

A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO¹

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS

Procurador-adjunto

Docente da U.A.L.

1. Introdução

1.1. A comunidade jurídica e, de modo mais abrangente, a sociedade portuguesa no seu todo, foram recentemente confrontadas com uma iniciativa legislativa de revisão do direito penal e processual penal², bem como de áreas adjacentes e com estas estritamente conexas³, que, pela sua dimensão e diferentes

-
- 1 O presente texto corresponde, com algumas alterações pontuais e de pormenor, à comunicação apresentada em Lisboa, no dia 23 de Novembro de 2007, no âmbito das jornadas “A Reforma Penal em Debate”, organizadas pelo Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.
 - 2 Para além das revisões dos Códigos Penal e de Processo Penal (operadas pelas Leis 59/2007 de 4 de Setembro e 48/2007 de 29 de Agosto, respectivamente), foi também estabelecido um novo 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 (Lei 50/2007 de 31 de Agosto).
 - 3 É o caso do novo estatuto da Guarda Nacional Republicana (aprovado pela 63/2007 de 6 de Novembro), do regime da mediação em processo penal (Lei 21/2007 de 12 de Junho), da definição dos objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio 2007-2009 (Lei 51/2007 de 31 de Agosto) e do novo regime de acesso ao direito e aos tribunais (Lei 47/2007 de 28 de Agosto). Estão, também, em processo de revisão os estatutos da Polícia Judiciária e da Polícia de Segurança Pública.

níveis de intervenção, é pouco usual, quiçá, inédita. O regime das medidas de coacção também foi, naturalmente, alvo de modificações.

O convite que gentilmente nos foi endereçado pela Universidade Autónoma de Lisboa no sentido de abordar a matéria das alterações ocorridas em sede de medidas de coacção é, devido à profundidade e amplitude das mesmas, demasiado vasto, razão pela qual nos iremos cingir ao *iter* da sua aplicação em sede de inquérito, até porque, tanto quanto sabemos, é aqui que se tem gerado alguma polémica entre os aplicadores do direito.

1.2. As alterações introduzidas no processo penal, como, aliás, não poderia deixar de ser, devido à sua importância prática e porque esta é, por excelência, a área de confronto entre, por um lado, o exercício do *ius puniendi* do Estado e as exigências de segurança da comunidade com as garantias de defesa dos arguidos e, por outro lado, entre direitos individuais⁴, tem suscitado fortes e nem sempre ponderadas reacções por parte de vários agentes políticos, académicos e judiciários.

A acrescer a esta natural propensão para a controvérsia e como seu concreto catalizador, não podemos deixar de fazer referência ao estranho e inusitado modo como as alterações entraram em vigor. Com efeito, o início da vigência de leis com elevada relevância judiciária num sábado – dia em que apenas funcionam os tribunais de turno – e catorze dias após o fim das férias judiciais – quando vários magistrados, advogados e funcionários ainda

4 Também neste sentido alertava, já em 1989, Castanheira, António Rui de Sousa, “Medidas de Coacção”, *Cadernos da Revista do Ministério Público – Balanço de um Ano de Vigência do Código de Processo Penal*, n.º4, coordenada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, págs.79 a 91. Em sentido diverso, acentuando que o problema fundamental do processo penal é de matriz política, Pinheiro, Rui e Maurício, Artur, *A Constituição e o Processo Penal*, 2ª edição, Lisboa, Rei dos Livros – 1983, págs.13 a 19.

se encontravam no gozo das suas férias pessoais -, bem como a evidente e, até então, nunca vista, elevada confusão cristalizada nas rectificações ao texto original e rectificações de rectificações⁵, erigiram à sua máxima potência a polémica sobre as novas regras.

Se no processo penal a certeza e o rigor são uma exigência do princípio do Estado do Direito Democrático⁶, tal imposição ganha acrescida relevância no que concerne às medidas de coacção, uma vez que o momento da sua aplicação cristaliza o acto processual onde de forma mais intensa e radical se tentam alcançar finalidades conflitantes e, tantas vezes, antagónicas entre si, como são as

-
- 5 A Lei 59/2007 de 4 de Setembro (que alterou o Código Penal) foi rectificada pela Declaração de Rectificação n.º102/2007 de 25 de Outubro de 2007, publicada a 31 de Outubro de 2007 no Diário da República, 1ª série, n.º210. A Lei 48/2007 de 29 de Agosto (que alterou o Código de Processo Penal) foi rectificada pela Declaração de Rectificação n.º100-A/2007 de 24 de Outubro de 2007, publicada a 26 de Outubro de 2007 no Diário da República, 1ª série, n.º207; esta rectificação foi ela própria alvo de uma rectificação por parte da Declaração de Rectificação n.º105/2007, publicada a 9 de Novembro de 2007 no Diário da República, 1ª série, n.º216. De referir que esta ultima rectificação padece de nulidade insanável, que ocorre por efeito *ope legis*, razão pela qual a mesma não produziu quaisquer efeitos no ordenamento jurídico português. Na verdade, conforme se alcança pela mera leitura do art.º5.º ns.º2 e 3 da Lei 74/98 de 11 de Novembro – Lei Sobre a Publicação, a Identificação, e o Formulário dos Diplomas – as rectificações têm de ser publicadas no prazo máximo de 60 dias após a publicação do texto rectificando, sob pena de nulidade. Ora, a Lei 48/2007 foi publicada a 29 de Agosto, pelo que eventuais rectificações só eram legalmente admissíveis até 29 de Outubro de 2007. A Declaração de Rectificação n.º105/2007 foi publicada a 9 de Novembro de 2007, *i.e.* fora do prazo legal.
- 6 Neste sentido, Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital afirmam que o princípio do Estado de direito democrático tem a função de aglutinar em si mesmo uma diversidade de princípios constitucionais que, no seu conjunto, integram a ideia da sujeição do poder a princípios e regras de molde a garantir a liberdade, igualdade e segurança, *Constituição da República Portuguesa, anotada, artigos 1.º a 107.º*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora – 2007, pág.205.

necessidades securitárias da comunidade e de tutela da vítima de crime com as exigências constitucionais das garantias de defesa do arguido e da presunção de inocência⁷.

