

INÊS PIEDADE DO ADRO

DO *RISCO* DA INSTRUÇÃO

**ANÁLISE DO REGIME LEGAL DA INSTRUÇÃO E POTENCIAIS
RISCOS, QUER PARA O PROCESSO, QUER PARA OS SUJEITOS
QUE O INTEGRAM, COM VISTA NAS ALTERAÇÕES
LEGISLATIVAS MAIS RELEVANTES**

Trabalho final apresentado no âmbito
do Mestrado Forense da Escola de
Lisboa da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa, no
ano letivo de 2022/2023, orientada pelo
Prof. Doutor Pedro Garcia Marques

Lisboa

Agosto de 2023

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
AGRADECIMENTOS.....	5
INTRODUÇÃO.....	6

CAPÍTULO I

PERCURSO HISTÓRICO

§1. <i>Perspetiva histórica do processo penal português, atendendo à evolução nas fases preliminares do processo.....</i>	<i>7</i>
§2. <i>A problemática em torno do art. 32.º, n.º 4 da CRP.....</i>	<i>15</i>

CAPÍTULO II

A FASE DE INSTRUÇÃO E COMPETÊNCIAS DO

JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL – A sua afirmação com o CPP de 1987

§3. <i>Aspetos Gerais.....</i>	<i>18</i>
§4. <i>A facultatividade.....</i>	<i>19</i>
§5. <i>Retrospectiva sobre o seu conteúdo.....</i>	<i>22</i>

§6. <i>A vasta amplitude dos poderes do JIC</i>	24
---	----

CAPÍTULO III

ANÁLISE CRÍTICA, COM VISTA NAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RELATIVA À FASE DE INSTRUÇÃO

§7. <i>Alterações de menor relevância</i>	27
---	----

§8. <i>Alterações significativas na estruturação esta fase</i>	29
--	----

§8.1. <i>A Publicidade</i>	29
----------------------------------	----

§8.2. <i>O Contraditório</i>	31
------------------------------------	----

§8.3. <i>A alteração dos factos e da qualificação jurídica</i>	33
--	----

CAPÍTULO IV

<i>Conclusões críticas</i>	38
----------------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	44
---------------------------	----

ABREVIATURAS

ac., acs.	- Acórdão, acórdãos
al., als.	- alínea, alíneas
art., arts.	- artigo, artigos
cf.	- conferir, confrontar
CP	- código penal
CPP	- código de processo penal
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
ed.	- edição
i.e.	- <i>id est</i> (isto é)
JIC	- Juiz de Instrução Criminal
MP	- Ministério Público
n.º	- número
ob. cit.	- obra citada
p., ps.	- página, páginas
ss.	- seguintes
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TC	- Tribunal Constitucional
Vol., Vols.	- Volume, Volumes

AGRADECIMENTOS

Serve esta página para agradecer a todos os que contribuíram para este trabalho. Termino esta etapa do meu percurso académico com um sentimento de gratidão imensurável.

Ao meu orientador, o Professor Pedro Garcia Marques, o meu grande agradecimento – não só por ter feito parte deste trabalho, como pela inspiração que foi para mim desde o primeiro ano de licenciatura. Pelo tanto que me ensinou, pelo acompanhamento, pelas suas ideias certas, pela sua compreensão, palavras de força e também amizade.

Aos meus pais, as pessoas mais fortes que conheço. Aqueles que me ensinaram a caminhar, primeiro com os meus pés, depois com o coração. Que me deram asas para voar, mas que construíram também um ninho seguro para me receber no final de cada aventura. As minhas bússolas morais. Os que permitiram tudo *isto*.

À minha Cá. O meu orgulho. Aquela que foi sonhada por uma menina que só queria uma irmã mais nova, mas que não podia na altura imaginar o quão incomparável é o laço que nos viria a unir e o quão inexplicável é este amor que só cresce a cada dia.

À minha restante família, mas sobretudo aos meus avós – com especial menção da minha Ivone, que me mostrou como apreciar um livro, o que veio a definir quem sou – e à Mia, ao Tomi e à Bela, por me acalmarem nas crises criativas.

Aos meus amigos. Nos quais incluo quer os que já tinha, como também os que ganhei e ainda os que me adotaram. À Rafaela e ao Gonçalo – porque não podia ter escolhido melhor. À Tatiana, ao Miguel, ao Tomás e ao Bota – pelos risos e pela companhia. À Dani, à Maria, e à Lilas – por serem as melhores amigas que algum dia podia ter pedido. E ao Pedro – porque não podia ser de outra forma.

E, por último, à Universidade Católica Portuguesa, aquela que foi a minha *casa* durante 6 anos. Aquela que colocou no meu caminho professores maravilhosos que me fizeram apaixonar pelas mais variadas áreas do Direito. Tive a sorte de ter aprendido com um grupo docente que, não só fomenta o espírito crítico de cada um, como – e ainda mais precioso do que isso – também gosta do que faz (isso, para um aluno, faz toda a diferença).

A todos, o meu mais sincero obrigada, com uma lágrima no canto do olho.

INTRODUÇÃO

São cinco as fases do processo penal português – inquérito, instrução, julgamento, execução e recursos – sendo que as duas primeiras se agrupam no denominado *processo preliminar*, por contraposição ao julgamento. A fase preliminar do processo é aquela cujo propósito é investigar a existência de indícios suficientes para submeter um arguido a julgamento, onde será discutida essa mesma indicição.

Neste trabalho final, ocupar-nos-emos de uma das fases que integram o processo preliminar, a fase de instrução. Esta situa-se cronologicamente entre o inquérito – a fase de investigação por excelência, dirigida pelo Ministério Público – e o julgamento, apenas tendo lugar quando requerida por quem de legitimidade para o efeito.

Relativamente a esta fase do processo, inúmeras dúvidas podem levantar-se. Neste âmbito, abordaremos substancialmente duas. Em primeiro lugar, a correspondência e conformidade entre a finalidade que o Código de Processo Penal de 1987 lhe atribuiu – i.e., nos termos do art. 286.º, n.º1, a *comprovação judicial* da decisão proferida pelo Ministério Público, aquando do encerramento do inquérito – e o conteúdo que a compõe. E ainda, tendo em conta o quadro legislativo que vigora atualmente, os *riscos* que se levantam durante esta mesma fase – quer para o processo, quer para os seus sujeitos.

Não cremos que seja possível iniciar esta viagem entre o presente e o futuro, sem antes se percorrer o passado. Por esse motivo, iniciaremos este projeto com uma evolução histórica das fases preliminares do processo, com especial foco na instrução.

Passaremos depois a uma exposição do regime legal referente à fase de instrução, tal como esta se afirmou com o Código de 1987, à qual se seguirá uma análise crítica, com vista nas alterações legislativas que desde aí ocorreram.

É do contraste entre aquele que foi o desejo do legislador ao estabelecer a fase de instrução e o regime legal que hoje vigora, que encontraremos as respostas às dúvidas por nós levantadas – respostas essas que podem ser, quiçá, *novas* dúvidas.

Dentro da incerteza que enfrentaremos, há que ter certeza da importância que é ter-se (*ou ser-se*) um espírito crítico. Assim, dar-se-á por concluída esta dissertação com uma apreciação global sobre toda a pesquisa efetuada ao longo destas páginas.

CAPÍTULO I

PERCURSO HISTÓRICO

§1. Perspetiva histórica do processo penal português, atendendo à evolução nas fases preliminares do processo

Para uma correta compreensão da fase do processo penal que nos propomos investigar, importa que se inaugure este trabalho com um certo enquadramento histórico.

Como veremos adiante, quer a definição, quer o conteúdo das fases preliminares do processo penal, sempre estiveram na dependência de variados fatores, entre os quais – e principalmente – o equilíbrio entre as funções desempenhadas pelos sujeitos processuais¹ que as integram (i.e., a dicotomia de poder entre Ministério Público² e Juiz), o tipo de modelo processual adotado³ e o contexto societário nos diferentes momentos históricos.

¹ Seguindo os ensinamentos de GERMANO MARQUES DA SILVA, – *vide Direito Processual Português*, Vol. I, 2ª Ed., Lisboa, 2019, p. 156 – entendem-se por *sujeitos processuais* aqueles que “*conduzem ativamente o processo*” e “*cuja atividade tem função determinante da decisão final*”, por oposição aos meros *participantes processuais*, que não tem faculdades de iniciativa ou decisão no processo (como sucede com os funcionários judiciais, os órgãos de polícia, as testemunhas, os peritos ou outros intervenientes que ocasionalmente poderão surgir no processo). Deste modo, são considerados sujeitos processuais, o juiz, Ministério Público, o arguido, o assistente e o defensor.

² Doravante, MP.

³ Novamente, seguindo os ensinamentos de GERMANO MARQUES DA SILVA – *vide Direito Processual Português*, Vol. I, 2ª Ed., Lisboa, 2019, p. 65 a 67 – tendem a contrapor-se historicamente dois modelos de processo penal. Um modelo acusatório, que se caracteriza pela procura de “*igualdade de poderes de atuação entre acusação e defesa*” e cujo processo é dirigido por um tribunal supremo, independente e imparcial, sem poderes de promoção processual e limitado pelo objeto do processo definido na acusação. Antagónico a este primeiro modelo, um segundo modelo, o inquisitório, em que o juiz assume o papel de *dominus* de todo o processo – i.e. “*intervém ex officio, sem necessidade de acusação, investiga officiosamente com plena liberdade na recolha de provas, pronuncia e julga com base nas provas recolhidas por si*”. Com as reformas liberais, surge um novo tipo de processo, um tipo misto – que corresponde ao modelo que vigora entre nós, no Código de 1987, como teremos oportunidade de analisar. Ensina-nos MEIRELLE DELMAS-MARTHY que “*os modelos inquisitórios e acusatórios não vigoram atualmente, em estado puro, em nenhum dos países da Europa Ocidental, sendo impossível classificar um processo como totalmente acusatório ou totalmente inquisitório*”.

O Código de Processo Penal⁴ de 1987⁵ – código que vigora ainda hoje⁶, note-se – optou pela consagração⁷ de duas fases distintas do processo – uma fase preparatória e uma fase de julgamento. A fase preparatória divide-se, por sua vez, em duas fases – uma obrigatória e uma facultativa, denominadas inquérito e instrução, respetivamente.

A título introdutório, podemos adiantar que a fase de inquérito é a fase de investigação por excelência, sendo composta pelas diligências de prova que visam investigar a existência de um crime e os seus agentes⁸, e termina com uma decisão do MP sobre a acusação.

A fase de instrução é uma fase de *comprovação judicial* da decisão de deduzir acusação ou da decisão de arquivar o inquérito assumida pelo MP no final da fase anterior e termina com uma decisão do juiz de submeter ou não a causa a julgamento⁹.

Esta organização difere da apresentada pelo **Código de Processo Penal de 1929**¹⁰, ao qual corresponde o ponto de partida do nosso enquadramento histórico.

Numa abordagem simplista, o Código de 1929 organizava o processo em três fases – uma fase preparatória, denominada de *instrução*¹¹; uma fase de *acusação e defesa*¹² e uma fase de *julgamento*. A fase preparatória, toda ela dirigida pelo Juiz¹³, compunha-se pelo *corpo de delito* – que, correspondia ao “conjunto de diligências destinadas à instrução

⁴ Doravante, CPP.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

⁶ No presente momento, na sua 48ª versão, introduzida pela Lei n.º 2/2023, de 16/01.

⁷ Vide Decreto-Lei n.º 78/87, parte II, livros VI e VII.

⁸ Vide art. 262.º do CPP, que nos apresenta a finalidade e âmbito do inquérito.

⁹ Vide art. 286.º do CPP, que nos apresenta a finalidade e âmbito da instrução.

¹⁰ Aprovado pelo Decreto n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929. Este Código só foi revogado pelo Código que hoje vigora, o de 1987.

¹¹ Que tinha por fim “averiguar a existência de infrações, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade” (vide art. 158º do Decreto n.º 16.489, de 15 de Fevereiro de 1929), o que corresponde ao nosso atual inquérito.

¹² Vide JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Inquérito e Instrução», in *O novo código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, 1988.

