

POLITEIA

ANO VI/ANO VII – 2009-2010

REFORMA PENAL E PROCESSO PENAL **JORNADAS DE 2008**

POLITEIA – REVISTA DO INSTITUTO SUPERIOR
DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO

G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

Palheira – Assafarge

3001-453 Coimbra

producao@graficadecoimbra.pt

Novembro, 2011

DEPÓSITO LEGAL

214521/04

POLITEIA: REVISTA DO INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA
/ coord. Manuel Monteiro Guedes Valente .
- Ano VI / Ano VII, n.º 1/2 (2009-2010). - Lisboa, ISCP SI, 2004. - 362p.

REVISTA DO INSTITUTO SUPERIOR
DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

POLITEIA

ANO VI/ANO VII – 2009-2010

REFORMA PENAL E PROCESSO PENAL
JORNADAS DE 2008

2011

FICHA TÉCNICA:

Direcção

Cristina Montalvão Sarmento
Germano Marques da Silva
Helder Valente Dias
Luís Fernandes Monteiro
Manuel Monteiro Guedes Valente
Paulo Valente Gomes

Conselho de Redacção

Adán Carizo González-Castell
Artur Rocha Machado
Guilherme Cunha Werner
Cristina Reis
Luís Fiães Fernandes
Michele Soares
Nieves Sans Mulas
Susana Durão

Consultores e Colaboradores

Adriano Moreira
Afonso Serrano Maillo
Alberto Peixoto
Ana Raquel
Anabela Miranda Rodrigues
Andreia Lapão
António da Costa valente
António Francisco de Sousa
António José Fernandes
Artur Anselmo
Carlos Alberto Poiares
Carlos Anastácio
Carlos C. Casimiro Nunes
Constança Urbano de Sousa
David Catana
David Ferreira
Dina Maria S. Rocha Machado
Élia Chambel
Ernani Rodrigues Lopes †
Figueiredo Ribeiro
Henrique Salinas
Hugo Fonseca
Hugo Guinote
Inês Godinho

Isabel Marques da Silva
João Costa Andrade
João Raposo
José Carlos Bastos Leitão
José de Faria Costa
José Emanuel Torres
José Ferreira de Oliveira
José Garcia San Pedro
José Lobo Moutinho
Leonor Furtado
Luís Elias
Manuel da Costa Andrade
Manuel Domingos Antunes Dias
Maria Isaura Payan Martins
Nuno Caetano Poiares
Nuno Castro Luís
Pedro Clemente
Pedro Pinho
Pedro Sousa
Rodrigo Santiago
Rui Pereira
Sérgio Felgueiras
Vera Lourenço de Sousa
Virgínia Oliveira

INTRODUÇÃO

1. Os seminários das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal* realizaram-se no ano de 2008: mais precisamente dos meses de Maio a Dezembro de 2008. Apresentou-se como um dos objectivos do ICPOL – Centro de Investigação do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna que se concretizou com o labor de professores universitários, de investigadores, de magistrados judiciais, de magistrados do Ministério Público, de advogados, de polícias, de pessoas anónimas, de instituições universitárias, políticas e da sociedade civil. Foi um trabalho de muitos ou, como escrevera RADBRUCH, quando explica o seu conceito de *democracia*, foi o trabalho de «um de todos nós».

Este palmilhar de muitos jovens e de muitos adultos levou a que nos seis seminários das jornadas se tivessem cruzado mais de 2000 pessoas para debater e discutir uma reforma penal cujos efeitos e ajustes ainda hoje se produzem. Falaram-se e debateram-se as questões que ultrapassam os temas que trazemos à estampa. Muitos foram os conferencistas que partilharam connosco as dúvidas incessantes na construção de um Direito penal e processual penal democrático e democratizante de uma sociedade em permanente contra ciclo: sociedade imbuída no espírito do *πανεον* emergente de uma *sociedade global do risco*. Foram longas as horas de defesa de um Direito que se assumia como garante da vida em sociedade.

Conglomerar, nestas linhas introdutórias, todas as ideias que foram discreteadas ao longo dos seis encontros científicos, ao qual se deve acrescentar o evento sobre os *60 Anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que decorreu no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, nos dias 10 e 11 de Dezembro de 2008, é imprudência e arrogância dos espíritos demonstrativistas. O nosso espírito falibilista não nos permite ousar ou sequer arriscar um tal feito. Mas, obriga-nos a levantar algumas questões que fomos retendo e que são importantes para *crescermos em democracia*: vivida e não proclamada.

2. O espírito “provocador”, mas científico, das jornadas foi procurar encontrar no Direito positivado e oriundo das alterações da Reforma de 2007 o melhor Direito em concordância com a nossa Constituição e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Desta hermenêutica pode-se detectar que houve uma pugna entre a liberdade e a segurança, tendo, em certos momentos e espaços, ganho amplitude a *segurança* – como as várias tendências de *policialização* do processo-crime – e, em outros, a *liberdade* – como os limites e restrições à medida de coacção prisão preventiva. Esta pugna desenvolve-se numa construção influenciada pelos ventos da União Europeia da *perigosidade* que vem, aos poucos, substituindo o princípio da culpabilidade. A perigosidade apresenta-se como o novo princípio orientador do Direito punitivo e, como tal, assume a primazia da edificação de um Direito penal da perigosidade e da segurança. A dialéctica liberdade e segurança e a mutabilidade de princípios têm encosto na Reforma Penal de 2007: directa ou indirectamente, concordantes ou não, os vários conferencistas, foram deixando esta ideia.

Esta assumpção orientou os conferencistas na busca de soluções inacabadas como denotam as críticas jurídicas teórico-práticas das várias intervenções: certo de que muitas não são aqui expostas por impossibilidade dos seus Autores, mas cuja memória videográfica se encontra registada no acervo do Centro de Documentação e Informação, órgão do ICPOL. O registo memorial das Jornadas foi sempre um dos objectivos deste evento a nível nacional para que a história fosse testemunha da vivência democrática da ciência jurídica pelas ciências policiais que entrecruzam caminhos e desafios na construção de uma sociedade centrada no *ser humano*.

A preocupação de contribuir para um Direito penal material e processual que vai para além do resultado e do efeito concreto da sua intervenção *a posteriori* do *factum criminis*, *i. e.*, que tenta trazer à colação e debater o pensamento sobre a(s) causa(s) dos fenómenos negativos e lesivos de bens jurídicos essenciais à harmoniosa vivência do homem em comunidade, foi e é (sempre será) um lema que conduz todos os nossos encontros científicos para que todos olhares – oblíquos ou obtusos ou rectos – exponham o seu modo de ver o Direito e o mundo. Foi, assim e democraticamente, que os conferencistas e sem quaisquer pressões estiveram nos seminários das Jornadas. Só assim se pode construir um Direito melhor ou, como escreveu RADBRUCH, «uma coisa melhor que o Direito penal”.

3. A pugna pela liberdade e pela verdade judicial e processualmente válida, de que nos falou JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a pugna por trazer para o centro da discussão o «rostro do ser humano», de que nos falou ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a pugna por um Direito actual e capaz de solucionar com justiça os problemas da nossa sociedade, de que nos falou GERMANO MARQUES DA SILVA, e a pugna por Direito fruto de uma construção do povo, representado pela Assembleia da República, que não seja um Direito para solucionar casos específicos, de que nos falou MANUEL DA COSTA ANDRADE, assim como um olhar para um Direito penal de velocidades distintas, exposto por FERNANDA PALMA, foi a pugna que nos regeu e nos deve reger em futuros eventos científicos.

Em todos estes pensamentos reinou a actuação diária dos órgãos de polícia criminal e a defesa de uma polícia criminal ao serviço dos direitos e liberdades fundamentais. A negação do agente do crime e consequente arguido como objecto e a afirmação como sujeito, melhor, como ser humano, pode estar em risco de delação devido aos ventos do pragmatismo da eficácia na reacção à perigosidade que muitos seres humanos representam: cor, religião, ideologia, raça, nacionalidade são elementos colados ou tentados colar ao Direito penal do perigo (ou ao Direito penal do inimigo). Muitos foram os toques de leve ou de profundidade de vários autores quanto a estes riscos – ameaças concretas – ao Direito penal do facto.

Os textos, que se publicam, representam muitas dessas preocupações, em especial denotam uma dedicação ao culto de um Direito penal material e processual centrado na defesa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais de todos os cidadãos: vítimas, arguidos e cidadãos em geral. A intemporalidade destes textos impõem a sua publicação e a sua disponibilização da comunidade científica e da comunidade em geral de modo a nos obrigar a reflectir de novo sobre um objecto científico essencial ao viver comunitário: o *Direito como realização do ser humano*.

Pinhal Novo, na madrugada de 4 de Dezembro de 2011

O Director do ICPOP
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

AGRADECER É UM GESTO DE HUMILDADE

Esta edição da *POLITEIA* congrega dois anos de edição – VI e VII – e procura trazer à estampa, como já frisamos, os textos disponibilizados para que todos tenhamos acesso a muitos dos pensamentos presentes nos debates das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*. Esta edição só é possível porque existem corações generosos e que, depois de muitos anos terem deixado a *ακαδημεια*, a ela se mantêm ligados. Um desses corações é o nosso mestre de Direitos Fundamentais e Direitos do Homem: Prof. Doutor MIGUEL FARIA. Esta edição deve-se a este homem que, desde sempre, se disponibilizou para apoiar publicações do ICPOL e que custeou a totalidade desta edição.

Os seminários das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal* só foram possíveis com o alto patrocínio do Ministério da Administração Interna, por meio do Gabinete Coordenador de Segurança que deu lugar ao actual Sistema de Segurança Interna. O compromisso de apoiar estes eventos pelo MAI ficou bem patente com a presença de SEXTA o Ministro da Administração Interna, Prof. Dr. RUI PEREIRA, em vários actos solenes de abertura e de encerramento de seminários, assim como do Exmo. Sr. Secretário de Estado da Administração Interna, Mestre RUI SÁ GOMES. Nesta linha de apoio institucional, é de realçar todo o apoio dado pela Direcção Nacional da Polícia de Segurança Pública, na pessoa do então Director Nacional, Superintendente-chefe FRANCISCO OLIVEIRA PEREIRA. A todos fica o nosso muito obrigado por terem estado sempre connosco e por saberem escutar as nossas posições – críticas construtivas – dentro de um debate de puro exercício de democracia.

Os encontros ocorreram em estabelecimentos de ensino superior universitário e Politécnico, onde o espírito aberto à ciência se tenta inculcar a todos os docentes e discentes e onde a partilha de saberes e de dúvidas é uma obrigação dos membros da *ακαδημεια*. A par do espaço, as instituições de ensino superior proporcionaram-nos momentos de convívio saudável e de elevado espírito de partilha cultural que nos enrique-

ceu e nos onera uma permanente recordação. À Universidade do Algarve, à Universidade do Minho, em especial à Escola de Direito, ao Instituto Politécnico de Leiria, ao Instituto Politécnico de Castelo Branco, ao Instituto Superior Politécnico de Viseu, nas pessoas dos seus Reitores e Presidentes, assim como equipa administrativa e de assessores, fica o nosso muito obrigado por terem permitido crescer no mundo académico.

Em todas as capitais de distrito tivemos o apoio institucional e incondicional dos governos civis – Faro, Leiria, Braga, Castelo Branco, Viseu e Lisboa – e da edilidade local – Faro, Braga, Castelo Branco e Viseu – para que o evento fosse um sucesso local. Aos Governos Cívicos, nas pessoas dos governadores civis e respectiva equipa de trabalho, e às Câmaras Municipais elencadas, nas pessoas dos seus presidentes, deixamos o nosso obrigado por nos terem ajudado a levar a ciência universitária aos que dela necessitam no dia-a-dia para que a liberdade se afirme pela justiça e pela segurança.

Os Conselhos Distritais e respectivas delegações da Ordem dos Advogados, por onde os seminários se deslocaram, foram a ponte de divulgação *on-line* por entre os operadores judiciais para estarem presentes nos debates que a todos diz respeito. Mercê deste nosso grato reconhecimento se encontra a Associação Jurídica de Braga que nos acompanhou, participou e ajudou no evento da Universidade do Minho, assim como a Almedina que proporcionou uma divulgação total nacional e internacional dos nossos seminários por meio do seu site e dos *mailings* semanais. Do mesmo modo se destaca o importante papel de sensibilização para os temas pelos Comandantes Distritais de Polícia – Faro, Leiria, Braga, Castelo Branco e Viseu –, que estiveram presentes e apoiaram na logística inerente à deslocação dos cadetes-alunos: alojamento e alimentação. A todos o nosso muito obrigado.

Aos presidentes de mesa e conferencistas – ADÉRITO COSTA, ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, ANA PAULA LOURENÇO, ANA RAQUEL, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, ANTÓNIO CLEMENTE LIMA, ANTÓNIO CABRITA, CARLOS CASIMIRO, CRISTINA BORGES DE PINHO, DAVID CATANA, EUCLIDES DÂMASO, FERNANDA PALMA, FERNANDO CONDE MONTEIRO, FLÁVIA NOVERSA, FRANCISCO BAGINA, GERMANO MARQUES DA SILVA, GIL VICENTE, HELDER VALENTE DIAS, HENRIQUE SALINAS, INÊS GODINHO, ISILDA VARGAS GOMES, LUÍS GONÇALVES, LUÍS FARINHA ROSA, JOÃO BAPTISTA, JOÃO DA COSTA ANDRADE, JOÃO PINTO GUERREIRO, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JORGE MARTINS, JOSÉ HUMBERTO CARVALHO, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, MANUEL DA COSTA ANDRADE, MANUELA VALADÃO, MAPRIL BERNARDES, MÁRIO FERREIRA MON-

TE, MÁRIO MANUEL FERRO, MÁRIO VARGES GOMES, NUNO CASTRO LUÍS, ÓSCAR FERREIRA GOMES, PAULO GONÇALVES, PAULO VALENTE GOMES, PEDRO SOUSA, ROGÉRIO ALVES, RUI DO CARMO, SIMÕES DE ALMEIDA, TOLDA PINTO e WLADIMIR BRITO – queremos renovar os nossos agradecimentos e dizer que contamos convosco para novas iniciativas, porque o sucesso dos seminários se deveu ao vosso empenho e dedicação académica e científica.

Em último, mas não menos importante, fica o agradecimento a todos quantos nos ajudaram na logística nas instituições de ensino superior universitário e politécnico, cujos nomes ficaram nos nossos corações, mas o melindre de errarmos leva-nos a um grande abraço de agradecimento. Este agradecimento estende-se aos nossos colaboradores do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – TERESA, PEREIRA, FERNANDES, MARTINS, NETO – que, chefiados pela Dra. MICHELE SOARES, granjearam um espírito de amizade com todo o pessoal de apoio local e permitiram que todos tivessem excelentes momentos de convívio no seio das excelentes Jornadas científicas.

A todos, com coração, endereço os meus maiores agradecimentos!

Pinhal Novo,
Na madrugada de 4 de Dezembro de 2011

O Coordenador das Jornadas
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Jornadas de Direito Penal e Processual Penal

Discurso de Abertura

ISMAEL JORGE

Intendente da PSP e Director Adjunto

Ex.mo Senhor Ministro da Administração Interna,
Ex.mo Senhor Director Nacional da Polícia de Segurança Pública,
Magnífico Reitor da Universidade do Algarve,
Ex.ma Senhora Governadora Civil do Distrito de Faro,
Ex.mo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Faro,
Ex.mo Senhor Inspector Geral da Inspeção Geral da Administração
Interna,
Caros conferencistas,
Caros alunos,
Minhas senhoras e meus senhores:

Com este evento, iniciamos um ciclo de sete Seminários promovidos pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna noutras tantas cidades, que contam com a cooperação de vários estabelecimentos do ensino universitário e o apoio de diversas entidades igualmente empenhadas em promover a reflexão sobre o tema que hoje nos junta.

Esta iniciativa representa a expressão da forte aposta por parte do Instituto no estabelecimento e desenvolvimento de relações de cooperação privilegiadas com outras instituições de ensino universitário, no sentido de promover acções de formação, projectos de investigação científica e actividades de divulgação e publicação de conhecimentos na área das

ciências policiais, na área das ciências jurídicas, na área das ciências sociais e políticas, bem como noutras áreas do conhecimento que revisitam interesse para a segurança interna.

O protocolo de cooperação que será firmado entre a Universidade do Algarve e o Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna é prova disso porque concretiza uma vontade comum em desenvolver projectos interdisciplinares e em partilhar saberes. Estamos seguros que produzirá frutos, tanto na melhoria do ensino e da investigação no seio dos dois estabelecimentos, como no desenvolvimento de novas iniciativas comuns dirigidas à comunidade.

Permitam-me umas breves palavras sobre o conteúdo deste Seminário:

O conjunto de reformas no sistema de Justiça penal não pode ser compreendido fora do quadro do sistema social na sua globalidade. A finalidade da Justiça penal consiste na salvaguarda dos interesses especialmente relevantes e fundamentais para a preservação da vida em sociedade, que passam por isso a estar sujeitos à tutela penal.

À luz da Constituição, as condutas passíveis de criminalização têm que corresponder à violação de bens jurídicos de vital importância. O Direito Penal e o Direito Processual Penal consagram pois os valores essenciais de uma determinada sociedade num determinado momento histórico.

Mas uma sociedade em permanente mutação exige também permanentes actualizações do quadro normativo que a rege. As mudanças sociais que têm acompanhado os mais recentes processos de transformação políticos, económicos e tecnológicos fizeram emergir novas modalidades de condutas socialmente danosas – fala-se hoje em dia, por exemplo, com crescente preocupação, do aumento da criminalidade transfronteiriça e do cibercrime como consequências inevitáveis da globalização. Tais mudanças redefiniram igualmente novas atitudes em relação à vida, à personalidade, à família, ao património, à educação e à generalidade das interações sociais que impõem novas respostas por parte do Estado.

Nesta perspectiva, a intervenção do Estado em matéria penal dá resposta às necessidades sociais de preservação e tutela dos interesses socialmente mais relevantes, com claros propósitos de prevenção.

Actualmente, a Justiça penal é alvo de uma forte pressão mediática. Frequentemente a opinião pública, a propósito de determinados casos concretos, é confrontada com notícias, críticas, opiniões e comentários relativos à actuação dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais ou relativos ao quadro normativo penal e processual penal,

que de imediato fazem surgir na voz do povo apelos à criminalização, ao aumento dos limites temporais das penas, ao agravamento das medidas de coação ou à diminuição dos direitos de defesa. Nesta matéria torna-se essencial não cair na tentação de sobrevalorizar as comoções da opinião pública em casos singulares mas antes demonstrar a racionalidade que acompanha todo o sistema.

Em síntese:

O direito penal e o direito processual penal têm sempre subjacente uma dimensão axiológica pelas escolhas que são feitas na busca de soluções de equilíbrio e de conciliação entre as finalidades da justiça penal e da segurança interna, por um lado, e a preservação do núcleo central de valores fundamentais, por outro.

Estamos certos que as reflexões que se produzirão ao longo deste Seminário não deixarão de reflectir esta dimensão axiológica e que farão luz sobre a racionalidade que presidiu à reforma penal e processual penal.

Muito obrigado.

Faro, 13 e 14 de Maio de 2008

A Reforma Penal e Processual Penal e a defesa e garantia dos direitos fundamentais do cidadão *

ANTÓNIO MANUEL CLEMENTE LIMA

Juiz Desembargador

Inspector-Geral de Administração Interna

I – Saudação – Agradecimento – Antelóquio

Antes de mais, saúdo, nos promotores e participantes deste Seminário, a feliz iniciativa de estabelecer um debate, que se pretende esclarecedor, sobre as mais recentes reformas introduzidas no Direito Penal (DP) e no Direito Processual Penal (DPP) português.

Saúdo, consintam-me o sublinhado, o Subintendente da Polícia de Segurança Pública e Mestre Manuel Monteiro Guedes Valente, cuja dedicação, capacidade de trabalho, inteligência e sabedoria, postos como sempre têm sido ao serviço dos cidadãos e de uma polícia de cidadania, são um bom exemplo de um Polícia «feito cidadão» e de uma Polícia de rigor e de substância, serena e cultivada, motivada e competente.

Devo a todos vós, desde logo, uma advertência.

É que, nestes dois anos e meio que levo de Inspeção-Geral, tenho acompanhado pouco e à distância os assuntos que respeitam, estritamente, ao judicial e ao judiciário.

* O artigo que se publica corresponde à Conferência de Abertura, no primeiro Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 13 e 14 de Maio de 2008, na Universidade do Algarve.

E acompanhei estas alterações nas leis penal e processual penal muito à distância e sem a devida atenção – ressalvado o particular das repercussões das reformas no exercício da actividade policial e, designadamente, naquilo que podemos, de forma genérica e sem rigor, definir como o exercício da investigação criminal pelas Forças e serviços de Segurança tuteladas pelo Ministro da Administração Interna.

Por isso, contra mim, desde logo, a ousadia de ter, diga-se que após débil resistência, aceite este encargo, de vos falar, sobre as reformas, de modo introdutório, na abertura deste Seminário.

Contra mim também, o facto de, sendo um modesto e recatado juiz de carreira, um prático, um aplicador, não poder, de todo, trazer-vos uma exegese das reformas, sob pena de intolerável desrespeito por quem se formou na dogmática, por quem domina a dogmática.

Já a meu favor, o facto de, em tempo e com a veemência que pude, ter alertado o «nosso» Mestre Guedes Valente para tal *capitis deminutio*.

Por outro lado, devo invocar, como atenuante geral e devo confessar, tenho sempre a tentação (*e «resiste-se a tudo, menos às tentações»!*) de assentir aos pedidos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, onde (ainda Escola Superior de Polícia, designação que o pórtico do Instituto faz perdurar) leccionei Processo Penal, e onde aprendi muitíssimo, com Cadetes, com Subchefes e com Oficiais da Polícia de Segurança Pública.

Fiquei ligado, para sempre, àquela Instituição, que, pelo carisma, pela «mística», pela qualidade do seu corpo directivo (e docente), dos discentes e de todos os funcionários, foi, é e será, estou seguro, um incontornável *punto nodens* da qualidade e da reflexão sobre Segurança Interna em Portugal.

Estarei sempre em dívida para com o Instituto e, na medida em que procuro saldar, quanto e quando posso, mesmo em pequenas parcelas, as minhas dívidas (*redde quod debes* – restitui o que deves), só podia aceitar esta incumbência, esta missão.

O escritor brasileiro Haroldo Maranhão distinguia quatro tipos de discurso:

- o discurso *bom-bom*: curto e bem escrito;
- o discurso *bom-mau*: curto mas mal escrito;
- o discurso *mau-bom*: longo mas bem escrito; e
- o discurso *mau-mau*: longo e mal escrito.

Esforçar-me-ei por evitar a humilhante classificação de *mau-mau*, apresentando-vos uma fala sofrivelmente breve, embora a minha brevidade deixe sempre algo a desejar de mais... breve.

Assim, se alguma lonjura de tempo me colocar quase no fundo da tabela, alegarei em minha defesa que a demanda da liberdade, terra prometida e (meu) valor supremo, já não utiliza os ponteiros do relógio [MIGUEL VEIGA].

Ademais, temo que não consiga (ainda?) descolar e descolar-me do tempo pré-moderno da reflexão para o tempo pós-moderno da informação instantânea.

Peço-vos pois, também hoje (hoje como antes, pensarão os que foram meus alunos na Escola – e vejo aqui alguns, menos magros e com menos cabelo... menos novos!), que sejam tolerantes e pacientes.

II – A Reforma, a Constituição e a Lei

A reforma? As reformas? Que reformas? O que são reformas? Estamos em presença de uma reforma? Ou de uma revisão legislativa? Ou de revisões do CP e do CPP? Ou ainda de uma remodelação? Ou será antes uma reorganização, um reparo, até um restauro?

À míngua de exposição de motivos, de trabalhos preparatórios, de prolegómeno, de exórdio, de «carta de missão», ou de outro qualquer instrumento que, inscrito em antelóquio das leis em referência, faculte uma adequada interpretação e enquadramento da *ratio legis* destas... [*chamemos-lhes (para evitar a problematização e fugindo ao compromisso)*], ... «*comutações legislativas*», (?) devemos assumir que o legista usou de uma ampla presunção de clareza (como é seu direito legítimo) e/ou havemos de sentir-nos estimulados de filáucia, fruto dessa «carta branca», desse crédito com que o legislador nos honrou, por que nos reconhecia como interpretes fiáveis, equânimes e sensatos?

Podemos sempre assumir o risco e dizer como se diz na minha Beira Alta, quando alguém nos bate à porta de casa:

– Entre quem é!

Venham pois por bem – as tais «comutações legislativas».

Não seremos nós, intérpretes, a dificultar a capilaridade da lei com a vida.

Tendo em vista a comutação legislativa operada

(a) pela **Lei n.º 59/2007**, de 4 de Setembro, que fez a 23.^a alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, e

(b) pela **Lei n.º 48/2007**, de 29 de Agosto, adrede rectificada, que fez a 15.^a alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro,

e tendo presentes as sequelas que decorrem de tais alterações, vigentes desde 15 de Setembro de 2007, para o exercício quotidiano da actividade policial, a discussão é bem vinda e o debate só pode trazer luz.

Importa é que esta seja «perfeita e clara» [SOPHIA DE MELO BREYNER ANDRESSEN]!

Certo é que as responsabilidades de hoje nos exigem uma reflexão e uma resposta imediata, precisamente no momento em que as tricas do quotidiano da luta política e a névoa mediática que delas emerge nos tende a obstruir a visão da linha do horizonte.

Ora, tanto quanto é possível ver claro, podemos dizer que, no plano da consagração constitucional dos direitos fundamentais, o essencial está, entre nós, de há muito realizado [SOUTO DE MOURA].

Numa Constituição nascida num processo de ruptura com um regime ditatorial e com um Estado alheio ao controlo democrático dos cidadãos, compreende-se que o articulado corresponda a uma ampla consagração garantística.

Porém, para que a Constituição não corra o risco da transformação da sua natureza em Constituição meramente nominal, não se pode aceitar, designadamente no domínio dos direitos fundamentais dos cidadãos, a possibilidade de verificação de um desfasamento, diria «significativo», entre texto e realidade constitucional.

É certo que a generosidade do texto constitucional não se reflecte, por si só, na perda da força normativa da Constituição e que, em todo o caso, não deixaria de apresentar sempre a vantagem de por ali se alumiar um caminho.

Mas isso só será assim se os titulares do poder político e as instituições responsáveis colherem dessa indicação algum sentido de orientação vinculativa e de actuação sindicável.

Depois, só será assim se não se confundirem consagração jurídica e realização prática dos direitos e não tendermos, conseqüentemente, a importar as soluções que os Estados mais desenvolvidos procuram para a crise do seu próprio Estado, esquecendo que, entre nós, para além das necessárias reformas, há ainda um significativo caminho prestativo a garantir.

Por último, a desvinculação e a desresponsabilização que tendem a germinar nesse domínio (que, por natureza, está intrinsecamente depen-

dente das disponibilidades financeiras), devem induzir idêntica atitude no domínio das imposições constitucionais de realização não diferida no tempo, como é o dos direitos, das liberdades e das garantias.

É que, também aí, a principal preocupação deve ser, sobretudo, a da concretização, conformação e efectivação dos direitos, a da superação do desfasamento entre uma consagração jurídico-constitucional exaustiva e uma realização prática muitas vezes difícil ou até impossível.

De nada valerá, por exemplo, consagrar (como se fez na última revisão constitucional) um novo direito a uma decisão judicial em prazo razoável e a um processo equitativo – direito de que os cidadãos portugueses já usufruíam por força da vinculação convencional do estado e por cuja violação, de resto, o Estado tem sido repetidamente condenado nas instâncias internacionais de tutela – de nada valerá tal iniciativa constitucional (dizia), quando e na prática, persistem, na organização judiciária, bloqueios perenes e dificuldades entrópicas de diferente natureza, que parecem insuperáveis.

Por outro lado, muitas das vezes, a protecção dos direitos resulta prejudicada e, paradoxalmente, tanto por força de um défice cada vez menos justificável de procedimentos de garantia, quer por facto de um anacrónico excesso de garantismo e burocratismo paralisantes do funcionamento do sistema judicial e, conseqüentemente, paralisantes da tutela dos direitos.

Há que ter a consciência de que por estas insuficiências e pela respectiva superação, somos todos responsáveis, e não alijar as nossas responsabilidades como operadores da comunidade jurídica, judiciária e policial.

Por último, importa, nestas tarefas, encontrar um equilíbrio entre os diferentes poderes, com a consciência de que não há, no edifício do Estado de Direito, nem guardiães exclusivos do templo nem priores intransigentes dos sinos, investidos de uma qualquer verdade absoluta.

Os limites funcionais de uns carecem de ser compensados pela legitimidade democrática de outros, de modo que a separação dos poderes vá de par com a respectiva interdependência, num processo em que a defesa legítima do estatuto profissional de cada corpo se subordina à prossecução última dos direitos de uma cidadania plena.

Os objectivos são conhecidos e eles só podem ser, em Estado de Direito democrático, os da garantia da plenitude da tutela judicial para qualquer lesão dos direitos e liberdades fundamentais e os da garantia do acesso efectivo da população aos bens por eles protegidos.

Importa também ter presente que se vive em um tempo onde [José de Faria Costa] o *facere* (a acção) ganhou estatuto de cidadania, mas estatuto tão radical que quer ser hegemónico, que quer apagar qualquer veleidade de atribuir méritos ao *estar* e ao *ser*.

Ora, as coisas só têm valor se forem sendo. Aquilo que é, que está, que tem um mínimo de permanência, coisa menor é.

De sorte que o direito processual penal que se tem de ver, necessariamente como *iter*, caminho, via, melhor não poderia calhar, enquanto matéria adequada à exaltação do *law in action*.

A tudo isto acresce que é no teatro da representação do processo penal que a ressonância mediática – *rectius*, os meios de comunicação social de massa – encontra o seu campo de eleição.

E o círculo fecha-se na aparente vertigem da sua não menos aparente legitimidade.

O direito processual penal é o verdadeiro direito penal «em movimento».

Mas nós não somos menos pequenos em face do Estado do que o astrónomo em face do firmamento. E os nossos olhos não vêem, por cada vez, senão uma pequena parte das coisas.

Por isso que a observação daquele enorme dado só pode ser obra colectiva.

Por isso, estou certo, que se entendeu, também com este Seminário, esclarecer as partes isoladas para chegar à desejável compreensão do todo e, assim, da unidade da «convulsão» normativa de que falamos.

III – Formação das Forças e Serviços de Segurança sobre as Reformas Penal e Processual Penal

Há já uma dúzia de anos, quando leccionava Direito Penal e Direito Processual Penal no Centro de Estudos Judiciários, era frequente os auditores de justiça (designadamente, vá lá saber-se porquê, os que se haviam licenciado na Universidade de Coimbra! – fala-vos, já entreviram, quem se licenciou na Clássica de Lisboa), nos primeiros dias de contacto com a «casa», perguntarem pelos «livros adoptados».

A isto respondi sempre com um pequeno catálogo que ainda hoje recomendo a quem tem de lidar, profissionalmente, com os factos no direito ou com o direito nos factos.

Desde logo, recomendava os «policiais» de Rex Stout (antes editados na Coleção Vampiro, de boa memória e, durante bastos anos, com magníficas traduções), pelo trabalho sobre a prova da personagem Nero Wolf (gordíssimo e caríssimo detective privado, que raramente saía de casa e que, para além de se banquetear com os requintados ágapes preparados pelo *chef*, criava tulipas no último piso de um prédio lindíssimo na zona nobre de Nova Iorque), detective mestre da dedução e da síntese, que fazia desfilar a prova no seu escritório, diante da secretária amplíssima, prova que lhe chegava recolhida por outra notável personalidade, Archie Goodwin, seu operacional, o homem do terreno, com métodos de dedução investigatória nem sempre escorreitos e lineares... livros que bem permitem apreciar, de vários ângulos e perspectivas, o trabalho do magistrado e o do polícia (e a teia social, pelos seus olhos), na sua articulada sequência;

Sugeria, depois, uma obra, muito em particular, de Gabriel Garcia Marquez, «Ninguém Escreve ao Coronel», e todos os «Poemas Escolhidos» de e por Jorge Luis Borges (agora em edição bilingue com tradução gloriosa de Ruy Belo), pela clareza e pelo rigor do texto, em que cada palavra é aquela, não pode ser outra, para traduzir a necessidade de clareza, de economia nítida e de rigor profundo, do texto judiciário.

Por fim, procurava levar os «meus» auditores a lerem uma rima de fotocópias, mais ou menos pirateadas (espero que o meu *pecatto* delitivo, a existir, esteja já prescrito ou, ao menos, que me valha a atenuante da confissão), de a «Metodologia do Direito», de FRANCISCO CARNELUTTI, professor e advogado, nascido em 1879, colega de Chiovenda, em tradução do Doutor LUIS DA CÂMARA PINTO COELHO, valioso texto fundador, bordão de todos os juristas, que sempre sublinhava o papel do «obreiro», que é todo o que lida com o direito na vida prática.

Deste último, consintam que lembre aqui um fragmento em particular:

«A luz da justiça é difícil, talvez impossível de decompor no espectro, como se faz com a luz solar. Mas a ciência já cumpriu, neste sector, grande parte da sua missão quando advertiu os obreiros do direito, e, entre estes, primeiro que nenhum outro, o legislador, de que a sua obra, ainda mesmo se lógica, física e economicamente bem construída, é mais frágil que o vidro se o metal que ele emprega não é escavado das vísceras da justiça; não é outro o bronze em que pode ser fundida a glória do legislador. O caber precisamente ao cientista do direito, e não a outrem, advertir disso o legislador, e recordar-lhe, assim, que ele é o primeiro dos servos de Deus, é talvez o maior risco mas também a maior nobreza da sua obra».

Retomando o caminho.

As faladas comutações nas leis penal e de processo penal e as consequências delas decorrentes no exercício diário da actividade das Forças e Serviços de Segurança (FSS) estiveram, desde logo, na sensibilidade e na preocupação de S. Ex.^a o Ministro da Administração Interna (MAI), Dr. Rui Pereira.

Por isso que, por Despacho de 13 de Dezembro de 2007, o Senhor Ministro da Administração Interna determinou, a constituição de um grupo de trabalho, sob a égide e coordenação da Inspeção-Geral da Administração Interna (IGAI), atribuindo-lhe a função de acompanhamento da implementação daquelas reformas penal e processual penal no âmbito das FSS.

Esse grupo de trabalho procedeu já à identificação das questões, das dificuldades interpretativas, das soluções que têm sido propostas, bem como dos constrangimentos funcionais decorrentes da aplicação dos diplomas legais relativos à reforma penal e processual penal com incidência na actividade policial.

E assim, sob prévia indagação, informal, junto de magistrados de vários Tribunais e de diversos elementos das forças policiais, de quais os problemas com que se depararam desde a entrada em vigor dos mencionados instrumentos legislativos (15 de Setembro de 2007) e de quais os procedimentos adoptados.

De seguida, foi possível recolher documentos vários, designadamente actas de reuniões de magistrados do Ministério Público (MP) e de membros das FSS, directivas, instruções e outros documentos de trabalho.

Os problemas e as soluções oferecidas naquela documentação foram analisados, na IGAI, em sucessivas (e animadas) reuniões.

O relatório decorrente daquele trabalho foi apresentado ao MAI a 13 de Março de 2008.

Dele destaco as seguintes questões (transcrição enunciativa):

A – No âmbito do CP

A/1 – Qual o alcance do termo «colocada» em veículo (a coisa móvel alheia), agora empregue no artigo 204.º/1b), do CP?

A/2 – O aditamento do n.º3 ao artigo 30.º do CP, referente ao crime continuado, constitui, por si mesmo, uma alteração ao regime, ou pretendeu apenas clarificar, enfatizando, o entendimento da jurisprudência progressa?

A/3 – A pena de dissolução de pessoas colectivas ou entidades equiparadas, agora prevista no artigo 90.º-F do CP, é suficiente para dissuadir as pessoas que ocupavam posição de liderança em pessoa colectiva dissolvida, de prosseguir a prática delitiva através da constituição subsequente de uma outra pessoa colectiva?

A/4 – O critério de compensação, consagrado no artigo 80.º/2 do CP, será congruente com o critério da conversão da multa não paga em prisão subsidiária, previsto no artigo 49.º/1, do mesmo Código?

A/5 – A segunda parte do n.º 1 do artigo 80.º do CP, deve ser interpretada no sentido de admitir o desconto dos períodos de detenção, de prisão preventiva e de obrigação de permanência na habitação, tão somente no cumprimento da pena unitária, resultante do cúmulo jurídico, ou admitirá que tal desconto opere, desde logo, no processo em que ocorrer a primeira situação de cumprimento de pena efectiva de prisão?

A/6 – Face à redacção do artigo 45.º do CP, que permite que a pena de prisão aplicada em medida não superior a 1 ano pode ser cumprida em dias livres, que a prisão por dias livres não pode exceder 72 e que cada período equivale a 5 dias de prisão contínua, será de admitir que se está perante um erro de cálculo material, uma vez que 1 ano de prisão (365 dias), a cumprir em dias livres, corresponde a 73 períodos?

B – No âmbito do CPP

B/1 – O Órgão de Polícia Criminal (*OPC*) tem de comunicar à Autoridade Judiciária (*AJ*) a constituição de arguido, em ordem à sua validação, nos casos em que tenha sido aquela a determinar a constituição de arguido? E nos casos de cartas precatórias, quem deve ser o destinatário da comunicação prevista no artigo 58.º/3, do CPP?

B/2 – A validação da constituição de arguido é um acto meramente formal ou implica uma avaliação substancial da existência de suspeita fundada?

B/3 – O acto de validação da constituição de arguido, tem de ser comunicado ao OPC e ao arguido?

B/4 – Na constituição de arguido menor de 21 anos, quando detido nos termos prevenidos no artigo 64.º/1c) do CPP, é obrigatória a nomeação de defensor? E como proceder, face à revogação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 62.º do CPP ante-vigente?

B/5 – Qual a forma de contagem do prazo de 10 dias previsto no artigo 58.º/3 do CPP, imposto ao OPC para comunicação à AJ e para validação da constituição de arguido?

B/6 – O disposto no artigo 141.º/4 do CPP, aplica-se a todos os interrogatórios de arguido?

B/7 – Face ao disposto no artigo 103.º/3 do CPP, o interrogatório do arguido poderá prolongar-se para além das zero horas?

B/8 – O mandatário do assistente que o acompanhe nas diligências, ao abrigo do artigo 70.º/3 do CPP, tem direito à instância?

B/9 – Qual o estatuto da testemunha, na dimensão do seu direito ao acompanhamento por advogado?

B/10 – Os actos de inquérito, estão abertos ao público?

B/11 – Face ao disposto no artigo 242.º/3 do CPP, as entidades policiais devem transmitir ao MP todas as notícias de crime, mesmo nos casos de crimes de natureza semi-pública ou particular?

B/12 – Qual o critério interpretativo da alínea c) do n.º 5 do artigo 174.º do CPP, que expressamente admite revistas e buscas pelo OPC, sem prévio despacho da AJ, «aquando de detenção em flagrante delito por crime a que corresponda pena de prisão»?

B/13 – Pode continuar a realizar-se uma busca domiciliária, para além das 21 horas, fora dos casos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 177.º do CPP?

B/14 – O arguido, reconhecido em processo de reconhecimento pessoal, pode opor-se à tiragem, nesse momento, de fotografia e à sua posterior junção aos autos?

B/15 – Quais os actos que se devem reputar de «legalmente obrigatórios», para os efeitos do disposto no artigo 120.º/2d) do CPP (insuficiência do inquérito ou da instrução gerador de nulidade)?

B/16 – O período de 15 dias, a que está sujeito o OPC que procede às escutas telefónicas para levar ao conhecimento do MP os suportes técnicos das intercepções telefónicas, bem como os respectivos autos e relatórios, é fixo ou pode ser reduzido por despacho da AJ?

B/17 – O prazo de duração máxima (4 meses) de prisão preventiva, de obrigação de permanência na habitação ou de proibição e imposição de condutas, em sede de inquérito – fixado no artigo 215.º/1ª) com referência ao artigo 218.º/2 e 3 do

Ora, isso basta, como dificuldade essencial da minha, da nossa ciência.

A verdade é que ler o código é como ler uma partitura.

Conforme passava ou não pelo cérebro de Toscanini, a música de Wagner era uma coisa ou era outra.

Conforme passam, ou não passam, pelo violino de Anne-Sophie Mutter, as sonatas de Beethoven são isto ou são coisa diversa.

Quanto do criador e quanto do re-criador há nela?

Que podemos nós, se não temos à nossa frente sequer a fórmula originária da ideia do legislador?

Resta-nos o quê?

O ideal seria, claro, eliminar os diafragmas entre nós e a realidade, o que significa fazer, quanto possível, observação imediata e, assim, assistir, quanto possível, à realização dos actos jurídicos.

O princípio da observação imediata (a *immediatezza*) deveria ser a divisa não só da política do processo mas também da ciência do direito.

Terá sido também este o sentido da preocupação do Senhor Ministro da Administração Interna, ao sedimentar, no falado Despacho, uma aproximação aos operadores, aos que estão mais próximos da realidade.

É que, quando se vê a realidade ao espelho e o espelho se põe em frente de outro espelho, se uma das vidraças tem uma ligeira deformação, o erro multiplica-se e agrava-se com fantásticas proporções [CARLELUTTI].

Prevenir o erro, sedimentar boas práticas.

Está encontrada uma via possível e, estou seguro, muitíssimo útil, para a assimilação das reformas, pelo desanuviamento, pelo esclarecimento, para as boas práticas.

Pela via deste Seminário, está também nas V. mãos assegurar que esse caminho é «andado»!

IV – O Artigo 32.º da Constituição

Gostaria de vos deixar uma reflexão curta sobre este segmento normativo, tão incompreendido e tão relevante no V. dia-a-dia e no quotidiano dos Tribunais, que são o celamim onde o V. trabalho vai, necessariamente, ser depositado.

O artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), sintomaticamente epigrafado de «garantias do processo criminal», condensa a chamada «constituição processual penal», tão relevante quanto o processo penal se diz ser o «sismógrafo» da lei fundamental, isto no sentido, *maxime*, de que «a cada nova ordem constitucional [corresponde] um novo direito processual penal» [CLAUS ROXIN].

Desse normativo, permito chamar a V. atenção para o segmento contido no n.º 8, que estatui que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações».

Trata-se de sedimentar o princípio das proibições de prova em processo penal, decantando para a nossa Lei Fundamental (*LF*) os ditames coincidentes dos artigos 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dos artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A democracia e a liberdade, para além de uma latência (quando assim é), são também uma permanência [GOMES CANOTILHO] – e assim, no sentido de que é preciso construir, todos os dias, a nossa democracia e a nossa liberdade.

Ora, a eficácia da Justiça é um valor que deve ser perseguido mas, porque numa sociedade livre, os fins nunca justificam os meios, a eficácia da Justiça só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo empenho e pela arte, nunca pela força, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre mas não menos quem os usa [JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS].

E é precisamente por isso que a lei repudia, em absoluto, a obtenção de provas mediante tortura, coacção e ofensa da integridade física ou moral da pessoa, cuja inviolabilidade é primariamente garantida nos artigos 24.º e 25.º da CRP, e limita os casos expressamente previstos na lei em conformidade com a Constituição (artigos 26.º e 34.º) a sua obtenção mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

A proibição de obtenção de provas para o processo criminal por meios proibidos, resulta, directamente, dos referidos preceitos constitucionais, das leis que os explicitam, e a sua violação constitui crime.

O que há de novo no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, não é a proibição do uso de meios proibidos na obtenção dos elementos de prova mas essencialmente a utilização das provas obtidas por tais meios.

Essas provas é que são nulas, nulidade que deve ser considerada em sentido *forte*, isto é, como proibição absoluta da sua utilização no processo.

Seria intolerável que, para realizar a justiça no caso, fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei.

A realização da justiça do caso (para além do estudo do fenómeno) é um valor constitucional mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma.

Quando os meios utilizados para obtenção das provas forem proibidos ou condicionados, pela Constituição, para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios obtidos por tal forma não podem ser

utilizados em circunstância alguma, ficam radicalmente inquinados pelo vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.

Neste particular, não posso também deixar de vos alertar para as questões da motivação judicial da decisão sobre a matéria de facto, que passam, óbvia e incontornavelmente, pelas questões da demonstração dos enunciados de facto, da motivação da prova, do alinhamento da actividade investigatória com o desiderato constitucional e legal.

Dizia, há poucos dias, numa sessão pública, um dos «tudólogos» de serviço às televisões, para salientar a importância do trabalho de investigação criminal e do *métier* dos investigadores, que se não pode perder a varinha mágica que faz a passagem do indício para a prova.

Também por interposta televisão, as más companhias estragam os bons costumes.

Penso que não é assim.

Penso que só o processo, *brevi manu* (por via directa), pode constituir o referencial e o conformador da actividade investigatória, e que é no processo que essa magia tem de ser incorporada, objectivada, traduzida, é para o processo que deve ser decantada, carreada, e nele deve ser formalizada.

Sem isso, não há «pozinhos de perlimpimpim» que valham, pois que tudo se gorará em um *non liquet* ou em uma nulidade «tipo arras-tão», como acontece com todo o abuso.

Outra coisa, permitam-me adiantar, é a sabedoria, a inteligência da acção investigatória.

E essa, não se adquire por passes de magia.

Constrói-se, como um ourives, um relojoeiro ou uma cerzideira compõem as suas peças. Transmite-se, aprende-se ao longo de anos.

Daí também a importância da passagem de testemunho daqueles que já por ali passaram aos que, vindos de fresco, cheios de ciência nova e certa, ainda não conhecem a cor, o cheiro, os frios e os becos da vida de investigação.

V – Culpa, pena e direitos fundamentais

Para ficar ciente e preocupado com os perigos da comutação da lógica do *foi condenado, logo é culpado* para a lógica do *é culpado, logo foi condenado*, dizia o Dr. SOUTO DE MOURA que basta ler «O Processo», de Kafka – ou ver os filmes... que isto de ler...

«Causam menos danos com criminosos do que um mau juiz» (ou um mau polícia) e «mais vale absolver com culpados do que condenar um inocente»... são aforismos conhecidos.

Tudo nos alerta para a terrível eventualidade de se deterem, de se acusarem, de se condenarem cidadãos inocentes.

Mas um tal risco não pode inibir o exercício pelo Estado da acção penal.

Compete ao Estado fazer o que estiver ao seu alcance para combater o crime e a criminalidade, compete-lhe perseguir e punir o maior número possível de delinquentes... mas só os delinquentes – aí está o desiderato que vai condicionar e conformar o instrumento jurídico de que o sistema penal se socorre para tutelar a segurança de todos, o processo penal, e daí que o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e o interesse colectivo surja como essencial.

A eleição de um comportamento como criminoso baseia-se no facto de o mesmo comprometer a vida em sociedade, já que representa a violação grave de interesses primários – é sabido.

Ora então, necessariamente que, pelo menos alguns destes interesses, não-de coincidir com valores protegidos pelos direitos fundamentais.

É esta equivalência tendencial entre bens jurídico-penais e direitos fundamentais que permite eleger a Constituição como sistema legitimador principal da criminalização de comportamentos.

Mas por outro lado, sabido que são os Estados que hoje detêm o monopólio do direito de punir, quando o Estado desenvolve a sua actividade repressiva em relação ao suspeito de um crime, a protecção fornecida pelos direitos fundamentais desloca-se do cidadão em geral, e portanto das potenciais vítimas de crimes, para o agente dos mesmos crimes.

Dir-se-ia que a preocupação com a protecção os direitos fundamentais do cidadão em geral se manifesta sobretudo no direito penal substantivo, enquanto que a preocupação com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão enquanto suspeito de um crime, releva, sobretudo, no direito penal adjectivo.

Serve tudo isto para dizer que por detrás do «direito penal total» [Figueiredo Dias], deve haver uma visão do homem comum responsável pela outorga dos direitos fundamentais.

Curiosamente, fica-nos a sensação de que, talvez porque a ligação entre direitos fundamentais e direito penal aparecesse como demasiado óbvia, foi sobretudo para a incidência dos direitos fundamentais no pro-

cesso que a reflexão moderna, com o liberalismo, se virou [Souto de Moura].

É já patente a preocupação do iluminismo com o processo em obras como «Dos delitos e das penas», de Beccaria ou em «Observações sobre a tortura», de Pietro Verri, que aliás colaborou com o primeiro.

Aí aflora claramente uma ideia de dignidade humana que cumpre proteger através do regime da confissão do arguido e da abolição da tortura, dos limites da detenção, das garantias de um depoimento credível.

Esta prevalência dada à incidência dos direitos fundamentais no processo penal avulta depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estendeu a sua influência aos Códigos de Processo Penal liberais.

As grandes reformas da segunda metade do Sec. XIX viraram-se mais para o direito substantivo, a ponto de Von Lizst definir política criminal sem a mínima referência ao processo.

Este mantinha-se, na maior parte da Europa continental, sob o paradigma do chamado processo reformado, napoleónico ou misto, que combinava elementos do sistema inquisitório do antigo regime, com elementos do sistema acusatório de inspiração anglo-saxónica – excepções, foram as leis do nacional-socialismo alemão, do fascismo italiano e, de alguma maneira, o nosso Código de Processo Penal de 1929.

A Segunda Guerra Mundial operou uma revivescência dos direitos humanos que trouxe para a ordem do dia as garantias processuais penais na administração da justiça.

Concomitantemente, e pela mesma razão, viram a luz a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, ambos da Organização das Nações Unidas (*ONU*), a Convenção Interamericana e, sobretudo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Este movimento internacional de consagração de direitos ao nível do processo criou uma sensibilidade nova de que as Constituições dos Estados se fizeram eco.

Ora, é hoje inquestionável que, se o sistema jurídico-penal integra um direito penal substantivo e um direito penal adjectivo como subsistemas, estes se coordenam, através de finalidades que são fornecidas por uma certa orientação de política criminal.

O processo não é só mero instrumento de realização do direito penal, antes deve receber ele mesmo uma conformação directamente ditada por propósitos de política criminal.

Só que este facto não ilude a missão primordial do processo que é a realização do direito penal violado, e portanto a exigência de uma dose de eficácia e funcionalidade na descoberta da verdade.

À tradicional dimensão garantística do processo vem pois acrescentar-se um propósito de eficiência do sistema repressivo.

Esta eficácia foi mesmo considerada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão um valor de ordem constitucional.

No que nos diz respeito, creio que ela decorrerá, desde logo, do «direito à segurança» previsto no artigo 27.º/1 da Constituição.

Um processo penal que não consiga realizar a sua função de meio de realização da justiça penal em termos razoavelmente satisfatórios põe em causa todo o sistema penal.

Na verdade, se qualquer ramo do direito adjectivo tem uma função instrumental em relação ao sector correspondente do direito substantivo, o direito processual penal apresenta uma ligação com o direito penal que é total e exclusiva.

Porque surgem como um conjunto de interditos, as previsões e cominações penais só podem considerar-se direito aplicado às pessoas através do processo, e por isso é que a segurança de todos se socorre em termos repressivos, nas sociedades civilizadas, só do processo-crime.

Se esta complementaridade necessária falha, abre-se a porta, em primeiro lugar, ao descrédito das instituições, e depois a meios, diria «alternativos», de reacção.

Ocorre o efeito exactamente inverso ao que se pretende obter com a chamada prevenção geral positiva, que é a do reforço da confiança no sistema por parte da população.

Se assim for, logo surge a tentação de se lançar mão de expedientes que façam o que os Tribunais não conseguem fazer.

Mas a realização da justiça penal exige, como se viu, uma importante dose de garantias, sob pena de se cair num autêntico terrorismo de Estado.

A total eficiência, traduzida em celeridade e economia de meios, tem que ceder perante a consideração de que, ao querer punir todos os criminosos, o Estado deve afastar o risco de punir não criminosos, assim como terá de ter sempre presente, que o pior dos criminosos, pelo facto de o ser, nunca perde a dignidade inerente à pessoa humana – dizia SANTO AGOSTINHO que «não há santo sem passado nem pecador sem futuro».

No mesmo sentido, já tenho repetido, até a propósito de abusos de autoridade por concretos elementos das FSS, pessoas concretas em con-

cretos contextos e tantas vezes como drama da decisão sobre o facto, a ocorrência, que «há sempre mais homem para além do pecado».

Estas linhas de força, nem sempre facilmente conciliáveis, exprimem-se-iam, em termos de direitos humanos, na coexistência de *direitos humanos-resistência*, no caso resistência a que o Estado através do processo invada a esfera da autonomia e realização da pessoa que é arguido, com *direitos humanos-exigência*, no caso a exigência de uma máquina dissuasora e repressiva eficaz ao serviço da segurança colectiva [SOUTO DE MOURA].

É patente aos olhos de todos como que um movimento pendular entre garantismo e eficientismo na configuração dos processos penais europeus.

Costuma ter-se presente a contraposição americana entre um modelo de controlo social (*crime control model*) e um modelo de processo correcto (*due process model*), balançando-se entre um tipo de processo que vê nas garantias individuais pura e simplesmente um mal necessário e um tipo de processo que vê nestas garantias a sua maior razão de ser.

E tudo na sequência de forças sociais que determinam decisivamente o legislador.

Não preciso de vos lembrar nenhum dos concretos processos que, entre nós, de um lado levantam a questão da reforma legislativa, e por outro, orientam essa reforma num sentido insofismavelmente garantístico, enquanto, curiosa e coincidentemente, na Europa comunitária, as ocorrências históricas que decidem daquele movimento pendular impori- am uma orientação inversa, de pendor securitário, potenciada até (e naturalmente) pelo *nine/eleven* e pelo atentado *onze de Marzo*.

Disse movimento pendular porque o que se tem verificado é que uma progressão contínua mas paralela dos dois vectores, eficácia-garantias, se tem mostrado extremamente difícil.

É irrecusável o dever do Estado de garantir uma justiça eficiente, do mesmo modo que é irrecusável que o Estado respeite os direitos da defesa nas leis que faz.

Não se pode estabelecer uma hierarquia entre estes dois grupos de valores derivada de só um deles ter cobertura constitucional.

O que tudo parece apontar para o facto de estarmos condenados a conviver com uma «concordância prática», pendendo, histórica e sucessivamente ora mais para o lado da segurança das populações (e aí invocasse sempre o crime organizado ou o terrorismo), ora mais para o lado do respeito pelos direitos do arguido (alimentando-se a chama do movimento pelos direitos humanos que se expandiu a seguir à Segunda Guerra Mundial).

Há no entanto um aspecto que convém não deixar esquecido e que é o seguinte: as restrições dos direitos individuais no processo tornam-se tanto mais necessárias, em nome da eficácia do mesmo e da segurança colectiva, quanto mais o controlo social repousar na justiça penal [Souto de Moura].

Mas, claro que, se a montante da intervenção judiciária houver mecanismos de controlo social e portanto de prevenção eficiente, o risco de inocentar culpados perde peso e mantém-se a garantia de só se condenarem os culpados.

Paradoxalmente, os Estados sociais de direito são os que melhor colocados estariam para intervir menos em matéria de restrições de direitos processuais, e os Estados rigorosamente liberais teriam de investir mais na eficácia do sistema repressivo e portanto seriam menos liberais... no processo.

Seja como seja, Portugal é hoje parceiro num património cultural europeu que inclui um modelo de processo penal assente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*CEDH*) e, designadamente, na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo.

À luz do artigo 6.º da *CEDH* (Convenção que, importa lembrar, constitui fonte de direito infra-constitucional mas supra-legal), foi-se criando um padrão básico de processo penal equitativo – é essa, mesmo, a epígrafe do artigo 6.º citado – que repousa, muito em síntese, no desiderato de «igualdade de armas».

Esta expressão, no que respeita ao processo penal, vem porém sendo empregada a propósito e a despropósito, para se obterem dividendos pontuais, e iludindo o facto de o paradigma europeu não impor uma disciplina pormenorizada uniforme.

Com efeito, as decisões do Tribunal Europeu têm repetidamente afirmado que a «igualdade de armas» repousa na «obrigação de oferecer a cada parte uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa, em condições tais que senão veja colocada numa situação de desvantagem nítida, em confronto com o seu adversário».

Daí, para além do mais, que a igualdade de armas se analise num equilíbrio entre a eficácia dos instrumentos atribuídos à acusação e à defesa, que não têm que coincidir.

Deverá é existir como que um jogo de compensações reais entre os sujeitos processuais [SOUTO DE MOURA].

Não é pois incompatível com o princípio de igualdade de armas, por exemplo, o facto de o processo integrar uma fase inicial eminentemente investigatória em que a oralidade, a publicidade e o contraditório são

exceção, o que coloca a defesa, à partida, muito claramente desvantagem.

Defesa que, porém, não só beneficia do contraditório nas fases subsequentes, como em todas elas não está obrigada a colaborar com o Tribunal na administração da justiça nem tem de estar forçosamente interessada em contribuir para a descoberta de toda a verdade.

Vale a pena ver o que a este propósito se passa nos países que nos estão mais próximos, e refiro-me à União Europeia, para sermos forçados a concluir que não sofremos de qualquer défice garantístico das leis de processo.

É mesmo preocupante que em certos países, assolados por uma criminalidade sofisticada, organizada, transnacional e terrivelmente violenta, no caso do terrorismo, se possa cair numa limitação exagerada dos direitos fundamentais.

Entre nós, tem muito a ver com o equilíbrio subjacente ao desiderato de igualdade de armas o facto de o inquérito ser uma fase do processo e não uma fase pré-processual de cariz administrativo, e, sobretudo o facto de, como regra, a prova obtida no inquérito não relevar em audiência.

Ou com a exigência de pressupostos bem especificados para a autoridade intervir face ao tipo de criminalidade em jogo, quando são comprimidos de modo especial valores inerentes à liberdade ou à privacidade (pensemos em agentes encobertos, nos vários tipos de vigilância, em interferências nas telecomunicações).

Não é por acaso que Roxin disse que «o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado».

O tratamento que a Constituição der aos direitos fundamentais no processo penal é o conformador primeiro e decisivo da respectiva disciplina na lei ordinária, mas é, muito para além disso, um indicador claro da relação que se quis estabelecer entre o cidadão e o Estado.

Assim, através da Constituição processual penal o Estado auto-definise-se como liberal ou autoritário e revela o apreço em que tem a pessoa individualmente considerada por contraposição a interesses colectivos.

A Constituição portuguesa fornece-nos um pano de fundo para tratar esta problemática, com o direito à segurança, proclamado no n.º 1 do artigo 27.º, correlacionado com uma exigência de proporcionalidade ínsita no n.º 2 do artigo 18.º.

O «direito à liberdade», tal como resulta do contexto do artigo 27.º, é um direito específico relacionado com a liberdade física e não surge

como uma proclamação genérica condensando as «várias liberdades» que vamos encontrar noutros preceitos do diploma fundamental.

Pelo contrário, aquilo o que o artigo 27.º/1 apelida de «direito à segurança» é bem mais vasto, porque consubstancia, no fundo, a garantia do exercício de todos os outros direitos, e não apenas, segundo penso, dos direitos à integridade física ou à vida.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA apontam-lhe duas dimensões, sendo a primeira negativa e significando o direito de defesa perante os poderes públicos, no fundo, «estar seguro», face a agressões dos poderes públicos.

Nesta acepção negativa, ou de resistência, o direito à segurança gozará de autonomia escassa porque não faz mais do que deslocar a autoria de potenciais agressões dos cidadãos em geral para os agentes do Estado.

Confundir-se-ia pois com o direito à liberdade.

Numa segunda acepção, porém, o direito à segurança é um direito positivo, um direito a prestações do Estado que se traduz na exigência de «protecção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem».

Segundo o artigo 2.º da Constituição, por outro lado, a República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado, entre o mais, «na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais».

Os meios de que o Estado se socorre para proteger o cidadão passam evidentemente, desde logo, pela actuação das forças policiais.

«A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos» – artigo 272.º/1 da Constituição.

Mas, como é evidente, a justiça penal desempenha também um papel nada despreciando na construção da segurança de todos nós.

Sobretudo se se assinalar à pena, como parece também resultar da Constituição, um fim exclusivamente utilitário, ou seja, preventivo.

Assente que o figurino processual penal subjacente à Constituição não pode deixar de compatibilizar a garantia da segurança de todos, com a dignidade de cada um, sobretudo se esse um for arguido, importa agora ter em conta que, por um lado, as cedências à segurança, leia-se aqui à eficácia do processo, e por outro lado, as limitações aos direitos individuais, têm que ocorrer com uma especial atenção ao principio da proporcionalidade.

Haverá então que impor sacrifícios de bens jurídico-constitucionais, sempre que necessário, mas só se com tais sacrifícios se obtiveram benefícios proporcionais.

Esta ideia de proporcionalidade em sentido amplo será então, não só um imperativo dirigido ao operador judiciário, com relevo especial para o juiz quando aplica medidas restritivas de direitos, como também dirigido ao legislador.

E na verdade, o nosso Código de Processo Penal está cheio de disposições que fazem depender a sua aplicabilidade, por exemplo, da gravidade do crime cometido aferida pela pena prevista.

Não é assim em todos os países (v.g. Espanha).

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se depois em vários requisitos da decisão limitadora, quer ao nível dos actos de processo quer do acto legislativo.

A intervenção deve ser adequada, no sentido de útil.

Com ela terá que se estar certo ou com a forte probabilidade de obter um benefício real para os fins que o processo se propõe.

A intervenção deve ser necessária no sentido de subsidiária.

Só quando o mesmo resultado se não possa obter com recurso a meios menos limitativos é que é legítimo optar pelos mais restritivos.

Neste sentido, o Código alemão refere que certas medidas restritivas de direitos fundamentais só se poderão ordenar quando o esclarecimento do facto «teria de outro modo um êxito consideravelmente menor ou estaria essencialmente dificultado».

É evidente que o cerne da exigência da proporcionalidade passa pelo equilíbrio entre o dano causado e o benefício obtido para o processo.

A este propósito, há também quem aduza a necessidade de uma ponderação centrada nos efeitos perniciosos colaterais que poderão atingir terceiros, ou ainda no grau de suspeita incipiente que possa existir. Esta última precaução prende-se porém e sobretudo, com a questão da necessidade.

Gostaria ainda de deixar uma nota em matéria de «direito ao processo», o que significa, no fundo, direito a um processo todo ele jurisdicionalizado.

E por uma razão.

É que não raro deparamos com sistemas processuais penais que nos surpreendem pela celeridade ou por um estatuto de defesa verdadeiramente garantístico, sendo certo que a fase de julgamento se vê precedida de outra, que é investigatória, mas só policial e portanto de cariz administrativo.

Portanto, sem a possibilidade deresponsabilizar pelo respectivo cumprimento, em última instância, um magistrado.

Ora, a nossa Constituição estabeleceu, num propósito claramente garantístico, a necessidade de que a investigação fosse processo e o processo fosse todo ele jurisdicionalizado.

Não digo judicializado.

Pertence já ao passado a controvérsia vivida com a introdução, no Código de Processo Penal de 1987, do inquérito, como fase preliminar obrigatória, eminentemente investigatória, a cargo do Ministério Público.

Porque, na verdade, o artigo 32.º da Constituição dizia, e continua a dizer, que «toda a instrução é da competência de um juiz».

Como se sabe, a doutrina e os próprios arestos do Tribunal Constitucional permitiram compatibilizar o Código, nesta parte, com o imperativo constitucional, na base de que, efectivamente, aquilo a que no Código se chama instrução é da competência de um juiz.

E, por outro lado, o núcleo da garantia que o preceito constitucional pretende outorgar não ficaria atingido se a investigação fosse entregue a uma autoridade não judicial, desde que tal autoridade fosse beneficiária de um estatuto que a protegesse de interferências de outros poderes, e esse era, já então, o estatuto do Ministério Público.

Reveste-se de actualidade toda esta questão porque a investigação policial pró-activa, e portanto anterior a qualquer inquérito, não pode deixar de ter a marca da excepção, e mesmo assim decorrer com algum controlo extra-policial, sob pena de se atingir a garantia constitucional.

Acresce que o perigo de administrativização generalizada da investigação é real, se se introduzirem medidas no processo que comprometam a obtenção de resultados por parte do Ministério Público, face aos meios de que ele actualmente pode lançar mão.

Estou a pensar em encurtamento irrealista de prazos ou na ampliação dos direitos de defesa que inviabilize qualquer progresso no andamento do processo.

Estou a pensar numa construção processual labiríntica dos direitos de defesa que, sem embargo de criteriosa intenção, frustra a busca da verdade, esquecendo a necessidade de paz social.

A pedra de toque do garantismo processual penal continua a ser a presunção de inocência do arguido.

Mas, como bem apontou Roxin (mais uma vez ele), «o conteúdo material da presunção de inocência é – se se prescindir do núcleo que corresponde ao princípio *in dubio pro reo* – até agora pouco claro».

Importa pois determinar o que é que pode ou não pode defender-se ao abrigo daquele princípio depois de sabermos o que ele verdadeiramente significa.

Se a morosidade da justiça leva a soluções alternativas da conflitualidade em ramos do direito como o civil, laboral, ou administrativo, já no domínio penal a questão é bem mais grave, porque pura e simplesmente se pode desistir de fazer (obter) justiça, ou a deriva para a auto-defesa e «justiça pelas próprias mãos» implicará em regra o cometimento de mais crimes.

Mas a aposta na celeridade não beneficia só a justiça material antes vai de encontro a um direito do arguido que é o direito à sua paz jurídica. Salvaguardado os casos, que também os há, em que é o arguido a querer protelar uma decisão que vê como provável e lhe não convém.

Seja como for, é inquietante a dificuldade em que magistrados, órgãos de polícia criminal e funcionários se encontram, em muitos casos, de não poder cumprir prazos.

Como salientava, com particular acuidade o Senhor Conselheiro Souto de Moura, «as reformas que imponham prazos peremptórios no inquérito ou são acompanhadas de mudanças profundas a montante do processo e para além do processo ou redundarão na prática em denegação consciente de justiça».

Um outro ponto que me parece de sublinhar é o que envolve a problemática secretismo – publicidade do processo.

O processo tem, é sabido, zonas de luz e outras de sombra.

Na fase de inquérito a regra é o segredo e a violação desta regra tem sido sentida por muito boa e significativa gente como um verdadeiro escândalo, desencadeando mesmo reacções e afirmações surpreendentes.

Porque o segredo atinge os direitos do arguido, porque interfere no êxito da investigação, porque se prende com o direito de informar e de ser informado, o que tudo, na sociedade mediatizada de hoje, é rotunda de obrigatória.

Haverá então que encontrar medidas realmente eficazes de protecção do segredo, isto seja qual for o âmbito desse segredo, mais ou menos comprimido, mais ou menos distendido. Não pode é ser considerado letra morta por ninguém.

Vamos adiante.

A protecção dos direitos fundamentais no processo penal é uma questão que tem a ver com o tipo de Estado a que pertencemos mas é sobretudo um problema de política criminal.

Põe o desafio da dicotomia eficácia – garantismo e da tentativa de conciliação destes desideratos.

As opções de política criminal referentes aos direitos fundamentais no processo penal contam com duas variáveis e uma componente fixa.

A segurança pode proteger-se mais ou menos.

A protecção da dignidade da pessoa humana individualmente considerada, pode ser tida em maior ou menor conta.

Mas algo contra o qual o legislador pouco pode, ao decidir nesta matéria, é a realidade do País que temos, inserido numa Europa e num mundo que pouco podemos mudar.

É sobretudo a realidade das pessoas que somos com os meios de que dispomos.

Estamos pois perante opções que deverão girar sempre à volta de um trinómio [SOUTO DE MOURA].

O trinómio garantias, eficácia e realismo.

Se falha uma destas linhas de força, ou falha o Estado de Direito, ou falha a própria política criminal.

A questão estará sempre na identidade ou na diversidade, na coincidência ou na descontinuidade entre a ciência e a prática do direito.

Se os cientistas pudessem comparar-se com os poetas, diria que os cientistas do direito têm o tormento das rimas obrigadas.

Valha-nos pois um bom dicionário de rimas, nos torvelinhos reformatórios deste nosso «desacordo ortográfico»!

VI – Por fim

O desejo que aqui expresso e a certeza que me conforta são os de que o brilho e a riqueza intelectual dos participantes neste Seminário seguramente contribuirão para iluminar um caminho que terá de ser feito por todos.

Um dos cinco eixos do Programa do XVII Governo Constitucional consiste em «elevar a qualidade da nossa democracia, reforçando a credibilidade do Estado e do sistema político e fazendo dos sistemas de justiça e de segurança instrumentos ao serviço de uma plena cidadania».

Deste Seminário, que ganha habilitação e tutela, desde logo, naquele Programa, advirão, estou certo, novos e relevantes contributos na busca de soluções que permitam aperfeiçoar os trilhos da legalidade e, por via disso, garantir um melhor desempenho da função policial, cujo fim último terá de ser sempre a plena realização do Direito – em liberdade.

Importa que sejamos obreiros desta democracia *possível*, em tempos de liberdade *limitada*, de igualdade *aproximada* e de fraternidade *intermitente*.

É ainda certo, como dizia ANTÓNIO SÉRGIO, que a mais difícil das reformas é a das mentalidades.

O bom funcionamento de uma democracia é, com efeito, antes de mais, uma questão de mentalidades, pois que a democracia é o regime menos contraditório com a ideia que um homem livre faz da sua dignidade cidadã.

Penso que as polícias, como, por exemplo, a escola ou a imprensa, são, antes de tudo, um meio de educação e não um instrumento de repressão, e que, numa sociedade genuinamente democrática, a confiança no profissionalismo, na integridade e na humanidade do serviço policial, constitui factor essencial para a consolidação da democracia.

Tenho por certo, como HANNAH ARENDT, que, também neste particular do serviço policial, «a aceitação de males menores significa a aceitação do mal em si mesmo».

Com efeito, só prevenidas as forças e serviços de segurança contra as práticas anormais e imperfeitas no desempenho da sua actividade é que os cidadãos verão a polícia como o garante das suas liberdades e dos seus direitos e não como uma ameaça às suas liberdades e aos seus direitos.

Não nos iludamos: é tão certo que, no limite do seu próprio excesso, a liberdade mata a liberdade, como, de igual modo, nesse mesmo limite, a insegurança torna irresistível o apelo à ordem, ainda que autoritariamente imposta.

Uma latente confusão entre o Estado-Polícia e a Polícia de um Estado Democrático de Direito alimenta, ainda hoje, a dialéctica da ordem e da liberdade.

Ora, há uma diferença essencial entre policiar com violação dos direitos fundamentais do cidadão, e policiar no rigoroso respeito por esses direitos. Mais do que isso: exercer a autoridade de polícia com o objectivo específico de assegurar esses direitos fundamentais.

Nesta sede, a Inspeção-Geral da Administração Interna continuará a ser um factor pedagogicamente activo.

Sei que temos o mesmo propósito e que todos intentamos, na rua, nas esquadras ou nos gabinetes, acrescentar democracia.

É mais que tempo de terminar.

Quanto às reformas de que, mais ou menos distanciadamente, tenho falado, peço ainda a Vossa prudência céptica relativamente aos flautins mediáticos e às assertivas, demasiado eloquentes e conclusivas, de alguns donos ou de alguns arrendatários da verdade.

Em tempos de erosão normativa (determinada, muitas vezes, pelo narcisismo e até pelas migrações), nesta sociedade de riscos, intangíveis e indomináveis (a que se encontra sujeita a população das sociedades ocidentais, potenciando o medo e as necessidades de controlo e de segurança, agudizando os instrumentos de repressão), as reformas penais e processuais penais traduzem, nomeada e reiteradamente, aquilo que podemos chamar «agravações», no DP como no DPP, alterando-se, do mesmo passo, o papel do Estado e dos direitos fundamentais [WINFRIED HASSEMER].

Estes [direitos fundamentais], tendem agora a constituir (mais) um obstáculo na eficácia da luta do Estado contra a criminalidade, ao ponto de o discurso, mesmo a dogmática e a Lei sedimentarem, amiúde, um direito fundamental à segurança.

Pergunto, ainda assim: existem limites à restrição de direitos fundamentais? Ao seu núcleo essencial? Que limites? Aportando e arrostando com que problemas?

É certo que, para enfrentar estas reformas, se precisa não apenas ideias claras – e sobretudo ideias claras! – mas precisa-se também de muita reflexão e ponderação e de uma cláusula de confiança e de solidariedade.

É o V. trabalho, está na V. vontade e nas V. mãos.

Creio porém que é preciso, antes e para além de tudo, ter confiança, é preciso ter esperança.

Como escreveu o meu conterrâneo VERGÍLIO FERREIRA, importa «*crer para ver*».

Em puro ousio e para que essa confiança e essa esperança possam, neste Seminário, ser motivadas e dirigidas, proponho, como mote do V. trabalho, uma reflexão de MIGUEL TORGA:

«Sobretudo não desesperar, não cair no ódio nem na renúncia. Ser homem no meio de carneiros, ter lógica no meio de sofismas, amar o povo no meio da retórica».

Fico-vos muito grato por mais esta oportunidade de vos reencontrar, de estar convosco.

Parabéns pelo V. esforço!

Bom trabalho

Muito obrigado.

Sucessão de interrogações sobre a aplicação da Lei Penal no tempo *

INÊS FERNANDES GODINHO

*Doutoranda da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Colocação do problema

Falar sobre a aplicação da lei penal no tempo é, primordialmente, falar sobre o artigo 2.º do Código Penal. E se, há alguns anos, depois do debate suscitado pela Reforma de 1995, este poderia ser um tema eventualmente menos apaixonante, porque relativamente consensual, hoje a paixão volta novamente ao tempo penal.

O motivo deste reacender da chama foi a recente alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro ao artigo 2.º do Código Penal. E não falamos aqui de uma alteração a todo o artigo: o nódulo problemático encontra-se circunscrito à alteração do n.º 4 deste artigo. Assim, como afirma FÁRIA COSTA, “actualmente a questão da sucessão de leis no tempo impõe-se como inescapável para a compreensão do direito penal”¹. Na verdade, é nesta matéria que podemos encontrar a vivificação da articulação de diversos princípios estruturantes do direito penal.

* O artigo que se publica corresponde à conferência proferida no primeiro seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 13 e 14 de Maio de 2008, na Universidade do Algarve..

¹ JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª ed., 2009, p. 84.

Com efeito, determinava o anterior n.º 4 que *quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado*². Agora, esta ressalva apresenta redacção diferente: *se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior*.

O alcance desta alteração refere-se, em um primeiro plano, a uma nova ponderação entre o valor do caso julgado e o princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável e, em um segundo plano, à possibilidade, conferida pelo Código de Processo Penal revisto, de uma reabertura da audiência e seus limites.

Ora, como é bom de ver, este último aspecto poderá – como, aliás, se tem vindo a verificar – suscitar complexas situações de reabertura de audiência para a discussão de elementos do crime, as quais importa considerar aqui. Apresentado o escopo problemático do que pretendemos analisar, iremos iniciar o nosso percurso pelo n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal.

A aplicação retroactiva da lei mais favorável e o caso julgado

Enquanto reflexo penal da proposição constitucional de aplicação retroactiva de lei mais favorável constante do artigo 29.º, n.º 4 da Lei Fundamental, o n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal estabelecia, como limite para a aplicação da lei mais favorável, o caso julgado³. O fun-

² Sobre a aplicação da lei penal no tempo, veja-se JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 83 e s.; *idem*, «O Direito Penal e o Tempo (Algumas Reflexões Dentro do nosso Tempo e em Redor da Prescrição)», *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. Comemorativo, 2003, p. 1139 e s.; AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 95 e s.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 193 e s. Na literatura estrangeira, interessante consultar HASSEMER/KARGL, § 2, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Nomos Kommentar StGB*, I, 2005, p. 186 e s.; GLEß, «Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§2 III StGB)», *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht* 2000, p. 224 e s.; W. HASSEMER, «Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive», in: Lüderssen *et. al*, *Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip*, 1990, p. 201 e s.; FERRANDO MANTOVANI, *Principi di Diritto Penale*, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2007, p. 27 e s.

³ Este limite já podia ser encontrado no Código Penal de 1886, sendo que ali se distinguiu – no artigo 6.º – entre a pena estabelecida e as disposições da lei sobre os efeitos

damento para tanto alicerçava-se, já então, nos princípios da certeza e segurança jurídicas. Todavia, o certo é que a doutrina constitucional, *maxime* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, entendem que “a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (despenalização, penalização menor, etc.) há-de valer, ao menos em princípio, mesmo para os casos julgados, com a conseqüente reapreciação da questão (...)”⁴.

Então o que justificava, afinal, aquele limite?

Pese embora iniciarmos um breve excursão sobre a lei anterior, ou melhor, sobre o fundamento de tal limite, iremos verificar que tal excursão não se torna espúrio nem desprovido de sentido, na medida em que nos permitirá poder ajuizar melhor a oportunidade da recente Reforma Penal quanto a esta matéria.

Como já tivemos ocasião de referir, existiu aqui uma preocupação de acautelar a segurança jurídica. A segurança de uma sentença imodificável, de uma decisão que prevaleça sobre as de quaisquer outras autoridades (artigo 205.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa) constitui, assim, um valor a acautelar⁵.

Todavia, não podemos entender o caso julgado como um valor em si mesmo, absoluto, até porque o direito, não podendo ser imutável à passagem do tempo⁶, se vai alterando, tal como as decisões que nele se

da pena. Com efeito, de acordo com a 3.ª excepção ao art. 6.º do Código Penal de 1886, “as disposições da lei sobre os efeitos da pena têm efeito retroactivo, em tudo quanto seja favorável aos criminosos, ainda que estes estejam condenados por sentença passada em julgado, ao tempo da promulgação da mesma lei, salvo os direitos de terceiros”.

⁴ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, Tomo I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 496.

⁵ Apesar de não encontrar consagração *qua tale* na Lei Fundamental. FARIA COSTA refere a “segurança jurídica que advém da estabilização de um acto jurisdicional”, in *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 89.

⁶ A propósito da historicidade como factor de compreensão do direito, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 149 e s.; *idem*, *O Perigo em Direito Penal*, Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 25 e s.; ARTHUR KAUFMANN, «Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik», in: Bockelmann/Kaufmann/Klug, *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt: Klosterman, 1969, p. 243 e s., em que o Autor distingue dois aspectos: um primeiro jurídico-filosófico e de ontologia do direito e um segundo aspecto que se relaciona com a metodologia e a teoria jurídicas. Ainda a este propósito veja-se ERNST-JOACHIM LAMPE «Anthropologische Struktur und Geschichtlichkeit des Rechts», in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth, *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: C.F.Müller, 1993, p. 199 e s.

alicerçam⁷. Deste modo, no caso particular da lei penal – em que é patente uma tensão entre o direito de punir e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos –, quando exista uma alteração que reflecta essa valorização social e que se revele ser menos severa do que a anterior, justifica-se uma aplicação daquele que é, indubitavelmente, um dos princípios vectores de um Estado de direito democrático: o princípio da igualdade. No fundo, aplicar a lei mais favorável a todos quantos estejam em condições dela beneficiar. Esta, em pinceladas largas, uma explicação para o entendimento sufragado pela doutrina constitucionalista, de que o caso julgado não tem, *per se*, de constituir um limite à aplicação da lei penal mais favorável.

O que nos impele para encontrarmos o motivo para a manutenção deste limite e a razão para a sua remoção em 2007.

Recorrendo à Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, verificamos que se pretendeu reforçar a aplicação retroactiva da lei mais favorável, em cumprimento do disposto no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição. O que implica que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, cessarão a execução e os efeitos penais quando o arguido já tiver cumprido uma pena concreta igual ou superior ao limite máximo da pena prevista em lei posterior (artigo 2.º, n.º 4). Assim, e ainda de acordo com a Exposição de Motivos, esta solução é materialmente análoga à contemplada no n.º 2 do artigo 2.º para a hipótese de lei nova discriminadora e a sua efectivação prescinde de uma reponderação da responsabilidade do agente do crime à luz do novo regime sancionatório mais favorável.

Na verdade, quando há uma descriminalização⁸, tal significa que o Estado deixa de ter uma pretensão a punir criminalmente aquele facto. Deste modo, não faz sentido que se permita que um agente continue a responder por um facto em relação ao qual já não existe a tal pretensão punitiva.

Poderia, então, colocar-se a questão de saber se a anterior redacção – face aos argumentos aduzidos na Exposição de Motivos – não seria, ela própria, inconstitucional por impor um limite à aplicação retroactiva da

⁷ Existem, inclusivamente, entendimentos segundo os quais alterando-se a premissa de direito da decisão transitada em julgado, a conclusão pode deixar de ter fundamento. Cfr. Dec. Vencido Cons. José de Sousa Brito, Ac. TC n.º 644/98.

⁸ Sobre a descriminalização e o seu sentido, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 46; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (cit.), p. 131 e s.; *idem*, «Lei criminal e controlo da criminalidade. O problema legal-social da criminalização e da descriminalização», *Revista da Ordem dos Advogados* 36, 1976, p. 69 e s.; CARLO ENRICO PALIERO, *Minima non Curat Praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova: CEDAM, 1985, *passim*.

lei penal mais favorável. Não obstante a pertinência de tal questão, o certo é que o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 644/98, considerou que a anterior redacção não era inconstitucional em caso de alteração quantitativa da pena⁹. Todavia, o certo é que mesmo neste aresto podemos encontrar dois votos de vencido em sentido oposto. Ou seja: de uma perspectiva constitucional, podemos aceitar como possível pugnar por qualquer uma das posições, conquanto seja acautelada a devida ponderação entre os dois valores em tensão.

Ora, se é verdade que o caso julgado representa a realização de justiça material e o exercício pleno da função jurisdicional, não é menos verdadeiro que o princípio *in favor libertatis*¹⁰ é, também ele, pilar fundante de um ordenamento penal justo e liberal. Em termos concretos, a alteração de uma disposição penal para um sentido mais favorável – ou, de outro modo, menos desfavorável – implica, reflexamente, que se lhe encontra subjacente uma decisão de política criminal que teve, também ela, em conta os valores e valorações sociais historicamente situados¹¹.

Procurando apoiar-nos em um exemplo recente da lei penal, verificamos que a medida da pena concretamente aplicada para efeitos da suspensão da execução da pena de prisão foi alterada de três para cinco anos (art. 50.º, n.º 1 do Código de Penal). O que vem a significar que o legislador entendeu que mesmo no caso de penas de prisão aplicadas em

⁹ Todavia, existe jurisprudência do Tribunal Constitucional que se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade do art. 2.º, n.º 4 do Código Penal, “na parte em que veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semi-público um crime público, quando tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da sentença”. Cfr. Ac. TC n.º 169/2002, de 17 de Abril de 2002, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰ Veja-se FERRANO MANTOVANI, *Principi di Diritto Penale* (cit.), p. 27 e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (cit.), p. 104.

¹¹ Neste sentido, tomamos de empréstimo as palavras de FIGUEIREDO DIAS: “O fenómeno da criminalização e da descriminalização é decerto inseparável da evolução sócio-cultural no seu mais amplo sentido; mas ele depende sempre, em último termo, das finalidades que com o direito penal se procuram servir, da sua teleologia específica e das intenções político-criminais, não da forma como a valoração seja levada a cabo por outros ramos do direito”, *Direito Penal* (cit.), p. 16. Sobre as exigências que impendem sobre a política criminal vejam-se os estudos de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos», in: Manuel da Costa Andrade *et. al*, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 207 e s.; ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, «Hoy y Mañana de la Política Criminal Protectora de los Valores Humanos (La Paz desde la Victimología)», in: *Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 9 e s.

medida superior a três anos, desde que inferior a cinco anos, se justificaria conceder a possibilidade de a execução da pena de prisão ser suspensa. Neste ponto, podemos ler na Exposição de Motivos, “Procurando ainda adequar a execução das sanções penais às correspondentes infracções e às necessidades de prevenção criminal, contempla-se a possibilidade de suspender penas de prisão até cinco anos. Todavia, será obrigatório aplicar o regime de prova quando a pena de prisão suspensa exceder três anos”.

Não abordando, neste tempo e lugar, o problema concreto da suspensão da execução da pena, temos, aqui, não obstante, um caso de uma disposição penal mais favorável, não obstante não se ter tratado de qualquer descriminalização ou despenalização.

No regime anterior, se tivesse havido uma decisão transitada em julgado, esta disposição não iria ter quaisquer efeitos sobre um agente que tivesse sido condenado em uma pena de prisão de quatro anos. Inversamente, um agente que, pela prática do mesmo crime nas mesmas circunstâncias tivesse sido condenado – ao abrigo do actual regime – em uma pena idêntica, teria a possibilidade de ver a execução da sua pena suspensa.

Talvez através deste exemplo possamos ver que as necessidades de certeza e segurança jurídicas acauteladas pelo limite do caso julgado podem implicar situações materialmente injustas na esfera do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável. Talvez por isso possamos afirmar que a alteração do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal terá, relativamente a estas situações, reflexos positivos.

Existe, contudo, um aspecto que se impõe quando analisamos os reflexos que tal vantagem poderá trazer: a sua viabilidade ou exequibilidade dentro dos parâmetros do sistema de justiça penal, o que nos remete, afinal, para a questão da reabertura de audiência¹².

A reabertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, prevista no actual artigo 371.º-A do Código de Processo penal, foi aditada na sequência da alteração sofrida pelo n.º 4 do artigo

¹² Para uma compreensão do instituto da reabertura de audiência antes da entrada em vigor da Lei 49/2007, de 29 de Agosto, veja-se LABORINHO LÚCIO, «Sujeitos do processo penal», in: CEJ, *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 35 e s. Já em relação ao art. 369.º, o Código de Processo Penal rejeitava “um sistema radical de *césure*, perfilhando antes um sistema mitigado, em que se autonomiza a individualização das medidas penais aplicáveis”. Cfr. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 668.

2.º do Código Penal. De acordo com esta norma “se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime”.

O confronto com esta norma suscita, desde logo, dois apontamentos. Por um lado, o primeiro apontamento relaciona-se com o pressuposto de admissibilidade para a reabertura da audiência. Por outras palavras, o artigo não encontra aplicação se a pena já tiver sido executada de acordo com a moldura penal da lei mais favorável. Não obstante parecer porventura supérflua esta afirmação, parece todavia a lei indicar a existência de um novo limite para a aplicação da lei penal mais favorável. Este limite foi deslocado do caso julgado para a execução da pena¹³. Por outro lado, a segunda nota prende-se com o conteúdo pouco claro da norma. Dito de outro modo: a norma não delimita quais os aspectos do «regime mais favorável» que poderão ser aplicados ao requerente.

O certo é que, princípios por ora à parte, a abertura da audiência, nos termos do artigo 371.º-A do Código de Processo Penal tem perturbado a ordem nos tribunais e tem-se revelado problemática no que respeita ao âmbito das questões admissíveis.

Se olharmos com atenção para o n.º 4 do art. 2.º do Código Penal, em articulação com o novo artigo 371.º-A do Código de Processo Penal, podemos verificar que ali se estabelece um regime dual.

Por um lado, aquelas situações em que a lei posterior venha a determinar uma diminuição do limite máximo previsto na moldura abstracta. Nestes casos, e de acordo com o art. 2.º, n.º 4 *in fine*, é automaticamente aplicada a lei mais favorável fazendo cessar imediatamente a execução da pena privativa de liberdade quando o agente já tiver cumprido a pena correspondente àquele limite máximo. Concretizando, se o crime X passar a ter como moldura penal máxima a pena de prisão até 5 anos quando esta era até 10 anos e A, condenado – por decisão transitada em julgado – a pena de prisão de 7 anos pelo crime X, já tiver cumprido 5 anos da citada pena, é automaticamente aplicada a lei mais favorável, cessando imediatamente a execução da pena de A.

¹³ Esta constatação acarreta algumas implicações: se o facto passar de ser punido com uma pena máxima de 5 anos para uma pena máxima de 3 anos, o agente que já tenha cumprido 3 (condenado em 5) ficará porventura desfavorecido em relação àquele que tenha cumprido 2, possa ver a sua pena suspensa e tenha, de igual modo, sido condenado em 5 anos de prisão.

Por outro lado, ainda tomando como referência este exemplo, se A ainda não tiver cumprido os 5 anos de prisão, terá de requerer a reabertura de audiência, nos termos do artigo 371.º-A do Código de Processo Penal, para que lhe seja aplicada a lei com o conteúdo mais favorável¹⁴. Como já tivemos oportunidade de mencionar, o limite para a aplicação do art. 371.º-A do CPP é, exactamente, a cessação da execução da pena¹⁵.

Analisado sucintamente o modo de funcionamento do novo regime, resta a outra questão, que nos aventuramos tratar aqui. Referimo-nos ao enquadramento da tensão constitucional existente entre o caso julgado e o princípio de aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, o qual nos permitirá retirar algumas formulações conclusivas.

O caso julgado, a *lex mitior* e a Lei Fundamental: esquisso de uma ponderação

Na ponderação destes dois princípios de tom constitucional teremos, imperativamente, de começar por um recurso ao artigo 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental. Com efeito, ali se estabelece, como princípio reitor, que *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*. Traduzindo as implicações deste preceito para a matéria que ora nos ocupa, diremos que daqui deriva uma clara orientação de que a restrição do direito à liberdade pessoal deve ser mínima¹⁶. Conjugando o artigo 18.º, n.º 2 com o artigo 29.º, n.º 4 da Constituição,

¹⁴ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 164/2008, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁵ Quanto à composição do tribunal desta reabertura de audiência, concordamos com JORGE GONÇALVES, quando refere que “a reabertura da audiência para determinação da sanção, com ponderação do regime penal concretamente mais favorável, assente que estará a questão da culpabilidade, não supõe a intervenção dos mesmos juizes de julgamento, sendo certo que tal reabertura deverá ocorrer sempre perante o tribunal de 1.ª instância, por forma a não privar o acesso às vias de recurso”, in: «A revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares», *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 15 e s., p. 39.

¹⁶ Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 255. Mais aprofundadamente sobre o art. 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada* (cit.), p. 388 e s.

vemos, então, porque é que o limite do caso julgado existente na redacção anterior do Código Penal poderia ser tido como inconstitucional. Por duas razões: porque havendo uma despenalização, tal corresponde a uma diminuição das necessidades político-criminais e de prevenção geral e especial em relação a determinado comportamento. Logo, não se justificará que por esse comportamento seja cumprida uma pena superior àquela tida como adequada pela despenalização¹⁷. Ou seja, acarretaria um dever de aplicação retroactiva plena de tal despenalização, sendo qualquer limite à mesma inconstitucional¹⁸.

Todavia, não podemos também esquecer que o caso julgado é, ele próprio, um valor com relevância constitucional. No fundo, o que se trata é de “aferir do fundamento do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável e ponderar se aquele deve ceder, obrigatoriamente, face a uma eventual necessidade de salvaguarda do caso julgado penal”¹⁹.