Ora, a falta do necessário cuidado e rigor com que a revisão legislativa tratou a matéria das medidas de coacção e de garantia patrimonial⁸, seguramente nos deixa a todos apreensivos, pelas consequências que daí poderão advir.

A primeira nota que devemos deixar é, pois, não só o estranho e absolutamente inadequado modo como as alterações ao

7 Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, IIº volume, Lisboa, Verbo – 1993, pág.206, ensina que a presunção de inocência, enformando todo o processo penal, não pode deixar de ser tida em consideração no momento da aplicação das medidas de coacção, razão pela qual impõe que estas serão somente aplicadas nos “estritos limites das necessidades processuais e adequadas às exigências cautelares que o caso requer”.

8 Esta falta de cuidado e rigor pode ver-se, v.g. na previsão de prazos excepcionais de prisão preventiva para tipos de crimes extintos do ordenamento jurídico cerca de quatro anos antes da revisão, como são os tipos de inteligências com o estrangeiro para constranger o Estado português e a sabotagem contra a defesa nacional (cfr. art.215.º n.º2 al. a) do Código de Processo Penal, no texto da revisão antes da primeira rectificação), a existência de uma verdadeira norma autopoietica (cfr. este mesmo artigo na versão da primeira rectificação), bem como a desarmonia criada entre o Código de Processo Penal que apenas permite a prisão fora de flagrante delito quando se verificar a existência de fundadas razões para crer que o arguido se não apresentará espontaneamente perante a autoridade judiciária no prazo que lhe for fixado e a lei orgânica da Polícia Judiciária cujo art.º11.º-A (na versão da Lei 103/2001 de 25 de Agosto) permite a detenção fora de flagrante delito quando não for possível, dada a situação de demora, esperar a intervenção da autoridades judiciárias ou, no decurso de revistas e buscas, sejam apreendidos objectos relacionados com o crime. Infelizmente, neste particular, o tempo veio-nos a dar razão uma vez que, conforme foi facto do conhecimento público porque amplamente noticiado pelos órgãos de comunicação social, nas comarcas de Lisboa e do Porto vários magistrados do Ministério Público e juizes de instrução criminal declararam a ilegalidade de algumas detenções efectuadas fora de flagrante delito por elementos da Polícia Judiciária.

Código de Processo Penal entraram em vigor, bem como a da falta de cuidado e rigor com que se lidou com um área tão sensível quanto é a das medidas de coacção.

2. A presença do arguido perante o juiz de instrução

2.1. O modo tradicionalmente aceite e unanimemente seguido nos tribunais para provocar a intervenção do juiz de instrução criminal no inquérito por forma a que este procedesse ao interrogatório do arguido e o submetesse a uma qualquer medida de coacção passava, sempre e necessariamente, pela sua detenção.

Entendia-se, atento o conteúdo literal do art.º144.º n.º1 do Código de Processo Penal (o qual determinava – tal como na actual redacção – que o interrogatório de arguido em liberdade seria sempre realizado, em fase de inquérito, pelo Ministério Público ou, por delegação, pelos órgãos de polícia criminal), que o juiz de instrução criminal só deveria interrogar arguidos que lhe fossem presentes sob detenção. Logo, o arguido detido em flagrante delito deveria ser, em acto seguido à detenção, presente ao Ministério Público, que o apresentaria ao juiz de instrução criminal para interrogatório e aplicação de medida de coacção; quando fosse necessário aplicar uma medida de coacção a arguido não detido, eram emitidos mandados de detenção fora de flagrante delito⁹ e, após o seu cumprimento, seguia-se procedimento idêntico.

Tanto quanto sabemos, Germano Marques da Silva era o único a insurgir-se contra esta interpretação e, invocando impli-

9 Emitidos pelas autoridades de polícia criminal (no caso de ser admissível a prisão preventiva, existir fundado receio de fuga e não ser possível esperar pela intervenção das autoridades judiciais), pelo magistrado do Ministério Público (quando fosse admissível a prisão preventiva) ou pelo juiz de instrução criminal (em todos os casos) – cfr. anterior versão do art.º257.º do Código de Processo Penal.

citamente o art.º18.º da Constituição da República Portuguesa e o inerente princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso, por considerar que as medidas de coacção podiam ser igualmente decretadas, através de um meio menos gravoso para o arguido (interrogatório sem detenção), afirmava que as mesmas poderiam ser aplicadas pelo juiz de instrução criminal a arguido não privado da liberdade¹⁰.

Esta foi uma das áreas que em que a intervenção legislativa mais alterou as tradicionais formas procedimentais, razão pela qual cumpre efectuar a distinção de tratamento processual, consoante o arguido esteja, ou não, detido.

2.2. No que concerne à detenção em flagrante delito, não nos parece que tenham sido alterados os pressupostos ou os requisitos da sua efectivação¹¹, uma vez que este modo de detenção

10 “Sobre a Liberdade no Processo Penal ou do Culto da Liberdade”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, coordenação de Andrade, Manuel da Costa, Costa, José de Faria, Rodrigues, Anabela Miranda e Antunes, Maria João, Coimbra, Coimbra Editora - 2003, pág.1375 e 1376.

11 Já vimos defender que, considerando o teor do art.385.º do Código de Processo Penal, na medida em que aí se determina que o arguido detido em flagrante delito e não presente de imediato ao juiz, só será mantida a detenção quando se verificarem a existência de razões para crer que não se apresentará voluntariamente perante a autoridade judiciária, no prazo que lhe for fixado. Acrescenta-se, como argumento que se pretende lapidar, que, neste caso o arguido será notificado para ser submetido a julgamento em processo sumário ou *interrogatório judicial e eventual aplicação de medida de coacção*. Nenhum dos argumentos nos convence. O artigo invocado está sistematicamente inserido nas regras definidoras do procedimento penal em processo sumário, sendo-lhe exclusivamente aplicado, razão pela qual não consubstancia uma regra geral do processo penal. O legislador manteve intactas as regras gerais referentes à detenção em flagrante delito e aí não consta o requisito material que se lhe pretende aplicar. O art.385.º do Código de Processo Penal integra uma verdadeira excepção às regras gerais da detenção em flagrante delito, apenas e só quando a esta se segue o julgamento

continua a obedecer à verificação do flagrante delito, *rectius* do flagrante delito, do quase flagrante delito ou da situação que se reputa de flagrante delito, de crimes puníveis com pena de prisão (cfr. art.º255.º do Código de Processo Penal, cuja redacção se mantém inalterada).