¹³ Especial atenção para o art. 150.º do CPP de 1929, que passamos a citar: “A instrução do processo é dirigida pelo juiz, que deverá ordenar oficiosamente ou por promoção do Ministério Público, a requerimento da parte acusadora ou do arguido, depois de admitido a intervir no processo, qualquer diligência que julgue necessária para o apuramento da verdade”.

do processo”¹⁴ – e, se assim requerido pelo arguido, pela *instrução contraditória* – cuja denominação advinha por oposição à fase anterior, de carácter inquisitório, e cuja pretensão era a de “*esclarecer e completar a prova indiciária contida na acusação, bem como realizar as diligências destinadas a afastar ou enfraquecer aquela prova e a preparar e corroborar a defesa*”¹⁵. Dada por concluída esta fase, e conforme consta do capítulo VIII do Código, iriam os autos com vista ao MP, que poderia optar pela decisão de acusação, de arquivamento ou de produção de melhor prova, sendo que qualquer uma destas vias de atuação poderia ser controlada pelo Juiz¹⁶.

Evidencia-se, então, que o CPP de 1929 teve como um dos princípios orientadores o de reforçar o papel do juiz, ao qual competia não só a função de julgar, como também a de realizar a investigação que fundamentava a sua decisão de acusação¹⁷. Esta opção, “*historicamente movida pelo desejo de não entregar os arguidos nas mãos de uma estrutura dependente, como a do Ministério Público*”¹⁸, consubstanciava, porém, “*um regresso ao modelo inquisitório*”¹⁹, colocando “*em causa a imparcialidade do julgador*”²⁰.

Assim, – e na ótica do que mais revela para esta aproximação – a grande diferença entre o Código que vigorava na época ditatorial e o de 1987 residia na fase preparatória. Divergia o conteúdo da instrução e também o papel assumido pelo MP – sendo verdade que teoricamente competia ao MP “*exercer a ação penal*”²¹, o que se verificava na prática era uma estrutura acusatória meramente formal e aparente.

¹⁴ Vide art. 170.º do referido Código.

¹⁵ Vide art. 237.º do referido Código. Deixamos já a anotação de que, confrontando esta disposição com o art. 286.º do CPP de 1987, o conteúdo previsto para definir esta fase é bastante divergente.

¹⁶ Em termos materiais, a atuação do MP podia resumir-se rapidamente a *isto*. Para mais desenvolvimentos, vide FIGUEIREDO DIAS, *A Nova Constituição e o Processo Penal*, 1976 e também ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no novo Código de Processo Penal», in *O novo código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, 1988.

¹⁷ Vide TEODÓSIO JACINTO, «Modelo do Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito», in *Colóquio do Direito Penal e Processo Penal*, Supremo Tribunal de Justiça, 2009, p. 4.

¹⁸ Vide FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, ob. cit.

¹⁹ Como bem referia o DL n.º 35.007, de 13/10/1945.

²⁰ Vide “Processo Criminal”, segundo as preleções de Eduardo Correia, Coimbra, 1956, p. 67-68.

²¹ Como consta do art. 5.º do DL 16.485, de 15 de Fevereiro de 1929.

Em 1945 dá-se um importante passo lógico. Na sequência do desfecho da 2ª Guerra Mundial, urge a necessidade de dar uma *aparência liberal* ao nosso processo penal, que “*não colocasse em causa o seu íntimo autoritário*”²², mas que transmitisse aos aliados de Portugal a sua “*boa-vontade em caminhar no sentido da legalidade e, por extensão, da legitimação internacional*”²³.

Assim, no preâmbulo do **DL n.º 35.007**, de 13 de Outubro de 1945, rompe a reflexão²⁴ – e rompem também ideias claras relativas ao princípio do acusatório, impactante no modelo processual vigente – de que o MP, “*órgão adrede criado para substituir a acusação pública ao Poder Judicial*”, fora “*reduzido, através de sucessivas limitações na sua atuação*” a nada mais que “*pura expressão formal na orgânica dos tribunais*”.

Sendo gritante que o MP se encontrava abstraído das atribuições para que fora criado, concentrando-se todo o poder nas mãos do juiz, ou se supria o MP ou se restauravam plenamente as suas funções, tendo sido esta última a opção legislativa assumida no DL.

Estabeleceu-se, então, que a fase de instrução passava a compreender a *instrução preparatória* e a *instrução contraditória*²⁵, sendo que a primeira seria da competência do MP, e a segunda, da competência do juiz, passaria a obrigatória nos processos de querela e poderia ser requerida pelo arguido nos restantes.

Deste modo, durante a instrução preparatória, cumpria ao MP fundamentar a acusação, devendo “*recolher ou dirigir a recolha dos elementos de prova bastantes para submeter ao Poder Judicial as causas criminais*”, sendo apenas da competência do Juiz questões do domínio da “*quási jurisdição*” ou *para-jurisdição* – passando, deste modo, o juiz a

²² Vide FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, 1983.

²³ Vide Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Abril de 2011. Disponível em «<https://www.stj.pt/?p=5264>», onde se disponibilizou o texto integral da comunicação do Senhor Presidente do STJ, subordinada ao tema *Ministério ou Mistério? O Exercício da Ação Penal e o Sistema Judicial Português*, na Conferência sobre Investigação Criminal e Ação Penal, realizada em Lisboa, no dia 13 de Abril de 2011.

²⁴ Recomenda-se a leitura do preâmbulo do DL n.º 35.007, especificamente os números 2 a 4.

²⁵ Analisando o regime deste DL, de grosso modo e para melhor compreensão do leitor, poderíamos comparar a instrução preparatória com o atual inquérito e a instrução contraditória com a atual instrução.

assumir o papel de *juiz das liberdades*²⁶. A orientação ulterior do processo competia, obviamente, ao Tribunal, que não fundamentaria a acusação, apenas a julgaria.

No ano de 1972²⁷, criam-se os juizes de instrução. Esta figura surgiu inovatoriamente na Lei n.º 2/72, de 10 de Maio, que teve por objetivo “*esboçar um sistema de fiscalização judicial da atividade instrutória do MP e das policias*”²⁸ – neste diploma estabeleceu-se competência dos juizes de instrução criminal, localizados em Lisboa, Porto e Coimbra, para “*o exercício de funções jurisdicionais, durante a instrução preparatória e contraditória*” e para “*dirigir a instrução contraditória*”. Porém, como bem identificado por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “*continuou-se muito aquém do que seria exigido para que se pudesse falar de uma estrutura verdadeiramente contraditória*”²⁹ ”.

Também é em 1975, é criado um *inquérito policial*, que dispensa a instrução preparatória, nos crimes menos graves³⁰.

Com a Revolução do 25 de Abril, estabelece-se um marco no nosso direito penal. Esta nova fase, orientada “*pelos princípios do Estado de Direito material, de raiz democrática e social*”³¹, corresponde à tendência comum nos quadros políticos após uma ditadura, que é a de penderem para a jurisdicionalização da investigação, de modo a impor o hábito jurídico e social de garantia dos direitos da cidadania³².

²⁶ É de salientar que, até entrada em vigor do DL 35.007, o Juiz assumia a função de *Juiz-Polícia*. Com a mudança de paradigma, passa a assumir a posição de *Juiz das Liberdade*. Para maiores desenvolvimentos, *vide*, por exemplo, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades – A desconstrução de um mito do processo penal*, Almedina, 2011 e ainda, RAUL SOARES DA VEIGA, *O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais*.

²⁷ Esta parcela de história do nosso direito processual penal fora impulsionada pelas concessões liberalizantes do regime marcelista, como explicado por FIGUEREDO DIAS (*vide* «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», *in Para uma reforma global do Processo Penal Português*, 1983, p. 196). É também neste ano que surge o DL n.º 185/72, de 31 de Maio, cuja pretensão fora a de melhorar a posição processual do arguido, no que respeita à defesa dos seus direitos fundamentais nas fases preliminares do processo.

²⁸ *Vide* FIGUEREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 196.

²⁹ *Vide* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no novo Código de Processo Penal» *in O novo código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, 1987, p. 67-68.

³⁰ *Vide* preâmbulo do DL n.º 605/75, de 3 de Novembro.

³¹ *vide* FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 196.

³² *Vide* Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Abril de 2011. Disponível em «<https://www.stj.pt/?p=5264>», onde se disponibilizou o texto integral da comunicação do Senhor Presidente do STJ, subordinada ao tema

É verdadeiramente essa tendência que se manifesta no art. 32.º, n.º 4 da nova CRP, ao estabelecer que “*toda a instrução será da competência de um juiz*” – uma vez que não existia, no quadro constitucional, qualquer referência a um *inquérito criminal, pré-inquérito, inquérito policial ou outra designação*. Assim, de acordo com o espírito do legislador constituinte, pretendia voltar-se aos moldes do CPP de 1929³³ no tocante ao sujeito que seria *dominus* do inquérito.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, aprovada pelo Decreto n.º 86/1976, consagrou ainda a estrutura acusatória do processo penal, no artigo 32.º, n.º 5, e a competência do Ministério Público para o exercício da ação penal, no artigo 224.º n.º 1 (com correspondência, atualmente, ao artigo 219.º).

Com o objetivo³⁴ de alterar as normas vigentes, para lhes atribuir conformidade com a nova Constituição, surge em 1977 o DL n.º 377/77, de 6 de Setembro. Salienta-se, também, o surgimento de outros diplomas avulsos, cujo propósito fora o de alterar pontualmente questões específicas do regime processual. E, importa ainda realçar as dificuldades acrescidas que emergem das modificações “*introduzidas pelas leis de organização judiciária, tanto em matéria de competência, como, inclusivamente, no novo perfil dado a alguns dos sujeitos processuais, em especial ao ministério público*”³⁵.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1982, a sociedade desperta para uma nova conceção político-criminal, o que obviamente impacta no processo penal³⁶.

Como já parecia ser prática do legislador, em 1982 surge um outro diploma, o DL n.º 402/82 de 23 de Setembro, cujo único propósito fora – e passa-se a citar o respetivo

Ministério ou Mistério? O Exercício da Ação Penal e o Sistema Judicial Português, na Conferência sobre Investigação Criminal e Ação Penal, realizada em Lisboa, no dia 13 de Abril de 2011.

³³ Esta decisão de jurisdicionalizar a instrução, tomada pelo legislador constituinte, só se compreende se nos relembrarmos que, devido à estrutura hierárquica do MP e sua dependência do Ministério da Justiça, a comunidade associava o MP ao regime opressivo, desconfiando desta magistratura. Esta opção, porém, gerou controvérsia, uma vez que “pecou por excesso” ao conferir ao juiz de instrução todos os atos de execução da instrução. Esta decisão levantava novamente as críticas de que a função do juiz é a de julgar e não a função investigatória e de acusação.

³⁴ Perceptível se consultado o preâmbulo do mesmo.

³⁵ Vide FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 197.

³⁶ Vide FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 197. Para mais informações sobre o direito substantivo – e por meio da remissão do próprio – vide, do mesmo autor, «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro», Revista da Ordem dos Advogados, 43 (1983), pp. 3 e ss.

relatório – “estabelecer um conjunto mínimo de normas que se reputem indispensáveis para viabilizar a entrada em vigor do Código Penal”, admitindo, porém, que tal “não dispensa, nem prejudica, a elaboração de um novo Código de Processo Penal”.

Chegados a 1983, já FIGUEREDO DIAS³⁷ identificava a disparidade existente entre um direito penal substantivo *moderno e progressista* e um direito processual penal *atrasado e desarticulado* – produto de sucessivas reformas parciais de pendor diferente, que se não coadunavam com o mínimo indispensável de coerência do sistema.

A “manta de retalhos” em que o processo penal se havia tornado, “só acabaria por ser desbloqueada com a publicação do Código de Processo Penal de 1987”³⁸, apogeu desta nossa introdução histórica.

O CPP de 1987 passa a consagrar um processo de estrutura acusatória, integrado por um princípio de investigação³⁹ – sendo acusatório quanto à sua estrutura essencial⁴⁰, mas inquisitório no que toca à promoção do processo e à prova⁴¹.

Este Código vem delimitar, rigorosamente, as funções desempenhadas pelos diferentes órgãos ao longo da marcha do processo. Assim, MP, juiz de instrução e juiz de julgamento

³⁷ Vide FIGUEIREDO DIAS, «Para uma reforma do global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in *Para uma nova Justiça Penal*, 1983, p. 198.

³⁸ Vide TEODÓSIO JACINTO, “O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”, Colóquio de Direito Penal e Processo Penal; Supremo Tribunal de Justiça, 2009, p. 7.

³⁹ Como já tivemos oportunidade de ver – e remetemos para a nota de rodapé n.º 3 – a tendência na Europa passou a ser a dos *processos de estrutura mista*. MEIRELLE DELMAS MARTHY agradeceu o nosso CPP e reconheceu-o como um “*exemplo logo após a sua publicação, por afirmar uma estrutura acusatória, mas não puramente*” – vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um Processo Penal Europeu*.

