

O MODELO DE PROCESSO PENAL ENTRE O INQUISITÓRIO E O ACUSATÓRIO: REPENSAR A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA COMPROVAÇÃO DA DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO

Colóquio

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Supremo Tribunal de Justiça

3-06-2009

1. Introdução

A questão do controlo judicial dos despachos de abstenção de acusação do Ministério Público, foi objecto de aceso debate, entre nós, no período que poderá situar-se, grosso modo, entre 1976 e a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987.

O estudo de Rodrigues Maximiano “A Constituição e o Processo Penal – Competência e Estatuto do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Juiz Julgador – A Decisão sobre o Destino dos Autos e os Artigos 346º e 351º do Código de Processo Penal” [de 1929], contem uma excelente resenha dos mais significativos problemas que então foram levantados, da “anarquia” que alguns dos diplomas originaram nos tribunais, “tornando impraticável a função judicial¹, bem como das sucessivas soluções encontradas.

Como aí se demonstra, a afirmação de que “*se o exercício da acção penal é fiscalizado, nada justifica que o seu não exercício o não seja*” traduz uma incorrecta perspectivação do problema e é destituída de qualquer fundamento².

Com a entrada em vigor do C. P. Penal de 1987, dissiparam-se as dúvidas que anteriormente haviam sido suscitadas, certo que entre as inovações que imprimiram carácter a todo o diploma se situa a rigorosa “delimitação de funções entre o

¹ Cf. RMP, Ano 2, Vol. 5, p. 119-138, e vol. 6, p. 91-130, e, sobre o mesmo tema, a importantíssima obra de Rui Pinheiro e Artur Maurício, “A Constituição e o Processo Penal”, Difel, 1976, p. 73-79.

² Cf. RMP, citada, vol. 6, p. 120 e ss.

ministério público, o juiz de instrução e o do julgamento no decurso de todo o processo penal”³.

Idêntica evolução houve a nível Europeu, na senda inovadora do Código de Processo Penal Português de 1987, tendo-se clarificado o autêntico sentido da asserção “*quem investiga não julga*”, que é a de que “o estatuto de imparcialidade do juiz obriga à repartição de competências entre o juiz e o ministério público e não entre o juiz do julgamento e o juiz de instrução”⁴ (Sublinhei).

Neste contexto, a reposição do tema da intervenção judicial na comprovação dos despachos de arquivamento do inquérito, se entendida no sentido do controlo judicial oficioso de tais arquivamentos, soa, numa primeira abordagem, como um **regresso ao passado**, ou seja, aos tempos em que, à sombra da velha tradição inquisitória e autoritária, se defendia a figura do juiz paternalista que assim intervinha correctivamente⁵.

Tal não significa, de modo algum, que se mostre descabido repensar esse tema, na medida em que repensar o passado é sempre essencial para preparar o futuro, dando-se assim um contributo relevante para que possam ser introduzidos, se eventualmente for o caso, os ajustamentos que se mostrem necessários, em face da ponderação dos concretos resultados alcançados.

Para correcto enquadramento do tema, far-se-á, antes de mais, uma breve abordagem do modelo do processo penal inquisitório e acusatório.

2. Processo penal: os modelos inquisitório e acusatório

O modelo do **processo inquisitório**, que vigorou na generalidade das legislações europeias continentais dos séculos XVII e XVIII, tem subjacente o princípio de que a repressão criminal era de indispensável interesse público e competia em exclusivo ao Estado⁶.

³ Cf. Figueiredo Dias, “O Novo Código de Processo Penal”, BMJ, 369 (1987), p. 14

⁴ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 943-944 e as obras para que a mesma Autora aí remete: Mireille Delmas-Marthy, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, RPCC, Ano 9, 1999, p. 231, e Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1988-1989, p. 100-101

⁵ Cf. Rodrigues Maximiano, “Acusação manifestamente infundada. Poderes do juiz de julgamento”, RMP, Ano 13º, Jul-Set.1992, nº 51, p. 105

⁶ Cf. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra 1968, p. 23, e Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1º Vol., Coimbra Editora, 1981, p. 61.

No processo inquisitório, competia simultaneamente ao juiz inquirir, acusar e julgar, pertencendo-lhe o domínio discricionário do processo, o que tinha como consequência a perda de imparcialidade do juiz e, por outro lado, degradava o arguido a mera objecto de investigação, com a mais limitada possibilidade de defesa⁷.

O **modelo acusatório** caracteriza-se, por sua vez, pela separação entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga.

Quem investiga e acusa não julga.

Quem julga não investiga, nem tem intervenção na acusação.

O processo acusatório tinha, nas suas origens, uma estrutura próxima da do processo civil, no qual não havia necessidade de procedimento criminal público, valendo aí os princípios do dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da auto-responsabilidade probatória das partes e da presunção de inocência.

O modelo inquisitório e acusatório não vigoram actualmente, em estado puro, em nenhum dos países da Europa Ocidental, sendo impossível classificar um processo como totalmente acusatório ou totalmente inquisitório⁸.

Significativo é, a este propósito, a evolução havida no **Reino Unido**, onde a polícia se substituiu à acusação puramente privada, tendo essa evolução culminado com a criação do *Crown Prosecution Service*, cujos funcionários agem em nome da Coroa, constituindo, assim, uma espécie de Ministério Público e aproximando o sistema da tradição inquisitória⁹.

Como assinala Delmas-Marthy, a evolução fez-se dos dois lados da Mancha, tendo-se o Continente aproximado da tradição acusatória, pelo abandono progressivo do juiz de instrução e pela independência acrescida do Ministério Público em relação ao executivo¹⁰.

⁷ Cf. Figueiredo Dias e Castanheira Neves, ob. citadas na nota anterior, pp. 62 e 24, respectivamente.

⁸ Cf. Mireille Delmas-Marthy, “Procédures Pénales d’Europe”, Paris, PUF, 1995, publicado em inglês, com o título “European Criminal Procedures”, Cambridge University Press, 2002, disponível (em síntese) na internet: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002073784.pdf>

⁹ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal, ou a matriz de um processo penal europeu, in “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 716; os dados sobre o Crown Prosecution Service, em: <http://www.cps.gov.uk/about/history.html>; e “The inquisitorial system of criminal justice” – debate da proposta de introdução, em Inglaterra, do sistema inquisitorial: <http://www.academon.com/lib/paper/8456.html>

¹⁰ Cf. “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, RPCC, ano 9, Abril-Junho 1999, p. 232.

Os próprios **Estados Unidos da América** também não ficaram fora desse jogo de influências mútuas dos dois modelos, podendo hoje afirmar-se que a clivagem entre processo acusatório e acusatório traduz uma “velha querela”¹¹.

Na esclarecedora e elegante síntese de Cunha Rodrigues: na Europa, invoca-se o “processo à americana” para exorcizar os problemas que os sistemas criminais europeus enfrentam” e, na América, a fuga para o mito leva “frequentemente à exaltação do modelo inquisitório da Europa para reequilíbrio dos excessos produzidos pelo “adversarial system”¹².

Esse movimento verifica-se mesmo no âmbito do processo civil, visando-se temperar, os “adversarial excesses” do mundo anglo-americano¹³.

3. A estrutura do processo penal português – evolução havida

3.1. C. P. Penal de 1929

O C. P. Penal de 1929, teve como um dos princípios orientadores o reforço do papel do juiz, ao qual competia não só julgar, mas também realizar a investigação que fundamentava a acusação, o que representava, como se refere no Relatório do Dec-Lei nº 35.007, de 13-10-1945, “um regresso ao tipo de processo inquisitório”, pondo em causa a imparcialidade do julgador e reduzindo a actividade do Ministério Público à de um simples formalismo¹⁴.

Esse abandono da estrutura acusatória do processo penal, em favor da estrutura inquisitória, foi historicamente movido pelo desejo de não entregar os arguidos nas mãos de uma magistratura dependente como a do Ministério Público¹⁵.

Concluída a instrução (“corpo de delito”), competia ao Ministério Público deduzir a acusação, mantendo-se, assim, formalmente, a concepção acusatória.

¹¹ Cf. Anabela Rodrigues, trabalho citado na nota 9, p. 715.

¹² Cf. “A Justiça dos dois lados do Atlântico - II. O processo penal em Portugal e nos Estados Unidos. Dois sistemas jurídicos em busca da justiça”, Fundação Luso Americana, Outubro 1998, p. 16

¹³ Cf. “Our inquisitorial tradition: equity procedure, du process, and the search of an alternative to adversarial”, Amália D. Klessner, Cornell Law Review, 2005, vol. 90:1161-1275:
<http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Kessler-Vol-90-5-1181.pdf>

¹⁴ Cf. “Processo Criminal”, segundo as preleções de Eduardo Correia, Coimbra, 1956, p. 67-68.

¹⁵ Cf. Figueiredo Dias, “A Nova Constituição e O Processo Penal”, Lisboa, 1976, p. 10 e s., e Anabela Miranda Rodrigues, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal, CEJ, Almedina, 1991, p. 67

O Dec-Lei nº 35.0007, de 13-10-1945, retirando as consequências da experiência vivida, restaurou o princípio da acusação, levando em conta que “se o juiz exercer plenamente a sua função policial e de acusação pública, não manterá facilmente a serena imparcialidade do julgador. E, se, ao contrário, “desprezar as funções de investigação e acusação que forçosamente lhe foram atribuídas, para se ater exclusivamente às funções jurisdicionais, tornar-se-á frágil...a garantia da ordem jurídica” – cf. o respectivo preâmbulo.

De realçar, por outro lado, as referências feitas ao **Ministério Público**, no preâmbulo acabado de citar, o qual, enquanto “órgão adrede criado para subtrair a acusação pública ao poder judicial, depois de lançadas as bases da sua autonomia, foi reduzido através de sucessivas limitações da sua actuação, a pura expressão formal na orgânica dos tribunais. O caso é de tal maneira que só é compreensível ou a supressão do Ministério Público, já que na sua feição actual quase não tem atribuições de carácter substancial, ou a restauração da plenitude das funções que determinaram a sua criação”, optando-se por esta última alternativa, “de acordo com os ensinamentos da doutrina e exemplo alheio”.

Como é por demais conhecido, o problema sério que se levantava era a dependência do Ministério Público do executivo, o qual detinha, em última instância, a faculdade de amnistiar certas infracções¹⁶.

Confrontada com esses problemas, a nossa jurisprudência consagrou um controlo indirecto do princípio da legalidade, admitindo a acusação dos assistentes em caso de abstenção do Ministério Público¹⁷.

Mau grado a evolução havida em 1972, com a criação dos juízes de instrução (Lei nº 2/72, de 10-05 e Dec-Lei n.º 343/72, de 30-08), em Lisboa, Porto e Coimbra, aos quais competiam o exercício de funções jurisdicionais, durante a instrução preparatória e contraditória, continuou-se muito aquém do que seria exigido para que se pudesse falar numa estrutura verdadeiramente acusatória do processo¹⁸.

3.2. As profundas alterações introduzidas após o 25 de Abril de 1974.

O Código de Processo Penal de 1987

¹⁶ Cf. Luís Osório, citado por Figueiredo Dias, em “Direito Processual Penal”, 1º Vol., Coimbra Editora, 1981, p. 135 (45).

