

## Igualdade de armas

No passado mês de Setembro, quando fui investido nas funções de juiz de direito do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, no acto de tomada de posse, prestei o compromisso público próprio do acto com a seguinte declaração “Afirmo solenemente que cumprirei as funções que me são confiadas, com respeito pelos deveres que decorrem da Constituição e da lei.» Trata-se de uma fórmula nova (instituída pelo artº 15º/3 da Lei nº 12-A/2008, de 27/02) que deixou cair as alusões (talvez anacrónicas e sempre pessoais e subjectivas) à honra (de quem presta o compromisso) e à lealdade (no exercício das funções confiadas), onde se exige o compromisso, seco e objectivo, do cumprimento da função e se acrescenta, redundantemente, a obrigação de respeitar a Constituição e a lei (que, afinal, sobre todos os cidadãos impende).

Quero, obviamente, honrar (no sentido de dignificar) o compromisso que assumi, afinal, no seu conteúdo essencial, em tudo idêntico aos que anteriormente havia prestado.

Não se afigura, porém, tarefa fácil, particularmente no que respeita às específicas responsabilidades do juiz de instrução criminal (atribuídas precisamente pela Constituição e pela lei) na adopção, perante as concretas situações que lhe são apresentadas, de medidas necessárias a garantir, tanto quanto possível, a segurança da comunidade.

O actual figurino processual penal (resultante da 15ª alteração ao texto original do código publicado em 1987) alterou assinalavelmente diversos institutos jurídicos, sem que o legislador se tivesse dado ao trabalho de justificar os motivos que estiveram na origem das alterações (igualmente omissos na intenção reformista, anunciada de modo vago e genérico, no programa do XVII Governo Constitucional em exercício) e que conduziram às específicas soluções adoptadas (talvez por se presumir que consagra as soluções mais acertadas e as expressa em termos adequados), omitindo, por completo, a exposição de motivos que usualmente encabeça qualquer diploma legal e que, pela particular importância da matéria legislada, mais ainda se justificava neste caso.

São, no entanto, bem conhecidas as críticas dirigidas ao processo penal, nos termos em que anteriormente se encontrava delineado, e que incidiam, em especial, sobre a morosidade (crítica transversal às múltiplas áreas da justiça e que, em face da relevância dos interesses que se tutelam, assumia e assume aqui particular importância), o segredo de justiça (penalizador dos direitos de defesa do arguido e muito pouco respeitado), a interceptação de comunicações (ao nível dos pressupostos e dos procedimentos de execução) e a prisão preventiva (não tanto quanto aos pressupostos objectivos da sua aplicação mas antes

no que respeita à sua duração). Críticas agudizadas com os episódios que se foram sucedendo no decurso do mais mediático processo criminal de que há memória, convocando definitivamente a atenção dos agentes políticos.

Conjecturando, poderei facilmente acreditar que na origem das alterações produzidas estiveram tais críticas. Ficam por explicar, a meu ver, as concretas soluções adoptadas, sufragadas sem uma discussão profunda e ponderada, onde se colhesse o indispensável contributo de doutrinadores e operadores judiciários, que as sustentasse em termos doutrinários e, ou, pragmáticos. Fica igualmente por explicar a premência das alterações (dificilmente se compreende a forma intempestiva como a reforma, com a profundidade que a caracterizou, entrou em vigor, surpreendendo todos os operadores judiciários, colocados perante normas que, sem responsabilidade sua, desconheciam e que reclamavam aplicação imediata).

Ao nível da primeira linha de defesa da sociedade em relação a condutas violadoras de bens jurídicos fundamentais, ou seja em sede de medidas de coacção, foram significativas as alterações efectuadas.

Desde logo quanto ao primeiro interrogatório judicial, intimamente ligado à aplicação de medidas de coacção, são reforçadas as garantias de defesa do arguido ao exigir-se que a sua apresentação seja acompanhada da indicação circunstanciada dos motivos da detenção (o que se louva) e que seja informado dos elementos do processo que indiciam os factos imputados sempre que isso não ponha em causa a investigação e não coloque em perigo os participantes processuais ou as vítimas (o que igualmente se aplaude). Menos compreensível, porque a meu ver inútil, será a alusão, presente na al. d) do nº4 do artº 141º, à obrigatoriedade de todas as informações prestadas ao arguido (relativamente aos motivos da detenção, aos factos que lhe são concretamente imputados e aos elementos do processo que os indiciam) constarem do auto de interrogatório, o que resultava já do artº 99º/3, não alterado.

