



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

O PARADIGMA DA FASE DE INSTRUÇÃO

*Uma breve reflexão sobre a fase de instrução no sistema processual penal
português*

**Dissertação de Mestrado, apresentada no Mestrado Forense, sob a orientação
do Senhor Professor Doutor Germano Marques da Silva**

RITA MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA

MARÇO DE 2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CURSO DE MESTRADO FORENSE – ANO LECTIVO 2010/2011

FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA

O PARADIGMA DA FASE DE INSTRUÇÃO

*Uma breve reflexão sobre a fase de instrução no sistema processual penal
português*

**Dissertação de Mestrado, apresentada no
Mestrado Forense, sob a orientação do
Senhor Professor Doutor Germano
Marques da Silva**

RITA MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA

MARÇO DE 2012

“Pensar é querer transmitir aos outros aquilo que se julga que se sente”

FERNANDO PESSOA¹.

¹ *O Eu Profundo e os outros Eus*, 20.^a Ed., Editora Nova Fronteira, 2010.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

A. – Autor

art.(s) – artigo(s)

cfr. – confronto (-se), confrontar

coord. – coordenação

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

i.e. – isto é

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JIL – Juiz do Inquérito e das Liberdades

MP – Ministério Público

n.(s) – nota(s)

n.º(s) – número(s)

OPC – Órgão de Polícia Criminal

op. cit. – *opus citatum* (obra citada)

p. (pp.) – página (s)

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

s.l. – sem local

ss. – seguintes

TIC – Tribunal de Instrução Criminal

UCE – Universidade Católica Editora

v.g. – *verbi gratia*

Vol. (s) – volume(s)

MODO DE CITAR

A primeira referência bibliográfica de cada obra citada neste texto será feita indicando-se o autor, título, local de publicação, editora, ano e página. Nas referências seguintes à mesma obra, apenas se referirá o autor e o título abreviado da obra, mediante a designação “*op. cit.*”. Esta regra aplica-se independentemente de se tratar de monografias, manuais, comentários, artigos em publicações periódicas ou contributos para obras colectivas.

Devemos referir ainda que este texto não é escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, resultante do Acordo do Segundo Protocolo Modificativo ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, em 16 de Maio, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 (publicado no DR n.º 145, Série I de 2008-07-29).

PLANO

Introdução

1. Objecto do estudo e sua justificação
2. Método de investigação e sistematização do tema

Parte I - Aspectos Fundamentais

§1.º Modelos do Processo Penal

§2.º Estrutura do Processo Penal: um olhar sobre a evolução histórica da *Instrução*

2.1 A legislação processual antes de 1929

2.2 De 29 a 87 – o primeiro Código de Processo Penal Português

2.2.1 O Decreto n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945

2.2.2 As inevitáveis reformas de 1974

2.3 O Código de Processo Penal de 1987

§3.º Significado Constitucional de Instrução

Parte II - Fase Processual de Instrução: um novo paradigma?

§4.º O sentido e o alcance da garantia da fase de Instrução face às últimas reformas legislativas

4.1 Tomada de posição quanto à reforma de 2007

4.1.1 A regra da publicidade externa – o segredo de justiça

4.1.2 O papel do JIC

4.1.3 Contraditoriedade da Instrução

4.1.4 Do objecto do processo

4.2 A revisão minimalista de 2010

§5.º Da teoria à prática: Que perspectivas? Que soluções?

Síntese Conclusiva

INTRODUÇÃO

1. OBJECTO DO ESTUDO E SUA JUSTIFICAÇÃO

É indiscutível a necessidade e o interesse da análise jurídica das matérias próprias do Direito Processual Penal, as quais têm conquistado, na última década, um entusiasmo fruto do aprofundamento da vida democrática e das preocupações com o culto da liberdade, que o processo penal visa acautelar.

Vivemos num momento particularmente complexo e dinâmico em que o direito, em geral, e o direito processual penal, em especial, nunca sentiram tanto o peso – por vezes implacável – da mediatização.

A perspectiva consumista do tempo em que vivemos também nos ajuda a explicar por que razão se procura resolver os problemas da justiça com reformas legislativas. A explicação é simples: é o modo mais expedito de satisfação de interesses conjunturais imediatos². Só que fazer leis nem sempre significa fazer direito. E há sempre que “aditar” às leis um conjunto de circunstâncias externas, culturais, políticas, sociais e económicas que irão alterar-lhe o paradigma.

O Código de Processo Penal de 1987 (CPP/87) realizava a difícil tarefa da concordância prática entre as finalidades inevitavelmente conflitantes do processo penal. Com a descoberta da verdade e a realização da justiça em mente, o CPP/87 construiu a fase de instrução, aliando a protecção dos direitos individuais ao imprescindível restabelecimento, tão célere quanto possível, da paz jurídica.

Esta fase de instrução, pensada como puro instrumento de controlo posto a cargo de um juiz, devia ter lugar logo após a fase processual especificamente destinada à investigação criminal – o inquérito.

A instrução, enquanto fase preliminar, não tem como função a pré-definição ou sequer a determinação da responsabilidade de alguém pela prática de um crime,

² Palavras de LUÍS COUTO GONÇALVES, na intervenção de abertura solene do Colóquio Luso-Alemão em 21 de Março de 2007, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 31.

mas, tão-só, a verificação da razoabilidade da sujeição ou não do arguido a julgamento, perante todos os elementos disponíveis. Não se destina, portanto, a sindicarem directamente o modo como, no inquérito, o Ministério Público desenvolveu a actividade de investigação, nem se constitui como um complemento da investigação, mas sim como um instrumento de controlo da decisão com que a investigação é encerrada.

Vinte e quatro anos depois da entrada em vigor do Código (que foi sujeito a, pelo menos, 19 alterações) é importante analisar se na prática judiciária a fase de instrução ainda se mantém fiel ao seu paradigma inicial, *i.e.*, se não corresponde a uma repetição do inquérito, nem a uma antecipação do julgamento, mas se é apenas um instrumento de *comprovação judicial da acusação em ordem à decisão sobre se a causa deve ou não ser submetida a julgamento*³.

Não se pode esquecer que a sociedade portuguesa hodierna é muito diferente da que gerou e viu nascer a fase de instrução inicialmente, ambicionando, agora, uma justiça mais célere a todo o custo, gritando por eficácia, procurando solucionar os problemas de um tipo de criminalidade cada vez mais complexo, grave e susceptível de causar grande alarido social. As necessidades de segurança individual e colectiva são cada vez maiores, e a opinião pública, alvoraçada pelos meios de comunicação e pressionada pelo medo, reclama novas soluções.

O paradigma da sociedade mudou. Será que mudou também o da fase de instrução?

2. MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DO TEMA

A construção do modelo processual penal próprio de um Estado de Direito coincide, não raras vezes, com o grau de civilização, cultura e respeito pelos direitos humanos que uma comunidade jurídica possui.

Os modelos e a construção do processo penal têm de respeitar parâmetros constitucionais e princípios estruturantes, bem como procurar realizar, no processo, a

³ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: Minerva, 1990, p. 241.

máxima concordância prática entre valores conflitantes. A análise desta concordância teórica e prática poderá ser feita tanto por referência à própria evolução histórica do processo penal, como através da recolha de experiências legislativas de outros sistemas que dispõem de soluções nas quais se podem encontrar influências ou modelos de comparação.

Foi esta a metodologia que adoptamos na preparação desta dissertação, considerando que, para compreender a estrutura do processo penal e a fase de instrução tal como ela se compõe hoje, não poderíamos deixar de analisar e descrever a sua evolução.

Esta descrição evolutiva – a que demos o nome de *Aspectos Fundamentais* – ocupar-nos-á toda a primeira parte da dissertação, na qual nos propomos analisar: (§1.º) os *modelos do processo penal*, procurando demonstrar que não há, actualmente, em estado puro, nenhum modelo totalmente acusatório nem totalmente inquisitório, extraindo daí as necessárias consequências; (§2.º) a própria *estrutura do processo penal*, onde nos alongamos na descrição da evolução e do estado do problema da instrução e do juiz de instrução criminal, passando, com um olhar tendencialmente acrítico, pela Legislação Processual Penal anterior a 1929 até ao Código de Processo Penal de 1987.

No término da Parte I, no terceiro parágrafo (§3.º), pretendemos densificar o conceito constitucional de Instrução, por remissão para a especial atenção concedida ao artigo 32.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, que determina que “*toda a instrução é da competência de um juiz...*”.

Na nossa Parte II – sob a epígrafe *Fase Processual de Instrução: um novo paradigma?* – analisaremos, criticamente, o sentido e o alcance da fase de Instrução (§4.º), procurando perceber se o seu paradigma ainda se mantém depois das últimas reformas, e face à regulação legal que evidencia a permanente tensão entre a tutela efectiva dos direitos do arguido/assistente e o objectivo de celeridade.

Finalmente, no parágrafo quinto, procuraremos focar a nossa atenção na ponderação de soluções práticas e análise de perspectivas futuras, quer através do estudo das experiências legislativas de outros sistemas, comparando ensinamentos e

doutrinas estrangeiras, quer através da formulação de um juízo conclusivo sobre a actual fase de instrução, elucidando para novas soluções (§5.º).

Para terminar, na nossa síntese final, procuraremos retirar algumas consequências do que foi dito ao longo do trabalho e assumiremos uma posição de princípio quanto ao actual paradigma da fase de instrução no processo penal português.

É neste contexto que iremos iniciar a presente dissertação, tendo consciência de que, para se alcançarem respostas coerentes nesta temática, será necessário trilhar um caminho sinuoso e nem sempre de resposta fácil.

Parte I
Aspectos Fundamentais

PARTE I

Aspectos Fundamentais

§1.º Modelos do Processo Penal

No quadro do sistema jurídico de um Estado de Direito, o Processo Penal é um instrumento de aplicação do Direito Penal que, embora sujeito ao sistema e à dogmática jurídico-penais, tem necessariamente de desempenhar finalidades autónomas, relacionadas com as garantias de defesa e com a disciplina do Estado na sua função punitiva.

Como conjunto de normas jurídicas dirigidas à realização da justiça, à preservação dos direitos humanos fundamentais e à obtenção da paz social, o Direito Processual Penal tem hoje uma grande importância prática para a comunidade e para o indivíduo. Aliás, o Direito Penal não pode aplicar-se sem processo, como prevê o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Já escrevia o mestre criminalista MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA que “*se o Código Penal é um código para os delinquentes, o Código de Processo Penal é um código de extrema importância para os homens honestos. É que o direito penal só é aplicável mediante a verificação do facto criminoso em decisão condenatória, enquanto os preceitos do processo penal são aplicáveis a todos os arguidos, culpados ou inocentes, e tanto se dirigem, por isso, quer a uns quer a outros. Reflecte rigorosamente a sensibilidade moral e o grau de cultura de uma nação*”⁴.

Como espelho do grau de civilização, cultura e respeito pelos direitos humanos, o Código de Processo Penal é um instrumento adequado para avaliar o nível de desenvolvimento cultural de um povo ou comunidade jurídica, e poder-se-á dizer, como é normal e unânime na nossa doutrina⁵, que o processo penal é “direito

⁴ Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal I – Lições proferidas no ano lectivo de 1954-55*, Lisboa: UCE, 1995, p. 143

⁵ Em 1974, FIGUEIREDO DIAS escreveu-o pela primeira vez, (*Direito Processual Penal*, reimpressão de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 74 e ss.), sendo depois citado por muitos

constitucional aplicado”, pois nele se corporizam e projectam as normas constitucionais⁶.

A elaboração ou reforma do processo penal depende, antes de tudo, da eleição do sistema ou modelo processual, já que tanto a fase de investigação como a fase judicial seguem, num encadeamento lógico de actos⁷, os princípios do sistema adoptado.

Por um lado, o modelo do processo inquisitório, que vigorou na generalidade das legislações europeias continentais dos séculos XVII e XVIII⁸, tem subjacente o

outros autores, nomeadamente, JOSÉ SOUTO MOURA, “Inquérito e Instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1995, p. 95; JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Que futuro para o processo penal na Europa?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 163 e ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 88.

⁶ Os direitos fundamentais defendidos através do Direito Penal são, por um lado, aqueles de onde derivam os bens jurídicos tutelados em cada tipo incriminador, bens jurídicos individuais de pessoas concretas cujos direitos fundamentais são, assim, directa ou indirectamente defendidos, e, por outro lado, também o Direito Penal defende os direitos fundamentais difusos, mas não menos essenciais, como a tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais e de todos e cada um. Cfr. RAUL SOARES DA VEIGA, “O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

⁷ O processo penal é, antes de tudo, uma sequência de actos juridicamente pré-ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas, com vista à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, Lisboa/São Paulo: Verbo, 6.^a Ed., 2010, p. 15; MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 23 e FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal – Curso semestral* (fascículos), Lisboa: AAFDL, 1998, p. 40.

⁸ Os processualistas M. FRANCHIMONT, A. JACOBS e A. MASSET (*apud* MANUEL GUEDES VALENTE) defendem que o processo inquisitório nasceu com as jurisdições eclesiásticas, tendo-se generalizado no século XIII, sendo então adoptado pelas posteriores jurisdições europeias e pelos ordenamentos jurídicos reais. Vide MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 52. Também PAULO DE SOUSA MENDES, nas suas lições, afirma que o modelo inquisitório teve origem no Baixo Império Romano, continuando no processo inquisitório canónico da Idade Média por inspiração do Santo Ofício da Inquisição, acabando por se transformar num processo inquisitório laico, ao ser transplantado paulatinamente para o direito comum e para os primeiros códigos penais dos primórdios do Estado moderno. Cfr. *Sumários de Direito Processual Penal – ano lectivo de 2008/2009*, s.e., 2008, p. 3.

princípio de que a repressão criminal era de indispensável interesse público e competia, em exclusivo, ao Estado⁹.

No processo inquisitório competia simultaneamente ao juiz inquirir, acusar e julgar – a fórmula clássica do juiz-acusador¹⁰ – com o óbvio sacrifício da imparcialidade do julgador que, sendo a mesma pessoa que acusa, já formou e consolidou a sua opinião durante a investigação. Este processo, de promoção *ex officio*, apostava na forma secreta e privilegiava a descoberta da verdade material a qualquer preço, restringindo o contraditório¹¹.

Por outro lado, o modelo do processo acusatório, que remonta às experiências democráticas gregas e romanas¹², dá ao processo a característica de processo de partes, onde o acusador e acusado se encontram em pé de igualdade e o julgador, numa posição de “super-parte”, está apenas interessado na apreciação objectiva do caso que lhe é submetido^{13/14}.

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

⁹ Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 23, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Reimpressão da edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 61.

¹⁰ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários...op.cit.*, p. 3.

¹¹ O processo inquisitório, que surge não como criação da prepotência ou com vista à opressão, mas como forma de evitar a insegurança do colectivo, apoiou-se nos corolários do secretismo, de escrita e da ausência de contraditório e transformou-se, pela tortura e pelo abuso de poderes concentrados no juiz, num instrumento perigoso para a ordem e segurança dos indivíduos frente à sociedade que reclamava justiça. Veja-se o parágrafo sobre a “*metamorfose da begnitude em prepotência e opressão*” que procura explicar como falhou a intenção inicial do modelo inquisitório, de MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 55.

¹² A *Magna Charta Libertatis*, de 15 de Junho de 1215, é também referida como um marco do processo acusatório. Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários...op.cit.*, p. 3.

¹³ Vide MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 45.

¹⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA descreve o modelo acusatório puro como num “duelo judiciário entre acusação e defesa” (Cfr. *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 33).

Estes modelos inquisitório e acusatório não vigoram actualmente, em estado puro, em nenhum dos países da Europa Ocidental, sendo muito difícil classificar um modelo processual como totalmente acusatório ou totalmente inquisitório¹⁵.

Seguindo a sistemática de JOSÉ SOUTO DE MOURA, é possível agrupar¹⁶ os modelos processuais em três tipos: (i) o modelo de inspiração inglesa ou de *Common Law*, (ii) o modelo de inspiração socialista e (iii) o modelo de inspiração francesa.

