

A PROPÓSITO DA 15ª REVISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1987 — O QUE FICOU POR REVER

RODRIGO SANTIAGO

*Professor da Universidade Autónoma de Lisboa
Advogado*

1. Quero, em primeiro lugar, felicitar o Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa — a cujo corpo docente tenho a honra de pertencer, já vai para dez anos — pela oportunidade desta iniciativa visando apreciar e discutir as recentes leis de revisão do Código Penal de 1982 — sua 23ª alteração — e do Código de Processo Penal de 1987 — 15ª revisão deste diploma.

Quero, ainda, nesta referência introdutória, agradecer ao referido Departamento a honra que quis conceder-me, mediante o convite para aqui apresentar uma comunicação.

Quero, finalmente, formular votos no sentido de que os objectivos tidos em vista por quem teve a bondade de me incentivar e por mim próprio, ao aceitar sem reboço e com alvoroço esse desafio, não resultem logrados.

E, posto isto, é de tempo de lançar “mãos à obra”.

2. Já anteriormente, após a revisão do Código de Processo Penal, materializada na Lei nº 59/98, de 25 de Agosto, a Universidade Autónoma de Lisboa abraçou empreendimento semelhante, cujas intervenções propiciaram a publicação do livro “*O processo Penal em revisão*”. Nessas jornadas participaram diversos pres-

tigiados juristas, entre os quais o Senhor Dr. Laborinho Lúcio — querido amigo e ainda contemporâneo dos bancos da ESCOLA —, então docente desta casa, que apresentou uma comunicação a que chamou, justamente, “O que ficou por rever?”. Foi, em parte, norteador pelo teor da abordagem do ilustre Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, que me decidi a dar a esta ponência, em suma, o mesmo título. Mas não só por essa razão.

Sobretudo porque, como outros, entendo que após mais de 19 anos do início de vigência do diploma seria de esperar que a 15ª revisão, para mais elaborada num circunstancialismo político particularmente fausto, tivesse tido outro arrojo.

Explicando o meu pensamento, para que dúvidas não possam subsistir: não sou dos que entendem que a revisão foi praticamente inútil. Com efeito, a despeito de considerar que a alteração legislativa, de revisão de fundo teve muito pouco, limitando-se, relativamente à esmagadora maioria dos preceitos — e muitos foram eles — objecto de alteração, a consagrar aquilo que considero serem meras *interpretações autênticas* no que concerne a diversíssimas normas que foram, no passado, objecto de dissenso, na prática judiciária e de desencontradas interpretações doutrinárias. Neste sentido, devo confessar, afinando pelo diapasão de alguns que, ao cabo e ao resto, a meus olhos e tendo em consideração, repito, o ambiente particularmente propício a mais rasgados voos, se tratou tão somente do que me atrevo a chamar de “*revisão da oportunidade perdida*”. É esta, no fundamental, a crítica de que a Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, me parece credora ao consagrar, na maioria dos casos, meras *normas interpretativas*.

Quanto ao resto, em geral penso poder afirmar serem as soluções acolhidas as mais razoáveis, por mor de muitas das quais, aliás, na minha prática de advogado, de longa data me vinha batendo. Estou a pensar, em especial, nas normas referentes ao interrogatório judicial de arguido detido (art. 141º), naquelas respeitantes à revogação e substituição das medidas de coacção

(art. 212º) e, em especial, à decretação e manutenção da prisão preventiva (art. 213º), à duração desta (art. 215º), a certas soluções em matéria de instrução (designadamente a do nº 2 do art. 289º), ao valor probatório das declarações de co-arguido em audiência (art. 345º, nº 4), ao regime de subida dos recursos, particularmente dos interlocutórios (se bem entendendo a alteração sistemática operada no artigo 407º), etc, etc.

3. De entre o que foi descurado, isto é, relativamente ao que podia ter sido revisto e não o foi — tenho em consideração, em especial, o regime dos julgamentos *in absentia*, se bem cuido, intolerável — avulta, a meu ver, a consideração da figura dos “*assistentes*”.

Não que pretenda reacender a querela doutrinária, fecunda sobretudo ao nível do direito comparado, sobre as virtualidades da consagração deste sujeito processual que, embora já com considerável tradição histórica ente nós, me suscita dúvidas acrescidas. Dúvidas que têm a sua razão de ser, desejo enfatizá-lo, justamente na pouca importância que tem sido atribuída à figura, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

É que, embora dando de barato a existência dos “assistentes” na nossa peculiar estruturação processual, sempre me pareceu que a regulamentação do conceito, isto é, dos poderes e deveres que lhe assistem, nos termos sobretudo dos artigos 68º e 69º do Código de Processo Penal, continua a não tomar em conta a reforma telúrica — que bem poderia, ao cabo e ao resto, chamar-se de autêntica *revolução* — resultante do acréscimo, por força da Lei Constitucional nº 1/97, ao artigo 32º da Constituição da República Portuguesa, de um novo nº 7, segundo o qual — cito —, “**o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei**”.

3.1. Com efeito, não se me afigura líquida ou insusceptível de controvérsia a questão de saber o âmbito atribuído ao *nomen iuris* “ofendido” no diploma fundante.

3.1.1. Considerando-se que “*ofendido*” é a pessoa ou entidade referida nas alíneas *a)* a *d)* do nº 1 do artigo 68º do Código de Processo Penal, 113º, 115º, nº 1 e 116º, nº 4 do Código Penal, então o catálogo de direitos e deveres que para esse sujeito processual decorre, em especial, do artigo 69º daquele diploma é manifestamente insuficiente, equivocado e porventura, mesmo inconstitucional. Não esqueço, ao proceder a esta afirmação, que o nº 7 do art. 32º da Constituição, remete para o legislador ordinário a definição dos contornos da figura. O ponto reside em saber se, tal como concretamente vertidos nos assinalados comandos do direito legislado, respeitam o disposto no nº 3 do art. 18º do diploma fundamental. Com efeito, se bem cuido, após a consagração nele do “*ofendido*”, pelas razões que referirei já de seguida — e dando de barato, por ora, que a figura corresponde aos chamados “*assistentes*”, o que se me afigura, não desejo escondê-lo, mais do que duvidoso — os poderes que lhe cabem, no decurso do processo, são manifestamente insuficientes, não correspondendo ao que se esperaria face ao programa constitucional, tal como ele foi “*revolucionado*” em 1997. Isto, sem embargo dos direitos que, ademais dos referidos, são atribuídos em diversíssimas normas esparsas pelo Código. Permito-me, porém, recordar a inexistência, na regulamentação da “*audiência*”, de qualquer comando que concretize especificamente o âmbito da respectiva actuação. O problema, em regra, entende-se resolvido mediante o apelo ao disposto na norma de cariz genérico do artigo 327º, que consagra o *princípio da contraditoriedade* (artigo 415º do CPP29). Porém, se bem cuido, de forma insatisfatória e insusceptível de colocar barreiras à pletora de problemas que podem suscitar-se. Designadamente, tendo em vista o decurso da audiência, o “papel” do advogado do assistente, no interrogatório

das testemunhas arroladas pelo Mº Pº (conf. em especial, os art.ºs 341º, al. *b*) e 348º). Com efeito, cumpre inquirir: ao advogado do assistente só será permitido o interrogatório das testemunhas arroladas pelo seu representado ou poderá fazê-lo relativamente a quaisquer outras e, em especial, àquelas apresentadas pelo Mº Pº? Eis uma questão que considero de dificultosa dilucidação correcta mas que encontra solução pacífica na prática processual.