⁴⁰ Impõe o art. 32.º, n.º 5 da CRP, a estrutura acusatória do processo, sendo um dos seus corolários a circunstância de o Tribunal não poder conhecer para lá do objeto fixado pela acusação. Como consequência, a sentença que altere factos que constam da acusação, é nula, nos termos do art. 379.º, n.º 1, al. b) do CPP. E, para que se dê cumprimento a este princípio, é ao MP, órgão independente, que compete o exercício da ação penal, nos termos do art. 219.º, n.º 1 da CRP.

⁴¹ Quanto à promoção, na senda do MP, reflete-se quer quanto à oficialidade, prevista no art. 48.º do CPP, quer quanto ao princípio da legalidade, previsto no art. 219.º, n.º 1 da CRP. Ao longo de todo o processo, quer em sede de instrução, quer em sede de julgamento – cf. art. 340.º do CPP – a lei confere ao juiz o poder da investigação, com o propósito de alcançar a verdade material, no qual irradia o princípio do inquisitório.

passam a ser responsáveis por cada uma das fases do processo – i.e., inquérito, instrução e julgamento, respetivamente.

Esta opção legislativa vai de acordo com a clarificação que se dá a nível europeu, de que o “*autêntico sentido da asserção “quem investiga, não julga”, é o “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 de julgamento e o juiz de instrução”*”⁴².

É o princípio do acusatório que realiza as garantias de independência, objetividade e imparcialidade, que só se encontram asseguradas quando a entidade que julga não tem contacto com a investigação ou acusação; e mais, “*a dedução de acusação é pressuposto de toda a atividade judicial de conhecimento e decisão*”, uma vez que “*a acusação, ao definir o objeto do processo, delimita também os poderes de cognição do tribunal*”⁴³.

Com a entrada em vigor deste Código, fica esclarecido que o MP surge no processo como um órgão de administração da justiça que deve “*colaborar com o Tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito*”⁴⁴, devendo obedecer a critérios de estrita legalidade e objetividade. Assim, o MP “*colabora com o Tribunal na realização do direito, mas só a este cabe o processo de aplicação e de declaração do direito no caso*”⁴⁵.

Fica também ponto assente que o Juiz de Instrução é, para o nosso processo penal, a “*autoridade judiciária com competência para proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito*”⁴⁶.

Previamente, trouxemos à colação as definições apresentadas pelo Código quer para o inquérito, quer para a instrução e, para lá remetemos nesta fase introdutória. Ainda assim, recuperando, o atual código – que pretendeu resolver os problemas do antigo Código⁴⁷ –

⁴² Vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português» in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, 2001.

⁴³ Vide ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, «As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução» in *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra Editora, 2009.

⁴⁴ Vide art. 53.º, n.º 1 do CPP.

⁴⁵ Vide FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» in *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*, 1988.

⁴⁶ Vide JOSÉ MOURAZ LOPES, *A garantia judiciária no processo penal: do juiz e da instrução*, 2000.

⁴⁷ Nomeadamente, a excessiva duração média do processo (cuja responsável, era a fase preparatória), a constatação de que os direitos dos arguidos ficavam perdidos no “*emaranhado de promoções do Ministério Público, despachos do juiz de instrução e do juiz da causa e dos recursos*” e ainda o facto de a competência

transformou, em primeiro lugar, a fase de inquérito numa fase “*geral e normal de preparar a decisão de acusação ou não acusação*”⁴⁸, cujo *dominus* é o MP, e, em segundo lugar, a fase da instrução, numa fase dirigida pelo Juiz de Instrução, que passa a ter de ser requerida – pelo arguido, se pretender invalidar a decisão de acusação, ou pelo assistente, se desejar contrair a decisão de arquivamento.

§2. A problemática em torno no art. 32.º, n.º 4 da CRP

O direito processual penal é “*direito constitucional aplicado*”⁴⁹. Como bem sabemos, é sempre imperativo – mas sobretudo nesta área do direito, pelos valores e bens jurídicos em causa – que a lei ordinária viva em sintonia com o que estabelece a nossa CRP.

Na temática relativa à fase de instrução, foi o conforto entre o atual art. 263.º do CPP e o art. 32.º, n.º 4 da CRP, que se gerou acesa controvérsia.

Vejamos que, aquando da redação do art. 32.º, n.º 4 da CRP, a instrução compreendia quer a *instrução contraditória*, quer a *instrução preparatória* (com correspondência ao inquérito⁵⁰, visto à luz do Código de 1987). Ora, se assim é, indaga-se a conformidade do art. 263.º do CPP com a Constituição, ao estipular que o inquérito é da direção do MP.

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a questão e, no acórdão n.º 7/87⁵¹, decidiu “*parecer não poderem levantar-se obstáculos quer ao art. 263.º, quer ao art. 286.º. E, (...) fica também afastada a inconstitucionalidade “consequencial” do n.º 1 do art. 270.º do Código*” – posição que é acompanhada por FIGUEIREDO DIAS⁵², com menção expressa no acórdão referido.

para dirigir a instrução ter sido conferida ao juiz de instrução, enquanto o MP continuava a dirigir o inquérito preliminar – vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no novo código de processo penal», in *O novo código de processo penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, 1987.

⁴⁸ Vide TEODÓSIO JACINTO, *ob. cit.*, p. 7

⁴⁹ Vide MARIA JOÃO ANTUNES, «Direito Processual Penal – Direito Constitucional Aplicado» in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, 2009, p. 745 a 754.

⁵⁰ “*Que a finalidade do inquérito é a mesma que as leis anteriores atribuíam ao “corpo de delito” e à “instrução preparatória” parece fora de dúvida*” – vide Ac. do TC n.º 7/87.

⁵¹ Cujas leituras recomendamos.

⁵² Que, em vários contributos – referenciados no próprio acórdão – afirmou a ideia de que o processo se deve iniciar com uma fase de investigação da *notitia criminis*, “*cujas denominação é em larga medida indifferente, mas que, com razoável correção se chamará inquérito preliminar*”, que termina com uma decisão

A linha argumentativa do acórdão fundou-se em três premissas: (i) Pressupõe que a *instrução* a que se refere o 32.º, n.º 4 pode ser entendida como “*não abrangendo todas as formas de averiguação, investigação ou de corpo delito*” e que a intervenção do juiz se justifica “*para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos*” ao longo do processo e “*para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais*”; (ii) Na evidência de que apesar da direção do inquérito ser competência do MP, os atos enumerados nos arts. 268.º e 269.º são da exclusiva competência do juiz; e (iii) Na garantia de que há sempre a possibilidade de o arguido requerer a abertura de instrução, nos termos do art. 287.º, n.º 1, al. a) do CPP.

Embora existissem vozes discordantes – como as de GERMANO MARQUES DA SILVA⁵³ ou VITAL MOREIRA⁵⁴, com foco no elemento histórico da interpretação – a interpretação que vingou foi dada pelo Acórdão nº 7/87.

Para o que nos é essencial, a conclusão que deve ser extraída do art. 32.º, n.º 4 da CRP é a exigência de que quaisquer atos que se prendam com direitos fundamentais⁵⁵, ao longo

de acusação ou não e cuja direção deve caber ao MP, que “*retomará a sua função tradicional*” de *dominus* da investigação, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

⁵³ Para estudar a posição adotada por GERMANO MARQUES DA SILVA *vide*, «Da inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar» in *Direito e Justiça*, vol. I, n.º 3, 1980.

⁵⁴ Na sua declaração de voto ao referido acórdão, oferece uma contribuição bastante enriquecida na vertente histórica. Aquando da elaboração da CRP, como vimos previamente, a instrução compreendia quer a instrução contraditória, quer a instrução preparatória. Pelas circunstâncias que também já enumeramos referentes à desconfiança do MP, foi o desejo do legislador jurisdicionalizar toda essa fase. Em 1982, aquando da revisão constitucional – e atribuímos mérito ao Dr. Vital Moreira por expor este facto de forma tão clara – surgem propostas de alteração do preceito, que não lograram. A alteração que se verificou foi apenas a possibilidade de o juiz “*delegar noutras entidades a prática de atos instrutórios, salvo os que se prendem diretamente com direitos fundamentais*”, como dispõe a 2ª parte do 32.º, n.º 4. É, assim, reafirmada a intenção de jurisdicional toda a instrução. O que implica que, com o art. 263.º, se volta à estrutura que historicamente se pretendeu abolir. Entende Vital Moreira que se a CRP “*utilizou indubitavelmente o conceito de instrução para abranger toda a instrução (...) não pode vir o legislador a rebatizar de inquérito a antiga instrução preparatória para assim a furta do juiz*”.

⁵⁵ Esta leitura, aparentemente já restritiva, tem sido alvo de uma interpretação ainda mais restritiva, passando a estabelecer-se em certos acórdãos que apenas se justifica a intervenção do juiz fora do previsto nos arts. 268.º e 269.º do CPP no que respeita a atos de investigação que afetem “*gravemente*” com direitos fundamentais. *Vide*, a este respeito, entre outros, o recente Acórdão do TC n.º 121/2021.

da fase de inquérito, sejam da competência do juiz de instrução criminal (e não a exigência da competência do juiz para a investigação do processo).

A nosso ver, é um pouco embaraçoso percorrer toda uma análise histórica para que se compreenda como se compatibilizam os art. 32.º, n.º 4 da CRP e 263.º do CPP – sobretudo, se a conclusão a que chegamos é a de que temos de interpretar a CRP para ser coerente com a lei ordinária e não o contrário. A primeira crítica que deixamos é, portanto, a que deveria ter existido uma preocupação prévia de alterar o disposto na CRP e, só depois, proceder à nova organização que o CPP nos apresenta.

É verdade que existe um elemento da interpretação, que é, neste caso, inultrapassável (e o próprio texto do acórdão indicia *isso mesmo*) – a interpretação feita ao artigo 32.º, n.º 4 da CRP, na sua vertente histórica, levar-nos-ia sempre à conclusão oposta à que chegamos com o Acórdão n.º 7/87 (*vide* notas de rodapé 52 e 53).

Porém, e ainda que a interpretação histórica seja relevante, é do nosso entendimento que a interpretação sistemática e o equilíbrio do sistema penal, devem prevalecer.

Assim, independentemente das várias críticas tecidas ao Acórdão, há que concordar com ANABELA MIRANDA RODRIGUES – “*só uma solução do tipo da que se consagra no novo Código se adequa integralmente aos dados jurídico-constitucionais englobantes*”⁵⁶. Assim também, FIGUEIREDO DIAS, ao trazer à colação o argumento interessante, e de grande valor, de que a Constituição deve ser lida de forma que se permita a sua “*compatibilização com a totalidade dos mandamentos constitucionais*” – o que implica conciliar os princípios do monopólio da função jurisdicional e independência dos juízes, com a autonomia da magistratura do MP e seu monopólio da acusação e ainda com a estrutura acusatória do processo⁵⁷.

Se é verdade que a CRP atribui ao MP o exercício da ação penal – no qual se integra o inquérito e o princípio do acusatório – devem ser-lhe atribuídas as ferramentas para que execute essa sua função, e só esta interpretação permite essa conclusão.

Portanto, a interpretação que vingou é a que melhor respeita o processo penal, quando confrontados todos os princípios que o caracterizam. Ainda que o ponto de partida esteja

⁵⁶ *Vide* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no Novo Código de Processo Penal» in *O novo código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*.

⁵⁷ *Vide* FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» in *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*.

inevitavelmente condenado – seja pelo elemento histórico da interpretação, seja pela circunstância de se interpretar a CRP para que seja conforme à lei ordinária – o ponto de chegada é, a nosso ver, o correto.

CAPÍTULO II

A FASE DE INSTRUÇÃO E COMPETÊNCIAS DO JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL – A SUA AFIRMAÇÃO COM O CPP DE 1987

§ 3. Aspetos Gerais

Como já adiantámos anteriormente, a instrução, fase que integra o *processo preliminar* do nosso processo penal português, aparece temporalmente enquadrada entre a fase de inquérito e a fase de julgamento. Inicia-se com um requerimento e há de terminar com uma decisão do juiz, a *decisão instrutória*, que pode ser assumir a forma de *pronúncia* ou de *não pronúncia*, consoante o juiz decida submeter ou não a causa a julgamento.

O Código de Processo Penal de 1987, no art. 286.º, n.º 1, inaugura as disposições relativas à fase de instrução com uma definição já nossa conhecida, de que a instrução tem como finalidade a *comprovação judicial da decisão de deduzir acusação* ou de *arquivar o inquérito* – entendendo-se, aqui, por *comprovação*, “o controlo jurisdicional sobre uma decisão por parte de um juiz diverso do juiz de julgamento”⁵⁸.