No modelo anglo-saxónico (i) é à polícia que compete a prossecução da fase preparatória do processo, uma vez que está especializada e vocacionada para a investigação criminal. O tribunal é quem decide pela submissão de alguém a julgamento após um debate oral entre a acusação, a defesa e o público – a *preliminary inquiry* ou *preliminary examination* – onde não está presente a entidade que investigou (a polícia), de forma a garantir a máxima imparcialidade possível.

Embora seja um sistema de *Common Law*, os Estados Unidos da América consagram um sistema base que se afasta do modelo inglês, desde logo porque existe Ministério Público (MP). Este MP só surge para acusar ou não acusar, não lhe cumprindo a tarefa investigatória “qua tale”, embora seja ele a aduzir o *material probatório da culpa do arguido e a reclamar uma audiência preliminar*¹⁷.

O modelo de *Common Law* (essencialmente no Reino Unido) é uma tradução viva do modelo acusatório¹⁸, embora, na prática, os elementos mais carismáticos do acusatório (*maxime*, o da igualdade de armas), se tenham tornado uma ficção durante

¹⁵ Também o modelo misto, reformado ou napoleónico, que surgiu com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, visava preservar o que havia de melhor no modelo acusatório, sem deixar, no entanto, de render alguma homenagem aos princípios inquisitórios. Foi consagrado em Portugal pelas reformas do liberalismo, e poderia, na opinião de muitos, funcionar como um modelo perfeito. Contudo, o modelo de natureza mista, não conseguia garantir verdadeiramente os direitos das pessoas face ao Estado, porque foi transformado num “inquisitório mitigado, comprometendo a consistência e a evolução de um processo penal harmónico com fundamentos de Estado de Direito”. (MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, pp. 59 e ss.). Para uma análise sobre o modelo de processo penal francês actual vide SERGE GUINCHARD / JACQUES BUISSON, *Procédure pénale*, 2.^a ieme. Paris: Litec, 2002, pp. 26 e ss.; e GASTON STEFANI / GEORGES LEVASSEUR / BERNARD BOULOC, *Procédure pénale*, 20 ieme Ed., França: Dalloz, 2006, pp. 16 e ss.

Contra, PAULO DE SOUSA MENDES, que trata os modelos que actualmente existem na Alemanha, Espanha e Portugal, como modelos mistos. (*Sumários...op.cit.*, p. 8).

¹⁶ Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e Instrução”....*op.cit.*, pp. 86 e ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹⁸ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários...op.cit.*, p. 8.

toda a fase de investigação, em que a polícia se substituiu à acusação puramente privada¹⁹.

Quanto ao modelo de inspiração socialista (ii) – onde se incluem países Socialistas²⁰, Africanos, alguns Árabes e os cantões Suíços, a investigação é policial, embora controlada pelo MP, onde não existe juiz “da instrução”, mas, tão-somente, um juiz que, em caso limite, intervém *na* instrução do processo para autorizar ou conduzir actos que ponham em causa direitos e liberdades dos cidadãos – o juiz “na instrução”.

Quem decide pela submissão de alguém a julgamento é, assim, a entidade que dirigiu a investigação e – excluindo o caso da República Popular da China, que não conhece, sequer, a figura do juiz “na instrução”²¹ – os restantes sistemas abrem, agora, portas a laivos de acusatório.

Finalmente, no terceiro grupo, onde se inclui Portugal de 1976 a 1987 e alguns sistemas europeus, o modelo de inspiração francesa (iii) é caracterizado por uma distribuição de competências investigatórias não só pela polícia e MP, mas também e sobretudo pelo Juiz de Instrução. Parte-se do princípio que só a independência do juiz assegurará a conveniente isenção, já que a magistratura do MP está intimamente dependente do executivo²².

Quem decide pela submissão de alguém a julgamento é a “Câmara de Instrução” – um colectivo de juízes que toma as decisões – mas que é, na prática, a

¹⁹ Veja-se, por exemplo, a criação do *Crown Prosecution Services*, cujos funcionários agem em nome da Coroa, sendo uma espécie de Ministério Público, substituindo-se às acusações privadas (Vide <http://www.cps.gov.uk/about/history.html>) [consultado dia 17 de Março de 2012].

²⁰ Com excepção da Jugoslávia, que mantém o juiz de instrução e se afasta deste modelo policial. Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e Instrução”...*op.cit.*, pp. 86 e ss. Para mais desenvolvimentos, vide WLADIMIR BRITO, “Processo Penal Internacional”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 243.

²¹ JOSÉ SOUTO DE MOURA refere a diferença existente entre o juiz “da instrução” e o juiz “na instrução”, dando o exemplo da República Popular da China que não conhece, sequer, a figura do juiz “na instrução”, tudo se passando entre a polícia que investiga e o MP que acusa ou não acusa. (Cfr. “Inquérito e Instrução”...*op.cit.*, p. 87).

²² Sublinhe-se que o Juiz de Instrução surge num sistema como o francês, em que o MP está associado ao executivo – sendo o Procurador-Geral da República o Ministro da Justiça nomeado pelo Governo – e, por isso, a isenção é relativa.

directora das investigações, transformando o modelo misto num “inquisitório mitigado”²³.

Feita a descrição histórico-comparada destes três grandes grupos de sistemas, visamos, por um lado, demonstrar que não existem, hoje, modelos processuais totalmente acusatórios ou totalmente inquisitórios²⁴, e, por outro, pretendemos sublinhar a aproximação gradual à tradição acusatória, que se faz pela introdução do contraditório na fase de investigação e pela forte marginalização do juiz de instrução como aquele que exerce, ao mesmo tempo, funções jurisdicionais e funções de investigação. Realce-se que, a maioria dos países privilegia, actualmente, a solução de uma fase de investigação dirigida pelo MP, ainda que com a possibilidade de controlo de um juiz, colocado na posição de árbitro – o juiz das liberdades/instrução^{25/26}.

²³ Reitera-se, por isso, que a imparcialidade e autonomia oferecidas eram (e são) muito relativas. Note-se, contudo, que esta tendência está a ser revista em França, nomeadamente pela supressão da figura do juiz de instrução como o coordenador das investigações – em todo o caso, o MP mantém-se ainda sob o poder executivo. O comité de Revisão presidido pelo magistrado Philippe Léger – Comité Léger – pretende reforçar o papel do MP na investigação criando um juiz das liberdades [*jude des libertes*] investido de funções jurisdicionais na fase de inquérito. Cfr. Relatório de alterações do Comité Léger, disponível através do link [consultado dia 30 de Março de 2012]: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf; e, também, F. 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”, in *RMP*, Ano 30, n.º 118, (Abr/Jun 2009), pp. 5 e ss.

Alguma doutrina francesa aponta severas críticas a esta reforma, exactamente pelo facto do MP ver reforçados os seus poderes, mas não a sua autonomia – levando a que se afirme, na opinião pública, que assim o Governo tem poderes para determinar qual a criminalidade que será perseguida e a que não será. Cfr. GASTON STEFANI / GEORGES LEVASSEUR / BERNARD BOULOC, *Procédure pénale...op.cit.*, pp. 27 e ss.; e Relatório da Ordem dos Advogados de Paris sobre a detenção provisória em França, realizado no dia 20.04.2006, disponível através do link: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=112457&idsc=9562&ida=44871 [consultado dia 25 de Março de 2012].

²⁴ Nem mesmo o sistema americano fica de fora das mútuas influências dos dois modelos, já que usa o modelo inquisitório da Europa para reequilibrar os excessos produzidos pelo *Adversarial system*. Afirma CUNHA RODRIGUES que a “Europa trouxe para a América a sua cultura, os seus hábitos sociais e as suas leis. E, mais tarde, a América elaborou, desenvolveu e ofereceu à Europa, com valor acrescentado, muitos dos princípios que hoje identificam as sociedades avançadas e modos democráticos de viver”. Vide JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Notas Introdutórias”, in *A Justiça dos dois lados o Atlântico II: Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos – dois sistemas jurídico em busca da Justiça*, (Seminário realizado em Rhode Island e Massachusetts, EUA), Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, (1999), p. 16.

²⁵ Prova disto é o facto de em França, como já fizemos referência [n. 23], se repensar a figura da instrução que, sendo geralmente um juiz em início de carreira, teria sobre ele o dever de decidir processos que envolviam e envolvem uma criminalidade muito especializada, violenta e de grande

§2.º Estrutura do Processo Penal: um olhar sobre a evolução histórica da *Instrução*

O Estado de Direito democrático não admite julgamentos populares²⁷ de nenhum cidadão constituído arguido num processo-crime, já que este estaria desprovido de qualquer possibilidade de defesa e ser-lhe-iam restringidos, de forma inadmissível, direitos, liberdades e garantias²⁸. É preciso que haja um apuramento da verdade material dos factos, para que o julgador, imparcial, tenha na sua mão elementos suficientes que o levem a determinar um juízo de condenação ou de absolvição. A isto chama-se processo, que mais do que uma sequência lógica e cronológica de actos para aplicação da lei penal, visa, acima de tudo, que nenhum responsável passe sem punição, nem que nenhum inocente seja condenado²⁹.

repercussão social. Surgiu, então, a figura da “Câmara de Instrução”, composta por um colectivo de juízes que tomará a maior parte das decisões. [Vide CHRISTIAN GUERY, “Les pouvoirs de la chambre de l’instruction et la liberté du magistrat instructeur”, in *Recueil Dalloz*, Paris, n.º 9, (1 Mars 2007), pp. 603 e ss.]

Merece também alusão o regime alemão que, entregando a fase preliminar do processo ao MP e à polícia, procurou libertar o juiz de Instrução, retirando-o assim de instrutor do processo, já desde a República de Weimar, havendo apenas um juiz das averiguações a quem incumbe zelar pela protecção dos direitos fundamentais dos arguidos. Compete assim à jurisdição de julgamento, depois de ter sido deduzida acusação, analisar o fundamento da submissão a juízo, existindo uma audiência preliminar que controla as indagações prévias. Vide, desenvolvidamente, CLAUS ROXIN / GUNTHER ARZT / KLAUS TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg: Müller, 2003, pp. 128 e ss.; BERNHARD KRAMER, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts: Ermittlung und Verfahren*, 6., überarbeitete Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2004, pp. 25 e ss.; e MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 69.

²⁶ Para um desenvolvimento das perspectivas do percurso histórico do processo penal português, vide, por todos, ANTÓNIO LEMOS SOARES, “Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 291 e ss.

²⁷ MANUEL GUEDES VALENTE inicia o seu tomo sobre o processo penal com a consideração satírica sobre o *cúmulo da eficácia*: “A teoria da eficácia leva-nos a interrogar se não seria mais fácil deter os infractores e julgá-los imediatamente em vez de se perder tempo nos tribunais, efectuando-se um julgamento sumário e instantâneo pela voz do povo que ‘tem sempre razão’”. Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 21.

²⁸ Previstos nos artigos 30.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), artigos 10.º e 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e artigos 5.º, 6.º e 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

²⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 23.

O CPP/87 foi um fruto feliz do Estado de Direito, equilibrando, de forma exemplar, os fins conflituantes do processo penal³⁰. Foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, e veio substituir o antigo Código de Processo Penal de 29 (CPP/29), bem como a massa de diplomas que o foram complementando ao longo dos anos, designadamente o Decreto-Lei n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945, o qual remodelou os princípios básicos do processo penal e adoptou o princípio do acusatório, o qual permanece, até hoje, como princípio estruturante do nosso processo penal³¹.

Usando como mote a frase de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a qual nos diz que “*a história do processo penal é, numa grande medida, a história da redistribuição dos poderes do juiz*”³², mostra-se importante visitar a evolução do processo penal para perceber a instrução e o papel do juiz.

2.1. A legislação processual penal antes de 1929

Na legislação anterior ao Código de Processo Penal de 29 (CPP/29), a partir das Reformas Judiciárias, distinguia-se no processo penal a fase preparatória ou de instrução, a qual desenvolvemos em pormenor ao longo desta dissertação, a fase de acusação e defesa e a fase do julgamento.

Na fase preparatória ou de instrução, eram realizados actos de investigação e recolha de provas que, de forma secreta e sem qualquer participação do arguido,

³⁰ Foi, aliás, elogiado por MIREILLE DELMAS-MARTY que, em plena Assembleia da República, no dia 7 de Maio de 1998, louvou publicamente as opções do legislador português, que criou um código muito inovador para a Europa e que tornou possível o sonho de um processo penal comum europeu. MIREILLE DELMAS-MARTY *apud* JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta?”, in *RPCC*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abr/Set 2008), p. 190.

³¹ Seguramente que só um processo penal de estrutura acusatória, mitigado com o princípio da investigação, pode concretizar as garantias processuais reais próprias de um Estado de Direito democrático. Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 62.

³² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 717.

permitissem comprovar a existência de um crime (o chamado corpo do delito³³). A competência para a organização do corpo do delito era dos juízes e, embora houvesse uma investigação realizada por autoridade policial ou administrativa, a regra era a do controlo judicial antes de ser proferido despacho de pronúncia³⁴.

Uma vez proclamada a República na sala nobre dos Paços do Município de Lisboa, começou a preparação para a entrada em vigor da Constituição de 1911 – que introduziria o princípio da instrução contraditória³⁵. Esta preparação contou, desde logo, com a contributo do regime do Decreto de 14 de Outubro de 1910 (completado em 18 Novembro de 1910), que estabeleceu que o arguido teria sempre direito a ser assistido por um advogado, bem como a requerer diligências que se considerassem necessárias à descoberta da verdade.

Assim se reconheceram importantes garantias de defesa do arguido, já que uma instrução contraditória significava uma intervenção activa da defesa. Avançava-se para a construção do processo como um instrumento de garantia das pessoas, com sensibilização crescente ao direito do contraditório^{36/37}.

³³ A partir de 15 de Setembro de 1892, o corpo do delito, núcleo essencial da fase de instrução, passou a abranger também actos dos sumários da querela. Para maiores desenvolvimentos, vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, pp. 33 e 34.

³⁴ Note-se que já nesta fase das Reformas Judiciárias o processo penal estava dotado de bases acusatórias, embora ainda com uma estrutura não contraditória, pouco rigorosa e mitigada pelo inquisitório. Para mais desenvolvimentos, vide MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 71.

³⁵ O artigo 3.º, n.º 20 da Constituição Política da República Portuguesa (CRP de 1911) consagrava que “a instrução dos feitos crimes será contraditória, assegurando aos arguidos, antes e depois da formação de culpa, todas as garantias de defesa”. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 35.

³⁶ Na sua tese de doutoramento, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS defende que a visão do processo penal consagra, em primeiro lugar, a protecção dos cidadãos, frente à eventual arbitrariedade do procedimento, muito por influência da CEDH, assinada em Roma em 1950, e pela jurisprudência do TEDH, reguladora, e que continua a dar vida à CEDH e à salvaguarda dos direitos fundamentais. Cfr. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdade – desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 15.

³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a instrução criminal e as suas vicissitudes antes de 1929, vide FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga: Livraria Petrony, 1968, pp. 19 e ss.

2.2. De 29 a 87 – o primeiro Código de Processo Penal Português

O Código de 1929, o primeiro de processo penal, teve uma longa vigência no nosso sistema jurídico, como, aliás, era apanágio dos Códigos de então, sendo o nosso diploma adjectivo fundamental em matéria de processo criminal até à entrada em vigor do actual CPP/87, em 1 de Janeiro de 1988³⁸.

De inspiração marcadamente inquisitória, o CPP/29 teve como princípio orientador, de entre outros, o de reforçar o papel do juiz, ao qual competia não só julgar, como também realizar a investigação que fundamentava a acusação³⁹.

Este Código nunca dispôs, nem em sentido sistemático, nem material, de um estatuto de arguido tão elaborado e actualizado constitucionalmente como o CPP/87, o que é natural, já que se tratavam de códigos de épocas e regimes diferentes⁴⁰. Mas seria injusto, em todo o caso, afirmar que a legislação processual anterior ao 25 de Abril de 1974 não considerou o arguido como sujeito processual.