A admissibilidade legal da detenção fora de flagrante delito obedece agora a mais um requisito material, a saber: a existência de fundadas razões para crer que o arguido se não apresentará voluntariamente perante a autoridade judiciária, no prazo que lhe for fixado (cfr. art.º257.º n.º1 do Código de Processo Penal). Atente-se que o juízo de prognose tem de ser efectuado pela positiva, não se bastando com uma mera ausência de elementos

em processo sumário. Transpor a regra do processo sumário, que assume natureza excepcional, para o processo ordinário, parece a inversão total dos tradicionais cânones hermenêuticos, pelo que será de afastar. Também não impressiona o argumento que o artigo em causa prevê a possibilidade da entidade policial notificar o arguido para comparecer a fim de ser submetido a primeiro interrogatório judicial e eventual aplicação de medida de coacção. Esta previsão integra apenas uma válvula de segurança do sistema. Na verdade, o magistrado do Ministério Público que for contactado pela entidade policial apenas toma conhecimento dos factos por telefone e, muitas vezes, não lhe são revelados todos dos dados pertinentes, razão pela qual pode tomar uma decisão que, posteriormente e em vista do expediente elaborado pela entidade policial, lhe pareça errada. Assim, se numa primeira análise o julgamento em processo sumário pode parecer uma boa solução, acaba por não se revelar a melhor ou, quiçá, nem sequer legalmente admissível, pelo que se acabará por requerer a aplicação de medida de coacção em interrogatório judicial, prosseguindo os autos em processo comum. Não podemos aqui deixar de notar a falta de uma exposição de motivos que muito ajudaria a interpretar estas e outras normas aparentemente contraditórias. Nem se invoque a exposição de motivos da proposta de Lei 109/X, base da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, uma vez que esta foi alvo de profundas alterações e não nos parece legítimo fazer coincidir sem mais a intenção de um órgão de natureza administrativa – Unidade de Missão Para a Reforma Penal – com a vontade do órgão legislativo por excelência que é Assembleia da República.

reveladores da possível apresentação do arguido, *i.e.* os factos têm de fundadamente revelar que o arguido se não apresentará perante a autoridade judiciária.

Estamos perante uma verdadeira presunção *juris tantum* de apresentação do arguido perante a autoridade judiciária, a qual terá de ser elidida no despacho que ordena a detenção a fim da mesma ser legalmente admissível.

O arguido detido em flagrante delito ou fora dele mediante o respectivo mandato pode, não sendo julgado em processo sumário, nem interrogado pelo Ministério Público e restituído à liberdade, ser por este presente ao juiz de instrução criminal para interrogatório e subsequente aplicação de medida de coacção.

Assim, relativamente ao arguido detido – em flagrante ou fora dele – não parece que a revisão tenha introduzido alterações.

2.3. Quando o arguido estiver em liberdade e o Ministério Público ou as autoridades de polícia criminal entenderem ser necessário aplicar-lhe uma medida de coacção, não deverão, só com esse fundamento e não se verificando as fundadas suspeitas que o arguido se não apresentará voluntariamente perante a autoridade judiciária, ordenar a sua detenção, como até aqui era prática.

O contrário equivaleria a deixar sem qualquer conteúdo prático a alteração legislativa de limitação da detenção fora de flagrante delito às situações em que “houver fundadas razões para crer que o visado se não apresentaria espontaneamente perante autoridade judiciária no prazo que lhe fosse fixado” (cfr. art.º257.º do mesmo compêndio legal).

De sinal contrário, temos que a liberdade do arguido não poderá ser, só por si, fundamento bastante para não lhe aplicar uma medida de coacção, desde que necessária e adequada a acautelar os perigos indiciariamente revelados na sua conduta.

Não sendo legalmente admissível a detenção do arguido para lhe aplicar uma medida de coacção e sendo a mesma exigida para acautelar os perigos previstos no art.º204.º do Código de Processual Penal, terá o juiz de instrução criminal de aplicar medidas de coacção aos arguidos em liberdade, o que directamente decorre do disposto nos arts.º194.º n.º3 e 385.º do Código de Processo Penal.

Assim, as medidas de coacção poderão agora ser aplicadas tanto em despacho que encerra o interrogatório judicial de arguido detido, como em acto ocorrido fora deste interrogatório, o que deverá ser requerido pelo Ministério Público.

2.4. A prática maioritariamente seguida pelos magistrados do Ministério Público para cumprimento do art.º141.º n.º1 do Código de Processo Penal (requerimento dirigido ao juiz de instrução criminal para interrogatório do arguido detido), com a mera indicação desse preceito e dos crimes indiciados – atitude que era perfeitamente compreensível devido à celeridade que se exige a todos estes actos – deverá ser abandonada. Se, perante o anterior texto do preceito, tal prática já era de legalidade discutível, em face da sua nova redacção, a mesma parece ser de todo desconforme à letra e ao espírito da lei.

Ao introduzir o termo “circunstanciada” entre “a indicação” e “os motivos da detenção e das provas que a fundamentam”, quis seguramente o legislador permitir que, numa primeira e rápida análise, o juiz de instrução criminal dispusesse de suficientes elementos para aquilatar da legalidade da detenção e do acto que lhe é requerido.

Contudo, entendemos que a omissão de indicação de tais elementos, atento o princípio da tipicidade das nulidades processuais (cfr. art.º118.º n.º1 do Código de Processo Penal) e não sendo a mesma expressamente prevista como nulidade, integra apenas uma mera irregularidade, que, porque não afecta a validade material do

acto que se pretende realizar – o interrogatório de arguido detido – nem as garantias de defesa¹², não é de conhecimento oficioso.

