



CONSULTA

Introdução

1. Em 20 de setembro de 2012, foi dirigido à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) pelo Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Deputado Fernando Negrão, convite para pronúncia sobre iniciativas legislativas de alteração da legislação penal.
2. Os Docentes de Direito Penal e Processual Penal da FDUL, enquanto membros do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC) da FDUL, presidido pela Senhora Professora Doutora Maria Fernanda Palma, pronunciam-se, no presente Parecer, sobre a Proposta de Lei n.º 77/XIII/1.^a (GOV), que altera o Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, e sobre o Projeto de Lei n.º 266/XII/1.^a (PCP), que altera o Código de Processo Penal estabelecendo a obrigatoriedade de assistência do arguido por defensor no inquérito e garantindo maior celeridade no julgamento da criminalidade de menor gravidade.

I. Oportunidade das iniciativas legislativas de alteração da legislação penal

3. A última grande revisão do Código de Processo Penal (CPP) ocorreu em 2007, procedendo-se então à décima quinta alteração. A Proposta de Lei n.º 109/X que o Governo apresentou, em 20 de dezembro de 2006, à Assembleia da República tomou por base os trabalhos da Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP), criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de agosto. Também os Grupos Parlamentares do PSD, CDS-PP, PCP e BE apresentaram projetos de lei com a intenção de alterar o CPP. A proposta e os projetos de lei mereceram discussão conjunta no Parlamento. A proposta de lei foi aprovada na generalidade, em 15 de março de 2007, com os votos favoráveis do PS e PSD e a abstenção do BE, CDS-PP, PCP e PEV. A alteração ao CPP foi aprovada através da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. O CPP alterado entrou em vigor no dia 15 de setembro de 2007, praticamente em simultâneo com as alterações ao Código Penal (CP) e com a Lei n.º



- 51/2007, de 31 de agosto, que definia os Objetivos, Prioridades e Orientações de Política Criminal.
4. O impacto da Reforma foi monitorizado durante dois anos por parte do Observatório Permanente da Justiça (OPJ), que produziu relatórios intercalares e um relatório final, “A Justiça Penal – Uma Reforma em Avaliação”, de 10 de julho de 2009 (<http://opj.ces.uc.pt>), que lançou as bases para os ajustamentos necessários à Reforma, os quais foram implementados por uma comissão de revisão das leis penais, dando posteriormente lugar à décima nona alteração ao CPP, através de Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto.
 5. A necessidade de novas alterações ao CPP só pode ser sentida, segundo cremos, por quem se proponha contrariar o sentido da Reforma de 2007. É como se assistíssemos a um movimento pendular, em que agora se proclama a necessidade de mudar outra vez aquilo que ainda agora acabou de merecer cuidada reflexão e consequente melhoria.
 6. Dado que o anterior processo de revisão do CPP contou com ampla participação, na medida em que os trabalhos da UMRP foram complementados com reuniões regulares de um Conselho Consultivo que integrava representantes dos diversos setores da justiça e professores universitários e as soluções foram consensualizadas sempre que possível, mas nunca se prescindindo do confronto das opiniões divergentes, o mínimo que se esperaria seria que novas alterações contassem novamente com a mais ampla participação de todos os operadores de justiça e académicos. Além de que as alterações não deveriam ser alheias às conclusões do processo de monitorização da Reforma de 2007.

II. Alterações propostas

1. Antecedentes criminais

a) Sentido

1. A Proposta de Lei n.º 77/XII altera os artigos 61.º, n.º 3, alínea *b*), e 141.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP). A propósito desta alteração, que é de louvar, a exposição de motivos apenas refere que “a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes



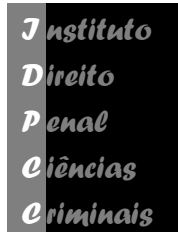
criminais, que já tinha sido eliminada na fase de julgamento, é agora eliminada relativamente a todas as fases do processo”.

2. A presente alteração deve ser lida conjuntamente com a alteração do artigo 359.º, n.º 2, do Código Penal (CP), na qual se elimina a correspondente incriminação, constante da Proposta de Lei n.º 75/XII. Deve também ser tido em conta que a alteração do artigo 141.º, n.º 3, relativa aos interrogatórios judiciais de arguido detido, se estende aos interrogatórios não judiciais de arguido detido, bem como aos interrogatórios de arguido em liberdade (arts. 143.º, n.º 2, e 144.º, n.º 1, do CPP).

b) Conformidade à Constituição

3. A obrigatoriedade de declarar com verdade sobre os antecedentes criminais, sob pena de responsabilização penal, consubstancia exceção ao princípio de matriz constitucional *nemo tenetur se ipsum accusare*.
4. Consagrada no CPP de 1929 e mantida no CPP de 1987, quer quanto à fase de julgamento, quer quanto às fases de inquérito e de instrução, a obrigatoriedade de declarar com verdade sobre os antecedentes criminais em fase de julgamento veio a ser julgada inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, de 5 de dezembro¹. Teve como fundamento o entendimento de que “a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formuladas no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido”. Também o legislador entendeu, pela Lei de Autorização Legislativa n.º 90.º-B/95, e Decreto-Lei autorizado n.º 317/95, eliminar tal obrigatoriedade.
5. A exceção ao princípio *nemo tenetur* manteve-se, porém, para as fases processuais anteriores e o Tribunal Constitucional vinha a entender que a obrigação assim imposta era uma restrição admissível ao princípio *nemo tenetur*, designadamente por não ser uma obrigação de declaração em audiência pública, por não serem declarações relativas à

¹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.



questão da culpabilidade e por não haver outros meios institucionais de obter a informação em tempo útil².

6. Tal entendimento é, porém, contestável, por diversas ordens de razões.
7. Por um lado, porque tais declarações estão acessíveis ao juiz de julgamento, e, por outro lado, porque são prestadas a juiz de instrução, nos termos do artigo 141.º, n.º 3, do CPP, juiz esse que pode decidir pela aplicação de medida de coação ao arguido. Resulta assim esta obrigação no fornecimento indireto pelo arguido ao juiz de julgamento de informação sobre os seus antecedentes criminais, bem como na contribuição do arguido direta e ativamente para a criação de uma imagem negativa a seu respeito perante a entidade competente para aplicação de medidas de coação. Tal situação não pode, pois, deixar de ser entendida como afetação da presunção de inocência e do direito a um processo justo e equitativo, princípios nos quais se funda o direito à não autoinculpação.
8. Por outro lado, a obrigação de falar com verdade sobre os antecedentes criminais é de duvidosa eficácia para os fins pretendidos, nomeadamente para acautelar a mais correta aplicação de medida de coação, porquanto, não raras vezes, os arguidos não sabem identificar tais antecedentes com a certeza e a precisão necessária a uma boa decisão.
9. Ainda de outro prisma, o carácter imprescindível para a realização da justiça penal da imposição de tal obrigação ao arguido é altamente questionável, se não inexistente, uma vez que, com os meios informáticos disponíveis atualmente, é possível, em tempo real e útil, sem a colaboração ativa do arguido, obter informação fidedigna sobre os antecedentes criminais³. De sublinhar, aliás, que o acesso informático praticamente imediato à informação sobre o

² Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 127/2007, de 27 de fevereiro (relativamente ao interrogatório perante OPC), e n.º 372/98, de 13 de maio (relativamente ao primeiro interrogatório de arguido detido).