¹⁷ Cf. Figueiredo Dias, ob. citada na nota anterior, p. 135.

¹⁸ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, citado, p. 67-68.

3.2.1. Após o 25 de Abril de 1974, foram profundas as transformações ocorridas no âmbito do processo penal, tendo em vista a dignificação do mesmo, em todas as suas fases – cf., designadamente, a Lei Constitucional nº 3/74, de 14-05, e o preâmbulo do Dec-Lei nº 605/75, de 3-11, o qual criou o inquérito policial, com dispensa de instrução preparatória, nos crimes menos graves.

A Constituição da República Português de 1976 consagrou, no seu artigo 32º nº 5, a estrutura acusatória do processo penal, cabendo o exercício da acção penal ao Ministério Público – artigo 224-º nº 1, na redacção originária (actual artigo 219º nº 1).

A interpretação da norma do nº 4 do artigo 32º da Constituição, que dispunha que “toda a instrução será da competência de um juiz”, gerou acesa controvérsia e criou sérias dificuldades, tendo pecado por excesso ao cometer ao juiz de instrução todos os actos de execução de instrução, concepção que dava “o flanco à critica velha (1937), mas verdadeira, de que a função do juiz é dar decisões e de modo nenhum fazer o trabalho de polícia e dos órgãos encarregados de investigação”¹⁹.

Após a entrada em vigor da Constituição, foi publicada uma série de diplomas legais visando adequar o direito ordinário ao direito constitucional e ultrapassar as dificuldades surgidas.

Para além da proliferação legislativa, que se registou, há a assinalar a grande indefinição de tarefas que se viveu nesse período, com o juiz da comarca a funcionar como “supervisor de uma instrução conduzida pelo Ministério Público”²⁰.

Entre esses diplomas citam-se o Dec-Lei nº 321/76, de 4-05 (que atribui a direcção da instrução preparatória aos juízes de instrução criminal), o Dec-Lei nº 618/76, de 27-06 (atribui funções de juiz de instrução ao juiz da comarca limítrofe à competente), e o Dec-Lei nº 354/77, de 30-08 (que inverteu o sistema de intervenção consagrado no Dec-Lei nº 618/76).

Sintomático da confusão, que então se viveu, é o Despacho Ministerial de 14-10-1976, o qual previa a intervenção dos substitutos do juiz da comarca (em regra, os Conservadores) como juízes de instrução.

¹⁹ Cf. Figueiredo Dias, “A Nova Constituição e o Processo Penal”, Ano 36, 1976, p. 11, e Anabela Miranda Rodrigues, ob. citada na nota 18, p. 68.

²⁰ Cf. Borges de Pinho, citado por Rodrigues Maximiano, RMP, ano 2, vol. 6, p. 103.

Como refere Cunha Rodrigues, os Juízes de Instrução Criminal nunca chegaram a funcionar regularmente. A pouca apetência da magistratura por esses lugares, a insuficiência de quadros, a dificuldade de identificação dos magistrados judiciais com um cargo que correspondia a funções anteriormente desempenhada pelo Ministério Público, e em relação às quais a natureza vestibular da magistratura do Ministério Público criara determinadas conotações, fizera com que o juiz de instrução criminal só excepcionalmente assumisse as funções de juiz investigador²¹. O bloqueamento do sistema de juízes de instrução, então vigente, imputável ao próprio sistema²², e “a manta de retalhos” em que o processo penal, no seu todo, entretanto se tornara, só acabaram por ser desbloqueados com a publicação do C. P. Penal de 1987, diploma exemplar e que é uma referência incontornável, a nível europeu e internacional.

3.2.2. O Código de Processo Penal de 1987

Em conformidade com quanto havia sido determinado pela Lei nº 43/86, de 26-09 (Autorização legislativa), o Código de Processo Penal de 1987 consagrou um processo de **estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação**.

De entre as inovações introduzidas, realça-se a rigorosa delimitação de funções entre o Ministério Público, o Juiz de instrução e o Juiz do julgamento, no decurso de todo o processo.

Em obediência à estrutura acusatória do processo penal, o C.P. Penal encontra para cada uma daquelas fases – inquérito, instrução e julgamento – um distinto e diverso órgão com competência para lhe presidir.

O inquérito, realizado sob a titularidade e a direcção do Ministério Público, passou a ser a fase geral e normal de preparar a decisão de acusação ou não acusação.

A instrução, dirigida pelo JIC, apenas tem lugar quando requerida pelo arguido, que pretenda invalidar a decisão de acusação, ou pelo assistente, que pretenda contrariar a decisão de não acusação.

E, a haver acusação ou pronúncia, o julgamento presidido por um juiz

²¹ Cf. “Direito Processual Penal – Tendências de Reforma na Europa Continental – O Caso Português”, in “Lugares do Direito”, Coimbra Editora, 1999, p. 441

²² Cf. Anabela Rodrigues, “O Inquérito no novo Código de Processo Penal”, citado, p. 64

Esse modelo não deriva de uma lógica de separação de poderes corporativos, mas da opção de, em conformidade com os parâmetros constitucionais, se adoptar uma lógica de funções consonante com os valores em jogo, em que “o papel central” não pertence nem ao Ministério Público nem aos órgãos judiciais, mas apenas pode ser atribuído ao arguido²³.

Um dos princípios estruturantes da constituição penal é o **princípio acusatório**, nos termos do qual só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por parte de um órgão distinto do julgador, sendo essa acusação condição e limite do julgamento e garantia essencial de um julgamento independente e imparcial.

Por sua vez, a “densificação” semântica da **estrutura acusatória** faz-se através da articulação entre uma dimensão material (fases do processo) com uma dimensão orgânica subjectiva (entidades competentes), o que significa a diferenciação entre juiz de instrução e juiz julgador e entre ambos e órgão acusador²⁴.

Como sublinha Faria Costa, citando Figueiredo Dias, a estrutura acusatória que a Constituição previu para o processo penal não se esgota na simples “*diferenciação material entre o órgão que instrui o processo e dá a acusação*”. Vai mais além e torna pertinente o “*reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso*”²⁵.

O nosso Código de Processo Penal constitui um dos paradigmas do denominado modelo “continental europeu”, o qual se caracteriza por uma estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio subsidiário complementar (talvez melhor se possa dizer: supletivo) de investigação oficial; estrutura basicamente acusatória esta que muitos pretendem acentuar (na esteira do CPP de 1987) através de um englobante princípio da máxima acusatoriedade possível²⁶.

A alteração da redacção do nº 3 do artigo 311º do C. P. Penal, que veio precisar o conteúdo da expressão “*acusação manifestamente infundada*” e pôs termo à jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ nº 4/93, de 17-02, entretanto revogado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 279/95 (cf. Ac. TC nº 445/97), deixou

²³ Cf. Paulo Dá Mesquita, “Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 52.

²⁴ Cf. , Gomes Canotilho, Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32º, p. 522.

²⁵ Cf. José de Faria Costa, “Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal”, in a Justiça nos Dois Lados do Atlântico”, FLAD, Novembro de 1997, p. 191 e Figueiredo Dias, “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, ROA, 1976, p. 9.

²⁶ Cf. Figueiredo Dias, “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, RPCC, 18 (2008), p. 368.

claro, “espero que definitivamente”, como enfatiza Figueiredo Dias, que não é processualmente admissível uma rejeição da acusação por manifesta insuficiência de prova indiciária, “em nome de uma estrutura processual acusatória, em que a partilha de funções de investigação, de acusação e de julgamento é feita entre magistraturas distintas, em obediência ao disposto na Constituição”²⁷.

Abordando a questão dos poderes do Ministério Público e do juiz, nos processos consensuais, Germano Marques da Silva é igualmente muito claro ao referir que a estrutura acusatória exige a passividade do juiz e essa passividade (*ne procedat iudex ex officio*) tem subjacente a ideia de que não impende sobre o tribunal a directa responsabilidade de promover o melhoramento efectivo da situação de facto quanto ao respeito pelas leis e à manutenção dos valores fundamentais da ordem jurídica. É a acusação que fixa o objecto do processo processo e por essa definição se delimitam os poderes de cognição do tribunal”²⁸.

3.2.3. O Código de Processo Penal de 1987, uma referência a nível europeu e internacional

Como realça Faria Costa, o Código de Processo Penal Português de 1987 veio, a justo título, a ser considerado, logo após a sua publicação, em diversos meios universitários internacionais, como um Código de referência e exemplar²⁹.

Isto mesmo é sublinhado, com a autoridade que lhe é reconhecida, por Mireille Delmas-Marthy, segundo a qual o Código de Processo Penal Português de 1987 prefigura, nas suas grandes linhas, o processo penal europeu do futuro, tendo sabido quebrar a oposição – quase se poderia dizer, esta maldição para a Europa – ao instaurar um sistema que afirma o princípio do acusatório, mas que não é puramente acusatório e que também se distanciou da tradição inquisitória, tendo retido melhor de cada tradição: “Inscreveram o princípio acusatório na vossa Constituição, mas, ao mesmo tempo, guardaram o melhor da tradição continental, mantendo os procedimentos criminais públicos, exercidos em nome do Estado pelo Ministério Público, e regras claras e precisas que, contrariamente ao sistema inglês,

²⁷ Cf. “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, RPCC, 8(1998), p210-211.

²⁸ Cf. “Em busca de um espaço de consenso em processo penal”, in Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2002, p. 700.

²⁹ Cf. “Os Códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987”, in “Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 445.

se aplicam desde a fase preparatória e que permitem evitar que todos o inquérito seja feito em audiência”.

E, como logo a seguir acrescenta:

“Por outras palavras, pela escolha que fizeram ao adoptar um código completamente novo e muito inovador para a Europa...a utopia de um processo penal comum para a Europa tornou-se realizável³⁰.

Esse modelo de processo penal europeu deverá acolher soluções que, como tem sido defendido, passam por conceber o juiz como juiz das liberdades, e o Ministério Público como órgão dotado de independência em relação ao executivo. Nessa linha, o **Corpus Iuris**, que constitui um projecto de modelo de código de processo penal para a Europa, teve como referência o sistema do Código de Processo Penal Português de 1987, como se pode ver das soluções aí consagradas³¹.

Na sequência do reconhecimento de que passou a gozar a nível internacional, por saber conciliar, de modo exemplar, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por um lado, e a protecção dos direitos individuais e o imprescindível restabelecimento, tão célere quanto possível, da paz jurídica, por outro, o C. P. Penal de 1987 influenciou diversos diplomas, entre eles, e a título de mero exemplo, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional³².

Essa mesma importância é assinalada por Cunha Rodrigues e por Souto de Moura, referindo-se o primeiro ao Corpus Iuris como tributário das soluções estabelecidas pelo código de processo penal português e o segundo aos aplausos que testemunhou ao sistema do nosso código e ao facto de o mesmo ser visto como uma referência incontornável dos sistemas de investigação criminal³³.

4. As competências do Ministério Público e do Juiz de Instrução Criminal, no âmbito do C. P. Penal de 1987

³⁰ Cf. “A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal”, RPCC 9 (1999), p. 231-232.