4. Cumpre, pois, ao jeito de questão prévia, dilucidar aquela outra de saber quem deve ser considerado, para os efeitos legais, “*ofendido*” e qual a profundidade da alteração sofrida pela concepção do processo penal português, após a respectiva consagração constitucional, nos termos já assinalados.

4.1. Começando por esta última questão direi que o processo penal português não pode mais ser tido como uma “*pugna*” bipolar entre, por um lado, a pretensão punitiva do Estado, representado pelo Ministério Público e, por outro, o arguido munido do catálogo de direitos exemplificativamente enumerados nas diversas alíneas do nº 1 do artigo 61º do Código de Processo Penal e também dos resultantes de alguns instrumentos internacionais vinculantes na ordem jurídica interna, como é o caso do que se afigura mais significativo: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (e neste, em especial, o seu art. 14º).

A problemática do **ofendido** — eu diria, no intuito de esclarecer o que penso utilizando as palavras da lei: deste *versus* o “*lesado*” — não é nova entre nós.

Com efeito, acompanhando COSTA PINTO, direi que, nos termos do entendimento tradicional, “o lesado pode ou não coincidir com o ofendido. Estaremos perante a primeira situação quando o titular do bem jurídico sofrer igualmente as consequências civis dos factos criminalmente relevantes. Estaremos perante a segunda situação quando o titular do bem jurídico for distinto da pessoa que

sofreu as consequências civis, o que se pode verificar, por exemplo, nos casos em que para além do ofendido o facto penalmente relevante provocar danos civis noutras pessoas, ou quando o bem jurídico possuir uma dimensão exclusivamente pública sem projecção em esferas jurídicas de pessoas concretas, não admitindo por isso a constituição de assistente, mas, não obstante, se identificam pessoas que sofrem as citadas consequências civis dos factos”¹.

Porém, embora isso não corresponda à terminologia a que fazem apelo quer o Código Penal (art. ^{os} 113º e 115º), quer o Código de Processo Penal [em especial, neste caso, o art. 68º, nº 1, als. a), c) e d)]², a verdade é que este diploma não deixa de aludir, concomitantemente, ao “*lesado*” (entre outros, art. ^{os} 72º, nº 1, al. i), 74º, nº 1 e 2, 75º, 76º, 77º, nºs 2, 3 e 4, 80º, 81º e 347º, nº 1) e à “*vítima*” — neste caso, na epígrafe do art. 82º-A e na parte final do nº 1 desta norma.

Por isso, a ideia que pretendo liminarmente realçar: a *estrutura* do processo penal português, esquecendo agora o Juiz, Mº Pº e Defensor, porque estranhos a este problemática, coenvolve uma discussão pontilhada por três sujeitos processuais distintos e com interesses muitas vezes diferenciados. Refiro-me, nesta abordagem terminológica provisória, ao Mº Pº, ao assistente e ao arguido, todos eles objecto de específica tutela constitucional.

4.2. O que pode, ao cabo e ao resto, responder à questão acima enunciada da caracterização legal do conceito de *ofendido*: justificar-se-á, *de iure constituendo*, a dicotomia “*lesado/vítima*”?

-
- 1 FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, O Estatuto do lesado no Processo Penal, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra Editora, 2001, 699.
 - 2 De notar que o CPP, na revisão de 2007, parece ter reforçado este entendimento, ao referir, designadamente nos nºs 2 e 5 do art. 86º, “o arguido, o assistente *ou* o ofendido”, assim dando a entender ter pretendido “colocar a primeira pedra” relativamente a um novo sujeito processual: o *ofendido*.

Quer parecer-me que a resposta deve ser negativa³ e não apenas por força da dificuldade ou alegada dificuldade da caracterização científica do referido *nomen iuris*⁴.

4.2.1. Coube ao artigo 74º, nºs 1 e 2, balizar a “legitimidade” e os “poderes processuais” que a lei confere ao *lesado*⁵. Ora, a meus

3 Contra, SILVA DIAS, A tutela do ofendido e a posição processual do assistente, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, 55 ss, em especial 63, n. 19.

4 Com efeito, já em 1980, COSTA ANDRADE, A vítima e o problema criminal, *Separata do volume XX! do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 34, definia destarte a “vítima”: “Podemos, assim, considerar como *vítima* toda a pessoa física ou entidade colectiva directamente atingida, contra a sua vontade — na sua pessoa ou no seu património — pela *deviance*”.

Por seu lado, ODETE MARIA DE OLIVEIRA, *Problemática da vítima de crimes*, Rei dos Livros, 1994, 19, notas 1 e 2, chama a atenção para o ponto 17 do relatório do Código Penal de 1982 e 4 e 6 do reletório do Código de Processo Penal de 1987.

5 Fazendo-o da seguinte forma:

“1. O pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente.

2. A intervenção processual do lesado restringe-se à sustentação e à prova do pedido de indemnização civil, competindo-lhe, correspondentemente, os direitos que a lei confere aos assistentes”.

Este último inciso convoca, desde logo, o disposto no art. 69º do CPP. E ainda o art. 145º e, *em especial*, no que respeita a audiência, os art. ºs 346º (*declarações do assistente*) e 347º (*declarações das partes civis*). Disse-se, “*em especial*”, pois o regime geral das declarações quer do assistente quer das partes civis é o resultante, repito, do art. 145º. Porém, no que especificamente se reporta às declarações de uns e outros, em audiência, nos termos do nº 2 do art. 346º, e do mesmo nº do 347º, só é aplicável o disposto nos nºs 2 e 4 do art. 145º e não também, por conseguinte, no nº 3 deste comando. Ainda uma nota: não descortino hipóteses nas quais uma pessoa que tenha sofrido danos ocasionados pelo crime, não possa constituir-se assistente. Neste sentido depõe, de certa forma a citada opinião de COSTA PINTO,

olhos, o nº 2 do art. 74º é definitivamente claro: a este, a quem muitos negam a qualidade de verdadeiro sujeito processual, cabe apenas — “*restringe-se*”, diz a lei — intervir na inventariação dos danos sofridos e na liquidação do montante dos mesmos. Como tal, a *causa de pedir* da pretensão que formula é materializada pelos factos constantes da acusação. Não pode deixar de ser assim, creio, pois caso se entendesse diferentemente, então o juiz ver-se-ia surpreendido com mais do que um objecto processual.