³ Tal finalidade, bem como a necessidade de imposição por impossibilidade de obtenção em tempo útil, foi identificada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 127/2007, de 27 de fevereiro: "O conhecimento dos antecedentes criminais do arguido detido, preso ou em liberdade, durante o interrogatório, pelo menos em fase anterior à do julgamento, apresenta vantagens para a realização da justiça, por conceder informação relevante, necessária para a decisão sobre aplicação de medidas coativas. Essa relevância é evidente aquando do primeiro interrogatório judicial de arguido detido e de primeiro interrogatório não judicial de arguido detido e o processo tiver de continuar, pois frequentemente aquando desse interrogatório urgente, não é possível obter por outros modos institucionalmente válidos, informação sobre os antecedentes criminais do arguido. A necessidade [...] também não deixa de existir durante o interrogatório em inquérito".



registo criminal se estende quer à informação constante do registo nacional, quer dos registos equivalentes de outros Estados-Membros da União Europeia⁴.

10. Finalmente, a prova da existência de antecedentes criminais tem de ser feita documentalmente, através do certificado de registo criminal, não valendo como prova da existência de antecedentes criminais a informação sobre condenações não inscritas no registo, ou a informação sobre crimes cujo registo tenha sido cancelado⁵. Em contradição com este princípio, a obrigação de declarar verdade sobre antecedentes criminais, em qualquer fase do processo, é suscetível de levar o arguido a colaborar na formação de uma imagem negativa sobre a sua pessoa – e, com isso, na aplicação de medida de coação ou na sua própria condenação – em casos em que a existência de antecedentes (não inscritos ou cancelados) nem sequer pode ser relevante para a decisão de aplicação de medida de coação ou para a decisão de condenação.
11. Carecendo as restrições de direitos fundamentais de ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), somos de opinião que a manutenção da obrigatoriedade de declaração com verdade, sob pena de responsabilização penal, é inconstitucional, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, consagrado nos arts. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, e 2, da CRP, por ser manifestamente desproporcionada a restrição, tendo em conta as suas consequências e as finalidades prosseguidas com tal restrição, acima identificadas⁶.

c) Concordância com as alterações propostas em matéria de antecedentes criminais

⁴ Foi já estabelecida uma “rede” de acesso aos registos criminais dos Estados-Membros da União Europeia, definida pela Decisão-Quadro 2009/315/JAI do Conselho, de 26.02., relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros, e pela Decisão 2009/316/JAI do Conselho, de 06.04, relativa à criação do sistema europeu de informação sobre os registos criminais (ECRIS), em aplicação do artigo 11.º daquela Decisão-Quadro. A entrada em funcionamento desta rede estava prevista para abril de 2012, sendo que, há já algum tempo, ao abrigo do Projeto-Piloto de **Interconexão de Registos Criminais**, é realizada a troca de informação sobre registo criminal de nacionais dos Estados-Membros por via informática entre um vasto número de Estados-Membros, nos quais se inclui Portugal.

⁵ Cf. arts. 9.º, n.º 3, 5.º, 15.º e 24.º, n.º 2, da Lei 57/98, de 18 de agosto.

⁶ De notar que o argumento, constante dos Acórdãos do Tribunal Constitucional, de que não existiria violação do art. 32.º, nem do art. 18.º, n.º 2, da CRP, por não ser possível no momento em que se procedia ao primeiro interrogatório judicial do arguido o conhecimento dos seus antecedentes criminais pelos meios institucionais vigentes, deixou de existir, face aos avanços já enunciados nesta matéria.



12. Face ao exposto, somos inteiramente favoráveis às alterações propostas, que são de saudar, quer de um ponto de vista de adequação político-criminal (face à falta de fidedignidade das informações obtidas através das declarações do arguido e à facilidade de obtenção de informação fidedigna por outros meios), quer do ponto de vista da conformação constitucional do processo penal.

2. Assistência por defensor

a) Sentido

1. No domínio da assistência ao arguido por defensor, a Proposta de Lei n.º 77/XII altera os artigos 64.º, n.º 1, al. b), e c), do CPP.
2. A alteração proposta alarga a obrigatoriedade de assistência por defensor a todos os interrogatórios realizados por autoridade judiciária (passando assim a incluir-se os interrogatórios de arguido em liberdade conduzidos pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução).
3. Passa também a ser sempre obrigatória a assistência por defensor no debate instrutório e na audiência, deixando de se restringir a obrigatoriedade aos casos em que fosse possível a aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento.

b) Apreciação crítica

4. Merece aplauso a alteração proposta nesta matéria. Com efeito, o direito à assistência por advogado é um direito integrante das garantias constitucionais de defesa, consagrado expressamente no artigo 32.º, n.º 3, da CRP⁷. E é direito essencial ao exercício das restantes garantias de defesa legal e constitucionalmente consagradas.
5. A consagração de um processo penal de estrutura acusatória, com todas as garantias de defesa e o reconhecimento ao arguido da posição de sujeito processual, implica que as garantias sejam garantias *efetivas*, não meramente semânticas. A assistência por advogado é

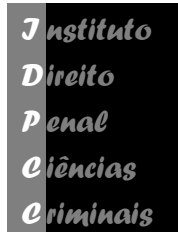
⁷ E também no art. 6.º, n.º 3, al. c), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Acerca do conteúdo deste direito, cf. a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) nos Acórdãos *Salduz c. Turquia*, de 27.11.2008, Proc. n.º 36391/02, *Grand Chamber* (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89893>), *Dayanan c. Turquia*, de 13.10.2009, Proc. n.º 7377/03, 2.ª Secção (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95015>), *Pishchalnikov v. Russia*, de 24.09.2009, Proc. n.º 7025/04, 1.ª Secção (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94293>).



conditio sine qua non da efetividade de tais garantias. Com efeito, de pouco servirá atribuir direitos aos cidadãos visados nos processos penais sem, ao mesmo tempo, conferir-lhes o direito a serem assistidos na sua defesa por advogado. Só o advogado, constituído ou nomeado oficiosamente, pode, em nome do seu cliente, exercer *de forma efetiva* os direitos deste.

6. O nosso ordenamento jurídico é, neste ponto, um dos mais avançados, ao consagrar de forma ampla a assistência por defensor, garantindo esse direito ao arguido desde o primeiro momento e em qualquer momento, bem como até consagrando o direito de qualquer pessoa, mesmo na qualidade de testemunha, ser acompanhada por advogado (arts. 62.º, n.º 1, e 132.º, n.º 4, do CPP, e arts. 32.º, n.º 3, da CRP, e 20.º, n.º 2, da CRP). Tal amplitude demonstra o reconhecimento pelo legislador, constitucional e ordinário, da necessidade da assistência por advogado como pressuposto do exercício efetivo dos direitos dos cidadãos.
7. O processo penal consubstancia uma intervenção gravosa na esfera jurídica dos visados, com implicações sérias para os seus direitos, liberdades e garantias. Esta natureza do processo penal, bem como o facto de um cidadão visado no processo penal não estar, reconhecidamente, numa posição conveniente para o exercício dos direitos de defesa, o que o coloca numa posição de acrescida vulnerabilidade, levou o legislador a assumir uma posição pró-ativa quanto à proteção dos direitos dos cidadãos nesta esfera, consagrando uma panóplia de situações em que a assistência por defensor é obrigatória (artigo 64.º do CPP)⁸. De destacar a circunstância de ser obrigatória a intervenção de defensor em qualquer ato processual em que intervenha pessoa particularmente vulnerável, como é o caso de arguido com deficiência visual, auditiva ou ao nível da fala, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos ou relativamente ao qual se suscitar a questão da sua imputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída.
8. A imposição da obrigatoriedade de assistência por defensor resulta da ponderação da situação de especial vulnerabilidade do arguido e repercussões desta para a capacidade