³¹ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “As Relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a Matriz de um Processo Penal Europeu”, in “Que futuro para o direito processual penal?”, Coimbra Editora, 2009, p. 722-723, encontrando-se o Corpus Iuris publicado na RMP 73(1998), p. 161-184 e disponível em <http://www2.law.uu.nl/wiarda/corpus/art-frans.pdf>

³² Cf. João Conde Correia, “Inquérito: a manutenção do paradigma ou a reforma encoberta”, RPCC, 18 (2008), p. 190(1)

³³ Cf. Cunha Rodrigues, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, in Que futuro para o direito processual penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2009, p. 163, e José Adriano Souto de Moura, “O Inquérito e as Relações MP/PJ”, Actas do 1º Congresso de Investigação Criminal, 16-17Mar2006, ASFIC, 2008, p. 142

4.1. O Ministério Público e as suas competências no inquérito

O Ministério Público é um órgão autónomo de administração da justiça, dotado de estatuto próprio e de autonomia, ao qual está constitucionalmente cometida, entre outras, a competência para o exercício da acção penal – cf. artigo 219º n.ºs 1 e 2 da Constituição da República.

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 na lei – artigo 2º n.º 2 do Estatuto do Ministério Público (Lei 47/86, de 15-10, com a redacção da Lei n.º 60/98, de 27-08).

A autonomia do Ministério Público, constitucionalmente consagrada, reporta-se aos demais órgãos do poder central, regional e local (artigo 2º n.º 1 do EMP), e implica: a não ingerência do poder político, maxime do Ministro da Justiça, no exercício das suas atribuições, em especial no exercício da acção penal; a sua concepção e estruturação como magistratura própria, orientada por um princípio de paralelismo e estatuto idêntico ao da magistratura judicial; a adopção de um governo próprio³⁴.

A autonomia do Ministério Público vale também como “garantia da própria independência dos tribunais, que são instâncias passivas (*ne procedata iudex ex officio*)”³⁵. Sendo a imparcialidade e a passividade características do processo jurisdicional, o poder judicial carece, para o ser, de um órgão que lhe assegure a iniciativa. Esse órgão é o Ministério Público que, dotado de autonomia constitucional, contribui para que os tribunais cumpram, com independência, as funções que lhe estão cometidas³⁶.

A autonomia do Ministério Público e o reforço da sua independência em relação ao executivo, o que implica a aproximação a um processo mais acusatório, são hoje

³⁴ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso Português”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001, p. 952, Cunha Rodrigues, “Ministério Público: Estatuto”, Coimbra Editora, 1999, p. 102.

³⁵ Cf. Ribeiro Mendes, citado em “O Novo Mapa Judiciário perante o Estatuto Constitucional do Ministério Público”, Rui Medeiros e J. Lobo Moutinho, SMMP, 2009, p. 27.

³⁶ Cf. Rui Medeiros e Lobo Moutinho, trabalho citado na nota anterior, p. 27, e Dá Mesquita, “Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária”, p. 45 e, António Cluny, “O Ministério Público, o Estado de Direito e a nova criminalidade organizada”, RMP, 72 (1997), p. 43.

uma tendência a nível europeu³⁷, sendo, também aqui, exemplar a evolução havida em Portugal.

Tal evolução encontra-se, aliás, na linha da **Recomendação Rec (2000) 19 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa** sobre a função do Ministério Público no sistema de justiça penal, adoptada em 6-10-2000.

Como sublinhava Figueiredo Dias, há largos anos, “em todo o domínio do pensamento jurídico-processual penal não existe outro modelo de ministério público que sobreleve em vantagens, ou sequer iguale, o adoptado pelo processo penal português. Não há obviamente modelos perfeitos, aos quais só possam assacar-se vantagens ou insusceptíveis de aperfeiçoamentos. Mas um ministério público (típico dos modelos inquisitórios), que constitua a *longa manus* do poder político, o simples mandatário dos interesses do Executivo tal como este os avalia em cada processo penal concreto e o seu fiel executor na teia do tribunal, do qual deve então fazer parte em posição absolutamente paritária com a dos juízes – esse ministério público, peça fundamental da abominável “justiça de Gabinete”, conduz a uma pobre caricatura do processo penal democrático, representa um perigo incontornável para os direitos das pessoas (em especial o arguido, a quem torna inevitavelmente em mero objecto do processo) e, o que nem sempre se quer compreender, põe em causa o apego à descoberta da “verdade material”, a verdade processual e, em definitivo, a realização da justiça³⁸.

A autonomia do Ministério Público não se pode tornar num “poder autárquico anticonstitucional”, nem reconduzir-se a “uma forma de exílio institucional”, devendo todas as intervenções do Ministério Público obedecer a critérios de estrita legalidade e objectividade. Por outro lado, as funções do Ministério Público em toda a matéria criminal, a que ora nos reportamos, deverão ser exercidas com rigor, consistência e lealdade, do mesmo passo que a autonomia do Ministério Público “será tanto mais perfeita e mais plena quanto mais extenso e transparente for o seu dever de prestar contas à comunidade”³⁹.

À questão do controlo e ao dever de prestação de contas, voltarei mais adiante.

³⁷ Cf. Delmas-Marthy, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, RPCC, 9 (1999), p. 231, e Anabela Miranda Rodrigues, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução ou a matriz do processo penal europeu”, citado, p. 717.

³⁸ Cf. “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, RPCC, 8 (1998), p. 2005-2006

³⁹ Cf. Figueiredo Dias, “Autonomia do Ministério Público e o seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, RPCC, 17 (2007), p. 196-197 e 206.

Enquanto titular da acção penal, nos termos do nº 1 do artigo 219º da Constituição, compete ao Ministério Público dirigir o inquérito, decidir sobre o exercício da acção penal, sustentar a acusação em julgamento e promover a execução, obedecendo todas as suas intervenções a critérios de estrita objectividade – cf. artigo 53º do C. P. Penal.

No sistema do nosso Código, o inquérito constitui uma fase essencial e verdadeiramente conformadora do processo penal.

A mesma não é uma fase pré-processual ou preparatória da abertura do processo penal, mas uma fase própria do processo, normativamente regulada nos seus momentos essenciais, nos termos, actos, ritos e formas⁴⁰.

Como certeiraamente sublinha Dá Mesquita, o Código de Processo Penal de 1987 consagrou, enquanto corolário da estrutura acusatória, o inquérito como fase processual teleologicamente vinculada a uma decisão sobre o exercício da acção penal, opção que implica a responsabilização do Ministério Público por um processo que se destina a uma decisão própria e não à instrução com vista a uma decisão judicial. Ou seja, ao Código está subjacente a perspectiva de que, na acusatoriedade material, o inquérito como complexo de actos deve ter apenas a função endoprocessual de determinar a decisão do Ministério Público sobre a decisão processual⁴¹ (Sublinhei).

A direcção do inquérito foi cometida ao Ministério Público, enquanto órgão autónomo de administração da justiça, constitucionalmente incumbido do exercício da acção penal, orientado pelo princípio da legalidade, tendo o Ministério Público retomado, assim, em plenitude, a sua função tradicional, de domínio da investigação criminal, assistido pelos órgãos de polícia criminal, função essa que é a sua “função própria e mais importante” e a sua “função típica, natural”, como se assinala no Parecer nº 8/82 da Comissão Constitucional⁴².

A direcção do inquérito implica, insiste-se, a responsabilização pela condução dessa fase processual e pelos resultados obtidos, sendo fundamentalmente uma

⁴⁰ Cf. António Henriques Gaspar, “Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito”, RMP, Ano 13º, 1992, nº 49, p. 73, e “Ministério Público, hierarquia e processo penal”, IV Congresso do Ministério Público, 1994, RMP, Cadernos 6, p. 84.

⁴¹ Cf. “Algumas notas sobre garantia judiciária, investigação, o que o arguido disse e a prova do crime na reforma de 2007 do Código de Processo Penal”, Separata de “A Reforma do Sistema Penal de 2007 – Garantias e Eficácia”, Coimbra Editora, 2008, p. 35-36, e a obra do mesmo autor, “Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003, para que aí se remete (p. 36, nota 1).

⁴² Cf. os Acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 393/89, 395/94 e 116/2006.

tarefa de planificação, de eventual delegação de investigações ou diligências nos órgãos de polícia criminal e de fiscalização e controlo da actividade de tais órgão⁴³.

4.2. A instrução e as competências do juiz de instrução criminal

A instrução foi concebida, desde a versão originária do C. P. Penal de 1987, como uma fase facultativa de controlo jurisdicional da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito – artigo 286º nº 1 do C. P. Penal⁴⁴.

A mesma pode ser requerida pelo arguido, visando a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação, e pelo assistente, visando a comprovação judicial do despacho de arquivamento.

A direcção da instrução compete ao Juiz de Instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

Para além das suas competência próprias, na fase da instrução, ao Juiz de Instrução Criminal incumbe, na fase do inquérito, a prática de actos que se directamente se prendam com os direitos fundamentais das pessoas, os quais são por si praticados ou autorizados – artigo 2º nº 45 da Lei nº 43/86, de 26-09, e artigos 268º e 269º do C. P. Penal.

O JIC é, pois, entre nós um juiz das liberdades, o juiz que, na fase preparatória controla o respeito pelas liberdades. Como refere Delmas-Marthy, “julgar é cada vez menos a busca de um equilíbrio entre a eficácia da investigação e a protecção da pessoa e antes a justificação de uma liberdade individual. O que fundamenta e legitima a actuação do juiz é esta justificação...”⁴⁵ (Sublinhei).

Essa é também hoje a tendência por toda a Europa, privilegiando a maior parte dos países a solução de uma fase de investigação dirigida pelo Ministério Público, com possibilidade de controlo de um juiz – o juiz de instrução, colocado na posição de árbitro, sendo as suas funções não as de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir o controlo da legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo, quando elas afectem a liberdade das pessoas⁴⁶.

⁴³ Cf. José Souto de Moura, “Inquérito e Instrução”, citado, p. 102 e 111 e ss.

⁴⁴ Cf. Nuno Brandão, “A Nova Face da Instrução”, RPCC, 18 (2008), p. 228, bem como os Autores para que o mesmo remete (nota 1).

⁴⁵ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso Português”, citado, p. 946.

⁴⁶ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz do processo penal europeu”, citado, p. 718-719, Lourenço Martins, “Poder Judicial e

Por isso, na fórmula de Figueiredo Dias, não deve haver juiz *de* instrução, mas juiz *da* instrução⁴⁷.

Actualmente, a nível da Europa, apenas os juízes de instrução francês, belga e espanhol realizam a investigação⁴⁸, estando em curso a revisão desse regime, na França, e tudo indicando que o mesmo venha a acontecer em Espanha e na Bélgica, como abaixo se indicará.

Tal como Figueiredo Dias defende, há longos anos, a estrita ligação do juiz, de instrução como de julgamento, ao “facto” que lhe é proposto pela acusação, e sobre a conformação do qual ele não pode em princípio exercer qualquer influência, é solução constitucionalmente imposta não só, numa certa vertente, pela máxima acusatoriedade do processo penal – exigida pelo artigo 32º nº 5 da Constituição – como, noutra vertente, pela salvaguarda da função especificamente judicial de todo e qualquer juiz como *dominus* de uma fase processual.⁴⁹

Na mesma linha se pronuncia o Acórdão do Tribunal Constitucional nº **581/00**, nos termos do qual a imparcialidade do juiz só fica suficientemente assegurada se, no caso do juiz do julgamento, for outra a entidade a dirigir o processo até à acusação ou à pronúncia e a tomar as correspondentes decisões de acusar ou de pronunciar, e se, no caso do juiz de instrução, for outra entidade a dirigir o processo até à decisão de acusar ou de não acusar. Cita-se, aí, a propósito, G. Casaroli, para quem a abolição, em Itália, dos poderes de investigação (ou inquisitoriais) do juiz (ou seja, a abolição da figura do ‘Giudice Istruttore’) e a sua atribuição ao Ministério Público, durante a fase da recolha das provas, assegurou a imparcialidade daquele, assim circunscrito a funções de garantia e de controlo (Sublinhei).