De um lado, o fundamento da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável alicerça-se no princípio da necessidade penal (ou da tutela penal)²⁰. Dito por outras palavras: “o direito penal só deve intervir, só deve querer aplicar-se, só deve tomar conta de um certo tipo de actuações ou de actos quando isso for por um lado eficaz e por outro necessário”²¹. No caso concreto da aplicação da lei penal mais favorável, trata-se de reflectir que “se, em momento posterior à prática do facto, a pena se revela desnecessária, torna-se constitucionalmente ilegítima”²².

Por seu turno, o caso julgado constitui garantia da segurança jurídica de que “a estabilidade do direito tornado certo pela sentença insusceptível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara”²³. De outro modo, é uma protecção da segurança jurídica

¹⁷ Sobre despenalização, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 46.

¹⁸ Defendendo esta posição, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (cit.), p. 103 e s.

¹⁹ Ac. TC n.º 164/2008 (cit.), ponto 8.

²⁰ A propósito deste princípio, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleological-racional de crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2, 1992, p. 173 e s.

²¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º Volume, Reimp., Lisboa: AAFDL, 1998, p. 33.

²² Ac. TC n.º 164/2008 (cit.), ponto 9.

²³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 494.

em relação a actos jurisdicionais; é, em último caso, uma emanção do princípio do Estado de Direito²⁴. Mas, mesmo sendo um valor constitucional, não é um valor absoluto, podendo o legislador, dentro dos limites impostos pela 2.ª parte do n.º 2 do art. 18.º da Lei Fundamental, proceder a uma ponderação entre este valor e o direito à aplicação de lei mais favorável.

Deste modo, o que se pretendeu, afinal, com a Reforma de 2007, foi que o limite do caso julgado não impedisse uma aplicação retroactiva de uma lei nova que tivesse efeitos análogos aos de uma norma descriminalizadora ou despenalizadora. A título de exemplo, aqueles casos em que um crime passa de público a semi-público e, nessa sequência, em que a desistência de queixa passa a ser relevante.

Na verdade, o Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se diversas vezes sobre a (in)constitucionalidade do art. 2.º, n.º 4 (na redacção anterior à Reforma de 2007), entendeu, mesmo aí, dever haver uma sobreposição do princípio da aplicação da lei retroactiva mais favorável ao caso julgado em duas situações: (i) quando exista uma mudança “qualitativa” da pena (Acórdão n.º 644/98) ou (ii) quando a lei posterior descriminalizar ou produzir efeitos substancialmente análogos (Acórdão n.º 677/98).

Mais. É na própria Constituição que encontramos uma «ponderação constitucional» entre o caso julgado e a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável: de acordo com o artigo 282.º, n.º 3, ressalvam-se os casos julgados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, excepto “decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

Daqui resulta manifesto que o caso julgado, pese embora a sua importância como garante da segurança jurídica, deverá ceder naqueles casos em que esteja em causa uma restrição do direito de liberdade (aliás, como determina o artigo 18.º, n.º 2 da Lei Fundamental)²⁵. E foi disso que se tratou na Reforma.

²⁴ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 257.

²⁵ Como afirmam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “é errado, senão mesmo contraditório, invocar o princípio *ne bis in idem*, consagrado no n.º 5 do art. 29.º, como argumento a favor da intangibilidade do caso julgado penal. Um tal argumento esquece a evidência de que a proibição de duplo julgamento penal referida no mencionado n.º 5, visa impedir a dupla punição pelo mesmo crime, e não, de forma alguma, impedir a

De facto, se observarmos mais atentamente a conjugação das normas em análise, verificamos, pois, que a ressalva do caso julgado não pode ser, afinal, absoluta. O principal limite deverá situar-se na apreciação da culpa do arguido, julgamento esse que constituirá o caso julgado material – e o interesse constitucionalmente protegido a salvaguardar – na situação de reabertura de audiência. Ou seja, o caso julgado cederá sempre que em causa esteja a punibilidade. Mas apenas e unicamente quando esteja em causa a punibilidade²⁶.

Feitas estas considerações a propósito da actual redacção do artigo 2.º, n.º 4 do Código Penal, devemos, assim, apontar os seguintes traços de aplicação:

- a) a aplicação de lei penal mais favorável é oficiosa em caso de cumprimento da pena em medida idêntica ao novo limite máximo²⁷;
- b) no caso de a pena ainda não se encontrar cumprida, é necessário que, querendo, o visado apresente o requerimento de abertura de audiência para aplicação da lei mais favorável, de acordo com o art. 371.º-A do Código de Processo Penal;
- c) a reabertura de audiência terá como objecto a reapreciação da punibilidade do agente²⁸;

“revisão” da pena aplicada, por força da entrada em vigor de uma lei nova que estabelece para o mesmo crime uma pena mais leve”, In: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 330 e s.

²⁶ Como afirma o Conselheiro José de Sousa e Brito, “não se trata de uma verdadeira revisão da sentença porque esta não tem de ser corrigida. Há apenas, eventualmente, que aplicar a lei nova ao caso. Mas para a realização dessa tarefa o trânsito em julgado faz diferença: não se trata de aplicar a lei nova a um arguido que se presume inocente; trata-se de a aplicar a um condenado cuja culpa não é questionada, apenas se questionando, no todo ou em parte, a punibilidade”, Declaração de voto, Ac. TC n.º 644/98.

²⁷ O Tribunal da Relação do Porto, no seu Ac. n.º 3027/08-4, de 17 de Setembro, – disponível em www.dgsi.pt – admite a redução oficiosa do período de suspensão da pena, aplicando o n.º 5 do art. 50.º do Código Penal na sua actual redacção. Sobre a aplicação oficiosa do n.º 4 do art. 2.º veja-se também JORGE GONÇALVES, «A revisão do Código Penal...» (cit.), p. 38.

²⁸ Admitindo a produção de prova, mas limitando-a à decisão sobre a aplicação de pena substitutiva de prisão, refere o Ac. TRP n.º 2155/08-4, de 28 de Maio (disponível em www.dgsi.pt) que: “Quando o que está em causa na reabertura da audiência prevista no art. 371.º-A do CPP é a possibilidade de aplicação de uma pena substitutiva de prisão, não admissível à luz da lei anterior, nada obsta à produção de novos meios de prova que relevem para a decisão dessa questão”. Devemos, contudo, sublinhar que admitir-se esta prova não poderá implicar deixar uma “janela aberta” para a reapreciação da culpabilidade

- d) a ressalva do caso julgado apenas é afastada em caso de execução de uma pena principal, não prevendo a lei o caso das penas de substituição;
- e) A lei não prevê a sua aplicação às medidas de segurança²⁹.

De forma sintética, estes são os principais aspectos suscitados pela nova redacção do artigo 2.º do Código Penal. E, permita-se-nos, o regime que poderá melhor reflectir a adequada ponderação entre o direito à aplicação de lei penal mais favorável e o valor do caso julgado. Se, inversamente, desconsiderarmos, em absoluto, aquele valor – *maxime*, permitindo a ultrapassagem do limite do caso julgado sobre a culpa do agente e admitindo a reabertura da audiência para nova discussão de audiência e julgamento sobre os factos controvertidos – estar-se-á, incontornavelmente, a pôr em causa a soberania judicial por força de intrusão legal. É que vejamos: se se permitir regime mais “favorável” do que o novo regime mais favorável permite, estar-se-á, também, como enfatiza JOSÉ DE FARIA COSTA, a permitir a discussão penal sobre a culpa do agente por decreto. E este estado de coisas apenas fragiliza o Estado de Direito democrático e liberal³⁰.

No âmbito desta ponderação a propósito das alterações ao regime de aplicação da lei penal no tempo, há, todavia, um aspecto pragmático que, como nota final, não podemos deixar de salientar. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “apesar destas cautelas, resta saber se uma tal brecha na ressalva dos casos julgados não constituirá um factor de inibição de futuras reformas legislativas com vista à redução de penas de certas categorias de crimes em que se verifique um elevado número de condenações (v.g., crimes patrimoniais ou crimes de tráfico ou relacionados

do agente. O que não obsta a que possamos concordar com uma produção de prova cuja valoração apenas e unicamente se reflita no patamar da punibilidade, ideia, aliás, que resultava já do disposto no art. 369.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

²⁹ Não obstante, como já teve oportunidade de sublinhar MARIA JOÃO ANTUNES, as aludidas normas se situarem em um ordenamento jurídico – tanto no plano constitucional (art. 29.º, n.º 4 da CRP) como no plano infra-constitucional (art. 1.º e 2.º do CP) – que não distingue as penas das medidas de segurança. Cfr. «Alterações ao sistema sancionatório», *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, p. 7 e s., p. 14.

³⁰ De forma vigorosa, tem defendido esta posição JOSÉ DE FARIA COSTA, considerando a nova redacção do n.º 4 do art. 2.º, *in toto*, inconstitucional por violação do princípio da separação de poderes. Veja-se *Noções Fundamentais de Direito Penal* (cit.), p. 88 e s.

com o tráfico de estupefacientes) e se não acabará assim por ter efeitos contraproducentes”³¹.

Considerações Finais

A propósito da aplicação da lei penal no tempo é este o tempo de concluir. Fazendo, em jeito de balanço final, uma apreciação geral das inovações trazidas pela reforma, diremos sempre que todas as alterações que acentuem os direitos, liberdades e garantias e, muito particularmente, o direito de liberdade, são sempre bem-vindas.

Todavia, acompanhando FIGUEIREDO DIAS, não podemos deixar de manifestar a nossa reserva quanto a futuras despenalizações relativas. Pois que, como é sabido, boas intenções nem sempre significam boas soluções. E no caso ora abordado, é também de todos conhecida a forte dificuldade operacional com que se depara o sistema judicial, pelo que esta «brecha» pode vir a revelar-se uma fenda difícil de reparar.

Na verdade, apesar do alargamento do princípio da aplicação retro-activa da lei mais favorável, pode este alargamento pouco passar de intenção em virtude da dificuldade da sua exequibilidade (prática). Motivo acrescido para o novo regime de aplicação de lei penal no tempo voltar a suscitar paixões, discussões e, em *ultima ratio*, decisões políticas.

³¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (cit.), p. 203.

Casting* em Direito Penal (ou um percurso pela autoria)

INÊS FERNANDES GODINHO

*Doutoranda da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Palavras de autoria iniciais

A resposta do Código Penal à questão “quem é o autor do crime” é a constante do artigo 26.º: *É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.*

Bastará esta resposta para compreender que uma tentativa de abarcar, neste tempo e lugar, toda a comparticipação¹, estaria indubitavelmente condenada ao fracasso, pelo que se optará aqui por um breve percurso pela autoria em direito penal. Pois que o artigo 26.º do Código Penal, ainda que não tenha sofrido alterações com a recente Reforma, apresenta, devido a esta, razões para algumas observações. Com efeito, algumas das alterações de 2007, particularmente no que toca à respon-

* O texto ora publicado corresponde, com ligeiras alterações, ao apresentado no quinto e sexto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, que tiveram lugar em Viseu e em Lisboa, em 13 e 14 de Novembro de 2008 e em 16 e 17 de Dezembro de 2008.

¹ A propósito do conceito de comparticipação, MIGUEL PEDROSA MACHADO, «Para uma síntese do conceito jurídico-penal de comparticipação (numa perspectiva de comparação luso-brasileira)», *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 763 e s.

sabilidade criminal das pessoas colectivas, podem vir a levantar dúvidas na matéria da autoria. O que, afinal, implica que se tenham como pressupostos os critérios de autoria das pessoas singulares. Ora, nas palavras de ROXIN, em termos penais, o autor é “a figura central do acontecer criminoso”². Deste modo, trata-se aqui de um percurso pelas regras de *casting* para a determinação dos actores principais do crime.

O Código Penal português utiliza um conceito restritivo³ de autor, nele incluindo as diversas formas em que o agente tenha contribuído para a consumação do crime. Procurando, então, seguir as formas de autoria do artigo 26.º do Código Penal, iremos abordar a autoria imediata, a autoria mediata, a co-autoria e a instigação, não esquecendo, todavia, um relance – que, por definição, será breve – ao artigo 28.º do Código Penal a propósito da ilicitude na comparticipação e aos novos problemas trazidos pelo artigo 11.º do Código Penal, a propósito da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

§ 1 A autoria imediata: quem executar o facto por si mesmo

A autoria imediata representa o típico exemplo de escola: *A* mata *B*. Contudo, nem mesmo o mais simples dos exemplos implica a mais simples das realidades. Em caso de autoria plural – *A* e *B* matam *C* – pode não ser já tão linear que *A* e *B* tenham executado o facto por si mesmos. Mais: *A* pode ter morto *B* porque *C* o coagiu a tanto.

De qualquer modo, e porque nesta primeira paragem do nosso percurso ainda não nos encontramos munidos de todos os instrumentos dogmáticos necessários, procuraremos simplificar: a autoria imediata significa que autor será aquele que leve a cabo o facto “pelas suas pró-

² Veja-se CLAUS ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7.ª ed., trad. Cuello Contreras/González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 44 e s. Ou, na formulação de CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “o autor é, ao nível da acção, a figura central do acontecimento penalmente relevante”, in: «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?», Manuel da Costa Andrade *et al.*, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 651 e s., p. 653.

³ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 763. De acordo com este conceito apenas é autor o agente que tenha, ele próprio, preenchido os elementos típicos do crime, contrapondo-se este ao conceito extensivo de autor, segundo o qual é autor qualquer agente que tenha contribuído, em termos causais, para a realização do crime. Cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 305.

prias mãos”⁴. Trata-se de uma descrição normativa de uma realidade física, que tem como referente os crimes dolosos por acção, ainda que esta seja também aplicável aos crimes negligentes⁵.

Fundamental para que se possa considerar um agente como autor imediato é, assim, que este preencha “na sua pessoa a totalidade dos elementos objectivos e subjectivos do ilícito típico”⁶. É «actor principal» quem tem o domínio do facto. E, no caso concreto da autoria imediata, aquele que tenha o domínio da acção⁷. Esta ideia de domínio do facto – trabalhada por ROXIN e acolhida na doutrina dominante portuguesa⁸ – é a que constituirá o mote para as considerações a propósito da autoria mediata.

Não devemos, contudo, avançar para a análise da autoria mediata sem antes oferecermos uma breve explicação. A teoria do domínio do facto apresenta-se como aquela que distingue, no patamar objectivo e subjectivo, a autoria e a participação (conceito restritivo de autor), em contraposição às teorias objectivas, que vêem na contribuição causal do agente para a execução do facto típico o factor determinante da sua consideração como autor (conceito extensivo de autor)⁹ e, também, às

⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 775.

⁵ A controvérsia sobre a distinção entre as várias formas de autoria e dir-se-á mesmo, de comparticipação no âmbito dos crimes negligentes é significativa. Todavia, e considerando o escopo deste pequeno estudo, não a deveremos incluir sob pena de apenas perfunctoriamente a podermos abordar, permitindo-nos apenas apontar algumas referências: admitindo-a ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München: Beck, 2003, p. 96 e s.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 893 e s.; contra, KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (cit.), 313 e s. e literatura discordante indicada na nota 61; *idem*, Vor §§ 25-31, in: *Lehr- und Praxis Kommentar Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 168 e s.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 775.

⁷ ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (cit.), p. 151 e CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», in: Figueiredo Dias *et al.*, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 917 e s., p. 922.

⁸ Como também o sublinha SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos. Algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *RPCC* 15 (2005), p. 343 e s., p. 345.

⁹ Seguindo uma teoria tendencialmente mais unitária de autoria e, aproximando-se, assim, ao conceito extensivo de autor, FARIA COSTA, «Formas do Crime», in: CEJ, *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, 1983, p. 152 e s., *maxime*, p. 169, particularmente quando afirma que “é autor quem executa o facto. Isto é, aquele que dá «causa» ao facto”. Mais aprofundadamente sobre este assunto, CRAMER/HEINE, *Vorbem §§ 25 ff.*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuchkommentar*, 27 Aufl., München: Beck, 2006, p. 500 e s. e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 764.

teorias subjectivas, que apontam como sendo o factor de distinção a vontade do agente¹⁰. Feitas estas breves considerações, iremos, então, analisar a autoria mediata.

§ 2 A autoria mediata: quem executar o facto por intermédio de outrem

Diferentemente do que sucede na autoria imediata, a autoria mediata implica, por definição, uma pluralidade de agentes¹¹.

A autoria mediata coloca, conseqüentemente, problemas muito mais complexos, significando, por isso e necessariamente, uma paragem mais demorada no nosso percurso.

Tomando como referência o “texto-norma”¹², desde logo verificamos que esta descrição normativa é uma valoração jurídica de uma realidade que – à falta de melhor designação – apelidaremos de intelectual. Na verdade, o Código Penal considera como autor – punindo-o como tal – aquele que não actua tipicamente; quem, socorrendo-nos de linguagem emprestada do direito civil, se faz «representar»¹³ na comissão do crime¹⁴, no sentido em que é outro agente a realizar o facto típico como se dele se tratasse. Quase que de imediato a formulação do art. 26.º do CP traz à ideia a figura do «homem de trás». Usando uma metáfora com o mundo da representação – *in casu*, cinematográfica –, logo vêm à

¹⁰ Dito de outro modo: o autor quereria o facto como seu (vontade de autor) e o participante quereria o facto como alheio (vontade de partícipe). Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 764.

¹¹ A propósito da situação de pluralidade de agentes, não iremos aprofundar a questão dos crimes necessariamente plurisubjectivos como, p. ex., a participação em rixa (art. 151.º do Código Penal).

¹² Sobre as noções de “texto-norma” e “norma-texto” veja-se FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 146 e s.

¹³ Naturalmente que aqui não temos em vista a utilização, em sentido técnico, do conceito normativo de representação com a sua correlativa exigência de certos requisitos.

¹⁴ Exactamente por isso, ERNST-JOACHIM LAMPE refere que o § 26 do StGB – análogo ao nosso artigo 26.º do CP – não cumpre a sua função de ordenação e de intermediação entre o mundo físico e a valoração normativa nos casos de crimes por omissão e negligentes, in: «Tätersysteme: Spuren und Strukturen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 119 (2007), p. 471 e s., p. 516.

memória os filmes sobre a Máfia, em que um «Padrinho» – sentado à sua secretária¹⁵ – dá ordens para que o crime *X* ou *Y* seja cometido.

Mas a autoria mediata não deve compreender-se de jeito «hollywoodesco». Esta forma de autoria representa, antes, uma solução dogmática para intrincadas situações reais.

De acordo com a teoria do domínio do facto – hoje claramente maioritária, como já tivemos oportunidade de referir – o autor é aquele que tem, seja-nos perdoada a intencional repetição, o domínio do facto. E, no caso particular da autoria mediata, tem o domínio do facto o agente que tenha o domínio da vontade do executante. Esta visa, assim, ser uma solução para o problema da fundamentação da consideração como autor daquele que não executou o facto. Mais. Este domínio da vontade, segundo ROXIN, pode dever-se a três motivos distintos: coacção, erro ou em virtude de um aparelho organizado de poder. Na primeira hipótese, o executante actuará em uma situação de legítima defesa ou em direito de necessidade, logo, licitamente, o que justifica que se considere o “homem-de-trás” como autor mediato. Procurando, uma vez mais, um exemplo: *A* sequestra *B*, filho de *C* e, telefonando a *C*, ordena-lhe que mate *D* se quiser voltar a ver o seu filho com vida. Esta ilustração demonstra como a actuação – e a vontade – de *C* é dominada por *A*. Ou seja: se não fora a ordem de *A*, bem como o seu enquadramento, *C* não teria nem querido matar nem teria morto *D*. De modo apodíctico: *A* domina a vontade de *C*¹⁶.

Mas este exemplo pode ainda servir-nos, com ligeira adaptação, para a segunda hipótese enunciada: o domínio da vontade em virtude de erro. *A* sabe que *B* desapareceu há dias e faz o mesmo telefonema. Aqui, *C* encontra-se na suposição (errónea) de poder estar a actuar ao abrigo de uma causa de justificação. Ou ainda mais simples: *A* pede a *B* que telefone a *C*, não sabendo *B* que o telefone de *C* estava armadilhado para explodir. Neste caso existe um claro erro sobre a factualidade típica por parte de *B*¹⁷.

¹⁵ ROXIN chega a usar a expressão “criminoso de secretária”, in: «Autoria mediata através de domínio de organização», in: *Colóquio Internacional de Direito Penal: “Criminalidade Organizada”*, trad. João Curado Neves, Lisboa: Univ. Lusfada (policopiado), 2002, p. 8.

¹⁶ ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (cit.), p. 167 e s.

¹⁷ Outros exemplos podem ser encontrados em ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (cit.), p. 195 e, entre nós, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 779 e s.

A questão que, neste contexto, fará sentido colocar é a de saber se é possível, na autoria mediata, conceber uma situação de “autor atrás do autor” (SCHROEDER)¹⁸. Julgamos que a resposta poderá encontrar uma preciosa pista no próprio art. 26.º do CP, quando ali se estabelece – quanto à autoria mediata – que o facto deverá ser executado por *intermédio de outrem*. O que desde logo aponta para a consideração do executante como um outrem que é mero intermediário ou, na formulação de FIGUEIREDO DIAS, “instrumento”. Procurando, mais forte e mais fundo, o significado de “outrem”, logo vemos que o legislador quis claramente diferenciar o autor, enquanto tal, e o “outrem”, enquanto “não-autor”. Razões que conduzem a que, subscrevendo aquele Autor e nas suas palavras, a figura do autor atrás do autor “não é dogmaticamente concebível no quadro da autoria mediata”¹⁹.

Está, assim, em causa uma estrutura vertical de autoria²⁰, em que o autor mediato «comanda» o executante, sendo indiferente, para efeitos do art. 26.º do Código Penal, o meio através do qual o autor logra os seus intentos²¹.

Não abordámos, dolosamente, a terceira hipótese de domínio da vontade, relativa aos aparelhos organizados de poder, a qual iremos referir, um pouco mais adiante, no quadro da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

§ 3 A co-autoria: quem tomar parte directa na execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros

Na forma de autoria ora explorada, e ainda seguindo a terminologia desenvolvida por ROXIN, na co-autoria existe já não um domínio da vontade mas sim um domínio funcional do facto. Dito de outro modo, nenhum dos agentes que actua tem o domínio total da acção, uma vez que a rea-

¹⁸ FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Dunckner & Humblot, 1965. Mais recentemente, a este propósito, BERND SCHÜNEMANN, «Die Rechtsfigur des «Täters hinter dem Täter» und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7 (2006), p. 301 e s.

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 786.

²⁰ Por oposição à estrutura horizontal da co-autoria, como veremos adiante. Sobre este assunto, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, «Autoria mediata ...» (cit.), p. 658.

²¹ Neste sentido, FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 171.

lização típica resulta de uma actuação conjunta entre dois ou mais agentes. Pode falar-se em uma divisão de tarefas entre os diversos agentes, a qual tem origem em um acordo de vontades. Como afirma FARIA COSTA, “desde que se verifique uma decisão conjunta (*por acordo ou juntamente com outro ou outros*) e uma execução também conjunta estaremos caídos naquela figura jurídica (*tomar parte directa na sua execução*)”²².

São este acordo ou decisão conjunta que fundamentam que um agente que apenas realize parte do facto responda, afinal, pela sua totalidade²³. E ainda que, em regra, este acordo ou decisão conjunta devam ser prévios à realização do facto típico, é de igual modo possível conceber situações em que exista uma adesão ao acordo durante a execução de um facto típico por parte de um determinado agente. Ilustrando: *A*, *B* e *C* decidem assaltar um casino, elaborando um plano onde cada um desempenhará uma determinada função. *A* desligará o sistema eléctrico dos alarmes, *B* conseguirá o cartão de acesso aos cofres do casino e *C* deverá descodificar a segurança do referido cofre, sendo que os três deverão transportar, em certo tipo de malas, os ganhos do assalto. Entretanto, no dia combinado, *D*, que é amigo de *B* e conhecia o plano, aparece no casino uns instantes após a chegada de *A*, *B* e *C*, tomando parte activa na execução do assalto descrito. Na hipótese aqui considerada, *D*, visto que conhecia já o plano e os intentos de *A*, *B* e *C*, manifesta o seu acordo – ainda que tácito²⁴ – ao actuar conforme ao referido plano, pelo que deverá ser punido como co-autor do crime de furto qualificado. *D* configura, assim, o que na doutrina costuma designar-se por co-autor sucessivo²⁵. O limite para a punição deste co-autor situa-se no momento de adesão ao acordo, do mesmo modo que o limite da responsabilização dos diversos co-autores se encontra no “conteúdo” da decisão conjunta com que acordaram²⁶.

A propósito de decisão, é chegado o momento de avançarmos para o próximo cenário.

²² FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 170.

²³ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 792 e, ainda que com formulação ligeiramente diferente, FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 170.

²⁴ Como refere FARIA COSTA, “na sua forma mais nítida tem de existir um verdadeiro acordo prévio – podendo mesmo ser tácito – que tem igualmente que se traduzir numa contribuição objectiva conjunta para a realização típica”, in «Formas do Crime» (cit.), p. 170.

²⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 793.

²⁶ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 794 e 793.

§ 4 A instigação: quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução

Não obstante a semelhança entre o art. 26.º do CP e o § 26 do Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch, StGB*), aquele tem uma característica que o diferencia: a quarta alternativa.

Com efeito, o Código Penal “eleva” à categoria de autor o agente que dolosamente determina outrem, portanto, aquele que produz em outra pessoa a decisão firme de cometer um concreto facto ilícito típico²⁷.

O que, então, quer traduzir-se na circunstância de que aquele que apenas influencia (ou tem influência na vontade do agente que executa através de uma sua motivação, apoio, sugestão ou conselho) não deve ser considerado como autor à luz do art. 26.º do CP, mas apenas como participante (art. 27.º do CP).

Como gizámos no início destas observações sobre a instigação, neste ponto existe uma diferença qualitativa entre o Código Penal português e o alemão. Neste sentido, não encontramos, nas formulações de Roxin, alicerce para esta forma de autoria no âmbito da teoria do domínio do facto, com base na qual temos vindo a expor o nosso trabalho. Todavia, tendo esta teoria sido acolhida pela doutrina maioritária portuguesa, foi também impulsionada por FIGUEIREDO DIAS. Quem, face às particularidades da lei penal portuguesa, concedeu, também aqui, significativo contributo.

De acordo com a ideia trabalhada por este Autor, o instigador tem o domínio do facto, na medida em que possui o domínio da decisão²⁸. Construção que permite, assim, a plena compatibilização da doutrina do domínio do facto com o ordenamento jurídico-penal português.

Por último, ainda de referir, no campo da instigação, e pela voz de FARIA COSTA, que “no plano subjectivo, saliente-se que o dolo do instigador deve envolver a determinação da resolução da prática do facto e ainda a execução do facto principal por parte do autor”.²⁹

²⁷ Veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 798 e s. e FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 173, ainda que este último, *op. cit. loc. cit.*, entenda que “a vontade do instigador se não tem que se circunscrever necessariamente à consumação de um único facto. Desde que possa ser concretamente limitada, pelo menos a título de dolo eventual (v.g. *agent provocateur*) nada há que impeça que se possa conceber uma instigação relativamente ao roubo não obstante toda a determinação anterior visar exclusivamente o furto”.

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 799 e s.

²⁹ FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 174.

Porque as palavras vão sendo muitas, passemos, sem mais delongas, para um relance à ilicitude na comparticipação.

§ 5 Ilicitude na comparticipação: os crimes específicos

É sabido que na Parte Especial do Código Penal se encontram previstos crimes que apenas podem ser cometidos por agentes com determinadas qualidades³⁰. De acordo com ROXIN, já não seria aqui aplicável a teoria do domínio do facto, configurando os crimes específicos os designados delitos de dever, em que o autor é o destinatário de um dever especial, ainda que possamos encontrar, nesta matéria, vozes discordantes³¹.

No âmbito da autoria, e para o propósito que ora temos em vista, a questão prende-se com os “conceitos porosos”³². Com efeito, nos termos do artigo 28.º, n.º 1 do Código Penal, estas particulares qualidades transmitem-se a todos os participantes. E transmitem-se, tanto por razões de política criminal³³, como, também, por motivos de evitação de lacunas de punibilidade³⁴. Mas mais do que discutir o sentido político-criminal e sistemático do art. 28.º do Código Penal, pretendemos apenas trazer à colação alguns aspectos de particular importância no patamar da correcta compreensão das regras de *casting* em direito penal.

O primeiro ponto prende-se com o âmbito de aplicação do art. 28.º do CP: inversamente ao que a sua epígrafe poderia dar a entender, o art. 28.º apenas se aplica aos casos (de comparticipação) em que *a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente*.

³⁰ De que constituem exemplo a qualidade de devedor (insolvência dolosa – art. 227.º do CP) ou a qualidade de funcionário (peculato – art. 376.º do CP). Para uma enumeração mais exaustiva das «qualidades ou relações especiais do agente», SALINAS MONTEIRO, *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 92 e s.

³¹ ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (cit.), p. 384. SUSANA AIRES DE SOUSA, atendendo às diferenças entre o § 28 do StGB e o art. 28.º do Código Penal entende, neste aspecto, que além da particular qualidade exigida pelo tipo, o autor deve ainda ter o domínio do facto, ou seja, o domínio do acontecimento que leva à violação do dever e que, no fundo, constitui a razão de ser da incriminação. Mais aprofundadamente sobre esta questão, SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos...» (cit.), p. 353 e s., *maxime*, p. 356.

³² Cfr. FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 171.

³³ FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 170.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 850.

O que, afinal, retira do âmbito de aplicação da norma qualidades ou relações especiais que fundamentem a culpa ou aquelas outras que relevem como condições de punibilidade ou de procedibilidade³⁵.

O segundo aspecto relaciona-se com a ideia de porosidade a que já fizemos referência. Nas palavras de FARIA COSTA, “aquela «porosidade» ou «estrutura de porosidade» não pode ir ao ponto de se insinuar a níveis não queridos pelo próprio tipo legal concretamente referido. Por isso nos surge no final do artigo [28.º, n.º 1] uma importante restrição: «excepto se outra for a intenção da norma»³⁶.

Portanto, para que não restem regras menos claras: quando o crime apenas pretende ter como actor principal o funcionário, o advogado ou o médico, mas outros agentes que com ele colaborem a seguir o guião – realizando o facto típico – o art. 28.º do CP considera estes agentes também como actores principais, complementando as regras – em termos figurativos, de *casting* – do art. 26.º do CP. Todavia, sublinhe-se, acen-tuadamente, que se estiver em causa um papel de mãe, filho, ou adop-tado, p. ex., não poderá existir outro agente a candidatar-se ao papel. Pois estes relevam antes para o juízo da culpa, situando-se fora do âmbito de aplicação do art. 28.º e pertencendo ao âmbito do art. 29.º do CP, relativo à culpa na comparticipação³⁷.

§ 6 Autoria e pessoas colectivas

Após as considerações tecidas em torno das formas de autoria no que toca às pessoas singulares, não podemos deixar esquecida uma refe-rência – ainda que telegráfica por constrangimentos de tempo – às pes-soas colectivas.

Não iremos tratar da problemática da responsabilidade criminal das pessoas colectivas³⁸ nem iremos analisar, nesta ocasião, a redacção do

³⁵ SALINAS MONTEIRO, *A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal* (cit.), p. 94 e s. e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 848 e s.

³⁶ FARIA COSTA, «Formas do Crime» (cit.), p. 171.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral* (cit.), p. 848 e s.

³⁸ A bibliografia sobre esta matéria é praticamente inabarcável, permitindo-nos remeter para o nosso estudo, *Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 e às referências bibliográficas aí indicadas.

art. 11.º do CP introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro³⁹. Antes, dando estas questões como pressupostas, iremos referir dois problemas muito concretos: o domínio da organização e a articulação entre o art. 11.º e o art. 26.º do CP.

No âmbito do domínio da organização relativo à autoria mediata, ROXIN indica três requisitos para que este possa considerar-se válido: (i) uma rígida estrutura hierárquica; (ii) a fungibilidade do executor e, por último, (iii) o funcionamento à margem do ordenamento jurídico. Quer isto significar que o último requisito exclui do domínio da organização as empresas que actuam no quadro da ordem jurídica, ainda que estas possam levar a cabo – entre nós, nos termos do art. 11.º do CP – um facto ilícito. Aqui o *punctum crucis* é que estas pessoas colectivas não façam da comissão de factos ilícitos a sua “actividade”. Pois que, neste caso, estaremos indubitavelmente face a um funcionamento à margem da ordem jurídica, onde pertencem os grupos terroristas ou de criminalidade organizada. Em suma, a autoria mediata em virtude do domínio da organização não deve valer para as pessoas colectivas que funcionem no quadro do Direito⁴⁰.

O segundo problema de que pretendemos, somente, dar nota liga-se com a articulação entre o art. 11.º do CP e o art. 26.º do mesmo diploma legal.

Com efeito, a inclusão no Código Penal das pessoas colectivas como sujeito relativamente a um tão alargado leque de crimes – veja-se o n.º 2 do art. 11.º – arrasta consigo o exponencial aumento da dificuldade da delimitação de autoria e participação nos casos em que existam diversos sujeitos, e quando um desses sujeitos seja uma pessoa colectiva. Nestes casos, e como bem se compreenderá, é possível conceber situa-

³⁹ Mais recentemente, sobre este assunto GERMANO MARQUES DA SILVA, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas – alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Revista do CEJ*, n.º 8, p. 69 e s.

⁴⁰ ROXIN, «Autoria mediata através de domínio de organização» (cit.), p. 9. Importa ainda ter presente o próprio enquadramento do desenvolvimento da ideia do domínio da organização para, deste modo, melhor compreender o motivo pelo qual faz pouco sentido tentar aplicar este critério de autoria a pessoas colectivas que actuem no quadro do direito. Afirmação que, no âmbito do presente estudo, não pretende conduzir a uma discussão sobre os critérios de imputação de responsabilidade criminal às pessoas colectivas, ainda que se possa, todavia, referir que alguma doutrina tem progressivamente considerado como interessante a ideia de domínio da organização no patamar da responsabilidade (das pessoas colectivas) pelo risco.

ções em que se deverá colocar a questão da qualidade em que actuou a pessoa colectiva. Questão cuja resposta pode mesmo não ser muito simples de acordo com a teoria do domínio do facto⁴¹ e se tornou ainda mais complicada com a recente Reforma.

Palavras de autoria finais

Foi nosso propósito dar conta de algumas questões que se podem colocar em relação à autoria em direito penal. Como vimos, não se trata apenas de seguir um guião; trata-se, antes, de compreender a resposta dada pelo Código Penal à distribuição de “papéis” de entre os diversos candidatos a autores.

Neste tempo rápido, em que as realidades criminosas encontram possibilidades de potenciação e de expansão nos fenómenos da globalização e sociedade tecnológica, é fundamental compreender que o crime não é mais o *A* que mata *B*. Neste tempo, o crime tradicional passará a ser o *A* que desenvolve um chip, *B* que implanta o chip em *C* para que este, carregando num botão de computador, mate *D*. O simples tiro da pistola cairá em desuso e, para tanto, são necessárias soluções da banda do direito penal. Soluções que ganharam um grande contributo através da teoria do domínio do facto. Mas soluções que não poderão parar de ser analisadas, pensadas, para que, em direito penal, não sejam geradas situações injustas devido a erros de *casting*.

⁴¹ Ainda que, como o próprio ROXIN reconheça, esta teoria não possa ser entendida como um critério universal. Cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos...» (cit.), p. 346.

Alterações da parte geral do Código Penal das penas: o reforço da prevenção especial?¹

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

Assistente na Escola de Direito da Universidade do Minho

1. Lembremos:

“Das singelas considerações sobre a verdade que aqui acabamos de fazer conclui-se, à evidência, que o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido. Poderá, num corpo político – que, bem longe de agir pela paixão, é o tranquilo moderador das paixões particulares –, poderá albergar-se esta inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos tiranos débeis? Os gritos de um infeliz reclamam porventura do tempo que não retorna as acções já consumadas? O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo. Devem, assim, escolher-se as penas e o método de infligi-las de tal maneira que, observadas as devidas proporções, se produzirá um efeito mais eficaz e mais duradouro sobre os espíritos dos homens, e menos torturante sobre o corpo do réu”².

¹ O texto ora apresentado corresponde, sem alterações significativas, àquele que foi apresentado pela autora em Faro, a 13 de Maio de 2008, no primeiro Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*. Procedeu-se, apenas, a uma ligeira actualização bibliográfica.

² CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 (2.^a edição), p. 84-85.

2. Mais de dois séculos depois, as palavras de Beccaria continuam a dar-nos o mote perfeito para abordar o tema que aqui nos foi proposto tratar. Efectivamente, num momento em que paramos para reflectir sobre a *Reforma Penal (e Processual Penal)*, levada a cabo há menos de um ano – e que agora começa a assimilar-se, tanto na doutrina como na jurisprudência –, nada mais coerente e estruturado, se bem julgamos – mérito que devidamente se reconhece ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna pela organização deste Seminário –, do que começar tal ponderação com a análise das alterações introduzidas na Parte Geral no Código Penal, especificamente, no que nos compete hoje, ao nível *das consequências jurídicas do facto* (título III do livro I do Código Penal, artigos 40.º e seguintes). Sobretudo porque, como veremos, foi declarada intenção do legislador de 2007 introduzir modificações neste título, caminhando porventura no sentido do reforço da prevenção especial, que nesta participação se interroga.

3. A problemática das finalidades das penas é, torna-se despidendo afirmá-lo, uma das que nuclearmente ocupa toda a preocupação das ciências jurídico-criminais, fundante na concepção que se há-de ter tanto do direito penal como do processual penal, essencial à compreensão da própria legitimação da intervenção do *ius puniendi* do Estado. Por essa razão, ocupou sempre papel de destaque entre as reflexões de penalistas e filósofos – sobretudo filósofos do direito, mas não só – como as palavras de Beccaria demonstram.

A busca de um sentido, leia-se fim, para a aplicação de sanções criminais obteve respostas diferentes ao longo dos séculos, resultando naquelas que hoje conhecemos como as suas teorias fundamentais. De um lado, as *teorias absolutas*, ligadas às ideias de retribuição e expiação; do outro, as denominadas *teorias relativas*³, sejam as doutrinas da *prevenção geral*, sejam as da *prevenção especial*⁴. Embora não caiba neste momento, nem se justifique pela sedimentação que tem já no nosso ideário jurídico-penal, a análise destas teorias – ou das combinações que

³ Teorias relativas, como já salienta CLAUS ROXIN, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Madrid: Thomson Civitas, 2003 (2.ª reimpressão), p. 81 e ss., porque se referem a um fim de prevenção de delitos, enquanto a teoria absoluta não tem qualquer objectivo de produzir um efeito social.

⁴ Cfr. FIGUREIREDO DIAS, *Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (2.ª edição), p. 44 e ss.

entre elas possam fazer-se⁵ – não poderemos, metodologicamente, avançar sem, fazendo nossas as palavras de outros, de longe mais autorizados, condensar aqui os traços definitórios das várias opções.

4. Assim, para aqueles cujo entendimento entronca nas chamadas teorias absolutas, a essência da pena não pode senão encontrar-se na necessidade de compensar o mal do crime, de retribuir o dano causado, de expiar a acção praticada. A pena é, pois, tem de ser, o justo equivalente do dano causado pelo facto e da culpa do agente que o praticou⁶. Pune-se, afinal, *porque se pecou*. Declaradamente, esta não é uma teoria que nos sirva. Desde logo, e como se disse já a respeito⁷, porque ela não pode ser, pela sua própria formulação, uma teoria dos fins das penas, das finalidades que através delas se pretendem alcançar, pois que não são senão um fim em si próprias, são consequência e não meio. Não nos serve, portanto, como doutrina de legitimação da intervenção do poder penal do Estado porque este, sendo democrático, pluralista e laico – como é o nosso – não tem como função, nem pode ter, sancionar um qualquer pecado ou fazer expiar um mal; elege antes como tarefa proteger os bens jurídicos essenciais da comunidade e, assim, somente pode punir em razão de um determinado fim.

5. Se as teorias absolutas não podem ser, por definição, teorias dos fins das penas, as teorias relativas são-no imanentemente. Na fórmula conhecida através da boca de SÉNECA: *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*⁸. A pena surge aqui, depois da constatação do mal que

⁵ Efectivamente, as posições doutrinárias mais recentes vão no sentido de combinar, quanto a vários aspectos distintos, as teorias referidas, seja apenas algumas delas, seja a sua totalidade. A este respeito, FIGUEIREDO DIAS fala das *teorias em que reentra ainda a ideia da retribuição*, visando incluir aqui todas aquelas que pretendem ainda concatenar a teoria da retribuição com as preventivas, de prevenção geral ou especial, e das *teorias da prevenção integral*, que excluem qualquer ideia de retribuição, pretendendo conciliar as várias perspectivas da prevenção. *Idem*, p. 60 e ss.

⁶ Assim, além dos Autores que referimos nas notas precedentes, veja-se CUELLO CALÓN, *La moderna penologia (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, tomo I, Barcelona: Bosch, 1958, p.15 e ss., onde, a dado passo, se diz que a essência íntima da pena é a de ser justa retribuição do mal do delito proporcionada à culpa do agente (p. 17).

⁷ Cfr. CLAUS ROXIN, *op. et loc. cit.*, e FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 48.

⁸ Em tradução livre *nenhuma pessoa responsável pune porque se errou, mas para que não se erre*.

é o crime, com um sentido positivo, dirigida à prevenção ou profilaxia criminal, assumindo esse fim. Esta prevenção pode ser, contudo, como sabemos, dirigida à generalidade das pessoas de uma comunidade ou vocacionada para agir sobre a pessoa do delinquente, distinguindo-se, assim, as teorias da prevenção geral das da prevenção especial. Naquelas a pena é concebida “como instrumento político-criminal destinado a *actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída na lei, da realidade da sua *aplicação* e da *efectividade* da sua execução”⁹. Nestas, é um instrumento de actuação individual, de actuação preventiva sobre o delinquente a fim de evitar que ele venha, no futuro, a praticar outros crimes.

6. Tanto uma como outra das hipóteses, abre-se ainda na possibilidade de se encarar a prevenção em causa num sentido *positivo* ou *negativo*. A prevenção geral terá um sentido negativo, ou de intimidação, quando através da pena infligida a um membro da comunidade se in-cutirá nos outros elementos dela um receio susceptível de os levar a não praticarem factos puníveis. Será de sinal positivo ou de integração quando, através da pena, se pretende manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e vigência do ordenamento jurídico-penal.

7. Já quanto à prevenção especial, que *em especial* nos interessa neste Seminário, será de sentido negativo quando se dirija simplesmente à intimidação individual. Na verdade, para quem defenda que a “correção” do delinquente não é possível ou viável, a única função da pena, em termos individuais, será a de atemorizar o agente até ao ponto em que ele, no futuro, não repita a prática de crimes, sendo que, para outros, mas nesta sequência, a única finalidade da pena estaria na neutralização da perigosidade social do delinquente¹⁰. No extremo oposto, situam-se aqueles que entendem que através da pena se deveria buscar a reforma interior,

⁹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰ Em última linha neste posicionamento estará a posição de GÜNTHER JAKOBS, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 167 e ss. Todavia, ao contrário do que por vezes parece afirmar-se, o Autor não entende todos os delinquentes como inimigos, nem advoga como finalidade-regra da pena a inocuização do agente, antes a reserva apenas para os *incorrigíveis*, para os delinquentes por tendência, para aqueles em cuja pena se tem em consideração não apenas os factos mas a perigosidade do próprio agente, os seus actos futuros.

moral, do delinquente, bem como os que pensam dever colocar-se a tónica no tratamento das razões individuais que conduziram ao crime.

Naturalmente, nenhuma destas posições pode lograr o nosso acordo, já que o respeito pela dignidade humana há-de impor a concomitante consideração pelo modo de ser de cada indivíduo, pelas suas concepções e pelos seus juízos de valor. Jogaremos, portanto, apenas – e não será já tão difícil? – na tentativa de criação de condições para que o delinquente não vá, no futuro, cometer novos crimes. Estaremos, pois, apenas no campo da, denominada, *prevenção da reincidência*¹¹.

8. Assim muito ligeiramente traçadas, parecem ser estas as características determinantes das teorias dos fins das penas, pelo menos no formato teórico-explicativo com que costumam ser apresentadas. Certo é, todavia, como fomos já dizendo, que estas teorias não se mantiveram estáticas e estanques, antes se foram aproximando e cruzando, criando doutrinas mistas, depurando ou esclarecendo, tantas vezes entrando mesmo em crise, pelo menos anunciada. Entre nós, porém, parece ter estabilizado a concepção – vazada no art. 40.º do Código Penal – de que a finalidade das penas é estrita e exclusivamente preventiva, visando a protecção de bens jurídicos, numa construção que é, como dizíamos, dúplice, encarando essa prevenção quer de uma perspectiva geral, quer de um ponto de vista especial.

9. A prevenção especial, no sentido que acabámos de expor, encontra, pois, correspondência tanto na letra da nossa lei, como na prática dos nossos tribunais, sendo inequivocamente afirmada como fim da pena no texto do nosso Código Penal. Ainda assim, parece ser a finalidade menos bem cumprida no desenho que as penas têm no nosso ordenamento jurídico-criminal. Essa é uma crítica com que amiúde se enfrenta o nosso direito penal. Será que as recentes alterações daquele diploma vieram causar mozza neste esquema bem architectado? E, se sim, em que sentido? Poderão as modificações levadas a cabo em Setembro de 2007 ter ido no sentido do reforço da prevenção especial?

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 54 e ss. Nas palavras deste Autor, só este *conteúdo mínimo da socialização* (a prevenção da reincidência) passará a prova de fogo de um direito penal próprio do Estado de Direito, uma vez que o Estado carece de legitimação quer para pretender substituir as concepções pessoais do indivíduo pelos juízos de valor do ordenamento jurídico, quer para impor um *tratamento* coactivo das tendências e inclinações do delinquente para o crime (p. 57).

10. Vejamos, pois, num exercício que se quer concreto, se as considerações que acabámos de expender têm ou não alguma repercussão nas alterações que se introduziram no Código Penal Português através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

Para tal sirvamo-nos, desde logo, da exposição de motivos do anteprojecto da proposta de lei, elaborado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal¹², onde, a dado passo, se afirma: “[a] revisão procura fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política criminal do Estado. Assim, de entre as suas principais orientações, destacam-se: [...] a diversificação das sanções não privativas da liberdade, para adequar as penas aos crimes, promover a reintegração social dos condenados e evitar a reincidência [...]”¹³.

11. A esta afirmação de intenções e razões de ser corresponde, depois, um conjunto de alterações que é, propositadamente sublinhado

¹² A Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP) foi criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 29 de Julho (publicada no D.R., I Série-B, de 17 de Agosto) e extinta por Resolução do Conselho de Ministros, no dia 12 de Abril de 2007. Esta estrutura, na dependência directa do Ministro da Justiça, dedicou-se à concepção, apoio e desenvolvimento dos projectos de reforma da legislação penal, integrada no conjunto de reformas que o Governo, de acordo com o seu programa, pretendeu realizar no sistema de justiça penal. A UMRP elaborou os anteprojectos de proposta de Lei de revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal, de proposta de Lei-Quadro de Política Criminal e de Lei sobre Política Criminal e de proposta de Lei sobre Criminalidade na Actividade Desportiva.

¹³ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, elaborada e apresentada pela UMRP. Esta proposta pode, ainda hoje, ser encontrada no site <http://www.mj.gov.pt/sections/justica-e-tribunais/justica-criminal/unidade-de-missao-para>. Salientámos no texto, obviamente, apenas a referência que concretamente releva para o trabalho que agora nos ocupa, isolando-a de um conjunto de outras que, para compreensão global, aqui deixamos em nota: a consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas, tida como indispensável para prevenir actividades especialmente danosas; a resposta mais eficaz a fenómenos criminais graves, como o tráfico de pessoas, o incêndio florestal, os crimes ambientais e as falsificações; o reforço da tutela de pessoas particularmente indefesas, como as crianças, os menores e as vítimas de violência doméstica, maus tratos ou discriminação; a agravação de crimes cometidos contra membros de Forças ou Serviços de Segurança, tendo em conta que as funções por eles exercidas garantem a incolumidade dos direitos dos cidadãos; a tipificação de novos crimes contra a liberdade pessoal e sexual e a previsão de novas circunstâncias agravantes nos crimes contra a vida e a integridade física; a efectiva reparação do prejuízo causado à vítima nos crimes contra o património; a distinção de níveis de responsabilidade pela violação de segredos, tendo em conta a qualidade do agente e o resultado produzido.

pela mesma UMRP: “[n]o Título III, que versa sobre as consequências jurídicas do crime, para tornar as sanções mais eficazes e promover a reintegração social dos condenados, prevêm-se novas penas substitutivas da pena de prisão e alarga-se o âmbito de aplicação das já existentes. Assim, a prisão passa a poder ser executada em regime de permanência na habitação quando não exceder um ano e, em casos excepcionais (gravidez, idade, doença, deficiência, menor a cargo ou familiar ao cuidado), dois anos. A proibição de exercício de profissão, função ou actividade poderá substituir penas de prisão até três anos. O trabalho a favor da comunidade pode substituir doravante penas de prisão até dois anos e não apenas até um ano. Os restantes institutos – substituição por pena de multa, prisão por dias livres e regime de semidetenção – passam a referir-se a penas de prisão até um ano. Procurando ainda adequar a execução das sanções penais às correspondentes infracções e às necessidades de prevenção criminal, contempla-se a possibilidade de suspender penas de prisão até cinco anos. Todavia, será obrigatório aplicar o regime de prova quando a pena de prisão suspensa exceder três anos. Por seu turno, a liberdade condicional poderá ser concedida, em todos os casos, quando o condenado tiver cumprido metade da pena. Mas será indispensável comprovar, nos termos gerais, que não há risco de ele persistir na actividade criminosa ou de a sua libertação perturbar a ordem e a paz social. Estatui-se que todas as medidas privativas da liberdade sofridas antes da condenação são descontadas na pena de prisão. Incluem-se neste cômputo a simples detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação. A inovação consiste em prescindir, para efeito do desconto, da exigência de as medidas terem sido aplicadas no mesmo processo, admitindo-se de modo expresso que digam respeito a processo diferente”¹⁴. Será, exactamente, sobre estes aspectos específicos que nos debruçaremos a seguir.

12. Deve, antes de mais, começar por dizer-se que o art. 40.º do Código Penal, especificamente epigrafado de *finalidades das penas e das medidas de segurança*, não sofreu quaisquer modificações pela mão da Lei n.º 59/2007, afirmando, pois, desde 1995, que *a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*. Na verdade, desde que, no Decreto-Lei

¹⁴ *Idem*.

n.º 48/95, de 15 de Março, se assumiu claramente ser esta a finalidade a prosseguir, não voltou o legislador a bulir em tal formulação, entendendo-a como absolutamente válida à luz do nosso sistema jurídico-penal e útil como critério incontornável para o aplicador¹⁵. Afirmo, pois, definitivamente, sem margem para dúvidas, a finalidade preventiva das reacções criminais¹⁶, deixando em letra de lei uma referência à sua dupla vertente, geral e especial.

Para o que agora nos importa, o legislador de 95 quis tornar bem clara a opção por uma finalidade de prevenção especial positiva, assente na necessidade de reintegração do agente na sociedade, que, como vimos, o nosso ordenamento não mais abandonou. Sendo, pois, certo, que o Código Penal afirma, inconfundivelmente, a necessidade de se buscar o cumprimento dessa função de socialização do condenado, vejamos, então, se alguma coisa de novo nos trouxe a última revisão deste texto.

13. Além da reestruturação formal ligeira que se pretendeu levar a cabo neste título (com a inclusão do texto do anterior art. 42.º no n.º 4 do art. 41.º), a primeira alteração de relevo surge-nos no n.º 1 do art. 43.º (anterior art. 44.º, n.º 1). Na verdade, o preceito referente à substituição da pena curta de prisão foi profundamente alterado, de acordo com o que, como vimos já, havia sido anunciado pela Unidade de Missão, no sentido de conferir uma amplitude mais acentuada à utilização deste mecanismo.

Assim, por um lado, no referido n.º 1, alargou-se o limite da medida da pena de prisão aplicada que pode permitir a substituição por pena de multa ou outra pena não privativa de liberdade de 6 meses para 1 ano (o que, estando nós num campo de penas curtas de prisão, pode ter

¹⁵ Cfr., a propósito, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 78 e ss., e *Direito Penal e Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 104 e ss.; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade”, *Problemas fundamentais de Direito Penal – Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2002, p. 177 e ss.

¹⁶ E dizemos reacções criminais propositadamente, uma vez que o legislador diz claramente ser essa a finalidade tanto das penas como das medidas de segurança. Sobre esta questão, discordando em certa medida do que vai proclamado pelo legislador, cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, “Os fins das penas no Código Penal”, *Problemas fundamentais de Direito Penal*, p. 155 e ss.

alguma relevância, já que falamos do dobro do limite anterior¹⁷), numa proclamação nítida da preferência por penas não privativas de liberdade, menos estigmatizantes para o agente e mais propiciadoras de um enquadramento social favorável. Não deixou, porém, de manter-se a possibilidade de o aplicador considerar exigível a aplicação da pena de prisão, não a substituindo, portanto, se entender que a sua execução é necessária à prevenção de cometimento de futuros crimes.

Parece-nos, se bem entendemos o escopo do legislador, estar aqui notoriamente em jogo o funcionamento das exigências de prevenção especial: a esta prevenção, no seu sentido positivo, corresponde a opção clara do legislador no sentido da preferência por penas não privativas de liberdade, por penas substitutivas¹⁸, que facilitem a reintegração do agente; em honra ao mesmo tipo de prevenção, especial, mas agora em sentido negativo, deixa, no entanto, a válvula da parte final daquele n.º 1, permitindo ao juiz que não faça operar a substituição sempre que haja a necessidade de evitar que o agente pratique novos crimes¹⁹.

Por outro lado, num movimento declaradamente expansivo da aplicação das penas de substituição, o art. 43.º traz-nos agora uns originais n.º 3 a n.º 8 que, consagrando uma nova pena substitutiva, permitem que, quando o crime tenha sido cometido no exercício de profissão, função ou

¹⁷ Parece hoje comumente aceite que as penas curtas de prisão são altamente desaconselháveis por não cumprirem nenhum das finalidades da punição. Efectivamente, como sublinha FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2005 (reimpressão), p. 359, estas penas “nem possibilitam uma actuação eficaz sobre a pessoa do delinquente no sentido da sua socialização; nem exercem uma função de segurança relevante face à comunidade”.

¹⁸ Penas substitutivas são, obviamente, aquelas que foram pensadas pelo legislador para, face a um determinado caso concreto, poderem ser aplicadas *em vez* das penas principais (aquelas que podem ser aplicadas autonomamente pelo juiz, sem dependência de quaisquer outras, encontrando-se previstas expressamente para a sanção dos tipos legais). Surgiram, pois, num movimento global de luta contra a pena de prisão, que terá tido em França o seu surgimento, através do programa político-criminal proposto, em 1864, por Boneville de Marsagny, que rapidamente foi aplaudido por outros países (nomeadamente, a Alemanha). Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas*, p. 487 e ss.

¹⁹ Se bem que a lei diga apenas “necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes”, não explicitando, em bom rigor, se esses crimes vindouros serão perpetrados por aquele agente ou por um qualquer outro membro da sociedade a quem a condenação penal, por força das imposições de prevenção geral, também se destina, quer-nos parecer que a única interpretação coerente com o espírito e a técnica do nosso legislador será a que lê aí uma referência à necessidade de assegurar a inocuidade do agente, em sede de prevenção especial negativa, portanto.

actividade, pública ou privada, e tiver sido aplicada uma pena de prisão não superior a três anos, esta seja substituída por pena de proibição do exercício daquela profissão, função ou actividade, por um período de dois a cinco anos, desde que se conclua que assim se cumprem de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 43.º, n.º 3)²⁰. Mais uma vez, se bem vemos, um esforço do legislador para, ponderadas as exigências de prevenção geral e especial, apontar no sentido da aplicação de uma pena substitutiva da pena de prisão, que seja, a um tempo, susceptível de garantir a adequada protecção dos bens jurídicos e de permitir a aplicação e execução de penas que vão de encontro às necessidades da prevenção especial positiva.

Devemos, notar, todavia, que o legislador optou aqui por uma solução que claramente recusou noutra ponto desta matéria. Efectivamente, muito embora a pena de prisão aplicada, para que possa funcionar o mecanismo previsto neste preceito, não possa exceder os três anos, a medida da pena substitutiva não corresponde à medida da pena detentiva, antes deve ser fixada pelo julgador, de acordo com os critérios gerais, entre dois e cinco anos. Fórmula semelhante, como veremos a seguir²¹, estava plasmada para a suspensão da execução da pena de prisão, podendo o período de suspensão, correspondente a uma pena de prisão até três anos, ser fixado entre um e cinco anos, tendo o legislador de 2007 recusado tal operação, fazendo corresponder a medida das duas penas.

Um último ponto quanto às alterações introduzidas neste artigo, apenas para salientar, agora por comparação, aquilo que atrás dizíamos sobre serem as considerações a respeito da prevenção especial que devem nortear a substituição da pena de prisão por pena de multa ou outra pena não privativa de liberdade aplicável, nos termos do n.º 1 do preceito. Se cotejarmos esta norma com a do n.º 3, podemos constatar com facilidade a perspectiva nitidamente distinta com que o legislador encarou as duas possibilidades. Na verdade, enquanto, no primeiro caso, a lei impõe a substituição como regra, expressamente dizendo que a aplicação preferencial da pena de multa ou de outra pena não privativa de liberdade só pode ser excluída pelo julgador se a necessidade de prevenir o come-

²⁰ Acompanhamos MARIA JOÃO ANTUNES, “Alterações ao sistema sancionatório”, *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, número 8 (especial), 1.º semestre 2008, p. 7 a 14, na crítica que faz à inserção sistemática desta nova pena de substituição (p. 8).

²¹ Cfr. *infra* ponto 17.

timento de futuros crimes o exigir, no n.º 3 não só a abordagem é a oposta – a pena de prisão será substituída se o juiz entender que por este meio se realizam adequada e suficientemente as finalidades da punição – como se alargam os critérios de aferição. Explicitando, no n.º 1, a aplicação da pena de substituição só não sucederá se razões de prevenção especial o impuserem (prevenir o cometimento de futuros crimes), no n.º 3 terá lugar somente quando razões de prevenção geral e especial aconselhem (afinal, as finalidades da punição). Há, pois, aqui, a consideração clara de ambas as vertentes da prevenção, enquanto na primeira hipótese parecem estar em jogo apenas razões que se prendem com a prevenção especial. Se bem vemos, existe aqui uma opção explicável do legislador, já que, no caso da substituição da pena de prisão por multa ou outra pena não detentiva, é a própria lei que, ao plasmar o n.º 1, ao eleger esse caminho, faz a ponderação das finalidades das penas em causa e escolhe como preferencial a pena não privativa de liberdade. No momento, pois, em que ao tribunal se coloca a questão da aplicação destas penas de substituição já não lhe cabe saber se, à luz dos requisitos de prevenção geral, aquela operação é aconselhável, pois que é a lei que lhe impõe. O único momento de decisão que lhe compete ainda é o de aferir se, em função das necessidades de prevenção especial de sentido negativo, não deve afastar a substituição, mantendo a pena principal de prisão.

14. Verdadeira inovação nesta matéria é o que vai agora previsto no art. 44.º do CP, criando uma nova pena substitutiva da pena de prisão, o regime de permanência na habitação²². Com autorização do condenado, a pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano (ou o remanescente não superior a esse período que exceder o tempo de privação de liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação) pode ser executada em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância. Trata-se, pois, da implementação, ao nível das consequências jurídicas do crime, das *pulseiras electrónicas* já utilizadas em sede de aplicação e execução de medidas de coacção, concretamente, da obrigação de permanência na habitação (de acordo

²² A permanência na habitação era até aqui somente uma medida de coacção, prevista no art. 201.º do Código de Processo Penal, também ele alterado em Setembro de 2007, através da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

com o art. 201.º do Código de Processo Penal)²³. De notar ainda, neste regime, que o limite previsto no n.º 1 – pena de prisão (ou remanescente) não superior a um ano – pode ser alargado para o dobro, dois anos, quando exista uma situação de especial vulnerabilidade que o justifique, desaconselhando a privação de liberdade. O preceito auxilia o aplicador a concretizar o que sejam estas *circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado*, fornecendo um catálogo exemplificativo: gravidez, idade inferior a 21 anos ou superior a 65, doença ou deficiência graves, existência de menor a seu cargo ou de familiar exclusivamente a seu cargo²⁴.

Veja-se, do que ficou dito, que também aqui o legislador professa uma opção clara no sentido de diminuir a aplicação da pena de prisão efectiva, permitindo a substituição da sua execução por outras penas, desde que estas permitam cumprir adequadamente as finalidades – exclusivamente preventivas, em nosso entender – da punição. Sendo certo que razões de prevenção geral, de defesa do ordenamento jurídico, funcionam sempre, como nos diz FIGUEIREDO DIAS, “como limite à actuação das exigências de prevenção especial de socialização”²⁵, parece seguro que são motivos que militam pela prevenção especial ou socializadora aqueles que fazem propender para a escolha de penas de substituição.

15. Em sentido convergente com a tendência que vimos assinalando às modificações que, neste Título, foram introduzidas no Código Penal em 2007, o art. 45.º, que regula a pena substitutiva detentiva de prisão

²³ De acordo, aliás, com o art. 9.º da Lei n.º 59/2007, aplicam-se a este regime os arts. 1.º, n.º 1, 2.º, 3.º, n.º 2 a n.º 5, 4.º a 6.º, 8.º, n.º1, alíneas b) e c) e 9.º do Decreto-Lei n.º 122/99, de 20 de Agosto, que regula a vigilância electrónica.

²⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, p. 9, salienta que, nas hipóteses de se tratar do remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação (alínea b) do n.º 1 do art. 44.º), ou, excepcionalmente, do *remanescente* não superior a dois anos, quando se verifiquem circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselham a privação de liberdade em estabelecimento prisional (art. 44.º, n.º 2), não estaremos já face a uma verdadeira pena de substituição, mas antes perante uma regra de execução da pena de prisão. Por isso, segundo a Autora, devemos entender a remissão feita naquele n.º 2 para o n.º1 do preceito como sendo exclusivamente feita para a sua alínea b), pois que, de outra forma, se entraria em contradição com o estabelecido no art. 70.º do Código Penal, já que essas circunstâncias não podem relevar, autonomamente, em sede de escolha da pena.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas*, p. 333.

por dias livres²⁶, viu igualmente o seu campo de utilização alargado. De facto, se até aqui a prisão por dias livres (que possibilita o cumprimento de uma pena detentiva em períodos correspondentes a fins-de-semana) podia ter lugar quando fosse aplicada uma pena de prisão não superior a três meses – e que não devesse ser substituída por multa ou por outra pena não privativa de liberdade –, a partir de 15 de Setembro do ano de 2007²⁷, terá cabimento quando a pena de prisão aplicada não tiver medida superior a um ano e, obviamente, não for de aplicar uma medida não privativa de liberdade. Nesse sentido, aumentou-se igualmente o número de períodos de privação de liberdade de dezoito para setenta e dois, de forma a fazer face ao correspondente aumento da pena respectiva (art. 45.º, n.º 2).

16. Da mesma maneira, obedecendo a análogas razões de ser e a critérios idênticos, vem o art. 47.º afirmar que, quando não seja de aplicar nenhuma das medidas até agora referidas e o condenado consinta, pode a pena de prisão até um ano ser executada em regime de semidetenção – alargando, pois, tal como no artigo anterior, um limite que era, até aqui, de três meses.

17. Transformações de alguma monta sofreu também o, já referido, art. 50.º do Código Penal, dedicado à suspensão da execução da pena de prisão. Até 2007, o tribunal podia/devia suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos se, consideradas a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias deste, concluísse que a simples censura do facto e a ameaça de prisão realizariam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Com a Lei n.º 59/2007, todos estes pressupostos se mantiveram na letra da lei, mas, mais uma vez, o legislador quis afirmar categoricamente a opção que o nosso ordenamento

²⁶ Pode parecer paradoxal afirmar como pena de substituição uma pena detentiva, bem como chamar-lhe *prisão por dias livres*, mas, efectivamente, o seu funcionamento pressupõe a determinação prévia de uma pena de prisão, que ela irá substituir, além de parecer inegável o efeito criminógeno necessariamente menor desta em comparação com a pena de prisão contínua. *Idem*, p. 335-336.

²⁷ A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro – aliás, bem como a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que aprovou a nova redacção do CPP – entrou em vigor em 15 de Setembro desse ano.

faz, consciente, pelas penas não privativas de liberdade, e aumentou a possibilidade de aplicação da suspensão da execução para todos aqueles casos em que haja sido aplicada pena de prisão até cinco anos²⁸.

Assim, esta pena de substituição – que o ordenamento jurídico português conhece, apesar de variar a sua conformação, desde 6 de Julho de 1893 –, que é a mais importante do no sistema, desde logo porque, além de ser aplicada com muita frequência, é a que tem um âmbito mais alargado de aplicação, podendo ser aplicada à pequena e à média criminalidade²⁹, vê-se ainda mais reforçada, ao abranger todo um novo leque de situações, em que aos agentes seja aplicada uma pena de prisão até cinco anos. De salientar, todavia, que, quando a pena exceder três anos, se torna obrigatória a aplicação do regime de prova (de acordo com o art. 53.º, n.º 3).

Clara se torna, pois, aqui, uma manifestação do legislador revisor (de 2007) no sentido de reforçar a prevenção especial que era já finalidade político-criminal incontestada do preceito antes da alteração. Efectivamente, o que se pretende com o instituto é o afastamento do delinquente da prática, no futuro, de novos crimes, é a prevenção da reincidência, afinal *conteúdo mínimo da ideia de socialização*. Ora, ao alargar-se o número de hipóteses a que a norma poderá ser aplicada está, implicativamente, a aumentar-se o número de casos em que serão preponderantes razões de prevenção especial ou de socialização.

De sublinhar ainda, a respeito da suspensão de execução da pena de prisão, a alteração introduzida no n.º 5 do preceito – a que já nos referimos noutra ponto desta exposição³⁰ –, criando uma correspondência entre a pena de prisão e o período de suspensão, não podendo este, todavia, ser nunca inferior a um ano³¹.

²⁸ Cfr. JORGE BAPTISTA GONÇALVES, “a Revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares”, *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, número 8 (especial), 1.º semestre 2008, p. 15 a 40, onde o Autor se debruça sobre as alterações que aqui nos ocupam, sublinhado o alargamento da possibilidade de aplicação do instituto de suspensão de execução da pena de prisão (p. 26-27).

²⁹ Para essa circunstância chamava já atenção FIGUEIREDO DIAS, *As consequências jurídicas*, p. 337-338. Com a presente modificação, a nota ganha ainda mais relevo, sendo que uma franja muito significativa da nossa criminalidade pode, agora, caber na previsão do art. 50.º do Código Penal.

³⁰ Cfr. *supra* ponto 13.

³¹ Na versão anterior, o n.º5 do art. 50.º estipulava que “o período de suspensão é fixado entre 1 a 5 anos a contar do trânsito em julgado”, muito embora só penas de prisão até três anos pudessem ver a sua execução suspensa.

18. Compreendido que está o sentido das alterações levadas a cabo pelo legislador de 2007, nota ainda para a pena de substituição de trabalho a favor da comunidade (art. 58.º do Código Penal), que viu o seu âmbito de aplicação alargado, sendo que agora podem ser substituídas por esta prestação as penas de prisão até dois anos (e não apenas aquelas cuja medida não ultrapasse um ano, como até aqui)³² e para a admoestação (art. 60.º), agora pena substitutiva de penas de multa até duzentos e quarenta dias (e não já cento e vinte)³³.

19. Paramos por aqui. O exercício, se está longe de ser exaustivo, já se tornou certamente cansativo. Tempo agora para uma síntese de tudo quanto vimos até aqui, momento certo para o nosso juízo de valor a respeito das alterações levadas a cabo. Ensejo, sobretudo, para responder à pergunta inicial. Parece-nos resultar notório, de tudo quanto analisámos nos pontos precedentes, a acção clara do legislador no sentido de alargar o âmbito de aplicação de um conjunto de mecanismos cujo funcionamento depende, em grande medida, das necessidades impostas pela prevenção especial. Um conjunto de penas substitutivas, mais concretamente, cuja *finalidade* é combater a aplicação da pena de prisão, sobretudo da pena curta de prisão. Combatê-las porque, como constantemente se sublinha, têm um efeito criminógeno muito elevado, relativamente desproporcionado, e em nada, ou quase nada, militam no sentido da socialização do agente, da sua integração na comunidade, da prevenção da reincidência.

20. Afigura-se-nos, pois, que à questão que serve de mote a esta modesta participação poderemos responder *sim*. Se bem vemos, o legislador, conforme havia afirmado ser sua intenção, procedeu a uma intensificação da prevenção especial, tentou reforçar a opção, declarada, do nosso ordenamento jurídico-penal no sentido da socialização do agente, da reintegração social do delinquentes, única efectivamente capaz de prevenir a reincidência. Fê-lo tornando mais ágil o modo de aplicação destas penas, sem perder nunca de vista as imposições que, embora de sinal

³² Cfr. JORGE BAPTISTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 28, lembrando que o movimento de alargamento do campo de aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade havia já sido iniciado com a revisão de 1995.

³³ Em sentido, pois, inteiramente convergente com a tendência que temos vindo a constatar.

contrário, possam ser feitas pela prevenção geral. E fê-lo, essencialmente, alargando a possibilidade de aplicação de penas substitutivas de prisão – alargamento, afinal, tão reivindicado por todos os operadores judiciais – a situações que até aqui não eram abrangidas por essa hipótese, criando, pois, um outro segmento dentro do qual os delinquentes terão, efectivamente, uma opção.

21. Afinal, já em 1816, o bem português FRANCISCO FREIRE DE MELLO (apesar de editar em Londres) alertava no seu *Discurso sobre Delictos e Penas e qual foi a proporção nas diferentes épocas da nossa jurisprudência, principalmente nos tres seculos primeiros da Monarchia Portugueza*: “As leis devem guardar huma espécie de economia na imposição das penas, e guardar tambem entre si certa gradação proporcionada aos delictos, não impondo uma pena maior, propria para outro delicto, a delicto menor; porque quando succede isto, vem a faltar penas proporcionadas a mais graves delictos: o numero das penas é mui diminuto em comparação do numero de delictos, e vem então a ser necessario recorrer a penas ferozes e cruéis, contrarias a toda a razão e humanidade, quaes as que inventarão os torcedores do genero humano”³⁴

³⁴ FRANCISCO FREIRE DE MELLO, *Discurso sobre Delictos e Penas e qual foi a proporção nas diferentes épocas da nossa jurisprudência, principalmente nos tres seculos primeiros da Monarchia Portugueza*, Thipographia de Simão Thaddeo Ferreira, p. 7.

Algumas reflexões sobre a qualificação do crime de ofensas à integridade física*

ANA RAQUEL CONCEIÇÃO

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.
Docente da Universidade Lusíada do Porto.*

Cumprimentos e Agradecimentos

Tendo sido convidada para intervir no âmbito da incriminação das ofensas à integridade física irei circunscrever a minha intervenção em algumas reflexões no que concerne aos critérios relativos à qualificação do referido crime, com referência às suas consequências quer do ponto de vista substantivo quer adjectivo.

Assim a minha intervenção irá assentar em três pontos distintos:

1. A delimitação do conceito de ofensa à integridade física;
2. As circunstâncias qualificativas agravantes;
3. As consequências adjectivas e substantivas da referida qualificação

* O texto que se publica corresponde à conferência que a Autora proferiu no quarto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, nos dias 16 e 17 de Outubro de 2008, no Instituto Politécnico de Castelo Branco.

1. A delimitação do conceito de ofensa à integridade física

A descrição típica prevista no artigo 143.º do CP permite que a conduta possa consistir tanto num mau trato corporal como num dano na saúde. A ofensa do corpo é, como se induz do termo, uma agressão sobre o corpo de outrem independentemente da existência de dor, aleijão ou marca física. Assim, a vítima do crime de ofensa pode ser uma pessoa que não sinta dor, por exemplo, paraplégica.¹ O dano na saúde é a alteração, através do criar ou agravar um estado patológico, o normal funcionamento do organismo, por exemplo a transmissão de uma doença.

A doutrina discute se pode corresponder ao conceito de dano na saúde as lesões psíquicas.

Entendemos que se verifica essa correspondência quando com o mesmo comportamento, apesar de não haver lesão corporal, há lesão na saúde psíquica da vítima.²

Porém nem todas as ofensas no corpo e a saúde de uma pessoa possuem dignidade penal. Excluem-se da tutela penal, por força do princípio da intervenção mínima, ao nível da tipicidade, as **ofensas insignificantes** (como um empurrão ou uma pisadela numa viagem de autocarro), as **ofensas consentidas** e as **socialmente aceites** ou **adequadas**.³

Estas últimas consistem nas condutas que são toleradas pela comunidade, ou seja, os comportamentos que fazem parte do viver em sociedade. São elas as que decorrem do poder de correcção dos pais, no desempenho de actividades desportivas, práticas culturalmente aceites (certos eventos culturais como o exemplo dos martelinhos de S. João, ou círculos de cumprimentos, o exemplo das palmadas nas costas⁴) e os tratamentos médico-cirúrgicos.

No âmbito dos tratamentos médico-cirúrgicos (nos termos do artigo 150.º do C.P), a aceitação social destas ofensas impõe que o autor esteja legalmente autorizado. Mais do que o conceito de médico a relevância

¹ Assim AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.ª edição, revista e actualizada, AAFDL, 2007, página 88 3 seguintes, com referência ao Ac. STJ de 18 de Dezembro de 1991.

² Assim, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense*, página 206 e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 15.ª edição 2002, página 505.

³ Vide COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, página 142 e seguintes.

⁴ Vide AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais para o estudo...*, página 96 e 97.

está na posse de *legis artis*, incluindo-se assim os praticantes de medicina alternativa, pois também estes profissionais laboram no sentido da minoração da patologia, sofrimento ou lesão corporal. Ficam excluídos os curandeiros e feiticeiros (a sua não responsabilização apenas opera mediante o consentimento do titular do corpo ou da saúde)⁵.

Sem dúvida imprescindível para operar o tratamento médico-cirúrgico é que o mesmo consinta nisso mesmo, num tratamento, ou seja, terá de ter por base uma finalidade curativa, conforme impõe o n.º 1 do artigo 150.º CP, independente do resultado pretendido se ter atingido ou não.

Não podemos deixar de fazer referência ao artigo 156.º do CP, onde apesar dos tratamentos nele previstos serem os constantes do artigo 150.º, a incriminação advém da falta do consentimento ou contra a vontade do titular do bem jurídico. O desvalor da acção reside exactamente na inexistência do consentimento. O que se protege é a liberdade que o titular do bem jurídico tem em querer ou não sujeitar-se às intervenções e tratamentos.

As cláusulas de exclusão da ilicitude previstas no n.º 2 do referido artigo são alternativas, funcionando em conexão com a não verificação das circunstâncias previstas no n.º 3 do mesmo inciso normativo.

As auto mutilações porém não preenchem nenhum tipo legal. A integridade física é livremente disponível para o seu titular, sem restrições (tal como também se retira do n.º 1 do artigo 149.º do CP).

No que concerne às ofensas consentidas a doutrina diverge.

Para COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS⁶ temos de distinguir acordo de consentimento. O primeiro exclui a tipicidade e o segundo a ilicitude.

O acordo é próprio do tipo pois o comportamento não pode ser realizado pelo ofendido (exemplo; a violação do domicílio, não pode o próprio invadir a sua própria intimidade), no consentimento, o ofendido pode atentar contra o seu próprio bem jurídico, por exemplo através da autoria mediata, que é exactamente a situação das ofensas à integridade física.

Esta diferença de conceitos repercute-se no seu regime jurídico. Ou seja, a exigências constantes do artigo 38.º CP, os bons costumes, apenas se exige em relação ao consentimento e não no acordo.

Com uma opinião distinta encontramos AUGUSTO SILVA DIAS⁷. Para este autor a tese dualista confunde bem jurídico e objecto de acção.

⁵ Assim AUGUSTO SILVA DIAS, *ult. ob. cit.*, página 97.

⁶ COSTA ANDRADE, *Consentimento...*, páginas 142 e 362; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte geral, I Coimbra Editora*, página 442 e seguintes.

⁷ AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais...*, páginas 91 a 96.

Entende o autor que o bem jurídico só se torna valioso, carecendo de tutela penal, quando existe uma relação entre o sujeito e o objecto da acção. Assim, utilizando as suas palavras *afirmar, como fazem os partidários da teste dualista, que o corpo e a propriedade são já, por si mesmos, bens jurídicos protegidos independentemente da vontade do seu titular, não passa de puro construtivismo (...) a afectação da relação de fruição em que a ofensa ao bem jurídico se traduz não dispensa -antes exige-a a consideração do modo como o titular do bem a concebe e administra.*⁸

Por outro lado, e partindo da indissociabilidade entre a integridade física e a vontade do seu titular, o consentimento nunca poderá funcionar como causa de justificação, pois estas importam sempre um conflito de interesses, que no presente caso não é possível pois não se pode separar consciência e corporeidade. Assim o consentimento afasta o desvalor do resultado que necessariamente leva a um desvalor da acção, afastando a própria tipicidade.

Não concorda ainda o autor que os requisitos do artigo 38.º CP se apliquem apenas ao consentimento na acepção que lhe é dada pela referida tese dualista. Este entende que a referida norma é uma norma de referência quer se trate de acordo ou de consentimento.

Face às justificações aduzidas concordamos com a opinião do referido autor, até porque em termos de consequência prática a referida distinção apenas será útil, essencialmente, para as ofensas, sem grandes diferenças no caso concreto.

Assim relevante torna-se então aferir qual é o limite dos bons costumes no consentimento em relação á ofensa à integridade física n.º 2 do artigo 149.º CP

Quanto a nós a linha limite é aquela que é comum em direito penal em especial e em direito em geral, a dignidade da pessoa humana. Assim, o ponto de referência será a protecção dos valores humanos, independentemente da gravidade da lesão, mas sem nunca descurar as particularidades do caso concreto.⁹

⁸ *Idem.*

⁹ Em sentido claramente oposto, TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal, Parte Geral, II, Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime* (2.ª edição), Coimbra Editora, 2008, páginas 796 a 799. Este autor entende que as ofensas graves são indisponíveis e as simples, quer sejam relativamente graves ou irreversíveis mas que não caibam em nenhuma das previsões do artigo 144, são contrárias aos bons costumes.

2. As circunstâncias qualificativas agravantes

No artigo 145.º CP, o legislador consagra as ofensas à integridade física qualificadas. É uma norma cujo conteúdo típico é fornecido pela técnica dos exemplos padrão do artigo 132.º CP.

Qualificação que opera tanto nas ofensas à integridade física simples como nas graves.

Como refere a PAULA RIBEIRO DE FARIA¹⁰, *O crime de ofensa à integridade física simples surge como o tipo legal fundamental em matéria de crimes contra a integridade física. É a partir da «ofensa ao corpo ou saúde de outrem» que se deixa construir uma série de variações qualificadas, como a ofensa à integridade física grave), agravada pelo resultado, qualificada, privilegiada e por negligência.*

Temos assim que, no caso das ofensas corporais, o tipo legal fundamental é o de ofensa à integridade física simples p. e p. pelo art. 143.º do CP.

Todos os outros, citados no referido estudo, são derivados na medida em que resultam de um acrescentamento de outros elementos ao tipo base.

Significa isto que ao tipo legal fundamental – crime de ofensa à integridade física simples – se vai buscar os seus elementos típicos – ofensa no corpo ou na saúde, com todas as suas envolventes; mas criou-se um tipo novo, resultante do acrescentamento de novos elementos que incidem sobre a culpa, e que exigem uma valoração própria e independente a este respeito. Pelo que se conclui que estamos em face de um tipo autónomo relativamente ao de ofensa à integridade física simples.

Elemento fundamental do tipo é, conforme se lê no n.º 2 do citado preceito o juízo que se faça à conduta do agente no sentido de se concluir que as ofensas foram produzidas em circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade do agente.

E são susceptíveis de revelar especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 132.º do C. Penal.

Entre outras que no crime de ofensa á integridade física qualificada tem uma dupla função: a referência à técnica dos exemplos padrão e a

¹⁰ PAULA RIBEIRO DE FARIA, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, página. 202.

de possibilitar a adaptação das circunstâncias qualificativas agravantes do homicídio para as ofensas.

Detenhamo-nos nas circunstâncias previstas na alínea l) do n.º 2 do artigo 132.º, antiga alínea j).

O facto de o ofendido ser, por hipótese, agente das forças de segurança esta circunstância não opera de forma automática.

Escreve FIGUEIREDO DIAS¹¹ *“Uma tal abertura do catálogo (...) é de correcção político-criminal pelo menos duvidosa (...). E seria dificilmente admissível tanto em perspectiva dogmática, como (sobretudo) político-criminal se estas circunstâncias devessem considerar-se ao nível do tipo objectivo de ilícito (como em todo o caso sucede no direito francês!). Tratando-se porém aqui, uma vez mais, de circunstâncias indiciadoras de um tipo de culpa agravado – em suma, de exemplos – padrão –, a referida inadmissibilidade desaparece e o alargamento (...), estaria a tentativa errónea de construir nesta parte um «tipo taxativo, fechado. Porque não bastará nunca demonstrar que foi morta uma das pessoas mencionadas, no exercício das suas funções ou por causa delas, mas será sempre necessário provar (e pode prever-se que em muitas hipóteses tal se não revelará tarefa fácil) que tais circunstâncias revelam, no caso, a especial censurabilidade ou perversidade do agente; o que só acontecerá se ao homicídio puder ligar-se uma especial baixeza da motivação ou um sentimento particularmente censurado pela ordem jurídica, ligados à particular qualidade da vítima ou à função que ela desempenha.*

O crime de ofensa à integridade física qualificada é uma forma agravada, em que a qualificação decorre da verificação de um tipo de culpa agravado, definido pela orientação de um critério generalizador enunciado no n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal, moldado pelos vários exemplos-padrão constantes das diversas alíneas do n.º 2 desta mesma disposição.

O critério generalizador está traduzido na cláusula geral com a utilização de conceitos indeterminados – a especial censurabilidade ou perversidade do agente; as circunstâncias relativas ao modo de execução do facto ou ao agente são susceptíveis **de indiciar** a especial censurabilidade ou perversidade e, assim, por esta mediação de referência, preencher e reduzir a indeterminação dos conceitos da cláusula geral.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, página 41.

Sendo elementos constitutivos do tipo de culpa, a verificação de alguma das circunstâncias que definem os exemplos-padrão **não significa, por imediata consequência, a realização do tipo especial de culpa e a directa qualificação do crime, como, também por isso mesmo, a não verificação de qualquer dos modelos definidos do tipo de culpa não impede que existam outros elementos e situações que devam ser considerados no mesmo plano de valoração que está pressuposto no crime qualificado e na densificação dos conceitos bem marcados que a lei utiliza.**

Mas, seja mediada pelas circunstâncias referidas nos exemplos-padrão ou por outros elementos de idêntica dimensão quanto ao desvalor da conduta do agente, o que releva e está pressuposto na qualificação é sempre a manifestação de um especial e acentuado «desvalor de atitude», que traduz e que se traduz na especial censurabilidade ou perversidade.

A qualificação enunciada no art. 132.º do Código Penal supõe, pois, a imputação de um especial e qualificado tipo de culpa, reflectido, no plano da atitude do agente, por uma conduta em que se revelem formas de realização do facto especialmente desvaliosas (especial censurabilidade), ou aquelas em que o especial juízo de culpa se fundamenta directamente na documentação no facto de qualidades da personalidade do agente especialmente desvaliosas.

O modelo de construção do tipo qualificado – qualificado pelo especial tipo da culpa – através da enunciação do critério geral, moldado pela densificação por meio dos exemplos-padrão, não permitirá, por seu lado, salvo afectação do princípio da legalidade, fazer um apelo directo à clausula de especial censurabilidade ou perversidade, sem primeiramente a fazer passar pelo crivo dos exemplos-padrão e de, por isso, comprovar a existência de um caso expressamente previsto ou de uma situação valorativamente análoga.

A decisão sobre a integração do crime qualificado exige, assim, que se proceda à definição da imagem global do facto, de modo a logo aí detectar a particular forma de culpa que justifica a qualificação.

O crime de ofensas à integridade física apenas pode ser qualificado e integrar o crime do art. 145.º, n.º 1, do Código Penal, se, como se referiu, a atitude do agente manifestada no facto e medida pela valoração inscrita nas circunstâncias enunciadas na lei através dos exemplos-padrão, se apresentar especialmente censurável ou a revelar e a expor externamente especial perversidade.

Para se afirmar a existência de especial censurabilidade ou perversidade no comportamento do agente, impõe-se a análise das circunstâncias concretas que rodearam a prática do facto e a conclusão de que elas são tais que exprimem inequívoca e concretamente uma especial perversidade do agente ou que são merecedoras de um severo juízo de censura.

3. As consequências adjectivas e substantivas da referida qualificação

Do ponto de vista adjectivo a consequência que decorre da qualificação das ofensas traduz-se na natureza pública do referido crime.

Por regra, por força do disposto no artigo 143.º n.º 2 do CP, o crime de ofensas à integridade física tem natureza semi-pública, mas tal como consta do referido número, passa a ser público quando a ofensa seja cometida contra agentes das forças e serviços de segurança, no exercício das suas funções ou por causa delas. Redacção que lhe foi dada pela Lei 100/2001 de 25 de Agosto.

Como vimos no que concerne à qualificação das ofensas, tais circunstâncias não são de funcionamento automático, o que significa então, que podemos ter ofensas corporais praticadas contra as referidas pessoas, que também se encontram elencadas na alínea 1) do n.º 2 do artigo 132.º, que serão ofensas à integridade física simples porém com natureza processual pública, basta que em concreto tal ofensa não revele especial perversidade ou censurabilidade.

Se a ofensa praticada contra as referidas entidades já merecer o juízo de culpa subjacente às circunstâncias qualificativas agravantes o crime é público. Como o é na demais factualidade constante dos restantes exemplos-padrão.

Assim, podemos concluir, quanto á natureza processual penal, que entre as ofensas simples e as qualificadas existem três tipos de crime: as ofensas simples semi-públicas, as ofensas simples públicas e as ofensas qualificadas que são sempre públicas.

Destrate quando a ofensa é praticada contra **agente das forças de segurança** quer sejam uma ofensa simples ou qualificada, o crime tem sempre natureza processual pública. È esta a única diferença que encontramos entre esta circunstância qualificativa e as demais. Apesar de não possuir uma aplicação automática, de imediato transforma o crime semi-público em público, claro está se as ofensas forem simples porque se forem graves a natureza é também, igualmente, e sempre pública.

Do ponto de vista substantivo, sem descurar as referências que invocamos previamente, principalmente no que concerne ao carácter autónomo das ofensas corporais qualificadas, as circunstâncias qualificativas agravantes das ofensas, têm no nosso entender uma repercussão de alguma importância que não se prende apenas com a moldura penal do tipo incriminador.

O artigo 147.º CP que consagra a agravação pelo resultado, os também apelidados crimes *praeter intentionais*, refere claramente que tal agravação também opera nas ofensas corporais qualificadas¹². Os referidos crimes têm por função evitar a violação do princípio do *ne bis in idem* e consistem num crime que têm por base um crime doloso e um crime negligente, melhor resulta da sua fusão destes dois tipos de crimes. Ora se resultado mais grave, negligente, se imputa ao agente, esse tipo subjectivo é incompatível com os conceitos de especial perversidade ou censurabilidade que a ofensa qualificada comporta. São tipos de culpa mas que pressupõem necessariamente o dolo ao nível do tipo subjectivo. Assim, quanto a nós as ofensas corporais qualificadas não podem ser agravadas pelo resultado. A punibilidade terá de se efectuar através do concurso efectivo ou real de crimes.

Neste sentido AUGUSTO SILVA DIAS. Este autor defende inclusivamente uma interpretação correctiva ao artigo 147.º CP na referência que faz às ofensas qualificadas.¹³

Por outro lado a doutrina discute a punibilidade da tentativa das ofensas corporais qualificadas.

Para PAULA RIBEIRO DE FARIA¹⁴, a tentativa só é punível quando o facto tentado consistir numa ofensa grave, pois tanto as ofensas corporais simples, como as agravadas pelo resultado não admitem a forma tentada.

¹² Dispõe o artigo 147.º n.º 1 Se das ofensas previstas nos artigos 143.º a 146.º resultar a morte da vítima, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo. N.º 2 Se das ofensas previstas no artigo 143.º, na alínea a) do n.º1 do artigo 145.º e na alínea a) do artigo 146.º resultarem ofensas previstas no artigo 144.º, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um quarto nos seus limites mínimo e máximo.

¹³ AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais...* página 108. “ (...) *Impõe-se, portanto, aqui uma interpretação correctiva restritiva. Objecto do juízo de qualificação será, não apenas o crime agravado pelo resultado na sua totalidade, mas apenas o comportamento doloso base (...)*”.

¹⁴ PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário...* página 203.

Para AUGUSTO SILVA DIAS¹⁵ apenas não são puníveis as tentativas das ofensas corporais qualificadas agravadas pelo resultado, quer quando não se atinja o resultado grave, quer quando não se verifica o resultado do crime doloso grave. Na primeira hipótese porque como se imputa o resultado grave a título negligente não são puníveis tentativas negligentes. Na segunda hipótese como o crime *praeter* intencional é um crime único, e nesta construção que se estabelece a sua moldura penal, não se pode punir por tentativa do crime *praeter* intencional agravado pelo resultado, pois este tem de ser visto como um todo.

Porém quanto à não punibilidade da tentativa de ofensa corporal simples qualificada, este último autor não concorda, pois *quando nos actos de execução das ofensas corporais simples se verifica uma circunstância qualificante do n.º 2 do art.132.º, se confirma a especial censurabilidade ou perversidade do agente e o resultado não se produz (...), deixa de haver tentativa de ofensa corporal simples e passa a haver tentativa de ofensa corporal qualificada, a qual é punível à luz do artigo 23.º n.º 1 pois o limite máximo de pena aplicável ao crime consumado é de 4 anos.*

Quanto a nós também assim nos parece, pois apesar do tipo base ser o do artigo 143.º do CP, para descrição dos diferentes crimes de ofensas corporais são dois tipos autónomos. Autonomia que permite um juízo dogmático distinto no que concerne à punibilidade da tentativa.