Quer dizer: a intervenção do *assistente*, releva da parte criminal do processo penal; a do *lesado*, do pedido ressarcitório cível que nele tenha sido “*enxertado*”, como gostavam de referir — e a justo título —, os antigos. Assim, não pode este último ser admitido a intervir, *qua tale*, no que respeita a matéria da acusação, ou seja, da própria causa de pedir, limitando-se a respectiva actuação, não parece ocioso repisá-lo, à alegação e liquidação do montante dos danos, algo de semelhante à *execução para liquidação* a que se reporta o art. 805º do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei nº 328/2003, de 8 de Março. O que, por certo, não deixará de constituir algo de paradoxal. A menos que se constitua assistente, caso em que verá os seus poderes processuais substancialmente alargados.

O conceito de *lesado*, diga-se ainda para concluir esta argumentação, tem a sua sede em diversas normas do Código Civil e, em especial, na secção respeitante à “*obrigação de indemnização*” — conf., em especial, os art. os 564º, nº 1; 566º, nº 2, 567º, nº 1, 568º, 570º, 571º e 572º.

A questão prende-se com a solução perfilhada pelo art. 129º do Código Penal e, na prática, terá o respectivo campo de eleição no âmbito das actuações que a lei civil pensou e regulou, eminente-

por um lado e a inexorável ampliação do conceito de ofendido, preconizada por SILVA DIAS, como na n. 3, 65.

mente, com base em comportamentos “meramente culposos”, vale por dizer, *negligentes*. Se se tratar, porém, de condutas dolosas, afigura-se mais do que duvidoso o acerto da opção a que aderiu o Código Penal⁶.

O que me permite concluir, bem sabendo que ao arrepio do entendimento dominante, que a distinção entre “*ofendido*” — **assistente** — e “*lesado*” — **parte civil** — acaba por radicar num inútil “*luxo de conceitos*”.

Afigura-se-me, na verdade, que o “*assistente*” e o “*lesado*”, bem poderiam ter sido consideradas como uma única figura, a que se chamaria de “assistente” ou de “lesado”, conferindo-se-lhe, porém, um mais amplo poder de efectiva actuação processual, com vista à promoção e prossecução dos seus interesses.

4.3.1. Diferentemente, pois, do que se passa no *Códice di Procedura Penale*, o qual conhece, diferenciadamente, os conceitos de “*parte civile*” — art. os 74º ss — e de “*persona offesa dal reato*” — art. os 90º ss⁷ -- sendo que a esta última são conferidos poderes processuais substancialmente mais reduzidos do que a lei portuguesa atribui aos assistentes.

4.4. Por conseguinte, estes os aspectos mais lineares de uma questão que ficou por rever.

6 Conf., sobre esta problemática, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo pena*, Livraria Almedina, 1967, *passim*. E, mais tarde, do mesmo Professor, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, 1993, 82 s. Por último, ainda FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, 59 s.

7 Conf., sobre a distinção entre estas duas figuras, ANGELA GAGLIONE/STEFANO MACCIONI, *Il danno e il reato (La persona offesa, la parte civile e il responsabile civile*, Cedam, 2000, 1 ss e 89 ss.

5. Admitamos, porém que, ao arrepio do que propendo a entender, se justificava a manutenção autonomizada da figura do “assistente”. Desta perspectiva, outros delicados problemas parece serem credores de explícita *aclaração* legal. Volto a ter em vista, em especial, uma questão já (apenas) aflorada: a dos *direitos dos assistentes*⁸.

Desde logo, está por esclarecer o sentido prático não só da posição deles como (meros) “*colaboradores*” do Mº Pº e, sobretudo, em que medida, na prática processual pode dizer-se lhe “*subordinarem*” a “*intervenção*” no processo. E se, na verdade, assim é no que respeita os crimes de natureza pública e semi-pública, as dificuldades sobem de tom no respeitante aos chamados *delitos particulares*.

Encaremos uma questão comezinha, a qual, que seja do meu conhecimento, não foi objecto de atenção quer na jurisprudência, quer na doutrina. Pense-se, a título exemplificativo, no caso em que o assistente deduz o incidente de *recusa* do juiz (art. 43º, nº 3, do CPPI). Não deveria o julgador, antes de admiti-lo, dar a palavra ao Mº Pº, para que se pronunciasse sobre o motivo ou motivos alegadamente adequados a gerar a desconfiança sobre a imparcialidade do juiz?

8 Na verdade, preceitua a este propósito, o art. 69º do CPP:

“1. Os assistentes têm a posição de **colaboradores** do Ministério Público, a cuja actividade **subordinam** a sua intervenção no processo, *salvas as excepções da lei*.”

2. Compete em especial aos assistentes:

a) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias;

b) Deduzir acusação independente da do Ministério Público e, no caso de procedimentos dependentes de acusação particular, ainda que aquele a não deduza;

c) Interpor recursos das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito”.

E o que pretende questionar-se através da hipótese escolhida — ou seja, a questão de saber dos limites do papel de **colaborador** e **subordinado** do Mº Pº que a lei confere aos assistentes — seria igualmente legítimo a respeito de outras circunstâncias ou ocasiões nas quais lhes são especificamente conferidos poderes de actuação alegadamente *autónomos*.

E se o Mº Pº for de opinião que o assinalado incidente carece de qualquer fundamento? O que prevalece? Os motivos de desconfiança do assistente, colaborador e subordinado, ou aqueles do principal? Aliás, etimologicamente, “assistente” é alguém que auxilia outra entidade: assim, o caso do assistente universitário ou, mais especificamente, no campo do processo penal, o disposto no nº 3 do art. 32º da Constituição⁹.

É certo que este rigor é, ao menos aparentemente, temperado pelo esfíngico inciso da parte final do nº 1 do art. 69º, “*salvas as excepções da lei*”. Porém, a atribuir-se ao referido sector desta norma o conteúdo de sentido segundo o qual, em todos os casos que a lei atribua ao assistente um direito de intervenção *a se*, se trataria do estabelecimento de poderes autónomos e, como tal, não subordinados, de pouco valerá a parte inicial de tal comando, **o qual, face à restrição final, passaria a impor o que dele consta e o contrário**. Um pouco à semelhança, de resto, do que se passa quanto à “objectividade” do Mº Pº, proclamada, além do mais¹⁰, no

9 O qual dispõe:

“3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele **assistido** em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a **assistência** por advogado é obrigatória”.

Sobre esta problemática e o direito do arguido à auto-defesa, RODRIGO SANTIAGO, O defensor e o arguido no processo penal português: aspectos polémicos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, no prelo.

10 Tenha-se em conta o nº 2 do art. 2º do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº 47/86, de 15 de Outubro — com posteriores alterações — o qual define, da seguinte forma, a *autonomia* desta instituição:

“1. ...

nº 1 do art. 53º do CPP e as actuações não tão objectivas resultantes das diversas alíneas do nº 2 do mesmo, sobretudo da alínea c).