Ainda que se considerasse a mesma omissão de conhecimento oficioso, tal apenas importaria que o juiz de instrução criminal devolvesse os autos ao Ministério Público a fim de ser sanado o vício (cfr. art.º123.º do Código de Processo Penal).

3. Os actos de aplicação da medida de coacção

3.1. Aqui chegados e tendo-se concluído que a aplicação da medida de coacção pode, agora, ser decretada pelo juiz de instrução criminal fora do interrogatório judicial de arguido detido, cumpre questionar se o juiz de instrução criminal está sempre obrigado a interrogar o arguido em liberdade, ou se, pelo contrário, pode submetê-lo a uma medida de coacção sem a realização do interrogatório.

Sendo certo que a aplicação de qualquer medida de coacção, à excepção do termo de identidade e residência¹³ impõe a necessidade de contraditório (cfr. arts.º141.º e 194.º n.º3 do Código

12 O despacho do Ministério Público tem apenas por função a transmissão dos autos entre autoridades judiciais e é uma decorrência do princípio da cooperação, não sendo susceptível de afectar a posição processual do arguido. O momento processual onde as garantias de defesa do arguido se devem fazer sentir está a jusante e centra-se no início do interrogatório quando lhe são comunicados os seus direitos processuais, os motivos da detenção, os factos que lhe são imputados e os elementos do processo que os indiciam (cfr. art.º141.º n.º4 do Código de Processo Penal).

13 *Summo rigore* pode-se questionar se o termo de identidade e residência consubstancia uma verdadeira e própria medida de coacção ou assume outra natureza. Em sentido negativo parece indicar Beleza, Teresa, *Apontamentos de Direito Processual-penal*, IIº. volume, Lisboa, A.A.F.D.L. – 1993, pág.8 e, em sentido contrário, Silva, Germano Marques da, *ob. cit.* nota 7, pág.235.

de Processo Penal), a questão suscitada terá de ser resolvida em função das suas exigências de execução.

A Constituição apenas impõe a obrigatoriedade de prévia audição presencial do arguido, quando lhe for aplicada a prisão preventiva (cfr. o seu art.º28.º n.º1), sendo que em relação a todas as demais medidas apenas exige a verificação do contraditório, enquanto decorrência da exigência de todas as garantias de defesa (cfr. art.º32.º n.º1).

O ordenamento processual penal impõe – com expressa ressalva de impossibilidade devidamente fundamentada – a prévia audição do arguido a quem for aplicada qualquer medida de coacção, sendo obrigatório transmitir ao arguido os direitos inerentes à sua posição processual, os factos que concretamente lhe são imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo, bem como os elementos probatórios que indiciam os factos imputados, desde que esta comunicação não ponha em causa a investigação, a descoberta da verdade, nem crie perigo para a vida a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas de crime (cfr. arts.º 194.º n.º3 e 141.º n.º4 do Código de Processo Penal).

Na medida em que estas exigências forem salvaguardadas, nada vemos que seja impeditivo de se notificar o arguido para, no prazo geral do processo penal (dez dias – cfr. art.º105.º n.º1 do Código de Processo Penal) fazer chegar ao conhecimento do processo o que tiver por conveniente e pertinente para a sua defesa (ao nível dos factos e do direito), assim habilitando o juiz de instrução criminal a proferir despacho de aplicação de medidas de coacção¹⁴.

14 Para uma análise comparativa entre o antigo e o actual regime de audição para aplicação, revisão, substituição e revogação das medidas de coacção, ver “Medidas de Coacção”, *Jornadas Sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, coordenação do C.E.J., Santos, Vítor Sérgio Sequinho dos, disponível, a 20 de Novembro de 2007, em www.cej.mj.pt.

Os direitos integrantes do estatuto do arguido também não impõem solução diversa, porquanto apenas exigem a prévia audição do arguido relativamente a qualquer decisão que pessoalmente o afecte, sem, todavia, obrigar à audição presencial (cfr. art.º61.º n.º1 al. b) do Código de Processo Penal).

Acresce que, se o arguido, ainda assim, requerer a sua audição presencial, o juiz não poderá deixar de deferir esta pretensão, porquanto a consideramos uma exigência da consagração da plenitude das garantias de defesa, constitucionalmente consagradas.

3.2. No que concerne ao interrogatório do arguido – detido ou não –, não podemos deixar de estranhar que o mesmo constitua sempre uma derrogação ao princípio da publicidade, ainda que o processo no âmbito do qual decorre não esteja coberto pelo segredo de justiça (cfr. art.º141.º n.º2 do Código de Processo Penal). Se a regra é, como decorre do actual art.86.º do mesmo diploma, a publicidade, não encontramos suficiente e adequado motivo para que um dos actos que o constitui seja secreto.

A natureza das coisas e a harmonia processual reclamam que o interrogatório de arguido siga o regime regra do processo no qual se integra; se este estiver abrangido pelo segredo de justiça, então também o interrogatório do arguido deverá ser secreto, caso contrario o interrogatório deverá ser público.

Aliás, sendo certo que uma das exigências do princípio da publicidade do processo penal se centra nas razões constitucionais de transparência e controlo social das decisões e deliberações judiciais, bem como na sua legitimidade comunitária, o mesmo ganha acrescida relevância na exacta medida em que os concretos actos judiciais comportem a potencialidade de lesar direitos, liberdades e garantias¹⁵. Ora, conforme *supra* já concluímos, a aplicação de

15 Santos, M. Simas e Henriques, M. Leal, neste sentido, chegam mesmo a afirmar que a publicidade permite aos intervenientes processuais “acompanhar, vigiando, a forma como o tribunal se comporta na administração da justiça;

uma qualquer medida de coacção constitui o momento processual em que de forma mais intensa se podem atingir os direitos fundamentais de um – é sempre bom recordá-lo – presumível inocente, razão pela qual a publicidade aqui se impõe e exige com particular acuidade.