No tocante especificamente às medidas de coacção, destaca-se, de imediato, a indicação detalhada dos elementos que deverão integrar a fundamentação do despacho que procede à sua aplicação (artº 194º/4), alteração que nada acrescenta ao dever de fundamentação subjacente às decisões judiciais (que já determinava a indicação dos elementos em apreço essenciais à verificação dos pressupostos de aplicação), limitando-se a revelar a desconfiança sentida pelo legislador em relação ao aplicador.

Depois, faz-se referência expressa à relação de subsidiariedade existente entre as medidas que implicam a privação de liberdade e as que não produzem este efeito,

preferindo-se entre aquelas a obrigação de permanência na habitação (artº 193º/2 e 3), o que, estou certo, até os mais desatentos lograriam discernir, quanto mais não fosse, dos mais elementares princípios gerais que enformam o processo penal.

Concretamente quanto à prisão preventiva procedeu-se à redução do seu prazo de duração (artº 215º), o que se considera positivo (ainda que os meios de investigação, segundo os investigadores, sejam insuficientes para que seja também reduzido em idêntica proporção o tempo do apuramento dos factos, a verdade é que a prisão “sem culpa formada” deve efectivamente ser reduzida tanto quanto possível, de modo a que não resulte totalmente desvirtuado o princípio da presunção de inocência).

Menos positivas e, em minha opinião, perigosas serão outras alterações introduzidas a esta medida de coacção.

A primeira, que bule com o regime geral de aplicação das medidas de coacção, refere-se à limitação imposta ao juiz de instrução de aplicar, durante o inquérito, medida de coacção ou garantia patrimonial mais grave do que a preconizada pelo Ministério Público (artº 194º/2). Na proposta de lei que esteve na origem da revisão (Proposta de Lei n.º 109/X) refere-se que esta particular alteração, acolhendo um entendimento dominante (????), é justificada pela circunstância do Ministério Público ser o “dominus” do inquérito. Sendo, inquestionavelmente, o Ministério Público quem melhor posicionado se encontrará no inquérito para aferir 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, pelo valor dos bens jurídicos que previsivelmente serão atingidos, 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.

Abstraindo-me destas objecções e tendo como assente o principio de que é o Ministério Público quem estabelece o “limite máximo” das medidas de coacção a aplicar em sede de inquérito por melhor conhecer a realidade concreta nesta fase, como se explica, então, que lhe seja agora vedado o direito a recorrer da decisão judicial que não sancionou a medida de coacção por si proposta mas outra menos gravosa (artº 219º). Ao invés, permite-se ao Ministério Público recorrer da decisão que aplique a medida de coacção por si

proposta (ou outra, necessariamente menos gravosa do que esta), desde que em benefício do arguido.

Outra das alterações cuja bondade se questiona, sem dúvida a mais importante no que à prisão preventiva respeita, foi a restrição da aplicação desta medida de coacção aos casos de crimes dolosos puníveis com pena de prisão de máximo superior a 5 anos (excepcionando-se esta regra apenas nos casos de crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada – susceptíveis, em abstracto, de serem considerados como tal: o crime de associação criminosa cuja conduta típica menos gravosa é punida com pena de prisão até cinco anos de prisão, nos termos do artº 299º do Cód. Penal; o crime de constituição de grupo, organização ou associação terrorista punido com prisão até oito anos na forma menos gravosa, conforme se dispõe nos artºs 2º e 3º da Lei nº 52/2003, de 22/08; e em geral as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos – e nos casos em que o arguido tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional ou tenha em curso contra si um processo de extradição ou expulsão).