⁸ A CEDH não impõe a obrigatoriedade da assistência, mas reconhece aos Estados uma ampla margem de decisão no estabelecimento de tal obrigatoriedade, nomeadamente tendo em conta os interesses da justiça penal, podendo ser ponderados, designadamente, a matéria objeto do processo, a complexidade jurídica e factual do processo, a personalidade do arguido ou a necessidade de assegurar mais convenientemente as garantias de defesa efetiva através de uma melhor defesa técnica – cf., a este propósito, o acórdão *Correia de Matos c. Portugal*, de 15.11.2001, Proc. 48188/99 (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-43120>).



peçoal de decisão do arguido acerca do exercício dos direitos que lhe são conferidos pela lei processual penal. Com efeito, a atribuição de um direito à assistência por advogado suscetível de renúncia suscita inúmeros problemas, dada a dificuldade em garantir e demonstrar que a renúncia tenha sido voluntária e, sobretudo, informada, *i.e.*, feita com consciência do conteúdo e condições de exercício do direito, bem como das consequências da renúncia para a posição processual do arguido⁹. No atual quadro legislativo e, sobretudo, na prática, a renúncia à assistência por advogado é, muitas vezes, um ato meramente formulário e procedimental, não tendo o arguido consciência das suas implicações.

c) Conformidade à Constituição

9. Não nos parece que o artigo 32.º, n.º 3, da CRP imponha a assistência por defensor em todo e qualquer ato processual, sem mais, consagrando tão só o direito de, para qualquer ato, o arguido, se assim o entender, solicitar tal assistência. Aquele preceito indica, porém, que terá de haver casos de assistência obrigatória. Tal obrigatoriedade deverá ser ditada pela especial vulnerabilidade do arguido, seja derivada de condições pessoais deste, seja da natureza dos crimes ou da gravidade das implicações do ato processual em causa em causa para os direitos do arguido.

d) Concordância com as alterações propostas em matéria de assistência por defensor

10. Apesar de inexistência de imposição constitucional nesse sentido, parece-nos boa política legislativa estender a obrigatoriedade de assistência por defensor a todos os atos processuais em que intervenha o arguido, ou em que este pudesse estar presente¹⁰. Neste sentido vai a

⁹ Neste sentido, cf. o Acórdão do TEDH *Pishchalnikov v. Rússia*, de 24.09.2009, Proc. n.º 7025/04, 1.ª Secção, §77, estabelecendo que a renúncia ao direito de assistência por advogado deve ser “estabelecida de forma inequívoca e rodeada de garantias mínimas proporcionadas à sua importância [...] não só voluntária, mas também tem de constituir uma renúncia consciente e informada de um direito” (tradução livre, original em língua inglesa disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94293>).

¹⁰ Não nos pronunciamos aqui sobre os atos de inquirição de testemunha em fase de inquérito ou instrução. Tendo em conta o atual quadro processual, não nos parece imprescindível a intervenção de defensor nestes atos, porquanto, regra geral, tais declarações não podem ser valoradas em julgamento sem que a testemunha tenha comparecido e prestado declarações sujeitas ao contraditório e perante o juiz da causa. A vencer, porém, a alteração proposta para os n.ºs 3 e 4 do art. 356.º do CPP, deverá esta questão ser reequacionada, sob pena de não passar o crivo constitucional, mormente nos casos em que o arguido possa ser condenado integralmente com base nas declarações prestadas anteriormente por



Proposta de Lei n.º 266/XII, apresentada pelo Partido Comunista Português¹¹, em que é salientado que a atual situação, na qual a assistência por advogado é facultativa, leva a que o direito a tal assistência apenas seja exercido quando “o arguido dispõe de informação ou tem já advogado constituído, colocando numa situação de maior fragilidade os arguidos com menores recursos económicos ou mais desinformados acerca dos seus direitos.”

11. Ou, no mínimo, dada a especial posição de vulnerabilidade do arguido, que poderá suscitar a questão da dimensão constitucional da imposição de tal assistência, constituiria salutar exercício do poder legislativo a consagração da obrigatoriedade da assistência por defensor em todos os interrogatórios de arguido¹², buscas em que seja visado o arguido (ressalvando neste caso as situações de perigo na demora), nas diligências de recolha de autógrafos em que seja visado o arguido, reconstituição do facto em que este participe e, finalmente, nas diligências de reconhecimento de pessoas.

12. A assistência por advogado neste último ato, em particular, parece-nos mesmo suscetível de ser considerada de imposição constitucional, dada a sua falta de valor e fiabilidade em termos científicos. Falta essa à qual não corresponde, porém, o valor probatório que é atribuído ao reconhecimento de pessoas, sendo prova praticamente inabalável em julgamento¹³. A falta da presença de defensor nos atos de reconhecimento já foi, aliás, suscitada em diversos arestos¹⁴.

13. De igual modo, as razões que levam a consagrar a obrigatoriedade de assistência nos atos enumerados no artigo 64.º do CPP, quer na redação vigente, quer na resultante da Proposta n.º 77/XII, impõem a sua extensão aos interrogatórios realizados por Órgão de Polícia

si (ainda que não confessórias) e de testemunhas ouvidas em fase de inquérito cuja notificação não foi possível (sendo assim permitida a leitura das declarações). Ou seja, condenação com base: (i) em testemunhos relativamente aos quais não existe imediação, nem o contraditório foi exercido, e (ii) em declarações prestadas em momento em que o arguido nem sequer conhece o teor da acusação contra si deduzida (e, eventualmente, as provas constantes dos autos).

¹¹ Aprovada na generalidade, com os votos a favor do PCP, BE e PEV, e com a abstenção do PSD, CDS-PP e PS.

¹² Cf., neste sentido, arts. 96.º e 97.º, n.º 1, do *Codice di Procedura Penale* (em conjugação com os arts. 60.º e 61.º).

¹³ Ver, neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 408/89, de 31.05.1989 (que julgou inconstitucional a norma do § 1.º do art. 159.º do CPP de 1929, introduzida pela Lei n.º 25/81, de 21.08, na parte em que permitia a realização de atos de reconhecimento do arguido sem a presença do juiz, por violação do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição, conjugado com o n.º 1 do mesmo preceito constitucional); e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.05.2004, Proc. n.º 2691/2004-3, ponto II. 9, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05.05.2010, Proc. n.º 486/07.2GAMLD.C1, ponto B.3.1, parte final, onde se diz, a propósito do reconhecimento realizado em fase de inquérito, que o mesmo tem a natureza de prova pré-constituída, não tendo de ser repetido em audiência de julgamento, mas “naturalmente que um óbice teórico se suscita. A ausência de defensor no ato, que a legislação portuguesa não instituiu como obrigatória. Essa seria a forma adequada para um efetivo exercício do direito de defesa e do contraditório posterior em audiência”.



Criminal (OPC), nos quais se verifica, até pela menor diferenciação em termos processuais da entidade que conduz a diligência, acrescida necessidade da intervenção do defensor, quer para salvaguarda dos direitos dos cidadãos visados, quer, como se expõe de seguida, para melhorar a qualidade da prova (ainda que de natureza meramente indiciária) obtida.