Assim, no domínio do CPP/29, a fase preparatória do processo foi dividida em duas – a *instrução preparatória*, onde se averiguava a existência de infracções e as responsabilidades dos infractores⁴¹, e a *instrução contraditória*, onde se complementava a prova indiciária da acusação⁴² – isto para dar aplicação à disposição constitucional do artigo 3.º, n.º 20 da Constituição de 1911 e também do artigo 8.º, n.º 10 da Constituição de 1933, que diziam que toda a instrução “é contraditória,

³⁸ O CPP/29 continuou, todavia, a ser aplicado aos processos instaurados em data anterior ao início da vigência do novo Código. Vide ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo juiz de instrução”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII – Tomo 3 (1999), p. 157.

³⁹ A actividade do MP viu-se, assim, reduzida a um simples formalismo, abandonando-se a estrutura acusatória e regressando ao tipo inquisitório. Isto foi fruto da época de profunda turbulência política e sob os auspícios de um movimento autoritário, bem como pelo medo da parcialidade da magistratura dependente, como a do MP. Neste sentido, GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO / NUNO BRANDÃO, “Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – estudo comparado”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal: Estudo Comparado as reformas portuguesa e brasileira*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 19 e JOSÉ DE LOBO MOUTINHO, *A competência por conexão no novo Código de Processo Penal*, s.e., 1992, pp. 46 e ss.

⁴⁰ O CPP/29 era essencialmente um diploma de regime autoritário que, não reduzindo o arguido a um objecto processual, também não lhe atribuía um espectro de direitos de índole processual tão amplos como o actual. Vide, a este propósito, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 159.

⁴¹ Artigo 158.º do CPP/29.

⁴² Artigo 327.º do CPP/29.

assegurando aos arguidos, antes e depois da formação de culpa, todas as garantias de defesa”.

Assim, encerrada a instrução preparatória e caso o MP tivesse promovido o arquivamento do processo ou determinado que este aguardaria a produção de melhor prova, o juiz poderia decidir, na instrução contraditória, que os autos regressassem ao poder do MP para dedução de acusação.

O arguido e o seu defensor poderiam sempre intervir em todos os actos de instrução contraditória – cuja finalidade era esclarecer e complementar a prova indiciária da acusação – mas nem sempre podiam intervir nos actos da instrução preparatória (somente no interrogatório de arguido preso, exames e buscas), já que esta fase era tendencialmente secreta.

A instrução contraditória era da competência de um juiz de direito, também competente para o julgamento⁴³. Mas note-se que, pelo menos nos processos de querela, a submissão de uma pessoa a julgamento pressupunha sempre a prolação de um despacho de pronúncia e, portanto, uma avaliação judicial de suficiência dos indícios feita por um órgão judicial.

No entanto, a instrução preparatória e a instrução contraditória, embora tivessem nomes diferentes, conviveram pacificamente sob a mesma finalidade⁴⁴: averiguar a existência de infracções, fazer a investigação dos seus agentes e determinar a sua responsabilidade, o que fazia com que a acumulação das actividades de acusar e julgar, no leque de competência do juiz, reduzisse a puro formalismo a actuação do MP e dificultasse, de certa forma, a *serena imparcialidade do julgador*⁴⁵.

⁴³ A figura do Juiz de Instrução só aparece com a Lei n.º 2/72, de 10 de Maio, e nas comarcas em que o movimento de processos penais o exigisse. Vide J. MARQUES BORGES / A. PROENÇA FOUTO, *Inquérito Policial, Inquérito Preliminar, Comentário ao Decreto-lei 377/77, de 6 de Setembro*, Amadora: Peres Artes Gráficas, 1978, p. 84 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, pp. 37 e 38.

⁴⁴ Só a partir de 1972 (através do DL n.º 185/72, de 31 de Maio), é que a instrução contraditória se vai demarcar desta finalidade, passando a assumir o papel de esclarecer e completar a prova indiciária da acusação, preparando e corroborando a defesa. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 36.

⁴⁵ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar”, in *Direito e Justiça*, Volume I, n.º 1, Lisboa: UCE, (1980), p. 185, e também MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 73.

2.2.1. O Decreto n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945

Este Decreto, retirando as consequências da experiência vivida, conferiu uma estrutura em primeira linha acusatória ao processo penal⁴⁶, deixando o mesmo magistrado de intervir na instrução e no julgamento, passando o MP, enquanto órgão do Estado a quem competia o exercício da acção penal, a ser a entidade unicamente competente para ordenar o arquivamento do processo, subtraindo-se esta prerrogativa ao poder judicial.

Remodelando alguns princípios básicos do processo penal, o Decreto n.º 35 007 introduziu, precisamente no domínio da instrução, profundas alterações. Com efeito, passaram a ser exercidos pelo MP todos os poderes e funções que no Código se atribuíam ao juiz nesta fase do processo – com a ressalva de quando houvesse arguido preso –, reservando ao juiz, essencialmente, as funções relativas à fiscalização das decisões sobre prisão preventiva, a aplicação provisória de medidas de segurança, assim como a competência para a instrução contraditória, a qual era obrigatória nos processos de querela, devendo o MP requerer a instrução contraditória no mesmo acto em que deduzia acusação.

A estrutura da instrução contraditória permitia, de certa forma, o controlo da instrução preparatória que era conduzida inquisitoriamente pelo MP e sem intervenção activa do arguido, assegurando, assim, que este e o seu defensor ainda tivessem a possibilidade de requerer diligências ou assistir aos actos de instrução que fossem ordenados *ex officio* pelo juiz⁴⁷, numa fase anterior ao julgamento.

A instrução continuou, porém, a ter por fim verificar a existência das infracções, determinar os seus agentes e averiguar a sua responsabilidade, devendo,

⁴⁶ Nos casos em que o MP deixasse de formular acusação, os autos eram conclusos ao juiz, que poderia entender que estavam reunidas condições suficientes para acusar, fazendo então um despacho fundamentado com as suas razões para que os autos subissem oficiosamente ao Procurador da República, que decidiria, a final, se devia haver ou não acusação. Por esta razão, afirmamos que o DL 35 007 conferiu uma estrutura “em princípio” acusatória ao processo penal português. Vide MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 73 e ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 156.

⁴⁷ Levantava-se, contudo, o problema de saber se quando o juiz ordenava oficiosamente diligências, ou seja, quando estas não fossem requeridas pela defesa, se estava a ofender o princípio do acusatório, controlando a acusação que é do MP. Veja-se GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 43, onde o A. afirma que, embora estes poderes conferidos ao juiz não fossem pacíficos, justificavam-se em razão do princípio da verdade.

tanto quanto possível, investigar-se os motivos e circunstâncias da infracção e dos seus agentes.

Em termos teóricos esta medida foi de louvar, porque permitia uma verdadeira acusatoriedade do processo, já que estabelecia uma diferenciação entre quem acusava e quem julgava o feito. Contudo, na prática, não permitia escamotear o regime ditatorial que, então, se vivia.

2.2.2. As inevitáveis reformas de 1974

Outra alteração ou fase⁴⁸ de grande relevo na história do CPP/29 é concomitante com o projecto político democrático da Revolução dos Cravos de 1974 e as suas inevitáveis reformas processuais⁴⁹.

Através do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, foi instituído o “inquérito policial”, com dispensa de instrução nos crimes puníveis com pena correcional, ou seja, menos grave⁵⁰, solução que, segundo o preâmbulo do diploma, se justificava por razões de celeridade – uma exigência da própria Justiça “*a qual não se compadece com delongas na apreciação dos feitos penais...*”.

⁴⁸ FIGUEIREDO DIAS cataloga em 4 fases as diferentes realidades político-jurídicas por que atravessou o CPP/29, sendo a 1.ª fase a entrada em vigor do Decreto n.º 35 007; a 2.ª fase, que reflectiu com a “primavera marcelista” e com o diploma DL n.º 185/72, de 31 de Maio, uma melhoria da posição processual do arguido; a 3.ª fase, depois de Abril de 74, que obrigou à adaptação da legislação processual penal à Constituição de 1976 e, por último, a 4.ª fase, iniciada com a entrada em vigor do CP de 1982 e que se prolongou até ao advento do CPP/87. Não seguimos rigorosamente estas fases, mas são, sem dúvida, uma boa organização e percepção da evolução político-legislativa. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português”, in *Para uma nova justiça penal* (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto), Coimbra: Almedina, 1983, p. 194.

⁴⁹ O programa do MFA, em Abril de 74, incluía a dignificação do processo penal como uma das suas prioridades, o que é aceite como normal, já que o processo penal é uma das áreas mais sensíveis às mudanças de regime. Contudo, as “inevitáveis” reformas processuais acabaram, segundo alguns autores, por impossibilitar um sistema coerente, que culminou na necessidade de um novo Código, o de 1987. *Vide*, neste sentido, GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO / NUNO BRANDÃO, “Sistemas Processuais Penais...”, *op.cit.*, p. 18.

⁵⁰ A menos que o arguido tivesse sido preso, devendo então haver instrução preparatória da competência do MP e das autoridades policiais. Cfr. J. MARQUES BORGES / A. PROENÇA FOUTO, *Inquérito Policial, Inquérito Preliminar...op.cit.*, p. 17; PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários...op.cit.*, p. 10 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 46.

Por outro lado, a Constituição da República de 1976 consagrava, no seu artigo 32.º, n.º 5, a estrutura acusatória do processo penal e, no 32.º, n.º 4, que “*toda a instrução será da competência de um juiz*”.

Note-se que, durante a “primavera marcelista” (com o DL n.º 185/72, de 31 de Maio), houve uma melhoria da posição processual do arguido, passando a instrução contraditória a assumir o papel de esclarecer e completar a prova indiciária da acusação, garantindo a intervenção do arguido e do seu defensor.

Ora, na verdade, enquanto na Constituição se aprovava uma norma no sentido da integral *judicialização*⁵¹ da fase de Instrução – garantindo que toda a fase de instrução seria da competência de um juiz – o DL n.º 605/75 assegurava que as acusações não passariam pelo juízo de suficiência ou insuficiência dos indícios, que deveria ser feito pelo tribunal para garantia da defesa, já que, nos casos menos graves, de penas correcionais, nem haveria instrução preliminar, mas apenas um inquérito policial.

Quer isto dizer que, após a entrada em vigor da Constituição de 76, haviam sérias contradições entre o direito ordinário e o direito constitucional, razão pela qual foi publicada uma série de diplomas legais visando ultrapassar, de entre outras, a polémica sobre a constitucionalidade do regime do inquérito policial⁵².

⁵¹ FRANCISCO SALGADO ZENHA, *Notas sobre a Instrução Criminal...op.cit.*, p. 93, onde o A. diz que “a rejudicialização do processo penal, desde os pés à cabeça, desde o início ao topo, convertendo-se num verdadeiro processo judiciário, e não numa pura emanção policial tocada apenas por um julgamento judiciário no seu final, é uma condição *sine qua non* para que haja uma verdade justiça criminal, e não uma fachada de justiça criminal”. O autor defendia a total judicialização da instrução, já que considerava que a instrução contraditória pós-acusatória (essa da competência do juiz), mais não era do que um expediente falível.

⁵² Foram muitos os processos que subiram à Comissão Constitucional para apreciação da constitucionalidade, já que o inquérito policial parecia ser a instrução preliminar, mas apenas com um nome diferente, o que violava o artigo 32.º, n.º 4 da CRP. Para mais, numa análise puramente literal, verificamos que a CRP diz que toda a instrução é da competência de um juiz, ao passo que o CPP diz que o inquérito é da competência do MP que, mesmo sendo um magistrado, não corresponde a um juiz. Para mais desenvolvimentos sobre a querela veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, relator Conselheiro Mário de Brito (processo n.º 302/86 – Plenário), disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html> [consultado dia 17 de Março de 2012], o voto de vencido do Conselheiro Vital Moreira e a opinião de FIGUEIREDO DIAS, ilustrativamente referenciada nos textos de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 48; PAULO DE SOUSA MENDES, *Sumários...op.cit.*, p. 11; MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito Processual Penal – ‘Direito Constitucional aplicado’”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira

Foi com o intuito de adaptar a legislação processual penal às regras mínimas em matéria de direitos, liberdades e garantias – bem como de expurgar a sua inconstitucionalidade – que foi promulgado o Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, que alterou a designação de inquérito policial para inquérito preliminar e deixou, assim, bem claro, que o despacho final – quer no inquérito preliminar, quer no fim da instrução preparatória – competia ao MP⁵³.

Contudo, a proliferação legislativa⁵⁴ e a grande indefinição de tarefas que se vivia neste período tornaram, por um lado, o Juiz de Instrução de inspiração napoleónica num actor pouco interventivo no processo penal⁵⁵, que só excepcionalmente assumia funções de juiz investigador, e, por outro lado, concedeu-se ao MP o domínio da fase preliminar para, usando o expediente do inquérito preliminar ou da instrução preparatória, levar a cabo diligências processuais materialmente instrutórias, as quais, segundo a Constituição, seriam da competência de um juiz.

Surge, assim, com a entrada em vigor de um novo Código, *que agora passa a ocupar o espaço do de 1929 e da legislação avulsa que dispersa e por vezes, incoerentemente, o complementou*⁵⁶, espaço para a reconversão das mentalidades dos protagonistas do sistema.

Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 746 e PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 199 e ss.

⁵³ Apesar da Constituição de 76, no seu artigo 32.º, n.º 5, consagrar o princípio da estrutura acusatória do processo criminal, sujeitando a audiência de julgamento e os actos instrutórios ao contraditório, o modelo português não é totalmente acusatório, porque existe uma fase de inquérito que é dominada pelo princípio do inquisitório, em que se concede o poder de investigar ao MP. Vide MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 74.

⁵⁴ Os diplomas sucediam-se (de entre outros, o DL n.º 321/76, de 4 de Maio, que atribuía a direcção da instrução preparatória aos Juízes de Instrução; o DL n.º 618/76, de 27 de Junho, que atribuía funções de JIC ao juiz de comarca, e o DL n.º 354/77, de 30 de Agosto, que inverteu o sistema de intervenção consagrado no DL n.º 618/76). Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, p. 74 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 49.

⁵⁵ Expressão de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A fase preparatória do processo penal - tendências na Europa. O caso português”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 10, n.º 39, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Jul/Set 2002), p. 11.

⁵⁶ Como se afirmava no DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

2.3. O Código de Processo Penal de 1987

O CPP/87 acolheu, na exacta caracterização de FIGUEIREDO DIAS, um modelo processual de matriz essencialmente acusatória, integrado por um princípio de investigação⁵⁷.

Aprovado em 17 Fevereiro de 1987, pelo Decreto-Lei n.º 78/87, o nosso Código de Processo Penal tem sido considerado uma notável obra de legislação pelos operadores de justiça nacional, e foi, logo após a sua publicação, apontado como um código exemplar e de referência⁵⁸.

De entre as inovações introduzidas, realça-se a rigorosa delimitação de funções entre o Ministério Público, o Juiz de Instrução e o Juiz de Julgamento ao longo do processo, bem como a capacidade de conciliar a descoberta da verdade e realização da justiça com a protecção dos direitos individuais e a paz jurídica⁵⁹.

No modelo de processo penal do CPP/87, a instrução constitui uma fase preliminar do processo, com estrutura acusatória integrada pelo princípio de investigação, judicial, tendo como acto obrigatório e essencial uma audiência informal, oral e contraditória, que visa a comprovação da decisão do MP de acusar ou de não acusar.

Enquanto fase preliminar, a função da instrução não é de pré-definição, ou sequer, de determinação da responsabilidade de alguém pela prática de um crime, mas, tão-só, de verificação da razoabilidade da sujeição ou não do arguido a julgamento, perante todos os elementos disponíveis⁶⁰.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1995, p. 34.

⁵⁸ Nomeadamente, por MIREILLE DELMAS-MARTY. Vide [n. 30] e JOSÉ DE FARIA COSTA, “Os Códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 445.

⁵⁹ Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do paradigma...” *op.cit.*, p. 190. O A. afirma que, apesar de ter logrado este equilíbrio, sempre instável e transitório, o CPP/87 foi mal compreendido em muitos aspectos, o que, em bom rigor, impediu que ele entrasse verdadeiramente em vigor.