Esta fase não foi desenhada pelo legislador com o objetivo de se vir a conhecer do mérito da acusação, mas sim com o propósito de comprovar se se verificam ou não os pressupostos de que a lei faz depender a acusação⁵⁹ ou o arquivamento⁶⁰ – por outras palavras, foi *idealizada*⁶¹ com o propósito de verificar se foram “*observados os requisitos*

⁵⁸ Definição de “comprovação” oferecida pelo Dr. MAIA COSTA – vide anotação ao art. 286.º no “*Código de Processo Penal Comentado*”, 2016, 2.ª ed., Almedina, Lisboa.

⁵⁹ Previstos no art. 283.º, n.º 1 do CPP.

⁶⁰ Previstos no art. 277.º, n.º 1 e n.º 2 do CPP.

⁶¹ Este verbo é uma *escolha ponderada*, tendo em conta a parte crítica que mais à frente desenvolveremos. Referimo-nos aqui *apenas* à idealização do legislador.

legais e, entre os quais, a existência ou inexistência de indícios suficientes de que foi praticado o crime e de quem foi o seu agente”⁶².

Esta noção é complementada com o disposto nos números seguintes, que estabelecem que a instrução tem *carácter facultativo* e que só existe na forma de *processo comum*⁶³.

§ 4. A facultatividade

Debrucemo-nos agora sobre a nota da facultatividade. Consagrar uma fase do processo como facultativa implica, como condição da sua existência, que esta tenha de ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento⁶⁴.

Se analisarmos o preâmbulo do CPP de 1987, as motivações que levaram a esta decisão surgem expostas no número III, ponto 7, al. b). Esta opção – na sequência da eliminação das fases de instrução preparatória e contraditória e na conversão do inquérito como fase normal de preparar a decisão de acusar ou não, por parte do MP – foi motivada pela convicção de que só assim seria possível “*ultrapassar um dos maiores e mais graves estrangulamentos da nossa atual praxis processual penal*”, assumindo por garantido que todos os atos processuais que contendam com direitos fundamentais são autorizados ou praticados por um juiz.

Além do mais, foi também esta fase foi configurada como um direito disponível do arguido ou do assistente por se ter entendido “*ser despiciendo consagrar uma segunda fase preliminar do processo obrigatória se ninguém nela estivesse interessado*”⁶⁵.

⁶² Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português – III*, Lisboa, 2018, p. 127 e também p. 135 e p. 136.

⁶³ Não há lugar à instrução no *processo sumário* pois o arguido é detido e imediatamente submetido a julgamento e, se este não aceitar a *forma sumaríssima* – i.e., o momento de aplicação da sanção – o processo há de seguir pela forma comum ou abreviada. Já quanto ao *processo abreviado*, a partir de 2007, com a alteração da Lei n.º 48/2007 – que gerou vozes de descontentamento, nomeadamente a de PAULO PINTO DE ALBUQUEQUE, que invoca até a sua inconstitucionalidade – não se admite a instrução apenas por motivos de celeridade. A este respeito, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 129 e 130.

⁶⁴ As informações relativas aos prazos constam do art. 287.º do CPP. Para mais desenvolvimentos acerca das formalidades, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 130 a 143.

⁶⁵ Vide JOSÉ SOUTO DE MOURA, *Inquérito e instrução*, p. 116.

A legitimidade para requerer⁶⁶ a instrução pertence ou (i) ao arguido – quando tenha sido deduzida contra ele acusação, quer pelo MP⁶⁷, quer pelo assistente⁶⁸, nos termos do art. 287.º, n.º 1 al. a) do CPP; ou (ii) ao assistente⁶⁹ – quando, tratando-se de crime público ou semipúblico, o MP tenha optado pelo arquivamento ou quando, tendo o MP deduzido determinada acusação, o assistente discorde substancialmente⁷⁰ dessa mesma acusação, nos termos do art. 287.º, n.º 1, mas agora na al. b).

Daqui se extraem duas conclusões⁷¹.

Da perspetiva do arguido – que pode requerer a abertura da instrução quer para “*ilidir ou enfraquecer a prova indiciária*” da acusação, quer por “*razões exclusivamente de direito material ou adjetivo*”⁷² – “*constitui um simétrico complemento das garantias de defesa*”, que decorre do art. 32.º, n.º 4 da CRP.

Deste prisma, a instrução é uma garantia de que o arguido não será submetido a um julgamento, se não se verificarem os pressupostos exigidos por lei – estas considerações

⁶⁶ E note-se, se requerida por quem tem legitimidade para tal e respeitando os prazos para o efeito, e esta não houver, dá-se um caso de nulidade insanável, nos termos do disposto do art. 119.º, al. d) do CPP.

⁶⁷ Tratando-se de um crime público ou semipúblico.

⁶⁸ Tratando-se de um crime particular.

⁶⁹ Na *ob. cit.*, também na anotação ao artigo referido, o Dr. MAIA COSTA, esclarece que, na circunstância de o assistente considerar que o inquérito foi insuficiente em termos de recolha de prova ou investigação, ao invés de abrir a instrução, a via de atuação deve ser a de recorrer ao mecanismo do art. 278.º, n.º 2 e reclamar hierarquicamente. Esta interpretação decorre logicamente do art. 287.º, n.º 1, al. b), ao estipular que o assistente pode requerer a instrução relativamente “*aos factos pelos quais o MP não tiver deduzido acusação*”. Assim, se o motivo de discordância do assistente se referir a factos que já constam da acusação – *i.e.*, o assistente não discorde substancialmente da mesma – deve socorrer-se da *reclamação hierárquica*.

⁷⁰ Tratando-se de factos novos – recordemos o disposto no art. 287.º, n.º 1, al. b), “*factos pelos quais o MP não tiver deduzido acusação*” – os que implicam uma alteração substancial são os que tiverem “*por efeito a imputação de um crime diverso*” ou a “*agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis*”, como decorre da definição oferecida pelo art. 1.º, al. f) do CPP.

⁷¹ Aqui seguimos MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 957.

⁷² *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 131 – pese embora esta conclusão decorra da simples leitura conjugada do art. 287.º, n.º 1, al. a) com o n.º 3 do mesmo artigo do CPP. E, deixamos nota de que, no admirável entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA, também será de admitir “*o requerimento que vise apenas a aplicação da suspensão provisória do processo*”, como consta do art. 307.º, n.º 2, por ser admissível nesta fase e por impedir que o processo avance para a fase de julgamento (assim, também, Ac. TRC de 28.01.12).

geraram controvérsia acerca da imposição constitucional desta fase, concretamente, por força da presunção de inocência, havendo duas posições antagónicas a este respeito⁷³.

Já na perspetiva do assistente, a possibilidade de requerer a instrução constitui um instrumento de “*tutela do seu interesse de prosseguimento do processo*”, que radica na “*garantia constitucional de acesso à justiça*”, consagrada no art. 20.º, n.º 1 da CRP.

Mas não só. Compete ao MP a nobre função de *exercer a ação penal*. Nesta fase do processo, a sindicância da legalidade da atuação do MP, quando há arquivamento, é promovida pelo assistente, através deste mecanismo.

Quando o assistente requer a abertura desta fase, tendo o despacho de arquivamento do MP como pressuposto que lhe confere legitimidade, este, no seu requerimento de abertura de instrução⁷⁴, vem ao processo indicar em que termos o MP deveria ter deduzido a acusação – e é esta *acusação* que vai “*delimitar substancialmente os poderes do juiz*”⁷⁵.

Na hipótese de o assistente discordar substancialmente da acusação do MP, o juiz terá de comprovar quer a acusação do MP, quer o RAI do assistente.

Quer isto significar que, nestes casos, quer a acusação do MP, quer o RAI do assistente têm a função material de acusação, e ambos devem ser tidos em conta no momento de fixação do objeto do processo, como decorre expressamente da letra do art. 309.º, n.º 1, lida em conjunto com o art. 303.º, n.º 3, ambos do CPP.

É na sequência destas reflexões que concluímos, tal como GERMANO MARQUES DA SILVA, que se tem como objeto da instrução, portanto, “*os factos descritos na acusação formal deduzida pelo MP ou pelo assistente ou implícita no requerimento de instrução do assistente*”⁷⁶.

⁷³ Vide MAIA COSTA, ob. cit., p. 958, anotação ao art. 286.º do CPP, concretamente o ponto 2. No sentido de que não existe fundamento constitucional, Paulo Pinto de Albuquerque, Nuno Brandão e os Acórdãos do TC n.º 474/94, 459/2000 e 242/2005. No sentido de que existe sim esta imposição pela Constituição, Fernanda Palma, com opinião expressa nos votos de vencido nos Acórdãos do TC n.º 459/2000 e 242/2005 e ainda Raul Soares da Veiga.

⁷⁴ Doravante, RAI.

⁷⁵ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., p. 144.

⁷⁶ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit., p. 147.

A respeito do *próprio* requerimento para abertura de instrução⁷⁷, vigora o disposto no art. 287.º do CPP. Este não está sujeito a formalidades especiais, mas exige-se que constem do seu conteúdo determinados elementos essenciais – *as razões de facto e de direito da discordância*, assim como os *atos de instrução* que se pretende que o juiz leve a cabo, *os meios de prova* desconsiderados no inquérito e os *factos que se espera provar*.

Quando este requerimento provém do assistente – por consubstanciar “*uma acusação que, nos mesmos termos que a acusação formal, condiciona e limita a atividade de investigação do juiz e decisão instrutória*”⁷⁸ – acrescem a estas exigências, as referidas no n.º 3, al. b) e c) do art. 283.º, para o qual remete o art. 287.º do CPP.

§ 5. Retrospectiva sobre o seu conteúdo

A instrução é dotada de uma *dupla facultatividade*, já que, para além de ter de ser requerida, apenas parte do seu conteúdo é obrigatório. Seguindo o disposto nos arts. 289.º, n.º 1 e 292.º, n.º 2 do CPP, existe uma fase facultativa, composta pelos *atos de instrução que o juiz entenda levar a cabo*; e outra obrigatória, composta pelo *debate instrutório* e pelo *interrogatório do arguido ou da vítima*⁷⁹, *quando por estes requerido*.

Os *atos de instrução* traduzem-se em *diligências de investigação e recolha de prova*. Pode, porém, dar-se o caso de serem praticados atos *na* instrução, cronologicamente considerada, que não são *de instrução*, como é o caso, p.e., das medidas de coação e garantia patrimonial e também das declarações para memória futura⁸⁰.

Quanto à produção de prova, matéria intrinsecamente ligada aos poderes do JIC que passamos já de seguida a abordar, esta obedece aos *princípios da investigação oficiosa*, da *necessidade*⁸¹ e *legalidade*⁸² do ato, da repetição de prova já produzida no inquérito

⁷⁷ Que só pode ser rejeitado por um de três motivos, contemplados no art. 287.º, n.º 3 do CPP – por ser *extemporâneo*, por *incompetência do juiz* ou por *inadmissibilidade legal da instrução*. Relativamente a esta última, por ser a hipótese que implica maior concretização, sugerimos a consulta: GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob.cit.*, p. 141 e 142.

⁷⁸ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 126.

⁷⁹ Surge na redação dada pela Lei n.º 130/2015, de 04.09, que aprovou o Estatuto da Vítima.

⁸⁰ Cf. arts. 194.º e 294.º do CPP.

⁸¹ Cf. art. 290.º, n.º 1 e 292.º, n.º 2 do CPP.

⁸² Cf. art. 292.º, n.º 1 do CPP.

por *indispensabilidade à realização das finalidades da instrução* ou por *inobservância dos requisitos legais no inquérito*⁸³ e sobressai a importância da sua *natureza indiciária*⁸⁴.

Esta fase do processo quer-se, de acordo com o desejo expresso do legislador⁸⁵, e ao contrário da fase anterior, contraditória⁸⁶. Assim o evidencia o art. 289.º, sobretudo no seu número 2, ao conferir a possibilidade aos sujeitos processuais de assistir aos atos de instrução por qualquer um deles requeridos, assim como de pedir esclarecimentos ou ainda formular perguntas.

O grande protagonista desta fase é o *debate instrutório*, que vem regulado entre os art. 297.º e 305.º do CPP. Este debate é *oral e contraditório*, e tem como finalidade permitir uma discussão, perante o juiz, sobre se, do processo até então, resultam *indícios de facto e elementos de direito* suficientes para justificar que o processo siga para a próxima fase, que é a fase de julgamento. É ao juiz que compete quer a disciplina deste debate, quer a sua organização e direção.