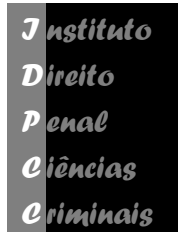
14.A consagração da imposição da assistência obrigatória por defensor não é, tão só, uma consagração de mais garantias ao arguido – correndo o risco de ser apelidada como excessivamente garantista, como vem sendo tendência. A intervenção de defensor contribui para a melhoria da qualidade da prova – pois o defensor presente contribuirá para que a prova produzida reflita, de forma mais próxima, a realidade, evitando-se acusações que, em julgamento se demonstram absolutamente infundadas, por a prova produzida em julgamento não corresponder minimamente à produzida em fase de inquérito. E contribuirá também para a produção de prova livre de vícios processuais que possam levar à sua exclusão ou proibição de valoração em fase de julgamento. Contribui, pois, também desta forma, para uma melhor realização da justiça penal.

e) Aprofundamento das alterações propostas em matéria de assistência por defensor

15.Em conformidade com o exposto, é nosso parecer que a proposta apresentada neste ponto é de saudar e deve ser aprovada. Tal aprovação deve verificar-se, a nosso ver, independentemente das alterações a realizar em sede da possibilidade de valoração das declarações prestadas por arguido em fases anteriores, pois constitui saudável opção de política criminal que contribui, de forma significativa, para a melhor realização da justiça penal.

16.Deve, ainda, ser consagrada a intervenção obrigatória de defensor em todos os atos processuais em que intervenha o arguido, ou em que este pudesse estar presente. Ou, pelo menos, em todos os interrogatórios, buscas (ressalvando neste caso as situações de perigo na demora), nas diligências de recolha de autógrafos e reconstituição de facto em que intervenha o arguido e, finalmente, nas diligências de reconhecimento de pessoas.

17.Deverá ainda ser equacionada, em face da alteração constante da Proposta de Lei, bem como da alteração aqui proposta, a oportunidade de uma reforma do sistema de apoio judiciário, que continue a atribuir a incumbência da defesa dos cidadãos perante o exercício



mor do *ius imperii* a advogados privados, independentes do Estado, mas que adote critérios qualitativamente mais exigentes.

3. Aplicação de medidas de coação

a) Sentido

1. A Proposta de Lei n.º 77/XII atribui ao juiz de instrução o poder de aplicar, durante o inquérito, medida de coação (com exceção do termo de identidade e residência) ou de garantia patrimonial mais grave do que a promovida pelo Ministério Público, desde que com fundamento nas al. a) e c) do artigo 204.º do CPP, ou seja, sempre que tal juízo se fundar no perigo de fuga ou no perigo de continuação da atividade criminosa.
2. Fica excetuado o fundamento previsto na alínea b) do artigo 204.º do CPP, ou seja, o perigo de perturbação do inquérito. Tal perigo continuará a não ser admissível como fundamento para que o juiz de instrução determine medida mais grave do que a requerida pelo Ministério Público.
3. A única justificação que parece respaldar a alteração proposta funda-se na atribuição de um poder de conformação, quase irrestrito, das medidas de coação e de garantia patrimonial à magistratura judicial mesmo durante o inquérito.
4. À primeira vista, parece que se pretende regressar ao regime anterior à revisão de 2007 do CPP.
5. Porém, tal não é sequer totalmente rigoroso.
6. É verdade que em 2007 e 2010 se pretendeu clarificar os poderes do juiz de instrução durante o inquérito, vinculando-o ao teto máximo do promovido pelo Ministério Público..
7. Contudo, era já muito controverso, quer na doutrina, quer de uma forma generalizada na jurisprudência (sobretudo por razões de ordem constitucional), que o juiz de instrução pudesse agravar a medida requerida.
8. Pelo que a alteração agora proposta poderá significar um regresso à controvérsia anterior à revisão de 2007 do CPP, com as indesejáveis consequências em termos de incerteza.

b) Apreciação crítica



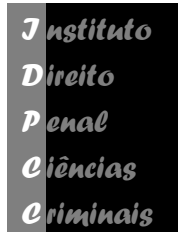
9. Entendeu o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade do atual CPP (no Acórdão n.º 7/87), que a atribuição da ação penal ao Ministério Público nos termos constitucionais justificava a direção do inquérito pelo Ministério Público. Tal juízo de conformidade encontrava ainda justificação na circunstância de todos os atos de inquérito diretamente lesivos de direitos, liberdades e garantias constitucionais terem sido atribuídos à competência de um juiz de instrução, dando dessa forma cabal cumprimento ao estipulado no artigo 32.º, n.º 4, da CRP. Consequentemente, nos termos dos arts. 268.º e 269.º do CPP, há um elenco de atos que apenas podem ser praticados ou ordenados por juiz de instrução. Entre tais atos consta precisamente a aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial durante o inquérito (com exceção do termo de identidade de residência).
10. Porém, a competência do juiz de instrução tem de se harmonizar com a atribuição da direção do inquérito ao Ministério Público e com o papel do juiz de instrução na fase de inquérito.
11. Assim, a direção do inquérito pelo Ministério Público implica que lhe caiba a iniciativa de promover a aplicação de medida de coação (ou de garantia patrimonial) junto do juiz de instrução.
12. Por outro, o papel do juiz de instrução na fase de inquérito é o de um verdadeiro Juiz das Liberdades. Ou seja, de garantia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. O que significa que a intervenção do juiz de instrução não deve servir para corrigir a orientação de um inquérito, mas só para salvaguardar direitos, liberdades e garantias. Não se deve, por isso, admitir, que o juiz de instrução possa, aplicar medida mais gravosa do que aquela que lhe foi requerida por quem tem a direção da fase processual em causa e conhece diretamente as riscos e as necessidades da investigação criminal no caso concreto.

c) Alternativa

13. Por tudo quanto exposto, parece-nos que a melhor solução passará nesta matéria por se manter o regime vigente.

4. Suspensão provisória de processo

a) Sentido

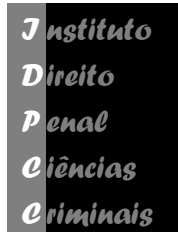


1. Pretende-se alterar o regime da suspensão provisória do processo, mediante o aditamento de uma nova alínea e) ao n.º 1 do artigo 281.º do CPP, de forma a obstar à possibilidade de aplicação desta medida de diversão nos casos em que esteja legalmente prevista a pena acessória de proibição de condução de veículos com motor.
2. Tal alteração justificar-se-ia pela dificuldade de fiscalizar na prática, uma injunção de entrega voluntária da licença, vulgo “carta”, de condução, bem como pela dificuldade de acesso aos dados relativos aos antecedentes criminais, registo de condutor e registo de anterior suspensão provisória do processo.

b) Apreciação crítica

3. Em princípio, a cominação legal de penas acessórias, mesmo no caso de inibição de condução de veículo a motor, é totalmente compatível com a suspensão provisória do processo e, se esta for a medida adequada, o julgamento apenas agravará a situação. É bom recordar que a suspensão provisória do processo é uma medida de diversão processual que apenas constitui um desvio à tramitação normal que conduziria ao julgamento. O que se evita com a suspensão provisória do processo é o julgamento, mas não a sanção acessória quando esta possa equivaler, materialmente, à imposição de uma injunção ou regra de conduta.
4. Em tese, a inibição de condução, enquanto sanção acessória, também pode consistir numa injunção aplicada através da suspensão provisória do processo, aliás tornada efetiva mais prontamente do que se fosse aplicada como resultado de uma condenação transitada em julgado.
5. Acresce que, do ponto de vista da política criminal, não é admissível que a suspensão provisória do processo possa continuar a ser aplicada a situações mais graves do que aquelas que ora se veda. Basta pensar num crime de homicídio negligente (ou mesmo privilegiado) em que se admite a aplicação da suspensão provisória do processo.

c) Alternativas



6. Tal como já tem sido proposto por diversos operadores judiciários, bastaria uma correta interpretação das normas e a uniformização de procedimentos nos casos de criminalidade rodoviária para se acautelar o que se visa alcançar com a presente alteração.
7. Assim, recomenda-se a adoção, em sede de diretivas de aplicação das orientações de política criminal, de um entendimento uniforme sobre os procedimentos de entrega da licença de condução nos serviços do Ministério Público, bem como sobre a implementação de um mais fácil acesso ao registo das anteriores suspensões provisórias do processo e ao registo criminal e de condutor.