⁶⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA entende que a Instrução no CPP/87 tinha uma dupla finalidade: a de obter a comprovação judicial dos pressupostos jurídico-factuais da acusação, por um

O Processo Penal, sob a forma comum, estruturava-se, assim, em três fases. A primeira, o inquérito, é a fase onde se investiga a notícia do crime, onde o MP, auxiliado por órgãos de polícia criminal, se comporta como o *dominus*, investigando e recolhendo provas sobre a existência de um crime e dos seus agentes⁶¹. Esta fase é caracterizada pela ausência de contraditório e pelo segredo de justiça, em nome do princípio da investigação, destinando-se a fundamentar a decisão de acusar ou de arquivar o processo.

Como refere PAULO DÁ MESQUITA⁶², o CPP/87 consagrou, enquanto corolário da estrutura acusatória, o inquérito como fase processual teleologicamente vinculada a uma decisão sobre o exercício da acção penal, opção que implica a responsabilização do MP por um processo que se destina a uma decisão *stricto sensu*, e, já não, a uma instrução com vista a uma decisão judicial.

Segue-se-lhe uma fase intermédia, de carácter facultativo⁶³, destinada a controlar judicialmente a decisão final que advier do inquérito, para efeitos de submissão ou não da causa a julgamento. Tal fase intermédia – a instrução – só terá lugar se o arguido ou o assistente a requererem, e corresponde à ideia de reunião de meios necessários para a decisão final⁶⁴.

lado, e a de controlar judicialmente a decisão processual do MP em acusar ou arquivar o inquérito, por outro. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 242.

⁶¹ Alguns Autores entendem que o novo Código de Processo Penal trouxe mais desafios para o MP, não só da direcção da toda a investigação criminal, mas também o de dever tomar em consideração, ainda em fase de inquérito, de todas as circunstâncias relevantes para a determinação da medida concreta da pena. Para a fundamentação teórico-dogmática desta caracterização, veja-se RUI DO CARMO, “Algumas notas sobre o encerramento do Inquérito”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 112; PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária...op.cit.*, pp. 52 e ss.

⁶² *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária...op.cit.*, pp. 53 e 54.

⁶³ No entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA, o facto da fase de instrução assumir carácter facultativo, quer dizer que só terá lugar se requerida pelo arguido ou pelo assistente, verificados os pressupostos legais e apenas na forma de processo comum. Predomina o interesse da celeridade, mas, em todo o caso, o arguido não fica desprotegido, porque pode sempre requerer a instrução e, no caso das formas de processos especiais, pode recusar o processo sumaríssimo. E ainda, se necessário à sua defesa, pode requerer o reenvio do processo sumário para a forma de processo comum. É este o entendimento propagado pelo Acórdão do TC n.º 7/87, que decidiu pela constitucionalidade do carácter facultativo da fase de instrução, nos termos do artigo 286.º, n.º 2 do CPP. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 247.

⁶⁴ JOÃO DE CASTRO MENDES *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, Lisboa: Editorial Verbo, 3.ª Ed., 2009, p. 161.

Por fim, o julgamento, a fase por excelência do processo penal, é onde se decide da responsabilidade criminal do arguido.

Esta repartição trifásica do processo, competindo cada fase a uma entidade distinta, é imposta pela estrutura acusatória que a nossa CRP, no seu artigo 32.º, n.º 5, lhe atribuiu. Tal divisão material e subjectiva mostra-se indispensável à imparcialidade do juiz julgador⁶⁵, requisito essencial de uma decisão penal justa. Nesta senda se pronunciou, aliás, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 581/00, nos termos do qual a imparcialidade do juiz só se acha suficientemente assegurada se, no caso do juiz de julgamento, for outra a entidade a dirigir o processo até à acusação ou à pronúncia, bem como a tomar as correspondentes decisões de acusar/pronunciar. Do mesmo modo, no caso do juiz de instrução, a imparcialidade só se acha suficientemente assegurada se for outra a entidade a dirigir o processo até à decisão de acusar ou de não acusar⁶⁶.

O CPP de 1987, como todos os Códigos, foi sujeito a sucessivas revisões e alterações, as quais, nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA “*não alteraram, contudo,*

⁶⁵ Entende FIGUEIREDO DIAS que o estatuto do juiz ou do tribunal em processo penal é diversamente caracterizado consoante se fala do juiz como figura que domina uma fase processual (seja a instrução ou o julgamento) ou como entidade exclusivamente competente para praticar, ordenar e autorizar actos, os quais se traduzem em ataques a direitos, liberdade e garantias constitucionalmente protegidos. Isto porque a sua posição processual reflecte independência nos dois casos, mas o princípio do monopólio da função jurisdicional e do juiz natural só se reflectem quando o juiz assume a posição de *dominus* de uma fase. Serve isto para explicar, então, que a instrução é uma actividade materialmente judicial, e não policial ou de averiguações, onde o juiz pode levar a cabo actos singulares de averiguação, no uso do seu poder-dever de investigação, mas só e em função de esclarecimento de um tema que lhe é proposto pela sua função judicial. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”*op.cit.*, pp. 16 e 17.

⁶⁶ Acórdão do TC n.º 581/00, relatora Maria Helena Brito (processo n.º 1083/98 – 1.ª Sessão), disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000581.html> [consultado dia 20 de Março de 2012]. Este Acórdão refere, aliás, que, em Itália, o raciocínio foi muito semelhante e motivou a abolição dos poderes de investigação do juiz, ou seja, a abolição da figura do “*Giudice Istruttore*”, e a atribuição ao MP destes poderes inquisitoriais. Ficando, assim, o juiz circunscrito a funções de garantia e de controlo (é a nova fisionomia do “*Giudice delle Indagini Preliminari*”). Para o desenvolvimento doutrinário da nova figura no panorama italiano, vide OLIVIERO MAZZA, “Imputazione e nuovi poteri del giudice dell’udienza preliminare – note a sentenza de Corte Cassazione, Sezioni Unite penali, de 20/12/2007 (Pres. Gemelli, n.º 5307)”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, Nuova serie - Ano 51, Fascículo 3, (Luglio/Settembre2008), pp. 1372 e ss.

a sua substância e a sua razão de ser”⁶⁷. Visaram, sim, melhorar e adaptar a sua *praxis*, mas não precisaram de rever a sua estrutura e natureza intrínsecas.

As alterações mais relevantes do CPP/87 foram empreendidas em 1995, 1998⁶⁸, 2000⁶⁹ e 2007⁷⁰, não obstante este já ter sofrido, no total, dezanove alterações, ainda que “cirúrgicas”.

Pelo Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro, alteraram-se sessenta artigos do CPP/87, reformulando-se, na primeira grande revisão do código, a sua sistematização à luz da necessidade de fazer ajustamentos ditados pela revisão do Código Penal de 1982, fortalecendo-se as garantias de defesa do arguido e a sua dignidade⁷¹.

Em especial, quanto à realidade da fase de instrução, a revisão de 1998 foi a que mais marcou esta fase processual. Neste domínio, a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, visou corrigir a disciplina processual da instrução, através do reforço da sua finalidade inicial: a comprovação judicial da decisão de acusar ou de não acusar. Para isto, estabeleceu que seriam irrecorríveis todas as diligências de prova requeridas ao JIC (291.º/1), limitou a vinte o número de testemunhas a indicar nesta fase (287.º/2) e esclareceu que os actos de instrução (com excepção do debate instrutório) não estariam sujeitos ao contraditório (289.º/2)⁷². Ou seja, procurou clarificar o regime legal para evitar que a fase de instrução continuasse sacrificada a ritos inúteis e a

⁶⁷ Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, “Os Códigos e a mesmidade...”*op.cit.*, p. 441. O A. entende que as sucessivas alterações do CPP, ocorridas desde 1987, visaram principalmente melhorar e adaptar a sua *praxis*. Refere até, de uma forma muito minuciosa e curiosa que, em 85 inserções obrigatórias relativas ao CPP em Diário da República (entre Janeiro de 1986 e Fevereiro de 2007), 58 se referiram a decisões judiciais – 10 do Tribunal Constitucional e 48 do Supremo Tribunal de Justiça (p. 444).

⁶⁸ Pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, que alterou 223 artigos, tendo acrescentado outros 8.

⁶⁹ Nos termos do Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro, as alterações de 2000 procuraram combater a morosidade da justiça, alterando algumas disposições (embora não as do Título III do Livro VI – Fase de Instrução) sob a máxima de que “é direito do arguido ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. (Cfr. Preâmbulo do DL n.º 320-C/2000.)

⁷⁰ Que trataremos com pormenor na parte II [§4.º].

⁷¹ “O Código de Processo Penal, continuando a revelar-se instrumento adequado à prossecução da política do Governo no tocante ao combate à criminalidade, não poderá deixar de reflectir estas alterações”. Cfr. Preâmbulo do DL n.º 317/95, de 28 de Novembro.

⁷² Cfr. NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Coimbra: Coimbra Editora, (Abr/Set 2008), p. 233.

expedientes processuais dilatórios e abusivos, que a *praxis* da vida judiciária nacional já tinha evidenciado⁷³.

Esta revisão de 1998 deu uma nova força à instrução, embora esta tenha ficado sujeita a um escrutínio cerrado e permanente, o qual ditou muitos recursos sobre a sua constitucionalidade, tanto na perspectiva da sua conformidade com o direito do ofendido a uma tutela jurisdicional efectiva, como com o núcleo essencial do direito de defesa do arguido⁷⁴.

A irrecorribilidade do indeferimento de requerimentos de prova e a irrecorribilidade da pronúncia confirmatória da acusação – a chamada dupla conforme –, suscitavam muitas dúvidas à luz dos direitos de defesa, já que, na perspectiva do arguido, a instrução tutela o seu interesse legítimo em não ser submetido a julgamento e, quanto ao assistente/ofendido, é a forma de este ver tutelado o seu interesse legítimo na submissão a julgamento e na condenação daquele que praticou um crime que o afectou. Mas a sucessiva e reiterada jurisprudência constitucional⁷⁵ resolveu as dúvidas do modelo legal da instrução e deu-lhe uma nova face.

No entanto, e como afirmou GERMANO MARQUES DA SILVA, enquanto Presidente da Comissão de Revisão de 98, “*a eficácia desta fase do processo, na perspectiva de controlo judicial do exercício da acção penal e de meio de defesa do arguido, vai continuar a depender muito do modo como os juízes de instrução criminal entenderem a função que pela Constituição lhes é atribuída e especialmente da cultura democrática sobre a importância da defesa dos direitos dos cidadãos, ou seja, do culto da liberdade, que é um dos pilares fundamentais da vida democrática*”⁷⁶.

⁷³ Vide a Introdução de GERMANO MARQUES DA SILVA em *Código de Processo Penal e legislação complementar* (de acordo com a Revisão introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto), Lisboa: Quid Iuris, 1998, p. 19.

⁷⁴ NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”, *op.cit.*, p. 233.

⁷⁵ Veja-se, por exemplos, os Acórdãos do TC n.ºs 31/87, 265/794, 474/94, 610/96, 468/97, 45/98, 156/98, 238/98, 266/98, 299/09, 300/98, 551/98, 216/99, 387/99, 459/00, 250/02, 463/02 e 242/05, disponíveis através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado dia 24 de Março de 2012].

⁷⁶ *Idem ibidem* nota 73.

§3.º Significado Constitucional da Instrução

A nossa tradição processual e o contexto histórico em que o Código de Processo Penal foi preparado e criado, marcado pelas discussões em torno do significado e relevância da disposição constitucional do n.º 4 do artigo 32.º, determinaram que a fase de Instrução se assumisse como uma fase processual autónoma no curso do processo comum, com a finalidade de comprovação judicial da decisão de acusar ou de arquivar tomada no inquérito.

Densificar o conceito constitucional de Instrução, por remissão para a especial atenção concedida ao artigo 32.º, n.º 4 da Constituição, que determina que *“toda a instrução é da competência de um juiz...”*, significa perceber, por um lado, a história do preceito constitucional e, por outro, avaliar a interligação da Lei Fundamental com o Código de Processo Penal e com a figura do Juiz de Instrução (JIC).

Sem querer repetir o que já frisámos anteriormente [no ponto 2.2.2.], a história do preceito constitucional parece muito elucidativa se atentarmos no seu argumento literal: *“toda a instrução será da competência de um juiz”*. Parecia, assim, inegável que o que se queria era que toda a instrução fosse realizada por um juiz, subtraindo-se ao MP a competência para a instrução preparatória (competência esta que já lhe tinha sido atribuída pelo Decreto n.º 35 007, como vimos)⁷⁷. Contudo, uma análise puramente literal raras vezes é suficiente, já para não falar da conotação histórica que esta interpretação tem em si associada. Senão vejamos:

O n.º 4 do artigo 32.º tinha, na versão originária da Constituição de 1976, a seguinte redacção: *“toda a instrução será da competência de um juiz, indicando a lei os casos em que ela deve assumir forma contraditória”*. Esse número diz hoje, após a revisão de 1982, que: *“toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”*.

A segunda parte do primitivo n.º 4 passou para a segunda parte do actual n.º 5, dizendo, agora, que: *“o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a*

⁷⁷ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 53.

audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório".

Portanto, na actual redacção do preceito, a instrução já não é toda a fase que antecede o julgamento, mas está restringida, no essencial, à antiga instrução contraditória⁷⁸. A verdade é que a Constituição não definiu onde começa a instrução, nem lhe deu um conceito determinado, concedendo antes ao legislador ordinário espaço de manobra suficiente para que fosse ele a definir, com clareza e objectividade, o que é a instrução e quais os meios de que pode socorrer-se a entidade instrutora na tarefa da indagação dos factos⁷⁹. Dada a fórmula utilizada pela Lei Fundamental, é todavia de supor que “*toda a instrução*” se restringe apenas à antiga instrução contraditória, deixando de fora a instrução preparatória, *vulgo*, inquérito, o qual é da competência do MP, nos termos do art. 219.º da CRP e dos art.s 53.º, n.º 2, al. b) e 263.º do CPP⁸⁰.

A ultrapassada⁸¹ tese da inconstitucionalidade do inquérito face à definição do n.º 4 do artigo 32.º da CRP, estava apenas centrada no elemento histórico da interpretação, quando na verdade o que deve ser fundamental é a valoração de outras referências, como sejam o fim do comando normativo (teleologia da norma) e o elemento sistemático, *i.e.*, o sistema em que tal comando se integra⁸².

⁷⁸ Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal...op.cit.*, pp. 249 e 251.

⁷⁹ *Idem ibidem*.

⁸⁰ Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 517/96, 610/96, 694/98, 581/2000 ou 395/2004, quanto à interligação entre o artigo 32.º, n.º 4 da CRP e os artigos 53.º/2, al. b) e 263.º/1 do CPP. [disponíveis através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> - consultado dia 24 de Março de 2012].

⁸¹ Muitos Autores consideram ainda que a decisão que ficou consagrada está longe de convencer e de encerrar a controvérsia, mas, em todo o caso, sempre se deve entender que na fase pré-instrutória/inquérito carecem de intervenção do juiz os actos que afectem os direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, *vide* GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I (art. 1.º-107.º), Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 521. Para a defesa da tese da inconstitucionalidade, *vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, “Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar...”*op.cit.*, p. 187 – embora o A. já não defenda, actualmente, a inconstitucionalidade, antes afirmando que não há soluções perfeitas, mas que o legislador conseguiu um equilíbrio muito razoável entre a salvaguarda dos direitos do arguido e a função de investigação. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, pp. 49 e 50.

⁸² Cfr. ANTÓNIO ARAÚJO SOL, *Significado da Instrução na dinâmica do Processo Penal Português*, Relatório final da parte escolar do mestrado, apresentado na disciplina de Direito Processual Penal (regência Maria Fernanda Palma), Lisboa: s.e., 2004, p. 9.

Analisando o elemento teleológico e sistemático, subjacentes a esta disposição constitucional, cremos que o fundamento do art.º 32.º, n.º 4 da CRP é o da protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos em fase anterior ao julgamento. Para tal, alia-se, por um lado, a eficácia da magistratura do MP, coadjuvada pelos órgãos de polícia criminal (OPC), que fica a cargo das investigações, com a existência de um juiz – o JIC – que praticar/autorizar os actos que restrinjam ou contendam com direitos fundamentais⁸³, nos termos dos artigos 268.º e 269.º do CPP⁸⁴.