À semelhança da evolução em curso, a nível europeu, quanto à abolição dos juízes de instrução, também, a **fase intermediária da instrução** virá a ser eliminada, como fase processual autónoma, de acordo com a previsão autorizada de Figueiredo Dias. Tal acontecerá como consequência, sobretudo, de o modelo preconizado pelo CPP – comprovação por um juiz de instrução da decisão do MP de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito – não ter podido até hoje ser minimamente cumprido pela praxis, antes de ter sido desvirtuado em direcção a um

Magistratura de Investigação”, BFD LXXV (1999), p. 420, e Mouraz Lopes, “A Garantia Judiciária no Processo Penal: do juiz e da instrução”, Coimbra Editora, 2000, p. 19.

⁴⁷ Cf. Figueiredo Dias, citado por Anabela Rodrigues, na obra referida na nota 45, p. 946 (17).

⁴⁸ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, ob. citada na nota 45, p. 946.

⁴⁹ Cf. “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, citado, p. 16.

simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigível, do processo penal⁵⁰.

5. O controlo dos despachos de arquivamento do Ministério Público

5.1. Concluído o inquérito, o Ministério Público procede à análise do material probatório, recolhido à *charge e à décharge*, e toma a decisão, segundo critérios de legalidade estrita e de objectividade, de deduzir acusação ou de proferir despacho de arquivamento.

A acusação deduzida, que define o objecto do processo, delimitando os poderes de cognição do tribunal, e fixa a vinculação temática⁵¹, está sujeita a comprovação judicial, podendo o arguido requerer a abertura da instrução – artigo 286º nº 1 do C. P. Penal.

Quanto aos despachos de arquivamento, os mesmos estão sujeitos a um duplo controlo: hierárquico e judicial.

O controlo hierárquico tem lugar oficiosamente ou a requerimento do assistente e do denunciante com faculdade de se constituir assistente – artigo 278º nº 1 e 2 do C. P. Penal.

O controlo judicial, ou comprovação judicial do despacho de arquivamento, tem lugar a pedido assistente, requerendo para tanto a abertura da instrução. Tal requerimento só poderá ser rejeitado por extemporâneo, por incompetência do juiz ou inadmissibilidade legal da instrução – artigos 286º nº 1 e 287º 1, b) 3 do C. P. Penal.

Ao contrário do que, por vezes, se insinua, o Ministério Público, a quem constitucionalmente incumbe representar o Estado, exercer a acção penal e promover a realização do interesse social e, de um modo geral, a defesa da legalidade democrática⁵², é objecto do mais amplo controlo.

Como recorda Cunha Rodrigues, é mesmo difícil encontrar um sistema em que o Ministério Público se encontre, directa ou indirectamente, tão sujeito a controlo na direcção e na acção. Basta recordar as funções de iniciativa ou controlo do

⁵⁰ Cf. “O processo penal português: problemas e perspectivas”, citado, p. 808.

⁵¹ Cf. António Henriques Gaspar, “As exigências da investigação no processo penal durante a fase da instrução”, citado, p. 88

⁵² Cf. Baptista Machado, “Introdução ao direito e ao discurso legitimador”, Almedina, 1983, p. 151

Presidente da República, da Assembleia da República, do Governo, dos tribunais e dos cidadãos. O Presidente da República nomeia e exonera o Procurador Geral da República, sob proposta do Governo. A Assembleia da República designa cinco elementos para o Conselho Superior do Ministério Público e o Governo dois. Os tribunais julgam o que o Ministério Público propõe e requer e apreciam todos actos relativos a direitos, liberdades e garantias. Os cidadãos podem constituir-se assistentes no processo penal, com poderes de acção e participação únicos em termos dos sistemas comparados e exercem, em geral, direitos de petição, oposição e impugnação⁵³.

Em face da actual estrutura acusatória do processo penal, ao contrário do que acontecia no anterior modelo inquisitório mitigado (CPP de 1929 e Dec-Lei nº 35.0007, de 13-10-1945), não existe, agora, qualquer controlo judicial oficioso sobre a decisão do Ministério Público de acusar ou de proferir despacho de arquivamento⁵⁴.

Para melhor se compreender a evolução havida, far-se-á uma breve síntese das soluções legais anteriores e da actual, o que propiciará a adequada análise crítica do modelo vigente.

5.2. Regime vigente – Do C. P. Penal de 1929 até à entrada em vigor do C. P. Penal de 1987

No domínio do **C. P. Penal de 1929**, encerrada a instrução preparatória [que tinha por fim averiguar a existência das infracções, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade – artigo 158º], caso o Ministério Público tivesse promovido que o processo se arquivasse ou aguardasse a produção de melhor prova, o juiz poderia determinar, em despacho fundamentado, que os autos voltassem com vista ao Ministério Público, para deduzir acusação – artigo 346º.

Após a entrada em vigor do Dec-Lei nº 35.007, de 13-10-1945, passou geralmente a entender-se que o citado artigo 346º do C. P. Penal de 1929 fora revogado pelo sistema acusatório e de fiscalização hierárquica implantado por aquele diploma,

⁵³ Cf. Intervenção na abertura do 5º Congresso do Ministério Público, in “O Ministério Público, a Democracia e a Igualdade dos Cidadãos”, Ed. Cosmos, 2000, p. 24-25 e, no mesmo sentido, Dá Mesquita, “Direcção do inquérito penal e garantia judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 68.

⁵⁴ Cf. Maia Gonçalves, anotação ao artigo 277º do actual C. P. Penal, 17ª ed., p. 661, José António Barreiros, “Sistema e Estrutura do Processo Penal Português”, II, 1997, p. 113.

passando a ser o Ministério Público a entidade unicamente competente para ordenar o arquivamento, “independentemente de decisão judicial”⁵⁵.

Essa posição veio, porém, a ser corrigida, em face da nova redacção do artigo 351º do C. P. Penal de 1929, introduzida pelo Dec-Lei nº 185/72, de 31-05, nos termos da qual, “se o juiz entender que se provam factos diversos dos apontados pelo Ministério Público, de que resulte uma alteração substancial da acusação, assim o declarará em despacho fundamentado, ordenando que o processo lhe volte com vista para poder deduzir acusação” – cf. o corpo do artigo.

Segundo alguma doutrina, o Dec-Lei nº 185/72 “pretendeu regressar pura e simplesmente ao regime do CPP em matéria de senhorio do juiz sobre a acusação ou não acusação do MP, com a conseqüente violação frontal do princípio da acusação”⁵⁶.

Diferente era, porém, a opinião de Figueiredo Dias, segundo a qual o Dec-Lei nº 185/72, não teve em vista abalar o princípio da acusação, “antes sim reforçá-lo, na medida em que a opinião do juiz em matéria de acusação, não será nunca vinculante para o MP”⁵⁷.

Pela própria natureza das coisas, acrescenta o Mestre de Coimbra, nem poderia ser de outro modo. “Se na verdade, o juiz não preside hoje à fase de instrução preparatória [correspondente ao actual inquérito] como pode ele ‘entender que se provam factos diversos dos apontados pelo MP na acusação’? Não certamente através do texto da própria acusação, uma vez que a disposição legal em questão fala de factos diversos dos *apontados* e não de factos diversos dos acusados. O controlo só seria possível trazendo o juiz para o processo o seu conhecimento privado (o que está excluído no nosso direito, como na generalidade dos ordenamentos processuais)”⁵⁸.

No domínio do **Dec-Lei nº 35007, de 13-10-1945**, nos casos em que o Ministério Público deixasse de formular acusação, os autos eram conclusos ao juiz, na falta de reclamação hierárquica daqueles despachos, e, “se este entender que estão verificadas as condições suficientes para a acusação, fará constar de despacho as

⁵⁵ Cf. Maia Gonçalves, “Código de Processo Penal Anotado e Comentado”, 2ª ed., 1978, anotação ao citado artigo 346º do C. P. Penal de 1929; A. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, citado, p. 155.

⁵⁶ Cf. Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1º Vol, Coimbra Editora, 1981, p. 140.

⁵⁷ Ob. citada na nota anterior, p. 142.

⁵⁸ Ob. citada na nota anterior, p. 141 e nota 59, onde refere que o mesmo vale para o juiz de instrução, uma vez que também a este não cabem, nem devem caber, funções de investigação “na fase da instrução preparatória”.

suas razões, subindo os autos oficiosamente ao Procurador da República, que decidirá, nos termos da parte final do número anterior”[se deve ou não ser feita a acusação] – artigo 28º.

Este artigo 28º do Dec-Lei nº 35007 veio a ser revogado pelo Dec-Lei nº 201/76, de 19-03, sendo esta “a primeira manifestação inequívoca da autonomia do Ministério Público face à magistratura judicial” e abolindo-se, assim, a fiscalização judicial, a qual constituía uma “violação flagrante do acusatório puro e correspondia a uma concepção que se ultrapassava de um Ministério Público subalterno”, em relação àquela magistratura⁵⁹.

No período conturbado, que então se viveu, há a assinalar o Dec-Lei nº 321/76, de 4-05, cujos artigos 1º e 2º, vieram a ser revogados pelos Dec-Lei nº 618/76, de 27-07, em virtude de os mesmos enfermarem de inconstitucionalidade, ao determinarem que a decisão do destino dos autos era proferida pelo JIC, sobre promoção do Ministério Público⁶⁰.

O Dec-Lei nº 618/76, de 27-07, foi também considerado inconstitucional, por prever a competência instrutória do Ministério Público sob controlo judicial, acabando as controvérsias então surgidas por ser sanadas pelo **Dec-Lei nº 377/77, de 6-09**, o qual veio aditar o conhecido artigo 6º-A ao Dec-Lei nº 605/75, de 3-11. Ficou, assim, bem claro, que o despacho final, quer no inquérito preliminar, quer no fim da instrução preparatória competia ao Ministério Público.

Conforme salienta Rodrigues Maximiano, afirmou-se assim expressamente quanto resultava do sistema jurídico-constitucional: a decisão dos autos competia ao Ministério Público. A tutela judicial do Ministério Público é pertinente ao processo inquisitório, violando o princípio do acusatório e correspondendo a um retrocesso ao acusatório formal. A decisão sobre o exercício ou não exercício da acção penal só pode competir ao titular da acção penal sob pena de violação da estrutura acusatória do processo penal⁶¹.

5.3. Regime vigente no âmbito do C. P. Penal de 1987

⁵⁹ Cf. Rodrigues Maximiano, “A Constituição e o Processo Penal – Competência e Estatuto do Ministério Público, do Juiz de Instrução e do Juiz Julgador – a Decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346º e 351º do C. P. Penal”, RMP, ano 2, Vol. 6, p. 97.