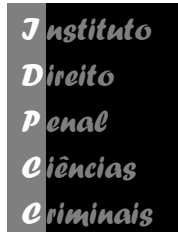
5. Leitura em audiência de declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento

a) Sentido

1. A Proposta de Lei n.º 75/XII pretende maximizar a possibilidade de aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, com base na ideia defendida por muitas vozes oriundas da magistratura do Ministério Público de que tal permitirá dotar o processo penal português de maior eficácia, suplantando-se desse modo as dificuldades probatórias que emergem da circunstância de o arguido muitas vezes se remeter ao silêncio na audiência de julgamento, embora tendo anteriormente prestado declarações confessórias perante autoridade judiciária e tendo sido assistido por advogado.

b) Desconformidade à Constituição

2. O nosso processo penal tem estrutura acusatória, como resulta do artigo 32.º, n.º 5, da CRP. Não corresponde a um modelo acusatório puro, mas antes ao chamado modelo misto. A trave mestra da estrutura acusatória é a separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga, o que garante a imparcialidade do julgador.
3. Se vier a ser concretizada essa alteração, então estaremos a regressar ao perfil da prova no processo penal português antigo, que perpassou pelas velhas Reformas de 1832, 1837 e 1841, em que a fase instrutória, em caso de pronúncia, podia ser utilizada no julgamento, sendo a prova produzida em audiência meramente complementar, tanto mais que o juiz não tinha poderes de investigação. Por sua vez, o Código do Estado Novo (CPP de 1929),



eivado de uma conceção vincadamente antiliberal, reforçou a direção judicial da investigação e, do mesmo passo, trouxe a inquisitorialidade para dentro do julgamento. O reforço dos poderes judiciais chegou a compreender a cumulação no mesmo magistrado das funções instrutórias e da direção do julgamento, embora se mantivesse a figura do juiz instrutor.

4. A primeira grande Reforma do CPP de 1929 foi empreendida no início do ministério de Cavaleiro de Ferreira, em 1945. Esta Reforma traduziu-se, e bem, num reforço da acusatoriedade do processo penal. É certo que, após a saída de Cavaleiro de Ferreira, a investigação criminal, na fase preparatória, acabaria ficando fortemente policializada, com possibilidade de detenção policial até 180 dias, e a instrução judiciária não era garantia suficiente. Já na fase final do regime, durante a “Primavera Marcelista” (1968-70), surgiram modificações tendentes ao reforço das garantias de assistência de defensor, por pressão de prestigiados advogados (Abranches-Ferrão e Salgado Zenha) e académicos (Figueiredo Dias, Eliana Gersão). Depois do 25 de Abril, a Constituição de 1976 passou a prescrever que o processo penal tem estrutura acusatória. O CPP de 1987 concretizou a estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação, segundo a fórmula de Figueiredo Dias, de marca germânica. Ao nível da estrutura do processo penal, importa notar que se manteve a estrutura do DL. n.º 35.007, com a fase pré-acusatória dominada pelo Ministério Público. As sucessivas reformas do CPP de 1987 não lhe mudaram a estrutura.
5. Neste ponto, a Proposta de Lei n.º 75/XII enfraquece a estrutura acusatória do processo penal português e, por isso mesmo, somos de parecer que viola o disposto no artigo 32.º, n.º 5, da CRP.

c) Apreciação crítica

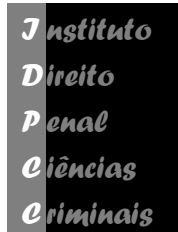
6. O CPP de 1987 respeita a liberdade de determinação do arguido. Ora, o direito ao silêncio é a expressão maior desse respeito.
7. O CPP de 1987 corporiza as garantias constitucionais, interpretadas à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Por essa via, está também associado à prerrogativa contra a



- auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*) da tradição anglo-americana, que abrange o direito ao silêncio.
8. O CPP autonomiza a prova que tem como fonte o arguido relativamente à prova testemunhal em sentido amplo. No estatuto do arguido como fonte de prova processual ressaltam duas marcas distintivas: (1) a proteção do arguido contra a auto-incriminação, ainda que voluntária, e (2) a responsabilização do juiz pela estratégia e interrogatório do arguido na audiência de julgamento.
 9. As declarações processuais do arguido, prestadas antes do julgamento, constituem sobremaneira uma oportunidade de defesa concedida ao arguido antes da acusação, nada obstando a que possam servir, complementarmente, de meio de investigação e de informação estratégica dos sujeitos processuais.
 10. A reprodução em audiência das anteriores declarações processuais do arguido apenas é admitida por sua própria solicitação ou quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver “contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência”, conforme é referido no artigo 357.º, n.º 1, do CPP (antes de 2007: “discrepâncias sensíveis que não possam ser esclarecidas de outro modo”).
 11. Compreende-se a solução legal, pois é sabido que as chamadas “provas repetíveis”, quando realizadas numa fase inquisitória do processo em que, por definição, falha o contraditório, não podem ser valoradas no julgamento, carecendo de ser renovadas ou produzidas de novo nesta fase perante o juiz, que deve poder formar a sua convicção independentemente da investigação criminal, e perante a acusação e a defesa, que devem estar em situação de igualdade de armas. Este princípio, que se aplica aos depoimentos das testemunhas, às acareações e aos reconhecimentos, deve igualmente valer para as declarações do arguido, aliás por maioria de razão, se considerarmos que este goza do direito ao silêncio e pode não querer produzir quaisquer declarações em audiência. Em suma, as declarações do arguido só devem poder ser valoradas como prova se forem produzidas em audiência.
 12. Se vier a ser aprovada uma alteração ao CPP no sentido de tornar possível o aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, cremos que dessa forma se estará a pôr em crise a estrutura acusatória do processo penal, do mesmo passo que se estará a ameaçar um conjunto de princípios



- jurídicos congruentes, que vão desde o contraditório, passando pela igualdade de armas, até à oralidade e à mediação, não se devendo esquecer neste contexto a vinculação de todos esses princípios ao próprio princípio da livre convicção.
13. Não cremos que o sacrifício desses princípios possa ser compensado por mor de ganhos de eficácia no processo penal. De mais a mais, os propalados ganhos de eficácia estão por provar. Bem pelo contrário, é provável que uma alteração legislativa que consagre a possibilidade de aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento possa desencadear, na prática, a reação do arguido de antecipar o silêncio para uma fase anterior ao julgamento, retirando assim à investigação criminal um importante instrumento de recolha de informação para o esclarecimento da verdade material.
 14. Ainda mais grave do que isso é o facto de o arguido poder ficar limitado nas suas garantias de defesa, pois saberá que, se falar durante os interrogatórios, tudo o que disser poderá ser usado contra si em julgamento, o que pode retirar-lhe qualquer vantagem de tentar esclarecer o seu envolvimento nos factos em curso de investigação. Tal redundaria numa restrição do seu direito de audiência e defesa, afinal a razão pela qual foram previstos os interrogatórios de arguido em fases anteriores ao julgamento.
 15. Uma tal alteração ao CPP comprometerá, por fim, a moderna orientação do Ministério Público para a realização de acordos sobre a sentença em processo penal, que são uma forma mitigada de “*guilty plea*”, embora diretamente inspirada na recente lei alemã relativa aos “acordos sobre a sentença” (“*Urteilsabsprachen*”), de agosto de 2009. Em última análise, o aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento é uma mensagem de sinal contrário aos acordos sobre a sentença penal e dificilmente ambos poderão conviver no âmbito do mesmo sistema processual penal, pois as vantagens das soluções negociadas para o arguido são contrariadas pelos riscos inerentes a qualquer declaração confessória que queira porventura fazer, não podendo o defensor aconselhá-lo, com base numa verdadeira capacidade de antevisão das consequências processuais, sobre a via que mais lhe convém seguir.
 16. Na lei portuguesa, o direito ao apagamento do que o arguido disse no processo coexiste com escutas telefónicas em que o arguido é interveniente ativo, falando sem consciência



das potenciais consequências processuais para si do que disse, transformando-se os registos do que disse em provas documentais pré-constituídas com declarações extraprocessuais do arguido para a utilização contra o mesmo. Com outros métodos ocultos de investigação passa-se exatamente o mesmo.