Conclusões

Assim e a título de conclusão, delimitado o conceito de ofensa à integridade física com relevância para o direito penal, resulta que o artigo 143.º é o crime base de todos os outros constantes no capítulo III, do título I, em especial para as ofensas graves, qualificadas, agravadas pelo resultado e privilegiadas.

Porém, tal ligação ao tipo base não retira, pelo contrário, determina, que todos os crimes de ofensas são autónomos. Autonomia que impõe um juízo dogmático próprio e especial a cada um.

No que concerne às ofensas qualificadas, qualquer circunstância qualificativa agravante não é de funcionamento automático. Carece de um juízo de censurabilidade ou perversidade em cada caso concreto.

¹⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais....*, páginas 108 e 109.

Logo, o facto de se ofender o corpo ou a saúde, por exemplo, de um agente da segurança não implica, de imediato, a qualificação das ofensas corporais. Mas implica, obrigatoriamente que estejamos perante um crime público, quer seja uma ofensa à integridade física simples, qualificada, grave ou agravada pelo resultado.

A qualidade especial da vítima, melhor esta qualidade especial da vítima, torna o crime público e poderá, dependendo do caso concreto, traduzir-se num crime qualificado, grave ou agravado pelo resultado.

Muito Obrigada.

4. Bibliografia

- AUGUSTO SILVA DIAS, *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Crimes contra a vida e a integridade física*, 2ª edição, revista e actualizada, AAFDL, 2007.
- COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, I Coimbra Editora*.
- FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra editora, 1999.
- MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 15.ª edição 2002.
- PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense, Tomo I*, Coimbra Editora, 1999.
- TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal, Parte Geral, II, Questões Fundamentais - Teoria Geral do Crime*, (2.ª edição), Coimbra Editora, 2008.

Algumas questões sobre os crimes contra a liberdade pessoal na revisão de 2007 do Código Penal¹

MANUELA VALADÃO

*Professora do Instituto Superior
de Ciências Policiais e Segurança Interna.*

A última revisão do Código Penal (CP) foi operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que entrou em vigor a 15 de Setembro de 2007), tendo tido origem nos trabalhos da Unidade de Missão para a Reforma Penal, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 113/2005, de 29 de Julho.

Muitas das alterações efectuadas, então, no Código Penal foram ditadas por obrigações comunitárias e internacionais.

Neste contexto dos crimes contra a liberdade pessoal, destaco a Convenção do Conselho da Europa sobre o combate ao Tráfico de Seres Humanos, adoptada em Varsóvia em 16 de Maio de 2005², a qual terá determinado, em muito, a formulação do novo crime de tráfico de pessoas, agora previsto e punido pelo art. 160.º do CP.

Antes de me debruçar, em especial, nas alterações preconizadas pela revisão, neste capítulo, vou proceder a uma abordagem dos crimes que, de forma mais evidente, podem relacionar-se em termos de ilícito

¹ O presente texto corresponde ao teor da minha intervenção a 16-12-2008 no sexto Seminário das *Jornadas sobre Reforma Penal e Processual Penal*, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

² Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, publicada no Diário da República de 14 de Janeiro de 2008.

meio e ilícito fim, com vista à sua distinção sumária. Isto permite excluir, para já, as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e a escravidão, crimes previstos, respectivamente, nos arts.º 156.º e 159.º

Ilícito Meio – Ilícito Fim

Neste capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal figura, à cabeça, o crime de ameaça – art. 153.º

O preenchimento deste tipo exige, por um lado, a feitura de uma ameaça referida à (ou com a) prática de crime contra: a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade de autodeterminação sexual, bens patrimoniais de considerável valor³. Por outro lado, exige que a ameaça provoque na vítima medo ou inquietação ou que prejudique a sua liberdade de determinação. A ameaça tem, pois, de atemorizar a vítima, caso contrário o tipo não estará preenchido, o que bem se compreende uma vez que o bem jurídico protegido pela norma incriminadora é a paz individual, condição da realização da liberdade pessoal⁴.

No CP a ameaça surge não só como crime autónomo, no art. 153.º, mas também como meio de realização de outros crimes e, assim, como elemento integrante desses crimes. É o que sucede, no capítulo dos crimes contra a liberdade, na coacção (art. 154.º), no tráfico de pessoas (art. 160.º), no rapto (art. 161.º), na tomada de reféns (art. 162.º) e, eventualmente, no sequestro (art. 158.º), considerando que este tipo prevê a privação da liberdade por qualquer forma. (Também noutros capítulos a ameaça integra a tipicidade de certos crimes, nomeadamente: de coacção sexual no art. 163.º, de violação no art. 164.º, de lenocínio agravado no art. 169.º, n.º 2, na coacção contra órgãos constitucionais no art. 333.º, na coacção de eleitor no art. 340.º, na resistência e coacção sobre funcionário no art. 347.º).

O crime de ameaça tem como resultado o medo ou a inquietação da vítima, a afectação da sua liberdade de determinação.

³ O princípio da legalidade dita que este conceito seja determinado através da alínea b) do art. 202.º, preceito que contém definições legais no âmbito dos crimes contra o património.

⁴ Existe um outro tipo de crime de ameaça no capítulo dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública. Trata-se do crime de “Ameaça com prática de crime” previsto pelo art. 305.º. Neste caso, o bem jurídico protegido é a paz social, já que a ameaça tem de causar alarme ou inquietação entre a população, sem o que o tipo não estará preenchido.

Distinções sumárias entre os tipos

O crime de coacção, previsto no art. 154.º, distingue-se do crime de ameaça previsto no art. 153.º, quer pelos meios quer pelo resultado. Assim:

O agente do crime de coacção pode utilizar como meio a ameaça, mas no sentido bastante mais amplo do que o da ameaça constitutiva de crime autónomo.

Com efeito, enquanto esta, tipicamente, tem de referir-se à prática de um ou mais crimes enunciados no art. 153.º, na coacção, a ameaça enquanto meio de execução do crime, tem de reportar-se a “mal importante”. Trata-se de um conceito indeterminado não isento de problemas.

Américo Taipa de Carvalho apresenta as seguintes ideias orientadoras da precisão e concretização da “ameaça com mal importante” enquanto meio do crime de coacção:

O mal importante, em si mesmo, tanto pode ser ilícito como lícito, determinando-se a respectiva importância pela sua adequação, no caso concreto, ao constrangimento da vontade da vítima. Isto é, o ameaçado, perante a perspectiva, a antevisão daquele mal, verga-se à vontade do coactor.

Por hipótese, o empregador constrange o trabalhador a não se sindicalizar, ameaçando-o de que, caso o faça, não lhe renovará o contrato a termo.

A não renovação do contrato não é, em si, ilícito, contudo, já o é a violação da liberdade sindical, e aqui reside, no caso, a ilicitude desta coacção⁵.

A ameaça com mal importante, embora vise constranger o ameaçado a determinado comportamento, nem sempre configura um meio do crime de coacção. Se o senhorio ameaça o inquilino com uma acção de despejo, constrangendo-o, dessa forma, a abster-se de incomodar os vizinhos com música alta pela noite dentro, não parecem subsistir dúvidas de que a ameaça é com mal importante. Porém, este procedimento do senhorio integrar-se-á na alínea a) do n.º 3 do art. 154.º

Há outros tipos de coacção (especiais), sendo que o tipo de art. 154.º está, perante eles, numa relação de subsidiariedade, isto é, só se aplica se a lesão concreta da liberdade de acção não se subsumir nesses

⁵ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 356 e segs.

tipos de crime de coacção especial, tais como: a coacção sexual prevista no art. 163.º, a coacção de eleitor prevista no art. 340.º, a coacção contra órgãos constitucionais prevista no art. 333.º, a coacção de funcionário prevista no art. 347.º e, ainda, a coacção qualificada pela qualidade da vítima ou do próprio agente prevista nas alíneas *b)*, *c)* e *d)* n.º 1 do art. 155.º

Ainda no âmbito da distinção sumária entre tipos, cumpre destacar também os crimes de sequestro, art.158.º, rapto, art. 161.º, e tomada de reféns, art. 162.º

Todos têm como elemento nuclear a privação da liberdade de movimento da vítima. Cumpre, na sequência, atentar no que os distingue.

Assim, para além de o rapto implicar sempre a transferência da vítima de um lugar para o outro, enquanto o mesmo não tem de acontecer, necessariamente, no sequestro, o que distingue estes crimes, fundamentalmente, é a finalidade com que o agente leva a cabo a privação da liberdade da vítima. Esta circunstância explicará a diferença considerável entre as penas básicas estatuídas no art. 158.º (prisão até três anos ou multa) e no art. 161.º (prisão de dois a oito anos).

Quanto à tomada de reféns, trata-se de um crime que só pode ser cometido através de sequestro ou rapto, distinguindo-se de ambos também pelas finalidades da actuação criminosa. Estas finalidades, *prima facie*, têm de se inscrever numa matriz política, ideológica, filosófica ou confessional. O tipo evidencia ainda uma finalidade de natureza instrumental, visto que o preenchimento respectivo exige que o agente actue com o fim de constranger um terceiro (pessoa colectiva ou singular) a uma acção ou omissão ou a suportar uma actividade.

A violência. Os cortes de estrada

Nestes crimes contra a liberdade pessoal, a violência pode estar presente nos crimes de coacção, sequestro (já que a privação da liberdade é, tipicamente, possível através de “qualquer forma”), tráfico de pessoas, rapto e tomada de reféns.

O conceito de violência não é, de todo, pacífico. Tradicionalmente, era entendida como o uso de força física sobre o corpo da vítima. Actualmente, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se para englobar a violência psíquica no conceito relevante de violência.

É claro que, nestes crimes, a violência tanto pode dirigir-se à vítima como a terceiros, podendo, também, consistir em intervenção física sobre coisas, destruindo, danificando ou mesmo usurpando ou inibindo a sua utilização.

Seria, porventura, a partir deste conceito de violência que Américo de Taipa Carvalho, antes de revisão actual do CP, entendia subsumir os cortes de estrada na figura geral e subsidiária do crime de coacção⁶.

De facto, os cortes de estrada constroem os transeuntes, vítimas, a omitir a circulação ou a continuação da circulação por determinadas vias. E o meio, enquanto inibição ou usurpação da utilidade da via, pode qualificar-se como violência sobre coisas.

É claro que o fim último tem-se revelado, em regra, de natureza política (pressão sobre governos e autarquias para obtenção de vantagem).

Todavia, os agentes do corte de estrada sabem que vão coagir quem quer que pretenda circular por aquela via a não o fazer ou a não prosseguir, agindo com dolo de coacção, quanto mais não seja a título de dolo necessário.

Antes da reforma de 2007 do CP, podia, na verdade, fundamentar-se a integração dos cortes de estrada no tipo geral de crime de coacção, apesar da existência, no CP, do art. 290.º que previa, entre outros comportamentos, a colocação de obstáculos ao funcionamento ou à circulação de transporte rodoviário.

É que o crime previsto no art. 290.º, sob a epígrafe “atentado à segurança de transporte rodoviário”, antes da presente revisão do CP, embora incluisse na tipicidade a colocação de obstáculo ao funcionamento ou à circulação, exigia que daí resultasse a criação de um perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado.

Com a revisão do CP, o tipo deixou de exigir esta colocação em perigo, passando a estar preenchido, objectivamente, com a colocação de obstáculos ao funcionamento ou à circulação de transporte rodoviário. O perigo anteriormente referido subsiste mas, agora, como circunstância agravante.

Assim, havendo um tipo de ilícito que abrange, de forma mais esgotante, os bens jurídicos em causa (trata-se não só da liberdade de

⁶ Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, Tomo I, pp. 353 e seg. e 366.

circulação de pessoas, mas também da própria segurança rodoviária), não existe fundamento para integrar os cortes de estrada no tipo do art. 154.º que prevê a coacção. Estes comportamentos estão claramente previstos no art. 290.º, n.º 1, alínea b), cujo preenchimento objectivo se basta com a colocação de obstáculo ao funcionamento ou à circulação de transporte rodoviário.

Alterações da revisão

As modificações preconizadas pela revisão do CP, no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, incidem nos crimes de ameaça e coacção e na inserção sistemática, neste capítulo, do crime de tráfico de pessoas com um âmbito de previsão substancialmente alargado.

Numa abordagem geral das alterações neste capítulo, refere-se que o crime de ameaça passou a ser qualificado (ou agravado) em circunstâncias idênticas às previstas para a agravação da coacção.

Daí que o art. 155.º, que trata da agravação nesta matéria, aluda simultaneamente aos factos previstos nos arts.º 153.º e 154.º

Ou seja: o crime de ameaça era – e é –, no art. 153.º punido, basicamente, com uma pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias. Antes da reforma de 2007, esta pena era agravada, no n.º 2 do mesmo preceito, unicamente se a ameaça se referisse à prática de crime punível com pena de prisão superior a três anos. Neste caso, a pena de prisão passava a ter o limite de dois anos e a pena de multa o limite de 240 dias.

Com a actual agravação estatuída no art. 155.º, a pena de prisão ou multa, para o crime de ameaça, sobe para os mesmos limites, mas o crime de ameaça é agravado, tal como o de coacção, não apenas naquela hipótese (n.º 1, alínea a)), mas também se o facto for realizado contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (n.º 1, alínea b)), ou se for realizado (como prevê a alínea c) do n.º 1) contra umas das pessoas referidas na alínea l) do n.º 2 do art. 132.º (preceito este que prevê o homicídio qualificado e, relativamente ao qual, a reforma acrescentou novas circunstâncias potencialmente qualificativas).

De sublinhar que as circunstâncias enunciadas nas várias alíneas do n.º 1 do art. 155.º, incluindo na alínea c), conduzem a uma qualificação a nível do tipo objectivo de ilícito. (Diferentemente, a alínea l) do n.º 2 do art. 132.º apenas evidencia algumas circunstâncias, exemplos-padrão,

de tipo de culpa agravado, uma vez que a morte de uma das pessoas ali mencionadas, no exercício das suas funções ou por causa delas, não dispensa nunca a prova de que tais circunstâncias, em concreto, revelam a especial censurabilidade do agente exigida pelo n.º 1 do art. 132.º, enquanto condição qualificativa do homicídio⁷).

Por força da remissão da alínea *c*) do n.º 1 do art. 155.º, quer a ameaça quer a coacção serão agravadas se cometidas contra membros das forças ou serviços de segurança. O legislador entendeu e teve em conta que as funções exercidas por estes agentes garantem a incolumidade dos direitos dos cidadãos e, neste sentido, o CP promove também, através desta agravação, o reforço dessa incolumidade.

A circunstância prevista na alínea *d*) do n.º 1 do art. 155.º é agora agravante tanto do crime de coacção como do crime de ameaça. Trata-se da hipótese de qualquer destes factos ser realizado por funcionário com grave abuso de autoridade, enunciando, por referência à alínea anterior, uma bilateralização do reforço da tutela ou protecção dos direitos dos cidadãos, o que se afigura equilibrado.

A exigência legal de que o abuso de autoridade por parte do funcionário seja grave impõe alguma reflexão:

Em primeiro lugar e como parece evidente, qualquer ameaça ou coacção que seja crime, se for cometida por funcionário na qualidade e enquanto tal, é sempre abuso de autoridade.

De forma que o problema de saber em que consistirá a eventual gravidade desse abuso apenas se coloca para determinar, em concreto, se uma ameaça ou uma coacção cometida por funcionário deverá ou não ser subsumida na alínea *d*) do n.º 1 do art. 155.º, sendo o agente punido, no caso de ameaça, com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias (em vez de prisão até um ano ou multa até 120 dias, como estatuído no art. 153.º) e, no caso de coacção, com uma pena de prisão de um a cinco anos (em vez de prisão até três anos ou multa, como estatuído no art. 154.º).

O abuso de autoridade implica sempre a instrumentalização da qualidade de funcionário para intimidar e constranger, podendo ocorrer por meio de ameaça, ou por meio de coacção.

⁷ Sobre a técnica legislativa dos exemplos-padrão no art. 132, cfr. TERESA SERRA, *Homicídio Qualificado Tipo de Culpa e Medida de Pena*, Almedina, 1990, pp. 58 e segs.

Todavia, para a agravação da pena estatuída no art. 155.º, n.º 1, alínea *d*) do CP, não basta que o agente seja funcionário, actue enquanto tal e que o facto (ameaça ou coacção) exorbite da sua competência ou das suas funções, o que, só por si, configura o abuso.

Tenho para mim que a gravidade do abuso de autoridade implicará que a finalidade da ameaça ou da coacção seja totalmente alheia às funções do agente, isto é, que seja uma finalidade privada ou egoísta. Ou, embora as finalidades do facto não extravasem o âmbito funcional, que o meio de coacção seja muito grave, por exemplo, ameaça de tiro ou de tortura com vista à obtenção de uma confissão da parte de um detido.

Enfim, os critérios da gravidade do abuso de autoridade poderão, centrar-se, por um lado, nos fins e, por outro, na intensidade dos meios. Se, porventura, houver uma total perversão da autoridade, se o agente utilizar meios indignos de um Estado de Direito, não subsistirão dúvidas de se estar perante um abuso de autoridade grave.

Vejamos o seguinte exemplo: um cidadão tem o seu automóvel estacionado em cima do passeio. Um agente da forças de segurança, quando o cidadão se aproxima do carro para seguir viagem, toma-lhe os documentos e exige que o acompanhe à esquadra a fim de ali preencher formulários da coima, ameaçando-o de que, se não o acompanhar, não lhe devolverá os documentos. Evidencia-se uma detenção que é, no mínimo, uma coacção. Não há dúvida de que existe abuso de autoridade, colocando-se o problema de saber se deverá considerar-se grave para efeitos da agravação estatuída no art. 155.º, n.º 1, alínea *d*) do CP.

Neste exemplo, o funcionário exerceu uma coacção ilícita. Todavia, o fim para o qual actuou ainda se insere no âmbito do exercício das suas funções. Digamos que o funcionário exorbitou nos meios mas não nos fins. E, quanto aos meios, não se afiguram particularmente intensos nem violentos.

O funcionário abusou da sua autoridade (de forma não grave), o facto será subsumível no art. 154.º, [mas não no art. 155.º, n.º 1 alínea *d*) do CP].

Contradições valorativas

Ainda sobre o art. 154.º, que prevê a coacção simples, a revisão manteve o n.º 4, apenas alterando os seus termos de forma a incluir relacionamentos familiares homossexuais.

O preceito faz depender de queixa o procedimento criminal quando o facto tiver lugar entre cônjuges, ascendentes e descendentes, adoptantes e adoptados, ou entre pessoas de outro ou do mesmo sexo que vivam em situação análoga à dos cônjuges. Nestas hipóteses, o crime é semi-público.

Considerando que o art. 154.º, n.º 4, se reporta a violência familiar de alguma espécie, parece evidenciar-se aqui uma contradição valorativa por referência ao crime do art. 152.º – violência doméstica – que é público, a menos que pudesse vislumbrar-se naquele n.º 4 um contributo para a delimitação do próprio tipo da violência doméstica o que também não seria isento de dificuldades.

Depois, constata-se que o crime de ameaça agravado previsto no art. 155.º, punido com uma pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, é público, sendo a pena inferior à estatuída para o crime de coacção simples. A diferença de penas bem se compreende uma vez que este tipo de ilícito exige o efectivo constrangimento da vítima à adopção de um comportamento determinado, através de violência ou de ameaça com mal importante. A ameaça é aqui, como se disse, um ilícito meio de um outro ilícito mais grave.

Assim, não é fácil de compreender a opção do legislador pela natureza semi-pública do crime previsto no art. 154.º, n.º 4, por contraposição não só ao crime de violência doméstica, mas também ao crime de ameaça agravado. Esta solução legislativa põe o problema de saber até que ponto o crime de coacção, cujo meio de cometimento é a violência ou ameaça com mal importante, poderá estar fora do âmbito do conceito de maus-tratos físicos ou psíquicos (art. 152.º), se ocorrer *intra muros* familiares.

Também factos subsumíveis no n.º 4 do art. 154.º, documentarão violência familiar, o que põe em causa, para além do bem jurídico liberdade de acção e de decisão, o bem-estar familiar.

Ora, tendo em conta o sentido valorativo que a família assume na nossa Constituição, designadamente no art. 67.º, como espaço de realização pessoal dos seus membros, não deveria nunca a família fundamentar qualquer afrouxamento da tutela penal da liberdade pessoal, contra a mensagem que parece poder retirar-se do n.º 4 do art. 154.º, mensagem que a natureza pública do crime de violência doméstica contradiz, bem como a justificada diferença da pena estatuída no art. 152.º relativamente às penas aplicáveis a ofensas idênticas, mas perpetradas fora do contexto familiar.

O crime de tráfico de pessoas

Antecedentes

Podemos dizer que a construção deste tipo de ilícito evoluiu de dois tipos que, antes da reforma, estavam previstos no art. 169.º, com a mesma epígrafe “Tráfico de pessoas” e no art. 176.º, com a epígrafe “Lenocínio e tráfico de menores”, situando-se no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Com o anterior art. 169.º punia-se o tráfico internacional de pessoas. Eram elementos do tipo as condutas de aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de pessoa ou propiciar as condições para a prática, por essa pessoa, em país estrangeiro, de prostituição ou de actos sexuais de relevo. A pena era de prisão de dois a oito anos. Os meios de execução do crime eram a violência, a ameaça grave, o ardid, a manobra fraudulenta, o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou de aproveitamento de qualquer situação de especial vulnerabilidade.

A intenção lucrativa ou o carácter profissional do tráfico de pessoas não eram elementos típicos, nem sequer motivo de agravação da pena. Considerava-se que a dignidade penal da conduta advinha do bem jurídico que se queria proteger, a liberdade (de determinação) sexual da vítima, independentemente do eventual fim lucrativo do agente ou de este fazer da conduta actividade profissional.

O anterior art. 176.º previa e punia o lenocínio e tráfico de menores, distinguindo três situações:

- Condutas de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício de prostituição ou acto sexual de relevo, no território nacional, de menores entre catorze e dezasseis anos. A pena era de prisão de seis meses a cinco anos.
- Condutas de aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento, em país estrangeiro, de menor entre catorze e dezasseis anos para as mesmas práticas. A pena era de prisão de um a oito anos.
- As mesmas condutas, quer de lenocínio em território nacional quer de tráfico para o estrangeiro, por meio de violência, ameaça grave, ardid, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de dependência hierárquica, económica ou relação de trabalho,

aproveitamento de eventual incapacidade psíquica da vítima ou qualquer outra situação de especial vulnerabilidade, ou sendo a vítima menor de catorze anos. A pena seria, nestes casos, de prisão de dois a dez anos.

Antes da reforma do CP de 2007, os crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio e tráfico de menores, previstos nos referidos arts.º 169.º e 176.º, eram agravados por via do art. 177.º, designadamente nos casos de serem praticados por ascendentes, adoptantes, parentes ou afins até ao segundo grau da vítima ou se esta se encontrasse sob a tutela ou curatela do agente.

Por seu turno, o art. 179.º previa a possibilidade da condenação dos agentes daqueles crimes na pena acessória de inibição do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de dois a quinze anos (nas hipóteses, obviamente, da existência destas relações entre os agentes dos crimes e as vítimas).⁸

O art. 160.º do Código Penal

O actual art. 160.º, sob a epígrafe “Tráfico de pessoas”, sendo embora herança dos arts.º 169.º e 176.º anteriores à reforma, tem, contudo, uma configuração típica substancialmente distinta.

A essencial dignidade da pessoa humana é protegida de forma mais ampla.

A multiplicidade de bens jurídicos, cujo “ataque” este crime promove, inclui-se no núcleo de direitos fundamentais de que, juntamente com a vida, fazem parte a liberdade, a segurança, a integridade pessoal, enfim, a essencial dignidade da pessoa humana.

Efectivamente, dos crimes contra a liberdade pessoal, o crime de tráfico de pessoas é o que é susceptível de atingir maior complexidade de bens jurídicos. Na verdade, afectando, em primeira linha, a liberdade pessoal, enquanto liberdade de decisão e de acção bem como de movimento, de deslocação ou circulação, pode afectar a liberdade e autodeterminação sexual, o direito à escolha da profissão e à prestação de

⁸ A decisão era comunicada à Conservatória do Registo Civil onde estivesse lavrado o registo de nascimento do condenado, nos termos do art. 499.º, n.º 5 do CPP.. Cfr. também o art. 1913 do C.C..

trabalho em condições dignas (quer de retribuição quer de repouso), bem como a própria integridade física e, de modo particular e “qualificado”, a dignidade da pessoa humana⁹.

Daí que a inserção sistemática deste crime de tráfico de pessoas seja agora no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, em consonância com o alargamento das condutas típicas e dos próprios bens jurídicos.

A intenção do legislador foi dar resposta a um fenómeno criminal [crescente] da maior gravidade e que a própria Constituição da República identifica como tal no seu art. 34.º, n.º 3, ao excepcionar do carácter absoluto da inviolabilidade de domicílio durante a noite certos casos de criminalidade que incluem o tráfico de pessoas (juntamente com o terrorismo, o tráfico de armas e estupefacientes).

O art. 160.º refere agora não apenas fins de actividades de exploração sexual, mas também fins de actividades de exploração do trabalho e fins de extracção de órgãos.

O crime inclui tanto o tráfico de Portugal para o estrangeiro, como do estrangeiro para Portugal, bem como, ainda, dentro do território nacional.

Os números 1 e 2 do art. 160.º compreendem as condutas típicas de oferta, entrega, aliciamento, aceitação, transporte, alojamento ou acolhimento de pessoas para os fins das citadas actividades.

No entanto, o legislador estabeleceu distinções substanciais, atendendo à idade das vítimas e aos meios utilizados. Com efeito, o n.º 1 contempla vítimas menores e prevê a utilização de meios ditos graves no cometimento do crime. Trata-se de meios descritos nas alíneas *a)* a *e)*. São eles:

- a)* violência, rapto, ameaça grave;
- b)* ardil ou manobra fraudulenta;
- c)* abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;
- d)* aproveitamento de incapacidade física ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima;¹⁰
- e)* obtenção do consentimento de pessoa que tem o controlo sobre a vítima.

⁹ Sobre o modo particular de afectação da dignidade da pessoa humana que está em causa neste tipo de crime, o que torna, por isso, “qualificada” a violação da liberdade pessoal, cfr. PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *O Crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal revisto – análise de algumas questões*, Revista do CEJ – 1.º semestre 2008, n.º 8, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, p. 182.

¹⁰ Sobre o conceito de “aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade da vítima”, cfr. PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO *loc. cit.*, p. 180.

Verifica-se, pois, que o tráfico de pessoas maiores só é crime se praticado através dos meios graves descritos. A pena é de prisão de três a dez anos.

O n.º 2 contempla vítimas menores¹¹, estatuidando igual pena se o crime for cometido por qualquer outro meio que não os meios graves descritos no n.º 1. No entanto, se estes forem empregues para o tráfico de menores, haverá lugar, segundo o n.º 3 do preceito, a uma qualificação e à agravação da pena, que passa a ser de 3 a 12 anos de prisão; o mesmo acontece se o agente do crime de tráfico de menores actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, circunstância esta que, curiosamente, não agrava o crime, se cometido contra adultos.

Inteiramente novas são as incriminações dos números 4, 5 e 6 do art. 160.º

O n.º 4, incrimina o pedido ou a aceitação bem como a oferta ou a entrega de menor para adopção, mediante pagamento ou outra contrapartida. O legislador quis deixar claro que, no caso de entrega de menor para adopção, o tipo só ficará preenchido se o agente receber, em troca, uma qualquer vantagem ou compensação, ainda que não seja dinheiro. A pena é de prisão de um a cinco anos.

O n.º 5 tipifica a utilização dos serviços ou órgãos de vítimas de tráfico com conhecimento da sua proveniência, estatuidando, para tal, uma pena de prisão de um a cinco anos, “se pena mais grave lhe não couber por força de outras disposição legal”. Esta ressalva evidencia, claramente, que quando a utilização dos órgãos de vítima de tráfico é precedida da respectiva extracção pelo mesmo agente, este preencherá outro tipo legal, que não apenas o tipo de crime deste número 5, como é óbvio.

Nesta matéria são pensáveis várias situações, recondutíveis aos números 1 e 2 do mesmo art. 160.º ou subsumíveis no art. 145.º, quando remete para o art. 144.º, ou ainda, no caso de morte da vítima, no art. 147.º ou, consoante o dolo e as circunstâncias, no próprio tipo do homicídio qualificado ou outro.

Pode suscitar-se a questão de saber se o recebimento de órgãos por transplante se inclui na expressão “utilizar... órgãos da vítima”. Mas será que o receptor do órgão o “utilizou”? O termo não parece ser o mais adequado. Na linguagem comum o receptor não utiliza o órgão. Até pode haver rejeição do órgão.

¹¹ O limite de idade destas possíveis vítimas foi alargado, com a reforma, até aos 18 anos. O anterior art. 176.º considerava vítimas entre os 14 e os 16 anos.

Na verdade, o legislador, se pretendesse incluir na possível autoria deste tipo de crime do n.º 5 do art.160.º receptores de órgãos das vítimas por transplante, tê-lo-ia expressado de forma inequívoca. Neste caso seriam, porventura, na prática, configuráveis situações de estado de necessidade desculpante.

Finalmente, o número 6 tipifica a retenção, ocultação, danificação ou destruição dos documentos de identificação ou de viagem de vítimas do crime de tráfico de pessoas. A pena é a de prisão até três anos com a ressalva de eventual aplicação de pena mais grave por força de outra disposição legal.

Incongruências?

Contrariamente aos preceitos que prevêm os tipos de crime de ameaça, coacção, sequestro, rapto e tomada de reféns, o art. 160.º não estatui qualquer qualificação ou agravação para a hipótese de ser praticado por funcionário com grave abuso de autoridade.

Contudo, é imaginável e possível o cometimento do crime de tráfico de pessoas, por exemplo, por agente policial com abuso de autoridade que, no caso seria grave, dado tal prática ser, desde logo, naturalmente alheia às funções do agente¹².

Dos crimes enunciados, quando cometidos por funcionário, só o rapto pode ter uma pena superior às do tráfico de pessoas, se cometido em certas circunstâncias – todas as enunciadas no n.º 2 do art. 158.º (por remissão da alínea a) do n.º 2 do art. 161.º) – figurando, entre elas, a eventualidade de o crime ser praticado por funcionário com grave abuso de autoridade.

Na hipótese de tráfico de pessoas cometido por funcionário através de rapto, estaremos perante um concurso de normas em que a regra que prevê o crime instrumental estatui pena mais severa. Deverá ser esta, então, a pena aplicável, verificando-se uma situação de consunção imputra entre as normas incriminadoras em presença.

Constata-se, pois, que, na hipótese de crime de tráfico de pessoas cometido por funcionário com grave abuso de autoridade, só haverá

¹² Sobre os critérios da gravidade do abuso da autoridade, v. supra, ALTERAÇÕES DA REVISÃO, a propósito da circunstância agravante prevista na alínea d) do n.º 1 do art. 155.º.

agravação típica por conta da qualidade de funcionário do agente, se o meio utilizado para o tráfico for o rapto.

Uma outra discrepância valorativa traduz-se na ausência da possibilidade de aplicação da pena acessória de inibição do poder paternal, para o crime de tráfico de pessoas, contrariamente a outros crimes enunciados no art. 179.º

No entanto, não há dúvidas de que o crime em análise pode ser cometido ou facilitado por progenitores. Veja-se, por exemplo, a entrega para adoção mediante contrapartida.

Por último, a intenção do legislador de assegurar a perseguição penal, após a vítima última ter alcançado a maioridade, não parece ter abrangido os casos enquadráveis no art. 160.º, no que aos menores diz respeito.

Com efeito, o art. 118.º, n.º 5, passou a determinar que a prescrição do procedimento não se verifica antes de o ofendido perfazer 23 anos, mas apenas no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Estas são algumas reflexões que fiz a propósito das recentes alterações em matéria dos crimes contra liberdade pessoal. No entanto, muitas outras questões se levantarão a propósito¹³.

¹³ Por exemplo, relativamente ao confronto do art. 160.º com o tipo legal de crime de *auxílio à imigração ilegal*, previsto e punido no art. 183.º da Lei n.º 23/2008, de 4 de Julho, cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Tráfico de Pessoas*, in Revista do CEJ, n.º 8, pp. 167-178; quanto a outras dificuldades interpretativas, cfr. PEDRO VAZ PATTO, *o crime de Tráfico de Pessoas no Código Penal Revisto, Análise de Algumas Questões*, *ibidem*, pp. 179-203.

Das alterações à parte especial do Código Penal

Dos crimes contra a Administração da Justiça ou, especialmente, da violação do segredo de justiça¹

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

Assistente na Escola de Direito da Universidade do Minho

Sendo eu repetente nestes Seminários que, em boa hora, o Instituto resolveu levar a cabo pelo nosso país, quase me sinto já como se fizesse parte desta família, com a qual, afinal, tenho trabalho amiudadas vezes nos últimos tempos, pelo que talvez me fossem dispensadas estas palavras de introdução por estar a *advogar em causa própria*. Muito embora, ter laços de afinidade não é exactamente a mesma coisa que ser da família e as palavras, estou em crer, sobretudo as de reconhecimento e louvor, não devem ser poupadas quando cumpram o requisito prévio do merecimento.

São, pois, inteiramente devidos os cumprimentos ao ISCPSI pelo trabalho que tem realizado ao longo destes meses, levando a discussão a respeito das alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal aos mais diversos fóruns, reunindo conferencistas de origens profissionais diversas, com experiências e opiniões distintas, permitindo um

¹ O texto ora apresentado corresponde, sem alterações significativas, àquele que foi apresentado pela autora em Viseu, a 13 de Novembro de 2008, no quinto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

debate alargado e versátil que, tenho a certeza – falo em nome próprio –, muito tem enriquecido todos aqueles que nele têm podido participar.

Não ficariam completos estes cumprimentos sem uma palavra especial dirigida ao *agente instigador*, o caríssimo Subintendente Manuel Valente, a cujo empenho, dedicação e energia estes Seminários tanto devem, e a quem devo agradecer particularmente os convites que me têm sido endereçados. Espero não os desmerecer completamente.

Venho, pois, falar-lhes hoje a respeito dos crimes contra a realização da justiça (capítulo III do título V do Livro II do Código Penal), mais concretamente, como impõe o mote deste Seminário, a propósito das alterações que a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, introduziu neste capítulo. O nosso trabalho, assim delimitado, encontra-se, a um tempo, facilitado e dificultado. Facilitado porque, efectivamente, compulsadas as modificações levadas a cabo, podemos verificar que, de entre os 14 artigos que compõem este núcleo temático, afora três mudanças de pormenor em outros tantos preceitos, o único realmente alterado foi o art. 371.º, onde se prevê o crime de violação de segredo de justiça. Dificultado, todavia, e paradoxalmente, pela mesma razão. De facto, se termos apenas que nos debruçar aqui sobre um tipo de ilícito pode parecer, à partida, tarefa simplificada, quanto mais não seja pela quantidade de matéria a tratar, este é um presente envenenado, já que esse preceito concreto vinha levantando acesa discussão, sobretudo na sua indissociável ligação com o Código de Processo Penal. A seu tempo veremos se essa controvérsia encontrou ou não apaziguamento no novo texto legal.

Como disse JEAN COCTEAU, impressivamente, “um segredo tem sempre a forma de uma orelha”. Efectivamente, afirmar que se é portador de um segredo, de uma informação valiosa, mas que se for tornada pública pode comprometer algo ou alguém, razão pela qual não pode ser revelada a determinadas pessoas, dizer que se tem conhecimento de um determinado conteúdo, mas que não se partilha, é fazer com que, simultaneamente, se agucem no ser humano dois sentimentos diferentes: de um lado, a vontade de também fazer parte do grupo de *privilegiados* que tem acesso a essa informação reservada; de outro, a dúvida e a suspeita a respeito daquele conteúdo que, se não pode ser compartilhado com a comunidade em geral (ou uma específica comunidade menos ampla), esconde plausivelmente algo que não obteria aprovação dos demais.

De uma outra perspectiva, que não pode deixar de enlaçar-se com esta, diríamos nós, em glosa livre àquela expressão, que *um segredo tem*

igualmente a forma de uma boca. Queremos com isto significar, já não sob a óptica do grupo de pessoas que está fora do círculo de reserva, mas sob a daquelas que se encontram no interior dele, que *possuir um segredo*, sobretudo quando não é nosso mas diz respeito a outrem, gera também um movimento de sentido inverso, mas convergente, com o que traçávamos anteriormente: o de ter uma informação valiosa que pode interessar a outros, tenha-se por móbil um interesse egoístico ou, mesmo, absolutamente altruístico.

Se assim se passa no mundo das coisas dos homens, seres limitados normalmente conscientes disso, não se vislumbra razão pela qual assim não fosse passar-se nessa pequena parte dele que é o Direito, especialmente, para o que aqui nos interessa, o Direito Penal. Assim, e como há muito vem sendo salientando², falar-se de segredo em Direito Penal (entendido em sentido lato, abrangendo tanto o direito penal como o direito processual penal), faz-nos sempre transportar para um modelo inquisitório próprio de outras épocas, em que o segredo do processo era essencial e indiscutível, por só assim permitir aos agentes investigatórios ampla margem de flexibilidade para conduzirem a investigação de acordo com os parâmetros que entendessem e utilizando os meios que de todos ficaram conhecidos. Com a recusa clara desse modelo, na passagem para o denominado modelo acusatório, a rejeição do segredo dentro do processo penal foi um passo co-natural, perfeitamente compreensível.

Sucede, todavia, como sabemos todos, que os modelos puros são usualmente arquétipos teóricos que não encontram correspondência num sistema efectivamente vigente, antes se vendo mitigados, integrados ou compostos, reunindo normalmente características pertencentes, nessa segmentação abstracta, a diferentes paradigmas. Assim se passa, nomeadamente, no caso português, onde temos um *modelo acusatório integrado por um princípio de investigação*³, que distinguindo a entidade que acusa

² Veja-se, desde logo, as considerações a respeito tecidas por MEDINA DE SEIÇA, Comentário Conimbricense, na anotação ao art. 371.º, vol. III, Coimbra Editora, p. 641 e ss., especialmente 642-643.

³ Cfr., a respeito do modelo português e da forma como a publicidade é nele entendida (ainda à luz dos preceitos anteriores às alterações de 2007), MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1237 a 1268, *maxime* p. 1241, e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, Almedina, 2008, p. 627 a 664.

daquela outra que julga, reconhecendo um conjunto de direitos efectivos ao arguido, concede, todavia, ao juiz o papel de investigador (dentro dos limites da matéria factual constante do despacho de acusação⁴), afastando-o do papel de terceiro distante e rígido, que apenas recebe o que é trazido aos autos pelas partes e, sobre isso apenas, profere o seu juízo decisório.

Em consonância, muito embora num modelo acusatório fosse defensável a existência de um princípio da publicidade plenamente operativo, com vigência alargada a todo o processo, o nosso legislador entendeu, ao aprovar o Código de Processo Penal, que fazia sentido submeter parte do *iter* processual a uma reserva, deixando assim o inquérito e, eventualmente, a instrução sobre o manto do segredo de justiça (assim se encontrava estabelecido, nos arts. 86.º e ss. do Código de Processo Penal, até Setembro de 2007). Mas entenda-se: o nosso ordenamento jurídico-penal não abre mão do princípio da publicidade, antes o afirma inequivocamente enquanto um dos seus princípios norteadores, no que tange à forma do processo, muito embora também não tivesse qualquer pejo em estatuir que ele valia amplamente apenas na fase de discussão e julgamento, muito embora, mesmo aí, reconhecendo a possibilidade de algumas limitações (art. 421.º, n.º 1, do Código Penal – *a audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou a restrição da publicidade*).

Nas palavras de Figueiredo Dias, “considerando (...) que o processo penal desempenha uma função comunitária, que é assunto da comunidade jurídica, bem se compreende a sua publicidade como forma óptima de *dissipar quaisquer desconfianças* que se possam suscitar sobre a independência e a imparcialidade com que é exercida a justiça penal e são tomadas as decisões”⁵. A publicidade cumpre, pois, um papel importantíssimo dentro do sistema penal/ processual português, ao passar uma mensagem para a comunidade na qual se funda todo o ordenamento jurídico-penal e à qual, necessariamente, ele se dirige. O conhecimento pelo público do teor dos actos processuais, a possibilidade de os acom-

⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, reimpressão (2004), p. 187 e ss. Este Autor diz explicitamente: “A cada princípio caberá então o seu específico campo de aplicação: ao princípio da acusação pertencerá delinear o *thema decidendum* - e também, portanto, o *thema probandum*; ao princípio da investigação conferir ao tribunal o domínio daqueles temas assim delineados, quer no que toca à adução do material de facto, quer no que toca às provas” (p.196).

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *op.cit.*, p. 222-223.

panhar, presencialmente ou de forma indirecta (através dos *media*), cria uma transparência e um sentimento de participação dos elementos da comunidade que é em tudo benéfica para a administração da justiça. Na verdade, como agudamente salienta aquele Autor, o princípio da publicidade (insista-se, referido neste momento apenas à fase de julgamento) permite atingir dois grandes desideratos: um de *garantia*, no sentido em que corresponde simultaneamente aos interesses da comunidade e do arguido dar publicidade à audiência de julgamento para assegurar o *fair trial* e, ao mesmo tempo, revalidar as expectativas comunitárias na vigência das normas penais; e, outro, de *controlo da própria administração da justiça*, uma vez que o cidadão poderá, pelo menos em parte⁶, exercer a sua sindicância enquanto ouvinte⁷.

Encerra a publicidade, convém ainda deixar dito este aspecto antes de, concretamente, nos debruçarmos sobre o segredo de justiça, três manifestações essenciais: a assistência, pelo público em geral, à realização de actos processuais (especificamente, como vimos, o julgamento); a narração ou reprodução de actos processuais ou dos seus termos (vergente particularmente dirigida à comunicação social e que tem como objectivo garantir o seu especial dever de informar e correspectivo direito); e a consulta dos autos e eventual obtenção de cópias (direito cuja dimensão respeita aos sujeitos processuais) – assim o define a lei directamente, no actual n.º 6 do art. 86.º do Código de Processo Penal.

Temos, pois, se fizermos uma pequena paragem reflexiva neste momento, que a publicidade – e, naturalmente, a sua restrição, o segredo de justiça – joga em particular no processo penal, sendo o segredo de justiça um instrumento manifestamente adjectivo, que tende a, em alguns casos, impedir aquela publicidade, *adiando-a* para um momento posterior do processo ou mesmo, em casos extremos e legalmente delimitados, afastando-a definitivamente (é o caso dos dados relativos à reserva da vida privada, que não constituam meios de prova, nos termos expressos no art. 86.º, n.º 7, Código de Processo Penal⁸). Nestes termos, a *substantivação*,

⁶ Ao menos no que à *questão-de-facto* diz respeito, já que esta será inteligível para a generalidade da população. Se assim não fosse, sublinha o Autor, colocaríamos em causa a própria existência da figura do júri penal. Cfr., FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 223-224.

⁷ *Ibidem.*

⁸ Nesses casos, de acordo com o preceito, a autoridade judiciária deverá especificar, por despacho, que pode ser oficioso ou a requerimento, quais os elementos relativamente aos quais se mantém o segredo de justiça, podendo mesmo ordenar, se entender ser o caso, a destruição de tais elementos ou a sua entrega à pessoa a quem disserem respeito.

permita-se-nos, do segredo de justiça, deixando de ser mero instrumento de conformação do direito adjectivo e alcandorando-se a bem jurídico (ou densificação dele) digno de tutela penal, parece pressupor que ele contenha em si a protecção de um ou mais interesses tão importantes para a comunidade que justifiquem esse tratamento⁹. Na verdade, se, como vimos, o princípio da publicidade responde a um conjunto de interesses que, mais do que do arguido, são de toda a comunidade, então, por imperativo lógico, o segredo de justiça tem de trazer ínsitos também interesses igualmente relevantes, que deverão mesmo ser superiores àqueles, ao menos no momento em que, pelo seu desrespeito, possa gerar-se responsabilidade criminal.

A delimitação de quais sejam esses interesses é matéria sobre a qual tanto a doutrina como a jurisprudência se debruçaram ao longo dos últimos anos, chegando, assim, a um conjunto de critérios que usualmente se apontam como os interesses nos quais assenta a necessidade de estatuição do segredo de justiça. No topo desse elenco surge, supomos que sem excepção embora com diferentes designações, a eficácia da investigação criminal¹⁰, querendo com isso compreender a preservação do material probatório existente nos autos e a integridade do plano investigatório, de forma a assegurar que, ao menos na fase de investigação do processo, este se consegue manter imune a certas ingerências, sobretudo de parte do arguido. Este aspecto é normalmente entendido como decorrência do interesse do Estado na administração da Justiça, muito embora haja quem diferencie as duas *nuances* como correspondendo a interesses distintos, colocando este em primeiro lugar e deixando aquele outro para uma posição secundária.

⁹ No mesmo sentido, se bem compreendemos, MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, 644-648.

¹⁰ Assim, ANDRÉ LAMAS LEITE, “Segredo de justiça interno, inquérito, arguido e seus direitos de defesa”, *MaiaJurídica*, ano IV, n.º 1, Janeiro – Junho 2006, p. 35 e ss., em concreto, p. 36. MÁRIO FERREIRA MONTE, por sua vez, refere-se ao *sucesso da investigação* – cfr. “O Segredo de Justiça: Algumas questões postas a propósito da anunciada alteração do seu regime”, *idem*, p.17 e ss. Ver, igualmente, em sentido convergente, embora possam variar as formulações, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *op. cit.*, p. 632-633, e “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal” *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 1.º semestre 2008, n.º 9 (especial), p. 7 a 44; MARIA JOÃO ANTUNES, *op. cit.*, p. 1241-1242, e SIMAS SANTOS, “O Segredo de Justiça”, *MaiaJurídica*, ano IV, n.º 2, Julho – Dezembro 2006, p. 145 a 154.

Num segundo grupo, aparecem-nos, então, um outro núcleo de questões, que se prendem não já com a específica protecção dos interesses do Estado na realização da Justiça, na perseguição dos criminosos, se quisermos, mas antes com a tutela dos direitos dos sujeitos e/ ou participantes processuais¹¹. Seja o direito do próprio arguido a ver assegurada a defesa da sua honra e a reserva da sua vida privada e intimidade, estribado, como não podia deixar de ser, na constitucionalmente assegurada presunção de inocência, seja os de outros participantes, em sentido lato, como será o caso preferencial do ofendido, nomeadamente em não ver divulgados certos factos que possam prejudicar a sua reputação, bom nome ou consideração social¹².

São, pois, estes, os interesses que, com maior ou menor depuração dogmática, têm entre nós justificado o segredo de justiça desde a sua origem. Resta, então, descortinar de entre estes interesses elencados, qual ou quais deles presidem, afinal, à tipificação legal do art. 371.º do Código Penal, uma vez que só essa compreensão poderá trazer alguma luz sobre o âmbito de aplicação do preceito. Parece-nos que ele não poderá ser senão o interesse do Estado, enquanto manifestação organizada da comunidade, na administração da Justiça, entendendo como tal não apenas a vertente de preservação da liberdade investigatória, mas, mais longe, a necessidade de

¹¹ A respeito da distinção entre participantes e sujeitos processuais, cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 239 e ss. e “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *O Novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1989, pp. 6 e ss. Especificamente sobre a relevância de uma tal caracterização para o segredo de justiça, tanto na sua vertente adjectiva como substantiva, ver MÁRIO FERREIRA MONTE, *op. cit.*, p. 21 e ss.

¹² Cfr. *Segredo de Justiça. Liberdade de informação e protecção da vida privada (algumas questões)*, Procuradoria-Geral da República, 1991, p. 16 e ss. Muito embora, é preciso ter um cuidado particular quando falamos neste último aspecto, pois a protecção do ofendido ou da vítima, ou de outro interveniente no processo, quanto à divulgação de factos que possam pôr em causa o seu bom nome pode não ser necessariamente realizada através do segredo de justiça e da sua tutela penal, uma vez que o segredo de justiça não impede a divulgação de factos históricos, mas somente a de actos jurídicos. Assim sendo, num caso, por exemplo, em que determinado jornal notícia factos da vida privada de alguém que participa em certo processo-crime, mas sem que esses factos sejam conteúdo de qualquer acto processual, antes correspondendo a investigação autónoma do jornalista, tal divulgação, muito embora possa não ser legítima, como à partida não será, nem por isso está a coberto do manto do segredo de justiça. Pode haver, nesse caso, o preenchimento de outras *fattispecies* penais, como a difamação (através da imprensa), mas não há violação do segredo de justiça.

garantir a integridade de um processo que pode condenar alguém à mais grave sanção do nosso ordenamento jurídico, sendo, por isso, parte integrante dessa administração e dessa Justiça a protecção de direitos fundamentais (do arguido e da vítima, essencialmente).

Isto posto, partamos, então, para o tipo. Estabelece o n.º 1 do art. 371.º, actual, depois, portanto, da alteração levada a cabo pela Lei n.º 59/2007:

Quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei de processo.

Comparando a norma com o preceito vigente até 2007, podemos desde logo constatar que as modificações não se aparentam profundas, consistindo, na verdade, na introdução da expressão *independentemente de ter tomado contacto com o processo*, que não fazia parte do tipo legal anterior, muito embora essa primeira impressão possa ser profundamente enganadora. De facto, a lei anterior punia todo aquele que, de modo ilegítimo, desse conhecimento do teor de acto processual penal coberto pelo segredo de justiça, fosse completo fosse apenas de parte dele, ou, ainda, de acto a cujo decurso não fosse permitida a assistência do público em geral.

Tentemos, pois, num primeiro ponto, aferir do âmbito de aplicação do preceito para depois, por comparação, fazermos a devida ponte para o que resultou da, designada, reforma de 2007. Temos, desde logo, como primeira nota a salientar, a relação particular que este tipo mantém com o processo penal, uma vez que não só se destina a proteger um instituto que é, iminentemente, processual, como lança mão dele (como se compreende, naturalmente) para preencher os seus elementos. Na verdade, a norma penal não faz o elenco dos comportamentos que entende serem proibidos por violarem o bem jurídico *administração (ou realização) da justiça*, na concreta vertente de manutenção de reserva a propósito de um conjunto de actos processuais, mas antes expressamente considera como puníveis todos aqueles actos que, ilegitimamente, consistam numa divulgação do teor daqueles desses actos que, de acordo com as normas processuais fixadas, estejam sob resguardo do segredo de justiça.

Mas, se assim é, não queremos com isto dizer, porque é opinião que não partilhamos, que o art. 371.º do Código Penal seja – ou fosse – uma norma penal em branco¹³, cuja densificação dependa em absoluto do disposto, no caso, na lei adjectiva e cujo âmbito coincida, por isso, completamente, com o da lei processual penal. Pelo contrário, tal não só seria avesso ao princípio da legalidade¹⁴ – que tem nas normas penais substantivas uma particular densidade, como sabemos – como ao próprio texto da norma, que não só acrescenta uma outra hipótese típica (a de tratar-se de um acto – parece subentender-se, não sujeito a segredo de justiça – mas a cujo decurso não foi permitida a assistência do público em geral) como lhe soma mais uma exigência para que possa ter-se por verificado o crime em questão: a ilegitimidade¹⁵.

Uma distinta razão se soma, ainda, para militarmos ao lado daqueles que entendem não haver tal coincidência: se bem compreendemos o alcance das normas processuais referentes ao segredo de justiça (os arts. 86.º a 89.º do Código de Processo Penal), estas possuem um campo de acção bastante superior ao da norma penal em referência – aliás, como seria de esperar –, abrangendo algumas circunstâncias que não estão protegidas pela lei penal. Tomemos como exemplo a divulgação da ocorrência de acto processual. Se é certo que o tipo legal de crime previsto no art. 371.º do Código Penal pune a divulgação do *teor* de um acto processual que esteja a coberto do segredo de justiça, já não se nos afigura igualmente líquido que abranja a mera informação a respeito da sua *ocorrência*. Se bem que haja quem defenda uma *extensão normativa* do art. 371.º do Código Penal¹⁶, de forma a circunscrever também esta situação, a opção parece-nos, no mínimo, não isenta de críticas. De facto,

¹³ Nesse sentido a opinião de alguns autores, sobretudo entre os magistrados. Veja-se, por exemplo, MARIA CLARA OLIVEIRA, “Segredo de Justiça – o mal amado!”, *MaiaJurídica*, ano IV, n.º 2, Julho – Dezembro 2006, p. 77 a 94.

¹⁴ Como bem salienta MÁRIO FERREIRA MONTE, *op. cit.*, p. 25 e ss.: “[d]esde logo porque à luz do princípio da legalidade seria errado restringir o alcance da tipificação penal de acordo com a Lei processual sem que o comando substantivo assim o imponha. Mesmo que houvesse coincidência entre ambos, nem por isso se pode afirmar que em termos de autoria esta devesse ser determinada pela Lei processual. Mas também porque, justamente por respeito ao princípio da legalidade, o legislador não pretendeu restringir a autoria aos agentes que, nos termos da Lei processual, estão vinculados ao segredo de justiça” (p. 28-29).

¹⁵ A que, por ser comum ao tipo legal de crime actual, nos referiremos *infra*.

¹⁶ Nesse sentido, MEDINA DE SEIÇA, *op. et loc. cit.*

se o legislador processual penal explicitamente refere as duas situações (a divulgação da ocorrência do acto, por um lado, e a dos seus termos, por outro – art. 86.º, n.º 8, b), da actual redacção), temos dificuldade em aceitar que a selecção do legislador substantivo, ao referir-se apenas a um desses aspectos, não deva entender-se como mensagem clara no sentido de restringir – de entre as várias manifestações processuais do segredo de justiça – apenas aquelas que considera mais graves para submeter a sanção penal.

Tanto mais que, o que nos conduz de imediato ao segundo exemplo, fez igual triagem quanto ao conteúdo da alínea a) da norma em causa, não cominando pena para a violação da proibição de assistência à prática de determinado acto a que não se tenha o direito ou o dever de assistir, já o fazendo, todavia, para a segunda parte do preceito, embora não na perspectiva de aquisição do conhecimento pelo sujeito (*quem tomar de conhecimento*, nos termos do Código de Processo Penal) mas, antes, da divulgação desse conhecimento (*quem der conhecimento*, de acordo com o texto do Código Penal).

Um segundo apontamento, sob um outro enfoque, desta feita para salientar que o legislador penal colocou sob o manto do tipo *violação do segredo de justiça* um conjunto de situações que parece não entender tratar-se todas de efectivo segredo de justiça (ou violação dele). Na verdade, o tipo apresenta duas formas alternativas de preenchimento: ou pela divulgação do teor de acto processual submetido (leia-se, pelo Código de Processo Penal) a segredo de justiça, ou pela divulgação do teor de acto a cujo decurso não foi permitida a assistência do público em geral (leia-se, de acto que, muito embora não esteja subordinado ao segredo de justiça, a autoridade judiciária¹⁷ ou a própria lei¹⁸ entendam não dever ser aberto ao público em geral¹⁹). Ora, se assim é, apresenta-se

¹⁷ A autoridade judiciária pode decidi-lo, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente, quando, por exemplo, haja factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto (art. 87.º, n.º 1 e n.º 2, do Código de Processo Penal).

¹⁸ A lei fá-lo, por exemplo, na versão actual, no caso do primeiro interrogatório de arguido detido – art. 141.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

¹⁹ As razões para que tal possa suceder são, afinal, pelo menos aparentadas de algumas daquelas que apontávamos para justificar, em alguns casos, o segredo de justiça. Seja, por um lado, a presunção de inocência do arguido e o seu direito a criar alguma reserva sobre a sua pessoa, o seu bom nome e a sua vida privada, seja, de outro, o direito

óbvio que o legislador penal entende não corresponder esta segunda situação a um real caso de segredo de justiça – pois que, se assim fosse, não precisaria autonomizá-lo, o que seria uma redundância –, mas, por tratar-se igualmente de uma hipótese de reserva, limitação ao princípio da publicidade, julgou acertado tomar um entendimento amplo de segredo de justiça no tipo legal, fazendo-o abranger igualmente a violação destas imposições.

Tal entendimento não tem inteira correspondência na legislação processual, que não assume uma posição unívoca ao longo dos vários preceitos a este respeito. De facto, o art. 86.º, logo na sua epígrafe, parece contrapor plenamente publicidade e segredo de justiça, dando a entender que todas as excepções ao princípio da publicidade caem necessariamente no âmbito do segredo de justiça. O mesmo decorre, aliás, do teor do preceito e da sua conjugação com os artigos seguintes, que falam, por exemplo, da assistência do público a actos processuais, da consulta de autos ou da possibilidade, consagrada aos meios de comunicação social, de narração circunstanciada do teor de certos actos não cobertos pelo segredo de justiça.

Já, por exemplo, da leitura do art. 321.º, que consagra a publicidade da audiência, mas estabelece a possibilidade de o juiz decidir pela sua exclusão ou limitação, não retiramos o mesmo entendimento. Para não falar já, obviamente, da cominação com o crime de desobediência simples, prevista no n.º 2 e no n.º 3 e, agora, também no n.º 4 do art. 88.º, para as situações em que os *media* procedam à divulgação de um grupo de conteúdos que a lei entende não deverem ser publicitados²⁰.

dos demais participantes processuais a ver garantida a sua intimidade (suponha-se o caso de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual que, nos termos do n.º3 do art. 87.º, decorrem, em regra, com exclusão da publicidade). Além destas, temos ainda um outro núcleo que se prende com a questão da manutenção da ordem pública e da necessidade de assegurar o correcto e normal funcionamento da actividade jurisdicional. Veja-se, a respeito, nomeadamente, da importância da presunção de inocência do arguido, MARIO FERREIRA MONTE, “O Segredo de Justiça na Revisão do Código de Processo Penal: Principais Repercussões na Comunicação Social”, *Scientia Iuridica*, T. XLVIII, n.ºs 280/282, Julho-Dezembro 1999, p. 417 a 426. Cfr. igualmente, a propósito do que deixámos dito, PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto”, *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 1.º semestre 2008, número 9 (especial), p. 45 a 69.

²⁰ Já na versão do Código de Processo Penal anterior à revisão de 2007 o legislador cominava com desobediência simples, não considerando autorizada, a reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, salvo se para tal tivessem

Um último aspecto, abrindo já a discussão a respeito do “novo” tipo legal, ou seja, do texto do art. 371.º do Código Penal segundo as alterações de Setembro de 2007, prende-se com o advérbio ilegitimamente – *quem ilegitimamente der conhecimento* – e com a dimensão que se lhe devia reconhecer, à luz da versão anterior. Esta questão foi amplamente debatida, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, tendo dado origem a entendimentos diversos. Na verdade, à pergunta, colocada *a contrario sensu*, quem pode dar conhecimento de teor de acto submetido a segredo de justiça *legitimamente?*, eram apresentadas respostas díspares. Sublinhe-se, porque verdade histórica, que esta questão se colocou essencialmente a respeito dos meios de comunicação social, que, a partir de dado momento, demonstraram um interesse desproporcionado pelos assuntos da justiça penal, fazendo dela manchete permanente ou abertura de telejornais. O segredo de justiça não se apresentou nunca como um óbice a que tal sucedesse, pelo que vários jornalistas foram (e têm sido) alvo de processos-crime por violação de segredo de justiça. Levantava-se a questão: serão os jornalistas sujeitos do dever de segredo de justiça?

A lei processual penal, não se referindo especialmente aos jornalistas a este respeito, uma vez que estes, à partida, nada têm que ver com o processo – e, logo, com o seu segredo –, não fechava a porta à sua vinculação, uma vez que, no anterior n.º 4 do art. 86.º do Código de Processo Penal estabelecia que *o segredo de justiça vincula todos os*

sido expressamente obtidos tais elementos, a transmissão ou o registo de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, salvo se autorizadas, e a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada, antes da audiência ou mesmo depois dela, se a vítima fosse menor de dezasseis anos. Com a alteração realizada pela Lei n.º48/2007, de 29 de Agosto, esta última proibição ganhou uma extensão maior, sendo sempre proibida a não ser que a vítima consinta expressamente ou o crime haja sido praticado através da comunicação social, abrangendo igualmente o tráfico de pessoas. Além destas hipóteses (e da constante do n.º3 do art. 88.º, narração de actos processuais da audiência, quando o juiz o tenha proibido), o preceito conta agora com um novo n.º4, que comina com a mesma sanção a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação. Ver, a respeito dos *media* e da sua relação multifórmica com o processo penal, JORGE BAPTISTA GONÇALVES, “O Processo Penal e os Media: Algumas Reflexões”, *Revista do CEJ*, 2.º semestre 2005, número 3, p. 73 a 97, e JOÃO MAGALHÃES, “Segredo de Justiça. Comunicação Social. Prisão Preventiva”, *Scientia Iuridica*, T. LII, n.º 295, Janeiro-Abril 2003, p. 145 a 151.

participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes. Como é bom de ver, os jornalistas poderiam perfeitamente caber nesta segunda hipótese, desde que – e aqui se estreitava muitíssimo a aplicação do preceito nestes casos –, além do conhecimento de elementos do processo, tivessem tomado, eles próprios, contacto com o processo. Ora, na exigência legal feita através desta cumulação, *contacto e conhecimento*, acabava, pois, por esvaziar-se a maioria das situações em que os meios de comunicação social tinham conhecimento de elementos de um processo penal, já que, se é certo que não lhes faltava informação, na esmagadora maioria das vezes não tinham tido qualquer contacto com o processo, antes a sua razão de ciência se relacionava com a obtenção de dados a partir de um qualquer participante no processo ou, tantas vezes, de outra pessoa que, não sendo participante, tinha, ela sim, contacto com os autos (por exemplo, um funcionário judicial ou um funcionário de um advogado).

Porém, a circunstância de assim ser no âmbito do Código de Processo Penal, nada explícita, só por si, quanto ao tipo legal previsto no art. 371.º do Código Penal. Afirmá-lo seria contrariar a autonomia do preceito penal que atrás já defendemos. O facto, portanto, de os jornalistas se encontrarem “pouco” vinculados ao segredo de justiça no nosso direito processual (assim foram entendendo os tribunais²¹), não implicava, *de per si*, que não pudessem ser criminalmente responsabilizados pela violação do segredo de justiça, uma vez que o tipo penal não remetia a definição do agente do crime para o CPP (caso em que o crime seria específico), apenas exigia que os elementos divulgados dissessem respeito a acto sujeito a segredo de justiça. Havia, nestes termos, quem entendesse que os jornalistas que publicassem informações relativas a acto processual sob segredo de justiça poderiam e deveriam ser perseguidos à luz do art. 371.º, CP, pois que *ilegalmente, ilicitamente*, narravam factos sob segredo²², fosse qual fosse a forma como haviam obtido os elementos em causa.

Grande parte da doutrina, contudo, não subscrevia esta posição, julgando que ter entendimento tão amplo do preceito em causa quase

²¹ Cfr., para uma informação circunstanciada acerca da posição assumida pelos tribunais a este respeito, SIMAS SANTOS, *op. et loc. cit.*, com profusa e utilíssima referência jurisprudencial.

²² Assim, MARIA CLARA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 83 e ss.

equivaleria a reduzir a nada a liberdade de imprensa e o direito à informação, nas suas várias acepções²³. Para estes autores, o *ilegitimamente* da norma visava, na verdade, conferir um critério que permitisse circunscrever a autoria possível do crime²⁴, dizendo respeito ao modo como o agente adquiriu a informação que depois veio a divulgar. Se ele a obteve licitamente, porque alguém voluntariamente lha narrou – por exemplo, o arguido ou o advogado ou mesmo um funcionário –, então não parecia haver qualquer motivo para o perseguir penalmente. Ao contrário, se usou de um estratagema fraudulento para a atingir, caso típico do suborno, agiu *ilegitimamente*, tornando-se autor de um crime de violação de segredo de justiça²⁵. Esta última parecia, pois, ser a posição maioritária – se bem que não unânime²⁶ – da nossa jurisprudência²⁷.

Podendo, pois, parecer que nos temos dedicado, neste Seminário sobre a Reforma Penal e Processual Penal, não ao texto que resultou das alterações introduzidas pelo legislador de 2007, mas ao anterior a ele, queremos dizer em nossa defesa que, se bem cuidamos, as considerações que até agora expendemos são decisivas, senão indispensáveis, para a compreensão da actual configuração do tipo legal em causa, acabando,

²³ Assim COSTA ANDRADE, *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra, 1996, p. 314 e ss., e MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Segredo de Justiça: Algumas questões”, p. 25 e ss.

²⁴ MÁRIO FERREIRA MONTE, *op. ult. cit.*, afirma, a respeito do, à altura, anteprojecto de revisão do Código Penal: “a ilegitimidade agora não é elemento que também possa definir o círculo de potenciais autores do crime – tal como vimos anteriormente, uma vez que a expressão poderia levar à inclusão de agentes que não estivessem vinculados ao segredo de justiça, desde que ao dar conhecimento de aspectos do processo, o fizessem de modo ilegítimo –, mas passará a ser elemento da factualidade típica que deverá verificar-se para que o tipo se encontre realizado (p. 30).

²⁵ Este, se bem vemos, o entendimento de COSTA ANDRADE, *op. et loc. cit.* Em sentido contrário, além das referências já deixadas MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 651.

²⁶ Cfr. SIMAS SANTOS, *op. cit.*, p. 146, onde demonstra a posição não unívoca dos nossos tribunais, chamando a atenção, por exemplo, para o Acórdão da Relação de Lisboa de 02/05/2003 que, ao contrário da posição assumida em arestos anteriores, considera que o segredo de justiça é obrigação de qualquer pessoa, designadamente do jornalista, que age mesmo com dolo eventual se publicar certa matéria que configure estar em segredo de justiça.

²⁷ *Ibidem*, demonstrando-se, claramente, que a posição maioritária da jurisprudência vai no sentido de não considerar o jornalista abrangido pelo segredo de justiça e de, nessa sequência, não o punir por violação de segredo a não ser que ele tenha obtido fraudulentamente a informação.

desse modo, a sua análise por constituir como que um epílogo de tudo quanto vimos dizendo. Na verdade, como começamos por afirmar, a reforma de 2007 acrescentou somente ao preceito o complemento *independentemente de ter tomado contacto com o processo*, visando, claramente, responder a uma das problemáticas que até aqui se colocava com mais acuidade no campo do segredo de justiça: os meios de comunicação social.

O legislador, tanto no Código Penal como no Código de Processo Penal, quis tomar uma posição inequívoca a este respeito, submetendo os jornalistas a segredo de justiça. Assim, no art. 86.º do CPP (anterior n.º 4, actual n.º 8) substituiu a copulativa *e* pela disjuntiva *ou*, vinculando ao segredo de justiça todos aqueles que, mesmo não sendo sujeitos²⁸ ou participantes processuais, tiverem, por qualquer título, a) contacto com o processo, *ou* b) conhecimento de elementos a ele pertencentes. Fez, pois, com esta modificação, cair por terra aquela que durante muito tempo foi a defesa dos órgãos de comunicação social quanto à vinculação ao segredo de justiça, não deixando dúvidas sobre a sua opção clara no sentido de se acharem também eles sujeitos a tal dever.

Mais longe ainda, para que dúvidas não restassem se pudesse havê-las, alterou o preceito do Código Penal em conformidade, transportando para lá esta irrelevância do contacto mantido com o processo, destacando, pois, que o que importa ao preenchimento do tipo é a divulgação de informação processual que está, ela própria, submetida a segredo de justiça e não a qualidade do sujeito-divulgador. Pretendeu o legislador de 2007, pois, sem sombra de dúvida, abarcar os jornalistas, submetê-los ao segredo de justiça e tornar possível a sua responsabilidade criminal por violação de tal dever.

Para muitos parecerá esta posição do legislador constrição exagerada e inexplicável ao direito a informar. Na necessária concordância prática entre os dois interesses em causa, a administração da Justiça, de um lado, e a liberdade de informação, na especial conformação de liberdade de imprensa, de outro, fazer a escolha do legislador será fazer pender a balança completamente para o primeiro dos lados. Incompreensivelmente.

Bem sabemos, todavia, as razões de ordem prática que terão estado na origem da opção do legislador, relacionadas com a incapacidade de

²⁸ O legislador veio agora dizer expressamente que o segredo de justiça vincula todos os *sujeitos* e participantes processuais, numa clarificação que era desnecessária, mas com a qual pretendeu não deixar margem para dúvidas a respeito da nova abrangência da norma.

conter o segredo de justiça, violado amiudada e impunemente, sempre com audibilíssima repercussão nos meios de comunicação social, senão quando fomentado por esses órgãos. Dir-se-á, todavia, que terá ido longe de mais, já que a liberdade de imprensa, constitucionalmente consagrada, constitui um dos pilares fundamentais de um Estado de Direito democrático, servindo os valores da transparência, da isenção e do controlo democrático dos cidadãos sobre as instituições.

Contra estes argumentos, absolutamente correctos em si próprios, chamaremos a atenção apenas para a mais profunda alteração que sofreu o regime do segredo de justiça entre nós, com a revisão de 2007: enquanto, até aqui, o processo era secreto pelo menos até ao encerramento do inquérito, melhor, até ao momento em que a instrução não mais pudesse ser requerida (art. 86.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, versão anterior), podendo a própria instrução decorrer sob segredo, a partir das alterações que hoje aqui discutimos, o processo passou a ser público, mesmo nessas fases. Se é seguro que o segredo de justiça pode, no entanto, ser determinado ou requerido (art. 86.º, n.º 2 e n.º 3, Código de Processo Penal), embora agora somente na fase de inquérito, é a própria lei que o encara como excepção, exigindo o preenchimento de pressupostos e prazos para que tal segredo se possa manter.

Talvez se possa, pois, a esta luz atenuar um pouco o rigor que parece resultar da opção do legislador, já que se, para quem entendia que os jornalistas não estavam habitualmente sujeitos ao crime de violação de segredo de justiça, por não o fazerem ilegitimamente, o âmbito de aplicação subjectiva do preceito foi exponencialmente alargado, por outro lado, a própria existência do segredo de justiça parece ter sido severamente questionada, tentando restringir-se a sua efectiva aplicação. O tempo nos dirá com que resultados...

Naturalmente, também esse caminho – o de recusa, por princípio, do segredo de justiça – levanta um rol muito grande de questões e de dúvidas que já não cabem nem no âmbito nem no tempo do que hoje aqui nos traz.

Ainda assim, deixaremos uma dúvida antes da despedida, quem sabe como repto para o período de debate, uma interrogação que fica a respeito da construção do tipo: o legislador, muito embora tenha dito claramente que os jornalistas podem ser alvo do art. 371.º do Código Penal, não retirou o advérbio *ilegitimamente*, a que já tanto nos referimos, do texto legal. Parece, então, ficar sem sentido o entendimento segundo o qual ele se referia ao modo de obtenção da informação,

excluindo a maior parte dos casos de violação através dos meios de comunicação social. O que lhe restará, pois? Ressalvar os casos de esclarecimentos e publicações autorizadas pela autoridade judiciária²⁹? E, se assim for, não será esse o sentido que o legislador entende devia ter sido dado ao preceito anterior³⁰? Ou ter-se-á tornado simplesmente, um apêndice despiciendo que a má técnica legislativa deixou para trás?

Paremos por aqui a reflexão. A que ficou basta, segundo creio, para acompanharmos o filósofo dinamarquês SØREN KIERKEGAARD numa outra:

“Não há nada em que paire tanta sedução e maldição como um segredo”.

²⁹ De acordo, nomeadamente, com o disposto no n.º 13 do art. 86.º do Código de Processo Penal.

³⁰ E se assim for, com que relevância? Efectivamente, não pode vir agora o legislador interpretar retroactivamente qual o sentido que deveria ter sido atribuído à norma. Ver, negando esta possibilidade, o que vai dito por MÁRIO FERREIRA MONTE, “O Segredo de Justiça: Algumas questões”, p. 32-33.

Das alterações à parte especial do Código Penal

Dos crimes ambientais¹

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

Assistente na Escola de Direito da Universidade do Minho

Não posso senão fazer das minhas primeiras palavras uma saudação, cumprimentando o Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna pela iniciativa que tem vindo a levar a cabo pelo país fora e que, desta vez, e em boa hora, o fez unir-se à Escola de Direito da Universidade do Minho para trazer a Braga a discussão acerca das alterações introduzidas nos Códigos Penal e Processual Penal em Setembro de 2007. Na verdade, se tais modificações, então apenas *propostas de*, mereceram aqui, neste mesmo palco, reflexão cuidada e multiperspectivada (no Simpósio de Direito Processual Penal²), não é porque,

¹ O texto que se segue corresponde, sem grandes alterações, àquele que foi proferido em Braga, a 8 de Julho de 2008, no III Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna em parceria com a Escola de Direito da Universidade do Minho. Tendo sido alvo de estudo aprofundado na nossa dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – Subsídio para o estudo da figura da acumulação* (em vias de publicação), seguimos aqui de perto o que naquela sede dizemos a respeito.

² Referimo-nos ao Simpósio de Direito Processual Penal, em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal, realizado em Braga, pela Escola de Direito da Universidade do Minho, entre Setembro de 2006 e Março de 2007, de cuja Comissão Executiva tivemos a honra de fazer parte. As actas desse Simpósio estão coligidas na obra *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*, Coimbra Editora, 2009.

entretanto, passaram a letra de lei – aquelas de que aqui falámos à altura ou outras que terão porventura resultado desse e de outros debates – que deixaram de colocar problemas ou de suscitar dúvidas e, portanto, de merecer igual ou superior ponderação nossa, necessariamente dialéctica e participada. Também por isso, por uma razão de ordem, diremos, histórica, me congratulo particularmente como este Seminário, que dá a oportunidade à Escola de Direito de ver reunidas personalidades de tão alto valor intelectual como as que hoje e amanhã por aqui passarão.

Coube-me, pois, trazer-lhes hoje algumas considerações não já a respeito da Parte Geral do Código Penal mas, antes, a propósito das alterações introduzidas na sua Parte Especial, concretamente no que respeita aos crimes ambientais, também eles alvo de modificações – a seu tempo veremos se significativas ou nem por isso – na, dita, Reforma de 2007 do Código Penal. Para aferimos, porém, da importância das transformações introduzidas, temos, primeiro, que configurar correctamente o nosso objecto, proceder à sua caracterização e apresentar o seu enquadramento no momento anterior à revisão. Só depois disso podemos então, de forma metodologicamente correcta e consequente, debruçar-nos sobre as modificações executadas.

Vejamos.

Peter Singer, polémico professor australiano que, depois dos direitos dos animais entre outros temas, se tem agora dedicado à ética da globalização, compara, no seu *One World*, dois aspectos desta globalização: de um lado, aviões explodindo à medida que embatem no *World Trade Center*, do outro, a emissão de dióxido de carbono a partir dos escapes dos veículos de lazer³. Do primeiro, resultou uma sombra imensa de morte e desolação que nos entrou pelas portas adentro em imagens televisivas arrepiantes e inolvidáveis; do segundo, derivam contribuições para a mudança do clima do mundo que apenas podem ser medidas por instrumentos científicos sofisticados e, naturalmente, desconhecidos da maioria de nós. Ambos, todavia, são indicadores da nossa forma de estar no mundo hoje e, afinal, as mudanças para as quais os donos dos veículos de lazer contribuem não intencionalmente vão com certeza matar muito mais pessoas do que aquele primeiro e mediático fenómeno.

³ PETER SINGER, *One World*, Yale University Press, 2002, p. 1 e ss.. Em versão portuguesa, *Um só mundo*, publicado pela Gradiva, em 2004.

Queremos, ao começar com esta imagem que definitivamente ilustrará o nosso tempo em todos os livros de história daqueles que nos sucederem, não partilhar uma certa atitude ligeira, que lança mão de episódios marcantes, quantas vezes chocantes mesmo, para fazer parecer rico o discurso e distrair o ouvinte do seu conteúdo, mas somente tornar clara, com a comparação, a ordem de grandeza dos bens sobre que hoje pretendemos reflectir aqui um pouco. Quando falamos, pois, em ambiente, não está em jogo um interesse individual, ou um outro que, sendo grupal, se consegue ainda assim desmembrar em cada um dos feixes isolados que o constituem, e que, por razões não mais do que circunstanciais, se viram casuisticamente aglomerados. Queremos, antes, significar esse bem intrinsecamente colectivo, plural no seu âmago e que, ao inverso do que sucede com aqueles, pode até apresentar-se, num ou noutro momento, com uma roupagem pessoal, mas é substancialmente *trans-individual* ou, como preferimos, supra-individual. O seu ser é, portanto, materialmente colectivo, ainda que o seu estar possa, episodicamente, apresentar-se singular.

As implicâncias destas palavras iniciais, que, porque óbvias, porque nada trazem de novo, parecem compartilhar da qualidade daquelas coisas que temos por certas e perenes, são, na verdade, muitíssimas, indo muito para além e, sobretudo, começando sensivelmente para aquém das difíceis questões de dogmática-penal que o *jovem* bem jurídico ambiente transporta consigo. Efectivamente, compreendê-lo, se bem vemos, ajuda desde logo a entender a razão pela qual a *questão ambiental* (como gostamos de chamar aos problemas emergentes para os quais ainda não configuramos solução satisfatória) surge tão tarde, é tão dos nossos dias que qualquer um de nós que aqui está hoje, consegue perfeitamente recordar-se dos primeiros passos, trôpegos, desta matéria, das primeiras políticas públicas, das discussões iniciais, do primeiro anúncio televisivo a promover os benefícios da reciclagem.

De facto, o ambiente, enquanto bem, existe desde sempre. Se quisermos, numa perspectiva que não pode deixar de ser antropocêntrica⁴,

⁴ Quanto às diferentes perspectivas de acordo com as quais pode olhar-se o ambiente – e, sobretudo, a sua protecção –, costumam apontar-se duas essenciais: a antropocêntrica, segundo a qual o ambiente é tutelado na exacta medida em que é essencial ao homem e apenas dentro desse limite; e a ecocêntrica, que posiciona o ambiente como valor em si próprio, independentemente da relevância que possa ter, em cada caso concreto, para o ser humano. Naturalmente, não é este o sentido com que no texto

embora num sentido latíssimo do termo, existe desde que o homem é, desde que este planeta nos deu vida numa relação de interdependência necessária com os demais elementos⁵. Todavia, só no final do século passado começou a ser encarado como tal, num modo de ver que, em boa verdade, toma a parte pelo todo e confunde o adjectivo com o substantivo, a característica com o ser: ao constatar a escassez do bem, inimaginável até então, a comunidade planetária ganhou consciência da sua existência enquanto tal e da necessidade de o proteger.

O surgimento desta preocupação é usualmente situado no início da década de setenta do século passado, tendo como marco a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em 1972⁶, a partir da qual se desenvolveu o denominado *movimento ambiental*⁷. Na

utilizamos a expressão. Para aprofundar este tema, cfr., por todos, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, p. 21 e ss., e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente*, Universidade Aberta, 1998, Almedina, 2003 (reimpressão), p. 25 e s.

⁵ E, mesmo que possa parecer, não estamos aqui a utilizar um conceito poético ou literário de ambiente, mas aquele que é o seu sentido porventura pleno, se bem que implicativamente inabarcável, e que foi acolhido até em texto legal. De facto, de acordo com a nossa Lei de Bases do Ambiente, Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, ambiente é *o conjunto dos sistemas físicos, químicos e biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem* (art. 5.º, n.º 2, a)).

⁶ Pela primeira vez, entre os dias 5 e 16 de Junho de 1972, a Organização das Nações Unidas promoveu uma conferência mundial dedicada ao meio ambiente, onde representantes de 113 países, 19 agências multilaterais e mais de 400 organizações intergovernamentais e não governamentais discutiram as questões fundamentais do desenvolvimento humano inserido no meio. Conhecida como a Conferência de Estocolmo, dela resultou um conjunto de princípios que, proclamando o Homem, simultaneamente, como criador e criatura do meio ambiente, alertam para a necessidade de consciencialização dos povos e dos governos para a protecção do ambiente, sob pena de se comprometer definitivamente a vida do Homem na Terra. Ao longo dos seus vinte e três princípios, afirma-se, essencialmente, a necessidade de preservar a capacidade de renovação de recursos, combatendo a poluição e o *desajuste* demográfico e urbano e propugnando a utilização dos avanços científicos e técnicos para a defesa do ambiente.

⁷ A partir desta década tornou-se clara a preocupação com o meio ambiente, dada a consciencialização colectiva acerca da escassez dos recursos naturais e da necessidade de controlar o crescimento económico sem limite face ao meio ambiente, sob pena de se comprometerem as gerações vindouras e, quem sabe mesmo, as presentes. Cfr. SOROMENHO-MARQUES, *O Mundo Frágil, Os desafios da crise global do ambiente*, Publicações Europa-América, 1998, p. 21 e ss.; e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, 2007, p. 39 e ss., esta última com uma análise aprofundada das relações entre as diversas ciências e o ambiente.

verdade, as derradeiras três décadas do século XX foram férteis em tentativas de regulamentação do ambiente, ou da interacção do homem com ele, fosse directamente, fosse, não poucas vezes, de forma indirecta. É, pois, comum afirmar-se que o Direito do Ambiente, enquanto disciplina jurídica autónoma⁸, nasceu naquele final de milénio, sobretudo impulsionado por um conjunto de factores sociais, tecnológicos e políticos que deixaram a nu o perigoso abandono a que se tinha votado esta matéria. Face ao fracasso do Estado Social de Direito, o mundo compreende que o desenvolvimento económico não é um caminho necessariamente vitorioso; enfrentando, pela primeira vez, o dilema do esgotamento de recursos, o homem equaciona refrear a sua exploração e conseguir a conciliação entre aquele desenvolvimento e a manutenção de determinada qualidade de vida⁹. Por outro lado, percebe-se que o Estado não está a assegurar os direitos dos cidadãos em toda a sua plenitude, nem, porventura, poderá continuar a fazê-lo, enfrentando-se a hipótese de haver um retrocesso no catálogo de direitos até aí assegurados, sobretudo demonstrando-se que progresso técnico e económico não trazem consigo, implicativamente, incremento de bem-estar colectivo¹⁰.

⁸ Parece estar hoje assente que o direito do ambiente é um ramo de direito autónomo, desde logo porque fundido num conjunto de princípios próprios, criados no seu seio (como, por exemplo, o princípio da precaução) ou aqui dotados de um conteúdo específico. Cfr., por todos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1996, principalmente o que vai dito a pp. 63 e ss.. Quanto, concretamente, ao Direito do Ambiente, sua autonomia e princípios enformadores, veja-se, CARLA AMADO GOMES, “Ambiente (Direito do)”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2.º Separata do II Suplemento, 2001, p. 9 e ss.; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 13 a 22; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 33 a 59; e VASCO PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, p. 44 e ss.

⁹ Até aqui, qualidade de vida era sinónimo de desenvolvimento económico, conseguido, claro está, com o apuramento das capacidades humanas para retirar do meio tudo aquilo que ele pode fornecer. A técnica e a ciência estavam apenas ao serviço desse desiderato. Agora, qualidade de vida não corresponde àquele, sendo que as duas realidades podem mesmo apresentar-se como contrárias. Cfr. JORDANO FRAGA, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, 1995, p. 105 e ss.; BEATO ESPEJO, “El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador”, *RDU*, ano XXX, Maio/Junho, n.º 148, p. 115 a 146, *maxime* pp. 125 a 127; ESPERANZA FERRANDO, “La calidad de vida’ como principio inspirador del derecho al medio ambiente”, *HI*, n.º 6, suplemento, 1996, p. 97 a 120; e RABBI-BALDI CABANILLAS, “Notas para una fundamentación del derecho ambiental”, *O Direito*, ano 128.º, I/II, Janeiro/Junho, 1996, p. 45 a 68.

¹⁰ Para a explicação mais detida destes factores, em conjugação com uma série de outros, a que poderemos apelar de culturais, cfr., v.g., VASCO PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, pp. 17 e ss. e FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *Direito do Ambiente*, Almedina, 2001, p. 15 e ss.

Antes, porém, deste surgimento articulado da questão ambiental, existiam já actos específicos e delimitados no sentido da protecção do ambiente. Assim, exemplos normalmente apontados como pioneiros, no campo das *organizações verdes*, são o da Sociedade Zoológica Londrina, fundada em 1830 ou o da, também inglesa, Sociedade para a Protecção das Aves, de 1889, ou ainda o da criação, em 1904, do Comité para a Vegetação Britânica, depois transformado, em 1913, na Sociedade Inglesa de Ecologia. Já no domínio das actuações públicas propriamente ditas, enquanto primeiros actos proteccionistas são normalmente apontados o *Yosemite Valley*, na Califórnia, que, em 1864, recebeu o estatuto de protecção, no caso, para recreio público, sendo seguido, oito anos volvidos, pela criação do primeiro parque nacional, o *Yellowstone National Park*¹¹.

Todavia, só a partir daquela Conferência das Nações Unidas se pode falar de direito do ambiente em sentido moderno¹², sendo aí que, pela primeira vez, se afirmou de forma séria e internacionalmente relevante a existência de um direito do homem a viver e desenvolver-se num ambiente sadio e equilibrado, onde lhe fosse assegurada a qualidade de vida¹³. Mais longe ainda, se proclamou também o dever que incumbe a cada ser humano isoladamente e aos Estados, em moldes organizados, de zelar pela preservação do meio, aplicando os mais avançados meios ao dispor da ciência para proteger a natureza, garantindo, tanto quanto possível, a susceptibilidade de renovação ambiental¹⁴, quer para assegurar as gerações presentes quer as vindouras¹⁵.

¹¹ Cfr. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, 1991, p. 25 e s. Ver, entre nós, com importantes dados históricos e estatísticos, SOROMENHO-MARQUES, *op. cit.*, maxime p. 23 a 29.

¹² Neste ponto parece também convergir a maioria da doutrina. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o que dizem JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 50 e s. e MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 27 e s. Entre nós, GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 80 e s.; VASCO PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, pp. 18 e s.; FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *op. cit.*, p. 82 e s. e MARIA ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO, *op. cit.*, p. 13 e s.

¹³ De acordo com o primeiro princípio da Declaração adoptada na Conferência de Estocolmo, em 1972, o Homem tem um direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver dignamente e com bem-estar (tradução nossa). Cfr. ALEXANDRE KISS, “Les origines du droit a l’environnement: le droit international”, *RJE*, 2003, número spécial, p. 13-14.

¹⁴ A renovação ambiental foi mais tarde transformada em *princípio do desenvolvimento sustentável*. Este princípio, que, mais do que jurídico, começou por ser económico, vem afirmar que a exploração de recursos deve ser feita de modo a permitir à natureza a sua reposição, por forma a que as gerações futuras tenham igual possibilidade

A partir daqui, por um lado, moveu-se a sociedade internacional¹⁶, finalmente desperta para a necessidade de regular o ambiente, tendo-se, por exemplo, criado, logo na sequência daquela Conferência, o Programa das Nações Unidas para o Ambiente, com sede em Nairobi. Do mesmo modo, mas por outro lado, se fizeram sentir estas tendências a nível interno um pouco por todo o mundo desenvolvido, começando a eclodir tentativas de regulamentação sistemática e integrada em vários países, muitas vezes – como no caso português – projectadas pela própria inserção de normas nas diversas leis fundamentais¹⁷.

O legislador português, aproveitando a queda do regime ditatorial salazarista e o nascimento de uma nova Constituição, veio, pois em 1976, consagrar o ambiente naquilo a que a maioria da doutrina¹⁸ usou chamar

de os _____
utilizarem. Quanto ao desenvolvimento sustentável, princípio com amplo desenvolvimento no seio da União Europeia, veja-se, nomeadamente, STEFANI BÄR e ANNE-GABRIELLE MAZUREK, “Le Droit Européen de l’Environnement à la lecture du Traité d’Amsterdam: modifications et perspectives”, *RJE*, 1999, n.º 3, p. 375 a 389.

¹⁵ Ao Homem não interessa apenas aquilo que ele pode retirar da natureza e o que seja necessário fazer para garantir que, durante o período provável da sua existência, conseguirá continuar a retirar dela, mas também os recursos que aqueles que vierem depois vão conseguir obter. Há, talvez pela primeira vez na história do Homem, uma perspectiva de si próprio integrado no meio e a consciência de que a espécie humana não está, nem sobrevive, sozinha. Cfr. BELLO FILHO, “Teoria do Direito e Ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI”, *Lusitana, Revista de Ciência e Cultura*, Série Direito, Coimbra Editora, n.ºs 1-2, 2002, p. 541 a 568.

¹⁶ Cfr., a propósito do direito internacional do ambiente e da sua relevância e repercussão nas diversas ordens internas, ALEXANDRE KISS, “Direito Internacional do Ambiente”, *Direito do Ambiente*, INA, 1994, p. 147 a 173.

¹⁷ Parece ter sido a Constituição suíça, em 1971, a primeira constituição democrática da Europa a fazer expressa menção ao ambiente, no seu art. 24.º. Quatro anos depois, a Constituição grega, no artigo com o mesmo número, estabelece igualmente a obrigação do Estado de protecção e conservação do ambiente. Nem um nem outro texto, portanto, encaram o ambiente como direito subjectivo, o que sucederá, pela primeira vez de modo pleno e articulado, na Constituição da República Portuguesa de 1976, onde o ambiente é encarado tanto como direito – e dever – fundamental dos cidadãos (art. 66.º) como enquanto tarefa do Estado (art. 9.º). Cfr., para uma perspectiva comparada, MARTÍN MATEO, “La constitucionalización positiva del derecho ambiental”, *HI*, n.º 6, suplemento, 1996, p. 191 a 200, com referências alargadas às Constituições de todo o mundo.

¹⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 67 e ss., e, do mesmo Autor, “Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente”, *RLJ*, ano 123 (1991), n.º 3799, p. 290 e ss., e “O direito ao ambiente como direito subjectivo”, *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. *BFDUC*, 2005, p. 47 a 57. Ver, igualmente, PEREIRA REIS, *Contributo para uma teoria do Direito do Ambiente*, Secretaria de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais, 1987, *passim*.

uma dupla vertente¹⁹: no art. 9.º, como tarefa atribuída ao Estado, e no art. 66.º enquanto direito fundamental de todos os cidadãos. A lei portuguesa configurou o direito ao ambiente em moldes complexos, mas tão dotado de operatividade quanto possível, apetrechando-o, enquanto direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, de um conjunto de meios que permitam assegurar a sua tutela jurisdiccional efectiva²⁰.