⁶⁰ Cf. Rodrigues Maximiano, trabalho citado na nota anterior, p. 104.

⁶¹ Cf. Rodrigues Maximiano, trabalho citado na nota anterior, p. 106, e Rui Pinheiro e Artur Maurício, “A Constituição e o Processo Penal”, citado, p. 76-77, 121, 124, e 128.

Tal como dispunha no ponto 33 da Proposta de Lei nº 21/IV (autorização legislativa ao Governo para legislar em matéria de processo penal), no futuro Código “a abertura da instrução fica restrita a duas eventualidades – o requerimento do arguido para infirmar a acusação pública ou privada contra si deduzida ou do assistente para que se efectue o controle judicial da omissão acusatória”⁶².

Como acima se referiu (4.2.), a instrução foi, assim, concebida, desde a versão originária do C. P. Penal de 1987, como uma fase facultativa de controlo jurisdicional da decisão do Ministério Público de acusar ou arquivar, tomada no termo do processo⁶³.

Ou seja, a instrução é fundamentalmente “a sindicância do Ministério Público” por iniciativa de quem ficou agastado com a posição tomada pelo Ministério Público, no final do inquérito⁶⁴.

A instrução pode ser requerida pelo arguido, relativamente aos factos pelos quais o Ministério Público ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação; ou pelo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente aos factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação.

Para além do controlo judicial, a decisão de arquivamento do inquérito está também sujeita a controlo hierárquico, nos termos já referidos em 5.1 – artigo 278º do C. P. Penal.

A Revisão de 2007 aditou um nº 2 ao artigo 278º do C. P. Penal, nos termos do qual quaisquer pessoas, que nisso mostrem interesse legítimo, podem, se optarem por não requerer a abertura da instrução, suscitar a intervenção hierárquica.

De realçar, quanto à faculdade de constituição como assistente, as relevantes alterações introduzidas pela Reforma de 1998 e complementadas pela de 2007, podendo, actualmente, qualquer pessoa constituir-se assistente nos crimes contra a paz e humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influências, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio – al. e) do nº 1 do artigo 68º do C. P. Penal.

⁶² Cf. DAR, II, Suplemento ao nº 49, 4-04-1986, p. 1808(12)

⁶³ Cf. Nuno Brandão, “A nova face da instrução”, RPCC 18 (2008), p. 228, bem como os autores para que o mesmo aí remete (nota 1)

⁶⁴ Cf. Souto de Moura, “Inquérito e Instrução”, citado, p. 120

O modelo de controlo instituído tutela, pois, a garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva – artigo 20º nº 1 da Constituição, podendo o ofendido, constituído assistente, ver assim tutelado o seu interesse na submissão a julgamento e condenação de quem cometeu um crime que visa a protecção de um bem jurídico de que é concreto portador. Por outra via, estando em causa interesses supra-individuais, em relação aos quais ninguém poderá considerar-se especialmente ofendido, a instrução, associada à constituição de assistente em *acção popular* (artº 68º nº 1, e) do C. P. Penal), dá satisfação às crescentes e legítimas exigências comunitárias de transparência no exercício da acção penal e de um efectivo controlo da decisão de abstenção de acusação pelo Ministério Público⁶⁵.

Apesar disso, tem surgido, por vezes, “um certo clamor contra a falta de objectividade e imparcialidade do Ministério Público na promoção e condução de certos processos”⁶⁶.

Por outro lado, numa perspectiva totalmente diferente, e mesmo claramente antagónica, surgiram algumas vozes que advogam uma profunda alteração da estrutura processual penal vigente, mais concretamente que “o controlo do arquivamento do inquérito seja da competência do juiz de instrução e não do Ministério Público”⁶⁷.

Antes de nos debruçarmos sobre aqueles alertas e estas críticas, importará fazer algumas referências de direito comparado e, em especial, a nível europeu, quanto à titularidade da acção penal, às competências do Ministério Público e do Juiz de Instrução.

6. A evolução dos sistemas processuais penais, em especial a nível europeu, quanto à titularidade da acção penal e às competências do Ministério Público e do Juiz de Instrução – A questão do controlo judicial oficioso dos despachos de arquivamento

⁶⁵ Cf. Nuno Brandão, “A nova face da instrução”, citado, p. 230, e Figueiredo Dias, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, RPCC 17 (2007), p. 191-206.

⁶⁶ Cf. Figueiredo Dias, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, citado, p. 201-202n

⁶⁷ Cf. a intervenção do Senhor Conselheiro Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, na abertura do ano judicial, em 27-01-2009.

1. Como se deixou já referido no ponto 4.2, a tendência actual, por toda a Europa, é no sentido de a maior parte dos países privilegiarem a solução de uma fase de investigação dirigida pelo Ministério Público, com possibilidade de controlo de um juiz – o juiz de instrução, colocado na posição de árbitro, sendo as funções desse “juiz das liberdades” não as de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir o controlo da legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo, quando elas afectem a liberdade das pessoas.⁶⁸

Na síntese feliz de Anabela Rodrigues, simplificação e imparcialidade do juiz são dois lugares comuns das tendências de reforma dos processos penais na Europa, havendo que ter presente que uma justiça penal demasiado ritualizada pode significar um pesado tributo a pagar pela protecção dos direitos fundamentais, traduzindo-se paradoxalmente na sua desprotecção e que o estatuto de imparcialidade do juiz obriga à repartição de competências entre o juiz e o ministério público e não entre o juiz de julgamento e o juiz de instrução⁶⁹.

Essa mesma tendência é sublinhada no documento de trabalho do Senado Francês, de Março de 2009 – *Les documents de travail du Sénat – Série Législation Comparée – L’instruction des Affaires Pénales n° LC 195* - onde se conclui, após a análise comparada efectuada, que a entrega da responsabilidade pela investigação criminal ao Ministério Público é hoje um fenómeno geral, a nível europeu, ressaltando-se aí apenas o caso de Espanha⁷⁰.

2. Significativa é a evolução havida em **França**, a pátria do juiz de instrução.

Nos finais da década de oitenta, a Comissão *Justice Pénal et Droits de l’Homme*, presidida por Delmas-Marthy, apresentou propostas de mudanças radicais no processo penal, as quais previam a eliminação do juiz de instrução, passando a instrução a ficar a cargo do Ministério Público⁷¹.

O Presidente Nicolas Sarkozy, prosseguindo na mesma linha, anunciou a intenção de suprimir o juiz de instrução, em 7-01-2009, tendo o Comité presidido pelo magistrado Philippe Léger – **Comité Léger** – apresentado, recentemente, uma

⁶⁸ Cf., supra, Anabela Miranda Rodrigues, Lourenço Martins e Mouraz Lopes, nota 46.

⁶⁹ Cf. “A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português”, citado, p. 941, 942 e 944.

⁷⁰ Cf. <http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>

⁷¹ Cf. Anabela Rodrigues, trabalho citado na nota 69, p. 944, e Mireille Delmas-Marthy, “Garantir l’indépendance du parquet, 7-01-2009, artigo disponível em http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ACHATS/acheter.cgi?offre=ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1064934

proposta formal nesse sentido, a qual prevê, designadamente: (i) transformar o juiz de instrução em juiz das liberdades [juge des libertés], investido apenas de funções jurisdicionais na fase do inquérito; (ii) confiar a direcção do inquérito ao procurador da República; (iii) reforçar o carácter secreto do inquérito⁷².

Essa extinção do juiz de instrução em França continua a ser objecto de aceso debate, realçando-se sobretudo o facto de a proposta de reforma em questão não prever a autonomia do Ministério Público, em relação ao executivo, conforme se mostra essencial para que lhe seja confiada a direcção do inquérito⁷³.

A própria “*Transparence Internationale France*”, secção francesa da *Transparency International (TI)*, no seu “*1er. Rapport d’étape sur la mise en œuvre des engagements de Nicolas Sarkozy en matière de lutte contre la corruption*”, toma posição sobre o projecto de extinção do juiz de instrução, manifestando a sua perplexidade pelo facto de tal extinção não ser acompanhada do reforço da autonomia do ministério público, em relação ao executivo, indispensável para a abertura e condução dos inquéritos. Em tais condições, acrescenta-se, há fortes riscos de que a acção da justiça possa não ser iniciada em casos de corrupção, de tráfico de influências ou de abuso de bens sociais, susceptíveis de atingir dirigentes políticos ou económicos⁷⁴.

A supressão do juiz de instrução na **Bélgica** – o único dos três países da Europa em que o juiz de instrução ainda dirige a investigação⁷⁵ - está também em discussão, em termos idênticos aos que têm lugar em França, alastrando assim o exemplo da Alemanha que abandonou o juiz de instrução em 1975⁷⁶.

Na **Suíça**, o novo Código de Processo Penal, aprovado em Outubro de 2007, prevê um modelo único de investigação criminal, na qual o juiz de instrução desaparece, ficando as suas funções a cargo do Ministério Público – cf. “*Le juge d’instruction dans 7 pays d’Europe*”⁷⁷.

⁷² Cf. Les propositions du comité Léger, L’Express, 6-03-2009:

http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/les-propositions-du-comite-leger_745135.html

⁷³ Cf., p. ex. Nouvel Observateur, 24-03-2004:

http://tempsreel.nouvelobs.com/speciales/libertes_sous_pression/20090322.OBS9985/le_monde_judiciaire_appelle_a_lindependance.html

⁷⁴ Tal relatório encontra-se disponível em: http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/rapport_detape_engagements_anticorruption_nicolas_sarkozy_120509.pdf

⁷⁵ Cf. Anabela Miranda Rodrigues, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu”, citado, p. 718.

⁷⁶ Cf: http://www.lalibre.be/index.php?view=article&art_id=268106

⁷⁷ Cf. Le Monde, 16-03-2009: <http://moreas.blog.lemonde.fr/2009/03/16/le-juge-dinstruction-dans-7-pays-europe/>

Assaz significativa é a referência aí feita ao facto de o novo Código de Processo Penal Suíço, aprovado em 2007, ter a sua entrada em vigor para 2011, o que é bom motivo de reflexão, quanto aos especiais cuidados de que se devem rodear reformas desta natureza e, designadamente, a sua entrada em vigor.

Nesse mesmo artigo, dá-se conta da tendência, que hoje se verifica por toda a Europa, de confiar a direcção da investigação criminal ao Ministério Público, suprimindo o juiz de instrução.

Idêntico movimento se verifica em **Espanha**, onde o Procurador Geral Conde-Pumpido vem reclamando uma reforma ‘definitiva’ da *Lei Enjuiciamiento Criminal (LECrim)*, “para adaptar-la ‘a la democracia”.

Segundo a proposta apresentada, a instrução deverá deixar de ficar a cargo do Ministério Público / Ministério Fiscal, que substituirá o juiz de instrução, nessas funções.⁷⁸

As tendências que actualmente prevalecem por toda a Europa, acabam também de ser consagradas no Anteprojecto do Código de Processo Penal do **Brasil**, de 2009, o que é deveras sintomático, atento o cuidado com que as autoridades brasileiras seguem as diferentes experiências de direito comparado, em especial as mais modernas e avançadas, por forma a consagrarem as melhores soluções⁷⁹.