17. Qual é a justificação para tal? Os métodos ocultos só são aceitáveis como medidas excepcionais de investigação criminal cuja utilização precisa de estar coberta por uma previsão legal, limitada a um catálogo de infrações particularmente restrito e estabelecido em função de critérios de proporcionalidade em sentido amplo, além de que tais métodos carecem ainda da demonstração de que são necessários, adequados e proporcionais no caso concreto, no âmbito do Estado de Direito material.
18. Mas a questão aqui é outra, designadamente a de saber por que razão tais declarações do arguido podem ser valoradas como prova no julgamento, enquanto prova documental. O sistema processual penal aparenta aqui uma fratura axiológica, pois não reconhece ao arguido o direito de dispor daquilo que disse em conversas telefónicas ou outras que ficaram registadas por meios tecnológicos, quando se suporia que as mesmas até beneficiam de tutela reforçada, dada a proteção constitucional do segredo das comunicações e da privacidade. A coerência do sistema processual penal só poderá ser reconstruída se assumirmos que as declarações dirigidas a pessoas diferentes dos agentes da perseguição penal com vista aos fins do processo não estão abrangidas pela prerrogativa da não autoincriminação, o que é, de resto, bastante discutível.
19. Já dificilmente se aceitará, por isso, que possam ser valoradas como prova no julgamento, a qualquer título, as declarações autoincriminatórias prestadas no âmbito de ações encobertas a um agente encoberto, ou mesmo a um “homem de confiança”, pois isso equivaleria a admitir que o suspeito produzisse inconscientemente para o processo declarações confessórias não esclarecidas, nem livres.

d) Alternativas

20. A justificar-se alguma alteração nesta matéria, cremos que a mesma deveria, ao invés daquela que se perfila, apontar antes claramente para um reforço da estrutura acusatória do processo penal português, designadamente através da adoção de um sistema que imponha,



no saneamento do processo, o desentranhamento dos autos de todas as provas repetíveis, a exemplo do que sucede no direito italiano, que consagra a separação dos autos destinados ao julgamento (*"fascicolo per il dibattimento"*), nos termos do artigo 431 do *Codice di Procedura Penale* (CPPi), relativamente aos autos do Ministério Público (*"fascicolo del pubblico ministero"*), nos termos do artigo 433 do CPPi.

21. Caminhar neste sentido ajudaria, seguramente, à desmistificação da acusação, assumindo-se o imperativo de reconhecer a função primacial do julgamento como lugar para a dialética entre a acusação e a defesa e contribuindo-se assim para um genuíno diálogo de culpa do qual possa emergir finalmente a justa composição entre a necessidade, a um só tempo, de declarar o mal cometido e de evitar, tanto quanto possível, o mal da própria justiça.

6. Processo sumário

a) Sentido

1. No que diz respeito à disciplina do processo sumário, a Proposta de Lei n.º 77/XII reforça a tendência que já tem vindo a marcar a evolução desta figura processual, a saber: o constante alargamento do âmbito objetivo e subjetivo de aplicação do processo sumário.
2. Com efeito, na versão primitiva do CPP, o processo sumário apenas era aplicável quando o crime em causa fosse punível com pena de prisão cujo limite máximo não fosse superior a três anos e o detido em flagrante delito fosse maior de 18 anos à data do facto, sendo certo que a detenção em flagrante delito deveria ser realizada por autoridade judiciária ou entidade policial. Com a Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, procedeu-se a um alargamento do escopo subjetivo do processo sumário, eliminando-se o requisito da idade mínima do detido, bem como a um alargamento do seu escopo objetivo, admitindo-se a sua aplicação às situações em que o crime em causa fosse punível com pena de prisão de limite máximo superior a três anos, ainda que em concurso de infrações, mas o Ministério Público, na acusação, entendesse que não deveria ser aplicada, em concreto, pena superior ao referido limite. A Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, procedeu a nova ampliação do campo de aplicação do processo sumário, alargando o limite da pena abstratamente aplicável para os cinco anos e permitindo que a detenção fosse realizada por qualquer pessoa.



3. Assim, na linha contínua de alargamento do campo de aplicação do processo sumário, a Proposta de Lei n.º 77/XII vem agora eliminar o requisito do limite máximo da pena abstratamente aplicável. Ou seja, enquanto que atualmente o processo sumário apenas pode ser aplicado quando o crime em causa for punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a cinco anos, a Proposta elimina tal requisito, determinando que a medida legal da pena, por si só, não é impeditiva da utilização desta forma especial de processo.
4. A este propósito, reconhece-se que a prossecução das finalidades preventivas associadas à aplicação da pena, quer a preventivo-geral, quer a preventivo-especial, depende, em larga medida, da celeridade na realização da justiça. Assim, em geral, não encontramos nenhum obstáculo, quer constitucional, quer de política criminal, à opção do legislador de explorar novas fórmulas de extensão da aplicação do processo sumário.
5. Contudo, a referida extensão deve assegurar sempre as exigências da descoberta da verdade material e as garantias de defesa dos arguidos. O que, neste caso, em nossa opinião, não é certo que aconteça.
6. A Proposta de Lei n.º 77/XII consagra outras alterações ao regime do processo sumário, nomeadamente a propósito do regime de libertação do arguido até à realização da diligência processual relevante, do regime do arquivamento em caso de dispensa da pena e suspensão provisória do processo, da oportunidade processual para o requerimento de prazo para preparação de defesa, apresentado pelo arguido, e da produção de prova pericial.

b) *Apreciação crítica e sugestões de aperfeiçoamento*

7. A opção pela extensão do processo sumário a todas as formas de criminalidade (com as exceções previstas no artigo 381.º, n.º 2, da Proposta de Lei n.º 77/XII) constitui uma alteração profunda no paradigma desta figura.
8. As anteriores alterações do regime legal do processo sumário (brevemente *supra* mencionadas) constituíram alargamentos desta figura, mas respeitando sempre o respetivo paradigma. Ou seja, até à presente data, o processo sumário constituiu sempre um mecanismo de repressão e prevenção da pequena e média criminalidade.