Na Constituição Portuguesa, o direito ao ambiente não tem uma estrutura típica de direito subjectivo, por isso sendo referenciado habitualmente como direito complexo ou, na terminologia que consideramos mais adequada, como direito difuso²¹. Deste modo, se a todo o cidadão

¹⁹ Na verdade, estaremos porventura perante uma dimensão tripla, que não apenas dupla. Efectivamente, ao direito fundamental de todos os cidadãos a desenvolverem-se num ambiente sadio e ecologicamente equilibrado corresponde, de acordo com a nossa lei constitucional, um dever de defender e preservar esse mesmo meio. Assim, não temos apenas uma lógica bipartida (direito do cidadão – tarefa do Estado), mas uma perspectiva tríplice (direito do cidadão – dever do cidadão – tarefa do Estado). Sobre esta perspectiva, muitas vezes esquecida e susceptível de se mostrar muito frutuosa para a solução de variados problemas suscitados pela tutela do ambiente, cfr. CARLA AMADO GOMES, “O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente”, *RJUA*, n.ºs 11/12 (ano VI), 1999, Junho/Dezembro, p. 43 a 68, e, da mesma Autora, *As operações Materiais Administrativas e O Direito do Ambiente*, AAFDL, 1999, p. 7 a 29, e TIAGO ANTUNES, “Ambiente: um Direito mas também um dever”, *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 14/15, Dezembro, 2006, <http://vlex.com>.

²⁰ Veja-se, desde logo, a aplicação a este direito tanto do art. 18.º como do art. 20.º da Constituição, não deixando margem para dúvidas a respeito da exigência de tutela do ambiente, que, sendo direito fundamental do cidadão, este tem direito a fazer exercer – isolada ou conjuntamente – junto de qualquer órgão jurisdiccional, de forma a conseguir uma efectiva protecção deste bem. Tenha-se, igualmente, em linha de conta o art. 52.º, n.º 3, consagrando o direito de petição e acção popular, pessoalmente ou através de associações representativas, para promoção e preservação do ambiente.

²¹ Na verdade, o direito ao ambiente constitucionalmente assegurado não é correspondente, sem mais, ao poder que o titular tem de exigir de outrem, sendo este outrem a generalidade dos demais, uma atitude de abstenção, uma acção de sentido negativo para não interferir com o usufruto do direito por parte daquele. Conhecido como direito complexo, o ambiente é normalmente catalogado dentro da categoria dos direitos ou interesses difusos. Pretende-se com esta terminologia chamar a atenção para o facto de não estarmos aqui perante uma configuração habitual de direito com uma estrutura bipolar, onde o exercício daquele por parte do sujeito esgote a potencialidade deste objecto. O ambiente tem como especificidade a circunstância de estar, simultaneamente, na disposição de determinado sujeito concreto e na de todos os sujeitos de uma certa comunidade, pelo menos em potência. Cfr., a este respeito, COLAÇO ANTUNES, “Para uma noção jurídica de Ambiente” *SI*, tomo XLI, n.ºs 235/237, Janeiro/Julho, 1992, p. 77 a 94; “Subsídios para a tutela dos interesses difusos”, *ROA*, ano 45, III, Dezembro 1985, p. 917 a 931 e *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, Almedina, 1989, *passim*.

português, no entendimento perfilhado pelo legislador constituinte, corresponde um direito fundamental a desenvolver-se enquanto ser humano num ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a cada um desses cidadãos há-de ser igualmente garantido o direito de exigir do Estado quer uma actuação compaginável com a sua obrigação de promoção desse direito, na perspectiva legislativa e executiva, quer uma atitude conseqüente ao nível jurisdicional, assegurando que se possa aceder aos tribunais para efectivar tal direito. Mais ainda, o legislador constitucional veio impor que se assegurassem meios para que cada cidadão individual pudesse accionar essa tutela, alargando essa possibilidade a um conjunto de cidadãos²², e estabelecendo, igualmente, que o próprio Estado (obviamente, através do Ministério Público) tivesse legitimidade para o fazer, independentemente do impulso individual²³.

Se a tudo isto juntarmos o facto de o legislador não se ter bastado com uma cláusula geral na atribuição de tarefas ao Estado, antes tendo especificado – aliás, de forma até numerosa – quais os sectores em que deveria este actuar de maneira a cumprir essa obrigação, gerando, assim, imposições ao seu congénere infra-constitucional²⁴, temos a razão pela qual alguém chamou *Constituição do Ambiente*²⁵ à nossa Lei Fundamental.

Foi, pois, somente depois desta afirmação constitucional que se iniciou a verdadeira criação de normas ambientais portuguesas e mesmo assim, diga-se em abono da verdade, de forma lenta e incipiente. Efec-

²² Também nesta perspectiva, se se quiser *funcional*, podemos falar de uma visão tripartida do direito ao ambiente constitucionalmente assegurado. Conforme dissemos já, o legislador constitucional não entendeu sequer ser de deixar esta tarefa ao legislador ordinário, consagrando no texto da Constituição um direito de acção alargado, tanto a indivíduos isolados e como a nível colectivo, de modo a poderem assegurar os seus direitos fundamentais (entre os quais, expressamente, o art. 52.º refere o ambiente).

²³ Estamos, pois, perante a tutela de um bem que não depende da actividade de um indivíduo para que possa exercer-se. Se é certo que os particulares têm esse poder de impulso, podendo reagir sempre que se sintam afectados no seu direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, não é necessária, todavia, a sua intervenção para que tal suceda, tendo o Estado, através do Ministério Público, um poder-dever de garantir essa protecção. Ver, a este propósito, o estudo de LEONES DANTAS, “A Intervenção do Ministério Público na Defesa do Ambiente”, *RMP*, n.º 102, Abril/Junho, 2005, p. 79 a 96.

²⁴ Que, tendo em atenção a forma como está articulada esta matéria em termos constitucionais, poderá até entender-se gerar – ou poder gerar, eventualmente – situações de inconstitucionalidade por omissão. Cfr., sobre este aspecto específico, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Anotação ao art. 279.º, *Comentário Conimbricense, tomo II*, Coimbra Editora, 1999, p. 944 a 978, em concreto, p. 946-947.

²⁵ Ver GOMES CANOTILHO, “Procedimento...”, p. 290 e ss.

tivamente, sendo de esperar que a Lei de Bases do Ambiente não tardasse muito depois daquelas normas constitucionais, esta só veio a ser aprovada onze anos mais tarde, através da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, cumprindo assim as imposições dos arts. 9.º e 66.º da CRP (de acordo, aliás, com o afirmado no art. 1.º dessa Lei). Depois da Lei de Bases do Ambiente, várias outras se lhe seguiram, na tentativa de regulamentar aspectos específicos que o legislador entendeu necessitarem de protecção, nomeadamente no que respeita ao controlo da poluição, aérea, aquífera ou terrestre. Porventura o diploma mais significativo nesta matéria, pelo menos o mais caracteristicamente ambiental, se o podemos dizer assim, uma vez que contém o regime daquele que é talvez o único instituto específico, próprio, de direito do ambiente, é a Lei de Avaliação de Impacto Ambiental, entre nós aprovada pela primeira vez através do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho, e actualmente regulada pelo Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio²⁶. Tributária do direito comunitário²⁷, visa,

²⁶ Com as rectificações operadas pela Declaração de Rectificação n.º 7-D/2000, publicada no Diário da República, I Série – A, n.º 140, de 30 de Junho de 2000. Este diploma foi entretanto alterado várias vezes, sobretudo para compatibilização com normas ou recomendações europeias, através do Decreto-Lei n.º 74/2001, de 26 de Fevereiro, do Decreto-Lei n.º 69/2003, de 10 de Abril, da Lei n.º 12/2004, de 30 de Março e do Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro.

²⁷ É crucial o papel que a União Europeia tem desempenhado na sedimentação e desenvolvimento de uma política ambiental, com repercussões em todos os domínios de actividade e uma atenção muito particular dada à criação de mecanismos de promoção ambiental, por um lado, e de controlo da degradação da Natureza, por outro. Efectivamente, se é certo que o despertar da atenção institucional para os problemas do ambiente surgiu no seio das Nações Unidas, a Comunidade Europeia, presente também naquela Conferência, rapidamente trouxe a questão para o domínio *interno*, debatendo-a ainda durante esse ano na reunião de Chefes de Estado e de Governo. Desse encontro resultou uma declaração pública de preocupação com a protecção do meio ambiente e a assunção do compromisso de elaboração de um programa de acção em matéria de ambiente, que acabaria por resultar, em 1973, no primeiro de múltiplos Programas de Acção das Comunidades Europeias em matéria de ambiente. Curiosamente, todavia, a Comunidade Europeia não tinha, no momento do seu surgimento, qualquer preocupação ambiental, atendendo-se, como é bem conhecido de todos, à tentativa de criar uma união económica e monetária. No Tratado originário não havia sequer qualquer referência ao ambiente, pelo que não seria de estranhar que não tivesse havido qualquer atitude da Comunidade neste sentido, uma vez que apenas lhe estavam atribuídas competências tendentes à implementação do mercado comum. Muito embora, a Comunidade cedo foi sensível a esta questão, como vimos, entendendo ser importante desempenhar um papel nesta área, pelo que acabou por adoptar algumas medidas de protecção do ambiente, sem nenhum reflexo, nem directo nem sequer indirecto, sobre o estabelecimento ou o funcionamento do

como expressamente clarifica logo no n.º 1 do seu art. 1.º, a transposição da Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985, com as alterações introduzidas pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997, criando um regime que se destina a aferir dos efeitos que certos projectos, públicos e privados, poderão ter no ambiente²⁸, submetendo-os a um rigoroso procedimento administrativo²⁹.

Deste modo, como pudemos constatar, a percepção da realidade ambiental e da necessidade de agir sobre ela, de modo a protegê-la e conservá-la, fez-se sentir, essencialmente, após uma série de acidentes graves – de tal forma graves, geradores de danos para o ambiente³⁰, que de estranhar seria que um dos aspectos considerados mais urgentes na regulação dessa matéria não fosse a questão da responsabilidade. Efectivamente, os cidadãos começaram a exigir das instâncias responsáveis (no caso, não só os governos dos seus respectivos Estados, mas também as instâncias reguladoras internacionais) não só uma actuação no sentido da promoção ambiental como também um papel activo na identificação

mercado comum. Para o fazer, lançou mão de uma interpretação generosa do art. 2.º do Tratado de Roma e do texto do preâmbulo, sustentando que a *missão* da Comunidade de promover o aumento do nível de vida e de trabalho dos povos passava necessariamente pela protecção do ambiente, um dos seus mais importantes condicionantes. Depois disso, e com as sucessivas alterações efectuadas aos Tratados, a União Europeia apenas reforçou a sua importantíssima actuação ao nível do ambiente, tornando-se um motor da sua protecção, e, acima de tudo, desempenhando um papel promocional junto do legislador português, tantas vezes *rebocando* o nosso ordenamento, habitualmente mais lento na verificação das transformações sociais e na construção de um sistema de resposta a tais alterações. Tanto que o ordenamento ambiental português tem sido edificado com pedras europeias, comunitárias, notando-se neste, como em poucos domínios, uma verdadeira miscigenação comunitária.

²⁸ O Decreto-Lei estabelece, em anexo (anexos I e II) as actividades e projectos que devem, e em que termos, estar sujeitos ao procedimento de avaliação de impacto ambiental.

²⁹ Para uma análise, profunda e detalhada, desta matéria, cfr. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental, Para uma Tutela Preventiva do Ambiente*, Almedina, 1998, sobretudo p. 301 e ss.

³⁰ Note-se que o despertar da consciência ecológica coincidiu, e não foi por acaso, com uma sucessão de acidentes com petroleiros em alto mar e com os primeiros problemas causados pelo nuclear, nomeadamente com acidentes sérios que puseram em risco a vida e a saúde das populações, tanto as presentes como as futuras. Sobre estes problemas e a sua relação com uma, necessária, política de ambiente adequada, cfr. SOROMENHO-MARQUES, “O Problema da Decisão em Política do Ambiente”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 33, Fevereiro, 1993, p. 27 a 40.

dos responsáveis pelos danos causados ao ambiente e na repressão de condutas lesivas.

Para tal utilizaram-se, logo à partida, os mecanismos próprios do direito administrativo e do direito civil, como não podia deixar de ser, tentando criar-se, por um lado, um sistema de imputação de responsabilidade³¹, que permitisse exigir ao autor a reparação do dano, e, por outro, um conjunto de *standards* ambientais³² umbilicalmente ligados à emissão de licenças administrativas, cujo não cumprimento accionasse a aplicação de coimas e, eventualmente, de medidas acessórias³³ (além de, obviamente, surgindo um dano com esse não cumprimento, nos vermos envolvidos à questão da responsabilidade).

Depressa se percebeu, porém, quer que a gravidade de alguns danos ambientais não se bastava com a mera tutela através do direito de ordenação social, quer que a responsabilidade por estes danos não se coadunava com os moldes habituais. O bem ambiental, sendo um bem complexo, de matriz difusa, acaba por ser, na grande maioria das vezes, insusceptível de reparação. A reposição ao *status quo ante*, passo primeiro da responsabilidade, único onde aquela se cumpre integralmente, é, em termos ambientais, uma miragem. O dano ambiental consubstancia-se, como é bom de ver, pela afectação de determinado componente ecológico, seja através – que será talvez a hipótese mais comum – da poluição, numa das suas formas, seja através da extinção, total ou parcial, de algum

³¹ A problemática dos danos ecológicos e da sua reparação é umas das mais difíceis de todo o direito do ambiente. Para uma visita guiada à questão, cfr. GILLES MARTIN, “Direito do Ambiente e Danos Ecológicos”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, Março, 1991, p. 115 a 142.

³² Acerca do que sejam e de como funcionem estes *standards* (e, ainda, da influência do direito comunitário na sua estatuição), ver KURT RIECHENBERG, “Perspectivas de la política comunitária en matéria de medio ambiente com el advenimiento del mercado único europeo y en particular, el problema de la no uniformidad de los standards medioambientales en los países miembros de la Comunidad Europea”, *Revista Vasca de Administracion Publica*, n.º 30, Maio/Agosto, 1991, p. 183 a 208. Cfr., igualmente, TIAGO ANTUNES, *O Ambiente*, p. 41 e ss.; e COLAÇO ANTUNES, “O Direito do Ambiente como Direito da Complexidade”, *RJUA*, n.º 10 (ano V), Dezembro, 1998, p. 39 a 58, chamando a atenção para a influência do modelo das *Verwaltungsvorschriften* alemãs na tutela dinâmica do ambiente em Portugal.

³³ O regime de mera ordenação social tem, no direito do ambiente, ampla utilização. Efectivamente, como veremos, o direito penal intervirá apenas num número muito reduzido de circunstâncias, ficando todas as demais sob a alçada deste direito administrativo sancionador. Cfr., a propósito, VEGA RUÍZ, “El medio ambiente (Sanción penal, sanción administrativa)”, *El derecho penal ante las nuevas formas de delincuencia*, Studia Iuridica, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 57 a 79.

dos seus elementos ou de parte deles³⁴. Não há, pois, aqui, possibilidade de repor o estado anterior, pelo menos plenamente, pelo que grande parte do objectivo do instituto da responsabilidade civil se frustra imediatamente. Noutra ordem de razões, a indemnização, substituto legal da reparação por reposição, também não soluciona o problema ambiental, uma vez que, sendo a destruição permanente e a substituição do bem, por definição, inalcançável, não permite o ressarcimento efectivo do dano, abrindo, no máximo, a hipótese de o valor dela ser utilizado na conservação do ambiente³⁵. A responsabilidade civil por dano ecológico, levanta, pois, só por si, múltiplas questões, potenciadas, pelo funcionamento, envolto em dúvidas, do princípio da precaução.

Por seu turno, a aplicação de uma sanção contra-ordenacional àqueles cuja conduta seja lesiva do ambiente rapidamente se mostrou insuficiente para, por um lado, reprimir actos semelhantes posteriores e, por outro, corresponder à imagem social do bem em causa. Do surgimento do ambiente enquanto preocupação sistemática, há pouco mais de trinta anos, até à sua transformação numa das prioridades do homem actual foi um pequeno passo, sendo hoje o ambiente considerado como um bem fundamental para qualquer sociedade e um dos primeiros na hierarquia de protecção a atribuir.

Assim sendo, não se pode estranhar que muito cedo se tivesse colocado a questão da intervenção do direito penal para a protecção destes bens, sendo a própria comunidade a julgar insuficiente a tutela através do regime das contra-ordenações. Considerado o ambiente como um bem insubstituível e valiosíssimo, quer seja na sua consideração em si mesmo³⁶, quer enquanto

³⁴ Na verdade, qualquer dano ao ambiente o é porque implica certa diminuição de um bem. Ora, nesse sentido, podemos sempre falar de desaparecimento ou extinção. Trate-se, portanto, da eliminação de exemplares da fauna ou da flora, do esgotamento de recursos ou da destruição de habitats naturais. Nessa medida, como é claro, a reparação por reposição ao estado anterior nunca é possível.

³⁵ Sobre a questão, particularmente difícil, da responsabilidade civil por danos causados ao ambiente, ver GOMES CANOTILHO, *Introdução*, pp. 115 e ss.; CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, Almedina, 2002, sobretudo p. 29 e ss.

³⁶ Para quem defenda uma perspectiva ecocêntrica ou biocêntrica, segundo a qual o ambiente merece ser protegido como bem em si mesmo e não como caminho para a protecção do ser humano. Entroncam aqui as correntes, com origem nas obras pioneiras de TOM REGAN e PETER SINGER, que sustentam a atribuição de direitos à fauna e à flora. Cfr., entre nós, apresentando a discussão e os argumentos utilizados por aqueles pensadores e pelos que se lhes seguiram, FERNANDO ARAÚJO, *A Hora dos Direitos Dos Animais*, Almedina, 2003, *passim*.

meio de que depende a própria sobrevivência humana³⁷, não se compreenderia (na opinião daqueles que defendem a tutela penal do ambiente³⁸) como poderia o direito penal abster-se de desempenhar aí o seu papel de defensor último dos mais preciosos bens jurídicos de uma comunidade.

Nem todos pensavam assim todavia. E ao lado daqueles que consideravam essencial que se compreendesse, e se afirmasse, que o direito penal estava com a protecção ao ambiente, como com a de qualquer outro valor fundamental da sociedade, certo sendo que ele o é e que sofre violações e atentados constantes, susceptíveis de o comprometer decisivamente, já que a ele, enquanto garante último da vida em comunidade, não podia senão caber a tutela de um bem do qual depende a própria vida do homem sobre a terra, levantava-se um coro de vozes discordantes, que, indo desde razões dogmáticas ou de política criminal até dúvidas acerca da eficácia e da operatividade prática dessa tutela, criticavam a opção de criminalização. O direito penal é, por definição e sob pena de se descaracterizar até à negação, mínimo. Logo, não deve pretender exercer a sua tutela sobre todo o real, mesmo quando partes dele necessitem efectivamente de intervenção, porque antes dele – e preferentemente – há toda uma panóplia de meios que devem utilizar-se. Aliás, por imperativo constitucional, os instrumentos penais só podem surgir para protecção de bens últimos e quando nenhuma outra forma haja para obter a tutela destes, sob pena de se tornar ilegítima³⁹. Os motivos de discordância foram – são ainda – muitos e diversificados, tendo diferentes densidades e matizes, e, do mesmo modo, diversa relevância e cabimento. Alguns deles, devemos reconhecer aqui frontalmente, embora, *brevitatis causa*, não possamos explorar este tema, chamam a atenção para problemas agudíssimos, que ainda hoje não conhecem solução satisfatória.

³⁷ Para aqueles que preferam uma perspectiva antropocêntrica, segundo a qual o ambiente não tem qualquer relevância própria mas apenas na exacta medida em que é necessário à protecção de outros interesses do ser humano, como a saúde ou o bem-estar. Cfr., além do que já fomos apontando, para uma colocação das diferentes perspectivas, JESÚS BALLESTEROS, “Ecopersonalismo y Derecho ao Medio Ambiente”, *HI*, n.º6, 1996, p. 15 a 35; e CARLOS BLANCO LOZANO, *La protección*, p. 3 e ss.; e *Tratado de Derecho Penal Español, tomo II, El sistema de la parte especial, vol.2, Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, J. M. Bosch Editor, 2005, p. 222 e ss.

³⁸ Vários são os Autores que negam a possibilidade de se tutelarem penalmente os comportamentos atentatórios do meio ambiente. Entre nós, liminarmente, PAULO DE SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?*, AAFDL, 2001, p. 94 e ss.

³⁹ Chamando a atenção para este ponto, MARIA FERNANDA PALMA, “Direito Penal do Ambiente – Uma primeira abordagem”, *Direito do Ambiente*, INA, 1994, p. 431 a 448.

Apesar destas vozes dissonantes, o legislador ordinário acabou mesmo por tipificar os crimes ecológicos⁴⁰, inserindo-os, aliás, no próprio Código Penal, considerando que o clamor social existente neste domínio⁴¹ o passara a justificar⁴². Efectivamente, apesar de todas as dificuldades que deixámos adivinhadas, o legislador português entendeu por bem, em 1995, conceder consagração legal a crimes ambientais, dando conta da *revelação de novos bens jurídico-penais ou de novas modalidades de agressão ou perigo*⁴³, inserindo no capítulo III do título IV do Código Penal, epígrafado de “dos crimes de perigo comum”⁴⁴, três novos

⁴⁰ Na revisão do Código Penal de 1995, levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que introduziu os novos artigos 278.º, 279.º e 280.º, normalmente considerados como os tipos legais que *directamente* tutelam o direito ao ambiente. Em boa verdade, diga-se, apenas os arts. 278.º e 279.º o fazem, uma vez que o art. 280.º, embora se refira, por remissão, aos comportamentos previstos no art. 279.º, tutela outros bens jurídicos: a vida, a integridade física e o património.

⁴¹ Assim consta da acta n.º 32 da Comissão de Revisão do Código Penal. Certo é que os crimes ambientais ou ecológicos acabaram por ver a luz do dia de forma um pouco diversa daquela que ali fora proposta, nomeadamente criando-se um outro tipo legal. Cfr. *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Reis dos Livros, 1993, p. 354 a 367.

⁴² Ver o que a respeito dizem, por exemplo, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *op. et loc. cit.*, e em “Direito Penal do Ambiente, Uma Aproximação ao Novo Direito Português (O crime de poluição)”, *Textos – Ambiente e Consumo*, II volume CEJ, 1996, p. 415 a 430; e JOSÉ ALBUQUERQUE, “Reforma do Código Penal, Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal Revisto (alguns problemas de aplicação)”, *Boletim de Interesses Difusos*, n.º 11, Procuradoria Geral da República, Janeiro de 1997, p. 18 a 48.

⁴³ Nestes termos o refere no ponto 7 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, assinalando “um conjunto significativo, se bem que limitado, de propostas de neocriminalização”, que abrange não só os crimes ditos ambientais como um grupo de outros que foram nesta altura tipificados (a propaganda ao suicídio, a perturbação da paz e do sossego, a burla informática, o abuso de cartão de garantia ou de crédito, a tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos ou os instrumentos de escuta telefónica – arts.139.º, 190.º, n.º 2, 221.º, 225.º, 243.º, 244.º e 276.º do Código Penal, respectivamente). Como logo se nota, estas novas incriminações têm sobretudo que ver (além de um ou outro caso específico de respeito por compromissos internacionais) com a evolução técnica e científica da era moderna e a necessidade de responder cabalmente às exigências da comunidade nesses novos horizontes que a cada dia surgem.

⁴⁴ Muito embora não possamos deter-nos aqui sobre este tema, devemos adiantar que esta inserção sistemática é, pelo menos, duvidosa. Na verdade, uma das questões que mais acalorada discussão provocou a propósito da institucionalização dos delitos ambientais foi exactamente a de saber qual a construção jurídica a que tais tipos deveriam obedecer. Cfr., para a colocação destes problemas ainda antes da consagração legislativa,

tipos incriminadores vocacionados à tutela do direito ao ambiente, quais sejam os que iam previstos nos artigos 278.º, 279.º e 280.º (danos contra a natureza, poluição e poluição com perigo comum, respectivamente).

Assim, quase vinte anos depois da sua consagração constitucional, o legislador sentiu haver efectiva necessidade e merecimento de intervenção criminal em matéria de ambiente. Não se poderá, pois, como se fez em vários momentos, pretender que o nosso legislador cedeu a determinadas pressões sociais temporárias e pouco significativas ou que se arremessou irreflectidamente numa acção neocriminalizadora contra-corrente. Pelo contrário, parece ter analisado com a profundidade só possível de obter com o tempo quer o surgimento de novos bens jurídicos, como o ambiente, quer a incapacidade dos outros ramos do direito para responder às suas modernas demandas de protecção, quer, ainda, a sua transformação em bens dignos de tutela penal⁴⁵. A opção pela criação destes crimes não foi, pois, imponderada ou imprudente. Pretendeu, isso sim, específica e declaradamente, dar resposta à sentida necessidade de tutela do ambiente, insuficientemente assegurada pelo direito administrativo e contra-ordenacional. Tanto assim foi, aliás, que na recente alteração do Código Penal, levada a cabo pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o legislador julgou oportuna uma revisão dos preceitos, não no sentido de os suprimir ou de diminuir o seu campo de aplicação, mas no de proceder ao que considerou ser o seu aperfeiçoamento necessário.

Deve, todavia, esclarecer-se já que somente aqueles dois primeiros artigos protegem verdadeiramente o bem jurídico-penal ambiental.

numa perspectiva que foi, aliás, seguida de perto (embora não em plena confluência) pelo legislador de 1995, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o papel do Direito Penal na protecção do ambiente”, *Revista de Direito e Economia*, ano IV, n.º 1, p. 15 a 19. Ver também ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, p. 944 a 978; “Direito Penal do Ambiente – Uma Aproximação ao Novo Direito Português (O Crime de Poluição)”, *Textos – Ambiente e Consumo*, II vol., CEJ, 1996, pp. 415 a 430; e “Os crimes contra o ambiente no Código Penal Português Revisto”, *Revista de Direito Ambiental*, n.º 1, 1996, p. 24 a 35; SOUTO MOURA, “O crime de poluição – a propósito do art. 279.º do projecto de reforma do Código Penal”, *Textos – Ambiente*, CEJ, 1994, p. 11 a 33; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “Sentido e Limites da Protecção Penal do Ambiente”, *RPCC*, ano 10, n.º 3, Julho/Setembro, 2000, p. 371 a 387; e JOSÉ ALBUQUERQUE, “Reforma do Código Penal, Considerações sobre o crime de poluição previsto e punido pelo artigo 279.º do Código Penal Revisto (alguns problemas de aplicação)”, *Boletim de Interesses Difusos*, n.º 11, Janeiro 1997, PGR, p. 18 a 48; e, ainda, em sentido crítico, PAULO DE SOUSA MENDES, *op. cit.*, pp. 106 e ss., *maxime* p. 139 a 171.

⁴⁵ Isto mesmo parece retirar-se das Actas da Comissão Revisora do Código Penal, acima referenciadas. Cfr. *Código Penal, Actas e Projecto*, p. 354 a 367 (acta n.º 32).

O tipo incriminador previsto no art. 280.º (poluição com perigo comum⁴⁶) visa, antes, a defesa de bens eminentemente pessoais – a saber, a vida, a integridade física e o património – através da *intermediação* da tutela ambiental: quando para aqueles haja sido criado perigo através de uma conduta susceptível de preencher, só por si, o art. 279.º. Não cabe, pois, fazer aqui a análise deste preceito, por um lado, porque no que ele tem de *ambiental* se remete para o artigo anterior, por outro, porque, no mais, não quadra com o âmbito da presente exposição.

Queremos, contudo, salientar a alteração introduzida agora, através da Lei n.º 59/2007, que nos ocupa neste Seminário, no corpo deste preceito, susceptível, se bem vemos, de representar se não um movimento de inversão de marcha pelo menos uma atenuação da matriz do tipo incriminador. Efectivamente, onde até aqui encontrávamos os mais clássicos bens individuais (a vida, a integridade física e o património de outrem), surpreende-se, na nova redacção, uma referência a monumentos culturais e históricos. Sendo certo que não está aqui em causa o ambiente, a não ser naquele sentido muito lato de entorno que não perfilhamos, apresenta-se-nos, ainda assim, como uma clara abertura aos bens jurídico-penais supra-individuais, uma vez que estamos aqui a proteger não o património pessoal de um indivíduo, mas o colectivo, o património urbano, cultural e histórico da comunidade.

Uma outra nota ainda para lembrar que, inicialmente, apenas um preceito havia sido pensado para a tutela do bem jurídico ambiental, conforme se pode verificar pelas Actas da Comissão de Revisão⁴⁷ – o crime de poluição. Na versão final do Código, porém, constava além daquele um novo art. 278.º, epígrafado de *Danos contra a natureza*⁴⁸,

⁴⁶ O art. 280.º dispunha, na versão de 1995: *1. Quem, mediante uma conduta descrita no n.º 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão: a) De 1 a 8 anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas; b) Até 5 anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência.*

⁴⁷ Na proposta era o art. 273.º, epígrafado, como se manteve, de “poluição”. À parte pequenas alterações de forma, devemos salientar que se previa no n.º 4 do projecto deste preceito: *A responsabilidade de pessoas colectivas pelas condutas previstas neste artigo é regulada em lei especial.* Este número foi eliminado, sendo aconselhada a referência a esta problemática em mera nota preambular. Cfr. *Código Penal, Actas e Projecto*, p. 354 a 367 (acta n.º 32).

⁴⁸ O texto do art. 278.º, na versão de 1995, era o seguinte: *1. Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, eliminar exemplares de fauna ou flora ou destruir habitat natural ou esgotar recursos do subsolo, de forma grave, é punido com pena de*

que foi sempre ferozmente criticado, vendo-se nele uma tentativa infeliz de tentar a protecção penal do ambiente. Efectivamente, como de imediato foi apontado, o preceito apresentava-se, por um lado, demasiado vago na concretização do que seria a *forma grave* de eliminação de exemplares de fauna ou flora, destruição de *habitat* natural ou esgotamento de recursos do subsolo, pois que o seu n.º 2 definia esse modo como aquele que, por exemplo, *contribuísse decisivamente* para o desaparecimento de espécies ou do qual resultassem *perdas importantes* para as populações dessas mesmas espécies⁴⁹. Enquanto, por outro, ou complementarmente, alargava-se em demasia a malha da tutela penal, acusando-se o legislador de exorbitar da sua função ao tutelar elementos da fauna e da flora sem sequer averiguar da sua utilidade – ou pelo menos da não inofensividade – para o homem, estando não já apenas a proteger o *status quo* ambiental mas a intervir no sentido da verdadeira promoção ambiental⁵⁰.

O tipo incriminador destinado a proteger o bem ambiental por exceção haveria de ser o constante do art. 279.º do Código Penal: o crime de poluição⁵¹. Este foi sempre, não obstante as críticas que lhe foram feitas, o único crime considerado suficientemente sólido e com densidade dogmática bastante para justificar uma análise cuidada acerca do direito penal

prisão até 3 anos ou com multa até 600 dias. 2. Para efeitos do número anterior o agente actua de forma grave quando: a) Fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região; b) Da destruição resultarem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora legalmente protegidas; c) Esgotar ou impedir a renovação do subsolo em toda uma área regional. 3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

⁴⁹ Vejam-se as críticas de SOUSA MENDES, *op. cit.*, p. 94 a 98, apelidando o preceito de *desastrado apêndice ao Projecto da Comissão Revisora* (p.94).

⁵⁰ Ver, a este respeito a anotação de PAULA RIBEIRO DE FARIA ao artigo 278.º, *Comentário Conimbricense*, tomo II, pp. 932 a 943. Cfr., igualmente, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 438 e ss., defendendo ser suficiente para estes casos a mera tutela contra-ordenacional.

⁵¹ O art. 279.º tinha, antes da revisão de 2007, a seguinte redacção: *1. Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer outra forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa. 3. A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob a cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.*

ambiental português, com anotação das suas vantagens e inconvenientes, com abertura à ponderação e ao reparo. A esmagadora maioria dos, em boa verdade, muito poucos processos por crime ambiental que chegaram à barra dos nossos tribunais configuravam um delito de poluição, nos termos deste art. 279.º do Código Penal. Sucede, todavia, que a configuração do tipo, com uma estrutura que, sendo também ela muito discutida pela doutrina, não pode deixar de considerar-se de desobediência, por um lado, e, por outro, a ausência de responsabilidade penal (no âmbito do direito penal clássico, bem entendido) das pessoas colectivas – somadas, estamos em crer, a uma certa dificuldade de adaptação a esta nova realidade e ao seu inovador paradigma pelas instâncias formais de controlo – comprometeram decisivamente a eficácia de aplicação deste tipo incriminador.

Era este, de forma necessariamente resumida e simplificada, o *estado de coisas* com que nos deparávamos em Setembro de 2007, data em que, pela primeira vez, o legislador penal introduziu modificações nos crimes ambientais. Tomemos, pois, aqui em linha de conta as alterações introduzidas através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que aprovou a vigésima terceira alteração ao Código Penal⁵². Tentaremos fazer delas aqui, porque nos parece mais proveitoso do ponto de vista do destinatário, uma exposição comparativa, analisando, assim, a um tempo, quer a lei que vigorava quer aquela que entretanto se tornou vigente.

Assim, a primeira anotação que temos de fazer aqui é a da criação de um novo tipo, o crime de *incêndio florestal*, que, muito embora pretenda responder a um problema bem identificado e delimitado da nossa realidade nacional, não deixa de parecer ter como bem jurídico fundante, ao menos no seu n.º 1, o ambiente. Diz-nos, pois, o actual art. 275.º do Código Penal:

1. Quem provocar incêndio em floresta, mata, arvoredos ou seara, prósperas ou alheias, é punido com pena de prisão de um a oito anos.
2. Se, através da conduta referida no número anterior, o agente:
 - a) Criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado;
 - b) Deixar a vítima em situação económica difícil; ou
 - c) Actuar com intenção de obter benefício económico;

é punido com pena de prisão de três a doze anos.

⁵² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro e sucessivamente alterado.

3. Se o perigo previsto na alínea a) do n.º 2 for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos.
4. Se a conduta prevista no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.
5. Se a conduta prevista no número anterior for praticada por negligência grosseira ou criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.
6. Quem impedir o combate aos incêndios referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de um a oito anos.
7. Quem dificultar a extinção dos incêndios referidos nos números anteriores, designadamente destruindo ou tornando inutilizável o material destinado a combatê-los, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.
8. Não é abrangida pelo disposto nos n.ºs 1 a 5 a realização de trabalhos e outras operações que, segundo os conhecimentos e a experiência da técnica florestal, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as regras aplicáveis, por pessoa qualificada ou devidamente autorizada, para combater incêndios, prevenir, debelar ou minorar a deterioração do património florestal ou garantir a sua defesa ou conservação.
9. Quando qualquer dos crimes previstos nos números anteriores for cometido por inimputável, é aplicável a medida de segurança prevista no artigo 91.º, sob a forma de internamento intermitente e coincidente com os meses de maior risco de ocorrência de fogos.

A norma, como se sabe, procura responder a um problema com que o país se defronta todos os anos, face a vagas de incêndios que assolam o território. Muito embora esteja aqui em causa a protecção das florestas, matas, arvoredos ou searas (de acordo com o n.º 1 do preceito), elementos, portanto, da flora e, nessa medida, componentes do ambiente, restam dúvidas sobre ter sido este tipo criado para proteger directamente o ambiente. Na verdade, mesmo no n.º 1 do artigo, único que poderia considerar-se como fornecendo essa protecção (já que os outros utilizam o incêndio florestal por referência aos bens jurídico-penais pessoais), é de notar a inserção da expressão “próprias ou alheias”, remetendo para um entendimento que não se afasta substancialmente do dos bens individuais.

De salientar ainda que a norma não pune apenas, aliás severamente (pena de prisão de um a oito anos), o incendiário propriamente dito (para quem, no caso de ser inimputável, especifica a medida de segurança a aplicar), antes igualmente aquele que impedir ou dificultar o combate e a extinção de incêndios. Aliás, equipara o agente que impeça o combate ao fogo àquele que o inicie, já que prevê uma moldura abstractamente aplicável idêntica. No caso de um sujeito que dificulte o combate a incêndios, nomeadamente destruindo ou inutilizando os instrumentos destinados a combatê-los, a moldura prevista atenua-se um pouco, mas ainda assim pode atingir os cinco anos de prisão. Não podemos, pois, deixar de afirmar – aliás, havia sido propósito declarado da Unidade de Missão para a Reforma Penal⁵³ – que o legislador penal moldou um tipo grave, afirmando claramente a relevância do bem jurídico protegido e a censura da comunidade aos actos contra eles atentatórios. Tão notória se torna essa opção que a moldura se apresenta muito mais grave neste crime do que nos dois outros delitos ambientais, danos contra a natureza e poluição, onde o máximo se situa nos três anos de prisão.

Quanto aos tipos ambientais clássicos – os danos contra a natureza e a poluição –, ambos os artigos se viram alterados pela nova redacção. Quantitativamente, as modificações não poderão apelar-se de muito significativas, mas estamos em crer que, qualitativamente, sobretudo no crime de poluição, previsto no art. 279.º do CP, elas têm alguma profundidade.

O art. 278.º passou, então, a ter a seguinte formulação:

1. Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:
 - a) Eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção;
 - b) Destruir habitat natural protegido ou habitat natural causando a este perdas em espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas ou em número significativo;
 - c) Afectar gravemente recursos do subsolo;

é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.

⁵³ Cfr. Exposição de Motivos do Anteprojecto de Revisão do Código Penal apresentado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal.

2. Quem comercializar ou detiver para comercialização exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 120 dias.
3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

As alterações a este artigo notam-se, desde logo, na *arrumação* que o legislador agora pretendeu dar ao preceito, nomeadamente retirando o conceito indeterminado de *forma grave* (que, já vimos, era bem criticado) do n.º 2 e introduzindo grande parte do seu conteúdo num travestido n.º 1, aliando a descrição típica da acção à intensidade da gravidade de que ela precisa revestir-se. Assim, onde antes precisávamos de uma leitura do n.º 1 para sabermos ser proibida a eliminação de exemplares da fauna e da flora, desde que, e entrava aqui em jogo o n.º 2, tal eliminação fizesse desaparecer, ou contribuisse decisivamente para o desaparecimento, de uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região, agora temos que é punido quem, verificado o desrespeito pela estatuição administrativa, *eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção* (n.º 1, alínea a) do art. 278.º). Seja como for, a existência de dano grave⁵⁴ mantém-se, assumindo apenas uma outra apresentação, que, quanto a nós, torna o tipo mais linear e inteligível.

Por outro lado, acrescentou-se um novo n.º 2 ao preceito (já que o anterior se viu consumido no n.º 1) relativo à comercialização de animais ou plantas de espécies protegidas, visando também por aqui obstar à destruição de recursos naturais para utilizar em comércio proibido, que ameaça, actualmente, muitas espécies em vias de extinção⁵⁵. Terá estado no pensamento do legislador, ao criar este novo número, todo um conjunto de situações em que, não sendo possível identificar quem matou, eliminou ou extraiu determinado animal ou planta, ainda assim se surpre-

⁵⁴ Assim, PAULA RIBEIRO DE FARIA, “Do Direito Penal do Ambiente e da sua reforma”, *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, 1.º semestre 2008, n.º 8 (especial), p.341 a 357.

⁵⁵ Não concordando com esta atitude do legislador, PAULO DE SOUSA MENDES, *op. cit.*, p. 94 e ss., criticando a tutela de espécies protegidas ou em vias de extinção, por entender que a norma penal não consegue surtir efeito na protecção de tais exemplares da fauna ou da flora.

ende alguém a comercializar esses espécimes, deslocando-se então a tutela penal para este momento posterior. Quer com isto afirmar o nosso ordenamento jurídico com toda a clareza a protecção de determinadas espécies e a sua tutela em toda a linha. Todavia, há já quem tenha manifestado reservas em relação a este novo enquadramento típico, afirmando que talvez se tenha ido aqui um pouco longe de mais, retirando âmbito de aplicação ao direito contra-ordenacional nesta matéria⁵⁶.

Uma última nota, que retomaremos adiante e, portanto, fica aqui apenas mencionada, para a problemática da acessoriedade administrativa própria destes delitos e para a alteração, introduzida no corpo do texto do n.º 1 do preceito, ampliando a referência ao direito administrativo. Onde antes se remetia, somente, à norma administrativa, exigindo-se o desrespeito por disposição legal ou regulamentar, surge agora remissão expressa igualmente para o acto⁵⁷, alargando-se a possibilidade de desobediência a acto particular da administração e aproximando-se a formulação dos dois tipos legais, constantes dos artigos 278.º e 279.º. Mas a esta questão voltaremos de seguida, a propósito da análise do crime de poluição.

Por sua vez, o art. 279.º passou, após 15 de Setembro de 2007, a ter a formulação seguinte:

1. Quem, não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições:
 - a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;
 - b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou
 - c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza;

de forma grave, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 600 dias.

⁵⁶ Neste sentido, JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Crimes Ambientais”, *Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, 1.º semestre 2008, n.º 8 (especial), p. 359 a 374.

⁵⁷ Veja-se que, na nova redacção do preceito, se diz *não observando disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições*.

2. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.
3. Para os efeitos dos números anteriores, o agente actua de forma grave quando:
 - a) Prejudicar, de modo duradouro, o bem-estar das pessoas na fruição da natureza;
 - b) Impedir, de modo duradouro, a utilização de recurso natural; ou
 - c) Criar o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou saúde das pessoas.

A primeira mudança a constatar aqui tem o sentido inverso daquela que começámos por apontar no preceito anterior. De facto, enquanto no art. 278.º o conceito de *forma grave* se diluiu no texto das várias alíneas que compõem a norma incriminatória, neste o legislador faz surgir a noção no texto legal, se bem que com menos originalidade do que à partida possa pensar-se, uma vez que substituí o anterior conceito de *medida inadmissível*. Assim, faz transportar a acessoriedade administrativa da norma do n.º 3 para o corpo do n.º 1, assemelhando a estrutura dos dois artigos respeitantes a esta matéria (o que será positivo ao menos de uma perspectiva formal e sistemática) e deixando cair a exigência prevista no final daquele número quanto à necessidade de que o acto da autoridade competente, autorizativo ou proibitivo, estipulasse a cominação da aplicação das penas previstas no artigo, para que este pudesse ser aplicado. Desaparece, pois, a referência à medida inadmissível (que era concretizada no n.º 3 como aquela cuja natureza ou valores de emissão ou imissão poluentes contrariassem as referidas prescrições administrativas), passando a concretizar-se, nesse último número, o que deva entender-se por *forma grave*.

Este o ponto estruturalmente novo desta redacção e aquele que, se bem vemos o problema, levantará mais dúvidas a propósito das alterações introduzidas no preceito. É que onde a norma anterior exigia apenas o desrespeito pelos valores fixados pela autoridade administrativa, a presente passa a cumular-lhe a exigência de que, com os actos descritos no n.º 1, se afecte o homem, seja porque se prejudica, duradouramente, o seu bem-estar na fruição da natureza, seja porque se impede, com o mesmo carácter duradouro, a utilização de recurso natural, ou seja ainda porque se cria o perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou a saúde das pessoas.

O legislador passa, portanto, a considerar apenas poluição grave aquela que interfira com o bem-estar das pessoas, sentindo a necessidade, quanto a nós despicienda, de sublinhar uma matriz antropocêntrica para o bem em causa⁵⁸. Naturalmente, aquando da prescrição própria do acto administrativo, porque efectuada de acordo com as normas legais vigentes, já estava presente esta referência ao ser humano como fundamento e limite da aplicação da lei. Nunca o legislador se lembraria de regular aspectos da vida deste mundo que não tivessem repercussão, necessária, na existência do homem. O que não equivale a dizer, saliente-se, que se partilha uma concepção antropológica do bem jurídico, conforme ela é dogmaticamente apresentada por alguns sectores da doutrina⁵⁹.

Ao construir o tipo desde modo, todavia, o legislador vem exigir do aplicador um duplo esforço de subsunção: primeiro, há-de o juiz verificar se aquela conduta poluente, cabendo numa das alíneas no n.º 1, viola disposições legais ou regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade; depois, há-de certificar-se ainda, num juízo que se nos afigura, prognosticamente, de ampla discricionariedade, se com essa conduta o agente causou prejuízo ou impedimento duradouro ao uso e fruição da natureza e dos seus recursos pelas pessoas ou se, com ela, criou perigo de disseminação de microrganismo ou substância prejudicial para o corpo ou a saúde delas.

Uma última nota ainda, na sequência daquilo que já anteriormente apontámos, para a questão da acessoriedade administrativa, que pode agora ser tratada em moldes únicos quanto a ambos os preceitos, uma vez que as alterações introduzidas assemelharam os dois tipos incriminadores. Na verdade, criticava-se vivamente o crime de poluição, tal como ele estava previsto no nosso Código Penal na versão de 1995, por ser um,

⁵⁸ De facto, o crime previsto no art. 279.º, na sua redacção original, prescindia dessa referência antropocêntrica, tendo sido pensado como tutela de um bem jurídico colectivo autónomo. Efectivamente, como veremos a seguir, ao fazê-lo o legislador introduz um factor de desestruturação do preceito, que parece agora dirigir-se à tutela instrumental de bens jurídicos pessoais, que não já à protecção primária, directa e legítima de bens jurídico-penais ambientais.

⁵⁹ Como repetidamente temos dito. Se, quando se refere o antropocentrismo, se pretende perspectivar a teoria do bem jurídico a partir da tutela, exclusiva, de bens jurídicos individuais, ou, quando supra-individuais, se e apenas na medida em que vão referidos a um indivíduo, recusámo-la inteiramente. O que não vale por dizer, todavia, que estejamos a encarar a tutela do ambiente como protecção dos direitos dos animais ou das plantas.

designado, crime de desobediência. Efectivamente, para que o agente pudesse ser punido por um crime de poluição havia, desde logo, de ter preenchido a factualidade típica descrita no n.º1 do preceito (poluir o ar ou a água ou provocar poluição sonora, *grosso modo*) desde que desrespeitasse, com tal acto poluidor, a prescrição administrativa proibitiva ou impositiva que, como se não bastasse, tinha de ter advertido o sujeito para que a sua violação importava a eventual aplicação de uma sanção penal.

Esta acessoriedade de 2.º grau, ou quanto ao acto, obstruiu muitíssimo – como é bom de ver – a possibilidade prática de se moverem, com sucesso, processos-crime a causadores de danos graves ao ambiente, seja porque eles agiam fora do âmbito de um acto administrativo, seja, inversa e curiosamente, porque agiam a coberto dele, seja ainda porque, muito embora existisse até acto administrativo limitativo ou proibitivo de certa actividade poluente ou de determinada dimensão dela, a administração não havia expressamente cominado a sanção penal.

Ao contrário, no crime de danos contra a natureza inexistia esta dependência do acto administrativo, falando-se apenas, latamente, em inobservância de disposições legais e regulamentares, a justificar o entendimento de alguns de pretender o legislador abrir aqui uma válvula de segurança para situações de justificação do facto, uma vez que a maioria das condutas descritas no tipo é apenas parcialmente proibida pelo nosso ordenamento jurídico⁶⁰.

Unificando os corpos dos artigos, o legislador fala agora da inobservância de “disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições”, movendo, pois, a acessoriedade para uma acessoriedade quanto à norma. Pretendeu com isso, essencialmente, resolver os problemas que se colocavam no âmbito do crime de poluição, afrouxando a dependência desta norma penal do acto administrativo concreto e bastando-se com o desrespeito por uma qualquer norma legal ou regulamentar.

Especialmente, quis dar resposta a uma gravíssima injustiça prática que se ilustra com o seguinte exemplo: A pediu, por exemplo, uma licença, sendo-lhe imposto nela um determinado limite de emissão de gases poluentes, com a cominação da sanção penal; B, a desempenhar a mesma actividade, ignorou a lei e não requereu qualquer licenciamento; A, suponhamos, polui 100, quando o seu limite era 50, B, por sua vez,

⁶⁰ Cfr. PAULA RIBEIRO DE FARIA, “Do Direito Penal...”, p. 348 e ss.

polui 750; A pode ver-lhe aplicada uma sanção penal (se os demais pressupostos se verificarem), B jamais poderia ser condenado pela prática de um crime de poluição, pois não estava em desrespeito por acto emanado de uma autoridade administrativa. Com a redacção actual do art. 279.º esta situação já não se verificaria (ao menos pela razão indicada, diga-se), já que basta o desrespeito por uma norma ou regulamento.

Porque o tempo já vai longo, terminarei aqui a análise, pouco mais do que enunciativa, das transformações levadas a cabo pelo legislador em Setembro de 2007 em matéria de delitos ambientais. Não sem antes, contudo, deixar aqui o lembrete – que disso não passa por ser esta matéria de uma outra intervenção, proferida hoje neste Seminário – em relação àquela que era talvez a mais profunda lacuna do regime previsto para a criminalidade ambiental: a irresponsabilidade penal das pessoas colectivas, em sede de direito penal clássico. De facto, o novo art. 11.º do Código Penal, surgido da revisão de 2007, prevê aquilo que era por todos, ou quase todos, clamado em sede de crimes ambientais: a possibilidade de agir criminalmente contra pessoas colectivas, afinal, as grandes causadoras de danos ao ambiente e que, à luz da versão anterior do Código, não podiam ser perseguidas.

Muitas mais coisas havia para dizer, naturalmente. Ficam aqui estas como prelúdio, quem sabe a dar o mote para que muitas outras se sigam, com certeza à espera de que as glosas sejam bem mais ricas e fecundas.

Dos crimes contra a autoridade pública na revisão penal*

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS

Magistrado do Ministério Público

Docente da Universidade Autónoma de Lisboa

1. As recentes alterações¹ ao Código Penal² incidiram, também, sobre os crimes que, de *per si*, encerram a possibilidade de serem praticados contra as autoridades públicas e/ou os seus agentes³ que, assim, neles podem assumir a posição de agentes passivos ou de ofendidos.

Contudo, não foi desiderato da revisão a assunção de uma alteração profunda ou sequer axiologicamente orientada no sentido de modificar o paradigma vigente sobre a tutela penal das autoridades e agentes públicos

* O presente artigo corresponde à conferência proferida no sexto seminário das *Jornadas sobre Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 16 e 17 de Dezembro de 2008, no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, em Lisboa.

¹ O presente texto corresponde, com pequenas e pontuais alterações à comunicação apresentada em Lisboa, no Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna, no dia 16 de Dezembro de 2008, no âmbito das jornadas “Reforma Penal e Processual Penal”.

² Introduzidas pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro, a qual procedeu à vigésima terceira alteração ao texto original do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei 400/82 de 23 de Setembro.

³ As expressões autoridade e agente são polissémicas, podendo ser encontradas nos diversos ramos de direito como conceptualizadas em função de diferentes entendimentos e factualidade. Seguiremos aqui o entendimento de autoridade como a manifestação de um poder normativo próprio consubstanciado na possibilidade legal de impor a sua vontade sobre as demais e agente como aquele que actua no âmbito do serviço público sob a

e da punibilidade das condutas contra eles dirigidos. Pelo contrário, verificamos que as alterações foram introduzidas no texto legal de forma dispersa e casuística em função de preocupações perfeitamente identificadas e valorativamente concentradas em razão de concretas situações surgidas na vida comunitária e que interagem com o exercício diário da autoridade pública.

A análise que nos propomos fazer em resposta ao convite que tão gentilmente nos foi endereçado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, não pode, pois, deixar de ter por substrato metodológico o acompanhamento casuístico das alterações que a revisão do Código Penal introduziu ao longo do seu texto, ao invés de se centrar de modo exclusivo no estudo das tipologias integrantes do segmento dos crimes contra a autoridade pública⁴.

2. A primeira referência que cumpre efectuar centra-se na alteração efectuada na alínea j) do art. 132.º n.º 2 do Código Penal, cuja factualidade, na versão actual, passou a integrar a alínea l).

Para além desta modificação da inserção sistemática, as alterações foram também de ordem substancial uma vez que o legislador pretendeu actualizar esta qualificativa do homicídio em razão de novas realidades geopolíticas e normativas, bem como de algumas das actuais preocupações comunitárias em matéria de segurança.

Em razão das primeiras verificamos que caiu a previsão da especial censurabilidade da conduta dirigida contra a vida de membro do Governo próprio do território de Macau, uma vez que, como é do conhecimento público, tal território regressou para a administração Chinesa.

A possibilidade, agora existente, da resolução extrajudicial de conflitos veio, naturalmente, impor a previsão da igualdade de tutela penal a *todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos* por comparação com outras instâncias formais de controlo e de conformação social⁵.

direcção de uma autoridade, dando execução às suas ordens, nesse sentido CAETANO, Marcelo, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, Coimbra – 1977, p. 47 e MIRANDA, Jorge, *Introdução ao Direito Público*, Lições de 1983, p. 503.

⁴ Constantes do Livro II, Título V, Capítulo II do Código Penal.

⁵ De sentido contrário, mas em obediência a uma situação de analogia material, verificamos que o conceito de funcionário, constante do art. 386.º do Código Penal, também foi ampliado uma vez que ao n.º 3 deste artigo foi acrescentada uma alínea, segundo a qual todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução

Uma vez que o legislador constitucional redenominou o cargo de Ministro da República⁶, o qual passou a designar-se por Representante da República, também o texto do Código Penal se actualizou e adoptou esta nova designação.

Preocupações sociais com a segurança de algumas actividades – independentemente da sua matriz profissional – e com o respeito comunitário que lhes é devido e essencial para o cabal desempenho da sua função, impuseram o alargamento da tutela penal concedida através da qualificação do homicídio que, deste modo, passou a prever a especial censurabilidade das condutas que atentem contra a vida de *membro de comunidade escolar*⁷ ou de *juiz ou árbitro desportivo sob a jurisdição das federações desportivas*⁸.

No que especificamente concerne à tutela concedida às autoridades policiais e aos seus agentes, não parece que se tenham verificado alterações.

3. A regulação dos crimes contra a integridade física prevê um regime específico em função da especial qualidade pública/funcional do ofendido (agente das forças e serviços de segurança, desde que este esteja no exercício das suas funções públicas ou o crime seja cometido por causa delas).

Tal ocorre, desde logo, no que concerne à natureza do crime base⁹ que, no caso enunciado, se assume como público, em derrogação da

extrajudicial de conflitos, passam a assumir esta qualificação. A plena assunção desta alteração importaria que os crimes próprios de funcionários passassem a ter como potenciais agentes activos todos aqueles que exercem funções no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos, contudo o legislador expressamente restringiu estes efeitos aos crimes de corrupção.

⁶ A sexta revisão constitucional, fruto do art. 33.º da Lei Constitucional n.º 1/2004 de 24 de Julho, alterou o art. 230.º da Constituição da República Portuguesa, sendo que o cargo de Ministro da República se passou a designar por Representante da República.

⁷ Em harmonia, aliás, com os objectivos da política criminal para o biénio 2007-2009, nos termos da qual os crimes cometidos no meio escolar são de prevenção e de investigação prioritárias (cfr. arts. 3.º e 4.º da Lei 51/2007 de 31 de Agosto).

⁸ Este acréscimo de tutela penal surge, também, como equivalência de uma maior exigência de transparência e rigor no exercício da actividade de fiscalização desportiva, conforme decorre do recente regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva (aprovado pela Lei n.º 50/2007 de 31 de Agosto).

⁹ Aquele que tipifica a factualidade padrão para a definição do bem jurídico-penal a tutelar e, em redor do qual, se desenvolvem os demais tipos que estão vocacionados para a directa protecção do mesmo bem (v.g. os tipos qualificados, agravados e/ou privilegiados).

regra geral, segundo a qual o crime de ofensas à integridade física simples tem natureza semi-pública (cfr. art. 143.º n.º 2 do Código Penal).

Ao nível substantivo esta especial qualidade da vítima integra uma circunstância modificativa agravante especial, como sucede no caso do homicídio; aliás, em consagração das exigências de simplicidade e de economia dos textos legais, o legislador penal utiliza a remissão para o art. 132.º n.º a al. l) do Código Penal como técnica de previsão desta qualificativa.

A revisão veio impor uma alteração formal que se prende com a diferente numeração dos tipos previstos neste capítulo dos crimes contra a integridade física: o crime de ofensa à integridade física qualificada, que se encontrava previsto no art. 146.º do Código Penal, passou para o seu art. 145.º, o tipo agravado transitou do art. 145.º para o art. 147.º e o privilegiado saiu do art. 147.º ficando colocado no art. 146.º.

Porém, as alterações introduzidas não se reduzem a aspectos meramente exteriores e formais. Na verdade, elas atingiram também a materialidade típica, sendo manifesta a intenção do legislador em impedir que, como sucedia em determinadas situações¹⁰, a pena das ofensas à integridade física seja igual à pena do homicídio doloso e que as agravações pelo resultado redundem numa qualificação.

A possibilidade da punição das ofensas à integridade física em moldes tão severos quanto a do homicídio gerava uma desconformidade axiológica de difícil, quiçá impossível, justificação constitucional¹¹, pelo que em bom tempo se procedeu à alteração.

Sendo legalmente admissível qualificar a agravação pelo resultado em razão da verificação de circunstâncias que revelassem especial censurabilidade ou perversidade, tal era todavia de difícil conformação dogmática, porquanto a imputação do resultado agravado, sempre teria de ser

¹⁰ O que ocorria quando, a título meramente exemplificativo, o crime de ofensas à integridade física grave, punível com pena de 2 a 10 anos de prisão, fosse agravado pelo resultado, v.g. morte, assim se elevando a moldura penal para 3 a 12 anos de prisão e se as ofensas revelassem especial censurabilidade, tal moldura passava para 4 a 16 anos de prisão [cfr. art. 144.º, 145.º n.º 1 al. b) e 146.º do Código Penal, na versão anterior à revisão].

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, defende, mesmo a existência de uma necessária correspondência valorativa entre a ordem jurídico-constitucional de bens jurídicos e a admissibilidade constitucional de tutela de destes mesmos bens por parte do direito penal, de forma tal que estes são meras concretizações ordinárias daqueles, *Direito Penal – parte geral: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra – 2007, p. 120.

realizada, pelo menos, a título negligente (cfr. art. 18.º do Código Penal). Ora, as circunstâncias modificativas agravantes têm de ser representadas e queridas pelo agente do crime¹², o que se apresenta incompatível com a negligência.

Foi, pois, revogada a possibilidade da agravação pelo resultado ser também qualificada, se produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente.

É, contudo, admissível o juízo oposto, *i.e.* a qualificação pode ser agravada em função do resultado morte ou da produção de ofensas físicas graves [cfr. a actual redacção do art. 147.º n.ºs 1 e 2) do Código Penal].

4. Nos crimes contra a liberdade pessoal cumpre fazer referência às alterações introduzidas no crime de ameaça, as quais se consubstanciam em dois diferentes estratos punitivos: por um lado, foram criadas várias circunstâncias modificativas agravantes especiais da moldura penal e, por outro lado, foi alterada a natureza do crime, quando – entre outros e no que ora releva – forem ofendidas autoridades públicas e/ou os seus agentes.

O crime de coacção grave, que estava tipificado no art. 155.º 1 do Código Penal, deixou de persistir *qua tale* na ordem jurídica, sendo que os factos indiciadores do juízo de acrescidas ilicitude e culpa, viram alterada a sua autonomia, passando à condição de circunstâncias modificativas agravantes especiais da punibilidade dos crimes de coacção e de ameaça.

Esta reorganização normativa da coacção agravada não integra uma descriminalização, porquanto se manteve inalterado o juízo ético-jurídico de censura sobre o comportamento tipicamente previsto¹³.

Pretendeu, pois, o legislador criar uma igualdade na previsão das condições de agravação da punição entre estes dois crimes, por considerar que, estando em causa a tutela de um mesmo bem jurídico-penal

¹² Caso contrário o agente será punido apenas por negligência. Neste sentido ver, SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, parte geral: Teoria do Crime*, 2.ª edição, Verbo, Lisboa – 2005, p. 223.

¹³ Na verdade, a valoração penal do comportamento permanece na ordem jurídica, o que se alterou foi a técnica legislativa com a qual se pretende obter o mesmo resultado: a punição mais grave da coacção realizada em determinadas circunstâncias. Ora, a descriminalização prevista no art. 29.º n.º 4 da Constituição da República Portuguesa e no art. 2.º n.º 2 do Código Penal importa a quebra da valoração legal (de censura) que incidia sobre determinada conduta, razão pela qual não estamos perante uma descriminalização, mas apenas perante uma alteração de técnica legislativa. Neste sentido ver SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Parte Geral, I Introdução e Teoria da Lei Penal*, Verbo, Lisboa-2001, p. 275.

(a liberdade ambulatoria), a diferença de punição há-de resultar apenas da diferente potencialidade lesiva de cada uma das condutas típicas e na exacta medida dessa desconformidade.

Assim, enquanto o crime de ameaça agravada é punível com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias, a coacção agravada apresenta uma moldura penal de pena de prisão de um a cinco anos.

Uma das circunstâncias modificativas especiais que agora agrava a punição do crime de ameaça é, por remissão para o art. 132.º n.º 2 al. l) do Código Penal, o mesmo ser praticado contra uma das pessoas aí previstas, desde que no exercício das funções ou por causa delas.

O crime de ameaça dirigido contra autoridade pública ou seu agente é, em consequência da reforma penal, agravado o que importa a alteração da sua natureza, sendo agora crime público¹⁴, quando até aqui o crime de ameaça era sempre de matriz semi-pública.

O legislador entendeu estas alterações como decorrentes da especial censurabilidade da conduta típica dirigida contra pessoa cuja actividade ou cargo assume especial relevo comunitário e não em razão da tutela do bem pessoal que é a liberdade ambulatoria, assim se explicando a natureza pública do crime. Este acrescido nível de tutela tem a sua fonte legitimadora no aumento da danosidade social e de culpa – relativamente ao tipo base – que se revela na conduta dirigida contra autoridade pública ou seu agente, uma vez que o autor da conduta vence fortes e novas barreiras ético-sociais.

5. Era antiga a querela¹⁵ sobre a possibilidade de uma entidade colectiva que não exercesse autoridade pública e independentemente da sua concreta natureza jurídica, poder, ou não, ser sujeito passivo do

¹⁴ O que, para as entidades policiais, tem como decorrências processuais legalmente necessárias a elaboração de auto de notícia e comunicação ao Ministério Público no prazo de dez dias ou, em caso de flagrante delito, a detenção do arguido e sua apresentação à mesma entidade ou notificação para presença em processo sumário (cfr. arts.º 242.º n.º 1 al. a), 243.º, 245.º, 254.º n.º 1 al. a), 255.º n.º 1 al. a), 141.º n.º 1, 382.º e 385.º, todos do Código de Processo Penal).

¹⁵ Tal controvérsia levou a que dentro de um mesmo tribunal superior (v.g. Relação de Lisboa), se tenham proferido deliberações de sentido contrário; assim, afirmando que apenas as pessoas colectivas que exerçam poderes de autoridade pública são sujeitos passivos deste crime temos o acórdão de 26/01/2005, processo 10236/2004-2 e defendendo a posição contrária o acórdão de 31/10/2007, processo 3549/2007-3, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Na doutrina pode ver-se, defendendo a segunda destas posições, COSTA, José de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra – 1999, p. 675.

crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva, p. e p. no art. 187.º do Código Penal¹⁶.

Tal preceito resultava da reforma do Código Penal operada pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de Março, uma vez que antes da entrada em vigor deste diploma inexistia norma que previsse e punisse condutas semelhantes.

Veio agora o legislador resolver definitivamente a questão colocando como potenciais vítimas deste tipo de crime, ao lado das entidades colectivas que exercem autoridade pública, “pessoa colectiva, instituição ou corporação”.

Contudo, parece-nos que a controvérsia se irá deslocar para outro pólo: o da natureza da alteração introduzida. A nova redacção da norma tem natureza meramente interpretativa ou de nova incriminação?

A questão não é despicienda na medida em que se concluirmos pela matriz interpretativa da norma ela poder-se-á aplicar, sem violação do princípio da legalidade¹⁷, aos casos a correr nos tribunais e que ainda não tenham sido alvo de uma decisão transitada em julgado.

No que especificamente concerne à tutela conferida ao bom-nome¹⁸ das pessoas colectivas que exercem autoridade pública, nada parece ter sido modificado com as alterações introduzidas.

6. O crime de dano qualificado, quando a acção do agente do crime se dirige contra bens pertença do Estado, exigia a verificação cumulativa¹⁹

¹⁶ A controvérsia não resultava apenas do actual Código Penal, uma vez que, de forma mais ampla, já na vigência do Código de 1886 se discutia na jurisprudência se as pessoas colectivas podiam, ou não, ser ofendidas pela prática de crimes contra a “honra”. O assento de 24 de Fevereiro de 1960, publicado no B.M.J. n.º 94, p. 107, colocou ponto final na discussão, decidindo-se pela afirmativa.

¹⁷ A assunção da natureza interpretativa da intervenção operada pelo legislador levar-nos-á a concluir que o anterior texto legal já comportava as condutas agora expressamente constantes no tipo e que o legislador mais não fez que tomar parte no conflito jurisprudencial, pretendendo resolvê-lo, razão pela qual o tipo de crime não teria sido alterado.

¹⁸ É este o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, sendo certo que o mesmo se consubstancia em três diferentes níveis da valoração comunitária que incide sobre as pessoas colectivas (credibilidade, prestígio e confiança), como afirma COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, p. 676.

¹⁹ A natureza cumulativa dos elementos constituintes da qualificação resulta da revisão operada no Código Penal pelo Decreto-lei n.º 48/95 de 15 de Março uma vez que, até então, o preenchimento deste segmento do crime de dano qualificado – então previsto

de dois elementos típicos objectivos referentes às funcionalidades operativas da coisa objecto da conduta típica: o uso e a utilidade públicas da coisa [cfr. anterior redacção do art. 213.º n.º 1 al. c) do Código Penal].

O uso consubstanciava-se na finalidade utilitária do bem, razão pela qual a coisa seria pública sempre que lhe fosse destinado “o serviço ou a utilidade em relação ao público”²⁰ e o conceito de utilidade reduzia-se à possibilidade de fruição individual, mesmo que sob condições gerais e susceptíveis de preenchimento por todos os indivíduos.

O substrato integrativo destes dois elementos objectivos revelava-se, pois, nos critérios de finalidade da coisa (sua afectação) e no carácter imediato das possibilidades da sua utilização (proveito individual)²¹.

A exigibilidade de verificação simultânea dos dois critérios criava dificuldades práticas de aplicação da norma, uma vez que em relação a grande parte dos bens afectados apenas se verificava a existência de um dos critérios, o que impunha o regresso ao tipo fundamental de matriz da punibilidade, o crime de dano.

A natureza semi-pública do crime de dano e a concomitante exigência de queixa para a prossecução penal dos seus agentes, aliadas à reconhecida carga burocrática do aparelho administrativo do Estado, eram o garante, em termos pragmáticos, da impunibilidade de vários dos agentes de crimes de danos praticados contra bens do domínio público.

O legislador sentiu, portanto, a necessidade de alterar a tipicidade objectiva do crime de dano qualificado de forma a nele abarcar as condutas que simplesmente atentavam contra os bens do Estado, assim respeitando a fundamental analogia material entre a “coisa destinada ao uso e utilidade públicos” e a coisa destinada a “organismos ou serviços públicos”.

Assim, a incriminação do dano qualificado alargou o seu âmbito de previsão e passaram a punir-se os actos de quem destruir, no todo ou em parte danificar, desfigurar ou tornar não utilizável qualquer coisa que,

no art. 309.º do mesmo Código – se bastava com a verificação singular de qualquer uma das qualificativas previstas (decoração, uso ou utilidade públicas). Neste sentido, podem ver-se, a título meramente exemplificativo, os acórdãos do nosso Tribunal de Revista, de 27 de Janeiro de 1994, publicado na *Colectânea de Jurisprudência, acs. do STJ*, tomo I, p. 208 e da Relação do Porto de 14 de Junho de 1989, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 388, p. 594.

²⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo II*, Coimbra Editora, Coimbra – 1999, p. 247.

²¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 248.

independentemente da sua afectação pública ou restrita²², esteja destinada a organismo ou serviço público.

Também não parece relevar a concreta génese jurídica e a forma de organização interna²³ do serviço ou organismo, desde que seja público. O único critério relevante parece ser o de estarmos perante uma pessoa colectiva de direito público. Com efeito, a expressão organismos ou serviços públicos parece querer abarcar toda e qualquer pessoa colectiva, seus órgãos e/ou serviços, uma vez que só assim se pode atingir a tutela pretendida pelo legislador: a mais grave punição de quem atenta contra o património público, no que revela uma acrescida ilicitude material e culpa.

7. Preocupações com a manutenção dos meios mínimos à satisfação da vida comunitária e com a subsistência dos padrões comumente aceites como relevantes para a existência da vida humana em sociedade, impuseram a alteração da tutela concedida pelo crime de sabotagem (cfr. art. 329.º n.º 1 do Código Penal).

Ao lado da previsão já existente, o legislador passou a punir também como crime de sabotagem a conduta de quem atentar, no termos já anteriormente tipificados, contra infra-estruturas de relevante valor para a economia, a segurança ou a defesa nacional.

O critério integrador destes novos conceitos há-de ser construído em função da tutela que ora se pretende aprofundar²⁴, razão pela qual a sua construção é tributária das ideias de normalidade da vida comunitária e da livre realização do direito.

A infra-estrutura é, para efeitos deste crime, a obra, humana ou natural, que, sendo o suporte de uma actividade, permite a satisfação de uma necessidade humana ou contribui para a vida comunitária; sendo de relevo a infra-estrutura que se apresentar como essencial à satisfação dessa necessidade ou dessa contribuição e, sem a qual, as mesmas se revelam difíceis de concretizar.

²² A restrição diz respeito aos sujeitos que legitimamente podem utilizar a coisa, razão pela qual a sua afectação será restrita quando, apesar da eventual natureza pública do direito de propriedade (ou outro direito real), as possibilidades da sua utilização estejam reservadas aos funcionários da respectiva entidade.

²³ Fundação, Instituto ou outro e ainda que pertencente à administração central, regional ou local, com ou sem autonomia administrativa e/ou financeira.

²⁴ O bem jurídico tutelado continua a ser a realização do Estado de Direito, prevendo-se agora a punição de condutas que atentam contra sectores constitucionais fundamentais à efectiva realização e exercício desse bem jurídico (economia, defesa nacional e segurança).

Também aqui notamos que a ampliação da tipicidade objectiva obedeceu a exigências de substancial analogia com as condutas que, já antes da reforma penal, estavam tipificadas como sabotagem.

8. Uma das mais profundas alterações que a reforma veio impor na matéria que ora nos ocupa foi, sem sombra de dúvida, a concernente ao crime de resistência e coacção sobre funcionário, p. e p. no art. 347.º do Código Penal.

Em termos formais, verificamos que o artigo – até aqui de corpo único – passou a comportar dois números, sendo que o primeiro corresponde, praticamente intacto, à anterior redacção do preceito.

Este primeiro número integra, ainda assim, uma modificação em relação ao texto original.

O crime de resistência e coacção é um crime de forma vinculada ou modal na medida em que o resultado típico não pode ser livremente alcançado por qualquer meio, mas, em obediência ao princípio da legalidade, apenas por aqueles que o legislador expressamente previu²⁵. Ora, a violência e a ameaça grave eram os meios (alternativos) por via dos quais²⁶, quando se alcançasse o resultado típico, o crime estaria preenchido. A estes o legislador veio acrescentar a ofensa à integridade física.

A óbvia redundância – ninguém duvidará que a ofensa à integridade física integra o conceito de violência – apenas se explica em razão da natureza interpretativa da norma²⁷. Na verdade, mais que uma novidade estamos em face de uma norma de valor meramente hermenêutico, a qual esclarece que a violência pode consistir em ofensa à integridade física.

Desde sempre se tem apresentado como questão controvertida na *praxis* judiciária a questão de saber se integrava, ou não, a prática de crime de resistência e coacção contra funcionário a conduta de quem,

²⁵ Assim, MONTEIRO, Cristina Líbano, *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo III*, Coimbra Editora, Coimbra – 2001, p. 341.

²⁶ Neste sentido, GONÇALVES, Maia, *Código Penal, anotado e comentado*, Almedina, Coimbra – 1998, p. 897.

²⁷ Essa parece ser a posição da Unidade de Missão para a Reforma Penal (criada pela Resolução do Conselho de Ministros 113/2005 de 29 de Julho), conforme resulta da exposição de motivos da proposta de Lei 98/X, que a Unidade apresentou ao Governo (cfr. p. 15), ao referir que a alteração se consubstancia numa “precisão”. Apesar da exposição constante da proposta que chegou à discussão da Assembleia da República, a Lei n.º 59/2007 não veio acompanhada de preâmbulo.

conscientemente e para evitar ser alvo de acção policial²⁸, dirigia veículo na direcção de um agente policial que lhe dava ordem de paragem.

O legislador pretendeu resolver definitivamente a questão incriminando esta conduta, alargada a quem, mas referidas circunstâncias, desobedecer à ordem de paragem de embarcação.

Ora, também aqui, nos parece que a norma tem mais valor interpretativo que propriamente como inovação normativa. Já antes entendíamos que esta situação era perfeitamente subsumível no tipo de crime em análise. Dirigir, conscientemente, um veículo de encontro a um agente policial (ou contra qualquer outra pessoa) integra não só o conceito de violência, como também de ameaça grave.

Estamos numa zona de parcial sobreposição de ambos os conceitos. Por um lado, ameaça grave é aquela que se dirige contra um bem jurídico de relevo e encerra em si a probabilidade de se concretizar, lesando o mesmo bem. Por outro lado, a violência não pode ser conceptualizada apenas em redor de uma construção física, mas também moral²⁹.

A situação em apreço integrava, pois, ambos os conceitos; era uma ameaça grave na medida em que colocava em perigo a vida e a integridade física de um agente policial e era um acto de violência porquanto consubstanciava um exercício de força física e de coacção de uma pessoa que utilizava um instrumento com potencialidade letal (veículo automóvel ou embarcação) contra outra pessoa em substancial inferioridade nos meios de defesa.

Assim, não podemos deixar de entender que também este novo segmento normativo tem uma fundamental matriz interpretativa³⁰.

A reforma do Código Penal pretendeu resolver por via legislativa uma das questões mais complexas com que a prática judiciária se tem debatido no que a este tipo de crime diz respeito: a verificação de concurso aparente ou efectivo. A situação assume uma dupla dimensão, por um lado *quid juris* se o agente para além de pretender impedir o fun-

²⁸ Se outra fosse a intenção do agente a questão não se colocava, uma vez que sempre poderia ser punido de acordo com o dolo inerente à sua acção (homicídio consumado ou tentado, ameaça ou coacção, ofensas à integridade física consumada ou tentada).

²⁹ O que o próprio ordenamento jurídico-penal assume em alguns lugares, veja-se v.g os crimes de violência doméstica e de maus tratos, ps. e ps. nos artigos 152.º e 152.º-A do Código Penal.

³⁰ Outro parece ser, contudo, o entendimento da Unidade de Missão para a Reforma Penal apresentou ao Governo da já referida exposição de motivos (cfr. p. 15).

cionário de praticar acto inerente ao exercício das suas funções, também o pretender coagir, ofender fisicamente ou até matar³¹ e, por outro lado, se forem mais de um os funcionários afectados pela conduta do agente?

O n.º 2 do art. 347.º determina a verificação de uma situação de subsidiariedade expressa, sendo o agente punível pelo crime mais grave, assim melhor se alcançando a tutela dos bens jurídicos. Não se descortina qualquer fundamento para tratar de forma diferente o que é igual, pelo que entendemos que este segmento normativo é também aplicável ao n.º 1.

Assim, no que concerne à segunda das situações enunciadas, a lei resolveu a questão, pelo que se verifica uma situação de concurso aparente resolvido pela subsidiariedade expressa³². Quando os factos integrantes do crime de resistência e coacção forem, ao mesmo tempo, integrantes do preenchimento de outro crime, será o agente punido por aquele, excepto quando este tiver moldura penal mais elevada.

A segunda questão continua sem resposta do legislador.

O critério do bem jurídico tutelado³³ pela norma incriminadora é a chave hermenêutica que nos permite resolver a questão³⁴.

³¹ Quando o agente do crime não tem a intenção de impedir o funcionário de praticar o acto inerente à sua missão pública, a questão não se coloca, por falta de preenchimento da tipicidade e a questão será tratada nos termos já analisados na nota 28.

³² Quando duas normas incriminadoras têm um campo comum de aplicação e, ao mesmo tempo, cada um delas tem uma margem de aplicação autónoma, sendo que o facto concreto é inteiramente subsumível a ambas as normas, contudo, apenas uma se mostra aplicável ao caso concreto, por expressa determinação legal. GERMANO MARQUES DA SILVA, refere-se a esta relação entre normas como de subsidiariedade explícita, *Direito Penal Português, parte geral...*, p. 334.

³³ EDUARDO CORREIA, apresenta como um dos critérios aferidores da verificação do concurso de crimes ou de normas, o do número de violações do bem jurídico que a conduta do agente encerrou em si mesma, *Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina – 1996, p. 76.

³⁴ Na segunda década do século passado a Escola de Baden veio dar um novo sentido e alcance ao conceito de bem jurídico, ao qual atribui uma mera função intra legal e de matriz interpretativa dos tipos penais, porquanto tal conceito ao exprimir a razão e o sentido de cada tipo penal revelaria quais as concretas condutas com aptidão para o preencher. Nesta concepção o bem jurídico perde a sua finalidade legitimadora/limitadora das opções de criminalização e acaba por perder também grande parte da sua utilidade axiológica, reduzindo-se a mero critério hermenêutico dirigido exclusivamente ao aplicador do direito.

Rejeitamos a redução do bem jurídico apenas a esta função, mas não podemos negar a sua importância. Aliás, a dimensão interpretativa de uma norma incriminadora que entendesse a conduta típica como não violadora de um qualquer bem jurídico-penal

Tem sido entendido que o bem jurídico penal tutelado no crime de resistência e coacção é a autonomia intencional do Estado³⁵, porém não nos parece que assim seja uma vez que não estamos já no momento da formação da vontade da autoridade ou do seu agente, mas no momento posterior: o da execução da vontade. A vontade foi livre no modo da sua formação, a patologia ocorre em momento posterior, ao nível da execução.

Não se desconhece que a execução se reduz a uma mera exteriorização e realização da vontade, pelo que está finalisticamente orientada em ordem à sua concretização, contudo, não vemos fundamento bastante para confundir dois momentos que em si são diferentes e que obedecem a divergentes pressupostos na sua produção.

Entendemos, pois, que o bem jurídico aqui tutelado é a liberdade na execução dos poderes das autoridades públicas. De qualquer modo, não parece que a assunção de uma ou outra posição seja fonte de desacordo na questão de fundo (o concurso de crimes, quando em presença de mais de um funcionário). Com efeito, se está – como nos parece ser o caso – em questão a tutela de um bem jurídico de matriz não pessoal, mas sim institucional, a conduta típica apenas atinge tal bem uma única vez.

Assim, independentemente do número de funcionários que em concreto sejam visados pela conduta do agente, este apenas comete um crime de resistência e coacção sobre funcionário³⁶.

9. O crime de violação de proibições ou interdições (p. e p. no art. 353.º do Código Penal), viu a sua redacção alterada pela introdução de uma nova conduta típica: a violação de imposições determinadas por sentença criminal, a título de pena aplicada em processo sumaríssimo, de pena acessória ou de medida de segurança não privativa da liberdade³⁷.

e, ainda, assim concluisse pelo preenchimento da sua tipicidade, incorreria em inconstitucionalidade material, por manifesta violação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade (cfr. art. 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

A respeito da escola de Baden, ver DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibidem*, pp. 111 e 112.

³⁵ Assim, MONTEIRO, Cristina Líbano, *ob. cit.*, p. 339.

³⁶ Também neste sentido, MONTEIRO, Cristina Líbano, *ob. cit.*, p. 347.

³⁷ Este tipo de crime foi criado pelo art. 393.º da versão originária do Código Penal, tendo surgido, desde logo, profunda controvérsia na jurisprudência sobre quais as proibições ou interdições cuja violação importava a prática do crime (a este respeito podem ver-se os acórdãos da Relação de Évora de 3 de Junho de 1986, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo III, p. 269 e de 28 de Outubro do mesmo ano, com igual publicação, tomo IV, p. 311). O Decreto-lei n.º 48/95 de 15 de Março,

Em consequência, também o *nomen juris* do crime se viu actualizado em razão desta modificação.

A *ratio legis* parece centrar-se no alargamento da punibilidade de forma a também punir os actos e condutas que violem o conteúdo positivo de sentenças, *i.e.* passam a ser punidas as condutas omissivas quando a sentença criminal determine a realização de determinado acto, actividade ou conduta³⁸.

terminou com a controvérsia esclarecendo que a conduta típica se reduzia à violação de proibições ou interdições determinadas por sentença criminal, a título de pena aplicada em processo sumaríssimo, de pena acessória ou de medida de segurança não privativa da liberdade.

³⁸ Era essa a explicação que fundamentava a alteração do tipo de crime em causa e que constava da exposição de motivos da proposta de Lei 98/X que a Unidade de Missão para a Reforma Penal apresentou ao Governo (cfr. p. 15).

Da queixa¹

FRANCISCO ANTÓNIO CARRILHO BAGINA

Director do Departamento de Investigação Criminal

1. Enquadramento e evolução histórica

O vocábulo queixa como nós o conhecemos, significa – *lamentação, reclamação, protesto*. Pode, mesmo ser entendida como exposição de agravos a uma autoridade para pedir reparação, abrangendo desta forma, a perspectiva social, judicial ou mesmo a administrativa. Dado o conteúdo temático apenas cuidaremos da perspectiva jurídico-penal.

A Lei não nos dá uma definição legal do que seja a queixa, em sentido jurídico-penal, contudo, é nas palavras de FIGUEIREDO DIAS “o requerimento, feito segundo a forma e o prazo prescritos, através do qual o titular do respectivo direito (em regra o ofendido) exprime a sua vontade de que se verifique o procedimento penal por um crime cometido contra ele ou contra pessoa com ele relacionada”²⁻³.

Inicialmente, o direito de punir fugia das competências do Estado e a *vindicta privada*, surgia como uma das formas de solução de conflitos.

¹ O presente artigo corresponde às conferências proferidas nos quarto e quinto seminário que decorreram no Instituto Politécnico de Castelo Branco (a 16 e 17 de Outubro de 2008) e no Instituto Superior Politécnico de Viseu (a 13 e 14 de Novembro de 2008 das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

² FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Português as consequências jurídicas do crime”, Coimbra Editora, 1993, p. 665.

³ Sublinhado nosso.

Assim, seria o ofendido, a sua família ou o grupo a fazer justiça, perseguindo o ofensor. Contudo, com o aparecimento do absolutismo, e como forma de afastar a vingança privada, o Estado foi adquirindo o monopólio do *ius puniendi* e chamando a si a perseguição dos autores dos crimes.

Com o advento do Iluminismo (*consequente fortalecimento do poder real*) e o surgimento de uma ideia de Estado como o concebemos hoje em dia, operou-se uma revolução na aplicação da justiça criminal.

Com o evoluir dos tempos, transcorre a ideia central de protecção da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Numa nova acepção de Estado e da sua legitimação surge a noção de contrato social em que se legitima o poder público através do povo o qual elege os seus representantes. Cada indivíduo é soberano *per si* mas que abdica de parte dessa sua soberania pessoal para uma entidade supra-indivíduo – o Estado.

Há uma nova configuração política o chamado Estado de Direito Democrático, no qual todos são iguais perante a lei, em que o Estado como figura abstracta, recolhe extractos de soberania individual, da qual cada cidadão abdica em nome do ente jurídico Estado, onde funde o seu *ius imperium*, o poder de autoridade com que actua em nome da comunidade.

Necessário foi porém, arranjar mecanismos que garantissem um efectivo Estado de Direito Democrático, não bastando um Estado arrogar-se como tal, pois como tem sido provado ao longo dos tempos, este poder estadual pode ser exercido de forma a não servir os interesses individuais. Interesses individuais (*o poder de punir*) de que abdicaram os cidadãos, parte da sua soberania e que não conseguiram valer os seus direitos, liberdades e garantia, fundamentos desse mesmo Estado de Direito.

Surgem, no pós-guerra⁴, instrumentos de Direito Internacional Público que visam orientar essa protecção de liberdade e dignidade do Homem. Assim entendida, a queixa, como expressão de liberdade e dignidade da pessoa humana, podemos desde logo encontrar na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵ (DUDH) o direito de queixa, *latu sensu*, como uma manifestação de liberdade e, no seu art. 8 refere-se que **“Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”**.

⁴ II Guerra Mundial.

⁵ Adoptada e proclamada pela Assembleia Geral da O.N.U. na sua resolução 217 A (III) de 10 de Dezembro de 1948, entre nos publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78 de 9 de Março de 1978, mediante Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Ainda nesta esteira, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁶ (C.E.D.H.) no art. 6.º refere que “*Qualquer 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, (...)*”.

Sendo ambos, instrumentos de Direito Internacional Público ao qual Portugal aderiu sem reservas, tal direito de queixa em sentido amplo, também se encontra consagrado na nossa lei fundamental, concretamente, o Art. 20.º da Constituição da República Portuguesa diz no seu n.º 1 que, “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”.

Ora este direito de acesso ao direito e a uma tutela jurisdiccional efectiva é ele mesmo, um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais, sendo por isso, inerente à ideia de Estado de Direito⁷.

A queixa, como manifestação de liberdade, no âmbito do Direito Penal, onde por força do princípio da intervenção mínima, (*visto que as consequências do Direito Penal – penas e medidas de segurança – são as mais gravosas para o cidadão*), natural se torna que a punição da violação de certos bens jurídicos fiquem na total disponibilidade dos seus titulares.

No caso em que existe uma alta medida de disponibilidade do bem jurídico, dado o significado criminal relativamente pequeno do crime associado a essa violação. Pois que aqui, apesar do monopólio de punir pertencer ao Estado este ficará sempre condicionado no seu *ius puniendi* pela intervenção de outrem. Veremos como a lei regula todo este tema.

A medida mais gravosa de punição do Estado é a privação da liberdade destarte a medida de aplicação desta sanção será apenas aplicada quando exista uma ofensa de tal forma gravosa aos bens jurídicos mais relevantes socialmente, diminuindo a sua intensidade quanto menor for a valoração do bem jurídico afectado e o grau de ilicitude com que esta é praticada.

⁶ Em 4 de Novembro de 1950, os Ministros de quinze países Europeus, reunidos em Roma, assinaram a C.E.D.H., que viria a entrar em vigor em 3 de Setembro de 1953 e entre nós foi ratificada pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

⁷ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 408.

Assim, segundo este princípio, a acção penal partirá de uma acção directa quando estejam em causa bens jurídicos e condutas que afectem gravemente a vida em sociedade e deixará, em alguns casos, a possibilidade de chamar a justiça a actuar mediante a vontade e impulso processuais dos cidadãos.

2. Denúncia versus Queixa

O Ministério Público é o órgão do Estado a quem compete exercer a acção penal. Contudo, para que possa exercer essa acção penal e iniciar o respectivo procedimento é necessário que obtenha a “*noticia criminis*” de que foi eventualmente cometido um crime, podendo obter a notícia de diversos modos: por conhecimento próprio, por intermédio dos Órgãos de Polícia Criminal (O.P.C.) ou mediante denúncia – art. 241.º do Código de Processo Penal, doravante designado (CPP)⁸.

Esta distinção legal pode reduzir-se a duas formas: conhecimento próprio ou denúncia, pois a lei trata o conhecimento obtido através dos O.P.C. como uma espécie de denúncia, sendo que estes é que podem obter a notícia por conhecimento próprio ou através de denúncia de terceiros⁹. Dado o conteúdo temático da presente intervenção, atenderemos apenas ao conhecimento da notícia criminal através de denúncia.

A denúncia não é mais do que a transmissão ao Ministério Público do conhecimento de factos com eventual relevância criminal, para efeitos de procedimento criminal.

A denúncia pode ter carácter obrigatório ou ser apenas facultativa.

Será a denúncia obrigatória, nos termos do art. 242.º do CPP.¹⁰:

⁸ “O Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia, nos termos dos artigos seguintes”.

⁹ GERMANO MARQUES SILVA, *Curso de Processo Penal* – III, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000, p. 52.

¹⁰ Art. 242.º Denúncia obrigatória

(...)

a) “Para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento;”

b) “Para os funcionários, na acepção do art. 386.º do Código Penal, quanto a crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas”.

Importa aqui referir, que no que respeita às entidades policiais, o dever de denunciar **crimes públicos** (*são aqueles em que o Ministério Público promove o processo por sua iniciativa e, em que ele tem sempre legitimidade para a promoção, funcionando o princípio da oficialidade*¹¹) e de que são exemplos: os crimes de homicídio simples art. 131.º, o crime de violência doméstica art. 152.º ou o crime de roubo art. 210.º, (todos do Cod. Penal) de que tomarem conhecimento, engloba não só os de que tomarem conhecimento directo, mas também de forma indirecta, isto é, por denúncia de terceiros.

A denúncia é facultativa, nos termos do art. 244.º do CPP¹².

Qualquer pessoa que tiver notícia de um crime pode denunciá-lo ao Ministério Público, a outra autoridade judiciária ou aos órgãos de polícia criminal, salvo se o procedimento respectivo depender de queixa ou de acusação particular. Pode, pois, qualquer cidadão que presencie ou que tenha notícia de um crime, denunciá-lo à autoridade judiciária ou ao órgão de polícia criminal, mas não pode ser feita à entidade policial que não seja órgão de polícia criminal.

Se a denúncia for feita pelo titular do direito de queixa ou de acusação particular ela valerá com queixa para efeitos de procedimento criminal, e deve dar origem à instauração de inquérito¹³. Trata-se, pois, de uma faculdade, de qualquer pessoa poder denunciar crimes públicos de que tiver conhecimento, visto que a denúncia só constitui dever nos casos previstos na lei.

A denúncia facultativa reveste duas modalidades: a denúncia, em sentido estrito, e a queixa.

Relativamente a certos crimes, o procedimento criminal só pode iniciar-se desde que certas pessoas manifestem a vontade de que seja

¹¹ Sobre o princípio da oficialidade vide GERMANO MARQUES SILVA, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 2000, p. 71.

¹² “Qualquer pessoa que tiver notícia de um crime pode denunciá-lo ao Ministério Público, a outra autoridade judiciária ou aos órgãos de polícia criminal, salvo se o procedimento respectivo depender de queixa ou de acusação particular”.

¹³ Art. 262.º CPP. Finalidades e âmbito do inquérito

1 – “O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

instaurado um processo-crime, isto é, se queixem, pelo que na ausência desta manifestação o Ministério Público não pode iniciar o procedimento penal, quando se trata de:

Crimes semi-públicos¹⁴: Sendo aqueles em que a promoção do processo pelo Ministério Público depende de um acto de terceiro, *i. e.*, do titular do direito de queixa

Se consultarmos o Código Penal verificamos que são semi-públicos os crimes seguintes: ofensas à integridade física por negligência art. 148.º n.º 3, ameaças art. 153.º, coação simples art. 154.º n.º 4, intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários art. 156.º e o crime de Violação de correspondência ou de telecomunicações art. 194.º, furto simples art. 203.º n.º 3, furto de uso de veículo art. 208.º, abuso de confiança art. 205.º n.º 3, dano simples art. 212.º n.º 3.