A propósito desse cuidado, veja-se o levantamento dos melhores modelos de formação de magistrados, a nível mundial, levado a cabo por magistrados brasileiros com o objectivo de aplicarem internamente quanto se lhes afigurasse mais ajustado – cf. “O Juiz – Selecção e Formação de Magistrados no Mundo Contemporâneo”⁸⁰.

O referido Anteprojecto do C. P. Penal do Brasil, de 2009, traz significativas alterações à tramitação do “*inquérito policial*”. A direcção do inquérito é atribuída ao Ministério Público, titular da acção penal, sendo o *juiz das garantias* responsável pelo “exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e directa das inviolabilidades pessoais”, na fase da investigação⁸¹.

⁷⁸ Segundo Conde-Pumpido, “es necesario superar el modelo actual de juez de instrucción para adaptarlo a la Constitución...La meta está en el artículo 117 de la Constitución y es que tengamos de verdad un juez que juzgue y que haya ejecutar lo juzgado” – cf.:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Pumpido/reclama/cambio/legal/instruccion/pase/juez/fiscal/elpepi/esp/20080930elpepinac_1/Tes?print=1

⁷⁹ Cf. http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/av2_legmp.htm

⁸⁰ Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. DelRey, Belo Horizonte, 1999.

⁸¹ Cf. http://www.novacriminologia.com.br/noticias/banco_de_imagens/anteprojetodonovocpp.pdf

Como se assinala no ponto III da respectiva Exposição de Motivos:

“ A investigação não serve e não se dirige ao judiciário; ao contrário destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controlo judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso”, intervindo, nessas hipóteses, o juiz das garantias⁸² (Sublinhei).

E, como logo a seguir se acrescenta:

“Do mesmo modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência...O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento”⁸³ (Sublinhei).

Essa ausência de controlo judicial oficioso dos despachos de arquivamento do Ministério Público bem se compreende, pois o mesmo violaria claramente a estrutura acusatória do processo penal, o princípio da acusação e a autonomia entre o juiz e o Ministério Público.

Como refere Anabela Rodrigues, é nesta estrutura acusatória, “integrada por um princípio de investigação – na terminologia da doutrina portuguesa – que se revê um processo penal harmonizado à escala europeia...”, sendo à luz do princípio da acusação, marcante na tramitação processual, que emerge a interacção entre os diferentes actores do processo. A trindade ministério público, juiz, órgãos de polícia criminal reparte entre os seus membros a responsabilidade da investigação e da decisão sobre o caso, com competências delineadas com rigor. O percurso foi difícil, atravessado por controvérsias e não raros equívocos estigmatizantes que só com dificuldade se libertaram do apodo igualmente inibidor de conservadoras ou progressistas⁸⁴.

A ausência de controlo judicial oficioso das decisões finais proferidas pelo Ministério Público, no âmbito da investigação criminal a seu cargo, é comum em todos os países analisados e, designadamente, no âmbito da União Europeia.

O único exemplo invocado por quem defende esse controlo é da **Itália**.

⁸² Id., ib.

⁸³ Id., ib.

⁸⁴ Cf. “A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português”, citado, p. 942-943.

O caso italiano é, porém, um caso isolado, que não serve de paradigma, atentas as suas especificidades. Efectivamente, o sistema inquisitório, aí vigente, foi profundamente alterado pelo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 24-10-1989, claramente inspirado pelo modelo acusatório dos Estados Unidos da América, o qual atribuiu ao Ministério Público – que tem na sua directa dependência a polícia judiciária - o exercício de todas as funções investigatórias, tendo juiz de instrução sido substituído pelo juiz de investigações preliminares (Giudice delle Indagini Preliminari – GIP)⁸⁵.

Na sequência das decisões do Tribunal Constitucional de 1992, o modelo acusatório veio a ser substituído por um sistema misto, o qual é objecto de sérias críticas, por ter perdido a sua estrutura e coerência original - cf. Heuni – *The European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations - Criminal Justices in Europe and North América - Italy*⁸⁶.

Como Figueiredo Dias alertava, a propósito do Progetto italiano de 1978, o modelo em que se “torne possível ao juiz ordenar ao ministério público que acuse, ou envie a julgamento uma causa não sustentada por uma acusação ou equivalente (do ministério público ou do assistente), nessa precisa medida fica irremediavelmente comprometida a imparcialidade da decisão judicial que posteriormente venha a ser tomada”⁸⁷.

Essa mesma conclusão é extraída, entre nós, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 581/00, nos termos já acima realçados – cf. 4.2.

Para além da perda de neutralidade e imparcialidade do juiz, o modelo de controlo officioso acarreta, por outro lado, um claro desperdício de meios, em contraponto com a simplificação das fases preliminares ao julgamento, a desburocratização, a desformalização, a diversificação de medidas, a eficácia e a praticabilidade, indispensáveis para dar a adequada resposta aos problemas complexos, com que hoje nos confrontamos, em especial em matéria de criminalidade organizada

⁸⁵ Cf. <http://www.heuni.fi/uploads/jrrqu.doc> e <http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>

⁸⁶ Cf. <http://www.heuni.fi/uploads/jrrqu.doc>

⁸⁷ Cf. “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, citado, p. 17, e João Conde Correia, “Concordância Judicial à Suspensão do Provisória do Processo”, RMP, 117, Jan-Mar.2009, p. 83.

transnacional, por um lado, e de crescimento exponencial da pequena e média criminalidade, por outro lado⁸⁸.

3. Seria descabido estar a desenvolver aqui a questão da força dos **despachos de arquivamento, proferidos pelo Ministério Público**.

Não deixará, porém, de se aludir, pela sua particular relevância, ao teor do **Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 11-02-2003, proferido nos casos Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge (affaires jointes C-187/01 et C-385-01)**, o qual se debruçou sobre a aplicabilidade do **princípio ne bis in idem** aos despachos de arquivamento do processo pelo Ministério Público, **sem intervenção de um tribunal**⁸⁹.

De acordo com a decisão do Tribunal, **o princípio ne bis in idem**, estabelecido no artigo 54^o da Convenção de implementação do Acordo de Schengen, **é aplicável não só a decisões jurisdicionais, mas também aos casos em que o Ministério Público decide arquivar o processo, sem a intervenção de um tribunal**.

Essa interpretação do direito da União não poderá deixar de ser levada na devida conta pelos Estados Membros, sendo essa decisão, tal como outras citadas por Cunha Rodrigues, bem significativa do sentido das reformas e das repercussões da jurisprudência comunitária no direito e no processo penal⁹⁰.

7. A intervenção judicial na comprovação das decisões de arquivamento do inquérito. Balanço crítico.

1. Como é por demais óbvio, a autonomia do Ministério Público, constitucionalmente consagrada, não poderá conduzir a que, na linguagem de Figueiredo Dias, o seu poder autónomo se torne “torne num poder *autárcico* anticonstitucional”⁹¹ – cf., supra, 4.1.

⁸⁸ Cf. Cunha Rodrigues, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, citado, p. 161, Costa Andrade, “Bruscamente no Verão Passado a Reforma do Código de Processo Penal”, RLJ, 3948, p. 136, e Figueiredo Dias, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, citado, p. 806.

⁸⁹ Disponível em:

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-187/01&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

⁹⁰ Cf. Cunha Rodrigues, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, citado, p. 157-158, e Figueiredo Dias, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, citado, p. 819.

⁹¹ Cf. “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade”, RPCC, 17 (2007), p. 196.

A actuação do Ministério Público, em especial no que concerne à decisão de acusar ou não acusar, não poderá deixar de estar isenta de controlo ou verificação por outro órgão ou entidade não comprometida com a acusação.

E esse controlo existe, entre nós, sendo mesmo difícil encontrar, como acima se sublinhou já, um sistema em que o Ministério Público se encontre, directa ou indirectamente, tão sujeito a controlo na direcção e acção – cf., supra, 5.1. e nota 53.

Relativamente ao controlo judicial da decisão do Ministério Público de acusar ou de arquivar, após encerramento do inquérito, o mesmo tem lugar através do pedido de abertura de instrução, feito pelo arguido ou pelo assistente, nos termos do artigo 286º e 287º do C. P. Penal.

Para além desse controlo judicial, a decisão de arquivamento está também sujeita a controlo hierárquico – artigo 278º e 279º do C. P. Penal.

Esse modelo de controlo judicial e hierárquico, um dos mais avançados a nível da Europa, mostra-se adequado e suficiente, tutelando adequadamente o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, consagrado no artigo 20º nº 1 do C. P. Penal.

Como acima se deixou referido – ponto 5.3. – estando em causa interesses supra-individuais, em relação aos quais ninguém poderá considerar-se especialmente ofendido, a instrução, associada à constituição de assistente em *acção popular* (artº 68º nº 1, e) do C. P. Penal) dá satisfação às crescentes e legítimas exigências comunitárias de transparência no exercício da acção penal e de um efectivo controlo da decisão de abstenção de acusação pelo Ministério Público⁹².

Por outro lado, haverá que ter presente que a hierarquia do Ministério Público é uma garantia constitucional dos cidadãos e reflecte um direito fundamental, o direito à reclamação hierárquica, o qual é parte integrante do direito ao recurso e do direito de participação no processo penal (artigos 20º nºs 1 e 5 e 32º nºs 1 e 7 da Constituição), como resulta do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 397/2004⁹³.

A evolução que tem havido entre nós é justamente no sentido do reforço do controlo hierárquico, como resulta bem claro das sucessivas redacções do artigo 278º do C. P. Penal (cf. a redacção original e as alterações introduzidas pela Lei nº 59/98, de 25-08 e pela Lei nº 48/2007, de 29-08).

⁹² Cf., Nuno Brandão, “A nova face da instrução”, citado, p. 230.

⁹³ Cf. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal”, citado, anotação ao artigo 48º.

2. Apesar de termos um dos sistemas mais avançados de controlo das decisões do Ministério Público, há quem advogue que “o controlo do arquivamento do inquérito” passe a ser do juiz de instrução e não do Ministério Público – cf., supra, 5.3., parte final.

Segundo tudo indica, tal tese só poderá ter em vista, no modelo actual, o controlo oficioso, pelo juiz de instrução, dos despachos de arquivamento, nos casos em que quem tenha ficado “agastado com a posição tomada pelo Ministério Público” não haja requerido a abertura da instrução.

E, atendendo à forma genérica usada, a mesma reportar-se-á a todos os despachos de arquivamento, em que não haja sido requerida a abertura da instrução por quem para tanto tem legitimidade, e não apenas aos casos em que não há vítimas, excluídos naturalmente aqueles em que poderá ser exercida a denominada acção popular (artigo 68º nº 1, e) do C. P. Penal).

Tal entendimento, qualquer que seja o seu âmbito, viola frontalmente **a estrutura acusatória do nosso processo penal e a autonomia do Ministério Público**, constitucionalmente consagradas, correspondendo a uma autêntica revolução e a um grave retrocesso no nosso sistema processual penal.

Em termos práticos, voltar-se-ia a um regime idêntico ao do Dec-Lei nº 35007, de 13-10-1945, se não mesmo à versão original do C. P. Penal de 1929.

Partindo do sofisma de que “*se o exercício da acção penal é judicialmente controlado, nada justifica que o seu não exercício o não seja*” também, oficiosamente, pelo juiz, desmontado por Rodrigues Maximiano há quase 30 anos, a proposta do controlo oficioso apresenta-se, porém, sob a capa de uma pequena alteração do sistema vigente.