Para além disto, por outro lado, existe uma fase própria para o controlo da decisão do inquérito – a fase de instrução – que faz um “*controlo judicial efectivo, real e apertado dos actos que se revelem danosos ou perigosos para os direitos dos arguidos e que sejam praticados por entidades não judiciais nas fase anteriores*”⁸⁵.

Como propõe JOSÉ SOUTO DE MOURA, o conceito constitucional de Instrução deve ser encontrado através de uma interpretação dinâmica, isto porque o seu sentido não é estático e vai evoluindo e acompanhando o contexto social de cada momento⁸⁶.

A intervenção do juiz *da e na* fase de Instrução justifica-se para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo e para garantir que a obtenção de prova durante as investigações se faça tendo em atenção os direitos fundamentais.

Sem prejuízo de todo o respeito que merece aos cidadãos a instituição do MP, certo é que, mesmo constituindo uma magistratura subordinada a critérios de legalidade e objectividade, dotada de autonomia, tratam-se, ainda, de órgãos do Estado, cujos titulares estão hierarquizados na dependência do Procurador-Geral da República, não oferecendo, assim, nem à luz da Constituição, nem em termos sociais,

⁸³ Vide FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”*op.cit.*, pp. 15 e ss.

⁸⁴ Vide ANTÓNIO ARAÚJO SOL, *Significado da Instrução...op.cit.*, pp. 11 e ss. – o A. faz uma interpretação diferente do elemento sistemático, que o leva a considerar que o artigo 32.º, n.º 4 comprime o artigo 219.º da CRP, que prevê que o Ministério Público é o titular da acção penal. Embora, a final, conclua que o facto da direcção do Inquérito estar a cargo do MP em nada viola o artigo 32.º, n.º 4, pois este não exige que toda a fase preliminar do processo penal seja da competência de um juiz, mas apenas que os cidadãos gozem de protecção judicial em todos os actos processuais anteriores ao julgamento (p. 12).

⁸⁵ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 53.

⁸⁶ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e Instrução”....*op.cit.*, pp. 110 e 111.

as mesmas garantias de isenção e de respeito pelos direitos fundamentais que os juízes de Direito⁸⁷.

Faz, portanto, sentido que seja o juiz – dotado de independência e imparcialidade, conforme a Constituição e o seu estatuto lhe conferem – o único sujeito processual que pode, por isso, assumir plenamente o papel de garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos⁸⁸.

A figura do Juiz de Instrução, à qual é atribuída a função de formular juízos objectivos e independentes sobre os já objectivos juízos do MP, constitui, assim, um filtro da submissão a julgamento dos arguidos, feito por pessoa diferente daquela que conduziu o inquérito e deduziu acusação.

Resumidamente, a “*instrução*”, a que se refere o artigo 32.º, n.º 4 da CRP, compreende não só a Fase de Instrução do CPP (Título III do Livro VI), mas também os actos a praticar no decurso do inquérito que possam envolver uma restrição dos direitos fundamentais do arguido – actos que, conforme nos diz o art. 202.º da CRP, por assumirem uma natureza materialmente jurisdicional, só podem ser praticados/autorizados por um juiz, de acordo com o princípio da reserva da função jurisdicional.

Afigura-se-nos que, em todo o caso, o nosso legislador encontrou um muito razoável equilíbrio de valores ao atribuir à jurisdição (via Juiz de Instrução), na fase

⁸⁷ RAUL SOARES DA VEIGA compara o modo de agir dos magistrados do MP com o próprio *modus operandi* dos advogados, já que: “Mesmo não sendo o nosso processo (felizmente) um processo puramente de tipo acusatório, ou seja um processo penal de partes – como no modelo norte-americano, onde o *public attorney* quer tanto a procedência da acusação como qualquer Advogado quer êxito de um articulado por si subscrito – a verdade é que, também no nosso sistema jurídico, o modo correcto de os Advogados agirem, como verdadeiros servidores da Justiça e do Direito (art. 76.º do EOA e 208.º/3 da CRP), não é assim tão diferente do modo como devem agir os magistrados do MP, subordinados a deveres de legalidade e de objectividade. Afirma o A. que se o MP deve pedir a absolvição do arguido em face da prova produzida, também o Advogado não deve defender uma causa que considere iníqua. Cfr. RAUL SOARES DA VEIGA, “O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais...”*op.cit.*, p. 190.

⁸⁸ Como afirmou GOMES CANOTILHO: “Ninguém hoje admitiria discutir em tribunal os seus direitos sem a garantia de um juiz legal, independente”, *apud* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “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 de Jurisprudência Constitucional Portuguesa* (Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional – 24 e 25 Outubro), Coimbra: Coimbra Editora, (2009), p. 49.

de inquérito, uma função garantística, mas não lhe atribuindo a responsabilidade da luta contra a criminalidade⁸⁹.

Podemos concluir que a competência judicial para a instrução e o direito de assistência de defensor em todos os actos do processo são, na perspectiva constitucional, os meios privilegiados para a defesa de todos os demais direitos fundamentais, desde o respeito pela presunção de inocência do arguido⁹⁰ até à legalidade na obtenção de provas.

Todavia, o errado entendimento da função da instrução tem-na tornado praticamente inútil, mal compreendida na *praxis* judiciária, e não raras vezes olhada com desconfiança pelos próprios sujeitos processuais⁹¹.

Mesmo o legislador constituinte, não atribuindo ao arguido a garantia de haver uma instrução obrigatória, carecendo esta de ser requerida, fez com que a plenitude da fase de Instrução não seja atendida, já que implica, desde logo, uma conveniente assistência jurídica do arguido – o que ocorre maioritariamente nos casos de defensor constituído.

A pedra angular do processo penal num Estado de Direito democrático – a tutela efectiva dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade, da segurança e

⁸⁹ Orientando, assim, os Juízes de Instrução para a máxima independência e máximo respeito pelos direitos fundamentais e, em princípio, despreocupando-os de considerações políticas sobre o êxito ou o inêxito das medidas de combate a qualquer forma de criminalidade. Cfr. RAUL SOARES DA VEIGA, “O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais...”*op.cit.*, p. 190.

⁹⁰ Inscrita no artigo 32.º/2 da CRP e artigo 6.º, par. 2.º da CEDH, a presunção de inocência é um princípio de inspiração jusnaturalista iluminista e assenta na dignidade do ser humano e na defesa da sua posição individual perante a onipotência do Estado. É mais abrangente do que o princípio do “*in dubio pro reo*”, já que este é exclusivamente probatório e aplica-se quando o tribunal tem dúvidas razoáveis sobre a verdade de determinados factos, ao passo que o princípio da presunção de inocência se impõe aos juízes ao longo de todo o processo e diz respeito ao próprio tratamento processual do arguido. Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 199; GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do Processo Penal”, in *Direito e Justiça*, Volume III, Lisboa: UCE, (1978/1988), p. 164; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 355; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República...op.cit.*, p. 518; e JOSÉ LOBO MOUTINHO, *O Arguido e o Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa: UCE, 2000, p. 7 e ss.

⁹¹ Escreve GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal*, Porto: Edições Asa, 2003, pp. 346 e ss., acerca da Instrução, que [esta] “é encarada como a forma de salvaguardar uma ‘*praxis*’ em que o papel do mandatário não é bem acolhido como ‘colaborador na administração da justiça’, perdendo-se em tempo aquilo que se pretendeu ganhar em secretismo...”. Os próprios magistrados encaram as tentativas de empregar o contraditório nesta fase como manobras dilatórias dos advogados, não compreendendo a verdadeira finalidade da Instrução.

da dignidade humana – não dispensa, mas antes exige o controlo judicial da acusação e dos seus actos investigatórios. Este controlo deve ser feito pelo Juiz de Instrução Criminal – guardião dos direitos fundamentais – de modo a se evitarem acusações gratuitas, manifestamente inconsistentes, visto que a sujeição a julgamento penal é, já em si, um incómodo muitas vezes oneroso e, não raras vezes, um autêntico vexame⁹².

⁹² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípios gerais do Processo Penal...”, *op.cit.*, p. 176.

Parte II

Fase Processual de Instrução: um novo paradigma?

PARTE II

Fase Processual de Instrução: um novo paradigma?

§4.º O sentido e o alcance da garantia da fase de Instrução face às últimas reformas legislativas

Se até aqui nos ocupámos com a descrição da evolução processual penal e, em concreto, da fase de instrução, fizemo-lo na convicção de que resultaria incompleta e até imperceptível a relevância das recentes alterações do Código para o próprio paradigma da instrução.

De facto, quer ainda no domínio do CPP/29, como instrução contraditória, quer no CPP/87, como instrução, a verdade é que esta fase sempre foi genericamente levada a cabo por Juízes de Instrução e considerada uma importante garantia de defesa do arguido.

No modelo de processo penal do CPP/87, a instrução constitui uma fase preliminar do processo, com estrutura acusatória, mas também integrada pelo princípio da investigação, judicial e que tem como acto obrigatório uma audiência *informal* – o debate instrutório – oral, contraditório, e que visa a comprovação judicial da decisão do MP de acusar ou de arquivar o processo.

A confrontação da decisão do MP em acusar ou arquivar é feita tendencialmente de forma independente, perante o juiz, o qual assegura, no essencial, a equidade do processo, permitindo uma verificação judicial, para que o arguido não seja ou não deva ser submetido a julgamento injustificadamente, ou sem provas bastantes e suficientemente consistentes⁹³.

Portanto, segundo esta lógica, e na senda do que afirma ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR⁹⁴, a acusação só poderá ter a consequência de submeter alguém a julgamento

⁹³ Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As exigências da investigação no processo penal...” *op.cit.*, p. 90.

⁹⁴ *Idem Ibidem.*

se for confrontada, de modo contraditório, perante um órgão independente, ou então caso o arguido renuncie a tal faculdade.

Portanto, a instrução é facultativa, *i.e.*, só tem lugar se requerida pelo arguido ou pelo assistente, verificados os pressupostos legais. Formulada a acusação pelo MP ou pelo assistente (quando o procedimento depender de acusação particular, nos termos do art. 285.º do CPP), o arguido pode, no prazo de vinte dias a contar da notificação da acusação, requerer a abertura da fase de Instrução, fundamentando o requerimento com as razões de facto e de direito que, na sua perspectiva, deverão conduzir à rejeição total ou parcial da acusação (*vide* art. 287.º, n.º 3 do CPP).

No sistema do actual CPP, vemos que o Juiz de Instrução só avalia a suficiência dos indícios, proferindo despacho de pronúncia ou de não pronúncia se tal lhe for solicitado pelo arguido ou pelo assistente.

Não foi assim durante a vigência do CPP/29, onde nos processos de querela, para se submeter uma pessoa a julgamento, tinha sempre de haver uma prolação de um despacho de pronúncia e, portanto, uma avaliação judicial da suficiência dos indícios⁹⁵. A solução do actual CPP⁹⁶, menos preocupada que está com os indícios – porventura, porque a Magistratura do MP é agora independente da função executiva (o que não acontecia no Estado Novo) – assume que o princípio da iniciativa processual das partes deve ditar, assim, que a avaliação da suficiência dos indícios só pode ser judicialmente comprovada se o arguido a requerer.

À semelhança do que acontecia no direito anterior, a Instrução pode ser requerida pelo arguido com o fim de ilidir ou enfraquecer a prova indiciária da acusação ou por simples razões de direito material (*v.g.* por acusação viciada). Contudo, afirma-se, a propósito da estratégia de defesa do arguido, que requerer a abertura de Instrução deve ser uma hipótese ponderada e sujeita às considerações do caso concreto, uma vez que, como momento decisório *sui generis*, poderá significar o acesso quase a um pré-julgamento, onde se discute o teor integral do processo, com

⁹⁵ *Vide* Parte I, parágrafo 2.2. desta dissertação (pp. 21 e ss.).

⁹⁶ É também a solução adoptada pela instrução criminal em Macau. *Vide*, ZHAO LINLIN, “Sobre dificuldades na revisão do Código de processo Penal e suas contramedidas”, in *Revista da Administração Pública de Macau*, Macau, Volume 23, n.º 87 (Março de 2010), p. 138.

debate oral, contraditório pleno, mas sem a solenidade e formalismos inerentes a um verdadeiro julgamento⁹⁷. É, em todo o caso, a primeira oportunidade processual que é conferida ao arguido e ao seu defensor de se pronunciarem, de viva voz e em debate contraditório, sobre o mérito dos autos⁹⁸.

Mas, repare-se que, em sentido etimológico, o termo “instrução” quer dizer “*in*” e “*struere*” – que significa acumular em lugar certo – ou seja, corresponde à ideia de reunião de meios necessária à decisão final⁹⁹. O sentido etimológico deste termo aponta, de certa forma, para uma similitude com o inquérito, já que tanto a instrução como o inquérito foram pensados como sub-fases, anteriores ao julgamento, em que as autoridades judiciárias levarão a cabo a sua tarefa de investigar, coadjuvadas pelos OPC¹⁰⁰. Devem, assim, ser praticados actos de produção de prova que se mostrem necessários por, não tendo sido tomados em conta no inquérito e sendo relevantes, permitirem enfraquecer ou adensar os indícios sobre os factos.

Importa reforçar que a instrução não pode nunca corresponder a uma repetição do inquérito¹⁰¹, nem a uma antecipação do julgamento, mas apenas se destinar a avaliar da consistência dos elementos de facto e de direito para submeter ou não alguém a julgamento. O juiz não altera a acusação na decisão instrutória, nem ordena ao MP que altere a sua decisão – o juiz comprova a acusação (aceitando-a),

⁹⁷ FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA afirma-se contra as correntes que defendem a inutilidade do recurso à Instrução, baseando-se no argumento de que esta é o primeiro momento em que o arguido toma posição perante a acusação e demais conteúdo dos autos. Mas frisa que, a nível de estratégia de defesa, nem sempre é aconselhável requerer a instrução, porque assim, se a acusação tiver falhas, estas já não podem ser colmatadas. Cfr. FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, *Defesa Criminal Activa – guia da sua prática forense*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 110 e 111.

⁹⁸ Sabendo-se que esta oportunidade de se pronunciar sobre os autos é restrita à questão da suficiência ou insuficiência dos indícios de facto e elementos de direito constantes dos autos. Cfr. FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, *Defesa Criminal Activa...op.cit.*, p. 118.

⁹⁹ CASTRO MENDES *apud* ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 188; GERMANO Marques da Silva, *Curso...op.cit.*, Vol. III, p. 161; e IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o objecto do Processo Penal*, Lisboa: Vislis, 2003, p. 133.

¹⁰⁰ O MP dirige o inquérito sempre coadjuvado pelos OPC (artigos 263.º e 55.º, conjugados com o art. 53.º/2 al. b) do CPP); o JIC também pode conferir aos OPC o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas à instrução (*vide* artigos 290.º/2 e 55.º, conjugados com o art. 53.º/2 al. b) do CPP).

¹⁰¹ E por isso comporta, nos termos do artigo 291.º/2 do CPP, o princípio da *irrepetibilidade* na Instrução dos actos ou diligências praticados no inquérito. *Vide* ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 202.

verificando se esta reúne os pressupostos legais para ser submetida à fase de julgamento¹⁰².

A Instrução assume-se, nestes moldes, como uma importante garantia do arguido, que encontra na prática de actos instrutórios uma possibilidade de enfraquecer os indícios sobre os factos que lhe são imputados, ao mesmo tempo que o princípio da verdade material¹⁰³ é fortificado pela prática de actos instrutórios que, ainda que com carácter instrumental (sujeitos a uma avaliação de necessidade, adequação e pertinência), permitem o debate sobre as questões concretas controversas.

No rigor absoluto das funções dos sujeitos processuais é verdade que não deveriam haver exigências de investigação durante a fase de Instrução, ficando esta reduzida ao debate e à apresentação, discussão e crítica do valor das provas, um pouco no sentido da *preliminary hearing*¹⁰⁴; mas, se por regra deveria ser assim, a menor intensidade do contraditório na fase de inquérito ou alguma ausência de contribuição probatória dos sujeitos processuais, impõe que se destine uma fase específica à função de confrontar os elementos vertidos no acto decisório de acusar, com os dados novos que permitam formular um juízo sobre a consistência da decisão que resultou do inquérito.