Na Proposta de Lei n.º 109/X, já aludida, pretende-se justificar a modificação em causa com o carácter excepcional da prisão preventiva. Mas, excepcional, já ela era. Posto que, revestindo o crime assinalável gravidade, como sucede com os crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a três anos (assim o diz a lei fundamental no seu artº 27º/3/b) que não foi alterado), a prisão será excepcionalmente admissível se nenhuma das demais medidas de coacção se mostre suficiente para satisfazer as necessidades cautelares que se façam sentir no concreto quadro factual apresentado. É na apreciação das exigências cautelares que se fazem sentir em cada caso concreto e na determinação das medidas aptas a satisfazê-las (optando-se sempre pelas que menor compressão acarretem para os direitos do arguido) que a excepcionalidade da prisão preventiva tem o seu lugar natural e não tanto no elenco de crimes cuja indicição constitui pressuposto de aplicação desta medida de coacção, especificamente identificado na Constituição como o conjunto de ilícitos puníveis com pena de prisão de máximo superior a três anos. Pelo menos, assim parece resultar da Constituição (artº 28º/2).

A modificação legal transformou a natureza excepcional da prisão preventiva, tornando-a excepcionalíssima e determinando que a mesma não possa agora ser aplicada em situações onde se verifiquem, concreta e intensamente, os perigos de fuga, de perturbação do decurso do inquérito e da instrução do processo, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas e de continuação da actividade criminosa quando se indicie, ainda que de forma

especialmente acentuada, a prática, entre outros, dos crimes de pornografia de menores (artº 176º/1 do CP), furto qualificado (artº 204º/1 do CP), abuso de confiança qualificado (artº 205º/1 e 4/a) do CP), dano qualificado (artº 213º/1 do CP), burla qualificada (artº 218º/1 do CP), burla relativa a trabalho ou emprego (artº 222º do CP), abuso de cartão de garantia ou de crédito (artº 225º do CP), insolvência dolosa (artº 227º do CP), receptação (artº 231º/1 do CP), subtracção de menor (artº 249º/1/a) e c) do CP), falsificação ou contrafacção de documento (artº 256º/1, 3 e 4 do CP), falsificação por funcionário (artº 257º do CP), passagem de moeda falsa (artº 265º/1/a) do CP), tráfico de influência (artº 335º/1/a) do CP), descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público (artº 355º do CP), corrupção activa (artº 374º/1 do CP), participação económica em negócio (artº 377º/1 do CP) e de detenção de arma proibida (artº 86º/1/b) e c) da novíssima Lei nº 5/2006, de 23/02).

O que poderá justificar uma tal opção ?

A redução, a qualquer custo, da aplicação da prisão preventiva, mas não só ...

A este novo quadro legal junta-se a orientação geral sobre a política criminal, no sentido do Ministério Público, de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo PGR, dever requerer, preferencialmente, a aplicação de medidas de coacção diversas da prisão preventiva sempre que o acompanhamento e a assistência a agentes acusados ou condenados pela prática de crimes não exigir a aplicação desta medida (artº 15º/1 da Lei de Política Criminal).

Versando sobre questão imperativamente regulada no mesmo sentido pela Constituição e pela lei ordinária, nada lhe acrescentando, a disposição referida limita-se a tornar clara a desconfiança sentida pelo legislador em relação à acção do aplicador. Só esta desconfiança pode explicar o “lembrete”.

O nosso código processo penal assumiu, na sua origem, como finalidade a realização da justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos, procurando estabelecer um modelo processual preordenado à concordância prática destas três referências que (individualmente consideradas) conflituam entre si, de modo a obter a maximização alcançável e admissível das respectivas implicações (Ponto II, n.º 5, do relatório preambular do CPP).

Na mesma linha, mas menos ambiciosa, vem a ideia expressa na exposição de motivos Proposta de Lei n.º 109/X, onde se refere que “as alterações pretendem conciliar a protecção da vítima (...) e o desígnio de eficácia com as garantias de defesa, procurando dar cumprimento ao n.º 2 do artigo 32.º da Constituição, que associa a presunção de inocência à celeridade do julgamento”.

Em meu entender as alterações a que aludimos reforçam inquestionavelmente o princípio da presunção de inocência do arguido mas desconsideram os direitos das vítimas de crimes, as exigências de segurança da comunidade e as finalidades de realização de justiça (direitos fundamentais dos cidadãos e, simultaneamente, obrigações do Estado), desequilibrando a pretendida harmonia entre as finalidades prosseguidas pelo processo penal.