Crimes particulares¹⁵: Sendo aqueles que para o exercício da acção penal por parte do Ministério Público é necessário o exercício do direito de queixa pelo seu titular a constituição de assistente e na fase final do inquérito a dedução de acusação particular;

(e que constituem exemplos o crime de difamação art. 180.º, o crime de injúrias art. 181.º e o crime de ofensa à memória de pessoa falecida art. 185.º, o crime de burla para obtenção de alimentos bebidas ou serviços, art. 220.º n.º 3 e são ainda particulares, mesmo que o valor não seja diminuto os tipos de crime de burla art. 217.º n.º 4 e dano qualificado art. 216.º n.º 3, quando o agente for cônjuge ou parente até ao segundo grau da vítima ou com ela conviver em condição análoga à dos cônjuges¹⁶ todos do Código Penal).

Verifica-se, pois, que a queixa não é senão a notícia de um crime semi-público ou particular e a manifestação de vontade, da pessoa legi-

¹⁴ “Art. 49.º CPP Legitimidade em procedimento dependente de queixa

1 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, do ofendido ou de outras pessoas, é necessário que essas pessoas dêem conhecimento do facto ao Ministério público, para que este promova o processo”.

¹⁵ “Art. 50.º do CPP Legitimidade em procedimento dependente de acusação particular

1 – Quando o procedimento criminal depender de acusação particular, do ofendido ou de outras pessoas, é necessário que essas pessoas se queixem, se constituam assistentes e deduzam acusação particular”.

¹⁶ Sublinhado nosso.

timada por lei para tal, de que seja instaurado um processo para responsabilização penal do agente do crime.

Assim, a queixa distingue-se da denúncia, só e na medida que esta é uma mera manifestação de ciência – *transmissão do conhecimento de factos com eventual relevância penal ao Ministério Público* – sendo aquela, além desta declaração de ciência, uma manifestação de vontade de que seja instaurado um processo para averiguação da notícia e procedimento contra o agente responsável. No fundo ao exercer-se o direito de queixa está a manifestar-se a vontade de que seja punido quem for criminalmente responsável.

Também importa distinguir entre queixa e acusação particular, pois são figuras distintas e funcionam em momentos diferentes. Enquanto a queixa destina-se a dar início ao processo e tem lugar antes desse início, a acusação particular é praticada pelo assistente¹⁷, ocorre só no termo do inquérito e destina-se a delimitar o objecto do processo, sendo no caso dos crimes particulares, condição necessária para levar o processo à fase de julgamento.

3. A função da queixa

Uma das funções relativas à queixa tem a ver com um ponto de vista puramente político-criminal, pois para certos tipos de crimes (*nomeadamente a pequena criminalidade*) é conveniente que o respectivo procedimento criminal só tenha lugar se tal corresponder à vontade e for do interesse do titular do direito de queixa, evitando-se desta forma ocupar os tribunais com as chamadas “bagatelas penais”, que não correspondam a um efectivo interesse de procedimento penal, por parte do ofendido.

Por outro lado, com a necessidade de queixa, para os crimes de natureza semi-pública e particular, evita-se que o processo penal corra contra a vontade e/ou interesse do ofendido, assim representando uma inconveniente intromissão na esfera das relações pessoais dos intervenientes.

Por último, tal exigência de queixa pode prender-se ainda com a necessidade de proteger a vítima do crime, nomeadamente, nos crimes onde a intimidade desta é afectada.

¹⁷ Art. 68.º do CPP.

4. Titulares do direito de queixa

Como supra se referiu a queixa não pode ser apresentada por qualquer pessoa. A lei regulamenta e diz quem pode exercer esse direito, no art. 113.^o¹⁸ do Código Penal (CP).

Será então, em princípio titular do direito de queixa a pessoa ofendida “*considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei que a lei quis proteger com a incriminação*”¹⁹.

O que significa, que como tal deve ser considerado o portador do bem jurídico, para determinação do qual se apresenta como decisiva a interpretação do tipo de ilícito *in casu*. (*Ex. será portador do bem jurídico no crime de furto – art. 203.^o CP o proprietário da coisa subtraída, ou no caso do crime de violação de correspondência ou de telecomuni-*

¹⁸ “Art. 113.^o Titulares do Direito de Queixa

1 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, tem legitimidade para apresentá-la, salvo disposição em contrário, o ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação.

2 – Se o ofendido morrer sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela, o direito de queixa pertence às pessoas a seguir indicadas, salvo se alguma delas houver participado no crime:

a) Ao cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, ou à pessoa, do outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, aos descendentes e aos adoptados, e aos ascendentes e aos adoptantes; e, na sua falta,

b) Aos irmãos e seus descendentes

3 – Qualquer das pessoas pertencentes a uma das classes referidas nas alíneas do número anterior pode apresentar queixa independentemente das restantes.

4 – Se o ofendido for menor de 16 anos ou não possuir o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa, este pertence ao representante legal e, na sua falta, às pessoas indicadas sucessivamente nas alíneas do n.º 2, aplicando-se o disposto no número anterior

5 – Quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e:

a) Este for menor ou não possuir o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa; ou

b) O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia ao agente do crime

6 – Se o direito de queixa não for exercido nos termos do n.º 4 nem for dado início ao procedimento criminal nos termos da alínea a) do número anterior, o ofendido pode exercer aquele direito a partir da data em que perfizer 16 anos”.

¹⁹ Conforme art. 113.^o, n.º 1 CP.

cações – art. 194.º CP – onde o portador do bem jurídico é definido de forma sucessiva, isto é, quando o objecto da acção seja uma carta, figurará como portador do bem jurídico o remetente até ao momento da entrega da carta no destinatário, passando após essa a entrega a figurar como portador desse bem jurídico o destinatário²⁰).

Pode acontecer que o ofendido tenha falecido “*sem ter apresentado queixa nem ter renunciado a ela*” sendo substituído na titularidade do direito por sucessores que a lei agrupa em classes sucessivas²¹.

Tais representantes são, em primeiro lugar, o representante legal e, na falta deste, em segundo lugar, as pessoas referidas no n.º 2, sucessivamente, o que corresponde à estipulação de três classes – *com o representante legal à frente* – de modo que as posteriores apenas podem pôr em prática o referido direito se não existirem pessoas pertencentes às anteriores”.

Dentro de cada classe ninguém prefere a ninguém ou ninguém é preterido por ninguém, pois qualquer das pessoas pertencentes a uma das classes pode apresentar queixa independentemente das outras – n.º 3 do art. 113.º do CP.

Sendo a queixa um direito pessoal, em crimes com pluralidade de ofendidos, cada um deles tem o direito de apresentar queixa, independentemente dos restantes.

O n.º 4 deste art. prevê duas formas de incapacidade: uma incapacidade natural, em razão da idade e uma incapacidade mental, em função de alguma deficiência, que se traduz na falta de discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa.

Cabem, na previsão do n.º 5, todas as situações em que o Ministério Público oficiosamente dá início ao procedimento, em nome do interesse do ofendido. Sempre que este seja menor (*sem restrições*) ou não possuir o discernimento para entender o alcance do exercício do direito de queixa (*também sem restrições*), ou ainda quando esse direito não puder ser exercido, em virtude de o único substituto ser o agente do crime.

O n.º 6 é novo e funciona de modo residual se não for accionado o n.º 4 ou o n.º 5 *al. a*). Assim, o ofendido menor – *e só a este a lei se*

²⁰ Neste tipo o bem jurídico protegido pela incriminação é a privacidade, protegendo-se também interesses de ordem supra-individual, como seja a confiança da comunidade na integridade dos serviços postais e das telecomunicações.

²¹ Se houver sucessores integrados na classe da *al. a*) ficam excluídos da titularidade os da *al. b*), ambas do n.º 2 do art. 113.º do CP.

refere – pode, então deduzir a sua queixa a partir da data em que perfizer 16 anos, sendo que nos termos do art. 115.º n.º 2, do CP, o direito assim concedido ao menor, extingue-se se não for exercido no prazo de seis meses a contar da data em que o menor perfizer 18 anos.

Foram várias as alterações operadas com a reforma de 2007. Desde logo a união de facto que agora vem equiparada ao casamento, mesmo quando se trate de pessoa do mesmo sexo (anteriormente pessoas de sexo diferente). O n.º 5 reporta-se agora ao interesse do ofendido e não já ao “interesse público” ou ao “interesse da vítima”. O n.º 6 é novo e vem reforçar a protecção e a defesa de crianças e adolescentes à qual também se reporta o novo n.º 2 do art. 115.º do CP.

Ainda, no campo da legitimidade, não é despiciendo referir, poder ser apresentada queixa, por crime semi-público, por mandatário sem poderes especiais. Podendo configurar um caso de ilegitimidade do Ministério Público, a questão deve ser resolvida por interpretação extensiva. Sendo apresentada queixa por mandatário sem poderes especiais, a queixa deve ser ratificada, dentro do prazo a que alude art. 115.º CP, pelo titular do direito respectivo ou por mandatário judicial²².

5. Prazo, forma e extensão da queixa

5.1. Prazo

O direito de queixa deve ser exercido “*no prazo de seis meses a contar da data em que o titular teve conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido, ou da data em que ele se tornou incapaz*”²³. Releva neste aspecto para contagem de tempo o prazo que medeia entre a tomada de conhecimento e a respectiva formalização da queixa, e não entre a prática dos factos e a tomada de conhecimento.

Trata-se, pois de um prazo de caducidade e não de prescrição deste direito de queixa, pois que para aquele é necessário a tomada de conhecimento do facto, realizando-se este independentemente de tal conhecimento.

O n.º 2²⁴ do art. 115.º do CP foi introduzido pela reforma de 2007 de forma a corresponder ao novo n.º 6 do art. 113.º o qual também foi

²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*; Universidade Católica Editora, 2007, pag. 150 Anot. 26.

²³ Cf Art. 115.º n.º 1 do CP.

²⁴ “Art. .º 115.º Extinção do direito de queixa

introduzido pela mesma reforma. Estatui-se agora um lapso de 2 anos para um direito que o menor adquiriu aos 16 anos, o qual se extingue pelo decurso de seis meses contados a partir dos 18 anos.

Se o ofendido for uma pessoa colectiva, torna-se necessário que esse conhecimento do facto e do autor chegue ao conhecimento do órgão competente para exercer o direito de queixa.

Em caso de pluralidade de titulares do direito de queixa “*o prazo conta-se autonomamente para cada um deles*” (art. 115.º n.º 4²⁵, CP), entende-se, pois, que os prazos do exercício do direito de queixa são individuais. Situação diversa no caso de pluralidade de agentes do crime, pois que a lei refere que “*o não exercício tempestivo do direito de queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes*”, nos casos em que também estes não puderem ser perseguidos sem queixa (art. 115.º n.º 3²⁶, do CP).

Já quando o exercício do direito de queixa pertença a outra pessoa que não o ofendido, o prazo extingue-se passados seis meses da morte ou da incapacidade do ofendido, sendo irrelevante o momento em que o conhecimento teve lugar.

Referir, ainda, que relativamente a factos de natureza pública, não se aplica este prazo, isto é, releva aqui o prazo de prescrição do tipo incriminador *in casu*, pelo que, em relação a estes a queixa será tempestiva até que se esgote o prazo prescricional.

5.2. Forma

No que toca à forma que a queixa deve revestir, tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal são omissos, ou seja, não esta

(...)

2 – O direito de queixa previsto no n.º 6 do artigo 113.º extingue-se no prazo de seis meses a contar da data em que o ofendido perfizer 18 anos”.

²⁵ “Art. 115.º Extinção do direito de queixa

(...)

4 – Sendo vários os titulares do direito de queixa, o prazo conta-se autonomamente para cada um deles”.

²⁶ “Art. 115.º Extinção do direito de queixa

(...)

3 – O não exercício tempestivo do direito de queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes, nos casos em que também estes não puderem ser perseguidos sem queixa”.

sujeita a formalidades especiais²⁷, devendo por isso entender-se que a mesma pode ser feita de toda e qualquer forma, tendo apenas que dar a perceber a intenção inequívoca do seu titular que tenha lugar um processo crime pelo factos lá mencionados.

Ainda a este propósito refere FIGUEIREDO DIAS²⁸ que, “Não se torna necessário por outro lado, que a queixa seja como tal designada; e é mesmo irrelevante que seja qualificada de outra forma pelo seu autor, v.g., como denúncia, acusação etc.”.

Relativamente aos factos mencionados na queixa também é irrelevante a sua correcta qualificação jurídico-penal. Assim, pode revestir a forma de queixa, quer o simples escrito, enviado por serviço postal à autoridade judiciária ou entregue presencialmente em órgão de polícia criminal, quer o envio de simples e-mail para o endereço electrónico da autoridade judiciária.

Importa nesta sede realçar, que com o aparecimento das novas tecnologias, diversos meios estão ao dispor dos cidadãos para exercerem tal direito. É o caso da recente inovação da **Queixa Electrónica** que veio permitir que o cidadão munido de um computador com ligação à Internet, comodamente em sua casa, possa manifestar a sua vontade de agir fazendo actuar a acção penal do estado, relativamente aos crimes:

- *Ofensas à integridade física simples,*
- *Violência doméstica,*
- *Maus-tratos,*
- *Tráfico de pessoas,*
- *Lenocínio,*
- *Furto, roubo, dano,*
- *Burla, burla relativa a trabalho ou emprego,*
- *Extorsão,*
- *Danificação ou subtracção de documento e notação técnica,*
- *Danos contra a natureza,*
- *Uso de documentação de identificação ou viagem alheia,*
- *Poluição,*
- *Auxílio à emigração ilegal,*

²⁷ Cfr. Refere o n.º 1 do art. 246.º do CPP: “A denúncia pode ser feita verbalmente ou por escrito e não esta sujeita a formalidades especiais”.

²⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 675.

- *Angariação de mão-de-obra ilegal,*
- *Casamento de conveniência.*

Esta matéria regulamentada em Portaria n.º 15/2007 de 17 de Dezembro, constitui mais um passo no uso das novas tecnologias ao serviço da justiça, pois que, se na fase embrionária o uso destes meios eram exclusivo dos profissionais forenses, assiste-se hoje em dia a um alargamento do âmbito de uso destes meios.

Sinteticamente, o processamento da queixa electrónica realiza-se da seguinte forma:

1. O cidadão regista a sua queixa no portal das queixas electrónicas²⁹ criada pelo Governo;
2. Posteriormente confirma a queixa através do e-mail que recebe e obtém a informação acerca do número da queixa que apresentou;
3. Existe depois a necessidade de confirmação da identidade da pessoa que regista a queixa, que, caso esse cidadão possua cartão de cidadão ou via CTT, pode ser feito de imediato através da Internet, caso não possua nenhum desses cartões, o cidadão tem que se deslocar a uma esquadra de PSP, GNR ou SEF, onde será confirmada a sua identidade e validada a queixa;
4. Depois de confirmada e validada a queixa, o OPC faz o seu tratamento e remete-a para a entidade competente.

Neste processo salienta-se a importância da exacta identificação do local da ocorrência, aquando do preenchimento dos dados por parte do cidadão, pois essa informação é vital para o célere e correcto encaminhamento do processo, em virtude do sistema de queixas electrónicas reencaminhar o processo por via informática à entidade territorialmente competente ao caso em concreto.

No entanto todo este processo se passa actualmente fora do sistema informático que a PSP utiliza, i.é o Sistema Estratégico de Informações.

Neste rumo de evolução, a PSP esta a caminhar no sentido de que num futuro breve, a integração de dados entre utilizadores da queixa electrónica e o Sistema Estratégico de Informações (SEI) da PSP seja automático, permitindo uma maior celeridade processual, no tratamento e encaminhamento da informação à Autoridade Judiciária.

²⁹ Disponível, entre outros, em hiper-ligação no site da PSP in www.psp.pt ou em <https://queixaselectronicas.mai.gov.pt/>.

5.3. Extensão da queixa

O art. 114.º CP refere que “A apresentação da queixa contra um dos participantes no crime torna o procedimento criminal extensivo aos restantes.”, ou seja, o nosso ordenamento jurídico-penal impede que fique na livre disposição do queixoso a escolha dos participantes num crime e contra os quais irá existir procedimento criminal. Já não assim, no caso de pluralidade de factos, pois sempre o queixoso pode escolher quais os factos que deseja ver levados a processo.

Pode acontecer que no caso de queixa contra desconhecidos, a posterior identificação do agente do crime, evidencie tratar-se de pessoa em relação à qual, o queixoso, caso soubesse, não apresentaria a sua queixa. A solução é a desistência da mesma.

6. Renúncia ao direito de queixa e desistência de queixa³⁰

Pode referir-se que a renúncia opera antes do exercício do direito de queixa, isto é, a renúncia situa-se entre o facto e o processo e extingue o direito de queixa, ainda não exercido. É exemplo a dedução do pedido de indemnização perante o tribunal civil, cfr. Art. 72.º 2 do CPP.³¹

Por seu lado a desistência funciona após a queixa, isto é, na intra-processualidade, e põe termo ao processo, extinguindo o procedimento criminal, por tornar o Ministério Público ilegítimo para a respectiva promoção processual.

³⁰ “Art. 116.º Renúncia e desistência da queixa

1 – O direito de queixa não pode ser exercido se o titular a ele expressamente tiver renunciado ou tiver praticado factos donde a renúncia necessariamente se deduza.

2 – O queixoso pode desistir da queixa, desde que não haja oposição do arguido, até à publicação da sentença da 1.ª instância. A desistência impede que a queixa seja renovada.

3 – A desistência da queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes, salvo oposição destes, nos casos em que também estes não puderem ser perseguidos sem queixa.

4 – Depois de perfazer 16 anos, o ofendido pode requerer que seja posto termo ao processo, nas condições previstas nos n.ºs 2 e 3, quando tiver sido exercido o direito de queixa nos termos do n.º 4 do artigo 113.º, ou tiver sido dado início ao procedimento criminal nos termos da alínea a) do n.º 5 do artigo 113.º.

³¹ “No caso de o procedimento depender de queixa ou de acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou de acusação particular vale como renúncia a este direito”.

A nossa lei estabelece dois requisitos para que a desistência possa ter lugar; um de natureza temporal “até à publicação da sentença da primeira instância”³² e um outro de natureza material, ou seja, é necessário a não oposição do arguido, pois a este também assistirá o direito de demonstrar no processo que a queixa era infundada e que não cometera qualquer crime.

O facto de se exigir a não oposição do arguido, leva a que no caso de comparticipação criminosa, esta apenas aproveite aos que se não lhe opuserem, ou por outras palavras, em regra “a desistência da queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes, salvo oposição destes”. Parece, pois, estar estabelecido um princípio de indivisibilidade, tal como o foi estabelecido para o exercício do direito de queixa.

Referir, ainda, que a desistência de queixa em 1.^a instância, ao contrário do que sucede na sua apresentação que não tem custos, importa o pagamento de taxa de justiça a qual será fixada entre 1 unidade de conta³³ (UC) e 5 UC, de acordo com o art. 85.º n.º 3, al. e) do Código das Custa Judiciais.

O exercício da desistência da queixa é irretratável, impedindo assim a renovação do direito de queixa, contudo, nas hipóteses em que exista mais que um titular do direito de queixa, que estejam em tempo de a apresentar podem exercer tal direito, pese embora um outro titular tenha desistido da queixa previamente apresentada, conforme se retira do n.º 3 do art. 113.º CP.

Também este n.º 4 do art. 116.º do CP é novo e foi introduzido pela reforma penal de 2007, funcionando nos casos de incapacidade previstos no n.º 4 do art. 113.º do CP (menoridade e incapacidade mental), bem como nos casos de abertura oficiosa do procedimento pelo Ministério Público a que se reporta o n.º 5 al. a) do mesmo art. 113.º CP.

³² Art. 116.º, n.º 2, CP.

³³ A unidade de conta, é calculada nos termos do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 212/ /89, de 30 de Junho, e das disposições conjugadas do art. 5.º do referido diploma, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

Assim, nos termos do n.º 2 do art. 5.º do referido diploma, entende-se por unidade de conta processual (UC) a quantia em dinheiro equivalente a um quarto da remuneração mínima mensal mais elevada, garantida, no momento da condenação, aos trabalhadores por conta de outrem, arredondada, quando necessário, para a unidade de euro mais próxima ou, se a proximidade for igual, para a unidade de euro imediatamente inferior”.

Em 1 de Janeiro de 2007, foi operada a actualização do valor da UC, com efeitos para o triénio 2007/2009, sendo fixada em 96 Euros.

7. Notas finais

Como verificamos a definição de queixa a qual como foi referido não nos é fornecida pelo legislador, ficando a cargo da Doutrina tal tarefa. Foi também visto os diversos âmbitos que o vocábulo queixa pode significar e a sua dimensão e consagração ao nível do Direito Internacional Público.

A distinção entre denúncia e queixa sendo certo que a queixa enquanto declaração de ciência, i.é, transmissão de factos, é também uma manifestação de vontade, assim se distinguindo da denúncia, porquanto esta é apenas uma declaração de ciência.

Verificamos pois as situações em que a denuncia tem carácter obrigatório e aquelas em que a denuncia é facultativa. Neste sentido a queixa é condição *sine qua non*, para a perseguição penal dos crimes semi-públicos e particulares, pois sem tal manifestação, por parte do titular do direito, o Ministério Público não tem legitimidade para o procedimento penal.

Recenseamos as três funções da queixa, sendo que por razões de política-criminal, para evitar inconvenientes intromissões na esfera de relações pessoais dos intervenientes ou até para protecção da vítima, certos crimes e correspondivo procedimento criminal deve ficar no livre arbítrio do lesado.

No aspecto da titularidade do direito de queixa, viu-se como a lei determina a pessoa que pode exercer tal direito. Como tal, a lei considera três classes de titulares: A pessoa ofendida, os sucessores e os representantes.

Nesta sede, elencam-se às alterações introduzidas pela reforma penal de 2007 no art. 113.º, N.º 2, al. a) do CP, nomeadamente a equiparação da união de facto ao casamento, mesmo quando se trate de união entre pessoas do mesmo sexo. Outrossim, a adição de um novo n.º 6 ao art. 113.º do CP numa intenção que visa reforçar a protecção e a defesa de crianças e adolescentes.

Em sede de prazo, forma e extensão da queixa – ponto 5 – no que ao prazo de exercício do direito de queixa diz respeito por uma questão de certeza jurídica o direito de queixa esta sujeito a prazos de caducidade, findo o qual se não for manifestado extingue-se³⁴.

³⁴ Neste normativo – art. 115.º do CP – da reforma penal de 2007 resultou a alteração do seu n.º 2 para corresponder ao também novo n.º 6 do art. 113.º CP, passando os anteriores n.º 2 e n.º 3 a corresponder aos actuais n.º 3 e n.º 4, respectivamente, do referido art. 115.º.

Como foi dito não se exige forma específica para expressar o direito de queixa e, que neste particular a queixa electrónica constitui inovação.

Por ultimo, no que à renúncia e desistência da queixa diz respeito – art. 116.º do CP – distinguiu-se renúncia e desistência. Verificou-se que com a reforma de 2007, foi criado no corpo deste normativo, um novo n.º 4 qual se reporta aos casos de incapacidade, previstos no n.º 4 do art. 113.º bem como os casos em que o Ministério Público officiosamente promove o processo (n.º 5, al. a) do art. 113.º do CP).

Muito obrigado!

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007.
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETE, Alexandra, *Código Penal Anotado e Comentado*, Lisboa: Quid Júris, 2008.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000.

A influência da reforma penal na acção penal¹

MARIA CÂNDIDA ALMEIDA

Procuradora-Geral Adjunta. Directora do DCIAP

O tema que me foi proposto daria, sem dúvida, para, pelo menos um dia de discussão, o que não posso fazer pois não seria mais convidada para estes Seminários e eu fico particularmente honrada por participar neles, ou, opção que faço, apresento-vos apenas algumas reflexões, que gostaria de partilhar convosco, porque a todos nós, práticos do direito, me parece interessar discuti-las pelas suas implicações na realização da justiça.

E para começar, deixem-me confessar-vos que não é tanto a reforma penal que acaba de entrar em vigor que tem influência relevante no exercício da Acção Penal mas sobretudo a que se não fez, a que não mereceu a aprovação da Assembleia da República. Na verdade, no que concerne ao chamado crime de colarinho branco, nomeadamente a corrupção e os por mim impropriamente apelidados de crimes afins, não houve reforma, não foram actualizados nem sequer reformulados os normativos respectivos, completando-se a exigência e complexidade da verificação dos elementos típicos do crime, contemplados na lei, com a dificuldade da investigação, com claros óbices e barreiras de silêncio, tortuosos caminhos dos arguidos no disfarce e lavagem do património adquirido ilegalmente. Aqui, sim, a acção penal permanece afectada por

¹ O texto que se publica corresponde à conferência de abertura do quarto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 16 e 17 de Outubro de 2008, no Instituto Politécnico de Castelo Branco, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

uma ausência de Reforma corajosa, proporcional e adequada à danosidade deste tipo de criminalidade.

Com efeito, são praticamente irrelevantes as críticas suscitadas e publicamente discutidas, relativamente à reforma penal (e estou a circunscrever-me às alterações ao Código Penal e não às leis extravagantes entretanto publicadas).

As grandes discussões e expressivas polémicas reportam-se fundamentalmente à introdução da responsabilização criminal das pessoas colectivas e à infeliz introdução do n.º 3 do art. 30.º, que contempla o concurso de crimes e o crime continuado, de cuja leitura se conclui que relativamente a bens eminentemente pessoais pode considerar-se a existência de crime continuado, desde que a vítima seja a mesma.

Exceptuando a questão de princípio de uma Justiça efectivamente preocupada com a vítima e que levaria a impedir a consagração de tal hipótese, devendo ser eliminado, o seu conteúdo não impõe a sua aplicação, sendo difícil hipotetizar uma situação de crime continuado na ofensa sistemática da mesma vítima de bens eminentemente pessoais. Pelo contrário, quem ofende sistematicamente bens eminentemente pessoais da mesma vítima deverá ver agravada penalmente a sua conduta pela indiferença e desprezo que demonstra relativamente àquela, exibindo uma perigosa desadequação e impreparação para o direito.

Por qualquer forma, e prevendo os n.ºs 2 e 3 do citado art. 30.º do Código Penal o crime continuado, como lucidamente escreve JORGE BAPTISTA FERNANDES² *“O novo n.º 3 do Art. 30.º não deve ser interpretado como dispensando, para os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais da mesma vítima, os requisitos da continuação criminosa, constantes do número antecedente. Como é óbvio, tratando-se de crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, de uma mesma vítima, só haverá crime continuado se estiverem preenchidos os requisitos do art. 30.º, n.º 2. Qualquer interpretação em sentido diverso deverá ser rejeitada”*.

Daí que no exercício da acção penal, o M.º P.º deve atentar particularmente no modo, tempo e circunstâncias em que os bens eminentemente pessoais da mesma vítima foram repetidamente violados e, por sistema, evitar acusação por crime continuado, mas sim por acumulação real de crimes, aliás conforme directiva de Sua Excelência o Senhor Procurador-Geral da República de 9/01/08, que expressamente impõe:

² “A Revisão do Código Penal: Alterações ao Sistema Sancionatório Relativo às Pessoas Singulares” in Revista do CEJ, *Jornadas Sobre a Revisão do Código Penal*, pág. 32.

“1 – A eventual subsunção jurídica dos factos apurados à figura do crime continuado, prevista pelos n.ºs 2 e 3 do Art. 30.º do Código Penal, quando se verifique a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, dependerá sempre, nos termos da lei, da verificação de circunstâncias de facto que, em concreto, devam considerar-se como aptas a justificar um juízo de considerável diminuição da culpa do arguido;

2 – Sendo assim, quando no inquérito se suscite a eventual verificação de uma situação de continuação criminosa, deverá proceder-se ao rigoroso apuramento em concreto, dos pressupostos de facto de que depende a imputação da prática de crime continuado, quer no que se refere à exigível “homogeneidade de actuação” do arguido quer no que respeita à existência de uma “mesma situação exterior”, susceptível de diminuir consideravelmente a respectiva culpa;

3 – Subsequentemente, se tais pressupostos estiverem inequivocamente apurados, os factos integradores da “continuação criminosa”, deverão ser rigorosamente descritos na acusação, não podendo esta limitar-se à afirmação conclusiva da sua alegada verificação;

4 – Caso não se revele possível, no momento do encerramento do inquérito, fundamentar, em factos concretos, a imputação da prática de crime continuado, nos termos atrás expostos, deverão os senhores Magistrados do Ministério Público abster-se de invocar esta figura jurídica, no âmbito das acusações que vierem a ser deduzidas.”

Mas, porventura, uma das mais marcantes e fundamentais reformas é a que se refere à responsabilidade criminal das pessoas colectivas, introduzida no chamado “livro sagrado”, do direito clássico, uma vez que há mais de 20 anos, no chamado direito penal secundário, se vem responsabilizando penalmente a pessoa colectiva. Mas como escreveu Nuno Brandão,³ é de “assinalar a extensão da responsabilidade penal das pessoas colectivas aos domínios do direito penal clássico ou de justiça.” O sistema, e volto a citar o mesmo autor “ tomou nítida consciência das instan-

³ “Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal”, *loc. cit.*, pág. 41 e segs.

tes necessidades de política criminal da responsabilização penal das pessoas colectivas na sociedade contemporânea e futura. Um passo preconizado pela doutrina mais credenciada e que tem atrás de si o lastro do labor legislativo, doutrinal e jurisprudencial das últimas duas décadas.”

Mesmo assim, suscitam-me algumas críticas, ainda que marginais, ao conteúdo do art. 11.º, nomeadamente:

Quanto ao n.º 2:

Questiona-se a não inclusão, no elenco de crimes susceptíveis de responsabilidade das pessoas colectivas, o do art. 284.º, “recusa de médico”, designadamente tendo em conta a actual organização empresarial da prestação de serviços médicos – por exemplo: hospitais e clínicas privadas.

Quanto ao n.º 4:

O preenchimento do conceito de “liderança” não corresponde integralmente, ficando aquém, ao conceito de “chefia” utilizado, nomeadamente, no art.º18º da Convenção Penal Contra a Corrupção, no âmbito do Conselho da Europa, aprovada e ratificada pela Resolução n.º 68/01 e Decreto 56/01, respectivamente, in D.R., 1 série A, n.º 249, de 26/X/01. Cfr. ainda art. 5.º da Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI, de 22/07/03, relativamente à luta contra a corrupção no sector privado.

Seria conveniente ajustar o conteúdo da proposta em análise às supra citadas normas com a seguinte formulação:

“Entende-se que ocupa uma posição de liderança qualquer pessoa, quer agindo individualmente ou enquanto integrando um órgão da pessoa colectiva, nesta ocupa uma posição, dominante, ou de chefia, baseada num poder de representação da pessoa colectiva, no poder para tomar decisões em nome de pessoa colectiva, ou na autoridade para exercer o controlo dentro da pessoa colectiva.”

Com efeito, não é o órgão que ocupa lugar de chefia ou liderança mas a pessoa singular, ainda que esta actue como membro de órgão da pessoa colectiva.

Quanto ao n.º 9:

A parte final do n.º 9, ao prever a responsabilidade subsidiária de quem exerce o controlo da actividade, pode abranger, não apenas aqueles que desempenham funções de representação ou direcção de pessoa colectiva, mas também funcionários intermédios, apenas responsáveis

por sectores de actividade que poderão nada ter a ver com a infracção penal praticada.

Uma outra sinalização negativa, efectuada oportunamente pelo DCIAP, refere-se ao art. 43.º, n.º 7. Com efeito, uma vez que não há coincidência entre a duração da pena de prisão aplicada (não superior a 3 anos) e o período da pena de proibição de funções (de 2 a 5 anos) pode acontecer que a revogação da proibição, a substituição por prisão (os casos do n.º 5) face ao teor do n.º 7, nenhuma consequência acarrete para o condenado. Por exemplo, se o agente é condenado a 2 anos de prisão, substituída por proibição de exercício de profissão, função ou actividade pelo período de cinco anos, se o agente viola a proibição após 2 anos de cumprimento de proibição, não há consequências, face à redacção do preceito, uma vez que não haverá qualquer remanescente de prisão a cumprir.

No art. 152.º, n.º 1, al. d), impondo sempre a coabitação, como o pressuposto de aplicação, a norma afasta aqueles que, não obstante não coabitarem com o agente, estão, por conta deste, ao seu cuidado, responsabilidade ou dependência económica, em outra habitação ou dependência. Por exemplo, os pais que, estando na dependência económica do agente, foram por este colocados a viver sozinhos em outro lugar ou habitação.

No art. 299.º, n.º 5 a delimitação do número de pessoas necessárias à promoção, fundação ou adesão a grupo, organização ou associação criminosa de 2 para 3 pessoas, para além de quebrar a unidade lógica com as organizações terroristas – de acordo com a Decisão Quadro que esteve na origem da Lei de Combate ao Terrorismo, n.º 52/03, de 22 de Agosto, o grupo terrorista exige apenas a associação de 2 ou mais pessoas – pode criar dificuldades na imputação do crime, uma vez que é perfeitamente admissível que 2 pessoas decidam fundar “associação” para cometimento de crimes, actuando concertadamente durante um certo período de tempo, contando mesmo com a colaboração de terceiros, os quais, no entanto nunca fizeram parte ou aderiram àquela associação, ou, pelo menos, não há prova dessa adesão. Quid juris?

Fica-se pela participação?

Para além desta questão, mesmo que terceiros aderissem à associação daqueles dois, nunca estes poderão ser condenados por promoverem ou fundarem associação ou organização criminosa porque são só 2 e com este número de pessoas não há grupo.

No art. 90.º B, n.º 6, para que não restem dúvidas sobre a tramitação processual, em caso de accionamento da responsabilidade subsidiária,

deveria ter-se acrescentado ao normativo o seguinte: “(...)entidade equiparada, e, na sua insuficiência, prosseguirá a execução contra os responsáveis subsidiários, se for o caso.”.

A propósito das sanções aplicadas às pessoas colectivas importa assegurar o registo centralizado de todas as condenações, por forma a permitir uma graduação da pena ajustada aos antecedentes, bem como a aplicação de pena cujo pressuposto é a prática reiterada de crimes (por exemplo: art. 90.º F).

Por outro lado, parece impor-se a previsão da possibilidade do agravamento das penas aplicadas às pessoas colectivas, em situações de paralelismo com a reincidência prevista para as pessoas singulares, no art. 75.º do CP.

Como havia afirmado, são de pequena ou até desprezível referência as críticas que me ocorre referir-vos relativamente à reforma penal com incidência na acção penal.

O que persiste como complexo e de difícil êxito é a compatibilização entre a verificação no processo dos elementos típicos do crime de corrupção, bem como a persistência de diferenciação na qualificação jurídica de actos de corrupção passiva e a eficácia e eficiência da acção penal, repito.

É aqui, nesta área essencial à densificação de um Estado de Direito democrático, que se arrasta a inoperância da acção penal (vista no seu todo, na sua unidade de investigação e despacho final/acusação) face à não reforma do Código Penal.

Vejamos:

A distinção entre corrupção para acto lícito e corrupção para acto ilícito.

Se o que importa, com a punição da corrupção, de acordo com a Constituição e respectivos princípios estruturantes, é a autonomia e a imparcialidade intencional do Estado, em nome de que princípio se diferencia entre corrupção para acto lícito e corrupção para acto ilícito, sabendo-se como é difícil, e a mais das vezes impossível, detectar e provar em pouco tempo com indícios suficientes para a acusação de que o acto é ilícito? Esta distinção tem relevância fulcral na moldura penal – prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias – se o acto for lícito, ou pena de um a oito anos se o acto for ilícito. (Cfr. art. 372.º e 373.º).

As respectivas molduras têm consequências, por sua vez, nos prazos de prescrição – 5 ou 10 anos – art. 118.º do CP.

Se se consciencializar o quão difícil e tardio é o conhecimento do crime pelo M.º P.º, a dificuldade, complexidade e opacidade inerente ao

crime de corrupção, fácil é de ver que neste tipo de crime por acto lícito a mais das vezes se verifica o arquivamento do processo, ou por dificuldades de recolha de prova ou prescrição do procedimento criminal.

E, volto a repetir, se o interesse jurídico a proteger com a criminalização da corrupção é a autonomia, imparcialidade, lealdade e transparência intencional do Estado, que sentido faz esta diferença de tratamento penal relativamente ao corrupto passivo? Aquele que recebe, sem que lhe seja devido, milhões de euros pela prática de um acto lícito merece penalização menor do que aquele que recebe 100€, sem que lhe seja devido, para cometer um acto ilícito?

Que princípio justifica esta diferença de tratamento? Se, conforme titula o Código Penal, no capítulo IV, secção I, se pretende criminalizar os actos ou omissões que integram crimes de corrupção cometidos no exercício da função pública, não seria de anular a distinção entre corrupção para acto lícito e a corrupção para acto ilícito, remetendo-a para a medida da pena a aplicar? Aí talvez o Estado perseguisse o crime e pros-seguisse a Justiça com mais acuidade, celeridade e equidade, com resultados mais positivos na dignificação do Estado e do órgão de soberania Tribunais.

Por outro lado, permanece o sinalagma ainda que imperfeito entre o acto e a promessa ou dádiva como elemento típico do crime, É certo que no art. 373.º, n.º 2, do CP já se prevê a criminalização das “prendas” de pessoas que perante o funcionário tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções públicas, mas a moldura penal, perdoem-me a expressão, é ridícula – prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

A permanência intocada destes preceitos ignora a realidade e os meandros profundos dos negócios ilícitos, dos actos corruptos e das actuações tipo “máfia”, que seriamente perpassam já na nossa sociedade. A alta corrupção não se traduz num “toma lá dá cá”. É muito mais sofisticado e trabalha a médio e longo prazo. Hoje, o corruptor oferece uma viagem à volta do mundo, um carro de milhares de euros, umas férias de sonho. Quando este funcionário ou político vai praticar o acto já não demanda sequer um qualquer contacto concreto e específico. O pacto de convívência, compadrio e silêncio basta! Aqui está o meu amigo a quem tenho de agradecer a sua generosidade e simpatia. Defere-se o pedido, ainda que à custa do princípio da igualdade de oportunidades de todos os cidadãos perante a lei.

Pode inverter-se o cenário com o mesmo resultado.

Actos de corrupção sucessivos e, um dia, sem palavras ou sequer encontros, o agente corrupto recebe a sua “cesta dos ovos de ouro”.

Na era da globalização, volta a estar na moda o processo Al Capone que não pedia, prometia ou dava vantagem patrimonial por um acto ilícito (ou lícito) ao agente da autoridade, magistrados ou altos funcionários, sem que a estes lhes fosse devida tal vantagem.

Disponibilizava generosas avenças mensais, para todos aqueles agentes de autoridade de que dependia a sua vida criminosa e não lhes pedia nada em cada caso concreto. No momento certo, o polícia não via, o juiz absolvía, o director-geral deferia o pedido.

Deste modo, os resultados eram os mesmos, o investimento o mesmo e, se porventura, recolhidas eventualmente provas contra o agente corrupto, muito provavelmente este poderia ser condenado apenas em multa porque não se provou ter praticado qualquer acto lícito ou ilícito concreto que, ainda que remotamente, se possa ligar ao recebimento das verbas anteriormente ofertadas. Eram apenas prendas! Simpatia.

Aqui sim, aqui a reforma penal deveria revestir e reflectir um acto de coragem demonstrativa da vontade de lutar contra este tipo de criminalidade.

Mas, não se passou nada. Fica tudo como dantes.

O mesmo relativamente às fortunas inexplicáveis, rápidas e muito significativas de quadros superiores da Administração Pública e de políticos do poder local ou central.

Declaram um património no Tribunal Constitucional conforme aos seus padrões de vida normal com um vencimento mensal normal e, sem se saber como, constata-se um dia que o seu património se multiplicou inexplicavelmente em poucos anos de “Função Pública” *latu sensu*.

Isto não é enriquecimento ilegítimo? É inconstitucional que aquele agente que deve identificar no início das suas funções o seu património não o explique depois se anormalmente acrescido no termo das suas funções públicas, consabidamente mal pagas?

São, nomeadamente, estes os grandes problemas com que a acção penal se confronta e se ficam a dever à não Reforma Penal espectacular.

Acrescem a estas dificuldades algumas das alterações ao CPP, nomeadamente a questão do segredo de justiça, agora intercomunicado com o prazo do inquérito.

Mas não quero maçar-vos mais, até porque é amanhã a jornada dedicada ao CPP.

Fico-me então por aqui, agradecendo a vossa atenção.

As garantias de defesa do arguido¹

ANA RAQUEL CONCEIÇÃO

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Docente da Universidade Lusitana do Porto

Cumprimentos e Agradecimentos

Tendo sido convidada para intervir no âmbito das garantias de defesa do arguido irei circunscrever a minha intervenção em algumas reflexões no que concerne à referência constitucional das referidas garantias e a sua repercussão no que concerne aos meios de obtenção da prova que implicam a restrição de direitos fundamentais, em especial a consequência adjectiva do desrespeito pelos ditames constitucionais.

1. A referência Constitucional (artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa)

A nossa lei fundamental estabelece logo no seu artigo 18.º, n.º 2, a possibilidade de restrição dos direitos, liberdades e garantias. Porém, esta só poderá operar quando a Constituição assim o preveja e devendo limitar-se ao estritamente necessário para a salvaguarda de outros direitos fundamentais. Daqui resulta, desde logo, o Princípio da necessidade e da intervenção mínima, pois a restrição de direitos fundamentais tem um carácter excepcional e só ocorrerá quando a Constituição o preveja e na esteira da protecção de

¹ O texto que se publica corresponde à Conferência proferida pela Autora no quinto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 13 e 14 de Novembro de 2008, no Instituto Superior Politécnico de Viseu, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados². Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira³, o regime de restrição de direitos fundamentais previsto no n.º 2 do artigo 18.º CRP, depende de vários pressupostos materiais e de requisitos inerentes à própria lei ordinária, salientando-se os mais importantes: a restrição deve estar expressamente prevista na Constituição; a restrição deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁴; deve limitar-se ao estritamente necessário, ser proporcional e adequada⁵ e não pode levar à destruição do direito fundamental em causa.⁶⁻⁷

Dispõe o número 1 do artigo 32.º da CRP: *O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*. Este preceito constitucional é a cláusula geral das garantias de defesa do arguido, ou seja, estão aqui englobadas todas as garantias do arguido decorrentes do princípio da protecção global e completa dos seus direitos de defesa em

² Por força do Princípio da Universalidade, todos os cidadãos gozam de todos os direitos e estão sujeitos aos deveres previstos na Constituição – artigo 12.º CRP – logo, a restrição aos direitos constitucionalmente consagrados tem um carácter excepcional.

³ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª edição revista, Coimbra 1993, páginas 148 e seguintes.

⁴ O que implica a motivação da restrição com referência expressa ao outro interesse constitucional que se pretende proteger. *Ult. Ob.Cit.* página 151.

⁵ Exigências que serão analisadas com maior pormenor *infra*.

⁶ Neste âmbito os autores referidos defendem uma teoria mista, no que concerne à delimitação do núcleo essencial do direito fundamental: “(...) a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos (...) para que não ocorra uma aniquilação do núcleo essencial, devendo existir um resto substancial de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua utilidade constitucional.” *Vide Ult. Ob. Cit.* página 154.

⁷ Neste sentido RAUL SOARES DA VEIGA, estabelece 5 tópicos para aferir da legitimidade da intervenção: “(...) 5 tópicos, com base nos quais nos parece que não-de considerar-se fundadas as referidas restrições ético-sociais que tornam ilegal a prática de actos, diligências ou medidas processuais penais restritivos de direitos fundamentais: a) desnecessidade da compressão de certo bem; b) se o bem ofendido for da mesma natureza, não se há-de permitir uma lesão de grau igual ou superior; c) em especial, se o ofendido não for da mesma natureza, a ponderação de bens há-de ter em conta que o bem ofendido é um bem pretérito, já lesado, enquanto que o bem a lesar através da medida processual ainda não foi comprimido; isto implica uma degradação do valor do bem pretérito; d) entre dois bens a sacrificar alternativamente, há que escolher o de menor gravidade; in dubio contra violação de direitos fundamentais; e) não se tem, no entanto, de optar por meios processuais de eficácia duvidosa – pode escolher-se o único meio eficaz –, excepto em casos de bagatelas penais.” *In Jornadas de Direito Processual Penal e direitos Fundamentais, O Juiz de Instrução e a Tutela de direitos Fundamentais*, Almedina 2004, página 188.

processo penal, salientando-se assim que estão salvaguardadas as referidas garantias mesmo que não referidas nos restantes números do artigo 32.º CRP. Este n.º 1 é fonte autónoma de garantias de defesa.

Atendendo à desigualdade que *ab initio* se verifica entre a acusação e a defesa, as garantias de defesa do arguido serão mecanismos que permitem a sua atenuação.⁸

Como se denota são garantias de defesa do arguido, o que significa que apenas são outorgadas quando exista este sujeito processual. Porém com isto não se entenda que apesar de não ser arguido o suspeito não possui qualquer protecção dos seus direitos fundamentais. A protecção que possui é a que todos nós possuímos enquanto membros de um Estado de Direito, tal como resulta da alínea b) do artigo 9.º da CRP. Porém, a Lei Fundamental dedica quase todo um artigo a consagração clara e inequívoca das garantias de defesa do arguido.⁹

Esta nossa estrutura de Estado consagra o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos, conforme resulta do artigo 12.º da CRP e, nesta esteira, a restrição de direitos fundamentais poderá operar, mas sempre respeitando as regras constitucionais. Os princípios estruturantes da nossa sociedade e do Estado impõem limites inclusivamente em sede de consentimento do titular, na restrição dos seus direitos fundamentais. Uma vez que, em certos direitos fundamentais o consentimento do seu titular na sua restrição é inválido e ineficaz, face à situação de desigualdade que existe entre o Estado – representado pelas instâncias formais de controlo – e o titular dos direitos fundamentais – o indivíduo –, a prestação do consentimento não é efectuada de uma forma livre e válida.¹⁰ O consentimento na restrição de direitos fundamentais

⁸ Assim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ult. ob.cit., página 516: “*Em «todas as garantias de defesa» engloba-se indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa, só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas.*”

⁹ Apesar da epígrafe do artigo 32.º da CRP, consagrar Garantias de Processo criminal, à excepção do seu número 7 onde se assegura a possibilidade do ofendido poder participar no processo penal, todo o seu conteúdo é pensado e visa o arguido.

¹⁰ Neste sentido COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, reimpressão 2004.

¹¹ Neste sentido JOÃO CONDE CORREIA, *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?* in Revista do Ministério Público n.º 79, ano 20 Julho-Setembro de 1999, página 53. “*Desde logo porque os direitos fundamentais, para além de uma*

tem uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, sendo esta última dirigida à protecção da estrutura e princípios basilares da sociedade onde vivemos.¹¹

Tal como refere Figueiredo Dias, o direito processual penal não é mais do que *direito constitucional aplicado*¹². Assim, sempre que no decurso do processo penal se verifique uma intromissão nos direitos fundamentais do arguido, como vimos direitos constitucionalmente garantidos, terá de se verificar uma estrita e minuciosa regulamentação legal nessa intromissão, que não poderá importar a eliminação do núcleo essencial dos direitos afectados. Assim, por força desta íntima relação entre o direito processual penal e o direito constitucional, resulta o princípio da proibição de provas obtidas com a restrição de direitos fundamentais consagrado no n.º 8 do artigo 32.º e 34.º n.º 4 ambos da C.R.P, transposto na lei ordinária, no artigo 126.º CPP.¹³

Mas, neste momento, concentremo-nos nas garantias constitucionais positivadas no referido artigo 32.º CRP.

No próprio n.º 1 do referido artigo há uma referência expressa ao direito ao recurso. Trata-se da consagração do direito ao contraditório, ou seja, a garantia que o arguido tem de ver, sempre, a questão reapreciada por um Tribunal Superior.

No n.º 2 consagra-se o tão conhecido princípio da presunção da inocência do arguido e o seu corolário do *in dubio pro reo*. Desta garantia de defesa resulta que não pode haver inversão do ónus da prova contra o arguido e ainda que quando o julgador tiver dúvidas sobre a

dimensão subjectiva de matriz liberal, garantidora do cidadão face ao poder do estado, têm hoje uma dimensão objectiva, enquanto valores ou fins estruturantes de determinada comunidade, essenciais à sobrevivência do estado de Direito.”

¹² FIGUEIREDO DIAS, Clássicos Jurídicos, Direito Processual Penal, 1.ª Ed. 1974, reimpressão, Coimbra 2004, página 74, citando Henkel.

¹³ Na lei ordinária este princípio encontra-se concretizado no artigo 126.º do CPP, no qual se prevê a proibição absoluta na utilização de métodos restritivos de direitos fundamentais irrestringíveis e a proibição relativa na utilização de métodos restritivos de direitos fundamentais restringíveis. Onde a diferença não está ao nível da consequência da sua utilização, mas está antes na possibilidade ou não dos direitos fundamentais poderem ser restringidos. Assim, se no âmbito da obtenção de prova, se restringem direitos fundamentais irrestringíveis – aqueles que se prendem directamente com a dignidade humana, como a integridade física e moral das pessoas – ou se restringem direitos fundamentais restringíveis – aqueles que se prendem indirectamente com a dignidade da pessoa humana, como a reserva da vida privada ou nas telecomunicações – fora dos casos em que essa restrição é admissível, a prova obtida é nula, nos termos do n.º 1 do artigo 126.º, esses métodos originarão sempre uma nulidade de prova.

responsabilidade do arguido terá sempre de decidir em seu favor. Está assim associado ao princípio *nulla poena sine culpa*.

Porém, o referido princípio, que obriga a que o arguido se presuma inocente até ao trânsito em julgado da decisão final condenatória, não inibe a restrição de direitos fundamentais ao arguido no decurso do processo penal. Em concreto aplicação de medidas de coacção ou a utilização de certos meios de obtenção da prova como a apreensão de correspondência, os exames, as revistas, as buscas e a intervenção nas suas formas de comunicação. Tal admissibilidade não prejudica o referido princípio pois, a sua aplicação é imposta pelo juízo de harmonização sempre presente no processo penal, onde em certos momentos do mesmo prevalece a paz e segurança comunitárias e a investigação criminal, face à referida presunção de inocência.

Um outro corolário do referido princípio é o direito a um processo célere o que significa portanto, que a celeridade processual terá de se coadunar com as garantias de defesa do arguido. A pretensão é de não protelar medidas processuais que contendem com os seus direitos fundamentais.

O n.º 3 do referido artigo consagra o direito do arguido a um defensor. Esta garantia outorga ao arguido a garantia de ser assistido, sempre que o pretenda, por defensor, sendo certo que em certos actos processuais a presença do advogado é obrigatória, mesmo que o arguido não pretenda essa assistência. Como é o caso do primeiro interrogatório, o debate instrutório, o julgamento, entre outros actos processuais. No essencial, diligências que podem alterar a posição que o arguido possui no processo penal.

Uma outra garantia de defesa estabelecida na Constituição é o princípio da judicialização da instrução, cujo conteúdo consiste em atribuir ao juiz a gestão dos direitos fundamentais. Ou seja, todos os actos processuais que colidam com os direitos fundamentais do arguido terão de ser autorizados ou ordenados pelo juiz. É este o *juiz das liberdades*. Ele pode delegar nos outros sujeitos processuais a prática de actos processuais desde que não se prendam com direitos fundamentais (n.º 4 do artigo 32.º da CRP)

Esta garantia constitucional tem a sua referência ordinária adjectiva em vários artigos, desde medidas de coacção, meios de obtenção da prova, primeiro interrogatório, etc, mas a sua referência é sem dúvida o artigo 268.º CPP, na caracterização do elenco dos actos da competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal. O que significa que, mesmo em sede de inquérito, cujo dominus é o Ministério Público, é o juiz a entidade que os pode praticar ou ordenar.

O Ministério Público apesar de ser uma magistratura subordinada a critérios de legalidade e objectividade é um órgão do Estado, sob a dependência hierárquica do Procurador-Geral-da-República. Assim, e nas palavras de Raul Soares da Veiga “(...) *os magistrados do Ministério Público não oferecem, portanto, nem à luz da Constituição nem em termos sociais, as mesmas garantias de isenção e de respeito pelos direitos fundamentais que os Juízes de Direito. (...) Os magistrados do Ministério Público têm, pois, um distanciamento e uma imparcialidade bem menores do que os Juízes.*¹⁴

O n.º 5 do artigo 32.º consagra o Princípio do acusatório. Uma garantia de defesa do arguido na medida em que impõe que a entidade que acusa tenha, necessariamente, de ser diferente da entidade que julga. Ou seja as diferentes fases que compõem o processo penal terão de ser dirigidas por entidades distintas, uma espécie de demonstração adjectiva do Princípio da separação de poderes. Porém, a referida estrutura do processo penal exige ainda que o juiz controle a actividade de investigação tendente à sujeição da causa ou não a julgamento. Daí a ratio da fase da instrução – comprovação judicial da decisão de sujeitar ou não o arguido a julgamento. Mas sem nunca se descurar a exigência constitucional de garantia do contraditório.

No n.º 6 consagra-se, entre outras, a possibilidade do arguido ser julgado na ausência. Realça-se que tal possibilidade pressupõe que o arguido tenha sido regularmente notificado, e não queira ou não possa assistir à audiência de discussão e julgamento. Porém o julgamento na ausência tem de se coadunar com os direitos de defesa do arguido, ou seja, *o direito deste prestar declarações até ao encerramento da audiência, direito a requer que seja ouvido em segunda data, o direito à notificação da sentença e o direito a recurso, o direito de requerer e consentir que a audiência tenha lugar na sua ausência, o direito a defensor.*¹⁵

O n.º 8, quanto a nós, é uma das mais importantes garantias de defesa do arguido. É a consagração constitucional da proibição de todo os meios de obtenção de prova que colidam com a dignidade da pessoa humana, ou que ultrapassem a linha legitimadora da admissibilidade de restrição de direitos fundamentais na busca da verdade material.

Utilizando as palavras de Helena Mourão: “*As proibições de prova constituem não só instrumentos de protecção de direitos individuais, mas*

¹⁴ RAUL SOARES DA VEIGA, *ult.ob.cit.*, páginas 190 e 191.

¹⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ult.ob.cit.*, página 523.

também de interesses de carácter supra individual, representados pelo Estado e pela comunidade, que ultrapassam a esfera jurídica do arguido, e que, enquanto valores de Estado de direito, consubstanciam barreiras à busca da verdade.”¹⁶

A Constituição selecciona os direitos fundamentais cuja violação origina proibição de prova: direito á integridade pessoal, reserva da vida privada e à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações.

Quanto a nós a referida norma divide-se em duas partes, os direitos fundamentais irrestritíveis e os direitos fundamentais restritíveis para efeito de prova. Porém, o desrespeito é o mesmo: a proibição de prova. Ou seja, quer se restrinjam direitos fundamentais irrestritíveis, quer se restrinjam direitos fundamentais restritíveis para além da autorização constitucional, a consequência é a prova obtida ser proibida e não puder ser utilizada, ou seja, são de valoração proibida.

2. A consequência adjectiva do desrespeito pelos ditames constitucionais (o artigo 126.º do CPP)

De forma a consagrar as disposições normativas constitucionais referidas, no direito ordinário adjectivo, o legislador estabelece, no seu artigo 126.º CPP, os métodos proibidos de prova. Todavia, ao nível por exemplo da inviolabilidade das telecomunicações estabelece-se uma ressalva, ou seja, serão válidas as provas obtidas mediante a violação do referido direito fundamental, nos casos previstos na lei penal adjectiva ou desde que haja consentimento do seu titular¹⁷. Pelo contrário, em relação aos direitos fundamentais que decorrem directamente da pessoa humana (vida, integridade física e moral), a sua restrição é absolutamente proibida, inexistindo qualquer ressalva e as provas obtidas com base nessa restrição são provas proibidas ou inadmissíveis (artigo 126 n.º 1 e n.º 2 CPP)¹⁸,

¹⁶ HELENA MOURÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro, 2006, Coimbra editora, página 585,

¹⁷ Artigo 126.º n.º 3: “**Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem consentimento do respectivo titular.** Negrito nosso

¹⁸ Mesmo que exista consentimento do titular. Ou seja, nem sempre o consentimento é válido e produz efeitos, pois há certos direitos fundamentais que, como se

tratando-se pois, de *direitos fundamentais insusceptíveis de restrição para efeito da prova*.¹⁹

Esta diferença de regime legal faz com que a doutrina não seja uníssona.

Assim, torna-se imprescindível estabelecer, em primeiro lugar, qual a interpretação mais correcta, à luz dos ditames constitucionais, a realizar deste artigo 126.º do CPP, aferindo da relação existente entre este artigo 126.º e o regime jurídico das nulidades processuais penais previstas nos artigos 118.º a 123.º do CPP.

O Título V do livro II do CPP estabelece o regime das invalidades neste direito adjectivo. Estas podem assumir um de três tipos: as nulidades insanáveis – as que correspondem às infracções mais grave –, estão previstas no artigo 119.º CPP, são insusceptíveis de validação e devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento; as nulidades sanáveis, logo dependentes de arguição – que correspondem às infracções com um grau médio de gravidade –, estão previstas no artigo 120.º CPP e têm de ser arguidas dentro de determinados prazos, sob pena de se sanar o vício, podendo ainda o mesmo vício ser sanado pela decorrência de determinados eventos, nos termos do disposto no artigo 121.º CPP; e as irregularidades – as infracções mais leves, por regra de natureza formal –, previstas no artigo 123.º CPP, são a regra geral das invalidades no nosso regime processual penal (por força do disposto no artigo 118.º n.º 2 CPP), podendo ser sanadas com o decurso de um curto espaço de tempo. Trata-se do sistema *semi-taxativo* de invalidades adoptado pelo nosso legislador.²⁰

traduzem em valores ou fins estruturantes da sociedade e do Estado, não estão na livre disponibilidade do seu titular.

¹⁹ AUGUSTO MEIREIS, *O Regime Das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Almedina, 1999, páginas 189 a 192.

²⁰ Assim, JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Boletim da faculdade de direito de Coimbra, Studia Iuridica n.º 44, Coimbra Editora 1999., página 194: “(...) o legislador português não consagrou um sistema taxativo puro. Ao lado dos casos mais graves, enumerados de forma expressa e restritiva, estabeleceu uma cláusula geral válida para as restantes situações. Apesar da linguagem utilizada existe, portanto, uma excepção ao regime da taxatividade. Nos casos mais leves, justamente onde a enumeração das causas de nulidade é mais difícil devido à sua pluralidade e heterogeneidade, a invalidade pode ser declarada, mesmo na ausência de cominação legal expressa.”

Tomando em consideração o que dispõe o n.º 3 do referido 118.º CPP, somos levados a concluir que o regime geral das nulidades que acabamos de referir não será o regime que prevalecerá em sede de proibições de prova. Neste âmbito existe um regime especial que se aplica às regras relativas às proibições de prova – o artigo 126.º CPP Como refere PAULO SOUSA MENDES: “*Bem vistas as coisas, o legislador criou pelo menos um regime especial, a saber: as nulidades do artigo 126.º CPP.*”²¹

Este artigo 126.º, como já referimos, é a concretização do comando constitucional ínsito ao n.º 8 do artigo 32.º da CRP, o qual estabelece que o desenrolar do processo penal, no que concerne às formas de obtenção de prova não pode ficar viciado com o atropelo aos direitos, liberdades e garantias. Assim, dispõe este comando ordinário, nos seus n.º 1 e n.º 2 (consistindo o n.º 2 num elenco exemplificativo do n.º 1), que são nulas, *não podendo ser utilizadas*²², todas as provas que atentem contra os direitos que decorrem directamente da pessoa humana (ou seja as provas que comportem tortura, coacção, em geral ofensa à integridade física e moral das pessoas). Esta estatuição é absoluta, ou seja, basta estarmos perante uma prova obtida mediante os meios referidos, que a sua consequência imediata é ser declarada nula, não podendo ser utilizada.

O n.º 3 deste artigo 126.º CPP consagra que *são igualmente nulas* as provas obtidas mediante *intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem consentimento do seu titular*. Repare-se que, aqui, a nulidade só se verifica se inexistir consentimento do titular, o que permite que uma prova seja válida, mesmo com intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas

²¹ PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, página 147. No mesmo sentido, JOÃO CONDE, *Contributo...*, páginas 156 a 161, onde defende existir uma *autonomia técnica das proibições de prova*.

²² Esta expressão pretende traduzir a proibição de valoração destas provas, a sua valoração só é permitida nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, ou seja, para iniciar um processo criminal contra os agentes que utilizaram este meio de prova proibido. A sua valoração e utilização só são legais e legítimas como meio de participação criminal contra os agentes – magistrados, O.P. C., advogados, ou particulares – pela prática do crime correspondente ao uso dos métodos proibidos de prova. “*O artigo 126.º, n.º 4, CPP sin-tetiza, pois, o ideário do Estado de direito*”, PAULO DE SOUSA MENDES, *ul.ob.cit*, página 154. Nisto se distinguem das nulidades insanáveis, pois estas não podem ser utilizada para efeito algum.

telecomunicações, desde que o titular do direito consinta nessa intromissão. Este regime jurídico, diferente dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, deve-se ao facto de que, aqui, os direitos fundamentais em questão não se prendem directamente com a dignidade da pessoa humana, trata-se de direitos disponíveis e, portanto, restringíveis. Todavia a sua importância não fica aquém dos direitos fundamentais previstos nos números anteriores, simplesmente, quer a Constituição (através do artigo 32.º n.º 8), quer a lei ordinária (através do comando em questão) possibilitam a restrição desses direitos nos termos previstos na lei. Logo, se existir a restrição desses direitos fora dos termos previstos na lei, estamos perante a nulidade do n.º 1 do artigo 126.º, ou seja, são nulas as provas, não podendo ser utilizadas. A nulidade do n.º 3 é a mesma do n.º 1 do artigo 126.º CPP.²³

²³ Neste sentido, AUGUSTO MEIREIS, In, *O regime das Provas...*; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo penal, 2.ª edição, vol.II, Lisboa, 1999*; PAULO SOUSA MENDES, *As proibições de prova...*; JOÃO CONDE CORREIA, *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?* in Revista do Ministério Público n.º 79, ano 20 Julho-Setembro de 1999, página 65.

Em sentido completamente oposto, MAIA GONÇALVES, “Meios de Prova” in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, páginas 194 e 195: “Trata-se em meu entendimento, de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas: enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta insanável e de conhecimento oficiosa, que embora não esteja consagrada como tal no artigo 119.º o está neste artigo 126.º, através da expressão imperativa não podendo ser utilizadas, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119.º ou em qualquer outra disposição da lei. Em relação a esta últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3, a lei atendeu de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio *volenti non fit injuria*. Aqui se incluem, designada-mente, além dos meios expressamente referidos, o uso de microfones para registo não autorizado de conversas e as fotografias sem consentimento das pessoas fotografadas em privado.”.

Do nosso texto se poderá retirar que discordamos em absoluto desta argumentação. Uma vez que não é pelo facto de a lei exigir, para além da violação do direito fundamental, a inexistência do consentimento do seu titular, que a consequência jurídica que advém dessa violação será diferente daquela em que a lei prescinde do consentimento para a estabelecer. A diferença, como referimos, prende-se com a distinta ligação que o direito fundamental, que se pretende proteger com a proibição, tem com a dignidade da pessoa humana, ou seja, com a (in) disponibilidade dos direitos fundamentais, que, por possuírem essa natureza jurídica, merecem, sempre, a mesma protecção. Não há direitos fundamentais, mais fundamentais e menos fundamentais, existem simplesmente direitos fundamentais.

A esta proibição de produção e valoração de provas está intimamente relacionado o problema do *efeito-à-distância*. Também conhecido pela Teoria da Árvore Envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*²⁴). Podemos defini-lo como a transmissão da proibição de valoração do método proibido de obtenção de prova a todos os meios de prova que através dele são obtidos.

Não querendo aprofundar o tema, por uma mera questão de tempo, referimos apenas que o efeito-à-distância tem como finalidade primordial, no seio da temática das provas, a protecção dos direitos fundamentais do arguido, inclusivamente os direitos fundamentais de índole processual penal que o nosso legislador constitucional lhe outorga, tais como o princípio da presunção da inocência²⁴, o princípio do contraditório, o princípio da jurisdicionalização da instrução e de todos os actos processuais que se prendam com direitos fundamentais, melhor, o princípio da

²⁴ Esta teoria surge pela primeira vez no caso *Silversthorne Lumber Co vs United States* (1920), contudo a expressão só aparece na sentença do processo *Nardone vs United States* (1939). Por curiosidade, em ambas as decisões judiciais, os meios de obtenção de prova proibidos eram escutas telefónicas ilegais. Nestas sentenças, estabeleceu-se a impossibilidade de valoração das provas mediatas, ou seja, aquelas que tinham sido obtidas através das provas conseguidas pela escuta telefónica ilegal; porém, teria de ser o arguido a provar a ilicitude do meio de obtenção de prova. Segundo a sentença: “*In practice this generalized statement may conceal concrete complexities. Sophisticated argument may prove a casual connection between information obtained thought illicit wire-tapping and the Government’s proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint. A sensible way of dealing with such a situation-fair to the intendment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law-ought to be within the reach of experienced trial judges. The satisfaction that wire-tapping was unlawfully employed. Once that is established as was plainly done here-the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin.*” Negrito nosso. Este excerto consta da obra de Elena Martínez García, *Eficácia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 abril)*, editora tirant lo blanch, Valencia 2003, página 73.

²⁵ Uma vez que, por força do n.º 2 do artigo 32.º da CRP a presunção da inocência só poderá ser ilídida através da recolha de um conjunto de meios de prova que permitam a convicção ao juiz da prática do facto por parte do arguido. Mas, não serão todos os meios de provas ou todas as formas para os obter, mas apenas aqueles que são constitucionalmente válidos, ou seja aqueles que não limitam os seus direitos fundamentais, ou se o fazem, estão dentro dos limites estabelecidos na lei. Caso contrário o arguido é ainda um presumível inocente.

protecção global e completa dos seus direitos de defesa. Daí que, ao analisar-se o âmbito de aplicação do presente instituto, através da criação de excepções à sua aplicabilidade, nunca nos podemos esquecer que em causa está o que de mais importante existe num Estado Democrático de Direito: o respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo.

Outra questão, mas que nos obrigaria a preparar uma outra conferência, é saber como coadunar o direito ao silêncio do arguido, quanto a nós uma importante garantia de defesa, com os meios de obtenção de prova de carácter dissimulado ou oculto, como é o caso das escutas telefónicas?

Pois não esqueçamos que o direito ao silêncio do arguido não é apenas o direito que lhe assiste em não prestar declarações, o seu conteúdo é mais amplo, ou seja, é o direito que qualquer pessoa tem de não produzir prova contra si mesma, a expressão latina: *nemo tenetur se ipsum accusare*. Mas se assim é como se legitimam os referidos meios de obtenção de prova?

Resposta que, como referi, nos obrigaria a proferir uma nova conferência. Quem sabe numa outra oportunidade.

3. Conclusões

O processo penal português, em obediência à nossa Lei Fundamental, possui uma estrutura essencialmente acusatória, o que importa a coexistência de finalidades distintas e antagónicas. São elas: a descoberta da verdade material, o restabelecimento da paz e tranquilidade públicas e a protecção dos direitos individuais. Assim, a função do legislador e do intérprete consiste na conquista da *concordância prática* destes interesses em conflito. É no livro da prova, em especial, dos meios de obtenção de prova, que esta árdua tarefa tem, constantemente, de ser efectuada, de forma a serem respeitadas as bases do nosso Estado de Direito Democrático.

Hoje existe um novo equilíbrio entre os fins do processo penal, devido ao novo tipo de criminalidade, oriunda da sociedade globalizada, da *sociedade do risco*. Um novo equilíbrio que importa um maior sacrifício dos direitos fundamentais de forma a dotar a investigação de meios mais eficazes, face aos perigos e ameaças decorrentes desta nova criminalidade. Porém, o legislador terá de estabelecer até onde poderá existir essa restrição e terá de delimitar o núcleo essencial do direito fundamental que jamais poderá ser afectado. Em qualquer actuação dos Estados na concretização deste novo equilíbrio há uma barreira intransponível: o respeito pela iminente dignidade da pessoa humana.

4. Bibliografia

- AUGUSTO MEIREIS, *O Regime Das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina, 1999
- COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- ELENA MARTÍNEZ GARCÍA, *Eficácia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 abril)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, *Clássicos Jurídicos, Direito Processual Penal*, 1.^a Ed. 1974, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, 2.^a Edição, vol.II, Lisboa, Verbo, 1999.
- GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.^a edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- HELENA MOURÃO, “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro, Coimbra Editora, 2006.
- JOÃO CONDE CORREIA, “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8, 2.^a parte da CRP)?” in *Revista do Ministério Público* n.º 79, ano 20 Julho-Setembro de 1999.
- , *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais Penais*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, *Studia Iuridica* n.º 44, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- MAIA GONÇALVES, “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1995.
- PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal” in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.
- RAUL SOARES DA VEIGA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

O segredo de justiça na revisão de 2007 do CPP e do CP¹

MÁRIO FERREIRA MONTE

Doutor em Direito
Professor na Escola de Direito
da Universidade do Minho

Começo por dizer quanto é do meu agrado partilhar convosco, neste momento, a honra de fazer o encerramento em termos científicos desta tão interessante jornada de trabalho.

De facto, não quero entrar no tema sem deixar aqui duas palavras breves, mas que me parecem importantes, para, digamos, sublinhar a importância que tem uma sessão destas quando, na mesma sala, estão reunidas pessoas que representam interesses e sensibilidades tão diferentes mas ao mesmo tempo que se complementam tanto. Por um lado, os académicos, normalmente com os seus contributos mais teóricos; por outro lado, os profissionais forenses, como os magistrados judiciais e do ministério público e os advogados e, também, em grande número, membros dos órgãos de polícia criminal. Estou convencido que não pode ser de outro modo que se pode discutir um diploma que entra agora em vigor e que tem, como todos sabem, importância capital.

¹ Conferência de encerramento do primeiro Seminário das *Jornadas sobre Reforma Penal e Processual Penal*, ocorrida nos dias 13 e 14 de Maio de 2008, na Universidade do Algarve, em Faro, organizada pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna. Este texto resulta da transcrição da comunicação. Apenas se aprimorou ligeiramente a redacção, do ponto de vista formal, procurando-se, no entanto, deixar intocado o tom coloquial com que foi proferida.

Refiro-me ao Código de Processo Penal, mas também, porque este seminário teve como base o direito penal substantivo, o Código Penal. Só trocando impressões com pessoas que partilhem experiências diferentes todos os dias é que podemos contribuir positivamente para o avanço da ciência e da resolução prática dos casos jurídicos. Caso contrário, se nos mantivermos entre muros, o resultado pode ser de facto menos bem sucedido. Este tipo de iniciativas é, só por isso, de saudar e, para mim, é honroso estar aqui a partilhar modestas, muito modestas, palavras e ideias sobre o segredo de justiça.

De resto, o que vou dizer não é “segredo” porque já o disse algumas vezes. Quando me foi proposto cá vir não hesitei em aceitar o tema justamente porque já não era a primeira vez que o abordava e inclusivamente sobre ele havia escrito duas ou três vezes. Também é sabido de alguns dos presentes que estará para breve, espero mesmo que seja para muito breve, a publicação de um livro sobre o segredo de justiça no processo penal, fruto de uma investigação que tive o privilégio de iniciar na Alemanha. E, portanto, vou aqui apenas deixar uma pálida ideia do que posso partilhar convosco, porque será muito pouco como poderão constatar, sobre o segredo de justiça.

Antes propriamente de entrar nas alterações que o Código de Processo Penal e o Código Penal trouxeram sobre esta matéria – que são muito importantes e que de, um modo geral, saúdo na pessoa do Sr. Secretário de Estado, ainda que possam não colher a adesão de todos, em todos os seus nós problemáticos, o que tentarei explicar –, queria, antes disso, fazer um pequeníssimo, mas considero que muito importante, enquadramento desta matéria. Sobretudo porque vejo na assistência muitos jovens estudantes e cadetes da Polícia de Segurança Pública que provavelmente não terão ainda a formação jurídica desejável para entender de imediato este tema e, por isso, parece-me importante fazer esse enquadramento.

Normalmente, costuma dizer-se que quando o processo penal, nos diversos países, é de estrutura acusatória – não vou aqui discorrer muito sobre isto, mas é só para ficarem com uma pequena ideia –, é normalmente público e oral, e quando é de estrutura inquisitória, vem a ser, em regra, secreto e escrito. E, de facto, tem sido assim ao longo da história. Em diversos períodos, não só em Portugal e em outros países por essa Europa fora, sempre que temos no processo uma estrutura acusatória que é uma estrutura, digamos assim para facilitar o conhecimento dos conceitos, que assenta basicamente na ideia de processo de partes, que é mais

partilhada ao jeito do processo civil, em que normalmente se apresenta uma parte contra a outra, e em que o juiz tem um papel residual, praticamente de árbitro, estrutura em que, portanto, as partes estão em confronto uma com a outra, sempre que assim sucede o processo é público e oral. Quando o processo é inquisitório, quando o Estado chama assim o *Ius puniendi* não só substantivo mas também processual, o Estado tem, digamos, um interesse acrescido na resolução do caso jurídico, o processo vem a ser secreto e escrito.

Como é que se apresenta o nosso processo? O processo penal português actual é, como a Constituição da República o diz no artigo 32.º n.º 5, um processo de estrutura acusatória que, à partida, significa que deveria ser também público e oral. Mas o texto fundamental acrescenta um pouco mais, o que tem permitido à doutrina dizer que se trata de uma estrutura acusatória mitigada pelo princípio da investigação. O que é que significa isto? Significa que não temos um processo de estrutura acusatória pura. Significa que o juiz também tem um papel, melhor, o juiz tem um papel muito relevante no que diz respeito à investigação, compreendida esta em sentido lato. Não só porque existe instrução, quando se faz a comprovação judicial da investigação realizada no inquérito, mas também e acima de tudo porque na fase de julgamento o juiz pode e deve carrear para o processo provas que sirvam para fundamentar a sua livre convicção, de acordo, como se sabe, com as regras da experiência comum. O juiz não é, por isso, um sujeito passivo. O juiz tem interesse na investigação, pode realizá-la nos limites oferecidos pela acusação e/ou pelo requerimento de abertura de instrução. E tudo isto porque no processo penal vigora o princípio da verdade material.

Logo, sendo assim a estrutura, também relativamente à publicidade e ao segredo importa que se saiba se obedece à natureza da estrutura acusatória ou da estrutura inquisitória no seu sentido mais puro ou a algo híbrido. E a solução que foi preconizada também na Constituição da República Portuguesa foi mista, no sentido de que relativamente à audiência vigora o princípio da publicidade e ao inquérito pode vigorar o segredo. Di-lo expressamente o artigo 206.º para a audiência e, depois, no artigo 20.º – que é, como sabem, um artigo relativamente recente na história do nosso direito constitucional – que “a lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça”. Não diz, curiosamente, que o processo penal deve ser secreto, ou, pelo menos, que determinada fase deva ser secreta – não diz. Ao contrário do artigo 206.º que determina claramente que as audiências devem ser públicas, o artigo 20.º prevê a

possibilidade de haver segredo e que, existindo, deve ser protegido adequadamente. Deixa, portanto, ao legislador a possibilidade de prever o segredo para o processo nos moldes que melhor entender.

Como é sabido, até à recente revisão do Código de Processo Penal, o processo, tendencialmente, era, na fase de investigação, compreendendo quer o inquérito quer a instrução, secreto e, na audiência do julgamento, público. Digo tendencialmente porque havia excepções quer numa quer noutra.

A partir da recente revisão mudou significativamente o paradigma porque todo o processo passou a ser, por norma, sob pena de nulidade, público, incluindo na fase de inquérito. Pergunta-se: porquê uma opção e não outra, que o mesmo é dizer, qual é afinal a fundamentação para a existência de publicidade ou para a existência de segredo, ou seja, para que serve o segredo? Importa saber isto. Não é só uma questão de determinar processualmente quando deve vigorar o segredo. Importa sobretudo perceber qual é a sua *ratio essendi*, para que serve? Em que consiste e como se fundamenta? É preciso perceber isso antes de mais nada. E claro que, antes de se responder à questão da fundamentação do segredo, há que saber para que serve a publicidade porque essa é a regra do processo penal português.

Quando estudamos os princípios do processo penal, enunciámos o princípio da publicidade, não enunciámos o princípio do segredo, uma vez que o segredo é mais trabalhado, mais estudado, como excepção ao princípio da publicidade.

A publicidade serve basicamente para realizar dois interesses. Por um lado, tornar público o processo penal, como deve ser, para ser sindicado e para defesa do próprio tribunal. O processo penal não deve ser uma coisa secreta por natureza, deve ser público. As pessoas devem participar no processo penal. Porquê? Porque o que se discute no processo penal é algo que interessa a toda a comunidade e não apenas aos sujeitos processuais. Todos nós, todos os cidadãos, estamos interessados no que se passa na sala de audiência, no que se passa no processo penal, porque se discute a protecção de bens jurídicos. Coisa valiosa para a convivência em comunidade.

Por outro lado, para permitir aos sujeitos processuais a intervenção no processo de maneira a poderem, porque podem e devem fazê-lo, conformar a decisão final do processo. Não é apenas o juiz que tem esse poder. Nem somente o ministério público. São os sujeitos processuais em geral que têm esse poder, o poder de conformar a decisão final. Na

verdade, o arguido e o defensor devem fazê-lo, assim como o assistente, para além, como é óbvio, do ministério público e do juiz. Por isso, para se permitir que haja uma participação efectiva, é evidente que o processo tem de ser o mais público possível. Só desse modo os sujeitos têm acesso a ele, o podem consultar, para poderem exercer os seus direitos dentro do processo. Só assim estará salvaguardado o contraditório, enunciado no artigo 32.º, n.º 5, da CRP, onde também se determina que a estrutura do processo é acusatória.

E do lado do segredo, qual é a fundamentação? Há dois tipos de interesses.

De um lado, os interesses que nós podemos ligar à realização da justiça, o interesse *lato sensu* de realização da justiça. O que vem a ser isto? Vem a ser, desde logo, o sucesso da investigação. O mais, digamos, importante de todos. De facto, há interesse em que a investigação decorra de tal maneira que não surjam obstáculos que possam pôr em causa o sucesso da investigação. É fundamental que a investigação consiga produzir os efeitos a que se propõe de uma forma processualmente válida. Mas também o do normal funcionamento da justiça que, às vezes, implica espaços de relativa opacidade.

No outro lado ou no outro grupo de interesses, temos os das pessoas. Desde logo o interesse no bom nome. As pessoas têm direito ao seu bom nome, é um direito constitucional, logo, o facto de haver um processo penal não significa que o seu bom nome tenha de ser posto em causa sem que se tenha chegado a um julgamento, à produção de uma decisão que até inclusivamente transite em julgado. Não é justo que as pessoas sejam postas em causa quando apenas estamos a investigar, quando apenas estamos a discutir se haverá ou não indícios. Não é justo. Depois, a presunção de inocência. Porque está na Constituição também que se presume inocente o suspeito de um crime até prova em contrário, até transitar em julgado. Depois ainda, a segurança das pessoas, que é muito importante. O processo penal pode gerar problemas relativamente à segurança das pessoas: das testemunhas, das vítimas, dos arguidos, de quem quer que seja, inclusivamente do ministério público, dos advogados, do juiz, etc. A segurança deve ser preservada. E, finalmente, encontro ainda um outro interesse que é a reserva da intimidade da vida privada, porque o processo penal tem esse efeito devastador de entrar na vida das pessoas e de passar cá para fora, através dos meios de comunicação, aquilo que verdadeiramente não interessa ao processo penal,

senão à curiosidade, às vezes mórbida, da turba, de que a comunicação social não resiste em exasperar.

Em face disto, qual é o novo regime, quais as principais novidades da revisão?

A primeira e mais relevante novidade a reter consiste no facto de o processo penal ser agora, como já disse, todo ele assumida e tendencialmente público. Já antes o princípio da publicidade era um dos princípios estruturantes do processo penal, mas era sabido que se esse princípio valia quase sem reservas para a audiência do julgamento não tinha, contudo, praticamente expressão nas fases anteriores. Com o novo regime, que agora ficou aprovado, a instrução será sempre pública, o inquérito poderá ser público desde o início, só o não sendo se o segredo for requerido pelos sujeitos processuais e, mesmo assim, passando pela posição última do juiz de instrução que pode não aceitar o carácter secreto do inquérito. Mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o ministério público, pode o juiz de instrução sujeitar o processo a segredo de justiça. Igualmente, quando o ministério público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz. E mesmo quando o processo tiver sido sujeito a segredo de justiça nos termos que acabei de enunciar, o ministério público, officiosamente ou mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido, pode determinar o seu levantamento em qualquer momento do inquérito e, se o não fizer, os autos podem ser remetidos ao juiz de instrução para decisão. O facto de o juiz vir a ter a última palavra na determinação ou não do segredo de justiça, na fase de inquérito, quando podem não estar em causa direitos fundamentais, sabendo-se que essa decisão pode contender com os interesses da investigação, justamente na fase em que este se desenvolve, pode vir a ser objecto de discussão.

Como se vê, a regra neste momento é, inclusive no inquérito, a da publicidade. A menos que se prefira dizer, e eu talvez preferisse, não a da publicidade mas sim a da *responsabilidade*. Os sujeitos processuais passam a ter o poder de requerer ou não o segredo de justiça na fase de inquérito. E mesmo quando requeiram, ele pode deixar de existir se os sujeitos assim o quiserem. E isto é assim tanto para o segredo externo como para o segredo interno. Na verdade, mesmo que o processo esteja a decorrer, na fase de inquérito, sob segredo, certos participantes proces-

suais, entenda-se o arguido, o assistente e, um tanto estranhamente, o ofendido, o lesado e o responsável civil podem consultar o processo, bem como obter extractos, cópias ou certidões. A isto pode o ministério público opor-se se entender que tal consulta pode prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas. É claro que, havendo consulta e estando o processo em segredo de justiça, tal como manda o artigo 89.º, os participantes que tiverem consultado o processo deverão guardar segredo de justiça. Mas a verdade é que, mesmo em segredo de justiça, podem ter acesso ao processo.

Quais vão ser as consequências mais notáveis destas alterações? Basicamente serão quatro.

A primeira, que me parece ir ao encontro do coro de vozes que mais alto terá sido ouvido pelo legislador, é a de que as violações do segredo de justiça podem diminuir drasticamente. Na verdade, o segredo de justiça desaparece na maior parte dos casos e, por isso, a possibilidade de violação do segredo de justiça obviamente que diminui. Não, portanto, por uma diferente atitude dos agentes envolvidos, nem sequer pela eficácia de medidas legais nesse sentido, mas simplesmente pela quase inexistência do segredo.

A segunda é que passa a haver uma maior possibilidade de falar sobre os factos constantes do processo desde o início do inquérito, com todas as implicações que isso tem para quem divulga, sem qualquer limite para quem é sujeito processual e que é investigado, sem qualquer possibilidade de sustentar tal publicidade. Na verdade – e aqui está uma pequena nota que considero menos positiva, ao contrário do anteprojecto da revisão que previa a possibilidade de se revogar a decisão que tinha levantado o segredo de justiça, a requerimento dos lesados, sujeitando novamente o processo a segredo –, agora a única possibilidade que existe de alterar o curso das coisas é no sentido de levantar o segredo que tinha sido decretado. Se isso prejudicar a investigação, pode mesmo vir a ser um problema. E convém dizer que o ministério público tem a sua capacidade de acção bastante reduzida porque o apelo que os outros sujeitos processuais podem fazer ao juiz de instrução pode invalidar qualquer possibilidade de manter o segredo de justiça no âmbito da investigação. Pode haver esse risco, de facto. E isto na prática quer dizer que, bem vistas as coisas, a última palavra sobre a existência ou não de segredo na fase de inquérito, ainda que por força dos impulsos processuais dos diversos sujeitos, incluindo o ministério público, vem a ser do juiz. Esta possibilidade, como já disse, mas não é demais enfatizar, pode não se

compatibilizar com a estrutura basicamente acusatória do nosso processo, não só porque pode não haver segredo na investigação, como a inexistência do segredo pode ficar a dever-se a uma entidade que não dirige o inquérito.

A terceira tem que ver com a amplificação do risco de haver prejuízo na investigação e para as pessoas envolvidas no processo, ou seja, daqueles interesses que há pouco tínhamos enunciado como fundamento do segredo de justiça. Não só naqueles processos mediáticos onde afinal esse risco já era mais evidente, mas também naqueles onde não sucedia e que agora passa a poder acontecer.

E a quarta, que é a que me parece ter sido a mais importante de todas para o legislador, onde terá visto vantagens razoáveis para esta quase mudança de paradigma, é a de que os sujeitos passam a poder intervir mais no processo penal sem as limitações que o segredo impunha. E claro que se isso for feito, digamos assim, de modo responsável, pode converter-se num ganho para a realização da justiça penal. Posto é que aqueles efeitos negativos não existissem.

Só que já vimos que a realidade nos diz que há algumas dificuldades, algumas das quais não deixarão de se verificar, a par com outras que já existiam e continuarão a existir.

E a primeira delas tem que ver com o facto de se relançar a polémica que já ocorreu relativamente à fase anterior ao inquérito, que interessará à maior parte dos presentes, ou seja, a fase que muitas vezes é apelidada de fase preliminar mas que na verdade integra as “fases preliminares”, juntamente com o inquérito e a instrução, tal como está sistematizado o Código de Processo Penal, e que em sentido próprio se trata da fase das medidas cautelares e de polícia. A questão que se coloca aqui é, desde logo, a de saber se se trata afinal de uma fase do processo penal ou de uma fase pré-processual. Porque se é uma fase do processo penal, aplicam-se-lhe as regras do processo penal e logo será pública porque é assim que o inquérito será, a menos que os sujeitos processuais queiram o contrário, vontade, todavia, que não pode expressar-se para essa fase anterior, porque os sujeitos ainda não o são. Se não a considerarmos uma fase do processo penal, não sabemos exactamente qual é o regime aplicável relativamente à publicidade e ao segredo. Digo relançar a polémica porquê? Porque ela já existiu. Fazia-se apelo, na altura, a dois acórdãos.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Julho de 2001, no processo n.º 3907/00-3, em que se dizia que o processo penal, justamente por esta questão, se inicia com a notícia da infracção, ou seja, de

acordo com o artigo 241.º e seguintes do Código do Processo Penal, o que significava, segundo esse acórdão, que antes não havia processo. Logo, essa fase anterior, de medidas cautelares e de polícia, não estaria sujeita às mesmas regras do processo penal. Porém, o mesmo acórdão referia que o processo devia ser entendido em sentido amplo, englobando-se, no seu dizer, qualquer manifestação externa da vontade perante a autoridade competente, potencialmente capaz de iniciar uma investigação criminal. Ora, podia ser então perante um órgão de polícia criminal e por isso, por este acórdão, poderia chegar-se, como de resto se chegava, à conclusão de que, afinal, essa fase anterior ao inquérito, antes de chegar a notícia de crime ao ministério público, enquanto estivesse nos órgãos de polícia criminal, fazia parte do processo penal, era já fase do processo. Era, no entanto, um acórdão em que ressaltava a dificuldade da questão, desde logo pela solução que não surgia clara aos nossos olhos.

Houve um outro da Relação de Coimbra, de 28 de Janeiro de 2004, que optou por falar a propósito disto, e quanto a mim de forma sábia, em fase de investigação, e não em fase de inquérito. Justamente para querer abranger na fase de investigação também aquela fase anterior ao inquérito e submeter, por isso, essa fase às regras do próprio inquérito, ou seja, às regras do processo penal, melhor dizendo.

Pois, a revisão do Código do Processo Penal tal como anteriormente já não resolvia, também não resolve claramente esse problema. Não é um problema desta revisão, é um problema anterior. A questão é simples mas com interessantes implicações. Se considerarmos que essa fase anterior não é ainda do processo penal, não se aplicam as regras do processo penal, logo pode suceder uma de duas coisas: essa fase pode decorrer de forma secreta ou pública consoante o entendimento de quem, no fundo, dirige a investigação, e em última instância de quem não a dirige. Se, ao invés, considerarmos que ela já é uma fase do processo penal, aplicam-se as regras do processo penal e, portanto, será agora tendencialmente pública. Mas atentemos, se for tendencialmente pública, pode dar-se este problema, porventura bizarro, que consistirá no facto de o ministério público, quando intervém no processo, entender que há razões substanciais para submeter a segredo de justiça o inquérito e, todavia, ele já ter sido “violado” na fase anterior. Aliás, antes nem terá sido violado porque em rigor não pode dizer-se que existisse alguma regra que impedisse a publicidade. E não se diga que essa fase é muito ligeira e rápida, sem grandes repercussões no processo e na vida das pessoas. Dizer isso é ficcionar uma situação que nada tem que ver com o que, infelizmente, a

realidade já nos tem provado. Todos se recordarão de certas notícias que terão vindo a público sobre suspeitas de certos crimes, com descrição dos seus protagonistas e dos factos, em fase de medidas cautelares e de polícia. Imagino que alguns dos presentes, agentes de um órgão de polícia criminal, terão instruções, terão regulamentos internos, para manter o segredo nessa fase de investigação e, se assim for, considero de aplaudir porque isso acautela a voz do ministério público que primeiro tem de ser ouvida. É o *dominus* do inquérito. De facto é assim, não pode ser de outra maneira. E, portanto, os órgãos de polícia criminal têm de ter isso em conta na actuação que fazem. Porque se optam por divulgar ou ceder à tentação de divulgar elementos do processo antes de chegar ao ministério público, os danos que podem provocar, quer às pessoas envolvidas, quer à própria investigação, podem ser irreparáveis. Insisto: não se diga que isso não é possível, porque é, porque há tempo para isso, porque pode suceder muita coisa nessa fase das medidas cautelares e de polícia.