Outrossim, o segredo inerente ao acto de interrogatório do arguido não se apresenta como meio idóneo a tutelar os valores que usualmente são apontados como legitimadores da excepção que é o segredo de justiça (a privacidade da vida das pessoas envolvidas e a tutela da investigação¹⁶), na medida em que, logo após a sua realização, a respectiva acta é pública.

Está, assim, criada uma desarmonia interna no processo penal cuja *ratio* não alcançamos e que nada parece tutelar.

3.3. A nova redacção do art.º144.º n.º4 do Código de Processo Penal veio, na esteira da mais recente jurisprudência constitucional¹⁷, explicitar que o juiz deve comunicar ao arguido “os factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidos, as circunstâncias de tempo, lugar e modo”.

Tal obrigação decorria já da anterior redacção do preceito em causa, sendo certo que nem sempre o mesmo assim foi entendido, pelo que não podemos deixar de saudar a alteração na medida em que densifica as garantias de defesa do arguido, numa dimensão processual em que, por vezes, alguma – má – prática judiciária não acautelava na devida conta os seus direitos.

e, este, por seu turno, ganha força para poder «impor» as decisões que toma”, *Código de Processo Penal*, anotado, I.º volume, 2ª edição, Lisboa, Rei dos Livros – 1999, pág.86.

16 Neste sentido o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-geral da República n.º 23/94 de 26/12/1995, publicado em *Pareceres volume VI*, Lisboa, edição da P.G.R. – 1997, págs.63 a 101.

17 Ver, a título meramente exemplificativo, o acórdão do Tribunal Constitucional 416/03, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Aliás, não se pode deixar de fazer notar que mesmo a exigência da eficácia e do rigor da investigação criminal – que não se destina a apurar apenas se o concreto suspeito é, efectivamente, o agente dos factos em investigação –, impõe que as questões dirigidas ao arguido não sejam formuladas de forma tão vaga e indefinida que não lhe seja possível entender o tempo, lugar e modo da execução do crime.

Com efeito, quantas vezes o arguido está interessado – independentemente da concreta valoração ética intrínseca ao modo de formação da sua motivação – em revelar a verdade e colaborar com a investigação, podendo revelar factos ou elementos de prova, sendo que sem conhecer ao certo o que se investiga está impossibilitado de colaborar.

A nova redacção da norma tem, pois, a rara virtualidade de ajudar os desideratos da investigação, ao mesmo tempo que melhor tutela as garantias de defesa.

3.4. Relevantes foram, também, as alterações no que concerne aos elementos do processo que o arguido pode, ou não, legitimamente consultar, assim se tentando resolver a montante a conhecida *vexata quaestio* que levou à adopção de posições estreimadas sobre o confronto entre as garantias de defesa do arguido e o segredo de justiça (aqui, porque o conflito é interno, com a exclusiva função de instrumento de garantia das necessidades da investigação criminal e de tutela da comunidade em face do perigo consubstanciado na impunidade dos agentes da prática de crime)¹⁸.

18 Nos termos da anterior redacção do art.º141.º n.º4 do Código de Processo Penal, o juiz era obrigado a informar o arguido dos motivos – de facto e de direito – da detenção, bem como dos factos que lhe eram imputados. Em face desta obrigação surgiram três correntes de opinião sobre aquilo que a lei impunha se comunicasse ao arguido. Uma primeira – até cronologicamente – linha de pensamento defendia o carácter absoluto do

Perante a controvérsia doutrinal e jurisprudencial quis o legislador revolver a questão o que, atenta a certeza jurídica que é de exigir nesta área tão sensível, não se pode deixar de saudar.

O entendimento legislativo esgota-se em dois distintos níveis de solução, correspondentes a dois diferentes momentos que, cronológica e processualmente, são seguidos. Na verdade, foi criada uma duplicidade de regimes, sendo que um concerne aos elementos probatórios que o arguido pode conhecer no início do interrogatório e o outro ao momento de aplicação das medidas de coacção.

segredo de justiça e, como tal, a inadmissibilidade legal do arguido, em sede de inquérito poder conhecer os elementos probatórios constantes do processo, independentemente das suas necessidades de defesa. Esta posição não negava as garantias de defesa do arguido, considerando, porém, que o estatuto dos sujeitos processuais em conjugação com as comunicações, já então, consideradas obrigatórias consubstanciavam, suficiente salvaguarda. A concepção axiologicamente oposta defendia a possibilidade do arguido aceder sempre a todo o material probatório que fundamentasse a aplicação da medida de coacção; todavia, quando o Ministério Público entendesse por bem salvaguardar determinados elementos de prova do conhecimento do arguido, sempre os poderia não apresentar como fundamento do seu requerimento, assim limitando, também, os poderes cognitivos do juiz. Solução de compromisso entre os dois pólos da discussão, foi a apresentada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos 121/97, 416/2003 e 589/06, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, segundo a qual só um juízo casuístico fundamentado na concordância prática entre os interesses da investigação e as garantias de defesa do arguido, permite a solução da questão em termos constitucionalmente admissíveis. Assim, o arguido só não poderia aceder aos elementos probatórios quando, segundo, um juízo de prognose, tal conhecimento concretamente implicasse um elevado prejuízo para a investigação criminal. Sobre estas três posições doutrinárias e jurisprudenciais, bem como quem as sustentava e com que fundamentos, ver “Medidas de Coacção: O Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal”, *Jornadas Sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, coordenação do C.E.J., Brandão, Nuno, disponível, a 20 de Novembro de 2007, em www.cej.mj.pt.

Assim, nos termos da redacção do art.º141.º n.º4.º al. d) do Código de Processo Penal revisto, o juiz dará conhecimento ao arguido dos elementos do processo que indiciam os factos que lhe foram imputados, com a condição *sine qua non* de que tal comunicação não coloque em causa a investigação, não dificulte a descoberta da verdade, nem crie perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas de crime.

Como facilmente se concluirá, o legislador, quiçá por razões pragmáticas ligadas ao futuro e previsível controlo da constitucionalidade da sua opção, aderiu à posição sustentada nos três citados arrestos do Tribunal Constitucional¹⁹.