9. Com a alteração que agora se propõe, o processo sumário passa a constituir um mecanismo de repressão e prevenção de todo o tipo de criminalidade, incluindo a criminalidade grave (com as exceções previstas no artigo 381.º, n.º 2, da Proposta de Lei n.º 77/XII).
10. Em si mesma, tal alteração de paradigma não se revela ilegítima, pois cabe no poder de conformação do legislador. Contudo, já nos parece criticável que tal alteração de paradigma tenha sido acompanhada de um conjunto de circunstâncias que podem colocar em crise o princípio da descoberta da verdade material e as garantias de defesa do arguido.
11. Em primeiro lugar, analisemos o problema da competência dos tribunais singulares para o processo sumário.
12. De acordo com o artigo 14.º, n.º 2, alíneas a) e b), e artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Proposta, o processo sumário continua a ser sempre julgado por um tribunal singular, mesmo quando tenha por objeto um crime punível com pena superior a cinco anos de prisão.
13. Tal circunstância é justificada, na Exposição de Motivos, da seguinte forma: “a circunstância de a detenção em flagrante delito ser, na generalidade, acompanhada da existência de provas que dispensam a investigação e possibilitam uma decisão imediata justifica que, nesses casos, se privilegie a intervenção do tribunal singular para o julgamento em processo sumário, independentemente da pena abstratamente aplicável ao crime ou crimes em causa”.
14. Eventualmente, tal afirmação poderá corresponder à realidade nos casos de pequena e média criminalidade. Contudo, a nosso ver, está longe de se encontrar demonstrada nos casos de criminalidade grave. Nesses casos, não obstante a existência do flagrante delito, frequentemente não é possível uma “decisão imediata” (utilizando a terminologia da Exposição de Motivos), antes sendo exigida uma valoração especialmente atenta e ponderada da prova recolhida, tendo em atenção, nomeadamente, os motivos e representações do agente, as eventuais causas justificativas do facto, as eventuais relações de comparticipação e as eventuais perturbações do agente no momento da prática do facto. Assim, não é possível afirmar que, em termos de apreciação e valoração da prova e formação da livre convicção do juiz, os casos de criminalidade grave, na situação em que exista flagrante delito, apresentem a simplicidade de análise que parece ser sugerida na Exposição de Motivos da Proposta.



15. Sendo assim, não nos parece adequado que os casos de criminalidade grave, existindo flagrante delito, passem a ser julgados, por princípio, por um tribunal singular pois, nesses casos, entendemos que a regra da colegialidade tem evidentes benefícios em termos de correta análise e ponderação da prova produzida.
16. Como é óbvio, o facto de, nesses casos de criminalidade grave, as penas de prisão serem especialmente elevadas, podendo não admitir sequer, no caso concreto, a respetiva suspensão da execução, reforça a ideia de que a ponderação colegial da prova produzida em audiência de julgamento traduz o melhor instrumento para garantir, a um só tempo, a realização da justiça e os direitos fundamentais do arguido.
17. O atual artigo 16.º, n.º 2, alínea a), do CPP, em nada prejudica o que se disse anteriormente, na medida em que, embora admita o julgamento em tribunal singular por crime punível com pena superior a cinco anos de prisão, apenas o faz em casos marginais.
18. Note-se a este propósito que o processo sumário, de acordo com a Proposta, continua a poder ser aplicado nos casos em que a detenção em flagrante delito não foi realizada por uma autoridade judiciária ou entidade policial, tendo sido antes realizada “por outra pessoa”. Tal circunstância suscita dificuldades de apreciação e valoração da prova em qualquer processo sumário, mesmo naqueles que tenham por objeto um crime punível com pena de prisão inferior a cinco anos. Contudo, em casos de criminalidade grave, tais dificuldades assumem especial intensidade, o que, mais uma vez, aconselharia à manutenção da regra da colegialidade.
19. Ainda a propósito da atribuição indiferenciada de competência aos tribunais singulares, no quadro dos processos sumários, é necessário acrescentar mais duas notas:
20. Por um lado, o artigo 390.º, n.º 2, do CPP, que a Proposta mantém inalterado, em conjugação com as regras de distribuição de competência entre tribunal singular e tribunal coletivo, pode constituir um incentivo à utilização de expedientes dilatórios por parte do arguido (sendo certo que a Proposta, em muitos pontos, elege o combate a esses expedientes dilatórios como objetivo principal). No regime atual, e no quadro de um processo sumário, se o tribunal remeter os autos ao Ministério Público para tramitação sob outra forma processual e este decidir acusar em processo comum, é possível que o tribunal competente para conhecer do processo reenviado seja o tribunal a quem foram inicialmente distribuídos os autos na forma



sumária. Contudo, no modelo agora proposto, em casos de criminalidade grave, verificando-se uma situação em que o tribunal remete os autos ao Ministério Público para tramitação sob outra forma processual e este decide acusar em processo comum, em princípio, e salvo a utilização do artigo 16.º, n.º 3, do CPP, terá de ser suscitada a intervenção de um tribunal coletivo. Ou seja, em caso de reenvio, o arguido não só poderá ser julgado num tribunal que lhe oferece mais garantias (tribunal coletivo), como ainda ganhará mais tempo para preparar a sua defesa, pela necessidade de distribuição do processo a um novo tribunal. Nessa medida, considera-se que pode haver uma inflação das diligências probatórias a serem requeridas pelos arguidos, no sentido de conseguir o esgotamento do prazo de quatro meses a partir da data da detenção (cfr. artigo 387.º, n.º 10, em conjugação com artigo 390, n.º 1, alínea c), da Proposta). Considera-se também que, estando em causa crimes puníveis com penas de prisão superiores a cinco anos (que são portanto especialmente elevadas e que, no caso concreto, podem nem sequer admitir a suspensão da sua execução), o tribunal singular terá muita dificuldade em indeferir esses requerimentos de prova, apenas para conseguir ter a produção de prova concluída dentro daqueles quatro meses.

21. Por outro lado, se é verdade que o processo sumário tem sido associado, de forma natural, ao tribunal singular, também é verdade que, em rigor, nada exige que assim seja. Em particular, o atual artigo 386.º do CPP determina que “o julgamento em processo sumário regula-se pelas disposições deste Código relativas ao julgamento por tribunal singular”. Contudo, em nossa opinião, tal solução traduz uma mera opção do legislador.
22. Sendo assim, sugere-se que a alteração em discussão consagre, no mínimo, que, em relação a crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a cinco anos, o processo sumário seja da competência do tribunal coletivo.
23. Para além da questão da determinação do tribunal competente, o regime do processo sumário agora proposto apresenta vários pontos que parecem não se conciliar, de forma elegante, com as garantias processuais do arguido.
24. Por um lado, diz-se no artigo 382.º, n.º 1, que o Ministério Público assegura ao arguido a nomeação de defensor oficioso. Contudo, no artigo 64.º do CPP, a este propósito, apenas se determina que é obrigatória a assistência do defensor “nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária”. Ora, lendo atentamente o artigo 382, n.º 2, da Proposta, verifica-se não



só que o arguido tem de decidir se exerce o direito ao prazo para preparação da sua defesa, antes de o Ministério Público o interrogar, como também que o Ministério Público, caso o arguido decida não exercer aquele direito, apenas o interroga se entender conveniente. Fica assim a dúvida, face ao teor do referido artigo 64.º do CPP, sobre a eventual obrigatoriedade de o Ministério Público nomear defensor ao arguido logo no momento em que este tem de decidir se pretende exercer o direito ao prazo para a preparação da sua defesa.

25. Ora, considera-se que a decisão sobre o exercício daquele direito já constitui, ela mesma, um momento essencial da própria defesa do arguido. Nessa medida, nesse momento, o arguido já deve estar representado por defensor, devendo o artigo 64.º do CPP estabelecer a obrigatoriedade da assistência, a partir do momento em que o detido em flagrante delito é apresentado ao Ministério Público.

26. O artigo 382.º, n.º 6, do CPP determina que o julgamento será realizado na ausência do arguido, caso este não compareça. Trata-se de uma consequência desproporcionada (atendendo, entre o mais, à possibilidade de aplicação de uma pena de prisão superior a cinco anos), no caso em que o arguido tenha justificação atendível para a falta. Deverá assim ser aqui consagrado um regime idêntico, com as necessárias adaptações, ao que consta do artigo 333.º, n.º 1, do CPP.