Atente-se em que, no que toca a segunda parte da alínea b) do nº 2 do art. 69º — cabe aos assistentes “deduzir acusação independente da do Ministério Público e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele a não deduza” — o legislador de 2007 apercebendo-se das dificuldades, fez acrescer o art. 285º do CPP de um significativo nº 2¹¹. Fica agora claro que, mesmo no atinente a crimes particulares, o Mº Pº não se alheia totalmente do exercício da acção penal.

Com efeito, esta solução que, a meu ver, se impunha, casa com o disposto no art. 219º da CRP, o qual dispõe:

“1 – Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e os termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, *exercer a acção penal* orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática¹²

2. 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”.

Tomem-se ainda em consideração as palavras de FIGUEIREDO DIAS, Autonomia e responsabilidade comunitária do Ministério Público: um equilíbrio difícil, *in 25 anos do Estatuto do Ministério Público*, Coimbra Editora, 2005, 79.

11 Do seguinte teor:

“2. O Ministério Público indica, na notificação prevista no número anterior — a notificação, no caso de crimes particulares, para o assistente deduzir, querendo, acusação, interpolação — se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes”.

12 No essencial, este texto coincide com o artigo 1º do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei nº 60/98, de 27 de Agosto. Conf. ÁLVARO

2 – O Ministério público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.

3 - ...

4 - ...

5 - ...¹³

Ora, “*exercer a acção penal*”, significa, de acordo com entendimento praticamente unânime¹⁴, no fundamental e no limite, deduzir ou não acusação, assim respeitando um dos pilares da *estruturação acusatória* do processo penal português, ou seja, a “autonomização” do órgão a quem a lei comete o encargo de acusar, sendo caso disso.

6. Mas, a esta forma de ver as coisas, poder-se-ia tentar obter com a seguinte ou semelhante ordem de considerações: então a instrução, nos termos do artigo 286º, nº 1, do CPP, não constitui um meio colimado a fazer sindicar judicialmente a decisão do Mº Pº, *no caso*, de não acusar?

LOPES-CARDOSO, *Estatuto do Ministério Público, Anotado*, Almedina, 2000, 11 s.

13 Sobre a evolução do assento constitucional do MP, desde a primitiva versão da Constituição de 1976, até ao momento, DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, 33 ss; conf., também a este propósito, RUI DO CARMO, A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal, *Revista do CEJ*, 2º semestre 2004, nº 1, 103 ss.

14 Não é exactamente este o mais recente entendimento de DÁ MESQUITA, Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal, *Revista do Ministério Público*, nº 98, 9, ao defender que esse exercício não se confina à decisão final sobre o inquérito, “mas também a respectiva preparação e sustentação”. Não creio, todavia que esta precisão corresponda a uma “alteração substancial” das coisas.

6.1. A uma primeira (mas perfunctória) leitura do referido comando, dir-se-á que, de acordo com entendimento praticamente pacífico^{15,16}, a resposta teria de ser no sentido afirmativo.

Cabe abrir aqui um parêntese para referir que, prescindindo de outras “complicações”, o artigo 32º, nº 4 da CRP limita-se a fornecer um *conceito formal* de “instrução”. A leitura de tal inciso constitucional torna o intérprete ciente — se tanto ... — que constitui *direito fundamental*¹⁷ a existência de uma fase processual designada “instrução”, da dominialidade de um juiz¹⁸. Ora, a meu ver, a conceptualização *material* da instrução foi deixada ao legislador ordinário, que o fez através do artigo 286º, nº 1 do CPP¹⁹, iluminado pelo disposto nas alíneas *a)* e *b)* do nº 1 do artigo

15 Ver-se-á, de caminho, que uma tal consideração mais não constitui do que importação acrítica de um conjunto de realidades que se verificaram no passado mas que, hoje em dia, não têm qualquer razão de ser.

16 Que fez carreira na senda do estudo pioneiro de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, 241 ss.

17 Acentuando a ideia de que o referido “direito fundamental” foi estabelecido em favor do arguido — ideia que temos dificuldade em aceitar, sem mais — desenvolvidamente, RAUL SOARES DA VEIGA, O Juiz de Instrução e a tutela de Direitos Fundamentais, *Jornadas de Direito Processual Penal e de Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, 216, n. 14.

18 O vocábulo vai encabeçado por uma minúscula, exactamente ao jeito do CPP, que da mesma forma refere o “tribunal”, o “presidente”, o “arguido”, o “defensor”, o “assistente”, etc. Abre-se, tão-somente, uma excepção para o Ministério Público, sempre referido através de maiúsculas. Já assim sucedia no CPP29, sendo certo que esta “discriminação positiva” se justifica, pois a lei sempre que se refere ao sujeito processual em causa, tem em vista a *instituição, qua tale*.

19 Tratando-se, pois, a nosso ver, de uma norma constitucional fora do catálogo, ou semelhante. Conf., sobre isto, p. ex., ANTÓNIO VITORINO, *Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?*, AAFDL, 1993, 31, n. 42. Conf. por último, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, 2003, 403.

287º. O primeiro dos referidos normativos (art. 286º, nº 1) só lido integradamente com o disposto nas duas alíneas do nº 1 do subseqüente ganha real conteúdo útil. Com efeito, preceituam estas:

“1. A abertura da instrução pode ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento:

- a) Pelo arguido, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público ou o assistente, em caso dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação; ou
- b) Pelo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente a **factos** pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação”.

E não resolve, nos termos legalmente plasmados, em último termo, a questão, a uma leitura meramente enunciativa, por isso que a citada alínea *b)* do nº 1 do artigo 287º do CPP postula um aturado labor interpretativo. É o que passarei a intentar fazer, não obliterando o disposto na al. *b)* do nº 2 do art. 69º do CPP, sobre cujo teor já acima houve oportunidade de deixar notícia.

Com efeito, desde logo cumpre chamar a atenção para o disposto no nº 1 do art. 284º que, claramente *relativiza* a amplitude da incumbência que a assinalada al. *b)* do nº 2 do art. 69º comete ao Mº Pº, ao determinar, com interesse para os crimes de natureza pública e semi-pública:

“1. Até 10 dias após a notificação da acusação do Ministério Público, o assistente pode **também** deduzir acusação pelos factos acusados pelo Ministério Público, por parte deles ou por outros que não importem alteração substancial daqueles.

2...”.

Ora, da leitura da referida alínea *b)* do nº 2 do art. 69º, propondo a entender que sendo lícito ao assistente, como regra geral, *acusar* independentemente do Mº Pº, mesmo estando em causa

crimes de natureza pública ou semi-pública (art. 284º do CPP), só o poderá fazer caso este último sujeito processual — como visto, titular da acção penal — tenha, também ele, *deduzido uma (qualquer) acusação*.

Esta forma de ver as coisas, anco-ro-a no próprio teor literal da al. b) do nº 2 do art. 287º, ao referir que a instrução só pode ser requerida pelo assistente no que toca a “**factos**” pelos quais o Mº Pº não tenha acusado. Ou seja: que tenha havido uma acusação do Mº Pº a qual não abrangeu certos factos pelos quais o assistente pretende que o arguido seja, outrossim, sujeito a julgamento.