A questão não se encontra, ainda assim, cabalmente resolvida, na medida em que com a resolução de um problema outro foi criado: a quem compete decidir o que é, ou não, elemento factual com suficiente força para preencher a previsão normativa e negar ao arguido o conhecimento de parte ou da totalidade dos elementos probatórios constantes nos autos?

Tudo se centra na delimitação da competência entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal, em sede de inquérito.

Estando, fundamentalmente, em causa o mérito e a eficácia da investigação criminal e a sua tutela, como parece ser o caso e chamando à colação o princípio do acusatório, deve, neste primeiro momento, correspondente ao início do interrogatório, reconhecer-se ao Ministério Público, coadjuvado pelos órgãos de policia criminal, um verdadeiro e próprio poder discricionário no sentido de indicar ao juiz de instrução criminal no requerimento a que se refere o art.º141.º n.1 do Código de Processo Penal, quais os elementos que o arguido deverá ou não conhecer.

19 Ver nota antecedente.

Posição contrária, coloca o juiz de instrução criminal a efectuar e assumir como seus os juízos e as preocupações próprias da investigação criminal, assim se assumindo como mais um agente desta, em manifesta e flagrante contradição com a estrutura acusatória do processo constitucionalmente consagrada²⁰, uma vez que estaria criada a confusão entre a entidade que dirige a investigação e a entidade a quem cumpre a tutela das liberdades individuais²¹.

Outrossim, retirar à entidade encarregue da direcção da investigação criminal a possibilidade de decidir sobre o que lhe é ou não prejudicial acabaria por resultar em inapelável desrespeito da mesma estrutura acusatória do processo – aqui entendida no seu sentido material –, porquanto tal entidade não controlaria os meios processuais que estão finalisticamente orientados em razão da sua própria decisão de acusar ou arquivar. Ou seja, o Ministério Público acabaria transformado numa mera câmara de acusação, não controlando as condições e os instrumentos enformadores dos pressupostos materiais inerentes à sua decisão de encerramento do inquérito.

Acresce que o dever constitucional²² de objectividade e a posição de magistratura atribuída ao Ministério Público são, por si só, suficiente garantia que a faculdade em causa não será utilizada de forma imponderada e arbitrária, mas sim com o necessário rigor e cautela.

20 Conforme o art.º32.º n.º5 da Constituição da República Portuguesa.

21 No que concerne à estrutura acusatória do processo penal português refere Beleza, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Direito Processual-Penal*, I.º volume, Lisboa, A.A.F.D.L. – 1992, págs.51, que esta estrutura tem como primeiro corolário a separação entre a entidade que dirige a investigação e as demais que intervêm no processo a fim de impedir a formulação de juízos prévios sobre a eventual culpa do arguido. Sobre o perigo da confusão da competência material das entidades que se envolvem no processo penal, mormente Ministério Público e juiz de instrução criminal, ver *infra* nota 30.

22 Que decorrem do art.º219.º n.º1 da Constituição da República Portuguesa.

Findo o interrogatório, deve o juiz de instrução criminal, quando aplicar ao arguido uma qualquer medida de coacção, nos termos da nova redacção do art.º194.º n.º4 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade²³, fazer exarar no correspondente despacho – no que ora releva – os factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidos, as circunstâncias de tempo, lugar e modo, desde que tal comunicação não coloque gravemente em causa a investigação, não impossibilite a descoberta da verdade, nem crie perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas de crime.

A omissão da comunicação dos elementos que indiciariamente sustentam os factos imputados ao arguido, tem como consequência a não admissibilidade de utilização dos mesmos para fundamentar a aplicação da medida de coacção. Contudo, quando da comunicação decorrerem os riscos já enunciados, é legítimo fundamentar a aplicação da medida de coacção nos elementos não comunicados ao arguido (cfr. art.º194.º n.º5 do Código de Processo Penal)²⁴.

Também aqui se deve colocar a questão de saber a quem cumpre indicar os elementos do processo cujo conhecimento se proíbe ao arguido.

Os poderes de cognição do juiz de instrução criminal relativamente aos indícios reunidos no inquérito, não estão limitados pelo despacho do Ministério Público referido no art.º141.º n.º1 do Código de Processo Penal, sempre que este limite a comunicação ao arguido dos elementos do inquérito.

23 Necessariamente sanável, segundo a regra estatuída no art.º120.º n.º1 do Código de Processo Penal.

24 Fundamentação que, neste segmento, não poderá deixar de ser genérica e sem citação de nomes e/ou diligências probatórias em curso, sob pena de se deixarem completamente descurados os escopos legais.

A limitação do conhecimento dirige-se apenas e só ao arguido, não ao juiz. Nem poderia ser de outro modo, sob pena do juiz de instrução criminal não poder conhecer de elementos que, v.g. demonstrassem que o arguido agiu ao abrigo de uma qualquer causa de exclusão da ilicitude ou que revelassem a ocorrência de prescrição do procedimento, vendo-se “forçado” a aplicar uma medida de coacção fora das condições legais²⁵.

A função garantística do juiz de instrução criminal²⁶ exige e só se realiza com o conhecimento pleno e integral de todos os elementos constantes do inquérito, independentemente do Ministério Público limitar tal conhecimento ao arguido.

Da comparação dos dois regimes, verificamos a existência de diferença de tratamento no que concerne aos elementos do processo que devem ser comunicados ao arguido consoante estejamos no início do interrogatório ou já em sede de aplicação da medida de coacção.

No primeiro momento não serão comunicados ao arguido os elementos do processo cujo conhecimento por parte deste seja susceptível de colocar em causa a investigação ou dificulte a descoberta da verdade. No segundo momento, não lhe serão comunicados os elementos do processo quando a informação puser gravemente em causa a investigação ou impossibilite a descoberta da verdade.

25 Não pode ser aplicada ao arguido qualquer medida de coacção ou de garantia patrimonial quando houver fundado motivo para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal – cfr. art.º 192.º n.º 2 do Código de Processo Penal.