27. O artigo 383.º da Proposta limita a sete o número de testemunhas que o arguido pode apresentar em processo sumário. Parece-nos que tal limitação é desproporcionada, no caso de o crime em causa ser punível com pena superior a cinco anos de prisão. É certo que, para ser eficaz, a disciplina do processo sumário tem de estabelecer um prazo limite para a conclusão da produção de prova em audiência de julgamento, e que esse prazo deve ser o mais curto possível (o artigo 387.º, n.º 10, estabelece um prazo máximo de 120 dias). Nessa medida, admite-se que se deva estabelecer um qualquer limite ao número de testemunhas a inquirir em julgamento, de forma a permitir o cumprimento daqueles prazos. Contudo, é a todos os títulos incompreensível como, por exemplo, num julgamento por homicídio qualificado, se poderia impedir o arguido de apresentar mais do que sete testemunhas. Tal limite deveria, necessariamente, de ser substancialmente aumentado.

c) Alternativa



28. Caso se entenda que as sugestões apresentadas não são adequadas, então sugere-se que o regime atual se mantenha inalterado, na medida em que os benefícios que poderiam resultar da alteração em causa não compensam as distorções que seriam introduzidas no sistema. Aliás, está ainda por demonstrar que, nos casos em que há flagrante delito, e que o crime é punível com pena de prisão cujo limite é superior a cinco anos, a submissão de tais casos a processo comum, a correr junto de um tribunal coletivo, introduza qualquer elemento de atraso intolerável. Não são esses os casos que, por regra, se prolongam indefinidamente em inquérito e julgamento. Ao invés, os processos que se prolongam para além do razoável, quer em inquérito, quer em julgamento (e que portanto introduzem elementos de perturbação na confiança dos cidadãos na Justiça), são aqueles em que, de acordo com a experiência comum, não é frequente ocorrer flagrante delito, e que estão relacionados ou com criminalidade económico-financeira, ou com criminalidade que envolve a participação de um número elevado de arguidos.

7. Recurso

a) Sentido

1. Entre outras alterações, a Proposta de Lei n.º 77/XII vem determinar a irrecorribilidade de “acórdãos proferidos em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos” (artigo 400.º, n.º 1, alínea e)).
2. Tal proposta encontra, na alínea d) do artigo 400.º, n.º 1, uma proposta simetricamente inversa, estabelecendo-se a irrecorribilidade de “acórdãos absolutórios proferidos em recurso pelas relações, exceto no caso de decisão condenatória em 1.ª instância em pena de prisão superior a 5 anos”.
3. Quer isto significar que, de acordo com a Proposta, não devem chegar ao Supremo Tribunal de Justiça casos em que a pena aplicada (pela 1.ª instância ou pelas Relações) não seja superior a cinco anos de prisão.
4. Por via de regra, consideramos adequado o princípio segundo o qual devem ficar reservados para o Supremo Tribunal de Justiça os casos de maior gravidade, sendo certo que as alterações propostas (e acima referidas), aparentemente, enquadram-se dentro desta lógica.



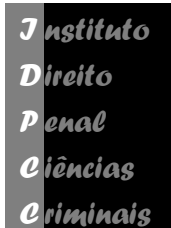
5. Ou seja, o legislador entende que, nos casos em que a 1.º instância ou a Relação nunca aplicaram uma pena de prisão superior a cinco anos, não existe uma gravidade suficiente que justifique a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça.
6. De acordo com o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 546/2011, em matéria de recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, “o sistema parece assentar em dois grandes critérios que orientaram as escolhas do legislador. Por um lado, terá o legislador entendido que o recurso para o Supremo (de decisões tomadas, também em recurso, pelas relações) deveria ser reservado aos casos de maior merecimento penal [...] Por outro lado, entendeu ainda o legislador que o recurso para o Supremo não deveria ser admitido sempre que sobre o caso tivessem já recaído dois juízos, proferidos pelas instâncias, de teor conforme”.

b) *Apreciação crítica e sugestões de aperfeiçoamento*

7. Quanto à solução constante do artigo 400, n.º 1, alínea *d*), da Proposta, nada temos a opor.
8. Contudo, no que diz respeito à proposta constante da respetiva alínea *e*), parece-nos que a mesma não se justifica, na medida em que não assegura a respetiva compatibilidade com os “*dois grandes critérios*” que enquadram as opções do legislador em matéria de recursos.
9. Por um lado, não está assegurada a situação de dupla conforme. Com efeito, pode suceder que o arguido tenha sido absolvido perante a 1.ª instância e, na sequência de recurso do Ministério Público, venha a ser condenado, pela Relação, em pena de prisão até cinco anos. Nessa circunstância, não existe dupla conforme e, ainda assim, por força daquela alínea *e*), o arguido fica impedido de recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça.
10. Por outro lado, não está em causa uma situação de “menor gravidade” ou “menor merecimento penal”. A nosso ver, é certo que a determinação da gravidade ou merecimento do caso, como critério para a seleção dos recursos elegíveis para o STJ, deve basear-se, em primeira linha, na pena aplicável. O *quantum* da pena é o principal índice de gravidade ou merecimento do caso. Mas a questão da gravidade ou merecimento do caso não se deve esgotar na medida (legal ou concreta) da pena, podendo tomar em consideração outros vetores.



- 11.No que diz respeito à alínea e) agora proposta, a medida da pena em causa não é especialmente grave, mas também não é desproporcionada, sendo certo que, no limite, poderemos estar a falar de uma pena efetiva de 5 anos de prisão.
- 12.Contudo, existe outro elemento que garante o merecimento do caso, revelando a sua gravidade, e que consiste no facto de estar em causa um arguido que, em 1.ª instância, tendo – potencialmente! – entrado em contacto direto com o Tribunal, tendo aí prestado declarações e tendo aí acompanhado toda a produção de prova – potencialmente! – veio a ser absolvido. E que depois vem a receber a notícia da respetiva condenação, em pena que pode ir até cinco anos de prisão efetiva, num recurso que não assegura o mesmo grau de imediação.
- 13.Ora, nessas circunstâncias, em nossa opinião, a aplicação daquela pena (que não sendo especialmente elevada, também não é desproporcionada) apenas poderia ser legitimada, caso se concedesse a oportunidade ao arguido de recorrer a uma terceira instância, o STJ. Caso contrário, do ponto de vista do destinatário concreto, mas também da comunidade em geral, aquela sempre seria uma aplicação de pena com um *deficit* de legitimação, considerando, exatamente, a dissintonia entre as duas instâncias intervenientes, o facto de a instância que absolveu ter sido aquela que teve contacto direto e imediato com o arguido e o facto de a pena aplicada ter uma gravidade significativa (embora não especialmente elevada).
- 14.Uma nota final: a alínea e) agora analisada – potencialmente! – pode gerar uma situação em que o arguido que, a final, vem a ser condenado numa pena efetiva de 5 anos de prisão, nunca teve direito a interpor recurso. Não teve direito a interpor recurso da 1.ª instância para a relação porque, por exemplo, naquela foi absolvido, não tendo legitimidade processual para o efeito. E não tem direito a interpor recurso da relação para o STJ, exatamente, por conta da referida alínea e).
- 15.Pode-se dizer que situação idêntica ocorre com o atual artigo 400.º, n.º 1, alínea e). É verdade. Mas nesse caso trata-se da aplicação de uma pena não privativa da liberdade e não de uma pena que pode atingir os cinco anos de prisão.
- 16.Nessa medida, sugere-se que a alínea e) agora proposta consagre, pelo menos, que a irrecorribilidade só se verifica quando a 1.ª instância também tiver proferido acórdão condenatório.



**Pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC)
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)**

Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Mestre João Gouveia de Caires

Mestre João Matos Viana

Mestre Vânia Costa Ramos