Só que essa, aparentemente, pequena alteração, ou essa alteração avulsa, acarretaria uma modificação de traves essenciais do edifício processual penal constitucionalmente consagrado.

Numa primeira abordagem, estaríamos, pois, perante uma “*reforma encapotada*” ou, na linguagem elegante de António Henriques Gaspar, perante uma “*ruptura silenciosa*” do nosso sistema processual penal, como as que aconteceram aquando da revisão de 2007, e das quais se sublinham, a título exemplificativo:

(I) A desfiguração do inquérito, ao substituir o princípio do segredo pelo da publicidade; (II) a introdução de elementos do contraditório na instrução; (III) a

alteração dos poderes do juiz de instrução e (IV) em matéria da competência e do estatuto do Ministério Público, enquanto magistratura autónoma⁹⁴.

Após uma análise mais aprofundada, e ponderada sobretudo a flagrante violação de princípios constitucionais essenciais, em matéria de processo penal, a conclusão que se extrai é que a proposta em causa não haverá de ser qualificada como uma (mais uma) tentativa de “**ruptura silenciosa**”, mas antes como uma proposta de modificações que mais parecem – usando a linguagem mais viva e irreverente de Dá Mesquita, a propósito da grave “alteração do paradigma processual” que está subjacente à Lei nº 21/2000, de 10-08 (LOIC), entretanto substituída pela Lei nº 49/2008, de 27-08 – “*um gato escondido com rabo de fora*”⁹⁵.

Isto porque, com todo o respeito, a proposta do controlo judiciário oficioso do arquivamento do inquérito o que visará verdadeiramente, a pretexto de uma maior garantia dos cidadãos perante uma investigação, é conferir mais poder e alargar o âmbito de intervenção do juiz de instrução, recuperando assim do falhanço a que conduziu o sistema anterior, no qual o juiz fazia a instrução ou a controlava muito de perto⁹⁶.

No fundo, o que se pretende é instaurar uma estrutura orgânica, alargada e permanente de juízes de instrução em todas as circunscrições, com poderes de controlo sobre o Ministério Público.

Numa outra perspectiva, tal poderá também ser visto como uma reacção contra o protagonismo que o Ministério Público teve, a partir de meados da década de 80, do século passado, e que levou a que, no dizer de Boaventura Sousa Santos, a magistratura judicial cobrasse “a sua falta de protagonismo” ou se assistisse mesmo a “um ressentimento organizado da magistratura judicial em relação ao MP”⁹⁷.

⁹⁴ Cf. António Henriques Gaspar, “Processo Penal: Reforma ou Revisão; As Rupturas Silenciosas e os Fundamentos (Aparentes) da Descontinuidade”, RPCC 18 (2008), p. 349 e 359, Figueiredo Dias, “Sobre a Revisão do Código de Processo Penal Português”, RPCC, 18 (2008), p. 370-377; Manuel Simas Santos, “Segredo de Justiça e Modelo de Processo Penal”, Separata de “A Reforma do Sistema Penal de 2007”, Coimbra Editora, 2008, p. 27, Manuel da Costa Andrade, “Bruscamente no Verão Passado”, citado, RLJ, nº 3948, p. 224, 228, 233, 235-236, Paulo Pinto de Albuquerque, “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, citado, p. 420-422, e Acs. do TC nºs 428/08 e 110/09 (voto de vencido).

⁹⁵ Cf. “Notas sobre inquérito penal, polícia e Estado de direito democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal)”, RMP, Ano 21, nº 82 (2000), p. 144 (17).

⁹⁶ Cf. Lourenço Martins, “Poder judicial e magistratura de investigação”, BFDC, vol. LXXV, 1999, p. 389 e Luís Noronha Nascimento, “Poder Político e Leis do Processo”, ASJP, V Congresso, p. 215

⁹⁷ Cf. “Que formação para os magistrados nos dias de hoje”, RMP, 82 (2000), p. 29

3. Seja qual for o real objectivo da modificação pretendida, vejamos, em breve síntese, alguns dos seus efeitos perversos.

A violação da **estrutura acusatória do processo penal**, consagrado no artigo 32º nº 5 da Constituição é patente.

Como lembra António Henriques Gaspar, “no processo penal português o juiz de instrução está funcionalmente vinculado à protecção dos direitos fundamentais e de garante das concordâncias práticas no processo entre valores fundamentais conflituantes. É verdadeiramente, um juiz das liberdades...Na coerência do modelo processual português, o juiz de instrução não deveria nunca ser activa ou negativamente comprometido com o êxito, eficácia ou os resultados da investigação”⁹⁸.

E tal como Figueiredo Dias vem ensinando, há largos anos, com a profundidade e o mérito que lhe são reconhecidos, a nível interno e internacional:

“Quem possa libertar-se de preconceitos ideológicos e de privilégios corporativos aqui despropositados, bem como de prejuízos que só deixam ver os problemas por metade, aceitará que solução diversa da proposta [estruturação das fases preliminares do Código de Processo de 1987] acabaria sempre, ou por colocar o juiz de instrução na dependência da decisão do ministério público, ou, inversamente, por fazer deste uma simples ordenança qualificada nas mãos do juiz de instrução – ainda quando o ministério público pudesse conservar o qualificativo, pomposo mas nessa altura irremediavelmente esvaziado, de guardião da legalidade democrática”⁹⁹.

Como é da essência da estrutura acusatória, “a partilha das funções processuais faz-se entre magistraturas distintas”¹⁰⁰, sendo o juiz uma entidade supra partes, que conhece das razões de quem acusa e de quem defende e depois decide como um árbitro, sob pena de, no caso de ultrapassar essas funções, pôr em causa a matriz da sua imparcialidade¹⁰¹.

Patente é também a violação do **princípio da acusação**, nos termos do qual o Ministério Público não se encontra vinculado às ordens do juiz de instrução ou do juiz do julgamento quanto à dedução da acusação ou à delimitação do objecto do

⁹⁸ Cf. “Processo Penal: Reforma ou Revisão; As Rupturas Silenciosas”, citado, p. 352.

⁹⁹ Cf. BMJ, 369, (1987), p. 17

¹⁰⁰ Cf. Figueiredo Dias, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, citado, p. 211.

¹⁰¹ Cf. João Conde Correia, “Concordância judicial à suspensão provisória do processo: equívocos que persistem”, citado, p. 63.

processo – cf., supra, 5.2., onde se sintetiza a evolução havida, entre nós, e se deixa bem claro que a tutela judicial do Ministério Público é própria do processo inquisitório.

Ao juiz de instrução compete autorizar actos que se prendam com os direitos, liberdades e garantias do cidadão, não podendo, por exemplo, como foi explicitado na revisão de 2007, aplicar medidas de coacção ou de garantia patrimonial mais graves do que a proposta pelo Ministério Público – cf. artigo 194º nº 2 do C. P. Penal.

Em causa estaria, por outro lado, a sublinhada **participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso**, essencial, para além do princípio da acusação, a um processo de tipo acusatório – cf., supra, 3.2.2.

A modificação em causa afrontaria, por outro lado, a **autonomia do Ministério Público e a titularidade da acção penal**, que constitucionalmente lhe está cometida – artigos 219º nº 1 e 2 da Constituição da República.

Efectivamente, se o juiz de instrução fosse conferido poder para revogar, por sua iniciativa, o despacho de arquivamento proferido pelo Ministério Público e ordenar a dedução da acusação ou a realização de diligências complementares, a consequência seria que juiz passaria a ser o *dominus* do inquérito e o verdadeiro titular da acção penal.

Evoluir-se-ia, assim, da situação a que aludia Rui Pereira, segundo a qual alguns “juízes de instrução não perceberam a natureza acusatória do processo e a sua função de garantes dos direitos individuais, convertendo-se, pelo menos, ‘com frequência num parceiro do Ministério Público’¹⁰², para uma outra em que os juízes de instrução se tornariam nos donos da decisão do inquérito, tutelando toda a actividade de investigação do Ministério Público.

Quanto à **autonomia do Ministério Público**, tal tipo de controlo é de todo incompatível com a mesma.

Como se referiu, o estatuto de autonomia do Ministério Público, que se caracteriza pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade estrita, implica que a sua actividade processual não possa estar submetida e limitada pelo poder judicial, não podendo o Ministério Público estar vinculado a ordens concretas dadas por

¹⁰² Citado por João Conde Correia, “Concordância judicial à suspensão provisória do processo...”, citado, p. 45 (4).

outro órgão, nomeadamente pelo juiz de instrução, pelo juiz do julgamento ou pelo Ministro da Justiça¹⁰³.

Ora, se o juiz de instrução passasse a syndicar directamente o modo como o Ministério Público desenvolveu a actividade de investigação, tal acarretaria a patente violação do estatuto de autonomia que a Constituição reserva para o Ministério Público¹⁰⁴.

Como se refere, de forma certa, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18-03-2009, Processo 1856/08.4PBMTS, obviamente que ao juiz não incumbe “controlar o exercício da acção penal (quer por não ser superior hierárquico do MP, quer por a sua acção não ser a de juiz/investigador)”¹⁰⁵. “Sendo independente e autónoma a actuação de cada uma das magistraturas, nas sucessivas fases do processo, não pode o juiz arrogar-se poderes que não tem, como se ainda vigorasse o sistema inquisitório”¹⁰⁶.

Tal alteração poria também em causa o estatuto de **igualdade e paralelismo do Ministério Público, em relação à magistratura judicial**, bem como a **imparcialidade do juiz de instrução**, cujas funções, de acordo com a tendência que hoje vigora por toda a Europa, não são as de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir a legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo, quando elas afectem a liberdade das pessoas – cf., supra, 4.2., e nota 46.

Em lugar do juiz imparcial, passaríamos a ter o “Juiz Hércules” de que fala Jürgen Habermas: o juiz onipotente, que carrega aos ombros a pesada tarefa de controlar, oficiosamente e sem apoio legal, o exercício da acção penal pelo Ministério Público¹⁰⁷.

Por último, e sem querer ser exaustivo, romper-se-iam assim os equilíbrios essenciais ao processo equitativo (fair trial)¹⁰⁸.

¹⁰³ Cf. Maia Gonçalves, “Código de Processo Penal”, anotação ao artigo 48º e Acórdão do STJ, de 30-11-1998, aí citado.

¹⁰⁴ Cf. Nuno Brandão, “A nova fase de instrução”, citado, p. 228-229, e Costa Andrade, “Bruscamente no Verão Passado...”, citado, RLJ, nº 3949, p. 235-236.

¹⁰⁵ Cf. Paulo Dá Mesquita, “Direcção do inquérito e garantia judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 177

¹⁰⁶ Cf. o citado acórdão do TRP, de 18-03-2009.

¹⁰⁷ Cf. João Conde Correia, ob. citada, nota 101, p. 49.

¹⁰⁸ Cf. António Henriques Gaspar, “Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)”, RPCC, 15 (2005), p. 262.

4. Como é sabido, as mais importantes inovações do Código de Processo Penal de 1987 foram sujeitas a uma crítica cerrada do ponto de vista da sua constitucionalidade, tendo-se sempre acabado por concluir, ressalvados alguns aspectos, que não estão agora aqui em causa, pelo são fundamento das soluções encontradas, tal como salienta Figueiredo Dias, a propósito do fundamental Acórdão nº 7/87 do Tribunal Constitucional¹⁰⁹.