Contudo, as alterações a que aludimos foram legitimamente sufragadas pelo órgão de soberania competente e todos, especialmente os magistrados, lhe devem obediência.

Não existe notícia (fundada) de qualquer objecção de consciência à aplicação do actual regime processual penal formulada por magistrado, pese embora alguns tenham manifestado preocupações semelhantes àquelas que aqui deixo expressas.

Por isso é pouco séria e até insultuosa a acusação, divulgada na comunicação social como tendo tido origem nos percursores políticos das alterações, de que os juízes, em conluio e como manifestação da sua oposição às alterações, se recusavam a aplicar a prisão preventiva nos casos que a reclamavam, qual verdadeira associação criminosa (passíveis, portanto, de serem sujeitos a prisão preventiva mesmo no novo quadro legal).

Mas também não deverá ser levada a sério a correlação directa e exclusiva, sustentada por alguns, entre o novo quadro legal de aplicação de medidas de coacção e a criminalidade que concentrou, quase em exclusivo, a atenção dos meios de comunicação social neste Verão e lançou novamente o debate sobre a prisão preventiva. Desde logo porque, apesar das reacções imediatas surgidas com a maior visibilidade alcançada pelo eclodir de alguns eventos marcadamente violentos, está por demonstrar que essa vaga de criminalidade tenha resultado isoladamente do sinal de maior permissividade lançado pelo novo regime processual penal e não também de fenómenos sociológicos de análise bem mais complexa. Depois porque os crimes noticiados admitiam, todos eles, a aplicação aos respectivos autores da medida de coacção mais grave (prisão preventiva).

É verdade, porém, que alguns dos crimes noticiados suscitam uma preocupação acrescida em virtude da total desconsideração revelada pelos seus agentes relativamente à autoridade do Estado (destacando-se a agressão a juízes em plena audiência de julgamento, a invasão de uma esquadra da polícia por um grupo que sovou imperturbadamente um cidadão que ali apresentava queixa, a tentativa de homicídio dentro de uma esquadra de polícia e o furto ocorrido na sede da Direcção Central de Combate ao Banditismo, por escalamento), criando um indisfarçável sentimento de insegurança na comunidade.

Atento a estes fenómenos, ou simplesmente acossado pela opinião pública e publicada, o Governo vem agora propor uma alteração ao regime jurídico das armas e suas munições (Proposta de Lei n.º 222/X), prevendo expressamente a aplicabilidade da prisão preventiva em todos os casos de crimes de detenção de arma proibida e de crimes cometidos com recurso a arma, a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

A novidade trazida ao regime vigente prende-se apenas com a admissibilidade de aplicação da prisão preventiva nas situações em que se indicie a prática de crimes de detenção de arma proibida, pois as demais situações (crimes cometidos com recurso a arma e a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos) já admitiam a aplicação da referida medida de coacção (artº 202º/b) do CPP).

Nada de significativo se pretende alterar.

Como assinalou o Exmº Sr. Procurador Geral da República “o hipergarantismo concedido aos arguidos colide com o direito das vítimas, com o prestígio das instituições e dificulta ou impede, muitas vezes, o combate eficaz à criminalidade complexa”.

Em minha opinião, também assim sucede na matéria a que aqui votei a minha atenção, onde a desigualdade de armas entre o Estado e os arguidos é patente.

Mas o legislador mostra-se irredutível quanto ao caminho que decidiu encetar na 15ª alteração ao Código de Processo Penal.

Não descortinando razões de Estado ou de interesse público que justifiquem a opção tomada, apenas me poderei quedar pela desconfiança que o legislador parece sentir relativamente ao uso que os magistrados fazem da mais gravosa entre as medidas de coacção.

No entanto, importa ter presente que os erros do aplicador da lei, susceptíveis de afectar o indivíduo atingido pela decisão viciada, são sempre passíveis de correcção mediante impugnação daquela decisão que, inevitavelmente, provocará uma reapreciação da questão e a expurgação do erro.

E os erros da lei, susceptíveis de todos afectar ? ...