Está em causa, como se salientou, não a formação de uma convicção para além de toda a dúvida razoável sobre a existência de um facto e de quem é o seu agente, mas apenas um juízo de probabilidade, em prognose, sobre se as provas

¹⁰² Quando falamos de comprovação da acusação não significa que não se vise também a decisão do MP de arquivar o inquérito, mas fá-lo, porém, indirectamente. Para mais explicações sobre esta temática, *vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. III, pp. 143 e ss.

¹⁰³ O princípio da verdade material ou da investigação é o poder-dever do tribunal de procurar officiosamente a verdade, já que, contrariamente ao que acontece no processo civil, não existe ónus de prova no processo penal. É um princípio intimamente ligado à prova e à sua obtenção para chegar à verdade. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 85.

¹⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS “Processo Penal Português. Problemas e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 808.

reunidas, se mantidas quando confrontadas na audiência instrutória, fazem ou não supor a probabilidade de condenação¹⁰⁵.

O regime legal da Instrução foi sujeito a sucessivas alterações que, no essencial, foram sempre dirigidas no sentido correcto de enfatizar a finalidade de controlo entregue à fase de Instrução, atravessando esta, sem “dano estrutural importante”¹⁰⁶, as diversas revisões. Outras alterações, porém, mais não fizeram do que aproximar a Instrução ao julgamento, o que dificilmente se compagina com o seu *código genético*^{107/108}. É sobre estas que passamos a fazer uma breve reflexão.

4.1. Tomada de posição quanto à reforma de 2007¹⁰⁹

Bruscamente, num dos verões passados¹¹⁰, mais precisamente no dia 15 de Setembro de 2007, entrou em vigor a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto¹¹¹, a qual

¹⁰⁵ Expusemos aqui a tese defendida por Germano Marques da Silva sobre a indicição suficiente e que é também a posição do Tribunal da Relação de Lisboa. Todavia, há mais posições defensáveis sobre o conceito de indicição suficiente, por isso remetemos o leitor para JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 155 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. JOSÉ DE FARIA E COSTA, “Os Códigos e a mesmidade...”*op.cit.*, p. 443.

¹⁰⁷ Expressão de NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, p. 240.

¹⁰⁸ Segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR “os códigos de processo penal suportam mal a introdução avulsa de soluções que se pretendem pragmáticas ou aparentemente suscitadas por recitações pontuais de desvios de patologia, se tais soluções estiverem arredadas dos princípios estruturantes ou se traduzirem algum conteúdo não compatível com o equilíbrio, a coerência e a estrutura de um determinado modelo do processo”. Entende o A. que as pequenas alterações, como a da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que, aparentemente, poderia nem ter uma projecção externa muito relevante, acaba por afectar os momentos essenciais da estrutura acusatória – como as funções do Juiz de Instrução. Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: Reforma ou Revisão...”*op.cit.*, p. 349.

¹⁰⁹ Quando se fala de reforma, expressão que é polissémica, há sempre que ter algum cuidado. Em rigor, falar de reforma de um corpo normativo codificado supõe uma intervenção que, pela natureza ou amplitude, reordene os modelos ou introduza modificações de substância. Já as revisões ou reformulações constituem ajustamentos para superação de bloqueios ou resolução de dificuldades de aplicação. Estamos conscientes que as entidades responsáveis pela alteração do CPP, corporizada na Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, encaram-na como uma revisão e não uma verdadeira “reforma”, mas, ainda assim, e feita a nota ao leitor, mantemos a palavra reforma e faremos uso indiferenciadamente dos termos revisão e reforma – até porque a própria exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 12/XI usa indistintamente aqueles dois vocábulos. Neste âmbito, *vide* ainda ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: Reforma ou Revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abr/Set 2008), p. 348 e FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Coimbra: Coimbra Editora, (Abr/Set 2008) pp. 367 e ss.

introduziu “*numerosas e mais ou menos momentosas alterações no texto do Código de Processo Penal*”¹¹².

O impulso legislativo de revisão¹¹³ reformou a estrutura da fase de Instrução, nomeadamente quanto (i) à alteração das regras da publicidade externa e interna do processo (artigos 86.º a 90.º do CPP), (ii) às funções do Juiz de Instrução, (iii) à regra do contraditório (289.º, n.º 2 do CPP) e (iv) às modificações do objecto do processo.

4.1.1. A regra da publicidade externa – o segredo de justiça

O CPP/87, estruturado essencialmente em três fases (inquérito, instrução e julgamento), seguiu um modelo que impunha às fases preliminares o princípio da exclusão da publicidade. O segredo de justiça, estruturalmente e do ponto de vista do interesse público no exercício da acção penal, protegia a eficácia da investigação¹¹⁴, evitando, por um lado, especulações sensacionalistas que perturbassem o inquérito e, por outro, prevenindo graves prejuízos para a reputação e dignidade do arguido. Protegia, assim, os seus direitos de natureza pessoal – *maxime*, o bom-nome – e direitos de natureza processual – nomeadamente, o da presunção de inocência¹¹⁵.

Entende GERMANO MARQUES DA SILVA que a publicidade é uma garantia de transparência da justiça e, conseqüentemente, um modo de facilitar a fiscalização da legalidade do procedimento, sendo uma importante garantia de defesa¹¹⁶. Não era,

¹¹⁰ Adaptação da expressão de MANUEL DA COSTA ANDRADE, que deu título a uma obra do Autor sobre a Reforma de 2007: ‘*Bruscamente no verão passado*’, *a reforma do Código de Processo Penal (observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente)*, Coimbra: Almedina, 2009.

¹¹¹ Rectificada por Declaração de Rectificação n.º 105/2007, de 9 de Novembro.

¹¹² *Idem ibidem* n. 110.

¹¹³ Apenas fazemos referência às alterações que se prendem directamente com a estrutura da fase de instrução, embora cerca de um terço do código tenha sido alterado, (181 artigos alterados e 3 aditados). Vide JOSÉ DE COSTA FARIA, “Os Códigos e a mesmidade...”*op.cit.*, p. 449.

¹¹⁴ FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista CEJ* (Jornadas de Revisão do Código de Processo Penal), n.º IX, (2008), p. 7 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 420.

¹¹⁵ Princípio que diz respeito ao tratamento processual do arguido [*vide* n. 90].

¹¹⁶ Contudo, chama a atenção o A. para o facto da crescente complexidade da criminalidade dos nossos dias obrigar a que, pelo menos, um período da fase de instrução decorra sem publicidade.

pois, tolerável que o arguido estivesse sujeito a medidas de coacção por meses a fio sem ter acesso ao processo para se poder defender, como também não era admissível que as vítimas estivessem tempos infindáveis a aguardar o desfecho do processo sem qualquer notícia sobre o andamento das investigações.

Assim, a reforma de 2007 rompeu com o anterior paradigma do secretismo do inquérito, consagrando o regime regra da publicidade *total* no processo; publicidade *interna* (relativa aos intervenientes processuais – o arguido, o assistente e as partes civis) e *externa* (relativa a terceiros “estranhos” ao processo)¹¹⁷, sendo agora o segredo o regime excepcional.

Esta mudança radical foi influenciada pela Justiça Constitucional que apreciou a matéria do segredo por referência ao mediático processo “Casa Pia”¹¹⁸, e que pugnou pelo acentuar do direito de defesa do arguido¹¹⁹, em especial, pela permissão de acesso aos elementos dos autos. Mas, repare-se que, as alterações introduzidas, na louvável iniciativa de assegurar o acesso aos autos tão cedo quanto possível e propiciar uma colaboração do arguido e do assistente no próprio inquérito, acabaram por confundir publicidade interna com a publicidade externa, ou seja, baralharam a necessidade de se limitar o segredo aos sujeitos processuais, com a total e indiscriminada transparência da actividade processual^{120/121}.

Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma?”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abr/Set 2008), p. 262.

¹¹⁷ Para uma visão de conjunto sobre o fundamento e a definição de segredo de justiça na doutrina nacional, veja-se MARIA JOÃO ANTUNES, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel de Costa Andrade), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1241 e ss., e PEDRO VAZ PATTO, “O regime do segredo de justiça no código de processo penal revisto”, in *Revista CEJ*, n.º 9 (1.º Semestre 2008), pp. 45 e ss.

¹¹⁸ Há até quem se questione se a lei processual penal e a sua reforma não terão criado um “Código para a Casa Pia”. Cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, ‘*Bruscamente no verão passado*’...*op.cit.*, p. 31, onde o A. acrescenta que há um perigo eminente do já conhecido “*trial by newspaper*”, mas que não se poderá deixar que se transforme num “*law by newspaper*”.

¹¹⁹ A Revisão de 2007 balançou, à semelhança da Revisão de 1998, mais uma vez, entre as tendências “securitária” e “garantista”. Cfr. RUI PEREIRA, “Entre ‘garantismo’ e o ‘securitarismo’”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 250.

¹²⁰ Que afronta, assim, os direitos pessoais e de natureza processual do arguido, que referimos no parágrafo anterior. Veja-se, nomeadamente, o que diz MANUEL GUEDES VALENTE: “a publicidade (...) é, sem dúvida, uma sanção aterradora”. A transparência total, que se poderia compaginar como um ideal para o procedimento, pondo em causa o próprio principio constitucional de presunção de

É verdade que o sistema anterior¹²² tinha falhas, quer legislativas, quer prático-judiciárias – nomeadamente as constantes fugas ao segredo de justiça¹²³ – mas o legislador podia e deveria ter corrigido estas falhas de uma forma ponderada e equilibrada¹²⁴, já para não falar das dificuldades de implementação prática desta “dita” regra de publicidade.

Isto porque, e como entende ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, o legislador, nas recentes alterações ao regime da publicidade nas fases preliminares, resguardou o essencial da função da exclusão da publicidade, mas fê-lo não pela regra, mas pela excepção, condicionada à concordância do Juiz de Instrução (*vide* art.º 86.º, n.ºs 2, 3 e 5 do CPP). Esta inversão fragiliza as prioridades e desvaloriza a função do segredo, além de ter como consequência uma alteração radical das culturas e dos métodos de realização e direcção do inquérito¹²⁵.

Entendemos que o Juiz de Instrução, como juiz das liberdades a quem incumbe assegurar a defesa dos direitos dos cidadãos e também dos sujeitos

inocência, causa grave dano à dignidade da pessoa, à moral pública e ao normal decurso dos actos. Cfr. MANUEL GUEDES VALENTE, “A publicidade da matéria de facto”, in *Direito e Justiça*, Volume XV, Tomo I, Lisboa: UCE, (2001), pp. 211 e 212.

¹²¹ Para mais desenvolvimentos sobre o segredo de justiça, *vide*, antes da reforma: JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Introdução ao Processo Penal*, Coimbra: Almedina, p. 50 e pp. 218 e ss. e FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Segredo de Justiça e acesso ao processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 67 e ss.; e depois da reforma, na sua versão definitiva e aprovada: FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “Publicidade e segredo na última revisão...”*op.cit.*, pp. 7 e ss.

¹²² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal - Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 73. O A. alerta para o facto da discussão sobre a publicidade e o segredo de justiça remontar já à altura da promulgação do CPP/87, onde Francisco Sá Carneiro defendia a publicidade total (ainda que esta este defendesse a publicidade total num modelo de processo em que a fase de investigação era extra-processual, só se iniciando o processo e a publicidade total com a introdução, em juízo).

¹²³ GERMANO MARQUES DA SILVA crítica o facto de haver uma constante violação do segredo de justiça, dando a entender até que um tribunal terá mesmo sido assaltado pela comunicação social só para ter acesso ao processo. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações...”*op.cit.*, p. 73.

¹²⁴ Entende MANUEL COSTA ANDRADE, ‘*Bruscamente no verão passado*’...*op.cit.*, p. 58 – de forma muito crítica – que o legislador queria “mudar o paradigma” do segredo de justiça e acabar com as suas violações ultrajantes pela comunicação social. Mas, na verdade, o que conseguiu foi que os processos deixassem de estar, por regra, em segredo de justiça, para passarem a ser públicos e assim já não haveria violações ultrajantes por parte da comunicação social.

¹²⁵ Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR “Processo Penal: Reforma ou Revisão...”*op.cit.*, pp. 350 e 351.

processuais, poderá ficar encarregue da decisão (irrecorrível) de sujeitar ou não um processo a segredo e de definir quais os seus limites, mas também aceitamos o argumento dos que defendem que isto subverte a própria estrutura do processo, pois compromete o JIC nos resultados da investigação, na medida em que lhe cabe decidir sobre a necessidade do segredo para a sua eficácia¹²⁶.

Assim, quanto à primeira opção legislativa da reforma de 2007 – em que o segredo de justiça deixou de ser a regra – não podemos deixar de sublinhar que a opção da lei que foi revista oferecia uma solução melhor e perfeitamente adequada à finalidade da Instrução, bem como à protecção do direito do arguido à presunção de inocência e à preservação da sua imagem social, já que, segundo o artigo 86.º do CPP, na versão anterior a 2007, no caso da instrução ser requerida pelo assistente valia sempre a regra de segredo externo, que se coadunava com a circunstância de estarem em causa situações em que o MP se absteve de acusar; no caso da instrução ser requerida pelo arguido, a regra era a da publicidade, mas o arguido poderia sempre determinar a sua exclusão mediante simples manifestação de vontade.

Também a Proposta de Lei n.º 109/X (que foi votada na Assembleia da República e se converteu, como alterações, na Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto) previa uma solução relativamente adequada e coerente com as fase preliminares do processo, designadamente por consagrar a regra da publicidade interna no inquérito e a vinculação ao segredo de justiça a todos os que contactassem com o processo ou que tivessem conhecimento dos elementos deste, bem como por prever o segredo de justiça externo na fase de instrução – *i.e.*, o processo continuava sujeito a segredo de justiça relativo a terceiros, desde o termo do prazo para a abertura da instrução até ao

¹²⁶ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações...”*op.cit.*, p. 74, onde o A. afasta a inconstitucionalidade desta solução, mas alerta para os riscos da decisão do JIC se tornar uma decisão de chancela, como ocorreu durante tanto tempo com as autorizações das escutas telefónicas e outros actos para os quais a lei exige a autorização do juiz. (Vide, também, GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo...”*op.cit.*, p. 274). Para a defesa da posição da inconstitucionalidade, vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 252 (comentário ao artigo 89.º).

trânsito em julgado da decisão instrutória, quando o arguido declarasse que se opunha à publicidade¹²⁷.

Afigura-se-nos que a opção do legislador em conferir total publicidade ao processo desvirtua os fundamentos da própria existência de segredo – v.g., proteger a honra dos suspeitos – e também acaba por descaracterizar a fase de instrução que é, agora, pública, e não pode ser sujeita a segredo externo, nem mesmo quando o arguido o requeira expressamente.

Houve, segundo parece, uma intenção de exprimir mais clara e concretamente o pensamento legislativo e de considerar as prementes mudanças nos sistemas processuais penais europeus no que respeita a matérias intimamente ligadas aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mas não foi esse o resultado produzido pela reforma legislativa¹²⁸, já que trouxe para a ribalta da discussão pública questões que antes eram apenas do domínio reservado dos juristas e apressou, devido à notoriedade de alguns processos, a clarificação de normas e a introdução de soluções precipitadas.

É nossa convicção que houve uma tentativa de mudar o paradigma do secretismo¹²⁹, uma tentativa válida e com a qual concordamos na essência, só que

¹²⁷ Vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...op.cit.*, p. 237 (comentário ao artigo 86.º).

¹²⁸ O projecto foi preparado por um grupo de trabalho denominado de Unidade de Missão para a Reforma Penal e congregou membros oriundos das magistraturas, da advocacia, das polícias, da Universidade e, naturalmente, membros do Governo, o que levou a uma ampla discussão e a que a Proposta de Lei n.º 109/X tenha ficado, em alguns aspectos, desvirtuada do seu corpo inicial. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Soltas sobre as Alterações...”*op.cit.*, p. 72 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...op.cit.*, p. 237.