Bem, não quero maçar-vos muito mais. A verdade é que tinha aqui muitas mais ideias e preocupações para partilhar, sobretudo relativamente ao segredo interno, parte em que considero que a revisão andou melhor, sendo que a única questão que se levanta aí, como sabem, é aquela que o Senhor Procurador-Geral da República já há pouco levantou, que tem que ver com o artigo 89.º, n.º 6, que de facto está a gerar alguma polémica, que é a de saber o que fazer quando finda o prazo do inquérito perante a espada de Dâmocles que mais não será que o fim do segredo de justiça. Claro que poderá entender-se que é uma forma de pressionar o ministério público para que termine o inquérito rapidamente, dentro dos prazos que estão previstos, ou seja, podemos estar aqui a erigir o interesse da celeridade processual como um interesse fundamental que possa eventualmente pôr em causa o interesse do segredo de justiça. É bom ter presente que a questão da celeridade não tem nada que ver com o segredo de justiça, uma não está em ponderação com a outra, não se trata de uma ponderação própria do artigo 18.º da Constituição. Nada disso. Não se pondera a celeridade com o segredo de justiça, são interesses imponderáveis. Prefiro acreditar que houve, da parte do legislador, a intenção de, a partir de um determinado momento, tornar público no sentido de facultar aos sujeitos processuais o acesso ao processo para melhor se defenderem, para melhor poderem conformar a decisão final. Quero acreditar que foi isso, ainda que este acto de fé possa parecer, para alguns, de alguma ingenuidade. Porque é evidente que, se a intenção foi outra, se foi a de combater a morosidade processual, pressionando o

ministério público a despachar rapidamente, peca por um vício evidente, que é este: esquecer que de facto há processos muito complexos que não conseguem resolver-se em determinado prazo, nem com as prorrogações que estão previstas. Mas insisto, quero acreditar que não foi essa a motivação do legislador. Acredito que a motivação terá sido a de proporcionar aos sujeitos processuais uma intervenção no processo que melhor sirva os interesses do próprio processo. Contudo, não podemos esquecer que é justamente naqueles processos mais complexos, quantas vezes conduzidos sob o signo da mediatização, que mais se faz sentir a necessidade do segredo de justiça, por um lado, e a prorrogação dos prazos de realização do inquérito, por outro. Pelo que, uma tal medida, poderá ter nestes processos um efeito indesejado.

Finalmente, vem a questão, para mim razoavelmente bem solucionada, da incriminação por violação do segredo de justiça. Havia efectivamente um problema difícil de resolver, que dividia a doutrina, bem como os tribunais, relativamente a saber quem podia e quem não podia ser responsável criminalmente pela violação do segredo de justiça. O problema estava no seguinte: o Código de Processo Penal tinha uma redacção no artigo 86.º, relativamente aos vinculados ao segredo de justiça, que, transposta para o artigo 371.º do Código Penal, gerava um resultado que claramente podia implicar uma certa impunidade dos infractores, sobretudo dos jornalistas – dos menos escrupulosos, é claro, que é desses que tratamos. Ora, a solução que se conseguiu parece-me, sinceramente, boa. E porquê? Passo a explicar.

Antes, dizia-se no artigo 86.º, n.º 8, que o segredo de justiça vinculava todos os participantes processuais, bem como todas as pessoas que, por qualquer título, tivessem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes, ou seja, obrigava à reunião cumulativa, passo a expressão, destes dois requisitos: tomar contacto com o processo e, ao mesmo tempo, tomar conhecimento de elementos a ele pertencentes. Ora, é evidente que havia quem ficasse fora dessa malha, porque bastava que um jornalista não tomasse contacto com o processo, para não estar reunido um dos requisitos, e, desse modo, não estar vinculado ao segredo de justiça. Podia tomar conhecimento, sim; mas o Código obrigava a que, cumulativamente, tomasse contacto com o processo. Bastava que não o fizesse, e logo não estava vinculado ao segredo de justiça.

E a jusante tínhamos o Código Penal, no artigo 371.º, a dizer que “quem ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de

acto processual penal que se encontre coberto por segredo de justiça ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão...”, ou seja, na expressão *quem ilegítimamente der conhecimento* é que vinha a residir o problema. Porque, segundo o princípio da legalidade, que é indispensável aqui, uma vez que estamos a falar de um tipo legal de crime, estamos a falar da parte substantiva, do artigo 371.º, não podemos dizer que podiam cometer o crime aqueles que estavam vinculados ao segredo de justiça no Código de Processo Penal, porque essa relação não se podia estabelecer directamente sem enfrentar alguns problemas de aplicação e, sobretudo, de interpretação.

Na verdade, os que podem cometer o crime são os que estão previstos no próprio tipo legal de crime, uma vez que o tipo não enveredou por uma técnica remissiva para a lei processual. Mas mesmo que se pudesse avançar com essa possibilidade, de que os que estivessem vinculados processualmente nos termos do Código de Processo Penal, passariam a ser também autores do crime, nem por isso se conseguiria alcançar, nomeadamente, alguns jornalistas menos escrupulosos que tivessem violado o segredo de justiça que se escudassem no segredo profissional para não revelarem as suas fontes e para deixar o problema impunemente tratado. Essa é que era a realidade.

Ora, com a nova redacção do artigo 371.º, conjugada com a nova redacção do artigo 86.º, n.º 8, o resultado é outro. Porquê? Porque no artigo 86.º, n.º 8, em vez de haver uma conjugação através da partícula “e” temos “ou” a conjugar os dois requisitos e, portanto, o resultado é este: o segredo de justiça vincula os sujeitos e participantes processuais bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo *ou* conhecimento de elementos a ele pertencentes. E, portanto, basta que alguém, mesmo sem ser sujeito processual, tome conhecimento de partes do processo ou tome contacto com o processo para passar a estar vinculado ao segredo de justiça. Logo, estando vinculado nesses termos, obviamente que se divulgar aquilo que está a coberto do segredo de justiça, comete o crime do artigo 371.º. Mas, como se isso não bastasse, o legislador deixou claro, no artigo 371.º, o seguinte: “quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegítimamente der conhecimento no todo ou em parte do teor de acto do processo penal que se encontra coberto do segredo de justiça...”, ou seja, para que não se diga que o que está no artigo 86.º, n.º 8, pode não ter implicações directas no tipo legal de crime do artigo 371.º, então fica

claro no próprio tipo legal de crime que, independentemente de o autor ter tomado contacto com o processo, se der conhecimento, ilegitimamente, de dados do processo, tal como está neste tipo legal de crime, comete o crime.

E como é que se pode dar ilegitimamente conhecimento? Basta que se viole o próprio artigo 86.º, n.º 8, ou seja, fazendo divulgação de dados, estando sujeito ao segredo de justiça, por estar vinculado, agora sim, nos termos desta norma processual. Para mim é um avanço interessante. Porquê? Porque resolve o problema doutrinal e jurisprudencial que gravitava em volta destas duas normas e que levava a resultados perfeitamente aberrantes que aqui, *brevitatis causa*, não vou aprofundar. Não quer isto dizer que a solução do Código Penal seja a melhor. Isso é outra questão. Apenas estou a referir-me à questão que se levantava entre a conjugação do regime processual e do substantivo, que era problemática e que, com esta solução, se afigura de fácil resolução. Outra seria a questão se se tratasse aqui de saber se esta é a melhor solução para proteger criminalmente o segredo de justiça.

Vou terminar dizendo que, para falar no segredo de justiça, seria preciso um seminário inteiro, e portanto já vejo que o rosto de alguns denota alguma impaciência relativamente à minha comunicação, e com razão, porque o tempo já vai bastante longo. Peço, no entanto, ao Sr. Secretário de Estado, ao Sr. Vice-reitor, a todos os membros da mesa, aliás, que sejam generosos para comigo porque para um académico que tem um microfone e uma assistência destas acaba por ser difícil não se exceder. É a paixão, mas ela é também motivada racionalmente por uma das questões que considero, no momento, mais problemáticas ao nível do processo penal. Obviamente que espero não ter contribuído ainda mais para aumentar a natureza polémica que envolve o tema, mas estarei à vossa disposição, se assim o entenderem, para alguns esclarecimentos.

Deixo apenas uma palavra final relativamente à revisão. É fácil, como é evidente, para todos nós, após uma revisão, encontrar e assestar-lhe aspectos negativos. É fácil, mas também é mais fácil esse exercício do que realizá-la. A prática, no entanto, é que dirá se estamos em presença de boas ou más alterações. Cabe-nos presumir que são bem intencionadas, a todos, incluindo os que as vão aplicar. Tem de haver uma presunção de bondade relativamente aos instrumentos legais. Podemos e devemos, no entanto, contribuir para o aprimoramento dessas soluções,

exercendo com um espírito crítico e construtivo a análise dessas propostas. E ao legislador caberá, naturalmente, acolher ou não as nossas observações, e bem assim as observações que vão resultar da prática. É isso que devemos fazer. E creio que este seminário, este tipo de eventos, serve justamente para isso. Aliás, É um privilégio dizer isto na presença do legislador, acompanhado por agentes da justiça penal representativos dos diversos sujeitos e participantes processuais.

Muito obrigado a todos!

Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias e das intercepções telefónicas¹

CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

Procurador da República

Fui incumbido de falar sobre dois meios de obtenção de prova especialmente importantes: as *buscas domiciliárias* e as *intercepções telefónicas*. O período de tempo que me foi destinado para discorrer sobre estas duas problemáticas localizadas no coração do processo penal – e, claro, os meus limitados conhecimentos – só me permitem fazer uma aproximação perfunctória, fragmentária e mais prática do que teórica.

Uma primeira nótula de carácter genérico se impõe no que concerne à investigação e à aquisição de prova em sede de inquérito. Na leitura que fazemos da 15.^a alteração ao Código de Processo Penal, sobrevieram algumas alterações profundas que determinam o repensar alguns dos procedimentos que se vinham sedimentando. Assim, em minha opinião, as mudanças à lei processual penal implicam um **novo modelo** de actuação na gestão da direcção do inquérito e das relações do MP com os órgãos de polícia criminal. Para levar uma investigação criminal a bom porto (o que não significa necessariamente a prolação de um despacho acusatório) terá de haver uma maior **proximidade** entre o MP e os OPC, e um **domínio efectivo** das actividades investigatórias dos OPC por parte do MP. O *timing* e o juízo de necessidade sobre a prática dos principais actos processuais do inquérito, como, por exemplo, uma constituição de

¹ O presente artigo corresponde à conferência proferida pelo Autor no segundo Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 5 e 6 de Junho de 2008, no Instituto Politécnico de Leiria, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

um suspeito como arguido ou uma detenção fora de flagrante delito, têm de passar forçosamente pelo MP. Não sendo o segredo de justiça a regra, e com todos os corolários do princípio do contraditório que foram inseridos no Código de Processo Penal, as implicações da realização irreflectida de uma detenção com a conseqüente precipitação da realização de um primeiro interrogatório judicial de arguido detido pode, no limite, impedir uma recolha de indícios que comprovem a realidade dos factos. O mesmo se retira da observação de outros institutos como o segredo de justiça, o reconhecimento e, chegando ao tema que me cabe, as buscas domiciliárias e as intercepções telefónicas.

A reforma do Código de Processo Penal implicou um efectivo reforço do contraditório em sede de inquérito. Já a versão de Florença do *Corpus Juris* – que teorizava sobre uma aproximação dos ordenamentos jurídicos da União Europeia – mencionava que o princípio do processo contraditório implica o “respeito pela legalidade de armas defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a faculdade pelas partes de tomarem conhecimento de todas as peças ou informações apresentadas ao juiz (mesmo por uma parte ou por um magistrado independente)”. Segundo Delmas-Marty², impunha-se realizar o interrogatório no final da investigação, pois a partir desse momento o agente teria o direito de consultar integralmente os autos³. O legislador foi bastante sensível quanto a esta temática tendo sido particularmente influenciado pelas evoluções jurisprudenciais, não só pelas posições adoptadas pelo Tribunal Constitucional como pelo T.E.D.H.

Entrando, então, no tema que me foi atribuído, cumpre fazer uma consideração geral que engloba quer a realização das buscas, nomeadamente as domiciliárias, quer das intercepções telefónicas. Trata-se de recordar que as regras processuais que regem os referidos institutos de direito adjectivo devem ser examinadas à luz da nossa Lei Fundamental

² A vertente processual do *Corpus Juris* elaborado, no âmbito da União Europeia, por um grupo de penalistas europeus dirigido por M. Delmas-Marty (org.) encontra-se publicado entre nós na Revista do SMMP ano XIX, N.º 73, pp. 161-184.

³ Os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes e também adoptados pela Assembleia Geral na sua Resolução 45/166 de 18/12/1990. No princípio 21.º do Anexo Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados (pode ler-se: “As autoridades competentes têm a obrigação de assegurar que os advogados tenham acesso à informação, aos arquivos e documentos pertinentes que estejam em seu poder ou sob o seu controlo, com a antecedência suficiente para que estes possam prestar uma assis-tência jurídica eficaz aos seus clientes. Este acesso deve-lhes ser facultado o mais rapidamente possível”).

(como proclamou Enkel, direito processual penal é direito constitucional aplicado). Assim, importa evocar o princípio geral segundo o qual a restrição de direitos se deverá fazer na mínima medida possível, o que decorre de diversos princípios ínsitos na Constituição da República Portuguesa. Os juízos de proporcionalidade, necessidade e adequação são obrigatórios em qualquer situação em que os direitos fundamentais de uma pessoa possam ser afectados no âmbito de um inquérito, especificamente, na realização de buscas, escutas, vigilâncias ou detenções.

Isto significa que na decisão de realizar uma busca ou apreensão deverá ponderar-se não só o tipo de ilícito em causa (o bem jurídico protegido e a pena abstracta prevista), mas a importância desse acto processual para a prova da verificação do crime ou a ligação de um agente com a prática do crime. Mais do que isso, ainda, como veremos, no caso das «escutas» telefónicas.

As buscas domiciliárias

A inviolabilidade do domicílio tem protecção constitucional no art. 34.º n.º 1 da Constituição, sendo que nos termos do n.º 2 dessa norma só por determinação da “*autoridade judicial competente*” se pode fazer uma busca domiciliária. Essa norma é o art. 177.º do Código de Processo Penal.

Para além dos casos de buscas domiciliárias (ou melhor, fora desses casos) as buscas podem, ainda, ser realizadas nos casos previstos pelo n.º 5 do art. 174.º do Código de Processo Penal e, no âmbito das medidas cautelares ou de polícia, nas situações previstas pelo art. 251.º do Código de Processo Penal.

A primeira inovação de acentuar é a consagração expressa de um prazo máximo de validade para os mandados de busca (desde logo para a domiciliária) que, nos termos do n.º 4 do art. 174.º do Código de Processo Penal, é de 30 dias. A sua violação é cominada com a sanção de nulidade.

Os pressupostos da busca domiciliária encontram-se na conjugação dos art.ºs 174.º n.º 2 e 177.º n.º 1 do Código de Processo Penal. Trata-se de uma diligência investigatória que visa a obtenção de indícios de que no interior de um *casa habitada ou numa sua dependência* (177.º n.º 1):

- se encontram objectos relacionados com um crime, ou
- que possam servir como meios de prova do mesmo (174.º n.º 2).

As buscas domiciliárias, nomeadamente as realizadas em situações de flagrante delito (art. 177.º, n.º 3, alínea b) do CPP), têm como pressupostos gerais da sua realização a sua proporcionalidade e a sua necessidade, na qual se inclui a (provável) efectiva ligação ao crime que motivou a detenção em flagrante delito e a sua importância para a recolha de elementos probatórios. Por isso, impõe-se a indicação de elementos de facto que sustentem esses pressupostos.

A segunda novidade de relevo que a alteração do Código de Processo Penal trouxe respeita às horas em que se podem realizar buscas domiciliárias. Se até à 14.ª alteração ao Código de Processo Penal as buscas domiciliárias eram absolutamente proibidas à noite (só eram possíveis entre as 7 e as 21 horas sob pena de nulidade), na actual redacção do n.º 2 do art. 177.º a busca pode ser realizada à noite, entre as 21 e as 7 horas em três situações:

- a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;
- b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma;
- c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

Recorde-se que nos termos do art. 1.º do Código de Processo Penal o conceito de “*Terrorismo*” (al. i) compreende “*as condutas que integram os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional*”; “*Criminalidade especialmente violenta*” (al. l) abrange “*as condutas previstas na alínea anterior [ou seja, as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas] puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos*”; e, “*Criminalidade altamente organizada*” (al. m) abarca “*as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência ou branqueamento*”.

Fácil se torna compreender a importância desta inovação ao permitir buscas domiciliárias nocturnas em investigações de crimes como o homicídio voluntário, o tráfico de estupefacientes, o roubo, o rapto, ou o sequestro. Mais problemático é saber se crimes como o abuso sexual de crianças, ou a violação, se podem considerar como incluídas no conceito de “*Criminalidade especialmente violenta*” nos casos em que é cominada pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos. Embora sem poder fundamentar aqui a minha posição, a resposta é claramente negativa, não

cabendo os bens jurídicos protegidos na definição legal prevista no art. 1.º do CPP.

Existem dois tipos de situações em que pode ocorrer a realização de buscas domiciliárias: com e sem autorização judicial.

– **Com autorização judicial:**

- i) Será a situação mais normal, fundando-se na previsão do art. 177.º n.º 1 do CPP. Quanto ao despacho que defira a realização de buscas o mesmo deve indicar o seu prazo de validade máxima (até 30 dias), sob pena de nulidade.
- ii) Quanto às formalidades não houve alterações de relevo. Encontram-se no art. 176.º: vão desde o entregar cópia do despacho ao interessado até ao dar oportunidade para o visado, ou alguém da sua confiança, acompanhar a realização desse acto.
- iii) Sendo realizadas apreensões, deverão depois ser validadas pelo MP ou JIC (art. 178.º n.º 5). Sempre que for solicitado, deve ser entregue cópia do auto de apreensão ao interessado (art. 183.º n.º 2 CPP).

– **Sem autorização judicial:**

- i) Pode ser ordenada pelo MP, nos termos do n.º 3 do art. 177.º do CPP;
- ii) Nas situações previstas pelo n.º 5 do art. 174.º:
 - *fora de flagrante delito* – em casos de a) terrorismo; b) criminalidade violenta; c) criminalidade altamente organizada⁴ d) quando existam fundados indícios de prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa de, acordo com a al. a) do n.º 3 do 177.º.
 - *caso de flagrante* só por crime a que corresponda pena de prisão. Em todos estes casos a busca só pode ocorrer entre as 7 e as 21 horas;

⁴ Recorde-se que os conceitos de terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizada já estavam previstos na Constituição (cfr. art. 33 n.º 3 e 34.º n.º 3) e, como já referi, estão consagrados no art. 1.º do Código de Processo Penal.

- iii) com o consentimento do visado⁵ (entre as 21 e as 7 ho-ras);
- iv) flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, nos termos da al. b) do n.º 3 do art. 177.º (entre as 21 e as 7 horas).

A fronteira entre as buscas domiciliárias e buscas não-domiciliárias

Numa perspectiva prática, convém considerar que se devem ter algumas cautelas na distinção entre o âmbito das buscas domiciliárias e das não-domiciliárias, ou seja, as buscas que podem ser determinadas pelo MP (previstas no art. 174.º n.º 2 e 3 do CPP). Existem alguns locais (espaços físicos) que podem vir a revelar-se como destinados à habitação, em razão do fim que lhes é subjectivamente atribuído, embora ao nível da normalidade social não sejam projectados para esse propósito. Com base na minha experiência prática posso enumerar, de modo não exaustivo, que é possível que oficinas, edificações comerciais ou industriais, anexos de edifícios, barracões, arrecadações, garagens, ou sucatas sejam locais em que é possível encontrar uma pessoa que aí habita. Em tais casos, o MP e os OPC deverão ter alguns cuidados em se certificar sobre se existe alguém que resida – legitimamente ou não – nesse local (um guarda, um caseiro ou mesmo um sem-abrigo). Pois embora essas buscas aparentam não o ser “domiciliárias” pode revelar-se que, em rigor, o são existindo a necessidade de autorização judicial para assegurar a sua validade.

A indispensabilidade de se autorizar a administração de substâncias tranquilizantes adequadas à neutralização de animais, a desactivação dos sistemas de vigilância mecânicos ou electrónicos existentes nos locais

⁵ Importa ter particulares cautelas sobre o que se deve entender como o consentimento do visado. Impõe-se precisar sobre o que se deve entender como o *visado* pela busca e distinguir entre a pessoa que tenha a disponibilidade do local e o efectivo visado pela diligência. Neste sentido, convém recordar a jurisprudência do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 507/94 (DR-II, n.º 285, de 12-12-1994) que veio julgar inconstitucional, por violação do 34.º n.º 2 da Constituição, os artigos 174.º n.º 4 al. b), 177.º n.º 2 e 178.º n.º 3 do CPP na interpretação de que a busca domiciliária em casa habitada e as subsequentes apreensões efectuadas durante essa diligência podem ser realizadas pelo OPC desde que se verifique o consentimento da pessoa que não sendo visado por tais diligências tenha a disponibilidade do local.

onde se realização buscas domiciliares, e/ou o recurso ao escalamento ou arrombamento de quaisquer obstáculos, caso se mostre necessário, é outra preocupação que pode ter necessidade de ser concretamente considerada na análise de um pedido de busca domiciliar por parte de um OPC.

Também a apreensão de correspondência e/ou diários ou agendas pessoais existentes no local das buscas deve ser rodeada de algumas cautelas. Se é certo que aí se poderão conter dados com interesse para o apuramento da verdade tal bens destinam-se, por natureza, a conter elementos do foro íntimo e pessoal, vedados à investigação. Na medida em que tais documentos podem interessar como meio de prova, esses documentos não deverão ser abertos ou lidos, pela entidade policial, antes incumbe ao MP proceder à sua remessa ao Juiz das liberdades para que este, em primeira mão, proceda à aferição da sua pertinência, ou não, enquanto meio de prova concretamente admissível⁶.

A muito vulgar apreensão de telemóveis, também, pode necessitar da intervenção do juiz das Liberdades, especificamente para proceder ao prévio exame pessoal do telemóvel apreendido no caso de suspeita de que este contém imagens e/ou filmagens, mensagens tipo SMS, ou outros registos de comunicações de tipo MMS, e-mail ou mesmo diários ou agendas pessoais que poderão interessar para efeitos de prova (cf. art.^{os} 179.º n.º 1, 187.º n.º 1 e 190.º do CPP).

E entramos, assim, na controversa matéria da reforma das escutas telefónicas.

As escutas telefónicas

A alteração legislativa introduzida pela 15.^a alteração ao CPP apresenta, como bem expôs a dr. Mata-Mouros na conferência realizada no

⁶ Sobre a problemática da apreensão de “diários” em buscas domiciliares tem particular interesse o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003 (disponível em formato digital no site desse tribunal). Nesse acórdão, foi julgada inconstitucional a interpretação segundo a qual não é ilícita a valoração de “diários” que haviam sido apreendidos em busca judiciária decretada judicialmente como meio de prova da existência de indícios do crime em investigação, para efeitos da aplicação da medida de coacção, na ausência de uma ponderação efectuada à luz dos princípios da necessidade e proporcionalidade sobre o conteúdo, em concreto, desses “diários”.

CEJ – e disponível no site dessa instituição –, quatro linhas de força fundamentais as quais, também, irei adoptar na presente exposição:

1. Preocupação com a delimitação do âmbito subjectivo de incidência da escuta;
2. Preocupação ao nível da definição dos procedimentos;
3. Preocupação com os prazos;
4. A preocupação de garantir à defesa uma possibilidade de intervenção na selecção das conversas com relevo para a descoberta da verdade (efectivo exercício de contraditório).

Assim, vamos procurar com brevidade abarcar alguns problemas que estes quatro tópicos levantam.

1. Delimitação do âmbito subjectivo das escutas

Saúda-se esta delimitação do âmbito subjectivo das escutas. Segundo o n.º 4 do art. 187.º do CPP a interceptação e gravação é independente da titularidade do meio de comunicação mas só pode ser admitida contra:

- i) Suspeito ou arguido;
- ii) Pessoa que sirva de intermediário havendo fundada suspeita de que “*recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido*”;
- iii) Vítima de crime, mediante o seu consentimento efectivo ou presumido.

Mas, como eu já ouvi manifestar, nomeadamente pelo Dr. Euclides Dâmaso, parece que o legislador se esqueceu de consagrar (pelo menos) mais uma situação. Exemplificando com um crime de rapto, podemos admitir uma ocorrência em que o OPC tem indícios seguros de que o raptor irá telefonar para uma pessoa – que não é ofendido, por exemplo um sócio da vítima – e este é o único meio de apurar a localização do ofendido e/ou outros dados sobre o crime. Ora se o sócio da vítima não der o seu consentimento para o seu telefone ser alvo de uma “escuta”, em princípio, não é possível considerar que o sócio do ofendido é um suspeito ou um intermediário. Em conclusão: não parece pos-

sível proceder-se à referida interceptação telefónica e respectiva localização celular⁷.

2. Os procedimentos – os pressupostos, as condições e os requisitos

O princípio geral é o de que a “escuta” só deve ser pedida e deferida se for indispensável, pois por outro meio não é possível alcançar a descoberta da verdade. Incumbe ao MP proceder à promoção da realização de tais pedidos de interceptações telefónicas. Esse despacho deve ser fundamentado de facto e de direito:

i) de direito:

- indicar os crimes indiciados e que se enquadram no catálogo do art. 187.º, n.º 1;
- comunicar que a interceptação requerida é contra uma das pessoas constantes do art. 187.º, n. 4;
- incluir o pedido de fixação de um prazo máximo de duração das interceptações.

ii) de facto:

- justificar a necessidade e indispensabilidade do recurso a este meio de prova para a descoberta da verdade. É necessário indicar expressamente factos que permitam concluir que a diligência é *indispensável* (princípio da proporcionalidade: que implica a delimitação dos factos a investigar) e que *de outra forma* [a prova seria] *impossível ou muito difícil de obter* (princípio da subsidiariedade: que precisa o porquê de ser inexecutável deitar mão de outro(s) meio de obtenção de prova de entre os previstos no CPP).

Impõe-se acentuar que o art. 190.º do CPP comina – aliás, continua a cominar – com o vício de nulidade a violação de qualquer dos procedimentos legalmente previstos. E, acrescente-se, que observando a actual

⁷ É certo que existe o art. 252-A do CPP, mas este só salvaguarda a possibilidade de localização celular, não a realização de escutas, sendo requisito da sua utilização que seja necessário para afastar um perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave. E, tratando-se de uma mera medida cautelar ou de polícia, o seu pressuposto deveria ser a sua anterioridade à existência de um inquérito. Contudo, o n.º 2 desta norma prevê que pode ter lugar durante a pendência de um inquérito e que, em qualquer dos casos, deve ser comunicado em 48 horas ao juiz de instrução, sob pena de nulidade.

redacção do art. 126.º n.º 3 (em consonância com o art. 32.º n.º 8 da Constituição “*intromissão nas telecomunicações*”) resulta que essa nulidade da prova decorrente da intromissão nas telecomunicações tem a natureza de nulidade absoluta. Aliás, em consonância, alargou-se o âmbito da revisão da sentença à invocação de que para a condenação a respectiva decisão se socorreu de uma prova proibida (cfr. art. 449.º n.º 1 al. e) do CPP).

É certo que o regime jurídico das “escutas” necessitava de uma reforma e algumas das alterações são bem vindas e clarificadoras mas, da observação dos artigos 187.º e 188.º actuais, face aos seu antecessores, conclui-se que o que antes era referido em 3 e 5 números foi agora densificado, respectivamente, em 8 e 13 números... Agravaram-se, assim, e em muito, os aspectos burocrático-procedimentais, por um lado, e complexou-se, de uma forma perplexante o respectivo regime jurídico.

Os DIAPs de Lisboa e Coimbra em 08-10-2007 vieram, mesmo, a sentir a necessidade de conceber um guia para a aplicação desse regime que foi denominado “*Boas Práticas para a Execução de Intercapções de Telecomunicações CPP 2007 – Lei n.º 48/2007, de 29/08*”⁸. Mas as divergências nas actuações do MP e dos juízes de Instrução não se encontram sanadas. Bem pelo contrário. Avolumam-se as dificuldades práticas e, conseqüentemente, os recursos sobre esta matéria.

Um dos pontos de discórdia é, precisamente, a obrigação de o juiz determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo (art. 188.º n.º 6 al. a), b) e c) do CPP – uma verdadeira “caixa de Pandora”). Trata-se de uma das normas que – como bem refere no citado trabalho a Dr.ª Mata-Mouros – é uma “*incumbência de execução impossível*”. Não é possível conceber que, na prática, o juiz possa proceder à audição integral de todas as conversas captadas. Por outro lado, na prática, o que num primeiro momento temporal aparenta ser “manifestamente estranho” pode vir, mais tarde, a revelar-se como uma matéria manifestamente dentro do objecto da investigação e com uma importância transcendental para a acusação ou para a defesa. Por outro lado, existem actualmente juízes a pedir aos OPC, nomeadamente à PJ, para indicar quais as intercapições que cabem nessa previsão normativa. Ora fácil se torna compreender a necessidade de recurso por parte do MP, temendo que se gere uma nulidade que venha a afectar o desfecho do inquérito. Não se pode passar o problema para os OPC acrescentando-lhes uma missão (ilegal) de se auto-fiscalizarem. Recorde-

⁸ Este documento está acessível no site da PGD de Lisboa (www.pgdlisboa.pt).

se, a atalho de foice, que, em bom rigor, presentemente nem mesmo o MP fiscaliza a actuação dos OPC.

Um das perguntas que fica, de momento, sem resposta é quais os critérios para se considerar, em concreto, que “*a divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias*” (al. c) do n.º 6 do art. 188.º do CPP) e como pode o juiz das liberdades cumprir essa sua incumbência, bem como as restantes resultantes das outras previsões contidas nas alíneas a) e b) dessa norma legal. Recorde-se que pode suceder que, no decurso da investigação uma pessoa não era arguido, ou sequer suspeito “intermediário” ou vítima (ou seja não se enquadrar em nenhum dos casos previstos pelo n.º 4 do CPP) vir a sê-lo no decurso da investigação. Se o juiz cumprir o n.º 6 do art. 188.º logo que as escutas lhe são presentes – numa base quinzenal – pode bem estar a destruir a prova dos factos ou a impedir o contraditório dos mesmos por parte da defesa.

3. A preocupação com os prazos

A periodicidade do controlo da realização das escutas pelas autoridades judiciárias tem, agora, o prazo de 15 dias (para apresentação pelos OPC ao MP, ou ao juiz de Instrução, na fase de instrução). Recorde-se que antes da alteração legislativa já estava vulgarizado o prazo de 10 dias em muitos tribunais, na sequência de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Por seu turno o MP deve, depois, apresentar os elementos recebidos do OPC em 48 horas (a contar do momento da recepção dos mesmos) ao juiz de Instrução.

Quanto ao prazo de duração máximo de realização da escuta foi estipulado 3 meses, renováveis por iguais períodos. Contudo, antes dessa alteração legislativa, normalmente, a prática era bem mais garantística, já que variava entre os 30 e os 60 dias.

4. Garantia à defesa, e ao assistente, da selecção das escutas com relevo para a prova

Quanto à selecção das conversas interceptadas a considerar no processo, para efeitos de prova, para além da escolha que for realizada pelo MP⁹, rege o art. 188.º n.º 8 do CPP que consagra a possibilidade de,

⁹ Recorde-se que actualmente o juiz só determina (a requerimento do MP) a transcrição das escutas que sejam indispensáveis para aplicação das medidas de coacção mais graves que o termo de identidade e residência (cf. n.º 7 do art. 188.º CPP). As restantes

encerrado o inquérito, o assistente e o arguido, poderem (nos prazos aí consagrados) “*examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcreever para juntar ao processo*”. Podem, ainda, examinar os relatórios efectuados pelos OPC (nos termos do n.º 1 do mesmo artigo) indicando as passagens consideradas relevantes.

É evidente que esta não destruição dos registos de “escutas” (em sentido amplo) que o MP não considerou relevantes visa assegurar as garantias de defesa – o contraditório –, e não a protecção de direitos fundamentais como de devassa da intimidade da vida privada que é antecipadamente protegida pela al. c) do n.º 6 do art. 188.º do CPP (“*cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias*”).

Saliento, assim, a importância do princípio contido no n.º 8 do art. 188.º do CPP (a não destruição das escutas antes do exercício do contraditório) e gostava só de referir – para terminar – que é certo que o art. 188.º n.º 3 do CPP antes da sua reforma previa que no caso de os elementos recolhidos não serem considerados relevantes [o juiz] “*ordena a sua destruição*”. Mas, não referia o legislador, em parte alguma, a palavra “imediatamente” (como se fazia no n.º 1 quanto à apresentação das escutas), ou algum sinónimo. Assim, sempre houve quem (até pelo conhecimento da jurisprudência alemã) defendesse que essa destruição deveria ser diferida para um momento posterior ao exercício do contraditório pelo respectivo interessado. Recordo, neste sentido, o Dr. José António Barreiros. Eu próprio o vi defender essa solução num caso concreto. E, aliás, pelo menos desde o Ac. n.º 660/06 de 28-11-2006 que o Trib. Constitucional decidira ser inconstitucional a destruição das “escutas” sem possibilitar o arguido de exercer contraditório, pronunciando-se sobre a sua relevância.

Neste contexto parece-me que o respeito pelo princípio do contraditório deve prevalecer sobre o princípio da protecção da devassa da intimidade da vida privada consagrado na al. c) do n.º 6 do art. 188.º do CPP. A expressão “*gravemente*” contida nessa norma remete para essa mesma interpretação.

Para além do Ministério Público, do arguido e do assistente também o próprio tribunal pode proceder à transcrição (ou à audição) das “escu-

transcrições das conversas que o MP vier a entender necessárias para efeitos de prova dos factos é ordenada por si próprio e, tendencialmente, devem ser juntas ao inquérito apenas no fim da investigação por visam servir como “*meio de prova na acusação*” (vide al. a) do n.º 9 do art. 188.º do CPP).

tas” nos casos previstos pelo n.º 10 do CPP: “*sempre que o entender necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa*”.

Finalmente, convém anotar que o n.º 11 do art. 188.º do CPP prevê que, até ao encerramento da audiência, todas as pessoas cujas conversações ou comunicações foram escutadas e transcritas podem, também, examinar os suportes técnicos.

É tempo de terminar. Muito ficou por dizer mas o debate poderá permitir aflorar ainda alguns outros pontos importantes. Muito obrigado pela vossa atenção.

Leiria, 06.06.2008

Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias

Breve sinopse legislativa e doutrinal¹

ALFREDO CASTANHEIRA NEVES

Advogado

I. Introdução

O direito Processual Penal, enquanto direito penal adjectivo, é indispensável para alcançar a verdade material “...que não pode ser obtida a todo o custo, antes havendo que exigir da decisão que ela tenha sido lograda de modo processualmente valido e admissível e, portanto, com integral respeito dos direitos fundamentais das pessoas que no processo se vêm envolvidas.” (JORGE FIGUEIREDO DIAS).

Visando a prova a demonstração da realidade dos factos, importa ter presente que os meios de prova são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto e, como ensinou GERMANO MARQUES DA SILVA, os meios de obtenção da prova são “instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova”.

Por conseguinte, meios de obtenção de prova e meios de prova são conceitos totalmente autónomos. O nosso estudo cinge-se a uma reflexão mais pormenorizada sobre o tema dos meios de obtenção de prova, nomeadamente as buscas domiciliárias.

¹ O presente artigo corresponde à conferência proferida pelo Autor no quarto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, nos dias 16 e 17 de Outubro de 2008, no Instituto Politécnico de Castelo Branco, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

Os Meios de Obtenção da Prova encontram-se sistematizados no Título III, do Livro III do Código de Processo Penal. São meios de Obtenção de prova os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas.

As buscas inserem-se no âmbito da actividade probatória, consistindo numa diligência processual penal dirigida à recolha de informação relativa à prática de um crime.

Figuras afins – apesar do regime legal das revistas ser similar ao das buscas, estas não se confundem, uma vez que aquelas visam descobrir indícios de um crime na própria pessoa e não num espaço físico. Distingue-se ainda da figura da busca o acto de apreensão de objectos, que pode ocorrer no âmbito de uma busca, de revista, ou fora de tal contexto, em situações de urgência ou perigo na demora.

II. Pressupostos e formalidades

a. Art. 174.º do CPP

As buscas domiciliárias podem ser realizadas quando houver indícios de que quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, como é o caso do domicílio. Quando assim for, conforme o disposto no art. 174.º, n.º 2 do CPP “é ordenada busca”. No que se refere aos indícios o *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29-11-2006, proc. n.º 0645900* estabelece que “Com vista à determinação de uma busca podem valer como indícios os elementos constantes de uma informação policial.

(...) Para ser ordenada a busca e a apreensão não é necessário que os indícios da prática do crime sejam suficientes ou fortes. Nesse caso já existiria prova suficiente para deduzir a acusação (...). O que se pretende com tal busca é a recolha de elementos de prova que confirmem ou infirmem os factos participados. (...) Desde que tais indícios se verifiquem, o direito à inviolabilidade previsto no art. 34.º da CRP, deve ceder perante o interesse da investigação criminal para a boa aplicação da justiça”.

Ao serviço do princípio da busca da verdade material, indícios probatórios são os elementos que apontam para a ilicitude dos actos

praticados pelo agente. Elementos esses carreados para o processo, para que seja possível a realização da justiça enquanto fim prosseguido pelo Processo Penal.

A busca domiciliária não é um acto processual em sentido estrito, mas sim um acto de inquérito ou de instrução, consoante a fase em que seja realizada (Ac. RL de 16 de Abril de 1996; CJ XXI, tomo 2, 152). Desta maneira, na fase de inquérito, poderá ser um instrumento fundamental, contribuindo para a recolha de indícios, através da descoberta, na recolha e apreensão de provas capazes de facultar ao Ministério Público a decisão de deduzir ou não acusação. Na fase de instrução, se surgir a necessidade de se efectuarem mais diligências para comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação ou arquivamento e, se o meio de obtenção de prova (a busca) já se tenha afirmado na fase de inquérito, apenas se duplicará, no caso de ser indispensável à descoberta da verdade ou no caso de inobservância das formalidades legais, cabendo ao juiz de instrução praticar ou ordenar oficiosamente os actos que considerar úteis. Todavia, no caso de existir perigo de desaparecimento do agente, deterioração temporal ou por inércia das provas materiais do crime, ofensa superior aos bens jurídicos fundamentais – vida, integridade física – o legislador legitimou a realização de buscas, por órgãos de polícia criminal, mesmo antes da abertura oficiosa do inquérito, sem prévia autorização judicial, conforme os regimes excepcionais previstos nos artigos 174.º, n.º 5 CPP e art. 34.º, n.º 3 da CRP.

Quando não haja despacho a autorizar a diligência, o consentimento do visado é solicitado aquando da busca pelos órgãos de polícia criminal. Este consentimento não é uma mera formalidade mas pressuposto ou condição da validade da busca.

De acordo com o n.º 3 do art. 174.º do CPP, as buscas deverão ser ordenadas por despacho da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência. Na falta de mandado de busca, poderá o visado opor-se à sua realização, o mesmo é dizer que, sem mandado, só com o seu consentimento a busca teria lugar.

Com a alteração da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, sem qualquer anterior disposição que lhe correspondesse, vem-se estabelecer, agora claramente, no n.º 4, que tal despacho de ordenação ou autorização apenas é válido pelo período de 30 dias, caso contrário tal busca ficará ferida de nulidade com conseqüente aplicação dos art.ºs 119.º e 122.º do CPP.

Esta é a regra.

No entanto vem o agora n.º 5 do art. 174.º do CPP estabelecer um regime excepcional que se desvia do regime geral estabelecido no n.º 3 do mesmo artigo, porquanto haverá alguns casos em que a premência da realização de tal diligência justificará, em nome de uma certa proporção racional de eficácia, a sua realização sem a verificação das exigências contidas no n.º 3 do artigo em análise.

Assim será nos casos indicados nas alíneas:

- a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou integridade de qualquer pessoa;
- b) Em que os visados *consintam*, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou
- c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

A Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, lei de autorização legislativa para elaboração do Código de Processo Penal de 1987, no ponto 26 do seu art. 2.º veio admitir quanto às buscas um regime “exceção à necessária autorização judicial, havendo consentimento dos visados, devidamente documentado, ou tratando-se de detenção em flagrante por crime punível com prisão, caso em que a busca constitui acto cautelar da prova subsequente à privação da liberdade”.

O ponto 29 prevê a “definição de um regime especial de dispensa de autorização judicial prévia para as buscas domiciliárias, revistas, apreensões e detenções fora de flagrante delito nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, devendo nesse caso a realização da diligência ser imediatamente comunicada ao juiz instrutor e por este validada, sob pena de nulidade”.

Nos casos em que o êxito da diligência não se compadece com qualquer demora, não deixou o legislador de tomar cautelas. Vem então o anterior n.º 5, agora n.º 6, fazer depender a validade da diligência efectuada nos casos da supra indicada alínea a), da comunicação da mesma ao juiz de instrução, para que por este seja apreciada em ordem à sua validação.

Jurisprudência

1) *Acórdão STJ de 8 de Fevereiro de 1995, CJ, Acs, do STJ, III, tomo 1, 194*

“É nula a busca domiciliária levada a cabo por agentes policiais sem autorização da competente autoridade judiciária e sem que se verifique qualquer das situações previstas nas alíneas do n.º 4 (agora n.º 5) do art. 174, designadamente o consentimento do visado.

[As provas obtidas por violação de métodos cuja permissão assente em consentimento relevante do respectivo titular, serão provas obtidas segundo métodos relativamente proibidos. Logo serão nulas, mas tal nulidade, porque sanável, fica sujeita à disciplina dos artigos 120 e 121 do C. P. Penal, dependendo, assim, da arguição do interessado].

2) *Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2005, proc. n.º 679/2005 3*

“I – Se um órgão de polícia criminal realizar uma busca domiciliária e essa busca for consentida pelo visado, esse meio de obtenção de prova não tem que ser imediatamente comunicado ao juiz de instrução para ele poder apreciar as condições em que decorreu, validando-o se for caso disso.

Tendo sido efectuadas no decurso do inquérito, é ao Ministério Público que compete apreciá-las e validá-las”.

3) *Ac do Tribunal da Relação do Porto, de 17-11-2004; proc. n.º 0414002*

“I – A nulidade decorrente da falta de autorização da busca não é insanável, uma vez que não é expressamente cominada como tal”.

4) *Ac. Relação de Coimbra de 2 de Dezembro de 1992; CJ, XVII, tomo 4, 90*

Sendo a busca efectuada por OPC, é “dispensada a autorização ou ordem judiciária competente se o visado consentir, desde que o consentimento fique documentado. O consentimento tanto pode ser dado antes como depois da diligência”.

5) Ac STJ de 27 Janeiro de 1998; BMJ, 473, 166

Estabelece que “a nulidade resultante da falta de comunicação aludida no actual n.º 6, anterior n.º 5 do art. 174, não é insanável devendo ser arguida nos termos do art. 120, n.º 3 al. C) do mesmo código”.

6) Ac do Tribunal Constitucional n.º 274/2007, de 2 de Maio

Não se “afigura desrazoável, arbitrária ou desproporcionada, e não é por isso inconstitucional, uma interpretação do 174.º, n.º 5 (agora n.º 6) e 177.º n.º 2 do CPP, no sentido de admitir a intempestividade da comunicação de uma busca realizada a coberto da alínea a) do 174.º art. n.º 5 (n.º 6) dentro do prazo de 48 horas, que é o da apresentação do detido para primeiro interrogatório judicial”.

7) Acórdão. TRP de 14 de Fevereiro de 2007

“Repare-se que o art. 174 n.º 5 do CPP, referindo-se apenas aos casos previstos na alínea a) do n.º 4 do mesmo artigo, impõe (sob pena de nulidade) a imediata comunicação da realização da busca ao juiz de instrução, para ser por este apreciada em ordem à sua validação. O que significa que, em caso de consentimento do visado, não é necessária a validação da busca domiciliária uma vez que se trata da situação **prevista** na alínea b) do n.º 4 do mesmo art. 174”.

b. Art. 176.º do CPP

Salvo nos casos do n.º 5 do art. 174, ou seja, os casos em que se dispensam as exigências de despacho de ordenação ou autorização para que o OPC proceda à diligência em causa, será entregue uma cópia do despacho que determinou a busca a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza. Nessa cópia se fará menção de que quem a recebe pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga. Assim dispõe o n.º 1 do preceito em questão.

Caso nenhuma das pessoas referidas no artigo anterior esteja localizável e contactável, seja quem tenha a disponibilidade do lugar, ou pessoa da sua confiança que a acompanhe ou substitua, tal cópia será entregue a um parente, vizinho, porteiro ou alguém que o substitua.

Se houver, por quem ordenar ou efectuar a busca, razões para presumir que se verificam os pressupostos do artigo 174.º, n.º 1 (ou seja indícios que alguém oculta quaisquer objectos relacionados com um crime ou que podem servir de prova), pode juntamente com a busca proceder-se a revista de pessoas que se encontrem no lugar (remete-se ainda para o art. 173.º “pessoas no local do exame”).

Outras formalidades se exigem em disposições especiais nomeadamente quanto a buscas em escritórios de advogados, consultório médico ou estabelecimento de saúde (cfr. Disposições especiais constantes dos n.ºs 5 e 6 do art. 177).

A entrega da cópia do despacho ao visado propõe-se dar-lhe a conhecer as razões que fundamentam a busca, para que este de forma consciente e esclarecida consinta a diligência. Coloca-se a questão: dever-se-á mencionar as razões da busca, nomeadamente o sentido das suspeitas que estão na sua origem? Não necessariamente pois a busca não é um meio de aquisição da notícia de um crime, mas sim um instrumento probatório da prática deste.

Outra questão formal controversa prende-se com o modo abstracto relativo ao sitio ou aglomerado da habitação em causa, a que alguns despachos de autorização de busca domiciliar se referem. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça responde dizendo que no despacho de autorização deve constar a “identificação possível”, ou seja não é exigível a mesma medida de pormenorização em todas as situações (*Ac. do STJ de 21 de Outubro de 1998, também no mesmo sentido, o Ac. do TRP de 19 de Maio de 1999*).

Será ainda necessário no despacho identificar a pessoa que tem a disponibilidade do lugar onde decorre a diligência, ou seja, a pessoa que desfruta da moradia, ou tal será dispensável? O STJ entende que tal não é exigido pela lei, tornando-se dispensável, de forma a que a sua omissão não constitua qualquer vício (*Ac do STJ de 21 de Outubro de 1998*).

Quanto à presença do visado, aquando a realização da busca, não é obrigatória evitando que a ausência do mesmo seja motivo de demora ou de perda de efectividade na realização da diligência, o que não invalida ser-lhe comunicada para que possa assistir à mesma e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança, conforme os trâmites do art. 176.º do CPP. Esta possibilidade, por parte do visado ou terceiro da sua confiança, resulta da ínfima experiência, sabedoria e ponderação do nosso legislador, que, ao consentir esta vigilância, assegura, por um lado, a descoberta de provas da prática de um crime e, por outro lado, assegura

a “fiscalização” da actuação dos órgãos de polícia criminal, salvaguardando o respeito pelos direitos fundamentais do visado, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada – cfr. art. 26.º CRP. É desejável prova testemunhal de cariz técnico e ou policial (conforme os casos), que certifique os elementos de prova eventualmente retirados do local, e esclareça quer as circunstâncias em que a recolha de tais elementos decorreu, quer as atitudes e reacções das pessoas visadas no âmbito da mesma.

Não nos podemos satisfazer apenas com as formalidades decorrentes do artigo 176.º CPP. São ainda aplicáveis, analogicamente, algumas formalidades relativas às revistas. A busca deve “respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado”, art. 175.º, n.º 2 CPP (caso não se respeite essa formalidade, estaremos perante uma proibição de prova, art. 126.º CPP).

Como regra, a omissão de alguma destas formalidades apenas redundará numa irregularidade submetida ao regime do art. 123.º. Só assim não será se houver coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, ou abusiva intromissão no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, casos em que de acordo com o art. 126.º do CPP e arts. 32 n.º 8 e 34.º n.º 4 da CRP, tal diligência será nula.

Jurisprudência

1) *Ac STJ de 15 de Julho de 1992, proc. 42.974/3.º*

Vem precisamente dizer que a “inobservância das formalidades enunciadas no art. 176 do CPP não dá lugar a qualquer nulidade, pelo que constitui mera irregularidade”.

2) *Ac STJ de 8 de Novembro de 1995; BMJ, 451, 238*

Determina que “a falta de entrega da cópia do despacho que determinou a busca à pessoa que a esta assistiu, inobservando o disposto no art. 176, do CPP, constitui, quando muito, nulidade suprável, sanável por falta da respectiva arguição em tempo útil”.

3) *AC STJ de 15 de Dezembro de 1998, proc. 1081/98; SASTJ, n.º 26, 81*

Vem considerar “incontroverso face ao disposto no art. 176.º, n.º 1 do CPP, não ser a presença do arguido obrigatória aquando da realização

da busca, sem embargo de, em obediência ao preceituado no mesmo normativo, dever ser-lhe comunicado que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança. A omissão desta formalidade não é fulminada com a nulidade, constituindo mera irregularidade”.

III. Buscas não domiciliárias

Como já referimos as buscas são precisamente um meio processual para recolha de informações no cometimento de algum ilícito criminal.

No entanto, estas suscitam grandes controvérsias, nomeadamente porque inseridas no âmbito da prova podem contender com direitos fundamentais, consubstanciando-se numa intromissão num espaço alheio e, por isso, afectar a reserva da intimidade da vida privada das pessoas. Deste modo, esta interferência significa a intromissão no domicílio.

As buscas podem ser realizadas em locais diferentes, o que leva à aplicação de regimes também diferentes. Assim podem ser realizadas:

- no domicílio;
- fora do domicílio.

É o artigo 177.º do CPP que impõe os requisitos específicos a que as buscas domiciliárias devem obedecer, sendo este um regime mais restrito por contender com os princípios constitucionalmente consagrados que já supra referimos.

Quanto às buscas não domiciliárias aplica-se o regime do artigo 174.º do CPP, apesar deste artigo se aplicar a todos os tipos de busca. Assim podem ser realizadas buscas não domiciliárias:

- em lugares reservados ou não livremente acessíveis ao público;
- nos locais onde existam indícios de que nele(s) se encontra(m) a(s) pessoa(s) que deva(m) ser detida(s) ou que existam objectos relacionados com o crime sempre que hajam indícios para a sua suspeita ou que possam servir como prova deste.

Neste tipo de buscas (não domiciliária) encontra-se ainda a busca realizada em locais especiais, como sendo, escritórios de advogados, estabelecimentos de saúde e consultórios médicos, sendo que é aplicável um regime específico para não contender com princípios que se revelam de extrema importância neste âmbito.

Encontramos vários regimes de buscas não domiciliárias, nomeadamente:

- 1) o regime geral – que decorre dos n.ºs 2 e 3 do art. 174.º do CPP.
- 2) o regime excepcional – que decorre do n.º 5 do mesmo artigo.
- 3) um regime autónomo ou especial – aquele que se realiza em consultórios médicos, escritórios de advogados e estabelecimentos de saúde, mormente na salvaguarda do segredo profissional.
- 4) como medida cautelar – prevista no art. 251.º do CPP.

O regime-regra, no que concerne às buscas não domiciliárias, refere quais as situações em que estas se podem efectuar:

- a. quando haja indícios (que não meras suspeitas ou conjecturas) de que objectos relacionados com o crime, o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontrem em local reservado ou não livremente acessível ao público;
- b. quando ordenadas pelo MP ou autorizadas pelo Juiz de instrução, consoante a fase em que o processo se encontre, através de despacho;

De referir que a autoridade que ordena ou autoriza a busca deve, sempre que possível, presidir à diligência.

A própria doutrina e jurisprudência dividem-se em concepções mais ou menos amplas de domicílio, pelo que o seu conteúdo não se encontra objectivamente definido. Assim os lugares a que a norma do art. 174.º, n.º 2 do referido diploma se refere excluem o domicílio. Estes lugares “fechados” para realização de buscas não domiciliárias podem ser garagens, automóveis, quintais, discotecas, bares, restaurantes, entre outros.

Estes locais não têm de ser propriedade do arguido ou seu cúmplice, bastando que existam verdadeiros indícios e ali se encontrem objectos com aptidão probatória.

Também quanto à entidade competente para ordenar ou autorizar a busca o Tribunal Constitucional concluiu que esta competência não implicava “abusiva intromissão na vida privada” (n.º 8 do art. 32.º do CRP) sendo que, só nos casos de busca domiciliária, é que podemos entender que a única entidade competente para as autorizar é o juiz. Assim, de acordo com o n.º 3 do mesmo art. 174.º “as buscas deverão ser ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência”.

Também podemos configurar as buscas **como medida preventiva ou cautelar**, sendo que estas apenas são susceptíveis em locais fechados que não sejam qualificáveis como domicílio (automóveis, cafés, restaurantes, barcos...).²

Assim podem consubstanciar actos pré-processuais, uma vez que neste tipo de situação podem mesmo ser realizadas buscas antes da abertura do inquérito. Nesta medida podemos considerar a legitimidade de forças de segurança realizarem buscas em locais onde seja previsível que possam ocorrer acidentes, tais como jogos de futebol, espectáculos e divertimentos públicos e que determinadas condutas durante a sua realização possam criar perigo para a integridade física e para a vida. Neste sentido, as “buscas cautelares” são medidas de excepção sujeitas a um rigoroso e apertado procedimento e limitadas espacialmente, como já referimos.

Encontramos um Acórdão neste sentido:

– Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-04-2005

I – O artigo 251 do Código de Processo Penal admite, como medida cautelar, que, em caso de urgência, os órgãos de polícia criminal procedam à revista de suspeitos e a buscas nos lugares onde eles se encontrem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de prova e que, de outra forma, poderiam perder-se.

II – A urgência da medida e alguma preocupação com a salvaguarda de eficácia da investigação justificam a atribuição de competência às polícias para a sua prática, ainda antes de lhes serem ordenadas ou autorizadas pelo juiz de instrução.

Se é certo que o respeito pelos direitos fundamentais há-de ser sempre o farol que ilumina o processo penal, à luz, nomeadamente, do estatuído no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, importa, todavia atentar em que, por um lado, o regime da inviolabilidade de domicílio – art. 34.º da Lei Fundamental – não tem aplicação em casos como o presente já que se reveste de uma consistência mais densa do que a de outros locais ou objectos, ou não demandasse ela uma disposição específica no próprio texto constitucional. E, por outro, que, esses direitos, sendo embora fundamentais, não podem, individualmente, sobrepor-se à prossecução de

² Neste sentido a apreciação dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 192/2001 e n.º 364/2006, de exemplos de lugares fechados para efeitos de realização de busca não domiciliária.

outros de cariz individual ou colectivo que a própria Constituição coloca à sua frente.

É o caso, nomeadamente do direito à segurança, também ele um direito fundamental – art. 27.º, n.º 1.

Daí que importe salvaguardar um mínimo de eficácia à investigação criminal sob pena de muitos desses direitos fundamentais não lograrem efectiva protecção.

Essa salvaguarda implica a necessária e proporcional compressão de alguns desses direitos, dentro dos limites que o legislador tem como suportáveis. (...) Esses limites recebem consagração no citado artigo 251.º do Código de Processo Penal.

Tratando-se, como se viu, de uma disposição processual de natureza eminentemente cautelar, voltada para situações de emergência em que a suspeita de existência de prova de um crime não se compadece com demoras sob pena da sua evaporação, a sua aplicação tem de bastar-se com tal suspeita, seja ela anterior ou concomitante à intervenção da autoridade judiciária, desde que suportada em fundamento razoável.²

Estes procedimentos cautelares, justamente porque o são, não podem prescindir do imediatismo da decisão e da acção, sob pena de a investigação criminal ser relegada ainda mais para o rol das inutilidades.

a) Buscas em Consultórios Médicos, Escritórios de Advogados e Estabelecimentos de Saúde

Também com vista à obtenção de elementos com aptidão probatória, podem ser realizadas buscas em consultórios médicos, escritórios de advogados e estabelecimentos de saúde, nos termos do art.177.º, n.os 5 e 6 do CPP.

As buscas realizadas nestes locais são consideradas como buscas não domiciliárias, apesar de reguladas na norma “Busca domiciliária” (art. 177.º do CPP). Também não se lhe aplica a restrição temporal desta última uma vez que podem ser realizadas a qualquer hora do dia (ou da noite).

Esta actividade de recolha de meios de prova contende com determinadas regras deontológicas como sendo o Estatuto da Ordem dos

³ Neste sentido referimo-nos à Lei n.º 8/97, de 12 de Abril, revogada pela Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (que aprovou o novo regime das armas e munições), onde se prevê a possibilidade de as forças policiais poderem realizar operações especiais de prevenção criminal.

Advogados e o Código Deontológico dos Médicos, nomeadamente no que respeita ao segredo profissional a que estão obrigados no exercício das suas funções e, por isso, o seu regime é mais restrito quanto ao procedimento e formalidades (por exemplo, o aviso prévio do juiz ao presidente do Conselho da Ordem profissional em causa para estar presente na diligência não se enquadra nas mesmas funções que o consentimento do visado e, por isso, não se lhe podem aplicar as exigências para este último).

b) As Buscas em Escritórios de Advogado, em especial

Refere o art. 70.º do EOA “**Imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados:**

1 – A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço electrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente.

2 – Com a necessária antecedência, o juiz deve convocar para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho distrital, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, conforme os casos, os quais podem delegar em outro membro do conselho distrital ou da delegação.

3 – Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer.

4 – Às diligências referidas no n.º 2 deste artigo são admitidos também, quando se apresentem ou o juiz os convoque, os familiares ou empregados do advogado interessado.

5 – Até à comparência do advogado que represente a Ordem dos Advogados podem ser tomadas as providências indispensáveis para que se não inutilizem ou desencaminhem quaisquer papéis ou objectos.

6 – O auto de diligência faz expressa menção das pessoas presentes, bem como de quaisquer ocorrências sobrevindas no seu decurso”.

As buscas em escritórios de advogados obedecem a um regime autónomo/ legal próprio. Encontramos o fundamento de um regime específico pelo dever deontológico que um advogado, no exercício das suas funções, tem de obedecer – o segredo profissional, mormente pelo manifesto interesse público contido naquele – art. 87.º do EOA.

Em que consiste na realidade um escritório de advogados? Segundo o disposto no art. 86.º, h) do EOA, um dos deveres do advogado consiste em “...manter um domicílio profissional dotado de uma estrutura que assegure o cumprimento dos seus deveres deontológicos...”, isto é, um local onde se possa centralizar o seu arquivo e demais elementos no exercício da sua actividade. Nos escritórios destes profissionais, muitos factos são levados ao seu conhecimento, nomeadamente documentos, objectos (juridicamente, coisas), isto é todo um conjunto de realidades que podem relevar como meios de obtenção probatória e que, por isso, relevam na matéria das buscas pelas suas características físicas (pois só estas são susceptíveis de buscar / apreender).

Deste modo, temos de ter em conta quatro fases diferentes: a decisão que está na origem da diligência, a quem compete exclusivamente, ou seja o juiz (cfr art. 70.º, n.1 do EOA); o acesso ao escritório do advogado – é ao juiz que compete avisar o Presidente do Conselho Distrital da Ordem dos Advogados territorialmente competente para este estar presente na diligência ou, quanto muito, se faça representar (não podemos esquecer que esta diligência tem de ser presidida pelo juiz, sob pena de nulidade); a busca em si mesma, uma vez que a regra é que os documentos que estão abrangidos pelo segredo profissional não podem ser apreendidos (art. 180, n.º 2 do CPP), apenas se exceptuando os casos em que estes constituam objecto ou elemento de um crime; e, por último, a apreensão da coisa que aí se encontre, onde temos de ter em consideração que o objecto/documento sujeito à obrigação de segredo profissional não pode ser lido ou examinado no local de realização da busca, mas antes estar submetido ao regime do art. 72.º do EOA.

No entanto, este regime de “busca especial” – em escritório de advogado -permite a compatibilização da realização da justiça criminal, da descoberta da verdade material e ainda das regras deontológicas no exercício da profissão de um advogado, nomeadamente as que se referem ao segredo profissional.

IV – Buscas Domiciliárias

A) Noções

1. Busca. Como foi já referido, a busca é uma diligência processual penal cujo intuito é a recolha de informação relativa à prática de um crime: é **um meio de obtenção de prova**.

É também uma medida que pode **colidir** com **direitos fundamentais dos cidadãos**, tais como a reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º/1 da CRP) e a inviolabilidade do domicílio (art. 34.º/1 da CRP)⁴.

Ora, a pedra angular do processo penal num Estado de Direito democrático é a **tutela efectiva dos direitos individuais e gerais**, ou seja, a tutela dos direitos fundamentais da liberdade, igualdade, dignidade e segurança, direitos que não se consideram na perspectiva individual e colectiva, para o que se impõe uma visão harmónica que combine e concilie as três missões básicas do **processo**: jurídica, enquanto instrumento para a realização do direito objectivo; política, como garantia do arguido; social, enquanto contribui para a pacífica convivência social⁵. O direito processual penal assume, assim, uma particular relevância, na verdade, pois a intervenção jurisdicional com vista à tutela e garantia dos direitos fundamentais das pessoas significa, assim, o acolhimento da “afirmação de que o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado” (GERMANO MARQUES DA SILVA).

Pelo exposto, e no que em concreto se refere à busca enquanto meio de obtenção de prova, torna-se premente autorizar a busca solicitada de harmonia com o princípio da ponderação de interesses

⁴ A este propósito vejam-se também as disposições do **Direito Internacional: Declaração Universal dos Direitos do Homem** (art. 12.º – ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, em ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito e protecção da lei.), **Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (art. 8.º), **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos** (art. 17.º).

⁵ In: JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (lições coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES), Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 22; SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal”, I, 4.ª ed. Revista e actualizada, Verbo, 2000, p. 52.

(COSTA ANDRADE)⁶. Estamos, assim, num domínio em que assume particular relevância o princípio da proporcionalidade – veja-se a este propósito VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO⁷.

Se, da ponderação realizada, for necessário a restrição ao direito fundamental de inviolabilidade do domicílio (decorrente da realização de uma busca domiciliária, com vista à obtenção de prova) isso não significa a validação de uma proibição de prova obtida por meio proibido.

Como salienta COSTA ANDRADE, A necessária e permanente referência ao caso concreto impõe naturalmente balizas à reflexão sobre as proibições de prova e os princípios fundamentais do seu regime. Não pode, nomeadamente aspirar-se à definição de uma qualquer malha de enunciados normativos, capazes de enquadrar, como premissas de um rígido programa condicional, as pertinentes expressões da vida. Terá, pelo contrário, de optar-se por um discurso marcado pela plasticidade e abertura à surpresa do caso concreto.⁸

Sobre este aspecto em concreto, importa ainda não esquecer o **direito internacional**. Cumpre, de facto, atender a que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Artigo 16.º, n.º 2 da CRP) – veja-se a este propósito o **Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 8 de Junho de 2004**.

2. Domicílio. Sobre esta questão, importa referir que o conceito de domicílio do art. 177.º do CPP. não é entendido em sentido estrito, isto

⁶ ANDRADE, Costa, “Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico-Criminal”, Coimbra, Editora, p. 28 e segs..

⁷ «Para além dos pressupostos de previsão constitucional expressa e salvaguarda de direito ou interesse constitucionalmente protegido, o terceiro pressuposto material para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias consiste naquilo que se designa por princípio da proporcionalidade, que se desdobra em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade ou indispensabilidade e o da proporcionalidade. O denominador comum aos três é exactamente o de equacionar a restrição que constituem em termos de direitos fundamentais com os interesses que se pretende prosseguir. Porém, tal adequação de perfil superior em termos de admissibilidade e ponderação constitucional nada tem a ver com um inusitado pressuposto processual penal de que um determinado meio de prova, desacompanhado de outro, não tem relevância para fundamentar a convicção do Tribunal» CRP Anotada.

⁸ Sobre As Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 1992,116.

é, no sentido civilístico de residência habitual⁹⁻¹⁰⁻¹¹ – conforme resulta da conjugação com os art. 34.º e 26.º da CRP.¹² Este conceito tem, assim, uma **dimensão** mais **ampla**, enquanto habitação humana, espaço fechado e recatado a estranhos, onde livremente, se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar.

2.1. Doutrina. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA afastam o sentido civilístico de domicílio¹³, sendo para estes autores domicílio o local onde se habita, a habitação, seja permanente, seja eventual, seja principal ou secundária”, incluindo “as habitações precárias, como tendas e roulettes, abrangendo ainda no conceito de domicílio a residência ocasional

⁹ **Artigo 82.º Código Civil (Domicílio Voluntário Geral):**

1. A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles.

2. Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar.

¹⁰ Daí que ainda hoje seja actual a lição de Marnoco e Sousa a propósito do n.º 15.º do art. 3.º da CRP de 1911 quando dizia: Neste artigo, sanciona-se o princípio da inviolabilidade do domicílio. É uma consequência, e, por assim dizer, um prolongamento da liberdade individual. (...) A expressão domicílio não tem aqui o sentido que se lhe liga no direito civil. No direito civil, o domicílio é o lugar onde o cidadão tem a sua residência permanente designando assim o vínculo jurídico que liga uma pessoa a um certo lugar. Quando se fala em inviolabilidade do domicílio, no direito constitucional, pretende-se significar com esta expressão a casa ou a parte de uma casa que um indivíduo ocupa regularmente, de facto, num dado momento, para aí viver só ou com os membros da sua família.

¹¹ Sobre esta questão veja-se ainda o Acórdão Relação do Porto de 15/3/2000 (in C.J. Ano XXV, Tomo II, págs. 237 e segs), nos termos do qual O valor cuja protecção está subjacente à criação desse especial regime (dos arts. 174.º e 177.º do CPP) é o da tranquilidade e segurança da vida íntima ou privada do ser humano. Por isso é que o legislador restringiu o campo da sua aplicação àquele restrito espaço – casa habitada ou uma sua dependência, fechada - que é o local reservado à vida íntima de qualquer pessoa, à sua actividade privada. Daí dever considerar-se que a expressão «busca domiciliária» se reporta àquele preciso espaço e não ao «domicílio civil», tal como este está definido no art. 82.º do C.C. que pode, ou não, coincidir com aquele [sublinhado nosso].

¹² Veja-se também: art. 5.º Constituição de 1822; art. 145.º da Carta Constitucional; art. 16.º da Constituição de 1838; art. 15.º da Constituição de 1911 e art. 8.º da Constituição de 1933.

¹³ Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, atendendo ao art. 82.º do Código Civil, A residência habitual não é a residência permanente nem a residência ocasional (...) O preceito do n.º 2 é aplicável àqueles que, como certos vendedores ambulantes, artistas de circo, operários ou trabalhadores em certos empreendimentos, ciganos, etc., não têm paradeiro fixo.

(quarto de hotel) e ainda os locais de trabalho (escritórios). Para estes Professores, a garantia da inviolabilidade do domicílio é extensível quer ao domicílio voluntário geral quer ao profissional e ainda à sede das pessoas colectivas, atendendo-se, para isso, a uma ideia base de “projectão espacial da pessoa”. Sobre a questão em concreto da sede das pessoas colectivas, PAULO MOTA PINTO entende que a inviolabilidade do domicílio não se dirigindo à protecção da intimidade da vida privada ou familiar, dirige-se à protecção da vida privada da pessoa colectiva, abrangendo nomeadamente o “segredo dos negócios”.

Neste segmento, também COSTA ANDRADE considera que o conceito de domicílio tem de ser entendido numa dimensão ampla e não restrita.

Esta não é todavia uma posição unânime – seja-se em sentido oposto autores como MARNOCO e SOUSA, J. MARTINS DA FONSECA.

2.2. Jurisprudência

• **Acórdão do TC n.º 452/89, processo n.º 15/97:** a norma do n.º 2 do citado art. 81.º, (da parte III do Regulamento da GNR), na medida em que, em situações de viagem, consente que se efectuem buscas, sem observância das regras constitucionalmente definidas, nesses espaços fechados em que a personalidade humana se projecta mais privadamente, mais livremente, infringe, também nesse ponto, o preceito do art. 34.º da CRP.

• **AC. TC n.º 67/97, BMJ n.º 464/75:**l «O conceito constitucional de domicílio deve ser dimensionado e moldado a partir da observância do respeito pela dignidade da pessoa humana, na sua vertente de reserva da intimidade da vida familiar, de modo a acautelar um núcleo íntimo onde ninguém deverá penetrar sem o consentimento do próprio titular do direito – e sem necessariamente pressupor uma plena e exclusiva disponibilidade do espaço físico que consubstancia o domicílio».

• **O AC. RE de 4 de Julho de 1995 (CJ XX, tomo 4, 283):** Deve ser havida como sua residência a tenda de um cigano na qual esteja a viver com a companheira e os filhos e onde tenha pertences domésticos e roupas. Logo não poderá a busca ser efectuada fora dos pressupostos e condições estabelecidas no art. 174.º do CPP.

B. Regime jurídico das buscas domiciliárias

1. Legislação e CPP.

CAPÍTULO II – Das Revistas e Buscas

Artigo 174.º – Pressupostos

1 – Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada revista.

2 – Quando houver indícios de que os objectos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca.

3 – As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.

4 – O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máxima de 30 dias, sob pena de nulidade.

5 – Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:

- a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;
- b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou
- c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

6 – Nos casos referidos na alínea a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação.

(...)

Artigo 177.º – Busca domiciliária

1 – A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.

2 – Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de:

- a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;
- b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma;
- c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

3 – As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal:

- a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21 horas;
- b) Nos casos referidos nas alíneas b) e c) do número anterior, entre as 21 e a 7 horas.

4 – É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174.º nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito.

(...)

Súmula legislativa:

A regra é que, nos termos do artigo 177, n.º 1 do CPP, será nula a busca em casa habitada ou sua dependência fechada, se não for ordenada ou autorizada pelo juiz, e efectuada entre as 7 e as 21 horas.

Como excepções, contam-se as do n.º 2 em que, mediante despacho do juiz, se possibilita a realização da busca entre as 21h00 e as 07h00, nos casos de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; com o consentimento do visado documentado por qualquer forma; ou quando em flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a

3 anos – cfr. respectivamente as alíneas a, b e c do n.º 2 do artigo em análise.

Ainda o n.º 3 preceitua situações de desvio ao regime geral, possibilitando a ordenação de buscas domiciliárias por parte do MP ou OPC, isto é sem necessidade de despacho judicial, respectivamente nos casos:

- Do art. 174.º n.º 5 (criminalidade organizada ou violenta, terrorismo, consentimento ou flagrante delito), mas desde que entre o período normal das 7 às 21 h
- No caso das alíneas b) e c) do n.º 2 do art. 177.º entre as 21 e as 7 horas, ou seja em caso de consentimento do visado documentado por qualquer forma, ou no caso de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.

Quando a busca seja realizada por OPC, sem consentimento e fora de flagrante delito, vem o número 4 aplicar a comunicação a que se refere o n.º 6 do art. 174.

2. Regime Regra – O artigo 177.º/1 do CPP.

2.1. A Ordem ou Autorização pelo juiz

I. A exigência de que a busca seja **ordenada** ou **autorizada** pelo **juiz** decorre dos artigos 32.º/4¹⁴, 34.º/2 e 34.º/2 e 202.º¹⁵ da CRP e do artigo 269.º/1/c) do CPP, bem como da necessidade de salvaguardar a reserva da privacidade do domicílio e a sua inviolabilidade, como marcos fulcrais da liberdade individual numa sociedade democraticamente organizada.

Trata-se de uma competência exclusiva do juiz de instrução, que tem, neste domínio, uma função exclusivamente garantística e não de valoração de provas (veja-se o **Acórdão do TC de 22 de Abril de 1995, processo n.º 114/95**).

Está aqui em questão o “**princípio da reserva de juiz**”. Na verdade, segundo a CRP, qualquer acto instrutório, isto é, um acto que vise tendencialmente a recolha de prova, e que se relacione com direitos fundamentais está sob reserva de um juiz e é indelegável. Segundo DAMIÃO DA CUNHA este conceito de “acto instrutório” assume particular importância na fase do inquérito, enquanto fase por excelência de recolha de prova.

Este regime diverge do das **buscas não domiciliárias**, em que a autorização compete a autoridade judiciária, o que significa que pode ser dada pelo MP.

Situação diferente é já a questão de saber **quem preside à diligência**. Estabelece a este propósito o artigo 174.º/3 CPP que será a autoridade judiciária que autorizou ou ordenou a busca que deverá, sempre que possível, presidi-la. Esta solução legal resulta da reconhecida “pouca disponibilidade” das autoridades judiciárias para se deslocarem a estas diligências, o que não deixa de ser uma situação criticada, entendendo alguma doutrina que **nas buscas domiciliárias** o juiz deveria sempre acompanhar e presidir à diligência.

¹⁴ Artigo 32.º/4 CRP: Toda 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.

¹⁵ Norma esta que qualifica como função jurisdicional “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

II. Jurisprudência

• **AC do Tribunal da relação do Porto de 14.02.2007:** Ou seja, quando o órgão de polícia criminal realiza (executa) a busca domiciliária, ocorre então efectivamente a restrição do direito à inviolabilidade do domicílio, restrição essa que havia sido antecipadamente *autorizada pela decisão judicial*. Isto significa que a partir do momento em que é autorizada judicialmente a busca domiciliária, fica garantida a legalidade da intervenção do OPC que a vier a executar.

• **AC TC 7/87:** Constitucionalidade das buscas domiciliárias efectuadas sem *prévio despacho judicial* por, nas situações previstas na alínea a) do n.º 4 (agr n.º 5) do 174.º, o direito à inviolabilidade do domicílio enunciado nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 34.º da CRP dever compatibilizar-se com o direito à vida e com o direito à integridade pessoal consignados respectivamente nos art.s 24 e 25 da Lei Fundamental.

2.2. O horário

I. O horário nas buscas domiciliárias está compreendido entre as 7 e as 21 horas (art. 177.º/1 CPP).

Este preceito resulta do art. 34.º/3 da CRP, no âmbito da revisão constitucional de 2001 – pois, entre os anos de 1976 e 2001, as buscas domiciliárias foram absolutamente proibidas. Todavia, já antes de 2001 a proibição constitucional de intromissão não consentida no domicílio durante o período nocturno não tinha um carácter absoluto, na medida em que se podiam abrir excepções por via do artigo 18.º da CRP que permite, na medida do estritamente necessário e sem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos constitucionalmente consagrados, restringir ou limitar o conteúdo de direitos fundamentais. Todavia, esta situação foi clarificada em 2001, tendo-se reconhecido expressamente a necessidade de flexibilizar a protecção conferida à inviolabilidade do domicílio de forma a prosseguir igualmente outros interesses relevantes.

Foi a *Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro* (lei de autorização legislativa para elaboração do Código de Processo Penal de 1987), no seu ponto 27, que veio determinar que se concretizasse o “horário em que são admitidas as buscas domiciliárias, assegurando-se a sua não realização durante a noite, e a restrição da competência para a respectiva autorização da competência para a respectiva autorização ao juiz instrutor, salvo consentimento do visado.”.

Apesar das normas vigentes actualmente, não deve descuidar-se o alcance do **artigo 18.º da CRP**. Assim, nos casos em que se pretenda prosseguir os interesses da investigação criminal, a limitação da garantia da inviolabilidade do domicílio tem carácter excepcional e deve respeitar as exigências do referido artigo. Pelo que a realização das buscas tem “como regra fundamental o cumprimento dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade”

Relativamente à **expressão noite** este conceito não é puramente meteorológico, mas normativo, donde decorre que noite será o período de descanso ou recolhimento que para a generalidade das pessoas ocorre entre as 21 e as 7 horas (não tendo este período que coincidir necessariamente com a totalidade do período de ausência da luminosidade solar, MARQUES FERREIRA).

Todavia, conforme consta do **art. 177.º/2 CPP** (preceito introduzido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto), actualmente a busca domiciliária pode também ocorrer entre as 21 horas e as 7 horas nos casos de “terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada”, “consentimento do visado, documentado por qualquer forma” e “flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos”. Veja-se a este propósito o **Acórdão da Relação de Lisboa de 6 de Outubro de 1993 (CJ;XVII, tomo 4, 163) nos termos do qual** As buscas domiciliárias efectuadas mediante consentimento do visado devidamente documentado respeitam o condicionalismo do art. 174.º do CPP e não estão sujeitas ao limite temporal do art. 177, n.º 1 – ou seja a realização entre as 7 e as 21h.

Com as mais recentes alterações legislativas, passou a existir uma maior **articulação entre o CPP e a CRP**. Na verdade, a CRP continha um regime de buscas domiciliárias mais permissivo. Isto porque enquanto a CRP permitia a possibilidade de realizar buscas domiciliárias durante a noite, sem autorização judicial (artigo 34.º/3), o CPP não previa a possibilidade de realizar buscas domiciliárias durante o dia, sem autorização judicial (anterior artigo 177.º/2) – ANA LUÍSA PINTO. Hoje, o artigo 177.º/3/b) do CPP já prevê a possibilidade de realização de buscas domiciliárias durante a noite sem autorização judicial, para os casos em que haja consentimento e para flagrante delito. Todavia, neste último aspecto, consideramos que a CRP continua a ser mais permissiva pois, enquanto no CPP se prevêem os casos de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos, na CRP não se faz essa especificação.

II. Inovações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, referentes ao horário. Estabelece o art. 177.º/3/a) do CPP que as buscas domiciliárias ordenadas pelo MP ou efectuadas pelos OPC nos casos referidos no n.º 5 do art. 174.º do CPP só podem ocorrer entre as 7 horas e as 21 horas. Anteriormente à Lei n.º 48/2007 não se fazia esta especificação (o artigo 177.º/2 limitava-se a remeter para o artigo 174.º/4/a) e b) do CPP, sem fazer qualquer referência ao horário).

A este respeito, diga-se que no caso em que haja consentimento do visado, desde que seja documentado sob alguma forma, a busca ordenada pelo MP ou efectuada pelo OPC pode ocorrer também entre as 21 horas e as 7 horas (art. 177.º/3/b) do CPP). Isto é, no caso de «consentimento do visado» a busca pode ocorrer durante 24 horas, durante todo o dia.

Também em relação ao horário, as buscas domiciliárias podem ser ordenadas pelo MP ou efectuadas pelos OPC no caso de “flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos”, entre as 21 e as 7 horas (art. 177.º/3/b) do CPP). De salientar, aqui, a exigência que o crime seja punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos. Não basta que o crime seja punível com pena de prisão, como sucede no art. 174.º/5/c) do CPP.

3. As Excepções

Estamos, aqui, perante um regime especial de dispensa de autorização judicial expressa prévia para as buscas domiciliárias – estabelecido pela Lei de Autorização Legislativa (Lei 43/87, de 26 de Setembro).

3.1. Artigo 177.º/3/a) CPP

I. Remissão para o artigo 174.º/5/a) do CPP. Esta norma remete para o artigo 174.º/5/a) do CPP. Permite-se assim que o MP ordene a busca domiciliária ou que o OPC efectue a busca domiciliária nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.

Esta solução é considerada como de equilibrada compatibilização de direitos e interesses fundamentais. Deve, assim, entender-se que o legislador constituinte não quis proteger mais o domicílio do que outros bens jurídicos, tais como a vida ou a integridade física (art. 24.º e 25.º da

CRP). Por este motivo, em situações de conflito de direitos que seja iminente e imediato, os O.P.C. ou o M.P. podem actuar sem terem de esperar pela autorização do juiz.

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a actuação dos OPC enquadra-se no instituto do estado de necessidade, pois estamos perante um perigo actual não removível de outro modo, que ameaça a vida, a integridade física de terceiro e não lhes é exigível que tenham comportamento diferente, conforme estabelece o artigo 35.º/1 do CP.

II. Remissão para o artigo 174.º/5/b) do CPP. Uma questão que se coloca neste domínio é a de saber quem é que tem de prestar o consentimento. Questionando-se se quem o tem de realizar é o disponente do bem (por exemplo, o proprietário, o arrendatário, o possuidor) ou se a pessoa visada pela diligência.

A este respeito a jurisprudência já por diversas vezes se pronunciou – vejamos a este propósito os Acórdãos:

• **Ac STJ de 5 de Julho de 1991 (CJ, XVI, tomo 3, 26)**, diz-nos que a busca só pode ter lugar nos casos previstos na lei ou com consentimento de quem tiver a livre disponibilidade em relação ao lugar onde é efectuada, que pode não ser a pessoa visada com a diligência.

• **Do STJ, de 26 de Novembro de 1992, processo n.º 42 916**

(“Não há violação do direito de inviolabilidade do domicílio sempre que a entrada no mesmo não seja feita contra a vontade do *titular do respectivo direito* (...) O titular desse direito é a pessoa que tiver a disponibilidade do lugar onde a diligência se realize (...) o dono ou a dona da casa”);

• **Do STJ, de 11 de Março de 1993, processo n.º 43 512** (“não há abusiva intromissão no domicílio quando o pai do arguido (...) expressamente consentiu que o OPC efectuasse uma busca na casa de que aquele era dono”);

• **Ac do TC n.º 507/94 (DR, II série, n.º 285, de 12 de Dezembro de 1994)**, vem decidir pela inconstitucionalidade da interpretação dos art.s 174 n.º 4 (actual n.º 5) no sentido de que as buscas podem ser realizadas por OPC’s desde que tenham *consentimento de quem disponha do lugar de habitação em que a busca seja efectuada*, quando não seja o visado por tais diligências, pois tal interpretação violaria o disposto no art. 34.º, n.º 2 da CRP.

• **Do STJ, de 8 de Fevereiro de 1995, processo n.º 47 083** (“proibida uma busca à casa da arguida (...) sem consentimento da pessoa visada”);

• **Ac do Tribunal da Relação do Porto de 29-01-2003, processo n.º 0210993**, vem dizer que a validade da realização da busca domiciliária basta-se com *o consentimento* da pessoa afectada que era e que tenha a livre disponibilidade (...) não se exigindo o consentimento cumulativo de todos os outros residentes na casa. *A entrada na habitação será porém irregular se houver oposição de algum dos demais titulares, que terá que ser manifestada.*

No que concerne à doutrina veja-se COSTA ANDRADE, que, citando AMELUNG, refere que cada um dos que habitam na mesma casa é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado e só pode dispor-se de um direito alheio na base de autorização bastante (...) o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários.

Continuando na esteira deste autor, estes direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito, sendo que a não existência do consentimento da pessoa visada configuraria um cerceamento da autonomia pessoal, cuja ineficácia apresentar-se-ia igualmente onerosa para o Estado.

O TC partilha das ideias de AMELUNG, sendo que no seu entender, a titularidade de vários direitos à inviolabilidade do domicílio pode dar origem a situações conflituantes, que têm de ser decididas pelos tribunais.

Também MANUEL M. G. VALENTE é do entendimento que para a realização de uma busca domiciliária o «consentimento terá de ser prestado pelo visado com a diligência e seja titular do direito de inviolabilidade de domicílio, não sendo suficiente a disponibilidade do local da habitação».

No que se refere à **forma do consentimento**, a lei parece apontar no sentido de que não pode ser dado de forma tácita, nem por via de presunção. Ao invés, o consentimento deverá ser expresso. Retirando-se tal exigência da circunstância da lei impor obrigatoriamente a documentação do mesmo.

Já no que respeita ao **momento em que o consentimento deva ser prestado**, a jurisprudência entende que ele tanto pode ser dado antes como depois da diligência, desde que fique documentado (**Acórdão da Relação de Coimbra de 2 de Dezembro de 1992**).

Veja-se também o **AC. RL de 6 de Outubro de 1993 (CJ:XVII, tomo 4, 163)**, que referindo-se ao horário, diz que As buscas domiciliárias

efectuadas mediante consentimento do visado devidamente documentado respeitam o condicionalismo do art. 174.º do CPP e não estão sujeitas ao limite temporal do art. 177, n.º 1 – ou seja a realização entre as 7 e as 21h.

Quanto ao nível de esclarecimento que a pessoa visada pela busca deva ter, a lei não impõe que ela seja informada das circunstâncias relevantes para decidir em consciência (que podem constar, por exemplo, na explicitação do objectivo da diligência), não havendo, porém, uma posição unânime sobre o assunto. A este respeito, todavia, a doutrina e a jurisprudência espanholas defendem a necessidade do consentimento ser prestado em circunstâncias que garantam uma decisão consciente e ponderada.

4. Alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto – Geral

I. De referir ainda que aquando da aprovação do CPP de 87, o PR enviou o CPP ao TC para que este fiscalizasse da inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva, dos preceitos 174.º/4 e 177.º/2. O TC pronunciou-se pela não inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 177.º, na remissão que fazia para o art. 174.º/4/a) e b), e pela inconstitucionalidade, na parte em que remetia para o art. 174.º/4/c), pois “nestes casos – detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão – não está em jogo qualquer valor que deva prevalecer sobre a garantia constitucional de reserva do juiz”.

Em consonância com esta decisão vemos que o anterior art. 177.º/2 do CPP só remetia para as alíneas a) e b) do art. 174.º/4 do CPP.

Ao invés, o actual art. 177.º/3/a) e b) remete para os «casos de flagrante delito» [previstos nos art.s 174.º/5/c) e 177.º/2/c)] do CPP.

II. Artigo 177.º/4 do CPP. Este número foi introduzido por esta lei.

Sendo que actualmente a exigência de comunicação ao juiz de instrução para que este aprecie a diligência em ordem à sua validação, só ocorre nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por OPC – e já não quando for ordenada pelo MP – e só nos casos de «terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa» (é o que resulta do art. 177.º/4 do CPP).

O que significa que a actual legislação vai ao encontro do **Acórdão do STJ de 17 de Junho de 1998 (processo n.º 42/98)** o qual considerava

que a validação pelo JIC só respeitava ao art. 174/4/a) (actual art. 174/5/a) do CPP) e já não ao art. 174.º/4/b) (actual 174.º/5/b) do CPP).

Em sentido oposto a este Acórdão veja-se, porém, MANUEL VALENTE “somos de opinião de que a 2.ª parte do n.º 2 do art. 177.º do CPP se refere quer aos casos da al. a) quer aos da al. b), pois estamos no âmbito das buscas domiciliárias e, caso assim não fosse o pensamento do legislador, seria dispensável a 2.ª parte do n.º 2 do art. 177.º do CPP, pois já se encontrava prescrito que nos casos da al. a) do n.º 4 do art. 174.º do CPP, fossem ou não buscas domiciliárias, haveria obrigação de comunicação imediata ao juiz de instrução para apreciação e validação ou não da diligência”.

Todavia, hoje parece não restarem dúvidas de que o legislador apenas pretendeu consagrar o regime da comunicação ao juiz de instrução nos casos de «terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa». A não remissão para a alínea b) devia ser considerada como propositada. Se assim não fosse não faria sentido ter o legislador continuado a consagrar a mesma solução (de comunicação ao juiz apenas naqueles casos).

6. Do valor das provas

I. Art. 124.º CPP. O artigo 124.º CPP fala do “objecto da prova”, sendo que se estabelece como prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou para a inexistência de qualquer crime, para a punibilidade ou não punibilidade do arguido, ou que tenham relevo para a determinação da responsabilidade civil conexas. Esta amplitude de admissibilidade de factos probandos, cingindo as suas limitações a algumas disposições legais (como o art. 126 deste código), é um afloramento do *princípio da demanda da verdade material*, dominante no nosso processo penal. Estamos perante um direito adjectivo cujo fim se destina à aplicação do direito penal substantivo, pois que, estando subjacentes realidades a indagar, se torna possível distinguir, dentro do processo penal, duas partes distintas: o apuramento dos factos que condicionam a aplicação da lei, e a aplicação da lei em si.

II. Art. 125.º CPP (Legalidade da Prova). “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

A regra geral é assim a de admissibilidade de qualquer meio de prova.

Para que um meio de prova não possa ser utilizado, terá a proibição que ser estabelecida expressamente por disposição legal. Se como tal não for cominada, então a prova assim obtida será admissível.

Ressalva-se porém na conclusão do art. a existência de exceções, pois *há provas que são proibidas por lei*:

– O **art. 126** na sua epígrafe “métodos proibidos de prova” que analisaremos de seguida;

– Outras disposições legais que enumeram métodos proibidos fulminando com a consequência de nulidade, as provas que forem obtidas através de tais métodos, nomeadamente os artigos da CRP:

• **Artigo 32.º/8 (Garantias de processo criminal):** São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

• **Artigo 34.º/4 (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência):** É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

III. Art. 126.º CPP (Métodos Proibidos de Prova). As proibições de prova, no dizer de Gössel, são «barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo». Mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade.

O número 1 deste artigo vem dizer que serão nulas todas as provas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas;

O número 3 vem dizer que, salvo os casos previstos na lei, serão igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, todas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio (questão regulada no art. 177 do CPP), na correspondência (179.º CPP) ou nas telecomunicações (187.º CPP) *SEM o consentimento* do respectivo titular.

São disposições que nitidamente afloram os já citados art.^{os} 32, n.º 8 e 34.º, n.º 4 da CRP.

IV. Doutrina. Assim, pode entender-se que se o titular do direito consentir afasta-se a nulidade, na medida em que se está perante bens jurídicos disponíveis. Todavia, se não consentir, é necessário que o interessado argua a nulidade – isto mesmo foi já entendido pelo STJ (Acórdão de 23 de Abril de 1992), nos termos do qual “a nulidade da busca domiciliária, não se integrando no art. 119.º (...) se assume como nulidade relativa e, nos termos do artigo 120.º, n.º3 (...) como nulidade de arguição sujeita a prazo”, logo, é uma nulidade sanável. É este o entendimento de MAIA GONÇALVES.

Em sentido diferente veja-se, por exemplo, TERESA BELEZA que, baseando-se no art. 126.º/4 do CPP, entende que a prova obtida através de métodos proibidos só poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve e GERMANO MARQUES DA SILVA para quem “a nulidade resultante da produção de prova proibida será de conhecimento oficioso até decisão final, só se convalidando com o trânsito em julgado da decisão” – no mesmo sentido deste autor veja-se o Acórdão do STJ, de 5 de Junho de 1991 (nos termos do qual «todas as proibições de prova são insanáveis, uma vez que o tribunal não pode formar a sua convicção sobre provas proibidas»).

Para ANA LUÍSA PINTO as proibições de prova “não são meras regras de processo penal mas também determinações de carácter substantivo. Efectivamente, as proibições de prova são manifestações, no processo penal, de princípios fundamentais do Estado de direito, designadamente da pessoa humana”.

Segundo COSTA ANDRADE, (in “Consenso e Oportunidade”, *Jornadas de Direito Processual Penal*, 337), o art. 126 estabelece um regime significativamente diferenciado: a par de métodos apenas proibidos quando obtidos sem o consentimento do titular (n.º 3), a lei leva a prescrição de outros a ponto de impor a sua invalidade mesmo quando obtidos com o consentimento do titular.

Veio a Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, lei que aprova as últimas alterações ao CPP de 1987, aditar às referidas disposições do art. em análise a referência “não podendo ser utilizadas”.