Ou seja: ante a abstenção acusatória do Mº Pº, nos casos referidos, parece que *o assistente não pode acusar por si só*²⁰. Mas é-lhe lícito, num âmbito restrito embora, deduzir uma acusação formalmente diferente da do Mº Pº, quer com alteração não substancial dos factos constantes da mesma, quer apenas por parte deles (art. 284º, do CPP). Ponto é que, repito, o Mº Pº tenha **também** formulado uma acusação, como se me afigura decorrer claramente do teor literal da referida alínea do art. 287º. No que concerne os crimes particulares, a acusação dominante é a do assistente (artigo 285º). Questão mais intrincada e que se insere no âmbito destas considerações é a de saber qual a sorte da acusação do assistente, nos delitos de cariz particular, caso o Mº Pº não a acompanhe (artigo 285º, nº 4) e a despeito do referido novel nº 2 deste comando.

Tendo em conta as considerações acima bordadas acerca do papel que a CRP reservou ao Mº Pº, se este órgão do Estado, em sede do disposto no artigo 285º, nº 4, não acompanhar a acusa-

20 Não se compreenderia, de resto, que o MP ficasse onerado a “sustentar efectivamente” na instrução, uma acusação que não deduziu, assim se impondo uma interpretação restritiva da incumbência que caberia ao MP, nos termos da al. c) do nº 2, do art. 53º, do CPP. Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, A participação dos particulares no exercício da acção penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8 (1998), 640.

ção particular, total ou parcialmente, o libelo deve ser rejeitado, aquando da prolação do despacho a que se refere o artigo 311º — despacho saneador. O facto de se tratar de um crime particular, dependente, pois, da acusação de um assistente, não deve impressionar, uma vez que o nº 4 em questão tem, justamente, o sentido de assegurar ao Mº Pº as funções que lhe estão constitucionalmente adstritas, tudo reforçado, se bem cuidado, pelo novo nº 2 do art. 285º.

6.2. Posto isto e revertendo ao disposto na alínea b) do nº 2 do artigo 287º, afigura-se precípua que o mesmo também **só** permite que o assistente requeira a instrução “relativamente a factos pelos quais o Mº Pº não tiver deduzido acusação”, isto é, deduza uma acusação independente da do Mº Pº, nos termos que intentarei dilucidar. Quer dizer: ou o Mº Pº deduziu uma acusação e então ao assistente é lícito requerer a instrução, visando a pronúncia por factos que importem alteração substancial relativamente aos constantes da mesma; ou o Mº Pº se decidiu pelo arquivamento e, posto isto, o assistente não poderá suscitar o *controlo judicial*²¹

21 Não é esta a concepção sufragada, entre outros, por MOURAZ LOPES, *Garantia judiciária no processo penal*, Coimbra Editora, 2000, o qual refere (pág. 68): “O controlo externo da actividade processual penal do Ministério Público é efectuado através da instrução ou fase instrutória.

É clara a finalidade da instrução, como fase processual intermédia entre o inquérito e o julgamento, que tem como objectivo a comprovação judicial da decisão do Ministério Público deduzir acusação ou arquivar o processo, em ordem a submeter ou não o processo a julgamento.

Sendo, por opção legislativa, uma fase facultativa, desenvolve-se a instrução como fase investigatória a realizar por um juiz de instrução — que não deverá confundir-se com o modelo francês do “juge d’instruction” e que de alguma maneira estava estabelecido no CPP de 1929 — assumindo a finalidade de controlar judicialmente a actividade investigatória do Ministério Público. Tem o juiz de instrução nesta fase a possibilidade de investigar os factos autonomamente de modo a fundar a sua convicção para pronunciar ou não o arguido”.

da decisão de abstenção acusatória²², o que parece contrariar o direito que lhe é conferido pela alínea *b*) do n.º 2 do art. 69.º. A este entendimento há que fazer uma precisão, decorrente do teor da própria lei, que em nada desfigura a formosura e congruência

Como se referirá na altura própria, o entendimento que perfilho sobre a “fisiologia” da fase da instrução situa-se, a bem dizer, nos antípodas daquele preconizado pelo ilustre magistrado judicial, cuja opinião se chamou aqui, em razão da clareza expositiva, como paradigmática desta forma de ver as coisas.

- 22 Já RICARDO CARDOSO, O controlo jurisdicional do despacho de arquivamento, AAVV, *O processo penal em revisão, Comunicações*, Universidade Autónoma de Lisboa, 1998, 181 ss, começa por concitar a minha adesão, ao considerar (pág. 182): “A estrutura do actual Código de Processo Penal confere ao Ministério Público uma posição de quase monopólio da acção penal – o Assistente reconduz-se, afinal, a uma espécie de órgão auxiliar do Ministério Público, em relação ao qual surge condicionado ou subordinado, embora com a faculdade de requerer diligências, ser ouvido e deduzir acusação própria, e recorrer de modo limitado”. Porém, já não poderei acompanhar este ilustre magistrado judicial, se bem entendo o respectivo pensamento, quando o mesmo, *ibidem*, (pág. 191), refere: “Observemos agora o arquivamento dos autos por inexistência de crime e por insuficiência de indícios (art.º 277, n.ºs 1 e 2, do CPP):

... .

... .

Do arquivamento ditado em tais termos (art. 277.º, n.ºs 1 e 2, do CPP), ..., há controlo hierárquico, *se não tiver sido requerida a instrução* (art.º 278.º, do CPP) - os caracteres em *itálico* são da minha responsabilidade, interpolação -, podendo o superior hierárquico ordenar seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar.

De tal reclamação pode, em alternativa, ser requerida a abertura da instrução, nos termos do art.º 286.º, n.º 1, do CPP, só podendo tal requerimento ser indeferido por extemporâneo, incompetência do Tribunal ou por inadmissibilidade legal da instrução, nos termos do art. 287.º, n.º 2, do CPP, cabendo de tal indeferimento recurso, nos termos dos art.ºs 399 e 400 do CPP”.

Da minha perspectiva, um dos casos de *impossibilidade legal da instrução* é, justamente, aquele de que curo: *a do requerimento de abertura de instrução do assistente não ser precedido da dedução de uma acusação pelo M.º P.º*.

do sistema — antes é confirmador do disposto na alínea *b*) do nº 2, do artigo 69º — e que resulta, directamente, do nº 1 do artigo 284º, nos termos já expendidos.

Porém, um novo dado legislativo, parece perturbar tudo quanto tenho vindo a dizer. Refiro-me ao acrescento de um nº 2 ao art. 278º do CPP (*intervenção hierárquica*), decorrente da Lei nº 48/2007, o qual preceitua do seguinte jeito:

“2. O assistente e o denunciante com a faculdade de se constituir assistente (ou seja, o “**ofendido**”, nos termos acima referidos, interposição) podem, **se optarem por não requerer a abertura da instrução**, suscitar a intervenção hierárquica, ao abrigo do número anterior, no prazo previsto para aquele requerimento”.