26 Que para Dá Mesquita, Paulo, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 177, tem uma natureza – operativa ou de intervenção no inquérito – monofuncional, por ser equidistante em relação aos interesses em potencial conflito e se limitar à assunção da posição de garante das liberdades, estando-lhe vedado o controlo do mérito da investigação e da acção penal.

As proibições de comunicação de elementos do processo ao arguido, têm como suporte um diferente entendimento: no início do interrogatório basta colocar em causa a investigação ou dificultar a descoberta da verdade, na aplicação das medidas de coacção exige-se que seja grave o colocar em causa a investigação ou se impossibilite a descoberta da verdade.

No momento da aplicação das medidas de coacção, estando em causa um despacho do juiz de instrução criminal, terá de ser o mesmo a efectuar o juízo sobre a proibição de comunicação, não só porque a natureza das coisas – unidade subjectiva da decisão – assim o impõe, mas fundamentalmente porque situação contrária importaria o desrespeito pela independência dos tribunais e colocaria em causa a sua função de garantia e de juiz das liberdades.

Na verdade, entendimento oposto permite que o juiz de instrução criminal elaborasse despacho cujos fundamentos, pelo menos em parte e por decisão do Ministério Público, não ficariam a ser conhecidos pelos demais sujeitos processuais.

Não nos parece que deva ser o Ministério Público a aferir das exigências da gravidade do perigo para a investigação ou da impossibilidade da descoberta da verdade.

Mas, se assim é, como parece, não podemos deixar de concluir que estamos aqui perante uma profunda alteração do paradigma de intervenção do juiz de instrução criminal em sede de inquérito.

O modelo operacional do juiz de instrução criminal em inquérito, no actual Código de Processo Penal e independentemente das suas várias versões, sempre foi o de garante das liberdades individuais, intervindo apenas e só naqueles momentos em que a actividade probatória ou as necessidades cautelares do processo colidem com as liberdades individuais (de natureza pessoal ou patrimonial) ou na prolação de actos de natureza jurisdicional.

Jamais o juiz de instrução criminal se assumiu como um mero auxiliar da investigação ou do Ministério Público, sendo

que a *ratio decidendi* das suas decisões se consubstanciava num juízo de ponderação resultante do confronto entre as exigências cautelares da comunidade e a razões da investigação com, por outro lado, as garantias – desde logo constitucionais – de defesa do arguido.

A natureza monofuncional da intervenção do juiz de instrução criminal em inquérito e na concretização efectiva do acusatório, sempre exigiu a sua equidistância relativamente aos interesses – por mais legítimos e moralmente aceitáveis que possam parecer e ser – em conflito no processo²⁷.

O art.º196.º n.º4 do Código de Processo Penal ao impor ao juiz de instrução criminal a omissão de revelar ao arguido os elementos do processo quando tal comunicação puser gravemente em causa a investigação ou impossibilitar a descoberta da verdade, coloca este órgão do lado da investigação. O juízo legalmente exigido não é de ponderação, mas de tutela da investigação criminal²⁸.

Uma vez concluído que a comunicação de alguns elementos do processo ao arguido, coloca gravemente em causa a investigação ou impossibilita a descoberta da verdade, cessam as garantias de defesa do arguido que, assim, se vê limitado no conhecimento dos elementos processuais que *maxime* podem determinar a sua prisão preventiva.

Pensamos, estar aqui perante uma importante alteração da natureza funcional do juiz de instrução criminal em sede de inquérito. De isento e equidistante em relação ao confronto que lhe é presente, o juiz de instrução criminal passa a decidir esta questão tendo como exclusivo critério a tutela de um dos interesses,

27 Ver *supra* nota antecedente.

28 O mesmo sucede em outros locais do ordenamento processual-penal, como é o caso do segredo de justiça e suas prorrogações (cfr. art.º89.º n.º6 do Código de Processo Penal).

passando a agir, de forma objectiva é certo, mas próximo de tal interesse.

O juiz de instrução criminal partilha, pelo menos neste segmento da sua intervenção, das preocupações e razões da investigação, devendo procurar compreender os seus desideratos, o que não pode deixar de causar alguma preocupação e surpresa.

4. Questões finais

4.1. Não podemos concluir esta curta reflexão sem abordar, ainda que de forma necessariamente sintética, duas questões que têm suscitado alguma controvérsia no meio judicial: a limitação dos poderes decisórios do juiz de instrução criminal em função da medida de coacção concretamente requerida pelo Ministério Público (cfr. art.º194.º n.º2 do Código de Processo Penal) e a irrecorribilidade, excepto para o arguido e para o Ministério Público quando a seu favor, do despacho que aplicar, mantiver ou substituir medida de coacção, bem como da decisão que indeferir, revogar ou declarar extinta medida de igual natureza (cfr. art.º219.º ns.1 e 3 do mesmo Código).

Em relação à primeira das questões, nada vemos de censurável na opção legislativa. Na verdade, a mesma mais não faz que aprofundar ao nível ordinário, aquela que, por expressa imposição constitucional (cfr. art.º32.º n.º5 da Constituição da República Portuguesa), é uma das traves mestras do processo penal português: a sua estrutura acusatória²⁹.

A distinção – imposta pelo princípio acusatório – entre o órgão que tem a direcção do inquérito e deduz a acusação e o juiz de instrução criminal, a quem compete a aplicação das medidas de

29 Ver *supra* nota 21.

coacção, tem como corolário necessário a rigidez funcional e a não permeabilidade de desígnios processuais entre tais órgãos³⁰.

Se a comunidade, representada pelo Ministério Público, entende que determinada medida de coacção é suficiente e adequada para prevenir as exigências cautelares que concretamente se fazem sentir, não nos parece que deva ser o órgão a quem compete a garantia das liberdades, desde logo do arguido, a efectuar juízos sobre o mérito desse entendimento e determine medida de coacção mais grave que a requerida.

Esta era, aliás, uma posição já sustentada antes da entrada em vigor das alterações ao Código de Processo Penal³¹.

As alterações não são, contudo, isentas de problemas na medida em que sempre fica por esclarecer o que seja “medida mais grave”.