Supostamente, este debate “*decorre sem sujeição a formalidades especiais*”, como resulta da letra do art. 301.º, n.º 2 do CPP – o que não significa que não tenha *regras claras e rigorosas quanto aos atos a praticar* e os direitos das partes. A informalidade aqui referida consiste na circunstância de as decisões tomadas pelo juiz não requerem fundamentação e na intervenção ativa do juiz na produção de prova⁸⁷.

O debate instrutório, do qual é depois *lavrada ata*⁸⁸, decorre de acordo com o estipulado no artigo 302.º do CPP. O juiz dá início ao debate com uma exposição sumária sobre os atos de instrução e questões de prova relevantes que apresentem carácter controverso. Concede-se depois a possibilidade ao MP, ao advogado do assistente e ao defensor de requerer a produção de prova indiciária suplementar que se proponham apresentar sobre questões controversas. Inicia-se a produção de prova, dirigida pelo juiz, que resolve as questões que se suscitarem. O juiz confere a possibilidade de os

⁸³ Cf. art. 291.º, n.º 1 do CPP.

⁸⁴ Cf. art. 301.º, n.º 3 do CPP.

⁸⁵ Vide Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro: III, n.º 7, al. b).

⁸⁶ Esta questão será tratada autonomamente no capítulo seguinte.

⁸⁷ Vide MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 975.

⁸⁸ Cf. art. 305.º do CPP.

participantes formularem em síntese as suas conclusões, das quais se pode admitir réplica, a exercer só uma vez, sendo o defensor, se assim quiser, o último a falar.

Relativamente ao regime que rege a alteração do objeto do processo, importa conjugar os artigos 303.º e 309.º do CPP, mas tal será desenvolvido *infra*.

Como resulta de uma interpretação conjunta dos art. 307.º e 308.º do CPP, a instrução encerra com uma decisão instrutória, que pode consistir num despacho de pronúncia ou não pronúncia – consoante se tenha recolhido *indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança* ou não – que será ditado para a ata. Quando a complexidade da causa assim o justificar, o juiz pode diferir, num prazo máximo de 10 dias, a leitura da decisão.

§6. A vasta amplitude de poderes do JIC

Um último aspeto, e talvez dos mais importantes, a analisar no âmbito deste capítulo é o relativo aos poderes do JIC, em sede de instrução.

Esta é uma fase jurisdicional, não apenas por ser *dirigida por um juiz*, como consta do art. 288.º do Código, mas também pelo facto da atividade processual desenvolvida na instrução ser *materialmente judicial – i.e., a “apreciação pela jurisdição dum situação factual concreta seguida dum decisão proferida de um ponto de vista exclusivamente jurídico”*⁸⁹, como nos é explicado por FIGUEIREDO DIAS.

É de notar que, embora dirigida pelo juiz de instrução, este pode conferir aos órgãos de polícia criminal o encargo de proceder a quaisquer diligências e investigações, desde que não se trata do interrogatório, quer do arguido, quer de testemunhas e de atos que sejam exclusivamente da competência do juiz.

O que sobressai, de entre as disposições relativas à fase da instrução, é sem dúvida, a amplitude de poderes que são conferidos ao Juiz de Instrução.

⁸⁹ Vide FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» in *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*, 1988.

Ora, seguindo a ordem dos artigos apresentados pelo Código, verificamos que o juiz, *investiga autonomamente o caso*⁹⁰. Este poder de investigação autónoma está vinculado pelo “âmbito temático” traçado pelo RAI ou pela acusação⁹¹, mas ainda assim, não está limitado quanto ao conteúdo das diligências a realizar, uma vez que é o próprio juiz que decide *quais os atos de instrução* que devem ser levados a cabo⁹².

O JIC apenas pratica os atos *necessários à realização das finalidades da instrução*⁹³, podendo indeferir os atos requeridos que *entender que não interessam à instrução* ou que *servem apenas para protelar o andamento do processo*⁹⁴ ou, ainda, recusar qualquer requerimento ou diligência de prova que extravase a *natureza indiciária para aquela exigida nesta fase*⁹⁵.

Desde a revisão de 1998 que o despacho que indeferir a realização de diligência apenas admite reclamação, a qual é decidida por despacho irrecurável, como podemos extrair da letra do art. 291.º, n.º 2 do CPP. Esta solução foi várias vezes submetida a fiscalização pelo Tribunal Constitucional⁹⁶, que se pronunciou sempre pela conformidade com a CRP.

Desta exposição, podemos concluir que, fora os atos instrutórios obrigatórios – que já vimos ser apenas o interrogatório do arguido e da vítima, quando assim o solicitem – o Juiz de Instrução acaba por assumir o controlo pleno do conteúdo desta fase do processo. É verdade que as decisões tomadas pelo JIC devem passar sempre pelo crivo do art. 290.º, n.º 1 e também 291.º, n.º 1 do CPP – ou seja, devem ser tomadas as decisões que melhor correspondam às finalidades da instrução e que interessem para esse fim – porém, esta atuação, em grande parte, não é sindicável (como vimos no art. 291.º, n.º 2) o que coloca o destino de *cada instrução* na mão *de cada juiz*. Este consubstancia um dos *riscos* da instrução de acordo os moldes atuais.

⁹⁰ Cf. art. 288.º, n.º 4 do CPP, que estabelece o *princípio da investigação oficiosa*.

⁹¹ Vide MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 964.

⁹² Cf. art. 289.º, n.º 2, 1ª parte do CPP.

⁹³ Cf. art. 290.º, n.º 1 do CPP.

⁹⁴ Cf. art. 291.º, n.º 1 e 2 do CPP.

⁹⁵ Cf. art. 301.º, n.º 3 do CPP.

⁹⁶ Através da remissão de MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 963, vide os Acórdãos do TC n.º 371/2000, 375/2000, 459/2000, 78/2001, 176/2002, 464/2003, 611/2005, 684/2005 e 340/2007.

CAPÍTULO III

Análise crítica, com vista nas alterações legislativas relativa à fase de instrução⁹⁷

Para que possamos tecer considerações acerca do conteúdo e propósito da fase de instrução à data de 2023, importa compreender e analisar as alterações⁹⁸ que foram efetuadas desde a entrada em vigor do Código de 1987.

Após a entrada em vigor do Código de 1987 – que consagrou a instrução como uma verdadeira fase processual autónoma no decurso do processo comum, “*inicialmente pensada como um puro instrumento de controlo, posto a cargo de um juiz, a ter lugar após a fase processual especificamente destinada à investigação criminal*”⁹⁹ – seguiram-se anos de uma instrução “*sacrificada a ritos processuais inúteis, a expedientes processuais dilatatórios e abusivos*” e transformada por vezes num “*simulacro de julgamento*”¹⁰⁰, que correspondeu precisamente ao que o autor do Projeto do Código, FIGUEIREDO DIAS, pretendia evitar ao redigi-lo¹⁰¹.

De acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁰², o equilíbrio do nosso processo e a sua estrutura acusatória dependem de uma instrução “*que é sucedâneo do inquérito e não do julgamento*”. Para tal, aquando da revisão de 1998, o legislador tomou cinco opções fundamentais: (i) o segredo de justiça na instrução; (ii) a ausência de contraditório pleno nas diligências de prova; (iii) a não admissão do conhecimento dos factos que implicassem uma alteração substancial da acusação ou do requerimento de abertura de

⁹⁷ Dadas as limitações impostas relativamente à extensão do trabalho, não é possível que se proceda a uma análise extensiva sobre cada um dos temas que abordaremos neste capítulo. Iremos proceder apenas a uma contextualização geral, para que possamos proceder à análise proposta.

⁹⁸ Este CPP teve, desde a sua redação originária, e, até à data de hoje, quarenta e oito versões.

⁹⁹ Vide NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, p. 2.

¹⁰⁰ Vide NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 5.

¹⁰¹ No pensamento de FIGUEIREDO DIAS, a instrução devia traduzir-se, de grosso modo, numa “audiência pública, rápida, flexível e informar, oral e contraditória” – Vide FIGUEIREDO DIAS, «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais» in *AA. VV., Para uma nova justiça penal, Almedina, 1983*, p. 225 e s.

¹⁰² Vide anotação ao art. 286.º, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da CRP e da CEDH*, 4ª Ed., Lisboa, p. 778 e 779.

instrução, devendo o MP abrir inquérito quanto aos factos novos; (iv) a não admissão do recurso do despacho de pronúncia que confirma a acusação; e (v) a irrecorribilidade do indeferimento dos requerimentos de prova.

Esta feição da instrução esteve sujeita a um “*escrutínio cerrado e permanente*”¹⁰³ no tocante à sua conformidade constitucional quer com a tutela jurisdicional efetiva, quer com o núcleo essencial do direito de defesa do arguido. A posição assumida pelo Tribunal foi sucessiva e reiteradamente a de não há qualquer desconformidade com a CRP, fosse qual fosse o ponto de vista¹⁰⁴.

As opções legislativas referidas sofreram alterações com a revisão de 2007¹⁰⁵, a revisão com maior impacto na fase de instrução. Passaremos agora a percorrer essas alterações, que podemos abarcar em dois grupos – alterações *menos significativas* ou *mais significativas*, se tivermos por base um critério de estrutura da fase de instrução.

§7. Alteração *menos significativas* na estrutura da fase de instrução

Em primeiro lugar, importa deixar nota da adição – embora a sua relevância prática seja diminuta – ao art. 120.º, n.º 2, al. d) do CPP.

O art. 120.º do CPP trata das nulidades dependentes de arguição. Em 2007, esclareceu-se que só estamos perante uma *insuficiência de instrução* quando não tiverem sido praticados “*atos legalmente obrigatórios*” – o que, no tocante às diligências de prova, remete para o interrogatório do arguido e da vítima quando por eles solicitado, nos termos do art. 292.º, n.º 2 do CPP. Como bem nos ensina NUNO BRANDÃO, este esclarecimento (que, na prática, teve um efeito restritivo da disposição normativa) apenas pretendeu eliminar

¹⁰³ Vide NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴ Analisou-se a conformidade constitucional quanto aos princípios da igualdade, da garantia da tutela jurisdicional efetiva, da restrição excessiva da plenitude do direito de defesa, da presunção de inocência, do contraditório, da estrutura acusatória ou do direito ao recurso. Para um maior aprofundamento, *Cf.* os Acs. do TC n.ºs 31/87, 265/94, 474/94, 610/96, 468/97, 45/98, 156/98, 238/98, 266/98, 299/98, 300/98, 551/98, 216/99, 387/99, 459/00, 350/02, 463/02, 481/03, 79/05 e 242/05.

¹⁰⁵ Operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto e preparada pela Unidade de Missão da Reforma Penal, coordenada por Rui Carlos Pereira.

uma prática processual que procurava contornar o regime da irrecorribilidade do indeferimento de requerimentos de prova¹⁰⁶, o que vai de acordo com o que era então previamente defendido pela jurisprudência majoritária (*vide*, Ac. do TRP de 09.03.2005).

Em segundo lugar, importa – já com bastante relevância prática, ainda que não relativa à estruturação desta fase – atentar no disposto no art. 310.º, n.º1 do CPP.

O art. 399.º do CPP consagra a regra geral da recorribilidade de todas as decisões e despachos judiciais, exceto quando prevista a sua irrecorribilidade. É no art. 400.º que encontramos o elenco de exceções, de entre as quais, “*outras previstas na lei*”. Justamente o caso do art. 310.º, n.º 1, um desvio à regra padrão.

Na redação de 1987, previa o art. 310.º, n.º 1 que “*a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do MP é irrecorrível*”.

Independentemente da problemática que levantaremos já de seguida, este artigo, nessa redação, sempre suscitou dúvidas acerca da sua constitucionalidade.

O que ficou plasmado no art. 310.º, n.º 1 foi uma opção do legislador que sacrificou o direito ao recurso do arguido em prol da celeridade processual, por considerar que nestes casos, havia uma garantia acrescida na pronúncia, por ter duas magistraturas, independentes, imparciais e vinculadas ao princípio da legalidade, a decidir no mesmo sentido. Havendo esta *dupla conforme*¹⁰⁷, considerou-se que os direitos de defesa do arguido estavam assegurados. Porém, precisamente pela consciência de que o direito ao recurso por parte do arguido sairia sacrificado, esta norma foi diversas vezes submetida a fiscalizações por parte do TC, todas elas terminando com a mesma conclusão – a de que não surge daqui qualquer violação às disposições constitucionais.

Retomando, relativamente à redação de 87, surgia a questão de saber se a irrecorribilidade era apenas do despacho de pronúncia de *mérito ou de fundo* ou se abrangia também a pronúncia *formal* – i.e., a pronúncia relativa a questões prévias, incidentais e nulidades.