O jeito irrestrito como o preceito se encontra redigido é, haverei de concordar, perturbador. E de tal modo que, uma de duas: ou se propende a compreender o novo comando como **interpretação autêntica** sobre a aporia que tenho vindo a tentar dilucidar, ou se perfilha o entendimento segundo o qual, desde logo atenta a respectiva localização sistemática, é mister proceder a uma interpretação restritiva do mesmo, no sentido de que quando refere “*se optarem por não requerer a abertura da instrução*”, deve entender-se que pressupõe resolvida a questão de saber se podem, ou não, fazê-lo, nos termos acima debatidos.

Aliás, a força do argumento é, por rectas contas, mais aparente do que real, como espero demonstrar nas considerações que expenderei abaixo, sob 6.6..

6.3.2. Face a tudo o exposto é lícito concluir, embora com dúvidas, agora reforçadas — não desejo escondê-lo — que será a seguinte a disciplina legalmente consagrada: o Mº Pº deduz acusação? A ser assim ou o assistente a acompanha de forma irrestrita ou antes parcial, ou dela discrepa, mas em termos que não

importem alteração substancial relativamente à dominante. Porém, se a despeito da acusação do Mº Pº o assistente dela discorda, sendo que essa divergência materializa uma alteração substancial relativamente àquela efectivamente apresentada, neste caso terá de requerer a instrução. A menos, devo acautelá-lo de novo, que o contrário resulte agora do já referido nº 2 do art. 278º. Refira-se que aquela primeira forma de ver as coisas é confirmada pelo teor do nº 2 do artigo 311º, ao preceituar²³:

23 Cabe aqui uma reflexão crítica: os casos em que a acusação padece de **nulidade**, seja ela da autoria do Mº Pº, seja-o do assistente, são os referidos nas diversas alíneas do nº 3 do art. 283º. Porém, a leitura do nº 3 do art. 311º, permite concluir que a lei fulmina com outro vício — o do *manifesto infundamento* — os vícios referidos nas quatro alíneas deste comando. Ora, se bem se atentar, os das três primeiras alíneas, correspondem a invalidades como tal consideradas materializadoras, repete-se, de nulidade (corpo do nº 3 do art. 283º).

Com efeito, a dificuldade reside nisto: em caso de acusação “meramente” nula, o acusador poderá, da minha perspectiva, refundi-la. Mas já não assim tratando-se de “acusação manifestamente infundada”, em que cabe ao juiz, *rejeitar* a acusação. Ora, esta sobreposição de regimes divergentes como sanção do mesmo vício — *nulidade* e *rejeição* — só pode ser superada por via de uma *interpretação correctiva* das três primeiras alíneas do nº 3 do art. 311º. Como tal, propendo a entendê-las, nesta sede, como não escritas, sobrando apenas como caso de “manifesto infundamento” a hipótese figurada na alínea *d*). Com efeito, só se os factos “não constituírem crime”, v. g., por serem atípicos, o juiz poderá rejeitar e, na verdade, irrepetivelmente — sem prejuízo, como se afigura evidente da faculdade de recurso do dito despacho; nisto residindo, se bem cuido, a diferença entre uma acusação nula e “manifestamente infundada”. Acusação “nula” é a que padece de meros vícios formais, susceptíveis de sanção; mas a “manifestamente infundada” não chega a constituir, por rectas contas, uma acusação; daí que, por força de um vício de cariz material, deva ser rejeitada.

“2. Se o processo tiver sido remetido para julgamento **sem ter havido instrução**²⁴, o presidente despacha no sentido:

- a) De rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada;
- b) De não aceitar a **acusação do assistente** ou do Ministério Público na parte em que ela representa uma alteração substancial dos factos, nos termos do n.º 1 do artigo 284º, e do n.º 4 do artigo 285º, respectivamente”.

6.3.3. Caso, em alternativa, e este é o outro aspecto do regime legal que cumpre esclarecer, o M.º P.º se tiver absterido de acusar o assistente estará confinado à *reclamação hierárquica*, a outra via não podendo, legalmente, fazer apelo, pela simples e elementar razão de que aquele, repita-se, no caso, **não deduziu qualquer acusação**; por conseguinte, não se verificando o condicionalismo da segunda parte da al. b) do n.º 1 do art. 287º.

Este era, de resto, o entendimento sufragado por FIGUEIREDO DIAS, no âmbito do CPP29. Com efeito, o ilustre Mestre discreteando larga e aprofundadamente sobre a problemática da “*intervenção do assistente na acusação*”, concluía (pág. 533)²⁵:

“Diremos então que a assinalada contradição é irremissível, que ela pertence como que a um âmbito “aporético” de todo o processo penal? De maneira nenhuma. Irremissível é a contradição só no domínio de *lege lata* ou, talvez melhor, dentro do “sistema” da lei processual penal portuguesa actual. Alterado o sistema em certo

24 Daqui concluo que, no caso de o processo seguir para julgamento após prolação de decisão instrutória, porque nesta, nos termos do n.º 2 do art. 308º cabe ao juiz a apreciação, além do mais, da regularidade *formal* da acusação, ao remeter, entre outros, para o disposto no n.º 3 do art. 283º, o despacho saneador (art. 311º, do CPP) se resume à observância do disposto no n.º 1 deste último normativo.

25 *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Editora, Lda., 1974, 522 ss. e sobretudo 533.

sentido, logo o problema poderia receber uma solução correcta e completamente isenta de contradições materiais.

Para isso importaria estabelecer claramente na lei o princípio de que *compete aos assistentes formular a acusação independentemente da do MP e, no caso de processo dependente de acusação particular, mesmo que aquele se tenha absterido de a formular*. Assim se daria a entender que, salvo o caso dos crimes particulares, o assistente *não tem* legitimidade para acusar desacompanhado do MP, levando até ao fim as implicações contidas no princípio da oficialidade da acusação”.

Na verdade, o legislador de 1986, acompanhando o pensamento do Mestre, consagrou a al. b) do nº 2 do art. 69º e, do mesmo passo, também a da al. b) do nº 2 do art. 287º. Porém, nem este último comando — ou qualquer outro salvo, porventura, o do já referido nº 2 do art. 278º — confere aos assistentes um *poder autónomo de acusação*, nos casos de delitos de natureza pública ou semi-pública. Nestes casos, se este sujeito processual quiser, digamos, “acusar”, terá de recorrer à instrução o que significa, por rectas contas, que é à pronúncia que cabe confirmar, sendo caso disso, a pretensão do assistente. Pretensão que, como tal, não tem cariz *autónomo e constitutivo*, como sucede com a do Mº Pº, que vale por si só, antes, ao cabo e ao resto, tudo ficando dependente da posição que o juiz vier a tomar na decisão instrutória.

6.4. Convém ainda realçar que, caso o assistente não tenha requerido a instrução, optando pela directa dedução de acusação que importe alteração substancial relativamente à dominante, cabe ao juiz do julgamento ou presidente “não (a) aceitar” — (art. 311º, nº 2, alínea b), do CPP). Ora, repito, nestes casos será à decisão instrutória que, em último termo, ao pronunciar nos termos preconizados pelo assistente, ficou a competir o direito que a al. b) do nº 2 do art. 69º pretendeu outorgar ao assistente.