Essa mesma linha foi seguida na jurisprudência constitucional posterior, citando-se, a título de exemplo, entre outros, os Acórdãos 23/90, 581/00, 395/2004, 517/96 e 610/96 (matérias relacionadas com a direcção do inquérito pelo Ministério Público, a autonomia do MP e a garantia de acesso aos tribunais), os Acórdãos nºs 393/89, 116/2006, 67/2006, 397/2004 e 144/2006 (poderes a que alude o artigo 16º nº 3 do C. P. Penal, reserva da função jurisdicional, repartição de competências entre o Ministério Público e o JIC, as competências do MP no âmbito da suspensão provisória do processo) e o acima referido Acórdão nº 445/97 (alteração substancial dos factos descritos na acusação).

As inconstitucionalidades associadas à introdução do controlo judicial oficioso das decisões de arquivamento do Ministério e a subversão da estrutura processual penal vigente são, pois, tão patentes que não pode deixar de se estranhar que tal não seja levado em conta por quem advoga tal solução.

Para além da sua flagrante inconstitucionalidade, tais modificações traduzir-se-iam num grave desperdício de meios, não fazendo qualquer sentido estar a montar uma pesadíssima estrutura de juizes de instrução em todas as circunscrições, para controlar as decisões do Ministério Público, que, como vimos, já são objecto de controlo efectivo, adequado e suficiente e mesmo com maior amplitude que em qualquer outro sistema de direito comparado – cf., supra, p. 5.1.

E esse grave desperdício de meios aconteceria, sem que se conheça qualquer estudo que aponte, de forma objectiva, para a necessidade de uma reforma dessa natureza.

Como é por demais sabido, as reformas legislativas não podem basear-se em meras opiniões, por mais ilustres que sejam os seus autores, impondo-se que quem tem legitimidade para as desencadear se baseie em avaliações e dados seguros, que apontem para a sua necessidade.

¹⁰⁹ Cf. Figueiredo Dias, “O Novo Código de Processo Penal”, BMJ, 369(1987), p. 21

Para além da sua desnecessidade e de nos colocar em contraciclo com as tendências que hoje prevalecem, na Europa e por toda a parte – voltaríamos a um modelo isolado, que hoje já ninguém defende, nem consagra, depois de termos estado na vanguarda e termos sido, também aqui, exemplo a seguir – tal solução iria ampliar a conflitualidade entre magistraturas e contribuir para o reforço das guerras corporativas, que tão graves prejuízos têm produzido na imagem do sistema de justiça.

Para quem não tenha memória curta, são bem conhecidos os resultados que se viveram no período em que a direcção da instrução preparatória [actual inquérito] foi confiada ao juiz.

Como acima se assinalou, foi justamente o falhanço do juiz, que fazia a instrução ou a controlava muito de perto, que levou a que o legislador optasse por “converter o inquérito, realizado sob a titularidade e a direcção do Ministério Público, na fase normal de preparar a decisão de acusação ou não acusação” e a que a instrução apenas tivesse lugar a requerimento do arguido ou do assistente, opções essas reputadas indispensáveis para “ultrapassar um dos maiores e mais graves estrangulamentos da nossa actual *praxis* processual penal”¹¹⁰.

Esses estrangulamentos e o aumento da conflitualidade seriam inevitáveis, com retorno da tutela e do controlo officioso do juiz de instrução criminal sobre as decisões proferidas pelo Ministério Público, no termo do inquérito.

Em lugar de simplificação da estrutura processual, com regras claras e precisas quanto à titularidade de cada uma das fases e as funções de cada um dos intervenientes processuais, como é essencial a uma eficaz política judiciária e criminal¹¹¹, teríamos mais confusão, mais burocracia e mais conflitualidade entre as magistraturas e, inevitavelmente, um acréscimo de recursos e mais morosidade da administração da justiça.

5. Quanto acaba que ser dito, não significa que o nosso sistema não possa e não deva ser objecto de melhoramentos e aperfeiçoamentos.

¹¹⁰ Cf. Proposta de Lei nº 21/IV, DAR, II, Supl. ao nº 49, 4-04-86, ponto III.7.

¹¹¹ Cf. Mireille Delmas-Marthy, “A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal”, RPCC 9 (1999), p. 231-232, e Anabela Miranda Rodrigues, “O inquérito no novo Código de Processo Penal”, citado, p. 65.

Tal não passa, porém, de todo, por pôr em causa a autonomia do Ministério Público e os restantes princípios constitucionais que ficaram referidos, mas sim pelo aperfeiçoamento do seu *dever de prestar contas à comunidade*¹¹².

Seguindo de perto Figueiredo Dias¹¹³, tal passa, desde logo pela melhoria da organização interna do Ministério Público, em termos que conduza ao reforço do trabalho de equipa, a colaboração, a coordenação e o esforço de unificação de procedimentos e decisões.

Haverá, por outro lado, que analisar internamente, através de estudos cuidados, nomeadamente de base estatística, se há fundamento para crer que o princípio da objectividade esteja, em geral, a ser de facto cumprido¹¹⁴.

Foi justamente esse objectivo, que presidiu à proposta de conversão do Serviço de Inspeção do Ministério Público em Serviço de Inspeção e Auditoria do Ministério Público, que oportunamente apresentei, com outros colegas, visando-se assim criar mecanismos para a avaliação e controlo regulares da qualidade e eficácia dos serviços do Ministério Público e para a monitorização da aplicação prática das reformas introduzidas, monitorização essa absolutamente essencial para a eficácia das medidas adoptadas.

Tais dados haveriam de ser cruzados com os recolhidos pelas restantes inspecções – Inspeções judiciais e dos oficiais de justiça – estabelecendo-se, para tanto a indispensável articulação entre os diversos serviços, o que permitiria ao Conselho Superior do Ministério Público, bem como ao Conselho Superior da Magistratura, terem uma visão global e integrada do funcionamento dos diversos serviços e adoptarem as medidas havidas por necessárias.

No que concerne ao Conselho Superior do Ministério Público e ao Procurador Geral da República, esses dados seriam também essenciais para dar cumprimento regular à exigência democrática do dever de prestar contas, certo que “a autonomia do MP será tanto mais perfeita e mais plena quanto mais extenso e transparente for o seu dever de prestar contas à comunidade pelas suas formas de actuação passadas e presentes, bem como pelos resultados da sua actuação”¹¹⁵.

¹¹² Cf. Figueiredo Dias, “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”, RPCC 17 (2007), p. 191 e ss.

¹¹³ Id., p. 202 e ss.

¹¹⁴ Id., ib., p. 202-203.

¹¹⁵ Id., ib., p. 206.

Mostra-se essencial, por outro lado, desenvolver formação especializada para que os magistrados do Ministério Público assumam a efectiva direcção do inquérito, sob pena do agravamento da tendência para a policialização da investigação criminal, a que se vem assistindo, designadamente após a Lei da Organização da Investigação Criminal de 2000¹¹⁶.

Quanto à pequena e média criminalidade, é urgente encontrar formas que sirvam a simplificação e celeridade, sob pena de, a prazo, se vir a assistir, ao colapso, “por insuportável *overloading* do sistema de justiça penal”¹¹⁷.

No que concerne à criminalidade complexa e mais grave, em especial a criminalidade organizada transnacional, importa desenvolver os mecanismos de cooperação judiciária e policial, em especial no âmbito da Rede Judiciária Europeia, da Europol, da Eurojust e das restantes agências e instituições europeias incumbidas da construção de um espaço judiciário europeu.

6. Do meu ponto de vista, a mais importante das melhorias a introduzir é a congregação de esforços, em especial entre a magistratura judicial e a magistratura do Ministério Público, no sentido de recuperar a confiança dos cidadãos na administração da justiça.

O sentimento de desconfiança é hoje comum, entre a opinião pública, havendo entre os analistas quem defenda que esse é “o mais grave problema português”¹¹⁸.

E, mau grado o exagero que subjaz a tal afirmação, não poderá deixar de levar-se em conta que as coisas chegaram a um ponto em que altos responsáveis da Igreja, habitualmente comedidos nas suas tomadas de posição, afirmam em programas de larga audiência que a aplicação da justiça em Portugal tem sido uma vergonha¹¹⁹.

Sendo essa a imagem existente, é tarefa prioritária de cada um dos magistrados dar o seu contributo para inflectir tal estado de coisas.

Efectivamente, como recentemente afirmava Mário Soares, a crise da justiça não se resolve com reformas legislativas.

¹¹⁶ Cf. Eduardo Maia Costa, “Que processo penal queremos?”, in Congresso da Justiça, 27-10-2003, http://www.asfcpj.org/temas/diversos/congressojust/maia_costa.pdf, Rui do Carmo, “A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal”, citado, 124, e Dá Mesquita, “Notas sobre o inquérito policial...”, citado, RMP, ano 21, nº 82 (2000), p. 146.

¹¹⁷ Cf. Figueiredo Dias, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, citado, p. 814.

¹¹⁸ Cf., António Barreto, “A culpa é sempre dos outros”, O Público, 17-05-2009, e, no mesmo sentido, Álvaro Santos Pereira, “Medo do Insucesso Nacional”, A Esfera dos Livros, 2009.

¹¹⁹ Cf., p. ex., a intervenção do Senhor Bispo Auxiliar de Lisboa, no telejornal da TVI, em 17-04-2009.

Resolve-se com a excelência do desempenho no dia a dia e com a projecção, objectiva, ponderada e através dos meios institucionais próprios, da imagem da qualidade alcançada ("Not only must Justice be done; it must also be seen to be done)."

Resolve-se com o reforço da articulação entre magistrados judiciais e do Ministério Público, os quais, em lugar de se imputarem responsabilidades, uns aos outros, por quanto funciona mal, haverão antes de, conjugadamente, encontrar soluções para os entorses no funcionamento do sistema de justiça.

Usando a linguagem de Mário Soares, "a questão não é de lei, mas antes dos comportamentos dos juízes, dos procuradores e dos dirigentes da Polícia Judiciária" – os quais não se entendem uns com os outros. E, nessas profissões, com em todas, pagam os bons pelos transgressores"¹²⁰.

Ficam, assim, bem claros os resultados das crispções e guerras corporativas, que a todos prejudicam, criando uma imagem muito negativa para ambas as magistraturas.

E é deveras estranho que não se leve isso em conta, de ambos os lados e que pareça não se atender a que os ataques à autonomia do Ministério Público, que se vão sucedendo, se repercutirão, de forma inevitável, na independência dos tribunais.

Bem mais graves que esses danos que a todos atingem, são os danos institucionais.

No dizer de Mário Vargas Llosa:

"A justiça é a mais importante instituição de uma sociedade democrática.

Não é a economia, não é o Governo, a mais importante é mesmo a Justiça.

Se há uma justiça independente, eficiente e íntegra há esperança.

*Se não há, mesmo que tudo marche bem, o futuro da democracia está ameaçado"*¹²¹.

F. Teodósio Jacinto

¹²⁰ Cf., Mário Soares, "Crise da Justiça", Visão, 28-05-2009.

¹²¹ Cf. Entrevista a O Público, 1-11-2003.