¹⁰⁶ *Vide* Nuno Brandão, *ob. cit.*, p. 9. *Cf.*, e também, o Ac. do TRP de 03.05.2006.

¹⁰⁷ Que abrange a pronúncia quer por crime particular em sentido estrito, quer na parte em que o MP tenha acompanhado a acusação particular, como podemos ver pela atual redação do art. 310.º, n.º 1 do CPP.

Em 1999, o Tribunal Constitucional¹⁰⁸ pronunciou-se acerca do assunto, defendendo a conformidade constitucional da irrecorribilidade do despacho, mesmo na parte formal. Porém, no ano seguinte, o STJ surge-nos com um Acórdão de fixação¹⁰⁹ que decide que a irrecorribilidade se refere apenas à pronúncia de mérito e não à decisão formal.

Esta contradição resolve-se na revisão de 2007, em que passa a vigorar expressamente a regra de que a decisão instrutória é irrecorrível, “*mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões previas ou incidentais*”, cujo propósito terá sido, “*porventura, o de desincentivar a litigância em torno de invalidades processuais numa fase que foi precedida de um despacho de acusação do MP*”¹¹⁰.

§8 – Alterações significativas na estruturação desta fase

Os temas que abarcaremos agora são temas de grande complexidade¹¹¹. O tema do contraditório anda a par com o tema da publicidade, como já teremos oportunidade de constatar. Invocar a disputa entre segredo e publicidade, no âmbito do processo, é *abrir uma caixa de pandora* – e, por esse motivo, não é o nosso propósito o de estudar os benefícios e as desvantagens do regime do segredo ou da publicidade. O mesmo se diga relativamente ao objeto do processo – *quicá*, o tema mais complexo da dinâmica processual penal. O que aqui nos importará é uma análise de regime antes e após revisão, para que, com essa informação, possam tecer considerações acerca da estrutura desta fase e avaliar os riscos que daqui surgem.

§ 8.1 – A publicidade

Com a lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, a instrução passa a ser pública – publicidade essa que abrange não só o debate instrutório, mas também todos os atos processuais.

¹⁰⁸ Ac. do TC, n.º 216/99, Proc. n.º 1007/98.

¹⁰⁹ Assento do STJ, n.º 6/2000.

¹¹⁰ Vide Nuno Brandão, *ob. cit.*, p. 10.

¹¹¹ E seria interessante desbravar cada um deles. Porém, tal exigiria uma investigação muitíssimo aprofundada e um trabalho bastante mais extenso do que aquele que nos é possível apresentar.

Portanto, e ao contrário do que sucede no inquérito¹¹², não é possível submeter a instrução ao segredo de justiça. Esta está sempre sujeita à publicidade externa¹¹³, tal como sucede no julgamento – *cf.* artigos 86.º, n.º 1 e, ainda, à contrário, n.º 2 a 5 do mesmo preceito.

Antes da revisão, na instrução requerida pelo assistente, valia a regra do segredo externo, que convivia em harmonia com a circunstância de, nesses casos, o MP se ter absterido de acusar o arguido pelos factos que lhe foram imputados no RAI do assistente¹¹⁴. Já na instrução requerida pelo arguido, a regra seria a da publicidade, mas este, através de uma declaração no seu RAI, poderia excluí-la.

Esta alteração foi alvo duras críticas por parte da doutrina.

NUNO BRANDÃO, além de qualificar a publicidade na instrução como a “*cereja em cima do bolo do desastre que é o novo regime-regra da publicidade*”, ainda considera que esta fragiliza quer o princípio da presunção de inocência, como o direito ao bom nome e reputação do arguido – sendo isto mais evidente nos casos em que o MP se absteve de acusar – e que assim se vinca uma notória incongruência com o regime do inquérito¹¹⁵.

Também bastante crítico, FREDERICO COSTA PINTO alerta para o *risco* que existe de se comprometer o interesse do arguido em requerer a abertura de instrução, pois “o

¹¹² *Cf.* art. 86.º, n.º 2 do CPP.

¹¹³ Falar de *segredo de justiça* implica falar de duas dimensões do segredo: a nível externo, para o público em geral, e a nível interno, para alguns sujeitos processuais. Em regra, quando se decreta o segredo de justiça, isto significa que esse segredo é externo, mas não interno (como resulta dos art. 61.º, n.º 1, al. a) e al. c), art. 194.º, n.º 6 e art. 89.º, n.º 1 a n.º 3 e ainda n.º 6 do CPP). O processo ser público significa, se atentarmos ao art. 86.º, n.º 6 do CPP, a possibilidade de assistir à realização do debate instrutório e dos atos processuais na fase de julgamento, de narrar os seus atos ou reproduzi-los nos meios de comunicação social e de consultar os atos e obter cópias. Porém, a própria publicidade está sujeita a limites, quer gerais, nos termos do art. 86.º, n.º 7, quer à assistência e à consulta de autos e obtenção de cópias, nos termos dos artigos 87.º, n.º 1 e 2 e art. 90.º, respetivamente.

¹¹⁴ *Vide* MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação» e FREDERICO COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

¹¹⁵ *Vide* NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p.13.

arguido passa a ter que se sujeitar a uma fase pública quando pretende evitar um julgamento público”¹¹⁶, o que obviamente ganha impacto nos julgamentos mediáticos.

De facto, se um dos propósitos da instrução é do permitir ao arguido não ser submetido ao julgamento – com todo o impacto de preservação da imagem social e exposição pública que isso acarreta – sem um prévio controlo jurisdicional, a mudança de paradigma quanto à publicidade na fase de instrução, pode desincentivar o arguido a requerer a sua abertura, por saber que há um risco de ser duplamente submetido à exposição pública¹¹⁷. Da perspectiva do arguido, esta circunstância é ainda mais chocante, se pensarmos nos casos em que este controlo não foi requerido pelo arguido, mas que lhe é imposto pela abertura de instrução requerida pelo assistente¹¹⁸, após um despacho de arquivamento.

§ 8.2 – O contraditório

Falar em contraditório, em sede da fase de instrução, implica direccionar o holofote para o art. 289.º do CPP, já por nós referido. E, a primeira informação que importa reter é a de que este artigo, no seu texto originário, apenas continha o atual n.º 1.

A ausência do estipulado no atual n.º 2, parecia ser reveladora de uma intenção do legislador de esclarecer que apenas o debate instrutório era dotado de contrariedade¹¹⁹, excetuando esta característica dos atos instrutórios – intenção essa que acabou por ser expressa na redação do n.º 2, consagrada pela revisão de 98¹²⁰.

¹¹⁶ Vide FREDERICO COSTA PINTO, «Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal», *Revista do CEJ, n.º 9 (especial): Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 2008.

¹¹⁷ Impacto este que só pode ser estudado em sede de psicanálise, evidentemente, porém, importa deixar frisado que este é um risco que deriva desta fase, depois da mudança de paradigma.

¹¹⁸ Assim também, Nuno Brandão, *ob. cit.*, p. 14.

¹¹⁹ Assim o entendia, JOSÉ SOUTO DE MOURA e GERMANO MARQUES DA SILVA. Numa posição antagónica FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO e ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES. Para maiores desenvolvimentos, vide FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “A fase da instrução e o princípio do contraditório”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho*, 2002.

¹²⁰ Redação do n.º 2, de acordo com a Lei n.º 59/98, de 25-08: “*Fora do caso previsto no número anterior, o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado apenas podem participar nos atos em que tenham o direito de intervir, nos termos expressamente previstos neste Código*”. Também assim se pronunciava o Dr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar*, p. 320 e s.

Assim, terminam-se as dúvidas acerca da contrariedade dos atos instrutórios, mas surgem, em contrapartida, dúvidas acerca da constitucionalidade da nova redação do art. 289.º, que acaba por ser submetido à fiscalização¹²¹ diversas vezes, sendo afirmada a sua validade constitucional por maioria.

Com a revisão de 2007, dá-se a inversão do paradigma. Com a atual redação do n.º 2 do art. 289.º, passa a vigorar a regra do contraditório em *todas* as diligências de instrução – alteração motivada, talvez, pela nova regra de publicidade sem exceção nesta fase¹²².

Com esta alteração, pretendeu conferir-se aos sujeitos processuais referidos no artigo o direito de estarem presentes e de participarem ativamente nos atos de instrução por si requeridos, mas também nos requeridos por outros sujeitos. E, entendem NUNO BRANDÃO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que, pese embora o CPP não o afirme, pela mesma ordem de ideias, também terão o direito de participar nos atos de instrução officiosamente determinados pelo juiz¹²³.

É de notar, porém, que não estamos na presença de um contraditório pleno, mas antes de um contraditório “*quase pleno*”¹²⁴, pela dependência da intervenção do juiz – é esta figura que indefere as perguntas e esclarecimentos efetuados, como podemos depreender pela letra do artigo referido.

Esta nova *roupagem* conferida ao artigo, no nosso entender, vai de encontro ao grande propósito da instrução, que é, antes de mais, a comprovação judicial, uma vez que o contraditório é um “*instrumento útil para a descoberta da verdade material*”¹²⁵, por permitir ao juiz uma melhor perceção acerca dos contornos do caso e dos objetivos de cada elemento probatório trazido para o processo.

¹²¹ Vide os acórdãos do Tribunal Constitucional, n.ºs 59/2001, 329/2005 e 535/2005.

¹²² Vide FERREIRA DE ANTAS E CASTRO, *Fase da Instrução: Quo Vadis? Repensar o sentido da instrução no processo penal português*, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2015.

¹²³ Vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 785.

¹²⁴ Vide MAGISTRADOS DO M. PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, 2009, Coimbra Editora, p. 740.

¹²⁵ Vide NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 15.

Portanto, ainda que entendamos que promove uma aproximação à fase de julgamento¹²⁶ e inevitável afastamento da fase preliminar do processo, esta é uma decisão com vista na melhor compreensão do quadro factual presente ao juiz.

§ 8.3. A alteração dos factos e da qualificação jurídica

A temática do objeto do processo¹²⁷ é das mais complexas do direito processual penal, sobretudo pela consciência de que “*ela está imbricada com problemas vários da maior transcendência da doutrina geral do crime*”¹²⁸.

O grande desafio desta matéria é conciliar os interesses antagónicos em jogo. De um lado, o princípio do *acusatório*¹²⁹ e a *tutela dos direitos de defesa do arguido*, impõem uma delimitação rigorosa dos factos. De outro, o princípio da descoberta da verdade material impõe que o tribunal conheça de novos factos não constantes da acusação, para que os factos dados por provados correspondam à verdade histórica.

É por força do acusatório que a primeira delimitação do objeto do processo tem lugar mediante acusação do MP, prevista no art. 283.º, onde se espelham todos os requisitos necessários para a *delimitação subjetiva e objetiva* do processo.

A partir deste momento, o Tribunal não pode conhecer de factos livremente. A matéria do objeto do processo é precisamente a que estabelece em que condições, e dentro de que limites, o Tribunal, quer em sede de instrução, quer em sede de julgamento, poderá

¹²⁶ Assim, MAIA COSTA, ao afirmar que “o facto de os sujeitos processuais terem o direito não só de estar presentes, como também de o intervir, suscitando pedidos de esclarecimento ou requerendo a formulação de perguntas, assimila as diligências de instrução à produção da prova, oral e contraditória, típica da audiência de julgamento”.

¹²⁷ Permitindo-se uma consideração pessoal, falar do *objeto do processo*, impõe um agradecimento especial ao Dr. HENRIQUE SALINAS e à Dra. BRUNA DE SOUSA, que, no primeiro contacto com este tema, aquando da licenciatura na Universidade Católica, nos mostram o deslumbre desta matéria.

¹²⁸ Vide NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 16.

¹²⁹ Que implica que o Tribunal só possa conhecer de factos mediante prévia acusação e só dos factos que nela constem, para que se garanta a imparcialidade do julgador, mas também para que se tutela a estratégia de defesa do arguido.

conhecer de novos factos – sendo que se não respeitar tais requisitos, a decisão que vier a ser proferida nessa sequência, padecerá de nulidade¹³⁰.

Como já referido¹³¹, o Código de 1987 atribui, no art. 287.º, n.º 1, al. b) do CPP, um poder significativo ao assistente para que também ele delimite o objeto do processo. O assistente pode requerer a abertura da instrução, quando pretenda alterar substancialmente os factos ou acusar, quando o MP opta pelo arquivamento. É por isso, como já vimos, que se exige, para o RAI proveniente do assistente, o preenchimento dos requisitos do art. 287.º, n.º 2 (que remete para o art. 283.º do CPP – o que comprova que *esse* requerimento tem a função de acusação material).