O que, na prática, significa que pouco ou nada se terá avançado no sentido de reforçar um tal ou qual poder de acusação *autonomamente* conferido ao assistente, pois, por rectas contas o que verdadeiramente se trata aqui, é ainda uma forma de controlo de decisão do Mº Pº de não acusar por certos factos.

6.5. Porém, não desconheço que respeitáveis entendimentos doutriniais, alguns provenientes da primeira hora²⁶, outros mais recentemente expendidos, ao intentarem definir o âmbito do nº 7 do artigo 32º, da CRP (estes últimos), sustentam uma visão nos antípodas daquela que preconizo. Não me parece ser este, todavia, o caso de CECÍLIA SANTANA²⁷ que, em síntese conclusiva, preopina:

“É por isso que, quer nos crimes públicos quer nos crimes particulares, a acusação particular só é um direito do Assistente, porque se integra, afinal, dentro do princípio da legalidade sobre a perseguição dos crimes. Será este, por fim, o significado da consagração constitucional da possibilidade de o ofendido poder intervir no processo, nos termos da lei (art. 32º, nº 7, C.R.P.)”²⁸.

6.6. Com efeito, aqueles que aderem, ao cabo e ao resto, a esta concepção mitigada do *princípio da oficialidade* da acção

26 Conf. DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, 748 ss.

27 A acusação particular, *Jornadas*, como na n. 17, 307 ss. E também o de DÁ MESQUITA, como na n. 13, 327 ss, o qual discreta largamente sobre a questão, fazendo apelo a profusa informação.

28 Evidentemente que o argumentário aduzido quer por esta ilustre autora, quer por outros consagrados cultores do processo penal e sintetizado com brilho por DÁ MESQUITA, como na n. 13, 68 (n.34), não deixa de impressionar, vistas as coisas *de lege ferenda*.

penal — e é isto que, definitivamente, aqui está em causa — e, como tal, aceitam o assistente como *controlador* do Mº Pº, se bem cuido, ancoram a referida forma de ver, em um ponto de partida que parece inaceitável: o de que a instrução constituiria, ou poderia redundar numa fase por força da qual se ampliariam os resultados do inquérito, ou seja, um pouco à semelhança do que se passava no CPP29 entre a instrução preparatória e a contraditória. Porém, uma tal concepção corre absolutamente ao arrepio do bom entendimento, como por diversas vezes tem sido acentuado por FIGUEIREDO DIAS²⁹.

Pois muito bem e desimplicando: findo o inquérito, cabe ao Mº Pº (art. 219º, nº 1, da CRP), exercer a acção penal, o que vale por dizer, a traço grosso, acusar ou arquivar. E ao juiz da instrução compete, se para tal convocado, sindicar a decisão do Mº Pº e/ou do assistente — quanto a este nos termos do art. 284º (nos casos dos delitos de natureza pública ou semi-pública, bem entendido) nisto se traduzindo, como visto, um dos pilares da “*estrutura acusatória*” (art. 32º, nº 5, primeira parte) do processo criminal português. Daqui, queira-se ou não, seja ou não assim na prática, decorre desde logo uma clara consequência: aquela já referida segundo a qual *a instrução não constitui um momento ou*

29 Conf., neste sentido, por exemplo, do Mestre, a seguinte afirmação proferida durante uma intervenção na Assembleia da República, a propósito da revisão do CPP, in ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, *Código de Processo Penal*, Vol. II, Tomo II, 1999, 30: “Também aquele suplemento investigatório que alguns querem atribuir à instrução, colidiria, necessariamente, com uma estrutura acusatória, em que a partilha das funções processuais se faz entre magistraturas distintas”.

Anteriormente, em termos porventura menos assertórios, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, in AAVV, *Jornadas de direito processual penal, O novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, 17.

Neste mesmo sentido corre o pensamento de DÁ MESQUITA, como na n. 13, 331 (n. 45).

suplemento investigatório relativamente aos indícios recolhidos durante a fase do inquérito.

6.6.1. Não vale contra esta forma de ver as coisas o considerar-se que, durante a instrução, o juiz pode praticar os actos (de produção de prova) que muito bem entender, sendo irrecorrível o despacho que denegue quaisquer que lhe sejam requeridos (artigo 291º, nºs 1 e 2), excepto a audição do arguido quando solicitada por este. A referida irrecorribilidade nada tem de inconstitucional e sempre decorreria do disposto na alínea *b*) do art. 400º, do CPP³⁰. E isto porquê? Por isso que, vigorando mesmo na “sub-fase” dos actos instrutórios (art. 290º, nº 1) o chamado *princípio da investigação*, o juiz pode e deve levar a cabo, ainda que oficiosamente, todos os actos de produção de prova necessários *em função da teleologia específica* desta fase do processo, mas só com vista a esse desiderato. A inversa é igualmente verdadeira, compreendendo-se perfeitamente, face ao referido, que o juiz indefira todos os actos de produção de prova que se lhe afigurem não interessarem às finalidades da instrução. O disposto no nº 3 do artigo 303º confirma o bem fundado desta asserção.

Vale isto por dizer que a vontade do legislador corre no sentido de que o controlo da decisão do Mº Pº a proceder pelo juiz seja feito, sempre que possível, perante *o mesmo* material probatório recolhido por aquele no momento investigatório. Pensar o contrário seria, desde logo, fazer afronta ao princípio do *fair trial*, pois se o juiz pudesse dispor, sem qualquer critério limitador, de mais elementos de conhecimento, a sua sindicância não seria leal, uma vez que a ser assim poderia fazer apelo, com vista a tal operação, a elementos outros e mais amplos do que os se mostraram

30 Ainda que seja forçoso concordar-se, quanto a este aspecto, com RAUL SOARES DA VEIGA, como na n. 17, 207, no sentido de que cabe ao juiz, a despeito do entendimento preconizado, o dever de fundamentar o indeferimento.

necessários ao Mº Pº, nos termos do nº 2 do art. 283º, para o juízo final (relativo à fase do inquérito).

Em síntese: o juiz, na fase da instrução, lançando mão do princípio da investigação, poderá — só o devendo fazer, todavia, por rectas contas, excepcionalmente — ampliar a matéria da prova, mas apenas quando isso se justifique como absolutamente necessário para o controle que lhe é pedido.

6.6.2. É também por esta razão (ou, se se preferir, sobretudo por força dela) que desvalorizo o argumento que poderia tentar retirar-se do disposto no novo nº 2 do art. 278º, nos termos já acima referidos no ponto 6.3.1. desta exposição.

6.7. Poder-se-á argumentar contra esta forma de encarar as coisas — como, de resto, de certa forma, o faz FIGUEIREDO DIAS³¹ — com o apelo ao pilar da estrutura acusatória do processo penal, segundo o qual, a mesma é também conformada pela *participação constitutiva e tendencialmente igualitária de todos os sujeitos processuais na declaração do direito do caso*. E a actuação do assistente nestes termos constituiria uma manifestação de especial relevo dessa mesma “participação constitutiva”.