Com efeito, o critério seguido será objectivo (delimitado por interpretação normativa) ou subjectivo (encontrado em razão das características do arguido)? O que para um arguido é mais grave poderá não o será para outro. Basta pensar numa caução

30 Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital alertam, sustentando-se em vários arrestos do Tribunal Constitucional, para o perigo da flexibilização da estrutura acusatória do processo penal e a flexibilização da intervenção do juiz no processo penal. *Ibidem* nota 6, pág.522.

31 Em bom rigor, a anterior versão do Código de Processo Penal, deu lugar a três diferentes posições sobre a limitação dos poderes decisórios do juiz de instrução criminal em razão do requerimento do Ministério Público, quando da aplicação de medidas de coacção em sede de inquérito. Uma posição sustentava que o juiz estava completamente limitado pelo pedido do Ministério Público, razão pela qual ou aplicava a medida concretamente requerida ou não podia aplicar qualquer outra. Em sentido diametralmente oposto a posição que reconhecia ao juiz de instrução criminal completa liberdade decisória, o qual podia aplicar a medida em entendesse por conveniente. No meio ficava a posição ecléctica a qual defendia que o juiz de instrução criminal poderia aplicar a medida requerida pelo Ministério Público ou qualquer outra menos grave. A respeito deste debate e das várias posições em confronto ver Silva, Germano Marques da, *ob. cit.*, pág.222.

de montante substancialmente elevado ou na obrigação de permanência na habitação, o grau de gravidade comparativo destas duas medidas será aferido por dois diferentes arguidos em razão das suas possibilidades económicas, laborais e sociais.

Mais, no caso da cumulação de medidas de coacção, será mais grave a proibição de contactos ou a suspensão de exercício de actividade cumulada com caução?

Estas são questões que, naturalmente, a prática diária dos tribunais irá resolver, contudo, não podemos deixar de pensar que, atentos os princípios da proporcionalidade e da suficiência, bem como da mínima restrição de direitos fundamentais, o arguido terá sempre uma palavra nestes casos de dúvida.

4.2. Já no que concerne à irrecorribilidade agora consagrada no art.º219.º ns.º1 e 3 do Código de Processo Penal, não podemos deixar de manifestar sérias e profundas reservas, as quais se centram nas exigências constitucionais de política criminal.

Com efeito, esta solução legal parece esquecer a, cada vez mais importante, intervenção processual das vítimas de crime, que, por expressa consagração constitucional³², têm o direito de participar activamente na construção do processo penal e das suas decisões – é este, aliás, o sentido actual do princípio do contraditório na sua formulação positiva –, o que importa a possibilidade legal do ofendido poder interpor recursos quando entender que as decisões não lhe são favoráveis.

Não se esquece que ao arguido, como consagração da máxima amplitude das suas garantias de defesa, poderão ser concedidos instrumentos processuais que não abranjam os demais sujeitos processuais. Todavia, não podemos deixar de entender que a intervenção do ofendido no processo ou é efectiva ou não é

32 Ver o art.º32.º n.º7 da Constituição da República Portuguesa, o qual poderá importar um juízo de inconstitucionalidade material sobre a solução legalmente consagrada.

verdadeira intervenção e, assim sendo, não corresponde à tutela constitucionalmente conferida, razão pela qual não lhe deverão ser negados os instrumentos processuais adequados à realização plena deste seu direito de intervenção construtiva no processo penal³³.

O recurso, como remédio jurídico para uma decisão/deliberação que se entende como errada, é um instrumento essencial para a vítima de crime se fazer ouvir no processo e poder contribuir de forma decisiva para as decisões que nele são proferidas.

Acresce que a matéria das medidas de coacção assume elevado relevo para o ofendido, porquanto as mesmas poderão ser o único meio de evitar a repetição do crime e a revitimização. Quantas vezes e para o verificar basta ler um qualquer jornal diário, um idoso, uma mulher ou uma criança são repetidamente vítimas de maus-tratos, de ofensas à integridade física e/ou de crimes de natureza sexual. Nestas situações apenas uma concreta medida de coacção se apresenta como meio idóneo de fazer cessar o perigo de continuação da actividade criminosa.

Se o juiz de instrução criminal errar na aplicação da medida, de que modo se pode defender a vítima de crime, de molde a alterar tal medida?

A solução legalmente consagrada é tanto mais estranha quando é certo que está em completa desarmonia com uma das preocupações inerentes à revisão do processo penal: a protecção da vítima.

Conforme foi publicamente assumido pelo poder político a protecção da vítima de crime foi um dos desideratos da revisão e o modo como foram construídos os novos regimes referentes ao segredo de justiça, acesso aos autos, informação sobre fuga

33 Neste sentido o Tribunal Constitucional já deliberou que o legislador não pode deixar de conferir ao ofendido as faculdades de acusar, requerer a abertura de instrução e de recorrer das sentenças absolutórias (cfr. acórdãos 610/96, 194/00, 375/00, 459/00, 78/01, 579/01 e 464/03, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

e libertação de reclusos ou as declarações para memória futura, também tiveram como intenção o reforço dessa tutela (a exposição de motivos da proposta de Lei 109/X assim o assumia).

O art.º1.º da Lei 51/2007 de 31 de Agosto expressamente assume como um dos objectivos gerais da política criminal para o biénio 2007-2009 a “protecção da vítima” e o art.º2.º al. b) do mesmo diploma como um dos seus objectivos específicos a “protecção de vítimas especialmente indefesas, incluindo as crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes e deficientes”.

Parece, assim, criada uma manifesta dissonância entre os objectivos gerais e específicos da política criminal e o Código de Processo Penal.

A irrecorribilidade, excepto para o arguido e para o Ministério Público quando a seu favor, do despacho que aplicar, manter ou substituir medida de coacção, bem como da decisão que indeferir, revogar ou declarar extinta medida de igual natureza, apresenta-se, portanto, como opção de constitucionalidade, pelo menos, duvidosa e em frontal desacordo com as actuais preocupações de política criminal no que diz respeito à intervenção do ofendido no processo.