O regime de alteração do objeto do processo aplica-se quer em sede de instrução, quer em sede de julgamento (*vide* os art. 303.º e art. 358.º e 359.º, respetivamente). Para efeitos desta dissertação, só trataremos com mais detalhe do regime relativo à instrução, ou seja, do disposto no art. 303.º do CPP.

A construção do regime do objeto do processo implica uma distinção entre os *factos novos* que alteram, ou não, *substancialmente* os factos constantes da acusação ou do RAI.

Este conceito de *alteração substancial* vem definido no art. 1.º, n.º 1, al. f), que nos fornece dois critérios alternativos – há uma alteração substancial quando, em virtude dos novos factos, se *agravam os limites máximos das sanções aplicáveis* (quantitativo) ou, quando implicam a *imputação de crime diverso ao arguido* (qualitativo). Depois de proceder à subsunção, quer dos factos pretéritos, quer dos novos, ao tipo legal de crime correspondente, o juiz verifica se há ou não alteração substancial dos factos.

Depois da reforma de 2007, o regime aplicável à instrução e ao julgamento passou a ser o mesmo, com duas diferenças para a instrução – a possibilidade, que já referimos, de o assistente vir ainda configurar o objeto do processo¹³², através do RAI, e a circunstância de apenas estar prevista a possibilidade de serem conhecidos, através de acordo, factos que traduzem uma alteração substancial relativamente ao julgamento.

¹³⁰ Cf. arts. 309.º e 379.º do CPP.

¹³¹ Remetemos para o cap. II desta dissertação.

¹³² De maneira muitíssimo resumida, em sede de julgamento: ou não foi requerida a instrução e, assim, o objeto do processo será apenas delimitado pela acusação ou, quando se requer a instrução e esta encerra com um despacho de pronúncia, o objeto cristalizar-se-á no despacho de pronúncia proferido pelo juiz.

Sucintamente, e recordando que esta matéria é dotada de extrema complexidade, passaremos a explicar o regime que nos aparece previsto no art. 303.º do CPP.

Importa deixar nota, antes de mais, que a doutrina e a jurisprudência¹³³ entendem, por maioria de razão e pelo contexto histórico¹³⁴, que o art. 359.º, n.º 3 – que trata da admissão de factos que alterem substancialmente o objeto do processo através de acordo entre o MP, o arguido e o assistente – se deve aplicar analogicamente à fase de instrução.

Tratando-se de uma alteração *não substancial*¹³⁵ do objeto do processo até ali cristalizado, se for comunicada ao defensor e lhe for concedido um prazo para preparar a defesa, o tribunal pode conhecer dos factos novos.

Quando os factos novos implicam uma alteração *substancial*¹³⁶ do objeto, eles não podem ser tomados em conta pelo Tribunal, sob pena de nulidade da decisão instrutória. A comunicação desta alteração ao MP *vale como denúncia* para que o MP proceda pelos novos factos, se estes forem *autonomizáveis*¹³⁷ do objeto do processo. Tratando-se de factos não autonomizáveis, não podem ser tidos em conta na decisão, nem se pode declarar a extinção da instância para se proceder, em inquérito, pela totalidade dos factos.

Por outras palavras, se há alteração substancial dos factos, o juiz tem de decidir se são autonomizáveis ou não. Se forem autonomizáveis, comunica-os ao MP, para que abra um

¹³³ Vide, p.e., MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 977 e PAULO PINTO DE ALBUQUEQUER, *ob. cit.*, p. 799.

¹³⁴ No projeto do CPP de Figueiredo Dias, estava prevista a possibilidade de se alterar substancialmente, através do poder oficioso do juiz, o objeto do processo em sede de instrução. Esta hipótese, no entanto, não ficou consagrada na redação originária. Obviamente, se o juiz pudesse alterar oficiosamente o objeto, não faria sentido prever o acordo para a instrução. Como na redação originária passou a ser necessário que um facto integre o objeto do processo para que o juiz o conheça, o legislador, por lapso, não referiu a hipótese do acordo.

¹³⁵ Vide art. 303.º, n.º 1 do CPP.

¹³⁶ Vide art. 303.º, n.º 3 e 4 do CPP.

¹³⁷ Este conceito de *facto autonomizável* e *não autonomizável* foi uma criação doutrinal, que depois se veio a cristalizar na nossa lei aquando da revisão de 2007. De forma simplista, dir-se-á que um facto autonomizável é aquele que é “suscetível de uma valoração jurídico-penal independente, relativamente aos que constituem o objeto do processo, podendo, portanto, ser perseguidos em processo autónomo sem ofensa do princípio *ne bis in idem*” e, à contrário, um facto não autonomizável é aquele que “*forma com o objeto uma unidade de sentido que impede a sua valoração autónoma*” – vide MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 978.

inquérito autónomo quanto a eles. Se não forem, o juiz não os pode ter em conta para efeitos da pronúncia, nem o MP pode abrir inquérito pela totalidade dos factos.

Só se compreende verdadeiramente esta última premissa, se recordarmos que estas disposições são sequência da revisão de 2007, em que foram aditados os n.ºs 4 e 5 ao art. 303.º do CPP e em que se alterou também o n.º 3 do mesmo artigo.

A adição do n.º 5 justificou-se pois, na redação originária do Código, não existia um preceito que estabelecesse o regime a aplicar num caso de qualificação jurídica. Por esse motivo, surgiram duas teorias¹³⁸ – a da *vinculação estrita do JIC à qualificação jurídica da acusação* e a da *livre qualificação jurídica*. Esta última foi defendida pelo STJ – e replicava o regime do CPP de 1929 – inclusivamente no Assento do STJ n.º2/93, que veio a ser declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, no Acórdão do TC n.º 445/97, uma vez que obviamente, a qualificação jurídica releva para a defesa.

Posteriormente, no Assento n.º 3/2020, o STJ veio reconhecer que só se poderia vir alterar a qualificação jurídica desde que previamente fosse dado conhecimento ao arguido e um prazo para preparação da defesa – solução que acaba por ser consagrada.

O art. 303.º, n.º 5 do CPP é bastante claro ao estabelecer que o regime da alteração da qualificação jurídica passa a seguir o regime que se aplica à alteração não substancial dos factos¹³⁹ – tal como sucede em sede de julgamento.

Já a adição do n.º 4 e a alteração do n.º 3 levantaram maiores polémicas.

Anteriormente, a redação do art. 303.º, n.º 3 previa que, se da instrução resultassem factos novos que representassem uma alteração substancial da acusação ou do RAI, o MP tinha de abrir “*obrigatoriamente inquérito quanto a eles*”.

Na prática, esta solução implicava que, havendo factos novos que alterassem substancialmente o objeto do processo, o tribunal proferisse uma decisão de *extinção ou*

¹³⁸ vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 796.

¹³⁹ Solução esta que já tinha sido defendida no Ac. do TRC de 17.04.2202 e pela doutrina, nomeadamente, por TERESA BELEZA, IVO BAROSSO e FERNANDA PALMA.

*suspensão*¹⁴⁰ da instância e determinasse a comunicação ao MP, para que este procedesse pela totalidade dos factos e abrisse um novo inquérito – assim, dar-se-ia a “*abertura de um inquérito ex novo de todo o conjunto unitário*”¹⁴¹.

Com a nova redação, rejeitou-se¹⁴² quer a *extinção da instância*, quer a *solução da impossibilidade superveniente da instrução e respetivo arquivamento*, quer a *suspensão da instância e reabertura do inquérito inicial*, quer a hipótese de se *proferir despacho de não-pronúncia para que se proceda ao complemento do inquérito*.

A redação após revisão de 2007 foi submetida à fiscalização do TC, por suposta violação do *princípio da verdade material*. No acórdão n.º 226/2008, decidiu-se que não havia qualquer inconstitucionalidade na regra do art. 359.º do CPP – que corresponde também ao estipulado no art. 303.º. A argumentação do TC sustenta-se no facto de, ao aplicar esta solução, “*o que fica de fora (...) são circunstâncias modificativas especiais que nunca teriam relevância suficiente para sustentar um processo à parte*”, não se sacrificando o mínimo de proteção penal exigível ao “*bem jurídico nuclear*”. Nesta linha argumentativa, concluímos que, ainda que não se possa optar por uma solução que implique a escolha de um princípio em detrimento de outro, pode, no entanto, optar-se por uma solução que dê prevalência a um deles (neste caso, o princípio do *acusatório*), se daí apenas resultar um prejuízo meramente parcial para o outro.

¹⁴⁰ A instrução devia ser encerrada com uma decisão de forma, mas não havia consenso quanto ao destino a dar à instrução (se extinção, se suspensão), nem quanto à natureza do despacho de índole formal que lhe colocasse termo. O consenso existente assentava apenas na idade de que os novos factos não podiam ser ignorados e, por isso mesmo, impunha-se a sua investigação pela entidade competente, que era o MP, no momento processual adequado para tal, o inquérito. Assim, *vide* NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 17.

¹⁴¹ *Vide* SOUTO MOURA, p. 131 e 132 e TOLDA PINTO, p. 711.

¹⁴² Aconselhamos a leitura do comentário ao art. 303.º, feito por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, nas páginas 795 a 799 do *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., 2011, por permitir uma síntese muito completa das questões controversas levantadas pela doutrina e as teorias criadas para dar resposta ao problema. Inclusive, cada uma das hipóteses enunciadas nesta parágrafo encontram lá desenvolvimento.

Por muito que existam vozes bastante discordantes desta opção legislativa – tais como a de NUNO BRANDÃO¹⁴³, JOSÉ SOUTO MOURA¹⁴⁴, , FREDERICO ISASCA¹⁴⁵ e IVO BARROSO¹⁴⁶ – é do nosso entendimento que a tese adotada é a que melhor respeita a estrutura acusatória¹⁴⁷ do processo e imparcialidade do juiz e ainda a que melhor contrabalança a procura pela verdade com os direitos de defesa do arguido e sua paz jurídica.

CAPÍTULO IV

Conclusões críticas

É ponto assente que o essencial da instrução, é a sindicância “*da acusação, quer tenha sido deduzida pelo MP, ou pelo assistente e, deste, quer se trate de acusação formal, nos crimes particulares, quer de acusação implícita no requerimento instrutório, nos crimes públicos e semipúblicos*”¹⁴⁸, ou da decisão de arquivamento proferida pelo MP.

Sabemos também que, até que se optasse pela solução relativa à instrução consagrada no Código de 1987, foram necessários vários avanços e retrocessos – quer relativos ao modelo processual aplicável, quer ao equilíbrio entre funções das duas magistraturas

¹⁴³ NUNO BRANDÃO, nas páginas 19 a 22 do seu trabalho “*A nova face da Instrução*”, tece variadas críticas ao regime atual, considerando até que o mesmo têm de ser declarado inconstitucional. De acordo com o autor, este regime é errado “*sob qualquer perspetiva porque para ele se olhe*” – seja ela a do princípio do caso julgado, do princípio da legalidade e da finalidade de comprovação judicial que a instrução deve desempenhar ou ainda, da prossecução das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de administração da justiça e da pacificação social.

¹⁴⁴ Vide «Notas sobre o objeto do processo (a pronúncia e a alteração substancial dos factos)», in: Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II vol., AAFDL, 1993, p. 41 e ss.

¹⁴⁵ Vide *Alteração Substancial dos Factos*, p. 176 e ss., (esp. p. 183).

¹⁴⁶ Vide *Estudos sobre o objeto do processo penal*, p. 230 e ss.

¹⁴⁷ Concordamos com FIGUEIREDO DIAS, que afirma que “*na medida – pequena que seja – em que se torne possível ao juiz ordenar ao MP que acuse, ou enviar a julgamento uma causa não sustentada por uma acusação ou equivalente, nessa precisa medida fica irremediavelmente comprometida a imparcialidade da decisão judicial que venha a ser tomada*” – vide «Sobre os sujeitos processuais no novo CPP» in *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988.

¹⁴⁸ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 144.

responsáveis pelas fases preliminares do processo (escolha essa que vimos ser feita pelo legislador consoante as necessidades e desconfianças da sociedade num determinado momento histórico), quer para compaginar a lei ordinária com a lei constituinte.

A tendência da doutrina, após analisar as diferenças de regime entre a redação original do Código e o regime que à data de hoje vigora, é a de partir para uma conclusão imediata acerca do desvirtuamento desta fase ou não.