O argumento, embora de peso, parece coenvolver numa desadequada convocação do aludido pilar da estrutura acusatória. É que, ao cabo e ao resto — e sem esquecer, uma vez mais, o disposto na alínea b) do nº 2 do art. 69º — acaba por conferir ao assistente, em detrimento do titular da acção penal, um poder que mal se compagina com o princípio básico da “subordinação” do referido sujeito processual ao Mº Pº.

Ora, era este um dos aspectos que conviria ter sido resolvido e ultrapassado em termos claros, de forma a não permitir que umas

31 Conf., Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano VIII, Fasc. 2º, 199-213.

vezes o mesmo “funcione” em determinado sentido e, noutras, como acima salientado, paradoxalmente, no oposto.

6.8. Para já não referir o desconforto que o Mº Pº, em regra, não poderá deixar de sentir, ao dar cumprimento, como se lhe impõe, ao disposto na al. c) do nº 2 do art. 53º — “Deduzir acusação e sustentá-la *efectivamente* na instrução e no julgamento”. Com efeito, ter de aderir a um projecto de “acusação” quando, anteriormente, se tomou posição pelo arquivamento, é algo que dificilmente se compagina com o princípio do *fair trial* (art. 32º, nº 1 CRP).

Da perspectiva constitucional, o disposto, para o que agora interessa, no nº 1 do artigo 219º e esta decorrência da estrutura acusatória (artigo 32º, nº 5, 1ª parte), podem considerar-se equivalentes. E, de acordo com a boa directriz metodológica, em matéria interpretativa, no que toca a valores constitucionais conflituantes, impõe-se intentar a respectiva “*concordância prática*” de molde a sacar o máximo possível de conteúdo útil de coerência, entre um e outro.

Porém, na circunstância, confrontam-se, por um lado, um comando com teor literal expresso (o do nº 1 do artigo 219º da CRP), e, por outro, uma consequência de um princípio de matriz constitucional e ainda o argumento literal [alínea b) do nº 1 do artigo 287º, do CPP]. E, outrossim, percute de jeito que reputo decisivo a forma de ver a que adiro o saber se, por força da introdução no texto constitucional em 1997 do novel nº 7 do artigo 32º, os poderes processuais dos assistentes não terão ficado a pear por parcimónia. A resposta a esta questão crucial afigura-se ter de ser afirmativa.

6.9. Por outro lado, há que ponderar que no passado se justificou a referida concepção *controladora* do assistente, uma vez que o Mº Pº dependia directamente do Governo, as coisas não

são agora, de todo, como é consabido, mais assim. Uma tal forma de encará-las, parece esquecer os próprios dados legislativos, pois o assistente é um mero colaborador do M^o P^o, ao qual subordina a respectiva actuação processual. Da perspectiva que critico, seriam conferidos ao assistente, ao cabo e ao resto — ao menos em certos casos — no que toca ao exercício da acção penal (*princípio da oficialidade*, que a CRP, no seu artigo 219^o, n^o 1, comete ao M^o P^o) verdadeiros *poderes autónomos* relativamente aos que a lei atribui a este último sujeito processual.

6.10. A concluir: em nada faz tergiversar, quanto ao entendimento que propendo a defender, a alteração da redacção da parte final do n^o 2 do artigo 287^o, ao exigir agora expressamente, após a revisão de 1998³², que em caso de instrução requerida pelo assistente, o requerimento deve corporizar — por mim diria, *funcionalmente*, uma acusação — de alguma forma, na senda, aliás, daquilo que, desde sempre, foi preconizado por GERMANO MARQUES DA SILVA³³, face ao CPP87.

Uma tal exigência mais não constitui do que um (desnecessário, aliás) corolário da estrutura acusatória. Pois, a não ser assim, isto é, se ao assistente que pretende ver o arguido pronunciado por factos que importem alteração substancial da acusação deduzida

32 Com efeito, era a seguinte a redacção primitiva do comando em questão:

“3. O requerimento não está sujeito a formalidades especiais, mas deve conter, em súmula, as razões, de facto e de direito, de discordância relativamente à acusação ou não acusação, bem como, sempre que disso for caso, a indicação dos actos de instrução que o requerente desejaria que o juiz levasse a cabo, dos meios de prova que não tenham sido considerados no inquérito e dos factos que, através de uns e de outros, se espera provar”.

33 Como na n. 16, 329, onde refere: “O mesmo se passa com o requerimento do assistente. Discordando da decisão do M^o P^o, o assistente pode requerer a abertura da instrução *formulando implicitamente uma acusação*, acusação esta que a fase instrutória se destina a comprovar para decidir se é de receber ou não”.

pelo Mº Pº, ante a falta de vinculação temática, caso o juiz venha a aderir à pretensão do assistente, seria a este que passaria a caber, exclusivamente, através do despacho de pronúncia, o objecto do processo, destarte se afigurando mal-ferida a distinção material entre o órgão que acusa, por um lado e aquele ao qual cabe decidir sobre a sorte dos factos que venham a ser submetidos a julgamento. É certo que, caso o juiz venha a proferir, finda a instrução requerida pelo assistente, um despacho de pronúncia, é este que define o objecto do processo.

É que a pronúncia não pode afastar-se da acusação deduzida pelo Mº Pº ou da *relativamente* “rectificativa” formulada pelo assistente (art. 284º) ou ainda daquela a que já chamei de “*funcional*”, nos casos em que o assistente pretenda uma pronúncia por factos que constituam alteração substancial daquela *dominante* do Mº Pº — como diz o art. 309º, nº 1, parte final, o “*requerimento para abertura da instrução*”, nos termos, acrescentarei agora, da parte final do nº 2 do art. 287º. Daí o regime do nº 3 do art. 303º, a que já foi feita fugidia alusão e a *nulidade* cominada pelo nº 1 do artigo 309º (*nulidade da decisão instrutória*).

7. O assinalado encontra arrimo numa correcta e actual concepção do Mº Pº³⁴, de cuja bondade, na sua concretização — ou não! — na *realidade processual*, não compete, neste restrito conspecto, curar³⁵.

8. Posto tudo o referido, cabe terminar: espero, com a elencação das preocupações de que dei conhecimento, ter contribuído para lançar a discussão a propósito das considerações expendidas. Creio, seja como for, que à revisão de 2007 cabia ter tomado po-

34

35

sição no sentido de esclarecer, em termos definitivos, as questões de que dei nota.

Se ao meu pensamento e às dúvidas e perplexidades que ainda o inçam outro mérito não puder ser reconhecido, ao menos que esta exposição contribua para suscitar a reflexão sobre as questões versadas.

É isso que faz da ciência do Direito uma das mais belas do espírito. Ponto é que se tenham asas e se saiba voar. Como na ESCOLA os meus Mestres — alguns dos quais infelizmente já desaparecidos —, intentaram ensinar-me a fazer.

Muito obrigado.