¹²⁹ Aliás, o Presidente da União de Missão, RUI PEREIRA, já teria defendido publicamente que, se o princípio fundamento do segredo de justiça fosse a presunção de inocência do arguido, também existiria segredo na fase do julgamento. Cfr. RUI PEREIRA, “O domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, p. 119 – O A. aí refere em nota (p. 120), que o crime de violação do segredo de justiça tem demasiadas dificuldades probatórias, que se acentua quando é cometido pela comunicação social, pelo facto de o jornalista, por exemplo, se fizer uso do seu direito ao silêncio, evitar a responsabilização, já que faz nascer no espírito do julgador a dúvida sobre se ele obteve a informação fortuitamente ou através de fonte anónima, dando-se a inevitável aplicação do *in dubio pro reo*. Já em 2004 se previa, portanto, que só a inversão do sistema poderia evitar estas constantes violações. Vide, também, RUI PEREIRA, “A reforma do processo penal”, in *II Congresso de Processo Penal*, (coord. Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, pp. 232 e 233.

acabou por instalar a confusão e um sem número de críticas que têm assolado o panorama jurídico actual.

Em resumo, quanto à primeira alteração propagada das regras da publicidade interna e externa do processo (artigos 86.º a 90.º do CPP) (i), parece-nos que a regra do processo penal deve ser a da publicidade. Só limitando no tempo a duração do segredo de justiça, sobretudo o segredo de justiça interno (para os próprio arguidos) pode evitar que se prejudique o direito de defesa, o qual é garantido constitucionalmente. Em todo o caso, para a valia da fase de Instrução, que é uma fase preliminar, anterior ao julgamento, também tem de ser possível aplicar a excepção do artigo 86.º, n.º 2 do CPP a esta fase.

Portanto, a instrução será pública, sob pena de nulidade, excepto quando o Juiz de Instrução, mediante requerimento do arguido, determine por despacho irrecorrível a sujeição do processo a segredo de justiça externo por entender que a publicidade prejudica os direitos daquele sujeito processual.

No fundo, a nossa proposta vai no sentido de aplicar, analogicamente ou não, o artigo 86.º, n.º 2 do CPP, na sua versão actual, à fase de instrução. Dizemos “analogicamente ou não”, porque há autores, como NUNO BRANDÃO, que afastam completamente a hipótese da aplicação analógica, por considerarem que para tal será preciso existir uma lacuna, ou seja, uma omissão de regulação¹³⁰. Contudo parece-nos que houve, efectivamente, uma omissão de regulação, porventura fruto das soluções precipitadas destas reformas e da discussão regulamentar que lhes esteve subjacente.

Só assim se restabelece o equilíbrio e se dá cumprimento à finalidade da fase de Instrução, garantindo-se ao arguido que não será submetido a julgamento sem que antes a acusação que lhe é imputada seja sujeita a um controlo jurisdicional, no qual

¹³⁰ Diz o A. que não é possível aplicar analogicamente o artigo 86.º, n.º 2 do CPP, na sua actual redacção, na qual se concede ao arguido, em inquérito, o direito a requerer ao JIC a sujeição do processo a segredo de justiça em virtude de a publicidade ser prejudicial aos seus direitos, já que para se fazer uma aplicação analógica era necessário que existisse uma lacuna, que aqui não se vislumbra ter existido – “houve apenas um propósito deliberado de não estender o regime excepcional de segredo para lá da fase de inquérito”. Não concordamos inteiramente com esta peremptória tomada de posição, até porque esta seria uma analogia *in bonam partem*. Cfr. NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, p. 242 e, no mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...op.cit.*, p. 758.

está implícita uma avaliação, à luz do interesse público, da justificação e necessidade da sua submissão a julgamento, com os inerentes incómodos e danos para a sua reputação.

4.1.2. O papel do JIC

Um segundo problema, ainda intrinsecamente ligado à alteração da regra da publicidade, é o das funções do Juiz de Instrução (JIC) (ii), *maxime*, o modo de intervenção do JIC como figura que valida a decisão do MP de sujeitar o inquérito a segredo de justiça (86.º, n.º 3 do CPP).

Há quem entenda que colocar o JIC como instância de controlo definitivo da decisão do MP sobre o segredo interno do inquérito é contrariar a própria estrutura acusatória do processo penal, que assenta na direcção do inquérito pelo MP, esvaziando-se o conteúdo do poder deste^{131/132}.

Contudo, parece-nos que o JIC, como juiz das liberdades a quem incumbe assegurar a defesa dos direitos dos cidadãos e também dos sujeitos processuais, poderá ficar encarregue da decisão de sujeitar ou não um processo a segredo e de definir quais os seus limites, sem que isso signifique uma violação da estrutura acusatória¹³³. A partir do momento em que a publicidade é configurada pela lei como

¹³¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...op.cit.*, pp. 251 e 252 (comentário ao artigo 89.º). O A. considera mesmo esta solução uma restrição inconstitucional do exercício monopolista do inquérito pelo MP e, portanto, da função constitucional do MP, o que viola os artigos 2.º, 20.º/1, 32.º/5 e 7, e 219.º da CRP, já que o JIC passa a poder determinar, em última instância, o que prejudica ou não prejudica a investigação. Parece-nos que o A. está também a ser coerente com a sua opinião de que a própria restrição do segredo de justiça é inconstitucional, o que, como já tivemos oportunidade de explicitar, não nos parece correcto, já que o núcleo essencial do segredo de justiça é a protecção dos interesses da investigação e da honra dos participantes, mas a Constituição não impõe que exista sempre segredo de justiça.

¹³² Entende MANUEL DA COSTA ANDRADE, *'Bruscamente no verão passado'...op.cit.*, p. 64, que estas "são já as soluções que se projectam em rupturas sobre o tecido de fundo do processo penal e correm claramente em contra-mão na perspectiva da respectiva racionalidade axiológico-teleológica e político-criminal, logo a começar pela dimensão da eficácia da justiça penal".

¹³³ Neste sentido, também o Acórdão do TC n.º 110/2009, Conselheiro José Borges Soeiro (Proc. n.º 835/08 – 1.ª Secção), disponível através do link [consultado dia 29 de Março de 2012]: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090110.html>. Em sentido contrário, *vide* o voto de vencido conjunto dos Conselheiros Maria João Antunes e Carlos Pamplona de Oliveira; *vide*, ainda, a este respeito, MARGARIDA SANTOS, *A determinação do segredo de justiça na relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal - (in)compatibilidade com a estrutura do processo penal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2011, pp. 128 e ss.

um direito, nada obsta, antes se impõe que a sua restrição só possa ser determinada pelo juiz. Daí que seja admissível que a intervenção do JIC possa ser subsequente à decisão do MP ou mediante requerimento dos interessados.

Na coerência do modelo de processo penal português, mais uma vez frisamos¹³⁴ que, num cenário ideal, o Juiz de Instrução não deveria nunca ser positiva ou negativamente comprometido com o êxito, eficácia ou os resultados da investigação. Contudo, no cenário que temos, o posicionamento do Juiz de Instrução é o de garante dos direitos fundamentais do arguido e do ofendido durante a *fase instrutória* dirigida pelo MP (inquérito) e de *dominus* da fase de instrução (288.º, n.º 1 do CPP), sendo, por isso, constantemente chamado a desempenhar funções antagónicas de investigar e decidir, salvaguardar direitos das pessoas e assegurar a eficácia do processo¹³⁵.

Nesta senda, poder-se-á ponderar, e para isso suscitamos a dúvida, se a lei processual deveria modificar o regime que actualmente permite que o juiz competente para dirigir a Instrução seja o mesmo que já interveio na fase de inquérito – *vide* art.s 17.º, 39.º e 288.º do CPP.

É reflexo do artigo 32.º, n.º 4 da CRP que a atribuição de competência ao tribunal de julgamento para proferir a pronúncia seria inconstitucional (como acontecia em 1977), mas nada impede o Juiz de Instrução de exercer *todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento*¹³⁶.

Naturalmente, os críticos da fase de Instrução encontrariam aqui mais uma similitude com a fase de julgamento, estribando novo argumento a favor da sua abolição. Contudo, somos da opinião que o JIC encarregue da fase de Instrução – e portanto, a cargo do controlo jurisdicional da decisão de acusar ou de arquivar que advier do inquérito – não deveria, por regra, ser o mesmo juiz que coordena e autoriza

¹³⁴ Nossa n. 89.

¹³⁵ Sobre a posição do juiz como garante das liberdades, que está presente na construção de um “direito dos direitos do homem” pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou mesmo na concepção do juiz de instrução elaborada no projecto de um processo penal europeu – o *Corpus Iuris* – *vide* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal...” *op.cit.*, p. 719. *Vide*, sobre o JIC e a organização judiciária, PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária...* *op.cit.* pp. 166 e ss.

¹³⁶ Artigo 17.º do CPP, na sua versão actual.

os actos de inquérito que possam contender com direitos fundamentais (v.g., arts. 268.º e 269.º e, também, art. 86.º, n.ºs 2, 3 e 5 do CPP)¹³⁷.

Mais sugerimos, se a organização judiciária na prática o permitir, que os juízes encarregues da autorização e coordenação dos actos de inquérito – a que passaríamos a chamar Juiz do Inquérito e das Liberdades (JIL) –, bem como o Juiz de Instrução Criminal – JIC – fossem funções atribuídas apenas a magistratura experiente¹³⁸ e com formação em Direito Constitucional e Direitos Fundamentais¹³⁹.

¹³⁷ Exemplar a este propósito é o CPP Italiano que, com a função de apreciar as decisões proferidas em matéria de direitos, liberdades e garantias criou o GIP – *giudice per le indagini preliminari* – cujo papel é controlar a actividade das entidades que investigam e, nesta medida, assegurar a protecção dos direitos do arguido sempre que devam ser tomadas medidas restritivas. Este juiz não tem poderes investigatórios e deve coordenar a legalidade na obtenção de provas, posição que propomos para o JIL – Juiz do Inquérito e das Liberdades. Por outro lado, o ordenamento jurídico italiano comporta ainda a figura do GUP – *giudice dell’udienza preliminare* – que coordena e decide da aceitação da acusação numa audiência preliminar oral e contraditória.

Sobre a solução adoptada pelo CPP Italiano, vide GIUSEPPE TABASCO, “Sui limiti dei poteri integrativi del giudice dell’udienza preliminare”, in *La Giustizia Penale*, Série 7, Vol. 113, Fascículo 2, Parte terza (n.º 49), (Febbraio 2008), pp. 118 e ss.; LUIGI CUOMO, *L’udienza preliminare*, Padova: CEDAM, 2001, pp. 1 a 18 e ADOLFO SCALFATI, *L’Udienza preliminare*, Pádua: CEDAM, 1999, pp. 20 e ss.

Criticamente, sobre a solução do CPP Italiano, vide GUGLIELMO LEO, “Problemi dell’udienza preliminare”, in *L’indice penale*, Padova, Ano 30, n.º 2 (Maggio/Agosto 1996), pp. 474 e ss.

¹³⁸ Note-se que a figura do Juiz de Instrução sofreu inicialmente, a nível de organização judiciária, uma certa discriminação por parte da restante magistratura – sabe-se até que chegaram a estar à frente do TIC, como juízes, recém-licenciados em Direito, que nem sequer magistrados de carreira eram, e não era desconhecida a grande dificuldade de preenchimento de quadros deste tribunal. Hoje em dia já não é assim, mas ainda é legítimo questionar a experiência que se deve esperar deste magistrado. Vide ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 195.

¹³⁹ Parece coerente reservar estas funções difíceis a um magistrado experiente, que apresente aptidões profissionais e as qualidades humanas necessárias, e que tenha, pelo menos, 10 anos de antiguidade, o que de momento supõe uma reforma profunda da organização das carreiras. Parece-nos uma solução compatível com o actual panorama de mudança da organização judiciária. O nosso espírito de reflexão foi direccionado para estas questões depois da leitura do Relatório da Ordem dos Advogados de Paris sobre as questões da detenção provisória em França, disponível através do link: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=112457&idsc=9562&ida=44871, [consultado dia 27 de Março de 2012] e das ponderações extraídas por KURT MADLENER sobre o sistema judicial alemão. Cfr. KURT MADLENER, “Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de ‘prazo razoável’ e de ‘celeridade’. Observações a respeito da justiça alemã”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 647 e 650. Para uma análise sistemática da protecção dos direitos de defesa no sistema alemão, vide, ainda, BERND SCHÜNEMANN, *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln: Heymanns, 2007, p. 122 a 131.

Só assim estaria definido o núcleo essencial da função do juiz em fase anterior ao julgamento, assegurando que, tanto o inquérito como a instrução, teriam à sua disposição uma figura de garante das liberdades.

4.1.3. Contraditoriedade da Instrução

Também face às recentes alterações do CPP, têm sido apontadas à nova regra do contraditório na instrução muitas críticas por parte da doutrina¹⁴⁰.

A Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, que tinha estabelecido o princípio da não contraditoriedade das diligências probatórias na instrução¹⁴¹, atribuindo apenas natureza contraditória ao debate instrutório, foi alterada pela reforma de 2007, mais concretamente, através do n.º 2 do art. 289.º do CPP, que agora consagra que “*o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos actos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade*”.

A nova redacção da norma pretende conferir a estes sujeitos os direitos de estarem presentes e de terem participação activa nos actos de instrução realizados na sequência de requerimento por si ou por algum dos outros sujeitos apresentado e que o JIC considere que se devam realizar (art. 289.º, n.º 2 conjugado com o art. 291.º, n.º 1, do CPP). Vem acrescentar, portanto, alguns elementos de contraditório aos actos de produção de prova na instrução – o que, segundo ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, modifica o paradigma do anterior modelo de instrução, aproximando os actos de produção de prova *para a descoberta da verdade* a um formato de pré-julgamento¹⁴².

Parece-nos, contudo, que esta alteração estará apenas a conferir coerência à sistemática do Código, que mudou a regra para a publicidade na fase preliminar, não

¹⁴⁰ Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: Reforma ou Revisão...”*op.cit.*, p. 359 e, também neste sentido, *vide* NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, pp. 244 e ss.

¹⁴¹ Cfr. MANUEL SIMAS SANTOS / MANUEL LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, Vol. I, 3.ª Ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2008, pp. 157 e ss., e MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*, 17.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 688 e ss.

¹⁴² Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Processo Penal: Reforma ou Revisão...”*op.cit.*, p. 359 e NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, p. 359.

se justificando, agora, manter a proibição de participar nas diligências probatórias numa fase do processo em que vigora sempre a publicidade interna¹⁴³.

Também o facto de o contraditório ser encarado como um instrumento útil para a descoberta da verdade material, fomentando a colaboração das partes para uma melhor percepção do JIC acerca dos contornos do caso¹⁴⁴, poderá ter estado na origem desta alteração.

É certo que, a previsão do contraditório dos actos de instrução representa um afastamento da lógica e finalidade que foi inicialmente conferida à Instrução; mas, em todo o caso, é um desvio tolerável em nome de uma boa decisão de comprovação judicial, caso o juiz exerça, de modo efectivo, os seus poderes de disciplina e direcção, por forma a que o contraditório se mantenha dentro dos estritos limites impostos pela finalidade que determinou a realização daquele acto¹⁴⁵.

4.1.4. Do objecto do processo

Finalmente, quanto à complexa questão das modificações do objecto do processo (iv), a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, introduziu uma nova regulação sobre a alteração substancial dos factos na Instrução¹⁴⁶.

¹⁴³ A sugestão que atrás fizemos sobre a possibilidade de aplicar analogicamente a excepção do art. 86.º/2 do CPP também à fase de instrução, conferindo ao arguido a possibilidade de requerer que esta seja sujeita a segredo externo – por ser prejudicial aos seus direitos a regra da publicidade – é uma sugestão para resolver a descaracterização a que foi sujeita a própria fase de instrução depois da Reforma de 2007, mas não se pode aplicar o mesmo raciocínio para que outro sujeito processual requeira ao JIC a aplicação do segredo interno/externo na fase de instrução. É uma construção de *iure condendo* apenas para protecção da honra do arguido e integridade das finalidades da instrução. Fica, aqui, feita a ressalva. [vide ponto 4.1.1.].