É do entendimento de NUNO BRANDÃO¹⁴⁹ que as alterações relativas à publicidade, contraditório, alteração substancial dos factos e transposição para a instrução do regime da alteração da qualificação jurídica previsto para o julgamento, têm por “efeito implícito” uma “aproximação da instrução ao julgamento que não se vê como se possa compaginar com a conceção da instrução como fase do processo preliminar e sua finalidade”.

Esta fase não foi desenhada pelo legislador com o objetivo de se vir a conhecer do mérito da acusação, mas sim com o propósito de comprovar se se verificam ou não os pressupostos de que a lei faz depender a acusação¹⁵⁰ ou o arquivamento¹⁵¹.

Por outras palavras, foi *idealizada* com o propósito de verificar se foram “observados os requisitos legais e, entre os quais, a existência ou inexistência de indícios suficientes de que foi praticado o crime e de quem foi o seu agente”¹⁵². Quis-se desenhar esta fase como uma fase de *controlo da legalidade* a cargo do JIC.

Se é verdade que a instrução não devia ser “uma espécie de julgamento “antecipado”, com o mesmo nível de garantias e direitos de defesa, com a mesma intensidade de produção e apreciação da prova”¹⁵³, é também verdade que esta fase não devia ser “um prolongamento ou um complemento do inquérito”¹⁵⁴. A sanidade desta fase residiria neste contrabalanço – não ser um pré-julgamento, nem ser um segundo inquérito.

¹⁴⁹ Vide Nuno Brandão, *ob. cit.*, p. 10.

¹⁵⁰ Previstos no art. 283.º, n.º 1 do CPP.

¹⁵¹ Previstos no art. 277.º, n.º 1 e n.º 2 do CPP.

¹⁵² Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português – III*, Lisboa, 2018, p. 127 e também p. 135 e p. 136.

¹⁵³ Vide anotação ao art. 286.º, MAIA COSTA, *ob. cit.*, p. 958.

¹⁵⁴ Assim o entendem, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no Novo Código de Processo Penal*, p. 16; NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 228; JOSÉ SOUTO DE MOURA, *ob. cit.*, p. 125; GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.* Num entendimento diferente, a defender que, além da instrução pretender comprovar a decisão do MP tomada no final do inquérito, é também suplemento de

Podemos constatar, em primeiro lugar, que ainda não se cumpriu a profecia de FIGUEIREDO DIAS, de que “*virá o dia em que (como, in thesi, desde há muito defendo no plano de direito a constituir) a fase da instrução será eliminada como fase processual autónoma*”¹⁵⁵ – mas não deixa de ser cada vez mais relevante pensar – e deixamos esta provocação para estudos futuros – em diferentes soluções, no plano do *iuri condendo*.

Também NUNO BRANDÃO¹⁵⁶, conclui que “*a comprovação judicial deverá efetuar-se não tanto através da realização de novas diligências probatórias, mas sobretudo através de uma discussão acerca do material probatório que acusação e defesa carrearam para os autos*”, do qual poderia resultar a supressão desta fase enquanto fase autónoma e um novo modelo mais célere e flexível.

A mudança de paradigma havida entre 1987 e a atualidade, inegavelmente acaba por aproximar o regime da instrução ao regime do julgamento. As novas regras acerca da publicidade, do contraditório e do objeto do processo acabam por ser réplicas do que sucede na fase de julgamento. Mas esta circunstância, no nosso entendimento, não é condição suficiente para que se possa concluir pelo desvirtuamento da fase de instrução.

Sempre com a salvaguarda de que as matérias abordadas são dotadas de uma extrema complexidade dogmática e que não nos debruçaremos sobre elas com o rigor que teríamos a tratar de cada um destes temas isoladamente, vejamos.

De acordo com a ideologia originária do CPP, a instrução era um “*sucedâneo do inquérito e não do julgamento*”¹⁵⁷, o que justificava, entre outros, a ausência do contraditório. E, em crítica à nova redação do art. 289.º, concluímos que há de facto uma alteração significativa da natureza desta fase, uma vez que esta passa a decorrer com uma aproximação muito maior à fase de julgamento – em que a prova se realiza de forma oral e contraditória.

Concordamos, porém, com HENRIQUE DE ANTAS E CASTRO, ao concluir que “*a introdução do contraditório nas diligências probatórias realizadas em instrução e,*

investigação autónoma, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, p. 77 e IVO MIGUAL BARROSO, *Estudos sobre o Objeto do Processo Penal*, p. 135.

¹⁵⁵ Vide FIGUEIREDO DIAS, *O processo penal português: problemas e prospetivas*, p. 3.

¹⁵⁶ Vide NUNO BRANDÃO, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁵⁷ Como já vimos, na *ob. cit.* de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

*consequentemente aproximação das fases processuais instrução e julgamento, não é incompatível com a finalidade da própria fase*¹⁵⁸. Se o objetivo da instrução é o que de controlar judicialmente a decisão tomada no encerramento do inquérito, a contrariedade aquando da análise do juiz relativa aos elementos de facto e direito que justificam ou não a submissão do arguido a julgamento, apenas promove uma decisão mais precisa e justa.

Relativamente à problemática do objeto do processo – quer se trata de alteração dos factos, quer da alteração da qualificação jurídica – é inegável que há uma aproximação ao regime do julgamento, sendo evidente que art. 303.º, acaba por replicar o regime dos artigos 358.º e 359.º do CPP. Porém, e reconhecendo a complexidade desta matéria, para o que nos importa aqui aferir, entendemos que as alterações de regime que se verificaram quanto ao objeto do processo não implicam uma alteração estrutural desta fase – pelo contrário, entendemos que esta é a solução que melhor compatibiliza e realiza os interesses que este tema coloca em disputa, sobretudo o princípio do acusatório.

No tocante à publicidade, o tema é mais sensível. A inversão da regra, aquando da revisão de 2007, levanta dúvidas acerca da violação de valores como a presunção da inocência e o bom nome e reputação do arguido. Para o que nos é relevante, o regime da publicidade pode criar o risco quer de desincentivar o arguido a requerer a abertura de instrução, quer o risco de expor o arguido a uma exposição pública quando o inquérito encerra com uma decisão de arquivamento por parte do MP.

Daqui concluímos que, ainda que exista uma nítida aproximação à fase de julgamento, estes aspetos de regime, por si só, não são suficientes para que se possa falar num desvirtuamento da fase de instrução. Mais até, algumas destas alterações até parecem ir de acordo com o propósito de comprovação judicial.

É verdade que o legislador atribui uma função muito específica ao JIC em sede de instrução – verificar a *legalidade da decisão de acusação ou de arquivamento*. Porém, se nos recordarmos do exposto no Cap. II, §6 desta dissertação, o que concluímos é que o juiz acaba por ter todo o poder de conformar o conteúdo desta fase – ao decidir quais os atos que devem ser praticados, ao rejeitar diligências de prova requeridas pelo assistente ou arguido através de despacho irrecorrível, ao promover oficiosamente atos de instrução (que são, a bem ver, verdadeiros atos de investigação).

¹⁵⁸ Vide FERREIRA DE ANTAS E CASTRO, *ob. cit.*, p. 127.

Se assim é, daqui surge o *risco*, originado pela vasta amplitude de poder inquisitório conferido ao JIC – poder esse que acaba por estar pouco submetido a qualquer controlo externo em sede dessa fase – de deixar o *destino de cada instrução, nas mãos de cada juiz*. Dada a margem de atuação conferida ao Juiz, é a sua direção nesta fase que determina se existe um desvirtuamento da finalidade para a qual a instrução foi pensada – “*esse seu juízo sobre a necessidade de realização de atos e/ou perguntas é que determinará um eventual desvirtuamento da instrução, podendo torná-la num pré-julgamento*”¹⁵⁹.

Além de que – e esta questão terá ainda maior impacto se pensarmos nos processos mediáticos, logicamente – se o JIC pode, autonomamente, requerer todos os atos instrutórios que entenda ser necessários, não se estará a abrir portas ao risco de se ter, simultaneamente um *segundo inquérito* (dada a intensidade da investigação aí produzida) e, ainda, numa *antecipação de julgamento* (conjugando uma investigação exaustiva com uma decisão muito fundamentada, pode dar-se o caso de estarmos perante uma decisão instrutória não muito distinta de uma sentença condenatória ou absolutória)?

Em teoria, o sistema desenhado pelo legislador não coloca em causa o equilíbrio da estrutura do nosso processo – um processo, que como já vimos, é um processo misto, principalmente acusatório, mas mitigado com elementos inquisitórios. Porém, apesar do que dispõe a letra da lei, com a vasta amplitude de poderes conferida ao JIC, talvez na prática, esta definição não seja verdadeira.

A lógica do debate instrutório é acusatória. Deparamo-nos com um JIC, que está vinculado a um determinado objeto e que procura a conformidade com a legalidade. Os restantes sujeitos surgem no debate para discutir esse mesmo objeto. Mas podemos encontrar uma situação em que estamos a avaliar prova que foi recolhida autonomamente pelo juiz, em virtude de uma acusação que pode nem ter provindo do MP. Não haverá um risco de, neste contexto, apenas se respeitar o princípio do acusatório formalmente?

Não havendo controlo sobre a atuação do JIC além do crivo dos art. 290.º, n.º 1 e 291.º, n.º1 – no fundo, ter em vista as *finalidades e interesse da instrução* – será que não nos aproximamos de um modelo de instrução de difícil aplicação prática?

¹⁵⁹ Vide FERREIRA DE ANTAS E CASTRO, *ob.cit.*, p. 128.

Tendo em conta que não é o nosso objetivo – por limitações impostas pela extensão do próprio trabalho – chegar a uma conclusão acerca do *iuri condendo* nesta fase, não podíamos deixar de identificar os inúmeros riscos que se levantam em sede de instrução, com os quais talvez o legislador não tivesse contado aquando da redação do Código de 1987. Riscos esses que têm a potencialidade de colocar em causa diversos princípios do processo penal e que merecem, obviamente, a nossa atenção.

Também não podemos deixar de concluir que o conceito central abordado ao longo desta dissertação – *comprovação judicial* – tem de ser interpretado de forma bastante ampla, para que o art. 286.º continue a consubstanciar uma afirmação verdadeira.

Aquando da elaboração do Código de 1987, cremos que o legislador idealizou esta *comprovação judicial* com uma mera verificação da legalidade – como já referimos, com o propósito de comprovar se se verificam ou não os pressupostos de que a lei faz depender a acusação ou o arquivamento. Porém, nos dias de hoje, tendo em conta o conteúdo desta fase, extravasa-se, em muito, esta simples ideia.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da CRP e da CEDH*, 4.^a Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.
- ANTÓNIO, Henriques Gaspar *et. alii* – *Código de Processo Penal Comentado*, Códigos Anotados, 2.^a Ed., Almedina, 2016.
- ANTUNES, Maria João – «Direito Processual Penal – Direito Constitucional Aplicado», in *Que futuro para o Direito Processual Penal? – Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.
- BRANDÃO, Nuno – «A nova face da Instrução», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal 2 e 3/2008*, Coimbra.
- CASTRO, Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas e – *Fase da Instrução: Quo Vadis? Repensar o sentido da instrução no processo penal português*, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – «A nova Constituição da República Portuguesa e o Processo Penal» in *Ordem dos Advogados Portugueses*, 1976.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e BRANDÃO, Nuno – «O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito» in *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa e Porto, 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – *Para uma reforma global do Processo Penal Português*, Almedina, Coimbra, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1987.
- GASPAR, António Henriques – «As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução», in *Que futuro para o Direito Processual Penal? –*

Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.

JACINTO, Teodósio – «O modelo de processo penal entre o Inquisitório e o Acusatório: Repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito», in *Colóquio de Direito Penal e Processual Penal – STJ*, 2009.

LÚCIO, Laborinho – «Sujeitos do Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1987.

MARQUES, Pedro Garcia – *O Segredo da Justiça*, UCP Editora, 2016.

MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge – *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora.

MOURA, José Souto de – «Inquérito e Instrução», in *O novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda – «A fase preparatória do processo penal», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda – «A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal», in *XXV Anos da jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda – «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 de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda – «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 de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda – «O inquérito no novo Código de Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1987.

VEIGA, Raúl Soares da – «O Juiz de Instrução e a tutela dos direitos fundamentais», in *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Lisboa, 2003.

SANTOS, José António Carapeto dos Santos – *3 decretos-leis : 35.007 de 13 de Outubro de 1945, 35.042 de 20 de Outubro de 1945, 35.046 de 22 de Outubro de 1955*, Tipografia Portuguesa, Lda., Lisboa, 1947.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português*, Vol. I, 2ª. Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português – do Procedimento*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.