um espaço de convivência difícil entre o Ministério Público e o JIC, pretendendo conferir a este último uma apreciação decisiva sobre o encerramento do inquérito, introduzindo-o novamente num espaço que não é o seu e obrigado a ponderar entre as necessidades temporais da entidade que o rege para concluir a sua tarefa e o que se deveria entender por tempo razoável no caso concreto, escrutinando a competência e eficácia do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal e eventualmente sancionando a comunidade em geral e os ofendidos em particular (e, em última análise, até o arguido que pretendesse esclarecer completamente a sua inocência) com a impossibilidade de verem ser feita justiça.

Passemos agora à fase judicial de instrução.

Nela, como não poderia deixar de ser, o poder de direcção foi confiado ao JIC, que pode actuar com a assistência dos órgãos de polícia criminal.

Trata-se de uma fase facultativa (porque a sua abertura só terá lugar se for requerida pelo arguido ou pelo assistente) mas não inteiramente disponível (na medida em que o seu requerente nem sempre dela nos parece poder desistir: poderá fazê-lo o arguido quando for seu requerente, pois configurando-se esta fase também como um seu direito de defesa faz sentido que dele possa dispor, designadamente por entender afinal que pretende acelerar a marcha do processo de modo a ver decidido o processo em sede de julgamento, sendo ainda certo que qualquer elemento de prova que antes da desistência tenha sido colhido no decurso da instrução necessário ou útil para a descoberta da verdade e à boa decisão da causa – eventualmente prejudicial ao arguido – se encontrará sinalizado e a sua produção poderá ser requerida em sede de audiência de julgamento, pelo MP, arguido ou assistente; poderá fazê-lo também o assistente quando esteja em causa a imputação de crimes de natureza semi-pública, pois sempre estaria na sua disponibilidade o não prosseguimento do processo por desistência da queixa, desde que a tal não se opusesse o arguido, condição que, por igualdade de razão,

deverá ser requisito de admissibilidade da desistência da instrução; já não será admissível a desistência da instrução requerida pelo assistente quando estejam em causa crimes de natureza pública, uma vez que aqui estará em causa a apreciação de condutas com maior gravidade - conferida pela especial valia dos bens jurídicos potencialmente atingidos e pelo elevado grau da sua alegada violação - que, por si e pelos interesses públicos subjacentes à necessidade do seu esclarecimento, justificam a comprovação judicial requerida ao despacho de arquivamento do Ministério Público mesmo em caso de desistência, sabendo-se, para mais, que o início ou prosseguimento do procedimento criminal não está nestes casos condicionada a qualquer impulso privado - Paulo Pinto de Albuquerque tem um entendimento diverso, pois considera que a desistência só não será possível quando já tenha sido produzida, nessa fase, prova desfavorável ao requerente, in ob. cit., em anotação ao art. 286.º do Código de Processo Penal).

Esta fase processual compreenderá a prática dos actos necessários à recolha dos indícios suficientes da prática, pelo agente, de factos geradores da aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança (art. 308.º, nº 1, do CPP) e culmina com a decisão instrutória, sendo que a prolação de despacho de pronúncia dependerá do juízo a fazer sobre a probabilidade de condenação resultante da submissão da causa a julgamento: em caso de probabilidade razoável de condenação o juiz pronunciará o arguido; caso contrário, profere despacho de não pronúncia (art. 308.º, nº 1, do Código de Processo Penal).

Mas o JIC, gozando de ampla liberdade na prática dos actos necessários à recolha de indícios (note-se, por um lado, que lhe é conferida a possibilidade, insindicável, de indeferir a recolha ou produção de elementos de prova que lhe seja requerida e, por outro lado, pratica ou ordena a prática, mesmo officiosamente, de todos os actos que considerar úteis - art. 291.º, n.ºs 1, 2, 3 do CPP), está limitado à averiguação dos factos objecto da acusação ou do requerimento de abertura de instrução, tendo sempre presente as finalidades apontadas.

Trata-se de uma decorrência directa do princípio da vinculação temática.

Na instrução não pode o JIC sequer conhecer todos os factos relacionados com o caso em discussão, mas apenas os factos impugnados, ou seja, os factos que, dentre os constantes da acusação ou do despacho de arquivamento, mereçam solução discordante por parte do requerente.

Como vem sendo assinalado pela doutrina, a fase de instrução cada vez mais se aproxima da fase de audiência de julgamento, pela intensidade com que nela se faz sentir a concretização dos princípios da vinculação temática, da publicidade e do contraditório.

Num tempo em que, cada vez mais, se censura a morosidade da justiça, fará sentido questionar a necessidade ou utilidade da fase de instrução, para mais se ela nada mais representar do que um mero ensaio do julgamento.

Se a essencialidade da existência da fase instrução não pode ser colocada em causa quando tenha por objectivo sindicar um despacho de arquivamento, por se tratar do único espaço onde esse despacho pode ser comprovado com as necessárias garantias de independência, já assim não será no tocante à apreciação do despacho de acusação.

A este mesmo propósito, chamo uma vez mais à colação o estudo realizado pelo GEOT, onde se analisa de um modo detalhado esta questão e se propõe reduzir a instrução facultativamente requerida pelo arguido à discussão da decisão de acusar, em diligência oral e contraditória, correspondente, nessa parte, ao actual debate instrutório, sem que haja lugar a produção de prova.

Esta proposta é feita tendo como fundamentos: os ganhos de celeridade e economia processual; o controlo judicial sobre a prova obtida no inquérito que de forma mais intensa e directa colide com os direitos fundamentais do investigado ou de terceiros; as alterações do CPP no sentido do alargamento da publicidade e da contraditoriedade da fase de inquérito; o menor peso das razões de política criminal que sustentam o direito do arguido não ser sujeito a julgamento; e a conformidade das alterações preconizadas com a Constituição (a solução compatibiliza-se com o reconhecimento pelo tribunal da existência de um verdadeiro direito constitucional à instrução, no sentido de ser reconhecido ao arguido o direito de sujeitar a decisão de acusar a comprovação judicial).

Concordando, na sua essência, com a análise feita pelo Grupo de Trabalho, penso que a solução encontrada dependerá, porém, do reforço adicional do princípio do contraditório no final do inquérito (com a possibilidade do arguido intervir no processo, já em situação de plena publicidade interna, requerendo a produção ou junção de elementos de prova e a previsão concreta e rigorosa dos critérios que deveriam reger essa faculdade).

Neste caso, até se poderia ir um pouco mais longe.

Efectivamente, estou convicto de que, sem ofensa aos 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 (como sucede em outros ordenamentos jurídicos europeus, de que é exemplo o germânico) e, no caso de se recluir a contaminação do juiz de julgamento por essa análise, se estabelecesse o impedimento do juiz que procedesse ao recebimento/saneamento para intervir na audiência de julgamento.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Artur Cordeiro