No entanto considera-se em nada ter sido relevante para superar as dúvidas interpretativas quanto à anterior redacção, pois que, por exemplo, quanto à utilização de provas consequenciais às provas nulas em virtude da utilização de um método proibido, nada veio esclarecer.

As proibições de prova servem como elemento dissuasor da violação dos direitos dos cidadãos, pois provas assim obtidas não poderão ser

tidas em conta no processo, ainda que dessa forma se sacrifique a obtenção da verdade material.

No entendimento do Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II, 102, “o Código não considera a busca da verdade como um valor absoluto, e por isso, não admite que a verdade seja procurada através de quaisquer meios, mas só através de meios justos, ou seja, de meios legalmente admissíveis.” A verdade não é um valor absoluto e, por isso, não tem de ser investigada a qualquer preço, especialmente quando esse preço é o sacrifício dos direitos das pessoas.

Já para MANUEL M. G. VALENTE, as provas obtidas por meios onerosos dos direitos do arguido não podem ser aceites (...) pois seria de uma enorme incongruência que uma dada conduta do agente do Estado seja punida criminalmente pelo código penal e fosse valorada como meio de obtenção de prova legal e admissível pelo código de processo penal.

Neste seguimento veja-se o que diz KLEINKNECHT, segundo o qual «dever-se-á renunciar ao meio de obtenção de prova e à própria se o processo da sua obtenção atingiu maculadamente os direitos humanos do arguido, como o consentimento que é obtido sob coacção ou tortura. Assim, essas provas apenas podem ser usadas contra quem as obteve, ex vi do n.º 4 do art. 126.º do CP» – excepto, segundo COSTA ANDRADE, em situações em que aqueles métodos se mostram como meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores e interesses transprocessual-penais.

V. Jurisprudência. O *Ac do STJ de 5 de Junho de 1991, já referido (BMJ, 408, 405)* vem dizer que a nulidade resultante da violação de proibições de prova é insanável.

As nulidades insanáveis são taxativas estando enumeradas no art. 119 acrescendo-lhes aquelas que como tal estejam assim cominadas em outras disposições legais. Se não como tal cominadas, serão sanáveis nos termos dos art.s 120 e 121 do CPP.

No entanto, embora insanáveis, carecem de arguição, tendo o acto que enferma de nulidade existência jurídica. Assim, o acto subsiste enquanto não for declarado nulo.

A decisão judicial com trânsito em julgado (não sendo ela própria nula) cobre a nulidade dos actos processuais até então praticados. No mesmo sentido o *Ac. STJ de 7 de Junho de 1989, Proc. 40.045/3.º*.

Vem ainda dizer o *Ac do Tribunal Constitucional n.º 146/2001 publicado no DR, II série, de 22 de Maio* do mesmo ano, que não será

inconstitucional o art. 119 do CPP, quando interpretado no sentido de que as nulidades, qualquer que seja a sua natureza, ficam sanadas logo que se forme caso julgado, não mais podendo ser arguidas ou conhecidas oficiosamente.

Nos termos do AC STJ de 8 de Novembro de 1995 (BMJ, 451, 238) I – A disciplina dos art.s 176.º e 177.º do CPP autoriza a realização de busca em casa habitada sem a presença ou a autorização do dono, não estando aquele art. 176 ferido de inconstitucionalidade, no cotejo com o art. 34.º da CRP.II – II – a falta de entrega de cópia do despacho que determinou a busca à pessoa que a esta assistiu, inobservando o disposto no art. 176.º do CPP. Constitui quando muito, nulidade suprível, sanada por falta da respectiva arguição em tempo útil. III – A busca realizada na casa do arguido sem o seu consentimento constitui procedimento ressalvado no art. 3 do 126.º do CPP quanto à regra de nulidade das provas obtidas, mediante intromissão no domicílio sem o consentimento do respectivo titular.

O Ac. *STJ de 23 Junho de 1999, (processo N.º 650/98-3.º; SASTJ, n.º 32 87)* estabelece Em processo penal não existe um verdadeiro ónus da prova em sentido formal; nele vigora o princípio da aquisição da prova ligado ao princípio da investigação, donde resulta que *são boas as provas validamente trazidas ao processo, sem importar a sua origem*, devendo o tribunal, em último caso, investigar e esclarecer os factos na procura da verdade material.

Já o Ac. *TRE de 08 de Junho de 2006 (proc. N.º 1119/04-1)* refere que Sem prejuízo do princípio da legalidade das provas, constituem objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicável.

Nos termos do AC *STJ de 8 de Novembro de 1995 (BMJ, 451, 238)* I – A disciplina dos art.s 176.º e 177.º do CPP autoriza a realização de busca em casa habitada sem a presença ou a autorização do dono, não estando aquele art. 176 ferido de inconstitucionalidade, no cotejo com o art. 34.º da CRP.II – II – a falta de entrega de cópia do despacho que determinou a busca à pessoa que a esta assistiu, inobservando o disposto no art. 176.º do CPP. Constitui quando muito, nulidade suprível, sanada por falta da respectiva arguição em tempo útil. III – A busca realizada na casa do arguido sem o seu consentimento constitui procedimento ressalvado no art. 3 do 126.º do CPP quanto à regra de nulidade das provas obtidas, mediante intromissão no domicílio sem o consentimento do respectivo titular.

VI. E quanto ao valor das provas subsequentes? As proibições de prova são uma referência inovadora no âmbito do processo penal português. O código dá-lhes um tratamento mais radical do que o das nulidades, pois inibe a sua utilização, sendo o recurso a elas um erro de direito. Levanta-se no entanto a questão de saber qual o valor das provas consequenciais das proibições de prova, no que concerne à legitimidade do seu uso e valoração.

O art. 122 do CPP vem falar nos efeitos da declaração de nulidade. “A declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos ou ordena, sempre que possível e necessário, a sua repetição (n.º 2), e ao declará-la o juiz aproveita todos os actos que ainda possam ser salvos, de acordo com o princípio *utile per inutile non vitiatur* – n.º 3 daquele preceito.” – *Acórdão do STJ de 20-02-2008 Proc. N.º 07P4553*.

Nos EUA vigora a doutrina da árvore envenenada, radical, em que todo o processo fica viciado apenas podendo conduzir à absolvição. Na Alemanha, este efeito à distância não é tão radical, prevalecendo um entendimento em que se privilegia uma apreciação casuística da jurisprudência, entendimento esse que se vem entre nós considerando preferível, inclusive com acolhimento constitucional.

AC do Tribunal Constitucional de 24 de Março de 2004

“Não é inconstitucional o n.º 1 do art. 122 do CPP, no entendimento de que abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas”

Em conclusão, parafraseando TOLSTOI, “não alcançamos a liberdade buscando a liberdade mas sim a verdade. A liberdade não é um fim mas uma consequência”.

Bibliografia

- ALVES, Rogério, “Buscas e apreensões em escritórios de advogados: reflexões sobre o respectivo regime legal”, *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, (2006), p. 725-738;
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia Gonçalves, “Código de Processo Penal, Anotado – Legislação complementar”, 16.^a Edição, 2007, Almedina;
- PINTO, Ana Luísa Pinto, “Aspectos problemáticos do regime das buscas domiciliárias”, Coimbra Editora, 2005, Separata de: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N. 3 (Julho/Setembro 2005);
- PINTO, Ana Luísa Pinto, “As buscas não domiciliárias no direito processual penal português”, *In: Revista do Ministério Público*, Ano 28, N. 109 (2007), p. 23-56;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Revistas e Buscas”, 2.^a Edição, 2005, Almedina;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Das buscas no âmbito da Lei n.º 8/97 de 12 de Abril”, *In: Vida Judiciária*. – N. 63 (2002), p. 26-29.

Internet:

<http://www.inverbis.net/opiniao/buscas-flagrante-delito.html>

Da desjudiciarização e desjurisdicionalização da investigação criminal

A viagem aqueliana dos direitos fundamentais (ou pensamento de um momento perdido)¹

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

*Director do Centro de Investigação e Professor do ISCPSI
Professor Convidado da Universidade Autónoma de Lisboa*

1. O escopo da eficácia policial e da organização desorganizada das atribuições e competências de investigação criminal projectado pela proposta de alteração da Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), aprovada pela Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto², é um ataque sério à concepção teleológica jusconstitucional da acção penal e, consequentemente, uma maresia beliscante da protecção efectiva dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

A ideia iluminista e humanista de que a liberdade do ser humano só se entende como cedida no *quantum* necessário à prossecução da promoção das condições mínimas de exercício de direitos pessoais, sociais, culturais, económicos e políticos, dá lugar à ideia do *maximum et totalis*

¹ Este artigo reflecte as preocupações do Autor, demonstradas ao longo dos vários seminários, sobre a crescente desjurisdicionalização e desjudiciarização da acção da polícia em sentido judiciário: órgão de polícia criminal.

² Alterada pelo DL n.º 305/2002, de 13 de Dezembro. Ideias desenvolvidas no seminário que decorreu na Universidade do Minho, Braga.

necessarium de cedência da liberdade individual em prol de um espaço de segurança total.

A *policialização* total da investigação criminal é o mote central e orientador das últimas alterações legislativas de teor processual penal – veja-se, desde logo na era da tecnologia e da utilização das novas ferramentas tecnológicas de interação *on-line*, que deviam servir de suporte e de garante mais robusto dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão face ao *ius puniendi*, a nova redacção do art. 248.º do CPP, que permite que os órgãos de polícia criminal (OPC) comuniquem a notícia do crime ao Ministério Público (MP) no prazo máximo de 10 dias (comunicação esta que devia ser imediata por no MP residir constitucionalmente a competência originária e exclusiva da acção penal)³.

Estamos a edificar, à partida, uma emboscada gaulesa. Da mesma forma que Aníbal e os seus soldados cartagineses, senhores de arrogância de invencibilidade, caíram na emboscada preparada pelos gauleses, as polícias vão cair na emboscada preparada e solicitada por elas mesmas. Pois, a ‘arrogância’ e a ignorância das suas limitações de conhecimento e de orientação jurídico-criminal e jurídico-processual serão os galos que darão o sinal aos gauleses da sua investida⁴.

2. Como primeira preocupação apontamos a de saber se o legislador considera que a investigação criminal faz parte da acção penal ou se é um elemento/componente não integrante da acção penal. Como segunda preocupação, que nos atormenta o espírito, é saber se o legislador circunscreve a investigação criminal à esfera pré-processual ou à esfera do inquérito. Neste ponto, permitam-nos já um pequeno apontamento, retiramos da proposta de alteração e da própria exposição de motivos uma tentativa de centralização da investigação criminal à fase extraprocessual e não intraprocessual, sendo-o caso as diligências investigatórias sejam

³ Quanto a este assunto o nosso *Processo Penal* – Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 114-117, e 206-208 e 231-239.

⁴ Como se retira da exposição de motivos, esta proposta reflecte as propostas de alguns Órgãos de Polícia Criminal – PSP, GNR, PJ e SEF – e não de todos os Órgãos de Polícia Criminal: “As alterações pontuais introduzidas em matéria de distribuição de competências resultam da audição dos principais órgãos de polícia criminal – Guarda Nacional Republicana, Polícia de Segurança Pública, Polícia Judiciária e Serviço de Estrangeiros e Fronteira – e incorporam as propostas por eles apresentadas”. Cfr. Exposição de Motivos da Alteração da LOIC (p. 3), consultada em www.mai.gov.pt, no dia 27 de Setembro de 2007. Se todos os pais fizessem sempre o que os filhos querem, a comunidade estaria completamente anarquizada.

apreciadas e validadas pela Autoridade Judiciária (AJ). Uma terceira preocupação, que é consequência inata das anteriores, é saber se o legislador pretende com esta alteração despromover as competências e atribuições constitucionais e processuais penais do MP – amarrando a autonomia atribuída consagradamente pela Constituição – e, em simultâneo, dar a ideia de que essas competências e atribuições do MP em nada ficam feridas porque o Procurador-geral da República (PGR) terá um papel de relevo e directivo na organização formal da investigação criminal.

Uma quarta questão é saber se o legislador optou por esquecer a investigação criminal desenvolvida pela defesa ou se deliberadamente fechou os olhos à sua existência e à regulação jurídica. Por último e no que concerne às competências de investigação material dos OPC, perguntamo-nos se o legislador pretendeu mesmo clarificar ou se pretendeu dar a ideia de que aqueles se entenderam formalmente nesta matéria. Quanto a este assunto permitam-nos um pequeno apontamento: quer da exposição de motivos quer do articulado, gizamos uma confusão entre a concepção de polícia em sentido formal, em sentido orgânico, em sentido funcional e material. Debulhemos cada uma destas preocupações.

3. Quanto à questão de se saber se o legislador considera a investigação criminal como parte integrante da acção penal, parece-nos que o legislador não considera de todo a investigação criminal fora do quadro da acção penal, existindo antes uma tentativa de a tornar como componente não integrante.

O legislador, não só por manter o mesmo conceito de investigação criminal aprovado pela Lei n.º 21/2001, de 10 de Agosto, criticado pela doutrina por ser redutor e afectar a concepção formal e material do processo⁵ – *p. e.*, parecendo desde logo que o inquérito se subordina à investigação criminal –, mas por afastar o MP da decisão de que OPC é competente para investigar em concreto determinados tipos legais de crime, ou seja, parece-nos que o legislador quis substituir ao MP e determinar *quem* é que investiga *o quê* ou entendeu que o MP não tem competência nem capacidade para decidir do OPC com competência para investigar os crimes catalogados no n.º 2 do art. 7.º do projecto de lei de alteração da LOIC, sobrepondo a Polícia Judiciária (PJ) ao próprio MP.

⁵ Cfr. o nosso *Regime Jurídico da Investigação Criminal – Comentado e Anotado*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 55-62 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal – III*, 2.ª Edição, Lisboa/S. Paulo: Verbo, Vol. III, pp. 74-75.

O legislador ao prescrever que «É da competência reservada da Polícia Judiciária, *não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal*, a investigação»⁶ dos crimes descritos no catálogo, por sinal extenso e demasiado abstracto e genérico propício a gerar confusão interpretativa, e ao tentar⁷ não permitir que o MP possa deferir a investigação criminal dos crimes desse catálogo a outro OPC que não seja a Polícia Judiciária conduz-nos à pergunta: Quem é o detentor da acção penal? Quem ‘manda’/dirige o inquérito? Não é um OPC, mas o MP por força Constitucional – n.º 1 art. 219.º da CRP – e por força processual penal – art. 263.º do CPP. Acresce que «a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de um inquérito», excepto nos casos que o CPP ressalvar – n.º 2 do art. 262.º do CPP.

O MP é, na fase de inquérito, o único máximo responsável pela investigação coadjuvado pelos OPC; é a quem compete dirigir e do qual dependem funcionalmente os OPC. Desta feita e face aos *princípios constitucionais da judicialização e jurisdicionalização* processual penal, assim como da *indisponibilidade das competências*, cabe ou não ao MP decidir que «OPC» está mais adequado e preparado técnica e cientificamente para investigar o crime de que há conhecimento?

Só entendemos a opção legislativa do n.º 2 do art. 7.º e a manutenção do texto do n.º 3 do art. 2.º da LOIC como uma ingerência na autonomia externa do MP – autoridade judiciária –, vinculando-o à opção político-legislativa, e como uma desprotecção dos cidadãos por esta desjudicialização da investigação criminal, mas também como a concepção da investigação criminal fora do processo na fase do inquérito por limitação da intervenção decisória em pleno do MP.

Pois, na fase da instrução, o Juiz de Instrução Criminal (JIC) pode decidir qual o OPC que «se afigura, em concreto, o mais adequado ao bom andamento da investigação», conforme n.º 6 do art. 8.º do projecto da LOIC. Seria ir longe demais impor ao JIC uma limitação de escolha e de convicção quanto ao OPC mais adequado a auxiliá-lo/coadjuvá-lo e a investigar o tipo de crime em causa – identificado e determinado na acusação. Nesta fase a investigação criminal está sob o domínio e tutela jurisdicional, pelo que volta a ser parte integrante de pleno da investigação criminal.

⁶ Itálico nosso.

⁷ Contrariando o n.º 1 do art. 219.º da CRP.

4. Cumpre-nos procurar uma consideração plausível para a pergunta de se saber se o legislador circunscreve a investigação criminal à esfera extra-processual⁸ – investigação criminal desjudiciarizada –, ou à esfera do inquérito, logo também intraprocessual – investigação criminal judiciarizada. Vimos há algum tempo a defender que a investigação criminal⁹ não pode resumir-se a um conceito meramente legal – art. 1.º da LOIC –, mas que deve ser entendida de acordo com os cânones da doutrina e da jurisprudência, *i. e.*, deve ultrapassar a barreira da busca, do encontro ou da localização, da preservação, da interpretação e da entrega de provas no decurso do processo.

A investigação criminal deve, hoje, ser o instrumento jurídico-processual e operativo para a descoberta total de toda a verdade: a criminal, a social, a cultural, a económica, a política. Deve incidir sobre o todo do ser humano como personalidade jurídica, social, cultural, económica e política que permitirá decidir com justiça sobre o desfecho final do processo: até que ponto deve ‘aquele’ ser humano ser condenado ou absolvido pelos actos praticados e que geraram um facto lesivo ou que colocou em perigo de lesão bens jurídicos tutelados jurídico-criminalmente. Neste sentido, consideramos que, face à introdução no ser (material e psicológico) do suspeito, a investigação criminal deve ser intraprocessual – judiciarizada e jurisdicionalizada.

Dúvidas há se esta alteração e na linha da LOIC em vigor procura desjudiciarizar a investigação criminal e entregá-la às polícias (OPC), permeabilizando uma maior ingerência executiva e de maior pressão na prossecução dos objectivos da Lei de Política Criminal: diminuição da criminalidade para gerar um espaço mais seguro cognitiva e fisicamente.

Dois argumentos podem ser usados para fundamentar o caminho da desjudiciarização da actuação dos OPC: o primeiro argumento respeita ao n.º 3 do art. 2.º da LOIC¹⁰, cuja alteração de redacção apenas se prende com a adequação aos prazos da comunicação da notícia do crime – 10 dias –, que mantém a ideia de *início imediato da investigação sem prévia intervenção do MP no caso «sub judice»*, tendo em conta o Despacho de natureza genérica previsto no n.º 4 do art. 270.º do CPP, ou

⁸ Como parece ocorrer no art. 1.º da Lei Quadro de Política Criminal, aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 16 de Maio.

⁹ Cfr. o nosso *Regime Jurídico...*, 3.ª Edição, pp. 55-62. Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...* – III, 2.ª Edição, pp. 76.

¹⁰ Quanto a uma crítica ao n.º 3 do art. 2.º da LOIC, o nosso *Regime Jurídico...*, 3.ª Edição, pp. 67-68.

seja, mantém-se a ideia de policialização da investigação criminal e transformá-la menos formal e extra-processual; o segundo argumento respeita à diminuição clara da cognição material e processual do MP ao lhe ser vedada, para determinado tipo de crimes, a escolha de um outro OPC que não seja a PJ, limitando assim a capacidade de domínio total do processo na fase de inquérito. Esta desjudicialização gera, por conseguinte, o perigo de desjurisdicionalização da tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos no quadro da investigação criminal.

Parece-nos que a confusa concepção de investigação criminal ou a indisponível e clara concepção constitucional de *acção penal*¹¹ e inacabada ou indesejada identificação e determinação da *acção administrativa policial* gera, necessariamente, uma desconcertante ideia da jurisdicionalidade, da judiciaridade e da administrativização da tutela de direitos subjectivos e interesses legítimos. Esta desordenada estruturação conceptual germina uma ideia errada do âmbito subjectivo e objectivo das competências adstritas à judiciaridade – MP e JIC – e adstritas à administrativização – polícia material – da intervenção do Estado para tutela de bens jurídicos individuais e supraindividuais.

Não olvidemos que a acção penal e a acção administrativa policial estão dotadas de *ius imperii*, recaindo desde logo a destrição facial do enquadramento dos poderes em que se inserem: a acção penal dentro do poder judicial (ou devia ser aí enquadrada) e a acção administrativa policial dentro do poder executivo. Contudo, esta proposta de alteração da LOIC parece detonar a ideia base de separação de poderes e corroer o espaço em que as duas se devem situar, desde logo tendo em conta os efeitos mais nefastos e negativos agarrados à acção penal.

A proposta de alteração da LOIC carrega a sina de esvaziamento das competências e atribuições do MP em matérias do foro jurídico-penal e processual penal e um aumento das atribuições e competências em matéria do foro jurídico-penal e processual penal em geral de todas as polícias e em especial da Polícia Judiciária. Joga-se para fora do campo do processo – jurisdicionalizado – a actuação dos OPC que devia ser intraprocessual e não extraprocessual.

¹¹ Cfr. n.º 1 do art. 219.º da CRP, que consagra a acção penal como missão do MP, sendo este o promotor da justiça penal em nome do povo junto da jurisdição. Acção penal que deve ser autónoma, isenta, objectiva e imparcial (Cfr. n.º 2 do art. 219.º da CRP e *a contrario* art. 54.º do CPP).

Arriscamo-nos a afirmar que há uma tentativa de policialização não só da investigação criminal – principalmente a desenvolvida pela PJ –, como ainda do próprio inquérito, o que deixa prever um progresso no retrocesso da jurisdicionalização dos direitos, liberdades e garantias no âmbito da acção penal, porque tudo fica nas mãos da polícia (OPC): desde logo, com a possibilidade de os OPC poderem deter a notícia do crime dez dias sem comunicação ao MP e a gestão das competências dos órgãos de polícia criminal com competência genérica ser estipulada *ex lege* e não da hermenêutica aferida das leis orgânicas e de funcionamento de cada polícia, cuja teleologia, natureza e características está (ou devia estar) bem vincada.

5. A questão atinente à desfiguração e descaracterização – e consequente agoramento – das atribuições e competências constitucionais do MP, assim como da sua autonomia, é de relevante interesse e de preocupante desmoronamento da construção constitucional desta magistratura.

Ao se retirar por força da lei o papel principal ao MP no quadro da reacção criminal quer por alienamento da obrigatoriedade de comunicação imediata (logo que tivesse conhecimento e pelo meio mais expedito) em detrimento de uma *temporis vacatio* de dez dias, quer por *a priori* e *ex lege* se estipular um OPC (neste caso a PJ) como detentor de uma competência intocável de investigação na fase de inquérito¹², porque na fase de instrução já não entendemos que o legislador tenha limitado a cognição jurisdicional, é sem dúvida um caminho para tirar de cena o MP, desfigurando-o e descaracterizando-o face ao que constitucionalmente se consagrou.

Entenda-se que a actuação do Ministério Público não pode só ser vista no quadro criminal como reactiva, pois ao lhe ser conferida a competência para «defender os interesses que a lei determinar»¹³ e de «participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania»¹⁴, o MP tem um papel preponderante na proactividade no cenário criminógeno.

¹² Cfr. n.º 2 do art. 7.º do Projecto-Lei da futura LOIC.

¹³ Cfr. n.º 1 do art. 219.º da CRP.

¹⁴ Cfr. n.º 1 do art. 219.º da CRP e a LQPC e a Lei de Política Criminal do Biénio 2007-09.

Em suma, esta proposta de alteração reflecte a contínua despromoção da autonomia do Ministério Público¹⁵ e a desvirtualização da ideia de investigação criminal submetida à judicialização na fase do inquérito e à judicialização na fase da instrução e julgamento. Princípios subjacentes à estrutura do processo penal desde a Constituição de 1976 e materializados desde o CPP de 1987.

¹⁵ Iniciada com a Lei Quadro da Política Criminal, aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, e materializada pela primeira Lei de Política Criminal do Biénio 2007-2009, aprovada pela Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto.

Ministério Público, Órgãos de Polícia Criminal e Medidas Cautelares e de Polícia¹

PEDRO MIGUEL LOPES FERREIRA LOURENÇO DE SOUSA
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Comissário da Polícia de Segurança Pública

Nota prévia

No enunciado do tema desta minha comunicação, mais correcto teria sido antecede-lo com a palavra “sobre”, ou a expressão “notas sobre”, melhor ainda, “breves notas sobre”, Ministério Público, Órgãos de Polícia Criminal e Medidas Cautelares e de Polícia. Porque na verdade, do que se trata, é de reflectir alto sobre cada um daqueles sectores, convidando-os a acompanharem-me numa viagem com estações localizadas à partida e obviamente ligadas entre si. Todavia, por considerar pertinente, começarei por referir algumas considerações iniciais.

§ 1.º Brevíssimas considerações iniciais

É sabido que a cultura jurídica ocidental se tem baseado em uma compreensão do direito em que este se apresentava não só como uma estrutura duradoura, mas era ele próprio condição necessária para que

¹ O artigo que se publica corresponde à conferência proferida no primeiro Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu na Universidade do Algarve, nos dias 13 e 14 de Maio de 2008, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

tantas e tantas estruturas sociais se afirmassem, também elas, com um mínimo de duração. Ou seja, e por outras palavras, o direito, independentemente da natureza ou função que se lhe atribuisse, era visto como um real duradouro e era, do mesmo jeito, o cimento agregador que permitiria aquele mínimo de coesão social, indelutavelmente necessário a qualquer consolidação comunitária. Desta forma, será para todos imediatamente apreensível que uma tal duradoura pretensão de validade da norma jurídica já não tem o sentido que se lhe poderia atribuir nos nossos séculos imediatamente anteriores, e que o tempo dos “grandes códigos” já não está perpassado pela ideia forte da sua perene e quase imutável validade. Vivemos actualmente o tempo, que FARIA COSTA apelidou justamente como o *tempo das micro-reformas*². Aliás, em uma tentativa de confirmação de tal aceção, basta olhar para o nosso Código de Processo Penal e verificar que um dos motivos que suscitou esta reflexão sobre a reforma penal e processual penal, foi exactamente a 15.^a alteração ao referido Código, em apenas 21 anos. Vivemos assim na “voragem de um tempo fragmentado, que não cessa de nos surpreender e de ser causa para o impacto do espanto primitivo que, de tantos lados, nos assola, pelo que é bom que as instituições geradoras e transmissoras do saber e da cultura, nomeadamente as Universidades, parem e reflectam, de quando em vez, sobre o sentido das coisas e dos homens e ainda sobre a sua própria condição”³.

Ora, se entretanto o mundo mudou, e se nestas coisas da perseguição penal, o processo muda com o mundo, logicamente o processo penal mudou⁴ igualmente. Logo, tendo presente que a ressonância que qualquer código penal ou processual penal adquire no seio da comunidade lhe advém do impacto das mudanças que “provoca na consciência colectiva e, muito particularmente, na consciência individual dos membros daquela específica e precisa comunidade jurídica”⁵, tentaremos reflectir sobre as

² COSTA, José Faria, *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, pp. 1146 e 1147.

³ COSTA, José Faria, *O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo*, Cerimónia de abertura solene das aulas da Universidade Moderna, Porto, 1993, p. 5.

⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 550.

⁵ COSTA, José Faria, *As relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º 71, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, p.117.

últimas alterações produzidas sobre o Código de Processo Penal de 1987, em especial sobre as medidas cautelares e de polícia. Todavia, ainda em um momento anterior a tal reflexão, poderemos desde já afirmar que entendemos, em consonância com o defendido por CONDE CORREIA, que apesar de algumas distorções endógenas e exógenas, não se enveredou, **para já**, para um processo penal de índole securitária, que privilegia, **exclusivamente**, a busca da verdade e a realização da justiça, à custa dos direitos fundamentais⁶, apesar de se notarem, preocupantemente, alguns sinais de precariedade nos “equilíbrios laboriosamente alcançados entre, de um lado, uma administração de justiça *eficaz* e, de outro, o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, buscando, em cada momento concreto, a sua máxima realização possível”⁷. Desta forma, não deverá então nunca ser esquecido, na esteira das palavras de FIGUEIREDO DIAS, que “é na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquente e dos outros – que radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”⁸.

⁶ CORREIA, João Conde, *Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta*, in: Colóquio “A reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 e 12 de Abril de 2008. Todavia, João Conde Correia, *ob. cit.*, apresenta igualmente algumas cautelas, ou seja: “... mesmo assim, apesar deste panorama muito pouco auspicioso, uma análise macroscópica das disposições relativas ao inquérito nele contidas, parece concluir que tudo está, fundamentalmente na mesma. As finalidades e o âmbito do inquérito (art. 262.º, n.º 1, do CPP), os princípios da legalidade e da oficialidade na promoção e prossecução processual (artigos 262.º, n.º 2 e 48.º e ss. Do CPP), a titularidade da direcção da investigação e a dependência funcional dos órgãos de polícia criminal (art. 263.º), a delimitação dos actos a praticar, de forma directa ou delegada, pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução criminal (artigos 267.º a 270.º do CPP) continuam, no essencial, a ser as mesmas. Nesta perspectiva superficial e textualmente limitada, o paradigma teria, portanto, sobrevivido incólume ao passar dos anos e às rasteiras que, o legislador e a prática quotidiana se encarregaram de lhe pregar e parecer denotar até, apesar de alguma disponibilidade constitucional, uma resistência louvável às mais recentes tendências de índole securitária. No entanto, uma análise microscópica, centrada em diversas alterações legislativas posteriores (introduzidas no código ou, sobretudo, em leis extravagantes) e na sua interpretação, revela alterações profundas que ora parecem aprofundar o paradigma, ora parecem mesmo destruí-lo. A crescente policialização do inquérito, a lei-quadro da política criminal e algumas sequelas da mais recente revisão do Código de Processo Penal são apenas, alguns exemplos claros dessa tendência destrutiva. Os equilíbrios gizados pelo legislador de 1987 já não são os mesmos”.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.* [3], p. 550.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 168.

Nesta linha de continuidade, ao falar-se de uma administração de justiça e de uma justiça penal, muito em especial, teremos, necessariamente que falar do Ministério Público, considerando que esta Magistratura tem uma intervenção relevante em tal missão, e é igualmente considerada a autoridade judiciária que mais importante comunicação tem com a polícia. É tempo portanto de falarmos no Ministério Público.

§ 2.º O Ministério Público

É comumente aceite que a realização do Estado-de-Direito ficará entre nós inacabada se ao lado de juízes independentes e imparciais não dispusermos de um exercício da acção penal autónomo, protagonizado pelo Ministério Público, a fim de que o poder judicial não deixe de intervir em relação a tudo aquilo em que deve intervir⁹. Pelo que, refere o artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 1 que ao Ministério Público “compete exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”, esclarecendo o n.º 2 que aquela Magistratura goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei¹⁰.

Adquirido e interiorizado este acervo de normativos constitucionais, o legislador ordinário, com enorme rasgo, clarividência e conhecimento

⁹ Neste sentido, MOURA, José Souto de, *Justiça, Ministério Público, Criminalidade Económica*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.14. No mesmo sentido CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], ao indicar que “... com efeito, o Ministério Público, pelo seu estatuto e pela sua posição processual está num posto privilegiado para, sem perder a necessária eficácia, respeitar e fazer respeitar os direitos individuais (as polícias estão demasiadamente comprometidas com o resultado da investigação tendo maior dificuldade para salvaguardar aqueles direitos e o juiz de instrução criminal já está demasiado longe, perdendo em eficácia)”.

¹⁰ Merece especial referência o n.º 2 do artigo 2.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto): “a autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei”. Sobre o estatuto dos magistrados do Ministério Público, SOUTO de MOURA, *ob. cit.* [8], p.15, referiu que “... o estatuto de magistrado em referência coloca aliás exigências a que nem sempre é fácil responder, porque tanto os interesses que compete ao Ministério Público defender, e portanto as competências que lhe estão atribuídas, como a disciplina interna a que o Ministério Público está sujeito se perfilam com um carácter claramente compromissório. Daí a importância, até, para esta magistratura, de um delicado sentido de equilíbrio...”.

do direito comparado, sem esquecer a nossa melhor tradição processual-penal¹¹, foi capaz de arquitectar e construir um edifício jurídico que contempla, de forma adequada, proporcional e equilibrada aqueles princípios de matriz universal, estruturando o processo em várias fases, segundo o princípio do acusatório, mitigado pelo princípio da investigação oficial¹². Desta forma, ao considerar o estatuto do Ministério Público, caracterizado pela sujeição dos seus magistrados a estritos critérios de legalidade e objectividade e à sua autonomia perante o poder político, o legislador processual-penal atribuiu-lhe¹³ a titularidade da 1.^a fase do processo, a fase do inquérito, responsabilizando-o pela direcção da investigação, levada a cabo directamente por si ou por delegação de competência genérica ou específica nos órgãos de polícia criminal.

Pelo que, e com base nas autorizadas palavras de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, se pode referir que “ao Ministério Público como instância formal de controlo do crime interessa, de forma quase exclusiva, a sua função de deduzir a acusação ou de ordenar o arquivamento do processo penal (...) já que se a vítima é a instância mais importante quanto à iniciativa de controlo do crime, o MP é seguramente a mais importante no que toca ao seu desfecho”¹³, o que implica que o “MP esteja condicionado no exercício das suas funções, não a considerações de utilidade, segurança ou razões de Estado, mas pelo fim objectivo da realização do Direito”¹⁴. Assim, dizer que “o direito é, para o Ministério

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in: *STVDIA IVRIDICA*, n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora, p. 943, onde é referido o destaque efectuado por Mireille Delmas-Marty ao processo penal português.

¹² Neste mesmo sentido, João Conde Correia, *ob. cit.*, [5], quando refere que o “Código de Processo Penal de 1987, embora tardio, foi mais um fruto feliz da criação do Estado de Direito. De forma exemplar, celebrada quer em termos nacionais, quer mesmo em termos internacionais, ele realizava a difícil tarefa da concordância prática entre as finalidades inevitavelmente conflituantes subjacentes ao processo penal. Por um lado, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por outro lado a protecção dos direitos individuais e o imprescindível restabelecimento, tão célere quanto seja possível, da paz jurídica perturbada pela prática do crime e a consequente reafirmação da validade e da vigência da norma jurídica violada”.

¹³ *Vide* Preâmbulo do Código de Processo Penal, ponto III, 7.b).

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia – O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a Reimpressão, 1997, p. 471.

¹⁵ CUNHA, José Manuel Damião da, *O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal*, Porto: Universidade Católica, 1993, p. 96.

Público não um limite da sua actividade, como acontece na actividade administrativa, mas o próprio fim da sua actividade, ou ainda que ao Ministério Público, enquanto órgão da Administração de Justiça cabe representar não a vontade do poder (*Machtwillwen*) executivo, mas a vontade de direito (*Rechtswillen*), são expressões que caracterizam a especificidade da actuação do MP¹⁶.

Relembra-se, assim, que “um Ministério Público autónomo, só limitado pelo respeito pela lei, e por directivas do Procurador-Geral que têm igualmente que respeitar a lei, sob pena de poderem e deverem ser desatadas, é um Ministério Público fadado para ser incómodo”¹⁷, apesar de ser pertinente referir que não se deve esperar igualmente do Ministério Público um envolvimento apaixonado ou uma combatividade parcial, mas que lhe seja reconhecida a necessidade de lutar por uma verdade judiciária objectivamente aceite, em se empenhar numa aplicação do direito justa, porque ajustada às especificidades do caso concreto¹⁸.

O Ministério Público¹⁹, autoridade judiciária – por força do art. 1.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal, é assim o titular da acção penal e tem, por isso, nos termos do art. 48.º daquele Código, legitimidade para promover o processo penal, com as restrições constantes dos arts. 49.º a 52.º. Ora, enquanto detentor da acção penal, o Ministério Público “age como órgão de justiça, cabendo-lhe nos termos dos artigos 53.º, n.º 2, alínea b) e 263.º, n.º 1 do CPP, a direcção do inquérito, assistido pelos órgãos de polícia criminal²⁰, com o que se afirma uma

¹⁶ *Idem, Ibidem.*

¹⁷ SANTOS, António Almeida, *O Ministério Público num Estado de Direito Democrático*, in: Revista do Ministério Público, Ano 19, Lisboa, 1998, p. 11.

¹⁸ Vide Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, *Intervenção do Procurador-Geral da República na cerimónia de apresentação aos procuradores-adjuntos do XIX curso normal*, n.º 61, Ano VIII, consultado em www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

¹⁹ Sobre o qual impende um “ethos de polícia e de juiz”, COSTA, José Faria, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia. A experiência portuguesa*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Volume LXX, 1994, p. 223, onde cita Figueiredo Dias e Costa Andrade.

²⁰ Sobre este assunto, CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.* [14], p. 14, apresenta uma expressão muito apropriada: “... para que as autoridades judiciárias cumpram as suas tarefas, estão obrigadas a recorrer ao auxílio de outros órgãos – exactamente os «órgãos de polícia criminal» – e isto porque, em regra, às autoridades judiciárias faltará um corpo organizatório próprio de execução – são pois verdadeiras «cabeças sem mãos» ...”. Negrito nosso. No mesmo sentido, MESQUITA, Paulo Dá, *Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização*

relação de auxiliaridade que legitima a qualificação dos órgãos de polícia criminal como órgãos auxiliares da Administração da Justiça”²¹.

Debrucemo-nos, de seguida, sobre o posicionamento jurídico-constitucional dos órgãos de polícia criminal.

§ 3.º Os Órgãos de Polícia Criminal

Como se sabe, “a Polícia, até pelo seu enquadramento Sistemático-Constitucional, **não tem natureza originariamente judicial**, contudo, como manifestação de poder, apresenta-se como uma das autoridades de coadjuvação”²². Aliás, como se pode depreender do art. 272.º da Constituição da República Portuguesa, a razão de ser do aparecimento da actividade policial foi a de garantir a manutenção da ordem e a preservação da segurança e da tranquilidade pública²³. Porém, “será facilmente reconhecível que a definição material funcional de polícia, acolhendo, embora a definição tradicional de defesa da ordem pública (por via da tarefa de segurança interna), é um pouco mais vasta do que esta, e com a precisão de que, mesmo em termos constitucionais, a própria prevenção de crimes (portanto a luta contra a criminalidade) é ainda função da polícia”²⁴, pelo que se

da investigação policial), Revista do Ministério Público, Lisboa, 2000, p. 137 e ss., ao indicar que a consagração legal de uma autonomia funcional das polícias elimina o conteúdo real da autonomia funcional do Ministério Público que, não tendo meios próprios para a investigação, fica dependente dos polícias que passam a ter competências próprias (nomeadamente para a criminalidade mais grave e complexa) e a estar dotados de autonomia técnica e tática e contribui decisivamente para a «policialização e politização do inquérito penal».

²¹ Vide Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, *Dependência Funcional dos órgãos de polícia criminal*, n.º 37, Ano IV, consultado www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

²² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza, Intervenção e Cooperação*, Lisboa: Almedina, 2004, p. 11.

²³ No mesmo sentido, MESQUITA, Paulo Dá, *Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 56, quando refere: “A polícia, embora com competências para intervir no processo penal, tem no moderno Estado de direito um núcleo funcional: segurança, ordem pública e prevenção de perigos de acordo com a lei”.

²⁴ CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [14], p. 100. No mesmo sentido, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 20, quando refere: “A polícia, enraizada na função de prevenção de

poderá então afirmar que, “a polícia constitui o símbolo mais visível do sistema formal de controlo, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o *first-line enforcer* da lei criminal”²⁵.

Ora, de acordo com o actual Código de Processo Penal, os órgãos de polícia criminal são definidos²⁶ no artigo 1.º, n.º 1, alínea c)²⁷ como as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por aquele Código, pelo que o CPP parte, pois, da ideia de que o que define a actividade de um órgão, enquanto órgão de polícia criminal, é, não a sua qualificação orgânica ou institucional, mas sim a qualidade dos actos que pratica”²⁸⁻²⁹. No mesmo sentido, MAIA GONÇALVES refere que “não importa saber, em concreto de que polícia se trata, somente importando saber se lhe compete levar a cabo aqueles actos e se se trata de uma entidade ou de um agente dessa polícia”³⁰. Desta forma, e é importante sublinhá-lo, o Código de Processo Penal não estabelece quaisquer

criminalidade, *maxime* na sua função de prevenção criminal *stricto sensu*, reveste natureza de órgão auxiliar da administração da justiça como órgão de polícia criminal (OPC) – al. c) do n.º 1 do art. 1.º do CPP e art. 3.º da LOIC-, *i.e.*, reveste o sentido de *polícia judiciária*, que se distingue da polícia em sentido administrativo pela própria natureza das medidas que aplica em uma e em outra circunstância congregadora”.

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, [13], p. 443.

²⁶ Definição que José Faria Costa refere como “*uma definição propositadamente vazia de reenvio externo (ad quem)*”, *ob. cit.*, [18], p. 238. Por sua vez, esta definição permite que “a polícia «sirva» a administração de justiça sem que esta intervenha na organização e funcionamento daquela”, *Idem*, p. 239. Sobre este assunto, *vide*, por mero exemplo, o artigo 11.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 53/2007, de 31 de Agosto (que aprova a orgânica da Polícia de Segurança Pública): «Órgãos de polícia criminal», todos os elementos da PSP com funções policiais incumbidos de realizar quaisquer actos ordenados por autoridade judiciária ou determinados por aquele Código.

²⁷ Todavia, e como vimos anteriormente, a lei processual, ao invés de operar uma definição fechada de órgãos de polícia criminal, procedeu a um reenvio aberto que tem por referente a repartição clássica entre funções de polícia judiciária e de polícia administrativa, pois a «caracterização é de ordem finalística: a polícia judiciária é uma actividade auxiliar quando levada a cabo pela Administração Pública», daí que, no que concerne ao processo penal, a posição jurídico-institucional dos corpos orgânicos designados como Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana seja idêntica. Neste sentido, MESQUITA, Paulo Dá, *ob. cit.*, [22], p. 56.

²⁸ CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [14], p. 14.

²⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, [10], p. 953.

³⁰ GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, 13.ª Edição, Coimbra: Almedina Editora, 2002, anotação 3 ao artigo 1.º.

distinções³¹ entre os diversos órgãos de polícia criminal, os quais, para efeitos processuais penais, são todos, coadjuvantes ou auxiliares das autoridades judiciárias, resultando-lhes as respectivas competências da lei de organização da investigação criminal e das respectivas leis orgânicas.

Na linha de continuidade deste raciocínio, o artigo 55.º, n.º 1 do CPP estatui que compete aos órgãos de polícia criminal coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo, atribuindo-lhes o n.º 2 uma certa competência própria³² e não delegada, de colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova. Por sua vez, o artigo 56.º CPP sublinha a actividade coadjuvante dos órgãos de polícia criminal face às autoridades judiciárias, estatutando que, nos limites do disposto do n.º 1 do art. 55.º, os órgãos de polícia criminal actuam, no processo, sob a orientação das autoridades judiciárias e na sua dependência funcio-

³¹ Apesar da inexistência de qualquer distinção entre os órgãos de polícia criminal, não se deve esquecer que o fundamento histórico (em 1945) para a criação da Polícia Judiciária portuguesa foi exactamente a necessidade sentida de uma polícia directamente ligada à investigação criminal, sobretudo para a criminalidade mais grave (nomeadamente os, então, chamados delinquentes habituais ou então a associações criminosas). Isto, porque a Polícia Judiciária deveria traduzir, de um ponto de vista operativo, um passo mais elevado de prevenção criminal, não apenas no sentido de impedir crimes, mas, fundamentalmente, de acabar com carreiras criminais, ou, então, de desmantelar “grupos criminosos”. Mas, porque supondo, como ponto de partida da sua actuação, um crime ou a suspeita de um crime, sempre se admitiu que esta Polícia (denominada de Judiciária, mas sucessora da anterior “polícia de investigação criminal”) trabalharia fundamentalmente em ligação com as magistraturas, embora, porque tratando-se de uma polícia nacional, dificilmente seria dirigível por concretos magistrados territorialmente competentes. Sobre esta matéria, lembrem-se alguns dos passos da exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 35.042, onde se justifica a instituição da polícia judiciária, afirmando-se que *as funções de polícia judiciária são essencialmente funções de investigação criminal ou post delituais. As funções de prevenção do chamado perigo agudo da criminalidade pertencem à polícia de segurança, à qual incumbe, por acção de presença, impedir a prática das infracções. Mas já é do domínio da competência da polícia judiciária, por virtude da estreita conexão com a exteriorização criminosa, a prevenção do perigo crónico de criminalidade. Há, assim, no que respeita à criminalidade habitual, uma tão íntima ligação e dependência entre a prevenção e a repressão, que seria erro desarticular as duas funções.* Ideia recolhida em CUNHA, José Manuel Damiano da, *O modelo português – A dependência funcional*, in: Modelos de Polícia e Investigação Criminal, Porto, Edições Gailivro, 2006, pp. 102 e 103.

³² Onde José Faria Costa refere que “o princípio da eficácia ganhou ressonância”, *ob. cit.*, [18], p. 230.

nal, reafirmando-se, desta forma, que “os órgãos de polícia criminal não dispõem de uma «competência» processual penal, no sentido de poderem co-determinar o processo penal com vista à decisão final”³³.

Neste sentido, será crucial realçar que a cooperação³⁴ das forças e serviços de segurança em matéria de investigação criminal, que é indispensável à eficácia da luta contra todas as formas de expressão da criminalidade, exige dos agentes policiais uma especial sensibilidade e rigor³⁵ de processos de actuação e coloca aquelas entidades em contacto permanente com as autoridades judiciárias, às quais devem coadjuvar nos termos da Constituição e da Lei, “assim se materializando a interacção entre duas das mais relevantes funções do Estado – a segurança interna e a administração de justiça”³⁶.

Mas, ao falar-se de relações entre as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, importa reflectir sobre o actual modelo existente. Abordemo-lo de seguida.

§ 4.º O modelo de relacionamento entre autoridades judiciárias (em especial o Ministério Público) e os órgãos de polícia criminal

Como vimos anteriormente, o Código de Processo Penal contém um conjunto de preceitos³⁷ directamente respeitantes a esta matéria, destacando-se o conceito de dependência funcional³⁸ que é posto em relevo,

³³ CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [14], p. 16.

³⁴ Sobre a cooperação policial, Manuel Valente, *ob. cit.*, [21], pp. 223 e seguintes, refere a existência de uma cooperação interna e de uma cooperação internacional. Relativamente à cooperação interna, este ilustre autor, subdivide a mesma em vertical e em horizontal, sendo que a vertical é referente à cooperação entre as polícias e o poder político, entre as polícias e os órgãos judiciais, enquanto que a horizontal é referente à cooperação entre as várias polícias.

³⁵ Para VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal – Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 174, “A **função dos OPC** é sem dúvida **importantíssima no desenrolar do processo**, digamos **crucial na defesa dos direitos e liberdades do cidadão**”. Negrito do autor.

³⁶ PEREIRA, Manuel, *Política de Segurança Interna*, in: Revista Nação e Defesa, Lisboa: Instituto da Defesa Nacional, comunicação proferida aos Cursos de Defesa Nacional, 1990, p. 21.

³⁷ Designadamente os artigos 55.º e 56.º.

³⁸ Entendemos assim que o conceito de “dependência funcional” é claramente uma *definição jurídica construtiva*, e que por tal razão, representa uma opção legislativa de fundo. Sobre a expressão *definições jurídicas construtivas*, COSTA, José Faria, *As definições*

rectius, grande relevo, considerando que implica o reconhecimento de uma esfera de autonomia (organizacional) da própria polícia, mas, quando actuando *exclusivamente* no processo, as polícias passam a estar sob (a responsabilidade de) a autoridade judiciária e não sob as ordens da hierarquia a que pertencem. Motivo pelo qual, tal conceito deverá ser entendido como o *alfa* e o *ómega* do modelo de relacionamento entre autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal. Ora, esta concepção genérica de coadjuvação é posteriormente concretizada em cada uma das fases processuais seguintes: nomeadamente, na fase de inquérito (art. 263.º) e na fase de instrução (art. 288.º). Neste sentido, e acompanhando DAMIÃO DA CUNHA, pode referir-se que “o relacionamento entre polícias e autoridades judiciárias é um relacionamento tendencialmente unitário, quanto à sua finalidade. Para efeitos do CPP, existe uma só “polícia” para todo o processo penal, assim, como a sua intervenção se pauta pela identidade de “função”, seja qual for a autoridade judiciária que esteja em causa. Ou seja: todo e qualquer órgão de polícia criminal tem o dever de coadjuvar as autoridades judiciárias e qualquer autoridade judiciária tem o direito à mesma coadjuvação. Obviamente que isto não significa que o “tipo de coadjuvação” seja exactamente o mesmo, não tanto pela diferença (institucional) de autoridade judiciária, mas pelo tipo de auxílio que é esperado em cada uma das fases do processo e pelo tipo de “continuidade de relacionamento”, a qual tem menos a ver com o relacionamento e mais com os poderes (competências) da autoridade judiciária”³⁹. Assim, neste sentido, o CPP dá um claro sinal ao indicar que, enquanto na “fase de instrução, os órgãos de polícia criminal assistem o juiz e actuam sob a sua direcção, na fase de inquérito, os órgãos de polícia criminal assistem o MP, mas actuam sob a sua **directa direcção**”⁴⁰.

legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal, in: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 385.

³⁹ CUNHA, José Manuel Damião da, *O relacionamento entre as Autoridades Judiciárias e Polícias no Processo Penal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 102. Aliás, e como nos ensina Damião da Cunha, “... expressão disto é obviamente o facto de na tramitação processual se estabelecer uma diferente acentuação dos poderes da autoridade judiciária. Com efeito, nada se dizendo em fase de julgamento, torna-se óbvio que, em regra, nessa fase a coadjuvação significará a prática de concretos actos. A fase da investigação supõe uma investigação e no inquérito esse relacionamento será, por assim, dizer contínuo e «normal»”.

⁴⁰ *Idem*, p. 103. Negrito nosso. Para este autor, este conceito significa “um contacto directo com os órgãos de investigação criminal e que implica um contínuo e permanente

Ora, não se pode seguramente iludir que é sobretudo no inquérito que o relacionamento entre órgãos de polícia criminal e MP (enquanto autoridade judiciária) suscita maior relevância, face à especificidade e sentido desta fase. Neste sentido, enquanto componente do inquérito, deve ter-se presente que “a investigação criminal está necessariamente subordinada às finalidades daquela fase processual e porque o modo de recolha de indícios do ilícito criminal tem relevância processual em termos probatórios e implica frequentemente restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e não só do arguido, a mesma não pode desenvolver-se sem que a autoridade judiciária assuma a direcção do processo”⁴¹, até porque esta entidade não tem apenas a competência para proferir a decisão final, mas tem igualmente o dever de se responsabilizar por tudo quanto está (ou deva estar) pressuposto na decisão e não podem subsistir margens para erros⁴².

sistema de informação – todavia, tanto quanto possível, desburocratizado – de modo a que exista uma efectiva responsabilização pela actividade pressuposta na decisão final”, p. 106. Para Faria Costa, *ob. cit.*, [18], p. 234, “significa um tal poder, em nosso juízo, duas coisas: a) por um lado, um poder de directo contacto com os agentes encarregues da investigação criminal e, b) por outro, um poder contínuo e permanente de emitir directivas que dirijam a actividade investigatória”. Ainda sobre este mesmo assunto, Damião da Cunha *ob. cit.*, [30], p. 101, defende igualmente que “...ponto decisivo é que exista, quer na estrutura das polícias, quer na magistratura do MP, a adequação orgânica que permita um contacto desconcentrado e desburocratizado entre ambas as instituições para a realização do processo penal...”, e ainda na p. 110, que “... a correcta articulação entre “polícia” e autoridades judiciárias não é mera questão de polícia” ou de sistema policial, é, antes de tudo, uma questão de “qualidade” do Estado de Direito, a que a polícias servem, em função das suas competências legais”. Ora, atendendo ao facto que sobretudo na fase de inquérito, mas também na fase de instrução, as autoridades judiciárias têm o poder-dever de orientar e, neste sentido, de influir na orientação das investigações, só pelo facto de estas serem um instrumento para as decisões que devem tomar, de acordo com o estatuto que se lhes impões, Maria José Morgado, na palestra de encerramento do 11.º Curso de Investigação Criminal da Polícia de Segurança Pública, em 11 de Abril de 2008, defendeu formas de “articulação directa entre os Magistrados de Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal, designadamente o facultar dos números de telemóvel, bem como os endereços electrónicos”. Ainda sobre esta tentativa de aproximação, MOURA, José Souto de, *ob. cit.*, [8], p. 22, defende que “...mas já que as polícias não podem, não devem, vir trabalhar integradas em serviços do Ministério Público, porque não ensaiar um movimento exactamente em sentido contrário, procurando-se aproximar os magistrados da polícia, colhendo-se aliás os benefícios de experiências pretéritas que já ocorreram entre nós? Fico-me com esta interrogação algo provocatória ...”.

⁴¹ Vide Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, n.º 42, Ano V, consultado em www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

⁴² Assim, CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [38], p. 107.

O Ministério Público ao assumir a direcção do processo, e por não dispor seguramente de preparação técnica para a investigação, será auxiliado e terá na sua dependência funcional órgãos de polícia criminal (para a actividade material de busca, interpretação e recolha de indícios do crime)⁴³, de forma a poder construir juridicamente a sua decisão processual.

Pelo que, se no âmbito da dependência funcional, o poder de directa orientação do MP é um poder que deve ser exercitado duradoura e continuamente, e porque o inquérito corresponde à fase investigatória por excelência dentro de todo o processo penal, é fundamental que o órgão coadjuvado tenha à sua disposição todas as informações que lhe permitam dirigir toda a actividade dos órgãos de polícia criminal e que lhe permitam decidir ou autorizar os actos que lhe cabem em exclusividade. “Daqui resulta que o poder de orientação que é conferido ao MP não pode ser entendido estaticamente, mas, pelo contrário, deve ser compreendido como um processo dinâmico que se baseia num processo de informação, tanto quanto possível constante, que possibilite aquele processo mais ou menos informal de circuito interno, criando ao MP as bases para juízos intercalares, consubstanciados em directivas resultantes daquela informação produzida”⁴⁴

Desta forma, se o facto que, em fase de inquérito, compete ao MP dirigir a investigação, em ordem a deduzir ou não a acusação, se constitui como uma premissa verdadeira, também não é menos verdade que a magistratura do MP não é, nem deve ser um corpo de polícia⁴⁵, pois a titularidade do inquérito deve ser entendida como o poder de dispor material e juridicamente da investigação no sentido de emitir directivas, ordens e instruções quanto ao modo como deve ser realizada aquela investigação, acompanhar e fiscalizar os vários actos, delegar ou solicitar a realização de diligências, presidir ou assistir a diversos actos ou autorizar a sua realização, e avocar a todo o tempo o inquérito. Nestas tarefas se materializa então a direcção efectiva do inquérito.

Mas não será difícil entender que para cumprir eficaz e eficientemente esta direcção, é necessário ao MP dispor de alguns conhecimentos, que à partida, são conhecimentos técnicos de investigação. Questionamo-

⁴³ Vide, por mero exemplo, RODRIGUES, Bento Garcia, *Investigação Criminal – Técnica e Tática nos crimes contra a propriedade*, Lisboa: Livraria Petrony, 1965.

⁴⁴ CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [14], p. 133.

⁴⁵ PINTO, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 577.

-nos como será possível dirigir uma investigação criminal e deduzir ou não uma acusação eficaz, se não se dispuser de alguns dos conhecimentos técnicos que naquela fase do processo foram necessários aos órgãos de polícia criminal? Neste sentido, e porque a realidade tem demonstrado algumas tendências inversas de “subalternização da autoridade judiciária na investigação, o que põe em causa o princípio da investigação sob garantia judicial”⁴⁶, é pois essencial que “uma certa passividade⁴⁷ dos magistrados durante a fase preparatória do processo seja combatida, de forma a evitar aquilo a que ultimamente se tem chamado de perigo de *policialização* da investigação criminal”⁴⁸⁻⁴⁹. Logo, para se afastar defini-

⁴⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, [10], p. 956. No mesmo sentido, COSTA, José Faria, *ob. cit.*, [18], p. 222, onde cita José Costa Pimenta: “Todavia, contrariamente ao que poderia parecer à primeira vista, o perigo não é tanto o de ingerência das magistraturas nas polícias, mas, inversamente, o risco das polícias, altamente dependentes da Administração, influenciarem a actividade da magistratura – com consequências perniciosas para a segurança dos cidadãos e credibilidade da justiça administrativas”. Igualmente CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [30], p. 100, ao analisar os riscos e as vantagens do modelo português de relacionamento entre as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, considera que: “... pode constituir um obstáculo à realização das suas (MP) tarefas, tanto pela impossibilidade de definir ou escolher os funcionários competentes, como a “dominância” da polícia nas investigações poder subtrair-lhe uma efectiva direcção da fase processual de que é titular, pelo menos, em muitos âmbitos da criminalidade”. Por tal facto, Damião da Cunha acredita que “a opção legislativa do CPP parece, assim, inscrever-se numa tentativa de conciliar o “inconciliável” – uma determinada forma de prevenção criminal e a garantia da responsabilidade judiciária no processo penal”, *ob. cit.*, [30], p. 106.

⁴⁷ Passividade que, de acordo com CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], se traduz em “o Ministério Público, em vez de assumir uma efectiva direcção da investigação criminal, se ter limitado, muitas vezes, a recepcionar, de forma acrítica, os resultados logrados pelos órgãos de polícia criminal, contribuindo para uma indesejável, mas real, *policialização* do inquérito (na prática verifica-se, justamente, aquilo que o legislador quis evitar)”.

⁴⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, [10], p. 955. Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, acredita que esta situação é uma consequência “*de o MP não estar talvez tão preparado como seria necessário, para dar à polícia as instruções e os conselhos necessários*”, Entrevista, in: Revista Visão, n.º 543, de 31 de Julho a 6 de Agosto de 2004, p. 36, col. 3. Em opinião igualmente concordante sobre o perigo real da *policialização* da investigação criminal, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 11 e também *ob. cit.*, [23], p. 258.

⁴⁹ Vide igualmente o nosso *A análise de Informações como um contributo para que o Ministério Público ultrapasse uma certa passividade durante a fase preparatória do processo*, in: Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, *in memoriam*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 200, onde propomos a análise de informações (*intelligence analysis*) como uma ferramenta essencial para uma *tentativa de vacinação* contra este perigo de *policialização* da investigação criminal.

tivamente uma certa sensação de direcção *fictícia*⁵⁰ do inquérito, é fundamental que o Ministério Público acompanhe *efectivamente* as tarefas de investigação levadas a cabo pelos OPC, (e para tal é imprescindível conhecê-las), de modo a que exista uma *efectiva* responsabilização pela actividade pressuposta na decisão final, apesar de “ser do mais elementar senso comum o reconhecimento de que o Ministério Público depende por completo dos OPC para realizar o inquérito, e de que tudo o que os OPC fizerem, ou serve os propósitos do Ministério Público, ou para pouco mais servirá!”⁵¹.

§ 5.º As medidas cautelares e de polícia

Se até agora, ao tratarmos da relação das autoridades judiciárias (em especial o Ministério Público) e órgãos de polícia criminal, estava subjacente que tivesse havido uma intervenção de autoridade judiciária, ou seja, em especial que o Ministério Público tivesse cometido um encargo aos órgãos de polícia criminal, pode acontecer (como, aliás, em regra acontece) que os órgãos de polícia criminal tenham necessidade de agir, em termos processuais penais, mesmo antes daquela intervenção. É exactamente esta situação que o Código de Processo Penal vem regular, seja atribuindo uma competência processual penal aos órgãos de polícia criminal, seja criando uma «fase» processual penal denominada «medidas cautelares e de polícia»⁵², que constitui então o *punctum crucis* desta comunicação.

Ora, e como já foi referido anteriormente, a Polícia tem responsabilidades na prevenção criminal, recaindo sobre esta entidade a necessidade de salvaguardar todos os meios de prova – quer inculpem quer inocentem o arguido –, pelo que deve socorrer-se da máxima objectividade e isenção na promoção das medidas cautelares e de polícia⁵³. Face a tal pressuposto, os órgãos de polícia criminal, ao tomarem conhecimento de um crime de forma directa ou indirecta, podem, *rectius*, devem, antes

⁵⁰ PEREIRA, Rui, *O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, p. 124, *apud* CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

⁵¹ MOURA, José Souto de, *ob. cit.*, [8], p. 18.

⁵² CUNHA, José Manuel Damião, *ob. cit.*, [14], p. 136.

⁵³ ASSIM, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [34], p. 272 e também *ob. cit.*, [23], pp. 172 e 173.

da intervenção da autoridade judiciária competente, praticar os actos cautelares que se mostrem não só necessários e urgentes, como também adequados e menos onerosos para os direitos do cidadão, que se destinem a «assegurar os meios de prova», actos estes sujeitos a posterior valoração da autoridade judiciária⁵⁴, pelo que, verificada tal intervenção da autoridade judiciária, cai por base qualquer possibilidade de uma intervenção autónoma dos órgãos de polícia criminal. Ou seja, e dito de outro modo, “a iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal no processo penal obedece a dois vectores: 1. Os actos cautelares de polícia integram-se na competência de *coadjuvação* ligada às finalidades do inquérito, agindo os órgãos de polícia criminal em substituição precária⁵⁵ do MP; 2. Os actos cautelares e de polícia dependem dos pressupostos de *necessidade e de urgência*, isto é, de um circunstancialismo que exige uma intervenção pronta do órgão de polícia criminal, sendo globalmente norteados por um princípio de eficácia que justifica que os órgãos de polícia criminal actuem sem prévia autorização do Ministério Público, o que apenas pode ocorrer dentro de rigorosos pressupostos legais”⁵⁶, e que em nada afectam o dever de ser dada imediata notícia ao Ministério Público. Trata-se, assim em suma, de garantir uma competência (tal como, aliás, expressamente refere o art. 55, n.º 2 do CPP) que possibilita aos órgãos de polícia criminal uma primeira intervenção de carácter fundamentalmente de garantia e por isso condicional (excepcional), pois como resulta de uma leitura atenta ao art. 249.º do CPP, os órgãos de polícia criminal actuariam, em princípio, por encargo da autoridade judiciária⁵⁷.

Todavia, importa diferenciar, desde já, estas medidas cautelares e de polícia (actividade de repressão penal – administração de justiça), das medidas de polícia (actividade administrativa-policial – providências restritivas de carácter policial)⁵⁸. Ou seja, enquanto que o ponto fulcral

⁵⁴ *Idem*, p. 174.

⁵⁵ Para CUNHA, José Manuel Damiano, *ob. cit.*, [14], p. 140, pode mesmo falar-se de um certo exercício promíscuo de competências (naturalmente, que de promiscuidade só se poderá falar quando o órgão principal não tiver ainda exercido o seu direito de definição da actuação do órgão coadjuvador, portanto, quando este tiver iniciativa própria na competência a exercitar).

⁵⁶ MESQUITA, Paulo Dá, *ob. cit.*, [22], p. 60.

⁵⁷ Ideia recolhida em CUNHA, José Manuel Damiano da, *ob. cit.*, [14], p. 137.

⁵⁸ *Idem*, p. 236. Aliás, não deixa de ser digno de nota que a conceitualização adoptada pelo CPP seja idêntica à prevista para o espaço policial administrativo, assim como, agora, por via inversa, o texto base da actividade policial (da mais importante actividade policial, a Lei de Segurança Interna, em especial os artigos 16.º, n.º 2 – medidas de polícia; 17.º – medidas especiais de polícia; 18.º – controlo de comunicações)

para a compreensão das primeiras reside no facto em serem aplicáveis a suspeitos, as últimas podem definir-se como «providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou do direito de propriedade de determinada entidade, aplicadas pelas autoridades administrativas (...) com o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia»⁵⁹. Outra distinção reside no facto do seu controlo, ou seja, enquanto que um acto de polícia (por exemplo, uma identificação policial⁶⁰), no caso de qualquer ilegalidade, só pode ser atacado

regula um conjunto de medidas que, pelo seu conteúdo, se assemelham, senão coincidem, com as medidas de polícia do CPP e, por fim mesmo a este nível, encontramos medidas de polícia sujeitas a comprovação judicial.

⁵⁹ Parecer n.º 1/2008, do Conselho Consultivo da PGR, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 8, 11 de Janeiro de 2008, consultado em www.dre.pt, em 11 de Maio de 2008. Face a esta diferenciação, não compreendemos assim a seguinte passagem do Ministro da Administração Interna, Dr. Rui Pereira, na apresentação das propostas de Lei da Segurança Interna e de Organização da Investigação Criminal, na Assembleia da República, 07 de Maio de 2008, consultada em www.portugal.gov.pt, em 11 de Maio de 2008: “... o sistema de segurança interna que vigora em Portugal, criado no final da década de 80, nasceu numa conjuntura internacional e interna ultrapassada. Foi concebido ainda no quadro da Guerra Fria e da acção das organizações terroristas de inspiração ideológica. Por outro lado, o quadro legal que o regula contém várias omissões e imprecisões – por exemplo, **as medidas cautelares e de polícia não correspondem às consagradas no Código de Processo Penal de 1987 ...**”. Negrito nosso.

⁶⁰ Não foi inocente a escolha desta medida de polícia. Assim, importa referir que o CPP, na redacção anterior à Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto, dispunha no seu artigo 250.º, n.º 1, o seguinte: “Os órgãos de polícia criminal podem proceder à identificação de pessoas encontradas em lugares abertos ao público habitualmente frequentados por delinquentes”. Ora, esta disposição legal, para além de não estar sujeita aos autos do n.º 4, do mesmo artigo, era a única medida de polícia do CPP que visava inegavelmente, apenas, a prevenção criminal, o que motivou que Damiano da Cunha, *ob. cit.*, [14], p. 145, distinguisse no CPP diferenças entre os vários tipos de medidas: medidas de carácter indubitavelmente processual penal, como os casos do art. 251.º e 252.º, medidas de relevância processual penal, embora decorrentes de uma actividade de prevenção criminal como nos casos do art. 250.º, n.º 2 e n.º 3, em que é pressuposto serem aplicadas a suspeitos e em que se verifica também uma clara conexão temporal com a prática de um crime, e uma única medida que visava a prevenção criminal, art. 250.º, n.º 1. No mesmo sentido, também Anabela Rodrigues, *O Inquérito no novo Código Processual Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal, 1988, pp. 71 e 72, distinguia as medidas de polícia e carácter cautelar e uma subespécie de medidas cautelares e de polícia (art. 250.º, n.º 1), justificada esta última por uma nítida concessão à regulação no CPP de uma actividade administrativa dos órgãos de polícia criminal. Todavia, por força das alterações promovidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, tal situação deixou de se verificar, considerando que para que os órgãos de polícia criminal possam identificar uma pessoa, ao abrigo do art. 250.º,

perante o superior hierárquico da força policial em causa (o que pode ter importância, em termos de poder disciplinar) e, em termos jurisdicionais, cabe à jurisdição administrativa, um acto de polícia processual penal, para além de poder ser atacado perante as autoridades judiciárias, portanto, na jurisdição comum, está igualmente sujeito ao poder de fiscalização do Ministério Público⁶¹.

Porém, apesar de o nosso objecto de análise consistir apenas nas medidas cautelares e de polícia, interessa igualmente fazer uma breve referência às medidas de polícia, em sentido estrito, cujo regime, está delineado na Lei de Segurança Interna. Assim, na referida lei, podemos encontrar medidas gerais de polícia (previstas no art. 16.º e que, em regra, não põem qualquer problema específico, pois são medidas em princípio aplicáveis a quaisquer pessoas, seja quanto à identificação, seja quanto à sua vigilância) e medidas especiais de polícia que, para além de estarem conexas com a prevenção de um certo tipo de criminalidade (altamente organizada e violenta), têm como especificidade necessitem de posterior convalidação por um juiz. Nestas, porém, a razão de ser da posterior convalidação judicial, resulta da especial gravidade da ofensa dos direitos fundamentais e não de uma qualquer integração processual penal, pois que a razão das mesmas reside tão-só em impedir qualquer perigo futuro de continuação da prática de crimes⁶².

n.º 1, é necessário que “*sobre ela recaiam fundadas suspeitas da prática de crimes*”). Ainda assim, e apesar da Lei de Segurança Interna prever, no seu artigo 16.º, n.º 2, alínea b) a “*exigência de identificação de qualquer pessoa que se encontre ou circule em lugar público ou sujeito a vigilância policial*”, temos a convicção de que a grande maioria, ou mesmo a totalidade das identificações efectuadas pelos elementos dos serviços e forças de segurança, é realizada nos termos do art. 250.º CPP. Sobre este assunto, entendemos que poderão “pairar no ar” algumas interpretações incorrectas e/ou alguns receios de actuação sobre os modos de identificação (administrativa ou processual penal), motivo que poderia justificar, eventualmente, uma operacionalização dos procedimentos de identificação, ao abrigo do artigo 16.º da LSI, ou seja, à semelhança do que ocorreu com o artigo 250.º CPP. Gostaríamos, contudo, de referir que, actualmente, face ao regime existente, consideramos que quando um elemento policial exija a identificação de qualquer pessoa que se encontre ou circule em lugar público ou sujeito a vigilância policial (ou seja, um acto de polícia), deverá ser seguido o procedimento que menos prejuízos acarrete ao cidadão, logo, considerando que a Lei de Segurança Interna nada refere sobre o *modus operandi* de tal procedimento, defendemos que devem ser seguidas as indicações constantes do n.º 2 e seguintes, do art. 250.º CPP.

⁶¹ CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [14], p. 240.

⁶² *Idem*, p. 241. Todavia, caso Sua Excelência o Presidente da República promulgue a Proposta de Lei n.º 643/2007, de 04 de Março de 2008 (aprovada por maioria

§ 6.º As recentes alterações no CPP relativas às medidas cautelares e de polícia

Ao procedermos a uma leitura à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto (15.ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro), verificamos que o Capítulo II, do Título I, Livro VI, da Parte II sofreu três alterações. Ou seja, foi alterado o artigo 248.º (Comunicação da notícia do crime), o artigo 251.º (Revistas e buscas) e foi aditado o artigo 252.º-A (Localização celular). Por uma questão metodológica, abordaremos individualmente cada um destes artigos, de seguida

6.1. Artigo 248.º (Comunicação da notícia do crime)

De acordo com o estipulado na antiga versão do artigo 248.º, as entidades policiais, *maxime* os órgãos de polícia criminal, que tivessem conhecimento directo ou por denúncia de um crime, deviam comunicá-lo no mais curto prazo ao Ministério Público⁶³. Todavia, face à actual redacção, o legislador penal, optou por especificar que o referido “prazo” não poderá exceder 10 dias, desde a data do conhecimento do facto⁶⁴. Para além desta novidade, pode igualmente verificar-se, no n.º 2 deste artigo que o referido procedimento é igualmente aplicável “a notícias de

parlamentar, em 08 de Maio de 2008), consultada em www.portugal.gov.pt, em 11 de Maio de 2008, na nova Lei de Segurança Interna, estão previstas novas medidas especiais de polícia, que em casos de urgência e de perigo na demora, a sua aplicação pode ser determinada por agentes das forças e dos serviços de segurança, devendo nesse caso ser imediatamente comunicada à autoridade de polícia competente em ordem à sua confirmação, de acordo com o artigo 31.º, n.º 2. Logo, caso esta Proposta de Lei seja promulgada, cairá por terra a tradicional distinção entre medidas de polícia e medidas especiais de polícia (posterior convalidação por um juiz).

⁶³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [23], p. 171.

⁶⁴ Em uma linha de harmonização com esta inovação, a Proposta de Lei n.º 642/2007, de 04 de Março de 2008, aprovada em 08 de Maio de 2008), consultada em www.portugal.gov.pt, no dia 11 de Maio de 2008, prevê igualmente no seu artigo 2.º, n.º 3 que: “Os órgãos de polícia criminal, logo que tomem conhecimento de qualquer crime, comunicam o facto ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias, sem prejuízo de, no âmbito do despacho de natureza genérica previsto no n.º 4 do artigo 270.º do Código de Processo Penal, deverem iniciar de imediato a investigação e, em todos os casos, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”.

crime manifestamente infundadas que hajam sido transmitidas aos órgãos de polícia criminal”.

Ora, se “a notícia do crime constitui numa abordagem diacrónica um momento essencial, já que a mesma determina a obrigatoriedade de comunicação ao MP, dada a sua função de impulso do procedimento criminal enquanto titular da acção penal (que compreende não só a decisão sobre a acusação, mas também a respectiva preparação e sustentação”⁶⁵, terá que se afirmar que não têm qualquer “enquadramento jurídico-legal os designados *pré-inquéritos* que se seguiriam à aquisição da notícia do crime, pois esta determina o dever de comunicação ao Ministério Público e, para este órgão, a obrigatoriedade de abertura do processo penal”⁶⁶. Assim, e apesar das recentes restrições colocadas à possibilidade de delegação genérica nos órgãos de polícia criminal do encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas a certos tipos de crime (art. 270.º, n.º 4, do CPP)⁶⁷, continuamos a acompanhar MANUEL VALENTE que defende uma interpretação restritiva deste preceito, sob pena de não estar conforme com o CPP e, conseqüentemente, com a Constituição, pelo que aquela disposição (art. 270.º, n.º 4, CPP) deve ser interpretada com a parte final do preceito, ou seja, o início da investigação criminal deve prender-se com a prática de «actos cautelares, necessários e urgentes para assegurar os meios de prova», como também prescreve *in fine* o n.º 1 do art. 249.º CPP⁶⁸.

Assim sendo, e em consequência do que acima foi referido, defendemos que o referido prazo de tempo, que não pode exceder 10 dias, nunca poderá nunca ser entendido como um espaço temporal de *liberdade investigatória* por parte dos órgãos de polícia criminal, atendendo ao facto que “todos os actos de investigação própria pelos órgãos de polícia criminal não enquadráveis nas medidas cautelares e de polícia se forem praticados em momento anterior à comunicação da notícia do crime, são ilegais sendo inadmissível a posterior validação dos mesmos por parte do MP (...), considerando que padecem de nulidade insanável, por força do art. 119.º, n.º 1, alínea b) do CPP”⁶⁹. Caso fosse outra a interpretação, estaríamos a caminhar para um sistema anglo-saxónico ou de policialização

⁶⁵ MESQUITA, Paulo Dá, *ob. cit.*, [22], p. 58.

⁶⁶ *Idem*, p. 59.

⁶⁷ Neste sentido, CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [23], p. 244.

⁶⁹ Assim, MESQUITA, Paulo Dá, *ob. cit.*, [22], pp. 73 e 76.

da investigação criminal, o que não parece de todo adequado ao nosso ordenamento jurídico⁷⁰.

Relativamente ao facto do referido procedimento ser igualmente aplicável a notícias de crime manifestamente infundadas que hajam sido transmitidas aos órgãos de polícia criminal, entendemos que esta disposição é um sinal claro do legislador no sentido de reforçar o papel do Ministério Público como *dominus* do inquérito, considerando que compete a esta magistratura, e não aos órgãos de polícia criminal (a montante), o poder de analisar se uma notícia de crime, que se reporte a um facto específico com relevância penal, “se pode ou não constituir como *a mola idónea* para o desenvolvimento do inquérito investigatório”⁷¹.

6.2. Artigo 251.º (Revistas e buscas)

Em um momento anterior à análise concreta das alterações produzidas, podemos referir que as revistas e as buscas autorizadas por este artigo são medidas cautelares de polícia urgentes, cuja utilidade se perderá se não forem realizadas imediatamente, e que por isso o podem ser excepcionalmente sem autorização da autoridade judiciária, que normalmente se exige quando não é essa autoridade a ordená-las (art. 174.º, n.º 3). Por esta razão a lei limita aqui estreitamente o condicionalismo em que tais diligências se podem realizar, fixando pressupostos bem definidos, e não permite, em caso algum, a realização de buscas domiciliárias, que terão que ser ordenadas ou autorizadas pelo juiz (art. 177.º).

Especificamente sobre as inovações legislativas neste artigo, percepção-se que a novidade é referente às revistas⁷² e reside na inclusão da expressão “ou que, na qualidade de suspeitos, devam ser conduzidos a posto policial...”, na alínea b), do n.º 1. Ou seja, e na esteira do defendido por MANUEL VALENTE, o legislador penal optou por legitimar a

⁷⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [23], p. 250.

⁷¹ MESQUITA, Paulo Dá, *ob. cit.*, [22], p. 59.

⁷² Que consistem em proceder ao exame ou à inspecção minuciosa de uma pessoa, a qualquer hora do dia ou da noite, para verificar se a mesma oculta ou não objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova daquele. Como meio de obtenção de prova, as revistas têm de ser autorizadas ou ordenadas pela autoridade judiciária, *ex vi* n.º 3 do art. 174.º do CPP – regime regra ou geral. Todavia, o legislador consagrou duas excepções a esta regra: o artigo 174.º (meio de obtenção de prova) e o artigo 251.º (medida cautelar e de polícia). Neste sentido, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [34], pp. 317 e 318.

revista a suspeitos, como medida de protecção e de auto defesa, por razões de segurança dos elementos policiais, de terceiros utentes que se desloquem aos Departamentos Policiais, e acima de tudo, dos próprios suspeitos (evitar-se que cortem os pulsos, a cara, as pernas, etc.)⁷³, mas sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.

6.3. Artigo 251.º-A (Localização celular)

Este artigo inovador trata da localização celular, quer como meio preventivo, quer como meio repressivo e de investigação, considerando que: 1) por um lado, de acordo com o n.º 1, podem ser obtidos dados sobre a localização celular quando eles forem necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave, isto é, quando forem imprescindíveis para prevenir a prática de um crime; 2) enquanto que por outro, quer o n.º 2, quer o n.º 3 do mesmo artigo, já se referem a um processo em curso ou à sua futura utilização num processo, conferindo à medida um evidente carácter repressivo. Ainda sobre esta temática, refere o n.º 2 do artigo 189.º CPP, que “*A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo*”.

Ora, caso não exista muito cuidado e controlo na sua admissibilidade, poderemos ter de concordar com CONDE CORREIA, no sentido de que “seja qual for a sua efectiva qualificação da medida, a verdade é que ela significa mais uma possibilidade de intrusão nos direitos fundamentais e por isso privilegia a descoberta da verdade à custa daqueles”⁷⁴.

§ 7.º Últimas considerações

Após a enunciação das questões principais e das linhas de argumentação sobre esta específica temática das medidas cautelares e de polícia,

⁷³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2005, p. 23.

⁷⁴ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

urge finalmente realçar algumas das cogitações mais significativas que se tenham insinuado e mostrado mais determinantes desta abordagem. Neste sentido, considera-se então que:

1. Enquanto detentor da acção penal, o Ministério Público age como órgão de justiça, cabendo-lhe nos termos dos artigos 53.º, n.º 2, alínea b) e 263.º, n.º 1 do CPP, a direcção do inquérito, assistido pelos órgãos de polícia criminal, com o que se afirma uma relação de auxiliaridade que legitima a qualificação dos órgãos de polícia criminal como órgãos auxiliares da Administração da Justiça;
2. O Código de Processo Penal não estabelece quaisquer distinções entre os diversos órgãos de polícia criminal, os quais, para efeitos processuais penais, são todos, coadjuvantes ou auxiliares das autoridades judiciais, resultando-lhes as respectivas competências da lei de organização da investigação criminal e das respectivas leis orgânicas;
3. O conceito de dependência funcional deverá ser entendido como o *alfa* e o *omega* do modelo de relacionamento entre autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal;
4. Na fase de inquérito, os órgãos de polícia criminal assistem o MP, mas actuam sob a sua directa direcção;
5. Todavia, pode acontecer (como, aliás, em regra acontece) que os órgãos de polícia criminal tenham necessidade de agir, em termos processuais penais, mesmo antes da intervenção do Ministério Público;
6. Os actos cautelares de polícia integram-se na competência de *coadjuvação* ligada às finalidades do inquérito, agindo os órgãos de polícia criminal em substituição precária do Ministério Público;
7. Os actos cautelares e de polícia dependem dos pressupostos de *necessidade e de urgência*, isto é, de um circunstancialismo que exige uma intervenção pronta do órgão de polícia criminal, sendo globalmente norteados por um princípio de eficácia que justifica que os órgãos de polícia criminal actuem sem prévia autorização do Ministério Público, o que apenas pode ocorrer dentro de rigorosos pressupostos legais, e que em nada afectam o dever de ser dada imediata notícia ao Ministério Público;

Referências Bibliográficas

- CORREIA, João Conde, *Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta*, in: Colóquio “A reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 e 12 de Abril de 2008.
- COSTA, José Faria, *O Direito, a Fragmentaridade e o nosso Tempo*, Cerimónia de abertura solene das aulas da Universidade Moderna, Porto, 1993.
- COSTA, José Faria, *As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- COSTA, José Faria, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia. A experiência portuguesa*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Volume LXX, 1994.
- COSTA, José Faria, *As relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º 71, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.
- COSTA, José Faria, *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal*, Porto: Universidade Católica, 1993.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O relacionamento entre as Autoridades Judiciais e Polícias no Processo Penal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O modelo português – A dependência funcional*, in: Modelos de Polícia e Investigação Criminal, Porto, Edições Gailivro, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.ª Reimpressão, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Entrevista, in: Revista Visão, n.º 543, de 31 de Julho a 6 de Agosto de 2004.
- GONÇALVES, Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, 13.ª Edição, Coimbra: Almedina Editora, 2002.
- MESQUITA, Paulo Dá, *Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação policial)*, Revista do Ministério Público, Lisboa, 2000.
- MESQUITA, Paulo Dá, *Repressão Criminal e Iniciativa Própria dos Órgãos de Polícia Criminal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005.

- MOURA, José Souto de, *Justiça, Ministério Público, Criminalidade Económica*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PEREIRA, Manuel, *Política de Segurança Interna*, in: Revista Nação e Defesa, Lisboa: Instituto da Defesa Nacional, comunicação proferida aos Cursos de Defesa Nacional, 1990.
- PEREIRA, Rui, *O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004.
- PEREIRA, Rui, Apresentação das propostas de Lei da Segurança Interna e de Organização da Investigação Criminal, na Assembleia da República, 07 de Maio de 2008, consultada em www.portugal.gov.pt, em 11 de Maio de 2008.
- PINTO, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo novo"*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, "A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português", in: *STVDIA IVRIDICA*, n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora.
- SANTOS, António Almeida, *O Ministério Público num Estado de Direito Democrático*, in: Revista do Ministério Público, Ano 19, Lisboa, 1998.
- SOUSA, Pedro Miguel Lopes Ferreira Lourenço de, *A análise de Informações como um contributo para que o Ministério Público ultrapasse uma certa passividade durante a fase preparatória do processo*, in: Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, in *memoriam*, Lisboa: Almedina, 2007.,
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2003.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza, Intervenção e Cooperação*, Coimbra: Almedina, 2004.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2004.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2005.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2.ª Edição Revista e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2005.
- Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, *Dependência Funcional dos órgãos de polícia criminal*, n.º 37, Ano IV, consultado www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.
- Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, n.º 42, Ano V, consultado em www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, *Intervenção do Procurador-Geral da República na cerimónia de apresentação aos procuradores-adjuntos do XIX curso normal*, n.º 61, Ano VIII, consultado em www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

Parecer n.º 1/2008, do Conselho Consultivo da PGR, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 8, 11 de Janeiro de 2008, consultado em www.dre.pt, em 11 de Maio de 2008.

Proposta de Lei n.º 642/2007, de 04 de Março de 2008 (aprovada por maioria parlamentar, em 08 de Maio de 2008), consultada em www.portugal.gov.pt, no dia 11 de Maio de 2008.

Proposta de Lei n.º 643/2007, de 04 de Março de 2008 (aprovada por maioria parlamentar, em 08 de Maio de 2008), consultada em www.portugal.gov.pt, em 11 de Maio de 2008.

Do inquérito: direcção total ou direcção mitigada¹

PEDRO MIGUEL LOPES FERREIRA LOURENÇO DE SOUSA

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Comissário da Polícia de Segurança Pública

§ 1.º Brevíssimas considerações iniciais

É hoje considerado como um marco fundamental que “a missão do Direito Penal é a protecção da convivência das pessoas em sociedade”², assegurando-se assim, em última instância, a inviolabilidade do Ordenamento Jurídico através da coacção estatal. Todavia, é igualmente sabido que tal poder punitivo do Estado não pode ser exercido de qualquer modo ou sem consideração no seu alcance³, devendo antes ser compatível com o estado de cultura do povo e com os direitos fundamentais dos cidadãos.

O sistema penal ocupa-se, então, da previsão dos crimes, da sua prevenção e repressão, e a eleição de um comportamento como criminoso baseia-se no facto de o mesmo comprometer a vida em sociedade, já que representa a violação grave de interesses primários. Ora, necessariamente que, pelo menos alguns destes interesses hão-de coincidir com valores protegidos pelos direitos fundamentais, pelo que é esta equivalência ten-

¹ O artigo que se publica corresponde à conferência proferida no segundo seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu no Instituto Politécnico de Leiria nos dias 5 e 6 de Junho de 2008, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª Edición, Granada: Comares, 2002, p. 2.

³ *Idem*, p. 3.

dencial, entre bens jurídico-penais e direitos fundamentais, que permite eleger a Constituição como sistema legitimador principal da criminalização de comportamentos⁴.

“Mas, por outro lado, sabido que são os Estados que hoje detêm o monopólio do direito de punir, quando o Estado desenvolve a sua actividade repressiva em relação ao suspeito de um crime, a protecção fornecida pelos direitos fundamentais desloca-se do cidadão em geral e portanto das potenciais vítimas de crimes para o agente dos mesmos crimes. Dir-se-á então que a preocupação com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão em geral se manifesta sobretudo no direito penal substantivo, enquanto que a preocupação com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão, enquanto suspeito de um crime, releva, sobretudo, no direito penal adjectivo”⁵.

Pelo que se pode considerar que o Código de Processo Penal de 1987, embora tardio, tenha sido um fruto feliz da criação do Estado de Direito. “De forma exemplar, celebrada quer em termos nacionais, quer mesmo em termos internacionais, ele realiza a difícil tarefa da concórdia prática entre as finalidades inevitavelmente conflituantes subjacentes ao processo penal. Por um lado, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por outro lado a protecção dos direitos individuais e o imprescindível restabelecimento, tão célere quanto seja possível, da paz jurídica perturbada pela prática do crime e a consequente reafirmação da validade e da vigência da norma jurídica violada”⁶.

Ora, se entretanto o mundo mudou, e se nestas coisas da perseguição penal, o processo muda com o mundo, logicamente o processo penal mudou⁷ igualmente, atendendo ao facto que vivemos actualmente o tempo, que o Professor FARIA COSTA apelidou justamente como o *tempo das micro-reformas*⁸, em que quase não temos tempo de conhecer as leis.

⁴ Neste sentido, MOURA, José Souto de, *A protecção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 36.

⁵ *Idem, Ibidem.*

⁶ CORREIA, João Conde, *Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta*, in: Colóquio “A reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 e 12 de Abril de 2008.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 550.

⁸ COSTA, José Faria, *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, pp. 1146 e 1147.

Logo, tendo presente que a ressonância que qualquer código penal ou processual penal adquire no seio da comunidade lhe advém do impacto das mudanças que “provoca na consciência colectiva e, muito particularmente, na consciência individual dos membros daquela específica e precisa comunidade jurídica”⁹, tentaremos reflectir sobre as últimas alterações produzidas sobre o Código de Processo Penal de 1987, em especial sobre a direcção da fase do inquérito.

Todavia, ainda em um momento anterior a tal reflexão, poderemos desde já afirmar que entendemos, em consonância com o defendido por CONDE CORREIA, que apesar de algumas distorções endógenas e exógenas, não se enveredou, **para já**, para um processo penal de índole securitária, que privilegia, **exclusivamente**, a busca da verdade e a realização da justiça, à custa dos direitos fundamentais, apesar de se notarem, preocupantemente, alguns sinais de precariedade nos “equilíbrios laboriosamente alcançados entre, de um lado, uma administração de justiça *eficaz* e, de outro, o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, buscando, em cada momento concreto, a sua máxima realização possível”¹⁰.

Assim, nesta linha de continuidade, ao falar-se de uma administração de justiça e de uma justiça penal, muito em especial, teremos, tendo presente o tema que nos foi proposto, necessariamente que abordar alguns dos princípios enformadores do nosso processo penal, designadamente o princípio do contraditório, do inquisitório e da jurisdição. É tempo portanto de falarmos do processo criminal.

§ 2.º Alguns dos princípios fundamentais do Processo Penal

2.1. Princípio do acusatório

Dispõe o n.º 5 do artigo 32.º da nossa Constituição da República Portuguesa que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios subordinados ao princípio do acusatório”. Ora, como princípio arquitectónico do direito constitucional aplicado, o princípio do acusatório ou da separação de poderes,

⁹ COSTA, José Faria, *As relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º 71, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, p. 117.

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.* [6], p. 550.

“significa que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”¹¹.

Como afirmam os Professores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, aquela expressão *estrutura acusatória* semanticamente tem de ser entendida em duas dimensões: uma “dimensão material (fases do processo)” e uma “dimensão orgânico-subjectiva (entidades competentes)”. Na *dimensão material* a estrutura acusatória do processo pressupõe a “distinção entre instrução, acusação e julgamento”, prescrevendo a existência de fases processuais distintas. Na *dimensão orgânico-subjectiva* pressupõe a “diferenciação entre juiz de instrução (órgão de instrução) e juiz julgador (órgão julgador) e entre ambos o órgão acusador”, melhor, a cada função orgânica cabe um órgão próprio, independente, imparcial, isento e limitado por lei¹². Ou seja, e dito de outro modo, da consagração da estrutura acusatória resulta inadmissível que o Juiz possa ordenar ao Ministério Público que deduza acusação ou os termos em que deve ser formulada. O Juiz tem de ser imparcial relativamente às posições assumidas pela acusação e pela defesa e, por isso, não pode nunca assumir a veste de acusador¹³, ainda que indirectamente, provocando a acusação pelo Ministério Público ou definindo-lhe os termos. A diferenciação entre o órgão que dá a acusação e o órgão que a vai julgar há-de ser uma diferenciação material e não simplesmente formal¹⁴, pelo que a uma enti-

¹¹ Assim, CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 205. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.

¹² *Idem, Ibidem.*

¹³ Não devemos assim esquecer que, de acordo com o preâmbulo do Decreto n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, o Ministério Público foi criado “para subtrair a acusação ao poder judicial” e, como órgão do Estado, pertence-lhe o exercício da acção penal, uma vez que o direito de punir é um direito exclusivo do Estado, cumprindo-lhe o dever de “solicitar dos tribunais o direito de punir do Estado, devendo este conceder-lhe um meio de poder justificar a sua actuação, ou seja, a instrução preparatória que se destina a fundamentar a acusação; logo, é ao Ministério Público que cumpre recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao Poder Judicial as causas criminais, devendo o juiz ser alheio a esta fase processual”, excepto quando da actividade investigatória resultar violação de direitos e de liberdades individuais. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [10], p. 67.

¹⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, Tomo I*, Lisboa: Editorial Verbo, 1994, p. 58.

dade investigatória autónoma e diferenciada deve corresponder uma entidade julgadora independente.

Todavia, e é sabido por todos, o actual modelo processual penal português não é totalmente acusatório, porque a fase do inquérito, cujo *dominus* é o Ministério Público, pode ter uma estrutura predominantemente inquisitória e não acusatória, caso o Juiz de Instrução assim o decida, quando entender que a publicidade prejudica os direitos dos sujeitos processuais, ou quando valide a aplicação do segredo de justiça ao processo pelo Ministério Público, tendo em conta os interesses da investigação.

2.2. Princípio do inquisitório

É normalmente aceite que a realização do Estado-de-Direito ficaria entre nós inacabada se ao lado de juízes independentes e imparciais não dispuséssemos de um exercício da acção penal autónomo, protagonizado pelo Ministério Público, a fim de que o poder judicial não deixe de intervir em relação a tudo aquilo em que deve intervir¹⁵. Pelo que, refere o artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 1 que ao Ministério Público “compete exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”, esclarecendo o n.º 2 que aquela Magistratura goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei¹⁶. Por outro lado, o artigo 3.º, n.º 1, alínea h)

¹⁵ Neste sentido, MOURA, José Souto de, *Justiça, Ministério Público, Criminalidade Económica*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.14. No mesmo sentido CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], ao indicar que “... com efeito, o Ministério Público, pelo seu estatuto e pela sua posição processual está num posto privilegiado para, sem perder a necessária eficácia, respeitar e fazer respeitar os direitos individuais (as polícias estão demasiadamente comprometidas com o resultado da investigação tendo maior dificuldade para salvaguardar aqueles direitos e o juiz de instrução criminal já está demasiado longe, perdendo em eficácia) “.

¹⁶ Merece especial referência o n.º 2 do artigo 2.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto): “a autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei”. Sobre o estatuto dos magistrados do Ministério Público, SOUTO DE MOURA, *ob. cit.* [14], p. 15, referiu que “...o estatuto de magistrado em referência coloca aliás exigências a que nem sempre é fácil responder, porque tanto os interesses que compete ao Ministério Público defender, e portanto as competências que lhe estão atribuídas, como a disciplina interna a que o Ministério Público está sujeito se perfilam com um carácter claramente compromissório. Daí a importância, até, para esta magistratura, de um delicado sentido de equilíbrio...”.

do seu Estatuto, dispõe que compete especialmente ao Ministério Público “dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades”.

Ora, tendo presente o conceito definitório de investigação criminal, entendida como o conjunto de diligências que, nos termos da lei, visam averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a respectiva responsabilidade, descobrir e recolher as provas, pode referir-se que a mesma condiciona directamente o resultado do inquérito e de todas as fases posteriores do processo penal.

Neste sentido, a fase do inquérito é então uma fase em que o Ministério Público goza de amplos poderes de investigação, de acordo com o artigo 267.º CPP, em que a investigação decorre de forma escrita (275.º CPP) e em que pode decorrer de forma secreta, caso assim seja validado pelo Juiz de Instrução (86.º CPP). Todavia, mesmo que esta fase decorra de forma secreta, o Código de Processo Penal limita a amplitude da característica inquisitória com a imposição de em todos os actos serem observados o respeito e a prossecução dos princípios de legalidade, de oficialidade, da verdade material e da lealdade, além de estarem vedadas certas competências ao Ministério Público, cuja execução desses actos depende de autorização ou ordem do Juiz de Instrução e outros que são de exclusiva competência desta – *ex vi* n.º 4 do artigo 32.º da CRP e art.s 268.º e 269.º do CPP¹⁷, bem como o exemplo do artigo 111.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime Jurídico das armas e suas munições)¹⁸. Ainda no mesmo sentido, gostaríamos ainda de salientar que, em virtude das disposições do Código de Processo Penal serem aplicáveis, aos processos de natureza penal militar, salvo disposição em contrário, compete igualmente às secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações de Lisboa e do Porto, a prática dos actos jurisdicionais relativos ao inquérito, a direcção da instrução, a presidência do debate instrutório e o despacho de pronúncia ou não pronúncia, nos termos do artigo 109.º do actual Código de Justiça Militar (aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro).

¹⁷ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [13], p. 59. E também VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [10], p. 70.

¹⁸ Artigo que refere no seu n.º 1 que: “Quando no âmbito de uma operação especial de prevenção se torne necessário levar a cabo buscas domiciliárias ou outros actos da exclusiva competência de juiz de instrução, são adoptadas as medidas necessárias ao acompanhamento por parte deste magistrado, na modalidade tecnicamente disponível que se revele mais apropriada”.

2.3. Princípio da jurisdição

Directamente imbricado com o que acima foi referido, e porque “a pedra angular do processo penal em um Estado de Direito Democrático é a tutela efectiva dos direitos individuais e gerais, ou seja a tutela dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade e segurança, direitos que não-de considerar-se na perspectiva individual e colectiva”¹⁹, o princípio da jurisdição do processo impõe que, sempre que estejam em causa actos que se prendam directamente com direitos fundamentais, como por exemplo o primeiro interrogatório de arguido detido, a aplicação de medida de coacção ou a autorização de busca domiciliária, esses actos sejam da estrita competência do Juiz de Instrução, independente e imparcial quanto às investigações²⁰. Aliás, na esteira do Professor GERMANO MARQUES DA SILVA, consideramos que o actual conteúdo do conceito de instrução previsto no artigo 32.º, n.º 4 da CRP, é o “*de garantia processual de salvaguarda dos direitos fundamentais em todos os actos de investigação dos crimes e direito do arguido ao esclarecimento dos factos, com a sua participação, em ordem à decisão de o submeter a julgamento*”²¹.

A intervenção do juiz no processo é, assim, um comando imperioso fundado nos princípios da independência e da imparcialidade com que o mesmo deve patentear a sua postura jurisdicional, bebendo de um órgão do Estado a possibilidade de investigar, de acusar e de julgar, porque apesar do Ministério Público ser considerado autoridade judiciária²², não pode ser entendida como magistratura capaz de sustentar o conceito de suporte de «garantia judiciária», uma vez que, por razões da sua estrutura constitucional e legal, ainda não está resolvida a questão da equiparação desta magistratura à habilitada *por lei a exercer funções judiciárias*, conforme o n.º 3 do artigo 5.º da Carta Europeia dos Direitos do Homem²³.

¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [13], p. 48.

²⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [10], p. 226.

²¹ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [13], p. 49. Relembra-se que o n.º 4 do artigo 32.º da CRP dispõe: “Toda 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”.

²² Vide alínea b), do n.º 1, do artigo 1.º do CPP.

²³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [10], p. 227, citando José Mouraz Lopes, na sua obra *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. O n.º 3 do artigo 5.º da CEDH prescreve que: “Qualquer pessoa presa ou detida

Pelo que nos parece assim, que “o legislador encontrou um muito razoável equilíbrio, ao atribuir à jurisdição, na fase do inquérito, uma função de garantia, mas não lhe atribuindo a responsabilidade de luta contra a criminalidade, para assim se garantir a necessária imparcialidade de julgamento, elemento absolutamente essencial ao processo”²⁴. Por tais razões, e acompanhando fielmente JOSÉ MOURAZ LOPES, acreditamos que “não deve ser fácil nem cómodo ser juiz de instrução. Porque? Porque o juiz de instrução deve ter bem presente que a sua força lhe advém da sua capacidade de dizer não. Para dizer não a injustiças e a violações dos direitos dos cidadãos. Sejam elas praticadas por outros cidadãos, sejam elas praticadas por órgãos de polícia criminal, sejam mesmo praticadas por autoridades judiciais. Sejam elas praticadas “às claras”, sejam elas praticadas sob a capa da “necessidade de obter meios de prova”. A função garantística do juiz de instrução condiciona por isso todos os seus actos”²⁵, não podendo nunca converter-se num verdadeiro aliado fiel do Ministério Público²⁶, nem em seu feroz inimigo.

§ 3.º Uma direcção do inquérito cada vez mais mitigada?

Como vimos anteriormente, a estrutura acusatória do processo penal obriga então “a que haja uma fiscalização, *um controlo judicial da acusação de modo a evitar* que se efectivem acusações infundadas e gratuitas. Ora, tal controlo judicial, sem excluir o hierárquico, pretende pois promover o princípio da legalidade, ou seja, limitar a acção penal aos restritos enquadramentos legais que regem a sua textura, impondo-se, desta forma, que o Ministério Público defenda *os interesses que a lei determinar*

nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado num prazo razoável ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo”.

²⁴ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [13], p. 50.

²⁵ LOPES, José Mouraz, *Dos actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito. A Relevância do «Tempo Razoável» para a sua prática e o seu controlo*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 205.

²⁶ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

(n.º 1 do art. 219.º CRP), sendo o principal o respeito pelo princípio da dignidade humana”²⁷.

Ao nível do inquérito, este equilíbrio do modelo legal é particularmente evidente, senão vejamos:

- Em 1987, ao confiar ao Ministério Público, constituído como magistratura autónoma e que actua segundo critérios de legalidade e de objectividade, o poder de dirigir o inquérito, o legislador procurou simplificar esta fase preliminar, imprimindo celeridade e eficácia ao processo penal. Os órgãos de polícia criminal actuariam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional e, sempre que fosse necessário praticar «actos que directamente se *prendessem* com a esfera dos direitos liberdades e garantias das pessoas, tais actos *deveriam* ser autorizados – e alguns deles mesmo praticados – pelo juiz de instrução, por força das suas funções jurisdicionais relativas ao inquérito, conforme estabelecido no artigo 17.º do CPP». Em suma: o inquérito tornou-se então na fase processual destinada à investigação do crime, decorrendo sob a titularidade do Ministério Público, com vista à dedução ou não de uma acusação e a instrução transformou-se numa mera fase facultativa de posterior controlo judicial desta decisão²⁸.
- Em 2008, ou seja, 21 anos depois, uma análise macroscópica das disposições relativas ao inquérito nele contidas, parece concluir que tudo está, fundamentalmente, na mesma. As finalidades e o âmbito do inquérito (art. 262.º, n.º 1, do CPP), os princípios da

²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [10], p. 84.

²⁸ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], citando Anabela Miranda Rodrigues, na sua obra *Inquérito no novo Código de Processo Penal.*, AA.VV. Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra: Almedina, 1991, p. 65. No mesmo sentido, ALMEIDA, Maria Cândida Guimarães Pinto de, Voto de vencida no Parecer n.º P000212000, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, publicado no DRE n.º 198, de 28 de Agosto de 2000, e consultado em www.pgr.pt, em 03 de Junho de 2008, quando afirma que: “O Ministério Público é a autoridade judiciária a quem compete, nos termos da Lei Constitucional e ordinária, exercer a acção penal e dirigir o inquérito, assistido por órgãos de polícia criminal, colocados sob a sua directa orientação e de dependência funcional – artigo 219.º da CRP e 55.º e 263.º do CPP –, cabendo ao juiz de instrução uma intervenção exclusivamente direccionada para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, e, por isso, a sua competência é no âmbito do inquérito, cabal e rigorosamente regulamentada”.

legalidade e da oficialidade na promoção e prossecução processual (artigos 262.º, n.º 2 e 48.º e seguintes do CPP), a titularidade da direcção da investigação e a dependência funcional dos órgãos de polícia criminal (art. 263.º)²⁹, a delimitação dos actos a praticar, de forma directa ou delegada, pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução (artigos 267.º a 270.º do CPP), continuam, no essencial, a ser as mesmas³⁰.

No entanto, e já através de uma análise microscópica³¹, parece-nos que o espírito gizado pelo legislador de 1987 sobre a direcção do inquérito pelo Ministério Público já não é, hoje, o mesmo. Falamos concretamente sobre os riscos de uma crescente policialização do inquérito e sobre as últimas alterações relativas à publicidade do processo e segredo de justiça.

3.1. Os riscos da crescente policialização do inquérito

É sabido que o exercício da acção penal, atribuído ao Ministério Público pela própria Constituição, pressupõe a direcção do inquérito, visando a eventual dedução ou não da acusação, se constitui como um direito e um dever inalienáveis daquela Magistratura. Todavia, e como sabemos, apesar de tais atribuições, a magistratura do Ministério Público

²⁹ Chamamos aqui a atenção para a especificidade dos processos tutelares (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro – Aprova a Lei Tutelar Educativa), nos quais o inquérito, de acordo com o artigo 75.º, n.º 1, é dirigido pelo Ministério Público, assistido por órgãos de polícia criminal e por **serviços de reinserção social**. Negrito nosso. Da mesma forma, gostaríamos igualmente de referir que na investigação dos crimes de natureza estritamente militar, o legislador atribuiu competências ao Ministério Público para a realização do inquérito (art. 125.º do Código de Justiça Militar, sob a epígrafe “Competência para o inquérito”), estranhando-se o porquê da referida epígrafe não conter a expressão “direcção do inquérito”, à semelhança do que ocorre com o artigo 263.º do CPP. Todavia, com uma leitura integral deste Código de Justiça Militar, logo se percebe que terá forçosamente que ser esse o entendimento (quer em tempo de paz ou em tempo de guerra), considerando que o artigo 127.º dispõe que “na promoção do processo por crime estritamente militar o Ministério Público é assessorado por oficiais das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana. Ainda sobre a assessoria militar ao Ministério Público, recomenda-se uma leitura da Lei n.º 101/2003, de 15 de Novembro (que aprova o Estatuto dos Juízes Militares e dos Assessores Militares do Ministério Público), designadamente o artigo 20.º e seguintes.

³⁰ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

³¹ *Idem, Ibidem.*

não é, nem deve ser um corpo de polícia³², pois a titularidade do inquérito deve ser entendida como o poder de dispor material e juridicamente da investigação no sentido de emitir directivas, ordens e instruções quanto ao modo como deve ser realizada aquela investigação, acompanhar e fiscalizar os vários actos, delegar ou solicitar a realização de diligências, presidir ou assistir a diversos actos ou autorizar a sua realização, e avocar a todo o tempo o inquérito. Nestas tarefas se materializa então a direcção efectiva do inquérito.

Mas não será difícil entender que para cumprir eficaz e eficientemente esta direcção, é necessário ao Ministério Público dispor de alguns conhecimentos, que à partida, são conhecimentos técnicos de investigação. Questionamo-nos como será possível dirigir uma investigação criminal e deduzir ou não uma acusação eficaz, se não se dispuser de alguns dos conhecimentos técnicos que naquela fase do processo foram necessários aos órgãos de polícia criminal, para além da necessária disponibilidade permanente para o esclarecimento de dúvidas processuais. Neste sentido, e porque a realidade tem demonstrado algumas tendências inversas de “subalternização da autoridade judiciária na investigação, o que põe em causa o princípio da investigação sob garantia judicial”³³, é pois

³² PINTO, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 577.

³³ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in: *STVDIA IVRIDICA*, n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora, p. 956. No mesmo sentido, COSTA, José Faria, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia. A experiência portuguesa*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Volume LXX, 1994, p. 222, onde cita José Costa Pimenta: “Todavia, contrariamente ao que poderia parecer à primeira vista, o perigo não é tanto o de ingerência das magistraturas nas polícias, mas, inversamente, o risco das polícias, altamente dependentes da Administração, influenciarem a actividade da magistratura – com consequências perniciosas para a segurança dos cidadãos e credibilidade da justiça administrativas”. Igualmente CUNHA, José Manuel Damião da, *O modelo português – A dependência funcional*, in: Modelos de Polícia e Investigação Criminal, Porto, Edições Gailivro, 2006], p. 100, ao analisar os riscos e as vantagens do modelo português de relacionamento entre as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, considera que: “... pode constituir um obstáculo à realização das suas (MP) tarefas, tanto pela impossibilidade de definir ou escolher os funcionários competentes, como a “dominância” da polícia nas investigações poder subtrair-lhe uma efectiva direcção da fase processual de que é titular, pelo menos, em muitos âmbitos da criminalidade”. Por tal facto, Damião da Cunha acredita que “a opção legislativa do CPP parece, assim, inscrever-se numa tentativa de conciliar o “inconciliável” – uma determinada forma de prevenção criminal e a garantia da responsabilidade judiciária no processo penal”, *Idem*, p. 106.

essencial que “uma certa passividade³⁴ dos magistrados durante a fase preparatória do processo seja combatida, de forma a evitar aquilo a que ultimamente se tem chamado de perigo de *policialização* da investigação criminal”³⁵. Logo, para se afastar definitivamente uma certa sensação de direcção *fictícia*³⁶ do inquérito, é fundamental que o Ministério Público acompanhe *efectivamente* as tarefas de investigação levadas a cabo pelos OPC, que domine a cena, que retome as rédeas da investigação criminal, de modo a que exista uma *efectiva* responsabilização pela actividade pressuposta na decisão final e, conseqüentemente, uma maior proximidade entre o órgão coadjuvado e o órgão coadjuvante. Ora, como um dos exemplos que pudesse contribuir para a tal reassunção da efectiva direcção do inquérito, foi agora estabelecida pelo legislador a obrigação do Ministério Público validar a constituição como arguido, no prazo de 10 dias (artigo 58.º, n.º 3, do CPP). Todavia, e acompanhando JOÃO CONDE CORREIA, questionamo-nos se não será mais uma medida burocrática «fazendo do Ministério Público uma mera “instância de autenticação” dos actos praticados pela polícia”³⁷, considerando que o perigo de uma

³⁴ Passividade que, de acordo com CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], se traduz em “o Ministério Público, em vez de assumir uma efectiva direcção da investigação criminal, se ter limitado, muitas vezes, a recepcionar, de forma acrítica, os resultados logrados pelos órgãos de polícia criminal, contribuindo para uma indesejável, mas real, policia-lização do inquérito (na prática verifica-se, justamente, aquilo que o legislador quis evitar)”.

³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, [32], p. 955. Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, acredita que esta situação é uma consequência “de o MP não estar talvez tão preparado como seria necessário, para dar à polícia as instruções e os conselhos necessários”, Entrevista, in: Revista Visão, n.º 543, de 31 de Julho a 6 de Agosto de 2004, p. 36, col. 3. Em opinião igualmente concordante sobre o perigo real da *policialização* da investigação criminal, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigaçãõ Criminal*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 11 e também este autor em *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2005], p. 258.

³⁶ PEREIRA, Rui, *O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, p. 124, *apud* CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5].

³⁷ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [5], citando Anabela Miranda Rodrigues. Sobre este assunto, acrescenta ainda este autor que: “o estigma social dessa constituição, num processo praticamente sem segredo, poderá persistir, mesmo que o Ministério Público depois, por um qualquer motivo, não a valide”. Ainda sobre este assunto acrescenta-se que, de acordo com a actual redacção do artigo 58.º, n.º 6 do CPP, “a não validação da constituição de arguido pela autoridade judiciária não prejudica as provas anteriormente obtidas”, o que na nossa opinião pode condicionar igualmente a titularidade do inquérito.

errada constituição como arguido continua, para além de poder significar ainda perdas de tempo, tempo esse que poderia ser dedicado ao controlo da actividade processual dos órgãos de polícia criminal³⁸.

3.2. As últimas alterações sobre a publicidade do processo e segredo de justiça

A publicidade, entendida como o conhecimento do conteúdo do processo pelos sujeitos e simples participantes processuais e pelo público em geral, assume-se como um dos elementos estruturais do nosso processo penal, no que se refere à determinação da sua forma, sendo uma das componentes do modelo garantístico que lhe está subjacente.

Embora tradicionalmente o princípio da publicidade tenha sido delineado em função da audiência de julgamento ele tem vindo a ter expressão crescente nas fases preliminares do processo. Este alargamento da publicidade para as fases mais recuadas do processo situa-se no cerne de uma tensão entre a publicidade e o segredo que se verifica presentemente nos debates sobre a conformação do processo, em parte como reflexo da mediatização da sociedade e de a mesma ter determinado que o acompanhamento dos casos em apreciação na Justiça não se satisfaça já apenas com o espaço da audiência de julgamento. A esse avanço estão igualmente subjacentes novas leituras em termos da conformação das garantias de defesa potenciadas pelo processo e do papel que a publicidade e o acesso ao conteúdo do mesmo podem desempenhar na estruturação dessas garantias. Tendo, de facto, surgido como um dos corolários do Estado de Direito no que se refere à administração da Justiça, com repercussão directa na conformação das garantias de defesa do arguido, aquele princípio encontra a sua justificação última na necessidade de fiscalização e controlo da actividade dos tribunais pelos cidadãos, e no reforço da legitimidade e do acatamento das decisões destes.

Podemos referir então que “o segredo de justiça em processo penal, serve assim variados interesses, alguns em notória tensão dialéctica: o interesse do Estado na realização de uma justiça isenta e independente, poupada a intromissões de terceiros, a especulações sensacionalistas ou

³⁸ Preocupação já expressa pelo Dr. José Ramos, Procurador Adjunto da República em Loures, na sua comunicação “Do inquérito: direcção total ou mitigada?”, proferida no seminário sobre a Reforma Penal e Processual Penal, em Faro, no passado dia 14 de Maio de 2008.

a influências que perturbem a serenidade dos investigadores e dos julgadores; o interesse de evitar que o arguido pelo conhecimento antecipado dos factos e das provas, actue de forma a perturbar o processo, dificultando o apuramento daqueles e a reunião destas, senão mesmo subtrair-se à acção da justiça; o interesse do mesmo arguido em não ver publicamente revelados factos que podem não vir a ser provados sem que com isso se evitem graves prejuízos para a sua reputação e dignidade; enfim o interesse de outras partes no processo, designadamente os presumíveis ofendidos, na não revelação de certos factos prejudiciais à sua reputação e consideração social”³⁹.

Ora, a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, introduziu alterações significativas nos artigos 86.º, 87.º, 88.º e 89.º do Código do Processo Penal que estabelecem o regime do acesso ao processo e da divulgação do seu conteúdo. Especificamente, por força das alterações introduzidas no n.º 1 do artigo 86.º, o processo passa agora a ser dominado pelo princípio da publicidade desde o seu início, encontrando-se agora também o inquérito sujeito àquele princípio, sendo esta uma das inovações mais importantes da reforma.

Assim, a sujeição do inquérito ao princípio da publicidade e o inerente recuo do espaço do regime de segredo de justiça revelam um novo equilíbrio na dialéctica entre o segredo e a publicidade que está inerente ao processo penal. O segredo de justiça, de regra passa a excepção, e assume na sua fundamentação equilíbrios diversos relativamente à anterior versão do código: o relevo das exigências de investigação face à tutela da imagem do arguido e dos interesses com ela conexos é claramente reduzido. Deste modo, os sujeitos processuais arguido e o assistente e o simples ofendido, por força da nova redacção do n.º 2 deste artigo, passam a ter o direito ao segredo de justiça durante o inquérito, «sempre que a publicidade» possa «prejudicar» os respectivos direitos.

“Este novo direito à sujeição do processo ao regime do segredo de justiça, a relevar na sua dimensão externa, efectiva-se a requerimento daqueles interessados e é concedido por despacho do juiz de instrução, que antes de decidir deve ouvir o Ministério Público. Não especifica a lei nenhum pressuposto concreto para este direito, limitando-se à referência genérica ao «prejuízo dos direitos» de qualquer um deles que possa derivar da publicidade do processo. Como os interesses dos participantes

³⁹ Publicado em Pareceres, Procuradoria-Geral da República, Volume VII, p. 62.

e sujeitos processuais podem ser contraditórios, era de esperar que a lei indicasse um critério relevante para a solução de eventuais conflitos. Na verdade, o assistente, para além da protecção da sua imagem da divulgação dos factos que constituem o objecto do processo, como sujeito processual que é, auxiliar do Ministério Público, tem interesse na protecção dos interesses da investigação e no conjunto de elementos que daí derivam. Por outro lado, o arguido independentemente da protecção da sua imagem, pode abdicar da mesma e ter interesse na publicidade do processo como instrumento da sua defesa. No silêncio da lei, fica nas mãos do juiz de instrução ponderar o conflito, quando exista, e dar prevalência aos interesses que julgue mais relevantes, não podendo olvidar os elementos do segredo que servem objectivamente os interesses comuns. Realçam-se, de igual forma, os interesses da investigação que tradicionalmente foram uma das causas justificativas do segredo de justiça, e que motivam o regime decorrente do n.º 3 daquele artigo 86.º, na sua nova redacção. Assim, quando o Ministério Público entender «que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem» pode determinar a sujeição do inquérito ao segredo de justiça.

Todavia, esta determinação do Ministério Público está «sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas»⁴⁰, o que poderá representar alguma tensão no “equilíbrio desenhado no código entre estas duas autoridades judiciárias”⁴¹. Pelo que, em jeito de conclusão, poder-se-á então afirmar que tal decisão fica assim nas mãos do Juiz de Instrução e não nas do Ministério Público, tendo sempre presente que “na investigação criminal só se deve esconder aquilo que for estritamente necessário para a eficácia da mesma”⁴¹.

§ 4.º Últimas considerações

Após a enunciação das questões principais e das linhas de argumentação sobre esta específica temática, urge finalmente realçar algumas das

⁴⁰ Parecer n.º P000842007, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 68, 07 de Abril de 2008, consultado em www.pgr.pt, em 04 de Junho de 2008.

⁴¹ *Idem, Ibidem.*

⁴² Afirmação proferida pelo Senhor Professor Germano Marques da Silva, no Seminário sobre a Reforma Penal e Processual Penal, Leiria, 5 de Junho de 2008.

reflexões mais significativas que se tenham insinuado e mostrado mais determinantes desta abordagem. Neste sentido, considera-se então que:

1. O processo criminal português tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios subordinados ao princípio do acusatório;
2. A fase do inquérito é uma fase em que o Ministério Público goza de amplos poderes de investigação, de acordo com o artigo 267.º CPP, em que a investigação decorre de forma escrita (275.º CPP) e em que pode decorrer de forma secreta, caso assim seja validado pelo Juiz de Instrução (86.º CPP);
3. O nosso legislador encontrou, assim, um muito razoável equilíbrio, ao atribuir à jurisdição, na fase do inquérito, uma função de garantia, mas não lhe atribuindo a responsabilidade de luta contra a criminalidade, para assim se garantir a necessária imparcialidade de julgamento, elemento absolutamente essencial ao processo;
4. Enquanto detentor da acção penal, o Ministério Público age então como órgão de justiça, cabendo-lhe nos termos dos artigos 53.º, n.º 2, alínea b) e 263.º, n.º 1 do CPP, a direcção do inquérito, assistido pelos órgãos de polícia criminal, com o que se afirma uma relação de auxiliaridade que legitima a qualificação dos órgãos de polícia criminal como órgãos auxiliares da Administração da Justiça;
5. Todavia, julgamos que o espírito gizado pelo legislador de 1987 sobre a direcção do inquérito pelo Ministério Público já não é, hoje, o mesmo, considerando os riscos de uma crescente policia-lização nesta fase, bem como as últimas alterações relativas à publicidade do processo e segredo de justiça

Referências Bibliográficas

- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CORREIA, João Conde, *Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta*, in: Colóquio “A reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 e 12 de Abril de 2008.
- COSTA, José Faria, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia. A experiência portuguesa*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Volume LXX, 1994.

- COSTA, José Faria, *As relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º 71, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.
- COSTA, José Faria, *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O modelo português – A dependência funcional*, in: Modelos de Polícia e Investigação Criminal, Porto, Edições Gailivro, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Entrevista, in: Revista Visão, n.º 543, de 31 de Julho a 6 de Agosto de 2004.
- JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª Edición, Granada: Comares, 2002.
- LOPES, José Mouraz, *Dos actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito. A Relevância do «Tempo Razoável» para a sua prática e o seu controlo*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005.
- MOURA, José Souto de, *Justiça, Ministério Público, Criminalidade Económica*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOURA, José Souto de, *A protecção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005.
- PEREIRA, Rui, *O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004.
- PINTO, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in: *STVDIA IVRIDICA*, n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, Tomo I*, Lisboa: Editorial Verbo, 1994.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2004.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2005.
- Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro.

- Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, publicada no Diário da República, 1.ª Série, n.º 39, 23 de Fevereiro de 2006, consultado em www.dre.pt, em 03 de Junho de 2008.
- Parecer n.º P000212000, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 198, 28 de Agosto de 2000, consultado em www.pgr.pt, em 03 de Junho de 2008.
- Parecer n.º P000842007, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, publicado no Diário da República, 1.ª Série, n.º 68, 07 de Abril de 2008, consultado em www.pgr.pt, em 04 de Junho de 2008.

Relação entre os OPC e o MP no inquérito e na instrução e a LOIC¹

PEDRO MIGUEL LOPES FERREIRA LOURENÇO DE SOUSA
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Comissário da Polícia de Segurança Pública

§ 1.º Brevíssimas considerações

De acordo com os ensinamentos dos Professores JESCHECK e WEIGEND, é seguro afirmar-se actualmente que “a missão do Direito Penal é a protecção da convivência das pessoas em sociedade”², assegurando-se assim, em última instância, a inviolabilidade do Ordenamento Jurídico através da coacção estatal e que este poder punitivo do Estado não pode ser exercido de qualquer modo ou sem consideração no seu alcance³, devendo antes ser compatível com o estado de cultura do povo e com os direitos fundamentais dos cidadãos.

Desta forma, quando o Estado desenvolve a sua actividade repressiva em relação ao suspeito de um crime, a protecção fornecida pelos direitos fundamentais desloca-se do cidadão em geral e portanto das potenciais vítimas de crimes para o agente dos mesmos crimes.

¹ O artigo que se publica corresponde à conferência proferida no quinto Seminário das *Jornadas sobre a Reforma Penal e Processual Penal*, que decorreu nos dias 13 e 14 de Novembro de 2008, no Instituto Politécnico de Viseu, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5.ª Edición, Granada: Comares, 2002, p. 2.

³ *Idem*, p. 3.

Dir-se-á então que a preocupação com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão **em geral** se manifesta sobretudo no direito penal substantivo, enquanto que a preocupação com a protecção dos direitos fundamentais do cidadão, enquanto suspeito de um crime, releva, sobretudo, no direito penal adjectivo”⁴.

Pelo que se pode considerar que o Código de Processo Penal de 1987, embora tardio, tenha sido um fruto feliz da criação do Estado de Direito.

“De forma exemplar, celebrada quer em termos nacionais, quer mesmo em termos internacionais, este Código realiza a difícil tarefa da concordância prática entre as finalidades inevitavelmente conflituantes subjacentes ao processo penal.

Por um lado, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por outro lado a protecção dos direitos individuais e o imprescindível restabelecimento, tão célere quanto seja possível, da paz jurídica perturbada pela prática do crime e a consequente reafirmação da validade e da vigência da norma jurídica violada”⁵.

Ora, a realidade que vivemos actualmente, é bastante diferente da que se vivia em 1987!

Assim, e socorrendo-me das sábias palavras da Senhora Professora ANABELA RODRIGUES, “se entretanto o mundo mudou, e se nestas coisas da perseguição penal, o processo muda com o mundo, logicamente o processo penal teria que mudar”⁶ igualmente, atendendo ao facto que vivemos actualmente o tempo, que o Professor FARIA COSTA apelidou justamente como o *tempo das micro-reformas*⁷, ou seja, vivemos a vertigem de um tempo em que quase não temos “tempo” de conhecer as leis.

Logo, tendo presente que a ressonância que qualquer código penal ou processual penal adquire no seio da comunidade lhe advém do impacto das mudanças que “provoca na consciência colectiva e, muito particularmente, na consciência individual dos membros daquela especí-

⁴ *Idem, Ibidem.*

⁵ CORREIA, João Conde, *Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta*, in: Colóquio “A reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 e 12 de Abril de 2008.

⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 550.

⁷ COSTA, José Faria, *O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003, pp. 1146 e 1147.

fica e precisa comunidade jurídica”⁸, tentaremos então reflectir sobre as últimas alterações produzidas sobre o Código de Processo Penal de 1987, em especial sobre o relacionamento entre os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias.

Todavia, ainda em um momento anterior a tal reflexão, poderemos desde já afirmar que entendemos, em consonância com o defendido por CONDE CORREIA, que apesar de algumas distorções endógenas e exógenas, não se enveredou, **para já**, para um processo penal de índole securitária, que privilegia, **exclusivamente**, a busca da verdade e a realização da justiça, à custa dos direitos fundamentais, apesar de se notarem, preocupantemente, alguns sinais de precariedade nos “equilíbrios laboriosamente alcançados entre, de um lado, uma administração de justiça *eficaz* e, de outro, o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, buscando, em cada momento concreto, a sua máxima realização possível”⁹.

Ora, nesta linha de continuidade, ao falar-se de uma administração de justiça e de uma justiça penal, muito em especial, teremos, tendo presente o tema que nos foi proposto, necessariamente que abordar alguns dos princípios enformadores do nosso processo penal.

É tempo portanto de falarmos do nosso processo criminal.

§ 2.º Alguns dos princípios fundamentais do Processo Penal

Dispõe o n.º 5 do artigo 32.º da nossa Constituição da República Portuguesa que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios subordinados ao princípio do acusatório”. Ora, como princípio arquitectónico do direito constitucional aplicado, o princípio do acusatório ou da separação de poderes, “significa que só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento”¹⁰.

⁸ COSTA, José Faria, *As relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, n.º 71, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995, p. 117.

⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.* [5], p. 550.

¹⁰ Assim, CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 205. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.

Ou seja, e dito de outro modo, da consagração da estrutura acusatória resulta assim inadmissível que o Juiz possa ordenar ao Ministério Público que deduza acusação ou os termos em que deve ser formulada. O Juiz tem de ser imparcial relativamente às posições assumidas pela acusação e pela defesa e, por isso, não pode nunca assumir a veste de acusador¹¹, ainda que indirectamente, provocando a acusação pelo Ministério Público ou definindo-lhe os termos.

A diferenciação entre o órgão que dá a acusação e o órgão que a vai julgar há-de ser uma diferenciação material e não simplesmente formal¹², pelo que a uma entidade investigatória autónoma e diferenciada deve corresponder uma entidade julgadora independente, verificando-se assim “uma separação entre a emoção da investigação criminal e da decisão de acusar ou não um cidadão pela prática de um facto tipificado pela lei como crime e a serenidade racional da decisão da condenação ou absolvição daquele cidadão”¹³.

No mesmo sentido, pode então afirmar-se que esta autonomia de magistratura articula-se em termos de coerência sistémica com o modelo de clara separação de funções entre o Ministério Público e o juiz de instrução adoptado pelo Código de Processo Penal de 1987: O encargo da investigação não é da responsabilidade, conjunta ou solidária desses órgãos, incumbindo na fase pré-acusatória exclusivamente ao Ministério Público e na fase, facultativa, de instrução a direcção processual é da responsabilidade do juiz de instrução em ordem à comprovação da decisão do inquérito.

¹¹ Não devemos assim esquecer que, de acordo com o preâmbulo do Decreto n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, o Ministério Público foi criado “para subtrair a acusação ao poder judicial” e, como órgão do Estado, pertence-lhe o exercício da acção penal, uma vez que o direito de punir é um direito exclusivo do Estado, cumprindo-lhe o dever de “solicitar dos tribunais o direito de punir do Estado, devendo este conceder-lhe um meio de poder justificar a sua actuação, ou seja, a instrução preparatória que se destina a fundamentar a acusação; logo, é ao Ministério Público que cumpre recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao Poder Judicial as causas criminais, devendo o juiz ser alheio a esta fase processual”, excepto quando da actividade investigatória resultar violação de direitos e de liberdades individuais. *Apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [9], p. 67.

¹² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, Tomo I*, Lisboa: Editorial Verbo, 1994, p. 58.

¹³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do objecto do Processo: Da importância dos órgãos de polícia criminal na sua identificação e determinação*, in: *Separata da Revista Politeia*, Ano III, n.º 2, Coimbra: Almedina, 2006, p. 129.

Pelo que, e face ao que foi já referido, é então hoje aceite que a realização do Estado-de-Direito ficaria entre nós inacabada se ao lado de juízes independentes e imparciais não dispuséssemos de um exercício da acção penal autónomo, protagonizado pelo Ministério Público, a fim de que o poder judicial não deixe de intervir em relação a tudo aquilo em que deve intervir¹⁴.

Por tais razões, refere o artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 1 que àquela instância formal de controlo do crime (nas palavras do Professor FIGUEIREDO DIAS) “compete exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”, esclarecendo o n.º 2 que aquela Magistratura goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei¹⁵.

Directamente imbricado com o que já foi dito, e porque “a pedra angular do processo penal em um Estado de Direito Democrático é a tutela efectiva dos direitos individuais e gerais, ou seja a tutela dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade e segurança, direitos que hão-de considerar-se na perspectiva individual e colectiva”¹⁶, o princípio da jurisdição do processo impõe que, sempre que estejam em causa actos que se prendam directamente com direitos fundamentais, como por exemplo o primeiro interrogatório de arguido detido, a aplicação de medida de coacção ou a autorização de busca domiciliária, esses actos

¹⁴ Neste sentido, MOURA, José Souto de, *Justiça, Ministério Público, Criminalidade Económica*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, n.º 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.14. No mesmo sentido CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [4], ao indicar que “... com efeito, o Ministério Público, pelo seu estatuto e pela sua posição processual está num posto privilegiado para, sem perder a necessária eficácia, respeitar e fazer respeitar os direitos individuais (as polícias estão demasiadamente comprometidas com o resultado da investigação tendo maior dificuldade para salvaguardar aqueles direitos e o juiz de instrução criminal já está demasiado longe, perdendo em eficácia) “.

¹⁵ Merece especial referência o n.º 2 do artigo 2.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto): “a autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei”. Sobre o estatuto dos magistrados do Ministério Público, SOUTO DE MOURA, *ob. cit.* [13], p.15, referiu que “...o estatuto de magistrado em referência coloca aliás exigências a que nem sempre é fácil responder, porque tanto os interesses que compete ao Ministério Público defender, e portanto as competências que lhe estão atribuídas, como a disciplina interna a que o Ministério Público está sujeito se perfilam com um carácter claramente compromissório. Daí a importância, até, para esta magistratura, de um delicado sentido de equilíbrio...”.

¹⁶ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [11], p. 48.

sejam da estrita competência do Juiz de Instrução, independente e imparcial quanto às investigações¹⁷.

Aliás, na esteira do Professor GERMANO MARQUES DA SILVA, consideramos que o actual conteúdo do conceito de instrução previsto no artigo 32.º, n.º 4 da CRP, é o “de garantia processual de salvaguarda dos direitos fundamentais em todos os actos de investigação dos crimes e direito do arguido ao esclarecimento dos factos, com a sua participação, em ordem à decisão de o submeter a julgamento”¹⁸.

Pelo que nos parece assim, que “o legislador encontrou um muito razoável equilíbrio, ao atribuir à jurisdição, na fase do inquérito, uma função de garantia, mas não lhe atribuindo a responsabilidade de luta contra a criminalidade, para assim se garantir a necessária imparcialidade de julgamento, elemento absolutamente essencial ao processo”¹⁹. Por tais razões, e acompanhando fielmente JOSÉ MOURAZ LOPES, acreditamos que “não deve ser fácil nem cómodo ser juiz de instrução.

Porquê?

Porque o juiz de instrução deve ter bem presente que a sua força lhe advém da sua capacidade de dizer não. Para dizer não a injustiças e a violações dos direitos dos cidadãos. Sejam elas praticadas por outros cidadãos, sejam elas praticadas por órgãos de polícia criminal, sejam mesmo praticadas por autoridades judiciais. Sejam elas praticadas “às claras”, sejam elas praticadas sob a capa da “necessidade de obter meios de prova”.

A função garantística do juiz de instrução condiciona por isso todos os seus actos²⁰, não podendo nunca converter-se num verdadeiro aliado fiel do Ministério Público²¹, nem em seu feroz inimigo.

¹⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *ob. cit.*, [9], p. 226.

¹⁸ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [11], p. 49. Lembra-se que o n.º 4 do artigo 32.º da CRP dispõe: “Toda 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”.

¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, [11], p. 50.

²⁰ LOPES, José Mouraz, *Dos actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito. A Relevância do «Tempo Razoável» para a sua prática e o seu controlo*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 205.

²¹ CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [4].

§ 3.º Relacionamento entre OPC e AJ

Após termos abordado muito sinteticamente as autoridades judiciárias, falta obrigatoriamente abordar a temática dos órgãos de polícia criminal.

É sabido que os OPC actuam no processo-crime quer por determinação das AJ, quer por iniciativa própria. Ora, especificamente sobre o modelo de relacionamento entre autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, o nosso Código de Processo Penal contém um conjunto de preceitos²² directamente respeitantes a esta matéria, destacando-se o conceito de dependência funcional²³ que é posto em relevo, *rectius*, grande relevo, considerando que implica o reconhecimento de uma esfera de autonomia (organizacional) da própria polícia, mas, quando actuando *exclusivamente* no processo, as polícias passam a estar sob (a responsabilidade de) a autoridade judiciária e não sob as ordens da hierarquia a que pertencem.

Motivo pelo qual, tal conceito deverá ser entendido como **o alfa e o ómega** do modelo de relacionamento entre autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal.

Ora, esta concepção genérica de coadjuvação é posteriormente concretizada em cada uma das fases processuais seguintes: nomeadamente, na fase de inquérito (art. 263.º) e na fase de instrução (art. 288.º).

Neste sentido, e acompanhando o Professor DAMIÃO DA CUNHA, pode referir-se que “o relacionamento entre polícias e autoridades judiciárias é um relacionamento tendencialmente unitário, quanto à sua finalidade. Para efeitos do CPP, existe uma só “polícia” para todo o processo penal, assim, como a sua intervenção se pauta pela identidade de “função”, seja qual for a autoridade judiciária que esteja em causa.

Ou seja: todo e qualquer órgão de polícia criminal tem o dever de coadjuvar as autoridades judiciárias e qualquer autoridade judiciária tem o direito à mesma coadjuvação.

²² Designadamente os artigos 55.º e 56.º.

²³ Entendemos assim que o conceito de “dependência funcional” é claramente uma *definição jurídica construtiva*, e que por tal razão, representa uma opção legislativa de fundo. Sobre a expressão *definições jurídicas construtivas*, COSTA, José Faria, *As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal*, in: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 385.

Obviamente que isto não significa que o “tipo de coadjuvação” seja exactamente o mesmo, não tanto pela diferença (institucional) de autoridade judiciária, mas pelo tipo de auxílio que é esperado em cada uma das fases do processo e pelo tipo de “continuidade de relacionamento”, a qual tem menos a ver com o relacionamento e mais com os poderes (competências) da autoridade judiciária”²⁴.

Assim, neste sentido, o CPP dá um claro sinal ao indicar que, enquanto na “fase de instrução, os órgãos de polícia criminal assistem o juiz e actuam sob a sua direcção, na fase de inquérito, os órgãos de polícia criminal assistem o MP, mas actuam sob a sua **directa direcção**”²⁵.

²⁴ CUNHA, José Manuel Damião da, *O relacionamento entre as Autoridades Judiciárias e Polícias no Processo Penal*, in: I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 102. Aliás, e como nos ensina Damião da Cunha, “... expressão disto é obviamente o facto de na tramitação processual se estabelecer uma diferente acentuação dos poderes da autoridade judiciária. Com efeito, nada se dizendo em fase de julgamento, torna-se óbvio que, em regra, nessa fase a coadjuvação significará a prática de concretos actos. A fase da investigação supõe uma investigação e no inquérito esse relacionamento será, por assim, dizer contínuo e «normal»”.

²⁵ *Idem*, p. 103. Negrilo nosso. Para este autor, este conceito significa “um contacto directo com os órgãos de investigação criminal e que implica um contínuo e permanente sistema de informação – todavia, tanto quanto possível, desburocratizado – de modo a que exista uma efectiva responsabilização pela actividade pressuposta na decisão final”, p. 106. Para Faria Costa, *ob. cit.*, [373], p. 234, “significa um tal poder, em nosso juízo, duas coisas: a) por um lado, um poder de directo contacto com os agentes encarregues da investigação criminal e, b) por outro, um poder contínuo e permanente de emitir directivas que dirijam a actividade investigatória”. Ainda sobre este mesmo assunto, Damião da Cunha *ob. cit.*, [385], p. 101, defende igualmente que “...ponto decisivo é que exista, quer na estrutura das polícias, quer na magistratura do MP, a adequação orgânica que permita um contacto desconcentrado e desburocratizado entre ambas as instituições para a realização do processo penal...”, e ainda na p. 110, que “... a correcta articulação entre “polícia” e autoridades judiciárias não é mera questão de polícia” ou de sistema policial, é, antes de tudo, uma questão de “qualidade” do Estado de Direito, a que a polícias servem, em função das suas competências legais”. Ora, atendendo ao facto que sobretudo na fase de inquérito, mas também na fase de instrução, as autoridades judiciárias têm o poder-dever de orientar e, neste sentido, de influir na orientação das investigações, só pelo facto de estas serem um instrumento para as decisões que devem tomar, de acordo com o estatuto que se lhes impões, Maria José Morgado, na palestra de encerramento do 11.º Curso de Investigação Criminal da Polícia de Segurança Pública, em 11 de Abril de 2008, defendeu formas de “articulação directa entre os Magistrados de Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal, designadamente o facultar dos números de telemóvel, bem como os endereços electrónicos”. Ainda sobre esta tentativa de aproximação, MOURA, José Souto de, *ob. cit.*, [13], p. 22, defende que “...mas já que

§ 4.º Relacionamento no Inquérito

Nesta ordem de ideias, não se pode seguramente iludir que é sobretudo no inquérito que o relacionamento entre órgãos de polícia criminal e MP suscita maior relevância, face à especificidade e sentido desta fase.

Assim, enquanto componente do inquérito, deve ter-se presente que se “a investigação criminal está necessariamente subordinada às finalidades daquela fase processual e porque o modo de recolha de indícios do ilícito criminal tem relevância processual em termos probatórios e implica frequentemente restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e não só do arguido, é essencial que se retenha que a mesma não pode desenvolver-se sem que a autoridade judiciária assuma a direcção do processo”²⁶, até porque esta entidade não tem apenas a competência para proferir a decisão final, mas tem igualmente o dever de se responsabilizar por tudo quanto está (ou deva estar) pressuposto na decisão e não podem subsistir margens para erros²⁷.

Todavia, e como sabemos, apesar de tais atribuições, a magistratura do Ministério Público não é, nem deve ser um corpo de polícia²⁸, pois a titularidade do inquérito deve ser entendida como o poder de dispor material e juridicamente da investigação no sentido de emitir directivas, ordens e instruções quanto ao modo como deve ser realizada aquela investigação, acompanhar e fiscalizar os vários actos, delegar ou solicitar a realização de diligências, presidir ou assistir a diversos actos ou autorizar a sua realização, e avocar a todo o tempo o inquérito. Nestas tarefas se materializa então a direcção efectiva do inquérito.

Mas não será difícil entender que para cumprir eficaz e eficientemente esta direcção, é necessário ao Ministério Público dispor de alguns conhecimentos, que à partida, são conhecimentos técnicos de investigação. Questionamo-nos como será possível dirigir uma investigação criminal e deduzir ou não uma acusação eficaz, se não se dispuser de alguns

as polícias não podem, não devem, vir trabalhar integradas em serviços do Ministério Público, porque não ensaiar um movimento exactamente em sentido contrário, procurando-se aproximar os magistrados da polícia, colhendo-se aliás os benefícios de experiências pretéritas que já ocorreram entre nós? Fico-me com esta interrogação algo provocatória ...)”.

²⁶ Vide Boletim do Conselho Superior do Ministério Público, n.º 42, Ano V, consultado em www.pgr.pt/, no dia 09 de Maio de 2008.

²⁷ Assim, CUNHA, José Manuel Damião da, *ob. cit.*, [23], p. 107.

²⁸ PINTO, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 577.

dos conhecimentos técnicos que naquela fase do processo foram necessários aos órgãos de polícia criminal, para além da necessária disponibilidade permanente para o esclarecimento de dúvidas processuais. Neste sentido, e porque a realidade tem demonstrado algumas tendências inversas de “subalternização da autoridade judiciária na investigação, o que põe em causa o princípio da investigação sob garantia judicial”²⁹, é pois essencial que “uma certa passividade³⁰ dos magistrados durante a fase preparatória do processo seja combatida, de forma a evitar aquilo a que ultimamente se tem chamado de perigo de *policialização* da investigação criminal”³¹. Aliás, já no passado o Senhor Professor FIGUEIREDO DIAS

²⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in: *STVDIA IVRIDICA*, n.º 61, Coimbra: Coimbra Editora, p. 956. No mesmo sentido, COSTA, José Faria, *As relações entre o Ministério Público e a Polícia. A experiência portuguesa*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, Volume LXX, 1994, p. 222, onde cita José Costa Pimenta: “Todavia, contrariamente ao que poderia parecer à primeira vista, o perigo não é tanto o de ingerência das magistraturas nas polícias, mas, inversamente, o risco das polícias, altamente dependentes da Administração, influenciarem a actividade da magistratura – com consequências perniciosas para a segurança dos cidadãos e credibilidade da justiça administrativas”. Igualmente CUNHA, José Manuel Damião da, *O modelo português – A dependência funcional*, in: Modelos de Polícia e Investigação Criminal, Porto, Edições Gailivro, 2006], p. 100, ao analisar os riscos e as vantagens do modelo português de relacionamento entre as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal, considera que: “... pode constituir um obstáculo à realização das suas (MP) tarefas, tanto pela impossibilidade de definir ou escolher os funcionários competentes, como a “dominância” da polícia nas investigações poder subtrair-lhe uma efectiva direcção da fase processual de que é titular, pelo menos, em muitos âmbitos da criminalidade”. Por tal facto, Damião da Cunha acredita que “a opção legislativa do CPP parece, assim, inscrever-se numa tentativa de conciliar o “inconciliável” – uma determinada forma de prevenção criminal e a garantia da responsabilidade judiciária no processo penal”, *Idem*, p. 106.

³⁰ Passividade que, de acordo com CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [4], se traduz em “o Ministério Público, em vez de assumir uma efectiva direcção da investigação criminal, se ter limitado, muitas vezes, a recepcionar, de forma acrítica, os resultados logrados pelos órgãos de polícia criminal, contribuindo para uma indesejável, mas real, *policialização* do inquérito (na prática verifica-se, justamente, aquilo que o legislador quis evitar)”.

³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ob. cit.*, [28], p. 955. Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, acredita que esta situação é uma consequência “*de o MP não estar talvez tão preparado como seria necessário, para dar à polícia as instruções e os conselhos necessários*”, Entrevista, in: Revista Visão, n.º 543, de 31 de Julho a 6 de Agosto de 2004, p. 36, col. 3. Em opinião igualmente concordante sobre o perigo real da *policialização* da investigação criminal, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 11 e também este autor em *Teoria Geral do Direito Policial, Tomo I*, Coimbra: Almedina, 2005], p. 258.

alertava que esta situação era uma consequência do facto “*de o MP não estar talvez tão preparado como seria necessário, para dar à polícia as instruções e os conselhos necessários*”.

Logo, para se afastar definitivamente uma certa sensação de direcção *fictícia*³² do inquérito e para se anular definitivamente a ideia de que a investigação é assunto de polícia, só de polícia, transformando-se o Ministério Público em receptor de inquéritos ou em mero classificador de processos, é pois primordial que o Ministério Público acompanhe *efectivamente* as tarefas de investigação levadas a cabo pelos OPC, que domine a cena, que retome as rédeas da investigação criminal, de modo a que exista uma *efectiva* responsabilização pela actividade pressuposta na decisão final e, conseqüentemente, uma maior proximidade entre o órgão coadjuvado e o órgão coadjuvante.

Pelo que se considera então como “fundamental a criação de mecanismos superadores das dificuldades comunicacionais entre polícias e procuradores”³³, devendo partir-se do pressuposto, tal como HASSEMER bem reconhece, “que não cabe só à polícia resolver os problemas de comunicação”³⁴.

§ 5.º Relacionamento na Instrução

Diferentemente do que se trata no inquérito, e seguindo de perto os ensinamentos do Professor DAMIÃO DA CUNHA, no caso da fase da instrução do que se trata é de uma definição de uma situação jurídica controversa, de um litígio. Assim, pode referir-se que na instrução (deixando de lado o aspecto de ser facultativa) enquanto definição de uma certa questão, as investigações são funcionalizadas ao tipo de questão que é posta e dentro dos limites desta.

Daqui decorre, que a intervenção dos órgãos de polícia criminal, ao nível da fase instrutória, tem um carácter pontual (e até eventual), pelo que, podendo entender-se nos quadros da coadjuvação, dependência fun-

³² PEREIRA, Rui, *O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, p. 124, *apud* CORREIA, João Conde, *ob. cit.*, [4].

³³ MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 159.

³⁴ *Idem, Ibidem.*

cional e direcção, não deve a mesma ser confundida com a intervenção ao nível do inquérito.

Decerto que o juiz de instrução detém um poder de emissão de directivas (conforme a figura da direcção), mas só o detém para encarregar os órgãos de polícia criminal da prática de certos concretos actos, devendo assim esta autoridade judiciária informar concretamente o OPC do que pretende na comunicação enviada.

§ 6.º Últimas considerações

Em jeito de conclusão, poderemos então referir que os órgãos de polícia criminal desempenham um papel preponderante na coadjuvação às autoridades judiciárias que promovem ao longo do processo, pois intervêm activamente no impulso que dão à actividade processual, coadjuvam o MP na fase do inquérito, o Juiz de Instrução Criminal na fase da instrução e o Juiz na fase de julgamento.

Acreditamos profundamente que esta relação de coadjuvação e de dependência funcional dos OPC em relação às AJ obedece a opções de política legislativa muito ponderadas, discutidas e consolidadas.

Assim, em uma equipa, há sempre quem dirija e quem executa, sem prejuízo do respeito mútuo e do reconhecimento dos respectivos saberes e experiências, pelo que os OPC terão sempre que ser vistos como órgãos auxiliares de administração de justiça e não como actores principais, deixando esse papel às Autoridades Judiciárias.

Não deve nunca ser esquecido que as Magistraturas e as Polícias não existem por si e para si, por questões corporativas, mas sim para levar a cabo as funções que o legislador, democraticamente eleito pelo povo, lhes atribuiu no processo penal.

Muito obrigado pela atenção dispensada.

Recursos em Processo Penal: em particular, as novidades da revisão de 2007¹

MÁRIO FERREIRA MONTE

*Doutor em Direito
Professor na Escola de Direito
da Universidade do Minho*

PEDRO MIGUEL FREITAS

*Assistente Convidado na Escola de Direito
da Universidade do Minho*

Sumário

1. Legitimação e enquadramento jurídico; 2. Recorribilidade e irrecorribilidade; 3. Tramitação e poderes de cognição; 4. Recurso cível em processo penal; 5. Transcrição, gravação e renovação da prova; 6. Proibição da *reformatio in pejus*; 7. Recurso obrigatório.

Devo em primeiro lugar agradecer penhoradamente o convite que me foi endereçado para participar na presente sessão. Uma palavra ainda para cumprimentar os presentes e exorar a sua condescendência perante

¹ O texto que agora se dá conta corresponde, na sua essência, à intervenção de Mário Ferreira Monte, por ocasião das conferências organizadas pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, que tiveram lugar em Viseu, em 14 de Novembro de 2008, e que teve na sua base apontamentos manuscritos preparados pelos autores e posteriormente aperfeiçoados para se alcançar o presente texto, nomeadamente com a inserção de algumas notas que actualizam o texto. Contudo, procurou manter-se o tom coloquial da intervenção. Os autores agradecem ao Sr. Juiz Conselheiro Manuel Simas Santos os contributos que deu, antes da referida intervenção, e a troca de impressões sobre o assunto então havida.

as *audíveis* dificuldades na voz com que no momento me debato. A intervenção que farei é fruto de reflexões que procurei levar a cabo juntamente com o Sr. Dr. Pedro Freitas, docente na Escola de Direito da Universidade do Minho, a quem também agradeço a colaboração.

Com a presente comunicação não se pretende, bem pelo contrário, enunciar exhaustivamente o regime jurídico dos recursos em matéria penal e controvérsias que a seu propósito se suscitam, embora tal pudesse, em abstracto, ser uma opção. Atendendo ao público a que me dirijo, na sua grande maioria membros das forças policiais, a intenção que hoje me guia é sobretudo a de levantar a ponta do véu do conjunto de alterações introduzidas em tal regime pela recente revisão do CPP.

1. A justiça dos homens é, em si, falível, é certo. Por mais sábios e cautelosos que sejam aqueles que componham “a máquina da justiça”, nunca o erro ou a injustiça deixam cair no esquecimento a falibilidade ligada a toda e qualquer actividade humana. Mas se o ser humano erra, tem também a capacidade definidora de avaliar novamente e corrigir, ou pelo menos limitar, quaisquer falhas que haja cometido.

Mais do que uma capacidade e/ou possibilidade, a reavaliação do que se decidiu constitui um imperativo da realização da justiça – se a decisão judicial não cumpriu o seu fim, isto é, se não resolveu de forma justa e equitativa determinada situação ou realidade da vida, deverá ser corrigida.

Em situações de fundo ou de mérito das decisões judiciais, deve antes de tudo dar-se ênfase ao princípio do *auto-esgotamento do poder jurisdicional*, que significa que com a prolação da sentença fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa². O dever de decidir que sobre o juiz impende, uma vez consumado, importa a extinção do seu poder jurisdicional e, conseqüentemente, a impossibilidade de alteração, por sua iniciativa, quer do sentido da decisão, quer dos fundamentos que lhe serviram de base. A sentença torna-se, neste sentido, intáctil para o seu autor.

A teleologia do referido princípio radica sobretudo na necessidade de assegurar a estabilidade das decisões judiciais, embora se deva conceder que tal desiderato não é assumido de forma absoluta, já que sofre

² Veja-se o n.º 1 do art. 666.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* art. 4.º do Código de Processo Penal.

algumas limitações. Com efeito, o tribunal pode, por sua iniciativa ou a requerimento, corrigir eventuais falhas da sentença, quando, ressalvado o disposto no art. 379.^{o3}, não sejam cumpridos os requisitos previstos no art. 374.^o, ou ainda sanar erros, lapsos, obscuridades ou ambiguidades cuja eliminação não importe modificação essencial da mesma. Mas quando esta via, prevista no n.º 1 do art. 380.^o, não seja possível, expedientes há que permitem reagir aos erros cometidos na decisão judicial penal, de entre os quais o recurso assume, pela sua excelência, particular importância.

O recurso é um meio de impugnação de decisões judiciais, dirigido a um órgão jurisdicional hierarquicamente superior (*ad quem*) ao que proferiu a decisão recorrida (*a quo*), imposto pela necessidade de garantir uma reapreciação das decisões em processo penal, ante o erro e a injustiça eventualmente subjacentes ao aresto gizado. É, por outras palavras, um caminho legal destinado a sujeitar a decisão judicial a um novo juízo de apreciação, agora perante um tribunal superior.

Como tem sido asseverado por diversas vezes pelo Tribunal Constitucional⁴, o recurso constitui uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido no processo penal, tendo tal entendimento sido expressamente reconhecido pela Constituição⁵ no art. 32, n.º 1, *in fine*.

Não devemos olvidar que o esteio constitucional conferido à garantia recursória vem, de resto, acompanhar a importância que lhe é expressamente reconhecida nos mais diversos instrumentos jurídicos internacionais. É exemplo o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos⁶ ao assegurar, no seu art. 14.^o, n.º 5, que “[qualquer] pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei”. O artigo 2 do Protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece, por seu turno, que “qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção

³ Salvo indicação em contrário, todas as normas referem-se ao Código de Processo Penal, na sua redacção actual.

⁴ Veja-se, por todos, o Acórdão do TC n.º 49/2003.

⁵ Com a Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

⁶ O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos entrou em vigor na ordem internacional em 23 de Março de 1976 e, no ordenamento jurídico português, em 15 de Setembro de 1978.

penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação”, podendo excepcionalmente restringir-se o direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal quando se esteja perante “infracções menores, (...) ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”. De modo semelhante à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto de San José da Costa Rica, nome pelo qual é conhecida a Convenção Americana de Direitos Humanos, protege, no artigo 8.º, um conjunto de garantias processuais, de entre as quais merece especial destaque a alínea h) “[o] direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior”.

Descortinado o enquadramento jurídico-constitucional do direito ao recurso, quer dizer que este deve ter-se por constitucionalmente protegido apenas quando perspectivado enquanto garantia do arguido? Parece-nos que não. De facto, não podemos deixar de obtemperar que a omissão de uma referência constitucional expressa dessa garantia em relação a outros sujeitos processuais, que não o arguido, não significa, por decorrência, a sua falta de amparo constitucional. Com efeito, mais do que uma relação de plena *identidade*, ou tão-somente de *recíproca cobertura*, existe entre a Constituição e o Direito Processual Penal uma relação de analogia material, entroncada numa *correspondência de sentido*, que revela afinal o padrão crítico ínsito à lei fundamental. Ademais, normas há em outros diplomas jurídicos, mormente de natureza legislativa, que pela sua dignidade material ou substantiva justificam a elevação a um estatuto constitucional – se não formal, é certo, ao menos material. O direito ao recurso, concebido como garantia ao dispor dos particulares que queiram reagir às decisões que, por erro ou injustiça, não realizem a justiça penal, é uma dessas normas, independentemente da particular posição que estes ocupem na dinâmica do processo penal, *maxime*, arguido, assistente e partes civis.

2. A lei estabelece dois tipos de recursos, conforme pressuponham a não existência do trânsito em julgado da decisão ou, pelo contrário, possam ser interpostos contra decisões judiciais que já tenham transitado em julgado: ordinários ou extraordinários, respectivamente.

O princípio geral dos recursos ordinários, postulado no art. 399.º, é o da recorribilidade dos acórdãos, das sentenças e dos despachos, salvo

determinação em contrário no sentido da sua irrecurribilidade. Como consequência, o que não resultar irrecurrível, nos termos do art. 400.º e demais casos previstos na lei, admite recurso.

Assim, a título meramente exemplificativo, são recorríveis:

- despachos em que o juiz não se reconhece impedido, art. 42.º, n.º 1;
- decisões sobre a remuneração de perito, art. 162.º, n.º 3;
- decisões que aplicam, desaplicam ou mantêm medidas de coacção, art. 219.º;
- decisões sobre a revisão e confirmação de sentença penal estrangeira, art. 240.º, al. a);
- despachos de indeferimento de arguição de nulidade da decisão instrutória que pronuncia o arguido com alteração substancial dos factos, art. 310.º, n.º 3;
- sentenças ou despachos que, em processo sumário, põem termo ao processo, art. 391.º;
- parte cível das sentenças com respeito pela regra da sucumbência, art. 400.º, n.º 2.

Por outro lado, não admitem recurso, nos termos do art. 400.º:

- despachos de mero expediente, n.º 1, alínea a);
- decisões que ordenam actos dependentes da livre resolução do tribunal, n.º 1, alínea b);
- acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações que não conheçam, a final, do objecto do processo, n.º 1, alínea c);
- acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas Relações, que confirmem decisão de 1.ª instância, n.º 1, alínea d);
- acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações, que apliquem pena não privativa da liberdade, n.º 1, alínea e);
- acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas Relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos, n.º 1, alínea f);
- demais casos previstos na lei, n.º 1, alínea g);
- parte cível das sentenças que não respeitem a regra da sucumbência, n.º 2.

Como facilmente se compreende pela leitura deste normativo, e em particular a alínea g) do seu n.º 1, o elenco das situações de irrecurribilidade

não se queda por aqui, podendo descortinar-se ao longo do Código de Processo Penal outras situações em que é negado o direito ao recurso, como por exemplo:

- despachos em que o juiz se reconhece impedido, art. 42.º, n.º 1;
- decisões que apreciem a recusa ou escusa de intervenção de um juiz no processo, art. 45.º, n.º 6;
- despachos que determinem a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, art. 86.º, n.º 2;
- despachos que decidam sobre o levantamento do segredo de justiça, art. 86.º, n.º 5;
- despachos que decidam sobre a consulta de auto ou obtenção de extractos, cópias ou certidões de processo sujeito a segredo de justiça, art. 89.º, n.º 2;
- decisões que sustentem ou modifiquem a redacção do auto, art. 100.º, n.º 3;
- decisões que indefiram o requerimento do Ministério Público ou do defensor para perguntas ao arguido no seu primeiro interrogatório, art. 141.º, n.º 6;
- decisões sobre substituição de perito, art. 153.º, n.º 3;
- decisões instrutórias que pronunciam o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, art. 310.º, n.º 1;
- despachos que designem dia para a audiência, art. 313.º, n.º 3;
- decisões sobre o arbitramento de uma quantia a título de compensação pelas despesas realizadas com o comparecimento à audiência, art. 317.º, n.º 5;
- despachos que reenviem o processo sumário para a forma comum, art. 390.º;
- sentenças ou despachos que, em processo sumário ou abreviado, não põem termo ao processo, art. 391.º *a contrario* e 391.º-F;
- decisões em processo sumário ou abreviado que não sejam sentenças ou despachos que põem termo ao processo, art. 391.º *a contrario* e 391.º-F;
- decisões proferidas em processo sumaríssimo, art. 397.º, n.º 2;
- decisões que admitam ou recusem a renovação da prova no recurso perante as Relações, art. 430.º, n.º 2.

Tendo presente a revisão de 2007, operada no Código de Processo Penal pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, importa tecer algumas considerações sobre alguns dos problemas que se colocavam a propósito

da irrecurribilidade das decisões previstas nas alíneas c), e) e f) do n.º 1 do art. 400.º, na redacção dada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, que, como se sabe, trouxe modificações ao texto original do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

O primeiro dos tópicos que aqui merece a nossa análise tem que ver com a alínea c) do n.º 1 do art. 400.º. Dispunha este normativo, na redacção anterior a 2007, a inadmissibilidade do recurso para o STJ dos acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações, que não pusessem termo à causa. No entanto, desde cedo a interpretação do que seria uma “decisão que põe termo à causa” acabou por gerar interpretações díspares e dar azo à prolação de arestos que, perante a falta de precisão e clareza do texto legal, se revelavam contraditórios e conflituantes⁷. Perante a necessidade de clarificação e afirmação de uma das diversas linhas hermenêuticas existentes, necessidade essa que se ia sentindo sobretudo no direito judiciário, o legislador resolveu agora atribuir uma nova redacção a esta alínea, optando por substituir essa expressão por “acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações que não conheçam, a final, do objecto do processo”. É evidente para nós que se logrou o resultado almejado, na exacta medida em que se introduziu uma maior precisão de conceitos, sem alterar, contudo, o sentido da anterior redacção.

No que se refere às alíneas e) e f), deixa de fazer sentido a discussão que se travou a propósito de saber se “pena aplicável”, no domínio da redacção de 1998, se referia ao limite máximo da moldura abstracta ou à pena “aplicável” no caso⁸. Agora é evidente a preferência legislativa pelo entendimento que advogava dever encontrar-se em “pena aplicável” uma referência à pena concretamente aplicável. Assim, nos termos da alínea f) do art. 400.º, o limite passa a ser constituído pelas penas efectivamente aplicadas.

Ainda a respeito dessas duas alíneas, a interpretação a dar ao segmento “mesmo em caso de concurso de infracções” originou, pelo que nos apercebemos, duas correntes jurisprudenciais divergentes. A posição maioritária⁹

⁷ Cf. entre outros, Acórdãos do STJ de 11/04/2002, processo n.º 581/02-5, de 17/04/2002, processo n.º 620/02-3, de 17/11/2005, processo n.º 2638/05-5 e 19/07/2006, processo n.º 1949/06-3.

⁸ Sobre esta problemática cf., entre outros, os Acórdãos do STJ de 01/10/2003, processo n.º 2143/03-5, de 25/06/2003, processo n.º 1504/03 e de 26/06/2003, processo n.º 1526/03.

⁹ Nesta linha de pensamento, cf. o Acórdão do STJ de 12/02/2003, processo n.º 4667/02-5.

entendia que a “pena aplicável” se referia a cada uma das penas individuais, enquanto a segunda¹⁰, sustentando-se numa leitura conjugada desse sintagma com o disposto nos artigos 14.º, n.º 2, alínea b) e 16.º, n.º 3, do CPP, por um lado, e art. 77.º, n.º 2, do CP, por outro, pugnava pela admissibilidade de recurso, ainda que a cada uma das infracções não correspondesse uma pena abstracta superior a 8 anos, se do cúmulo jurídico resultasse uma pena superior a esse mesmo limite de 8 anos. Na redacção actual foi suprimida essa expressão, o que parece indicar que o limite de 8 anos se refere à pena de prisão aplicada, resulte ela de um cúmulo jurídico ou não.

3. A impugnação de decisões judiciais em matéria penal insere-se num sistema de tramitação unitária, cujo étimo se encontra no Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Com efeito, foi somente com este diploma que o regime de recursos em processo penal foi construído com marcada autonomia jurídico-sistemática ante o ordenamento processual civil, tomando, finalmente, em linha de conta as especificidades próprias do sistema do qual faz parte.

Atento o regime então em vigor, a natureza do tribunal recorrido determinava o tribunal competente para a apreciação da decisão impugnada, nos seguintes moldes: do tribunal singular recorria-se para o tribunal da Relação, em matéria de facto e de direito; do tribunal colectivo e do júri recorria-se para o STJ em matéria de direito, sem prejuízo da revista ampliada.

Com a revisão operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, manteve-se esse regime para as decisões do tribunal do júri e para as do tribunal colectivo que visassem apenas reexame de matéria de direito. Para as decisões do tribunal colectivo que visassem reexame de matéria de facto ou desta e de direito admitia-se o recurso para a Relação e, desta, para o STJ, em matéria de direito, desde que as decisões não fossem irrecuráveis segundo o art. 400.º. Neste último caso, havia duplo grau de recurso, tal como nos recursos das decisões da Relação para o STJ em matéria de direito, relativas a processos advindos do tribunal singular, desde que se respeitasse a dupla conforme, de acordo com o art. 400.º, n.º 1, alínea e) e f).

No que se refere aos poderes de cognição do STJ, existia ainda a possibilidade de recurso *per saltum*, uma vez que se podia recorrer do tribunal

¹⁰ Cf., entre outros, os Acórdãos do STJ de 19/01/2000, processo n.º 1181/99, de 02/05/2002, processo n.º 220/02-3 e de 04/12/2002, processo n.º 3404/2002-3.

colectivo, directamente para o STJ, em matéria de direito. Em entendimento transponível para o tribunal do júri, considerava-se que “o tribunal colectivo (tendo em conta as regras do seu próprio funcionamento e as que presidem à audiência de julgamento) constitui, ele próprio, uma primeira garantia do acerto no julgamento da matéria de facto”. Apesar disso, o Tribunal Constitucional não divisava, no regime saído de 1998, qualquer violação do princípio da igualdade pelo facto de o condenado pelo tribunal colectivo ter acesso a dois graus de recurso, ao passo que o condenado pelo tribunal do júri só dispunha de um grau de recurso, uma vez que as situações em causa eram a seu ver materialmente desiguais. O Tribunal Constitucional concluía que “são realidades diferentes o julgamento e decisão tomada pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo, tal como diferentes são as realidades do julgamento e decisão pelo juiz singular ou pelo tribunal colectivo”¹¹, não havendo então motivos para declarar a solução de 1998 como inconstitucional por violação do princípio da igualdade.

Obviamente que isso não impedia, já desde 1987, que pudesse haver um recurso de revista alargada naqueles casos em que, em princípio, só se podia recorrer de direito.

O Tribunal Constitucional decidiu, já depois da revisão constitucional de 1997, que o sistema de revista alargada previsto no art. 410.º, n.º 2 do CPP “preserva o núcleo essencial do direito ao recurso, em matéria de facto, contra sentenças penais condenatórias” (Ac. do TC n.º 573/98, Plenário) proferidas por tribunais colegiais (Ac. do TC n.º 322/93). E mesmo que incidindo sobre o texto da decisão recorrida e não sobre os elementos de prova constantes dos autos, “protege o arguido dos perigos de um erro de julgamento (designadamente, de erro grosseiro na decisão da matéria de facto); defendendo-o, desse modo, do risco de uma sentença injusta” (Ac. TC n.º 322/93).

O mecanismo da revista alargada foi uma peça do sistema de recursos instituído pelo CPP de 1987, com o qual se procurou “potenciar a economia processual numa óptica de celeridade e de eficiência e, ao mesmo tempo, emprestar efectividade à garantia contida num duplo grau de jurisdição autêntico” – n.º 7, al. c) do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

Ao que “há que acrescentar ainda que, no recurso de revista alargada (...), sendo, também ele, de estrutura acusatória, há lugar a uma audiência; e, nesta, pode haver alegações orais” (Ac. do TC n.º 322/93).

¹¹ Cf. Acórdão do TC n.º 175/2004.

Intimamente conexas com a matéria do recurso alargado é a questão do duplo grau de jurisdição, ou melhor, a discussão que se expõe a propósito da existência de uma obrigatoriedade da sua aplicação.

O Tribunal Constitucional tem identificado o conteúdo do direito ao recurso como garantia de defesa através da garantia do duplo grau de jurisdição “quanto a decisões penais condenatórias e ainda quando às decisões penais respeitantes à situação do arguido face à privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais” (Acs. do TC n.ºs 265/94, 610/96 e 189/01). O duplo grau de jurisdição constitucionalmente imposto abrange tanto o recurso em matéria de direito como o recurso em matéria de facto (Ac. do TC n.º 573/98, Plenário), embora este último não tenha de consistir necessariamente em um reexame da prova produzida em primeira instância ou em uma renovação da prova.

Note-se porém que, do ponto de vista constitucional, não são ilegítimas as restrições ao direito ao recurso de decisões não condenatórias ou que não afectem a liberdade ou outros direitos fundamentais do arguido. Outrossim, a Constituição não impõe ao legislador ordinário a concessão ao arguido de um direito de recorrer de toda e qualquer decisão judicial que lhe seja desfavorável, apesar do princípio da recorribilidade das decisões judiciais, constante do art. 399.º.

Quanto a um possível triplo grau de jurisdição em processo penal, sustentou o Tribunal Constitucional que “mesmo quanto às decisões condenatórias, não tem que estar necessariamente assegurado um triplo grau de jurisdição, assim se garantindo a todos os arguidos a possibilidade de apreciação da condenação pelo STJ” e em consequência reconheceu existir “alguma liberdade de conformação do legislador na limitação dos graus de recurso” (Ac. do TC n.º 189/2001).

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, continua a recorrer-se do tribunal singular para a Relação, que conhece de facto e de direito – e como agora a documentação da prova é automática, é sempre possível o recurso em matéria de facto.

No modelo actual, recorre-se do tribunal colectivo e do júri para a Relação em matéria de facto, desta e de direito ou, ainda, somente de direito, desde que estejam em causa acórdãos que apliquem pena de prisão igual ou inferior a 5 anos.

Quanto ao colectivo e ao júri, o recurso *per saltum* ficou agora confinado às situações de reexame, em matéria de direito, de acórdãos finais que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, deixando de ser possível, nestes casos, recorrer previamente para a Relação, sem prejuízo

do art. 414.º, n.º 8. Mas não deixa de ser possível recorrer do tribunal da Relação, que decidiu em recurso, da decisão proferida em 1.ª instância por tribunal singular, em matéria de direito, desde que se cumpram os requisitos do art. 400.º e 432.º, n.º 1, alínea b).

Em jeito de conclusão, importa reter do conjunto de modificações arvoradas pela reforma legislativa de 2007, no que respeita ao regime de recurso penal, os seguintes traços:

- restrição do recurso de segundo grau perante o Supremo Tribunal de Justiça, quer porque se faz agora referência no art. 400.º às penas aplicadas quer porque são irrecorríveis os acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações que não conheçam, a final, do objecto do processo;
- reconhecimento do tribunal da Relação como segunda jurisdição plena, e primeiro grau de recurso, em matéria de facto, por ampliação dos seus poderes, não apenas porque decide também do colectivo e do júri, mas também porque se exige a documentação automática da prova;
- admissão da interposição de recurso quanto à parte da sentença relativa à indemnização civil mesmo que não seja admissível recurso quanto à matéria penal.

4. Levantou-se, por diversas vezes, o problema da irrecorribilidade da decisão em matéria cível, quando era irrecorrível em matéria penal. Houve mesmo jurisprudência fixada pelo STJ:

“No regime do Código de Processo Penal vigente – n.º 2 do artigo 400.º, na versão da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto – não cabe recurso ordinário da decisão final do Tribunal da Relação, relativa à indemnização civil, se for irrecorrível a correspondente decisão penal”¹².

Este entendimento jurisprudencial foi afastado com a introdução no art. 400.º de um novo n.º 3, tomando-se, assim, direcção oposta sobre a questão: admissibilidade da interposição de recurso quanto à indemnização civil mesmo que não caiba recurso da matéria penal.

5. Atenta a nova redacção do art. 411.º, descortina-se uma importante mudança no que tange à regra da oralidade das audiências de recurso

¹² Cfr. Ac. do STJ n.º 1/02 de 14/03/2002.

e possibilidade de existência de alegações escritas. A oralidade (com audiência) não constitui mais o regime-regra nos recursos. O requerente, querendo a realização de audiência em sede de recurso, terá de manifestar essa mesma intenção no requerimento de interposição do recurso, com indicação especificada dos pontos da motivação do recurso que pretenda ver debatidos, de acordo com o preceituado com o art. 411.º, n.º 5. Por outro lado, entendeu o legislador eliminar as alegações escritas que, como sabemos, constituíam, de acordo com o anterior n.º 4 do artigo 411.º, uma faculdade que o recorrente tinha ao seu dispor, desde que o requeresse no requerimento de interposição de recurso restrito a matéria de direito, ou até ao exame a que se refere o artigo 417.º, isto é, até ao exame preliminar.

É ainda de notar, no preceito normativo que se lhe segue, a matéria relativa à transcrição da audiência de julgamento. De acordo com o art. 412.º, n.ºs 3 e 4 do CPP de 98, se o recorrente pretendesse impugnar a decisão proferida sobre matéria de facto, devia especificar, entre outras, as provas que impunham entendimento diverso daquela adoptada na decisão recorrida e as provas que devessem ser renovadas, por referência aos suportes técnicos, havendo lugar a transcrição. A leitura destes preceitos levantou algumas interrogações, nomeadamente a de saber a quem incumbia a transcrição das gravações da prova produzida. A resposta viria a ser dada com o acórdão de fixação de jurisprudência n.º 2/2003, de 16/01/2003, que estabeleceu: “Sempre que o recorrente impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, em conformidade com o disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 412.º do Código de Processo Penal, a transcrição ali referida incumbe ao tribunal”.

Promovendo a celeridade e eficiência do processo penal, a nova redacção dada ao número 4 eliminou igualmente um conjunto de nós problemáticos que lhe estavam associados. Neste momento, não se exige a transcrição da audiência de julgamento, sendo suficiente, perante esta nova configuração, a referência às passagens das gravações onde se sustenta a impugnação da matéria de facto. Caberá depois ao tribunal *ad quem* proceder à audição ou visualização das passagens indicadas, embora não fique por elas limitado, dado que este tem sempre a possibilidade de ouvir outras passagens que considere úteis para a descoberta da verdade.

6. A proibição de *reformatio in pejus* viu o seu âmbito de actuação alargado, passando a abranger o prejuízo dos arguidos não recorridos, quando o recurso tenha sido interposto contra apenas um dos arguidos.

Neste sentido, estatui o art. 402.º, n.º 3, que “o recurso interposto apenas contra um dos arguidos, em casos de comparticipação, não prejudica os restante”.

Parece-nos, contudo, que esta alteração legislativa se revela insuficiente na resposta a dar à multiplicidade de situações que contêm alguma relevância no domínio do princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Impõe-se um tratamento jurídico mais aprofundado do problema e uma maior atenção à concreta definição do alcance do referido princípio. É que, como se vai apercebendo a doutrina e jurisprudência, casos há em que a prática do facto criminoso, embora levada a cabo por mais que um agente, não configura uma hipótese de comparticipação, por não subsistir, v.g., acordo entre eles. Falamos da autoria paralela ou *Nebentäterschaft*. Problema semelhante – de existência de co-arguidos não participantes – poderá originar-se com a conexão de processos, nos termos do art. 24.º, em especial o n.º 1, al. d). Como é bom de ver, poderá, por exemplo, decidir-se em sede de recurso interposto por um dos arguidos pela anulação do julgamento da 1.ª instância. E aqui põe-se a questão: dado não haver comparticipação entre os co-arguidos e, conseqüentemente, não se preencherem os pressupostos do n.º 3 do art. 402.º, será que o novo julgamento irá abranger os co-arguidos que não hajam recorrido?

7. Como já se viu, a par dos recursos ordinários, previu o legislador outros meios impugnatórios em que o interesse da segurança e certeza jurídica se deixa subjugar pelo superior interesse da justiça: os recursos extraordinários. Ora, nestes casos, a interposição do recurso não se compece com a formação do trânsito em julgado da decisão recorrida.

Um dos expedientes impugnatórios que podem ser enquadrados neste tipo de recursos é o recurso de fixação de jurisprudência, previsto nos artigos 437 e seguintes¹³. Na verdade, pode divisar-se neste meio impugnatório três espécies de recursos:

- recursos de fixação de jurisprudência, art.ºs 437.º a 445.º;
- recursos de decisões proferidas contra jurisprudência fixada, art. 446.º;
- recursos interpostos no interesse da unidade do direito, art. 447.º, n.º 1 e n.º 2.

¹³ O conjunto de recursos extraordinários completa-se com o recurso de revista, regulado nos art.ºs 449 e ss.

A propósito deste recurso chamamos a atenção para um particular problema: a obrigatoriedade de interposição de recurso para fixação de jurisprudência por parte do Ministério Público, nos termos consignados pelo art. 437.º, n.º 5. Com efeito, originou-se, com a revisão de 2007, mais um recurso obrigatório para o Ministério Público, para além do previsto no art. 446 que, a partir da reforma de 1998, lhe impõe que recorra para o STJ de decisão proferida contra jurisprudência fixada.

No entanto, perante o pressuposto de publicação das decisões judiciais proferidas pelas Relações e STJ – o que, como sabemos, nem sempre acontece – e análise das mesmas – procurando descortinar-se se, de um lado, foram proferidas no domínio da mesma legislação e, de outro, assentam em soluções inversas – leva a que não possamos deixar de demonstrar algum cepticismo quanto à exequibilidade deste preceito legal. Tanto mais que se encontra aqui, tal como no recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ, um prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar, salvo o disposto no art. 447.º, n.º 1.

Deixamos apenas um último apontamento quanto à eficácia da decisão gizada a propósito do recurso de fixação de jurisprudência.

A redacção do art. 445.º, dada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, conferia à decisão de fixação de jurisprudência, para além de eficácia no processo em que o recurso havia sido interposto, força obrigatória geral para os tribunais judiciais. Em 1998, procedeu-se à eliminação desta obrigatoriedade, constituindo-se assim um regime jurídico em que as decisões uniformizadoras revelam, tão-somente, uma linha de “força argumentativa especial”¹⁴ da qual resulta o dever dos tribunais judiciais fundamentarem as divergências relativas à jurisprudência fixada pelo STJ. Esta solução mereceu, desde logo, alguma contestação, por consubstanciar um “rude golpe” na natureza simbólica do STJ¹⁵.

Por isso, deveria ser obrigatória para os tribunais judiciais a jurisprudência fixada?

¹⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, p. 1189.

¹⁵ SIMAS SANTOS, “Nótulas sobre a Revisão dos Recursos em Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º 108, p. 72. No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, p. 1189.

A figura dos assentos não é constitucionalmente admissível¹⁶ e, temos para nós, a eficácia da decisão não pode comportar a obrigatoriedade para todos os tribunais judiciais¹⁷. É, por isso, de louvar a nova redacção dada ao art. 445.º, n.º 3, posto que retira a imperatividade de que a anterior composição estava eivada. Embora, também não pareça correcta a obrigatoriedade de interposição de recurso pelo MP...

Muito obrigado pela vossa atenção.

¹⁶ Cf. Acórdãos do TC n.º 351/87, 277/88, 163/90, 167/92, 810/93, 299/95, 337/95, 374/95, 426/95, 505/95, 743/96.

¹⁷ Acompanhamos as declarações de voto nos Acórdãos do TC n.º 810/93, 337/95, 1197/96.

REGULAMENTO DA REVISTA «POLITEIA»

ARTIGO 1.º

1. O Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) é responsável pela publicação periódica da Revista «Politeia – Revista do ISCPSI».

2. A Revista «Politeia» é propriedade intelectual do ISCPSI.

ARTIGO 2.º

1. A Revista «Politeia» tem por objectivo contribuir para a evolução das ciências policiais, jurídicas, sociais e políticas, baseada em critérios de rigor científico e inspirada na dignidade da pessoa humana.

2. A Revista «Politeia», como instrumento de cultura universitária, privilegia a discussão interdisciplinar, as liberdades e garantias do cidadão e a temática da segurança interna, assim como promove a divulgação de jurisprudência relacionada com a actividade policial.

3. A Revista «Politeia» é um espaço de informação e reflexão interdisciplinar aberto a qualquer cidadão que se preocupe com os problemas da segurança e da justiça, nomeadamente todos os elementos policiais, professores universitários, magistrados do Ministério Público e juizes, advogados, jornalistas e investigadores nas áreas do saber das ciências policiais.

ARTIGO 3.º

São órgãos da Revista a Direcção e o Conselho de Redacção.

ARTIGO 4.º

1. A Direcção da Revista é composta pelo director de ensino, director do Centro de Investigação e directores dos departamentos científicos do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

2. Compete à Direcção da Revista dirigir os trabalhos da sua publicação, adoptando todas as providências necessárias, nomeadamente:

- a) Nomear os membros do Conselho de Redacção;
- b) Promover a colaboração do corpo docente do Instituto no fornecimento dos originais necessários à publicação regular da Revista e seleccionar os trabalhos de alunos dignos de publicação;
- c) Determinar a eventual remuneração dos trabalhos publicados, bem assim como das tarefas específicas de organização da Revista;
- d) Determinar o número de volumes da Revista a publicar em cada ano e aprovar o plano concreto de cada um desses volumes;
- e) Fixar a tiragem da Revista e dos seus eventuais suplementos, bem assim como o número de separatas dos trabalhos nela inseridos;

3. A Direcção da Revista pode delegar todas ou algumas das suas competências no Director do Centro de Investigação, podendo este atribuir a um ou a alguns dos membros do referido Conselho de Redacção determinadas tarefas específicas, tendo em conta a necessidade de o Conselho de Redacção funcionar como equipa e de ter um planeamento ordenado das suas actividades.

ARTIGO 5.º

1. O Conselho de Redacção tem por função apoiar a direcção da Revista no exercício das suas competências e é formado pelo responsável do CDI, pelo responsável da secção de legislação e jurisprudência, pelo responsável pela tradução e por professores e investigadores do Instituto ou do meio académico, científico ou profissional.

2. O mandato dos membros do Conselho de Redacção será de dois anos, podendo ser reconduzidos uma ou mais vezes.

ARTIGO 6.º

A Revista é anual, mas e desde que o número e a qualidade científica dos trabalhos apresentados ao Conselho de Redacção justifiquem, pode ser semestral.

ARTIGO 7.º

O conteúdo dos artigos é da exclusiva responsabilidade dos seus autores, sendo a redacção apenas responsável pelos sumários, notas marginais, anotações extratexto e artigos não assinados.

ARTIGO 8.º

A Revista reserva o direito de publicar ou não os trabalhos recebidos e de sugerir qualquer alteração que se lhe afigure necessária devido à paginação.

ARTIGO 9.º

A Revista será editada e distribuída por um editor nacional, podendo ser adquirida individualmente ou por assinatura anual.

INDÍCE

Editorial	5
Jornadas de Direito Penal e Processual Penal <i>Ismael Jorge</i>	13
A Reforma Penal e Processual Penal e a defesa e garantia dos direitos fundamentais do cidadão <i>António Manuel Clemente Lima</i>	17
Sucessão de interrogações sobre a aplicação da Lei Penal no tempo <i>Inês Fernandes Godinho</i>	43
<i> Casting</i> em Direito Penal (ou um percurso pela autoria) <i>Inês Fernandes Godinho</i>	57
Alterações da parte geral do Código Penal das penas: o reforço da pre- venção especial? <i>Flávia Novera Loureiro</i>	69
Algumas reflexões sobre a qualificação do crime de ofensas à integridade física <i>Ana Raquel Conceição</i>	85
Algumas questões sobre os crimes contra a liberdade pessoal na revisão de 2007 do Código Penal <i>Manuela Valadão</i>	97
Das alterações à parte especial do Código Penal – Dos crimes contra a Administração da Justiça ou, especialmente, da violação do segredo de justiça <i>Flávia Novera Loureiro</i>	113
Das alterações à parte especial do Código Penal – Dos crimes ambientais <i>Flávia Novera Loureiro</i>	131

Dos crimes contra a autoridade pública na revisão penal <i>José Joaquim Monteiro Ramos</i>	159
Da queixa <i>Francisco António Carrilho Bagina</i>	173
A influência da reforma penal na acção penal <i>Maria Cândida Almeida</i>	191
As garantias de defesa do arguido <i>Ana Raquel Conceição</i>	227
O segredo de justiça na revisão de 2007 do CPP e do CP <i>Mário Ferreira Monte</i>	213
Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias e das interceptações telefónicas <i>Carlos Alberto Casimiro Nunes</i>	227
Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias – Breve sinopse legislativa e doutrinal <i>Alfredo Castanheira Neves</i>	241
Da desjudiciarização e desjurisdicionalização da investigação criminal – A viagem aqueliana dos direitos fundamentais (ou pensamento de um momento perdido) <i>Manuel Monteiro Guedes Valente</i>	275
Ministério Público, Órgãos de Polícia Criminal e Medidas Cautelares e de Polícia <i>Pedro Miguel Lopes Ferreira Lourenço de Sousa</i>	283
Do inquérito: direcção total ou direcção mitigada <i>Pedro Miguel Lopes Ferreira Lourenço de Sousa</i>	309
Relação entre os OPC e o MP no inquérito e na instrução e a LOIC <i>Pedro Miguel Lopes Ferreira Lourenço de Sousa</i>	327
Recursos em Processo Penal: em particular, as novidades da revisão de 2007 <i>Mário Ferreira Monte e Pedro Miguel Freitas</i>	339

REVISTA POLITEIA

Boletim de encomenda

- Desejo efectuar a assinatura da Revista Politeia
no ano
- Desejo que me enviem os seguintes números da Revista

1 2

Assinalar com uma cruz

Assinatura anual: 15,00 €

Autorizo débito no cartão:

Visa American Express

N.º

Válido até

Envio cheque no valor de

do Banco

Data/...../.....

Assinatura

Nome

Morada

Código Postal

Telefone

Telefax

N.º Contribuinte