¹⁴⁴ Afirma ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, “Controlo garantístico”...*op.cit.*, p. 178, que o contraditório é mesmo uma verdadeira regra de ouro do processo penal e a possibilidade de o arguido contraditar e discutir a prova carreada pela acusação é uma importante garantia de defesa – art. 32.º/1 da CRP.

¹⁴⁵ Posição também sufragada por NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, p. 245, embora o A. faça a ressalva que esta alteração, apenas de merecer um juízo positivo, considerada avulsamente não obnubila a crítica feita à tendente descaracterização da fase de instrução.

¹⁴⁶ Falamos em “complexa questão” porque esta é uma matéria que se liga muito intimamente com o direito de defesa do arguido e sofreu recentemente muitas alterações, face à densificação da ideia que a simples alteração da qualificação jurídica – ou seja, os factos mantêm-se mas a sua valoração jurídico-penal diverge – não é livre e deve ser transmitida ao arguido para que se possa defender. Vide Acórdãos do TC n.ºs 445/97 e 411/2001, disponíveis através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado dia 28 de Março de 2012]. Para mais desenvolvimentos, vide FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e a sua relevância no*

O objecto do processo¹⁴⁷ que, em termos análogos, definiríamos em função da causa de pedir do processo civil, no processo penal é essencialmente composto por factos e por direito que consubstanciam a prática de um crime, reconstruindo-se, na fase de inquérito, os pedaços da vida, reais ou hipotéticos, que se destacam da realidade e se submetem à apreciação judicial – os chamados *factos processuais*¹⁴⁸.

Como até aqui, continua ainda hoje o Juiz de Instrução sujeito ao princípio da vinculação temática¹⁴⁹, o que não o proíbe de livremente investigar¹⁵⁰ o caso submetido a Instrução e, desta feita, descobrir factos novos relacionados com o objecto do processo, mas já o impede, sob a cominação de nulidade, de pronunciar o arguido por factos que constituam alteração substancial dos descritos na acusação ou no requerimento de abertura de instrução – vide art.s 1.º, n.º 1, al. f), 303.º, n.º 3 e 309.º, n.º 1 do CPP – para evitar *decisões surpresa*, garantindo que o arguido sabe do que é acusado e prepara a sua defesa nesse sentido.

Assim, o objecto do processo não é ainda definitivo, está apenas balizado¹⁵¹. E quando o processo chega à fase de instrução, o seu objecto é constituído pelos factos descritos na acusação deduzida pelo MP e/ou pelo assistente (ou implícitos no

Processo Penal Português, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003, pp. 174 e ss. e IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa: Vislis, 2003, pp. 224 e ss.

¹⁴⁷ Para o Professor CASTANHEIRA NEVES, o objecto do processo “individualiza-se e identifica-se por um caso jurídico-criminal concreto que, perante uma situação polarizada pela conduta de uma pessoa, com o seu sentido axiológico-social particular, se oferece e explicita ao perguntar-se pela validade jurídico-criminal de aquele sentido axiológico-social da conduta-situação”. Cfr. *Sumários de processo criminal...op.cit.*, p. 260.

¹⁴⁸ Definição de factos processuais dada por FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...op.cit.*, pp. 10 e ss.

¹⁴⁹ Este princípio da vinculação temática, fundado na estrutura acusatória material do processo penal, foi regulado pela lei, na versão anterior a 2007, com a cautela imposta pela extrema complexidade da questão do objecto do processo e pela consciência de que esta está interligada com problemas maiores da doutrina geral do crime. Este princípio significa, em todo o caso, que: o objecto do processo deve manter-se estável desde a acusação ao trânsito em julgado da sentença, tendo como fundamento a ideia de identidade ou uniformidade do objecto ao longo do processo. (Vide PAULA MARQUES DE CARVALHO, *Manual Prático de Processo Penal*, 5.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 19)

¹⁵⁰ Os poderes de investigação do juiz constituem poderes-deveres do JIC para que pronuncie ou não o arguido. Cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais...”*op.cit.*, p. 17 e IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo...op.cit.*, p. 135.

¹⁵¹ O objecto do processo é relativamente irrelevante na fase de inquérito porque nesta fase se cuida de indagar a notícia do crime, de lhe conferir contornos, recolhendo elementos de prova que permitam reconstruir o crime em ordem à formulação da acusação. Só finda esta fase é que é formulada a acusação e é que a identidade do processo revela e é importante para efeitos de defesa. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 383.

requerimento de abertura de instrução deste) e pela pretensão neles formulada.

Portanto, perante suspeitas fundadas de novos factos processuais, *i.e.*, *novos pedaços da vida* que só agora aparecem e trazem algo de novo à estrutura do crime, o JIC, antes da reforma de 2007, tinha de ponderar se estes “factos novos”: (a) podiam ser tidos em conta porque não alteravam substancialmente os descritos na acusação, desde que concedida a possibilidade ao arguido de deles se defender (*vide* 303.º, n.º 1 do CPP); (b) se podiam ser tidos em conta porque apenas se alterava a sua qualificação jurídica e não verdadeiramente os factos; (c) ou se determinavam a abertura de novo inquérito, por alterarem substancialmente os factos descritos na acusação (*vide* art. 1.º, n.º 1 al. f) e antigo art. 303.º, n.º 3 do CPP).

Tornou-se prática corrente, quanto a esta última hipótese – acima identificada como (c) – que, perante as suspeitas de factos novos, haveria que distinguir entre factos novos autonomizáveis e os não autonomizáveis, bem como os factos autónomos dos que já conformavam o objecto do processo. Os primeiros – alteração de factos autonomizáveis – indiciavam um *núcleo comum mínimo de identidade* com o objecto do processo em discussão¹⁵², pelo que deveriam ser comunicados pelo JIC ao MP, para que quanto a eles se abrisse inquérito, seguindo o processo o seu curso normal quanto aos factos que vinham imputados anteriormente. Se, pelo contrário, os novos factos não fossem autonomizáveis, por serem indissociáveis dos iniciais ou devessem ser conhecidos em conjunto, a jurisprudência e a doutrina maioritária consideravam que não poderia ser tomada uma decisão de mérito e o juiz deveria ‘devolver’ o processo ao MP¹⁵³. No caso dos factos novos autónomos, não haveria,

¹⁵² Cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo...op.cit.*, p. 41.

¹⁵³ Sobre esta questão do destino dos factos novos não autonomizáveis e do próprio destino a dar à fase de instrução, havia alguma controvérsia da doutrina, nomeadamente, pelo facto de se considerar que assim o JIC estaria a “mandar” o MP acusar por factos diferentes, violando-se a estrutura acusatória. Esta era a primeira posição sufragada, nomeadamente por PAULO DE SOUSA MENDES e TERESA PIZARRO BELEZA, que consideravam a irrelevância total dos factos novos não autonomizáveis, pelo que se devia pronunciar o arguido pelos factos que já vinha acusado. Esta primeira solução defendia a continuação do processo. [Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, “O processo penal em acção: hipótese e modelo de resolução”, in AA.VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, AAFDL, 2000, p. 119 e TERESA PIZARRO BELEZA, “O objecto do processo penal – o conceito e o regime da alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in AA.VV., *Apontamentos de direito processual penal* (org. Teresa Pizarro Beleza), Vol. III (aulas teóricas dadas ao 5.º ano 1991/92 e 1992/93, Lisboa: AAFDL, 1993, p. 101].

em rigor, uma alteração (porque não resulta na imputação de crime diverso nem no agravamento dos limites da pena) e, por isso, será aplicável o regime da alteração não substancial de factos.

Contudo, apesar de não haver consenso [como vimos na n. 153] relativamente ao destino a dar à instrução e à natureza jurídica do despacho de índole formal que lhe punha termo, a verdade é que grande parte da doutrina considerava que os factos novos apurados não deveria ser ignorados em prol da descoberta da verdade material.

Mas a lei mudou e, portanto o JIC, depois da reforma de 2007, perante suspeitas fundadas de factos novos, deve ponderar: (a) se eles podem ser tidos em conta para efeitos de pronúncia, na medida em que não alterem substancialmente os factos da acusação – art. 303.º, n.º 1 do CPP – solução que se mantém, portanto, igual¹⁵⁴; (b) se estiver perante uma alteração da qualificação jurídica, esta já não é

Uma segunda corrente – tese da repetição do inquérito – sufragada pelo STJ no Acórdão de 28-01-1993 (proc. n.º 43395/1993), entendia que a Instrução ficava suspensa nos termos do art. 276.º/1 c) e 279.º/1 do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* art. 4.º do CPP (posição igualmente defendida por FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...op.cit.*, pp. 174 e ss.), pelo que o processo regressaria ao Inquérito para que houvesse nova ponderação da factualidade em conjunto.

Em nome de uma terceira posição/solução, JOSÉ SOUTO DE MOURA e AUGUSTO DA SILVA DIAS, entendiam que devia haver uma absolvição da instância (art. 288.º do CPC) em que o processo pendente terminaria com uma decisão de forma (já que havia uma excepção dilatória inominada) que conduzia à absolvição do arguido – devendo o MP abrir novo inquérito – o que significaria um novo processo com todos os factos. [Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o objecto do processo – a pronúncia e a alteração substancial dos factos”, in AA.VV., *Apontamentos de direito processual penal* (org. Teresa Pizarro Beleza), Vol. II, Lisboa: AAFDL, 1993, p. 41, e também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-02-1996 (proc. n.º 000223)].

Finalmente, havia ainda quem entendesse que a anulação do processado, por preterição de uma nulidade insanável (119.ºd) e 120.º/2 d) do CPP), era a melhor forma de evitar criar um novo processo, anulando apenas o que houvesse de anular e repetindo-se o que fosse necessário (por exemplo, a acusação). [Cfr., nomeadamente, JORGE NORONHA E SILVEIRA, “Esquema de resolução de casos práticos”, in AA.VV. *Direito processual penal – Materiais de apoio às aulas práticas* (org. Jorge Noronha e Silveira), 1.ª reimp. da 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2006, p. 122]

Este conjunto de posições foram reunidas e amavelmente disponibilizada aos seus alunos pelo Mestre JOÃO GOUVEIA DE CAÍRES, enquanto assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, na cadeira de Direito Processual Penal, no ano lectivo de 2007/2008, sob a regência do Professor Doutor PAULO DE SOUSA MENDES.

¹⁵⁴ O tratamento da alteração não substancial dos factos mantém-se, desde 1998, igual. Portanto, em fase de instrução, havendo uma alteração não substancial dos factos, eles podem ser tidos em consideração para efeitos de pronúncia desde que seja concedida a possibilidade ao arguido de deles se defender – nomeadamente pelo adiamento do debate instrutório por um período não superior a 8 dias, se necessário (*vide* 303.º, n.º 1 CPP, na sua versão actual). Aplicando analogicamente o disposto no art. 358.º/2 do CPP à fase de Instrução, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que se a alteração não substancial de factos derivar de factos alegados pela defesa, a advertência do juiz sobre a

livre, mas aplica-se-lhe o regime da alteração não substancial dos factos (*vide* 303.º, n.º 5 do CPP)¹⁵⁵; (c) se houver uma alteração dos factos da acusação (ou do requerimento de abertura de instrução) de que resulte a imputação de crime diverso¹⁵⁶ ou um agravamento dos limites da pena, o tribunal não pode atender aos novos factos para efeitos de pronúncia no processo em curso – porque são uma alteração substancial – nem é possível a extinção da instância¹⁵⁷.

Parece que a reforma de 2007 quis sufragar a corrente que defendia que devem ser desconsiderados os novos factos na medida em que alterem substancialmente os descritos na acusação ou no requerimento de abertura de instrução e sempre que não sejam autonomizáveis, devendo o processo seguir o seu curso e pronunciando-se o arguido pelos factos de que vinha acusado. Como foi defendido por PAULO DE SOUSA MENDES, as restantes teses que se apresentavam para solucionar o problema da alteração substancial de factos não autonomizáveis recorriam com frequência a expedientes formalistas, nomeadamente *ao parcelamento engenhoso do facto*¹⁵⁸, com os inerentes sacrifícios da celeridade processual, sendo que agora, no limite, não se deixa de punir, apenas não se pune por mais.

possibilidade de se interrogar o arguido sobre os factos novos deixa de ser necessária. Cfr. *Comentário do Código de Processo Penal...op.cit.*, p. 769 (comentário ao art. 303.º).

¹⁵⁵ Repare-se que a alteração da qualificação jurídica (AQJ) pode não ser, pois, uma simples mudança do *nomem iuris*, mas consubstanciar mesmo um agravamento para o arguido que compromete a sua estratégia de defesa. Foi, por isso, uma boa alteração da reforma de 2007. Neste sentido, mas defendo ainda que a lei poderia ter ido mais longe, *vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, em *Curso...op.cit.*, Vol. I, p. 387 e, também em “O direito de defesa em processo penal - parecer”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, Lisboa: UCE, (1999), pp. 290 e ss. Em sentido contrário, *vide* FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...op.cit.*, p. 174, pois entende que a AQJ é livre, já que o arguido se defende de factos e não de imputações.

¹⁵⁶ Crime diverso é, na perspectiva de FREDERICO ISASCA, aquele em que a imputação modifica a imagem e a valoração social quanto ao tipo e compromete a estratégia de defesa. Cfr. FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos...op.cit.*, p. 189. Com entendimento diferente *vide* JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Inquérito e Instrução”...*op.cit.*, pp. 130 e ss., que entende que crime diferente significa um bem jurídico diferente e também GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...op.cit.*, p. 386, que consideram que crime diverso seria um juízo de ilicitude diferente e o comprometimento da estratégia de defesa. Tendemos a concordar com a primeira posição, de FREDERICO ISASCA, porque nos parece aquela que melhor protege a posição jurídica do arguido e a eficácia da sua defesa.

¹⁵⁷ A exclusão legal da possibilidade de extinção da instância abrange apenas o caso da absolvição da instância (288.º do CPP) – tese de JOSÉ SOUTO DE MOURA [*vide* nossa n. 153] – por isso ainda parecem admissíveis as soluções da anulação do processado (120.º/2 d) do CPP e da suspensão da instância (276.º/1 c) e 279.º/1 do CPC) as quais não extinguem a instância.

¹⁵⁸ *Vide* PAULO DE SOUSA MENDES, “O processo penal em acção: hipótese e modelo de resolução”, in AA.VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, AAFDL, 2000, p. 119 e ainda, *idem*, “O

Partilhamos desta opinião, uma vez que não se arruína o interesse público na punição do criminoso e no esclarecimento da verdade sem subterfúgios, trata-se apenas de sacrificar parcialmente a verdade material, prevalecendo, ao invés, o interesse do arguido na sua defesa^{159/160}.

A Instrução será, então, uma fase processual onde o objecto do processo está em parte balizado, e a que o arguido deve recorrer para obter a comprovação judicial da decisão de acusar ou de arquivar que contra si foi dirigida.

Esta solução da reforma de 2007 pugna indiscutivelmente pela celeridade, sem que, contudo e quanto a este ponto em concreto, sacrifique a eficácia e valência das garantias de defesa.

4.2. A revisão minimalista de 2010

Merece também uma breve nota a Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto, que entrou em vigor no passado dia 29 de Outubro de 2010, procedendo à décima nona alteração do CPP¹⁶¹.

Apelidada por alguns de “contra-reforma”¹⁶², na verdade este diploma é o resultado normativo do movimento de avaliação geral da anterior reforma de 2007¹⁶³.

regime da alteração substancial de factos no processo penal” in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 763.

¹⁵⁹ Note-se que, caso haja acordo entre todos os intervenientes processuais, incluindo o arguido e o MP, configura-se como possível que a alteração substancial dos factos que não sejam autonomizáveis possa valer para efeitos de pronúncia através da aplicação analógica do art. 359.º, n.º 2 do CPP à fase de Instrução. Considerando-se, assim, uma excepção ao regime dos art.s 303.º e 309.º do CPP, pelo simples facto de haver concordância entre todos, uma solução de consenso compatível com a celeridade e com a descoberta da verdade.

¹⁶⁰ Em sentido crítico quando a esta alteração de 2007, vide NUNO BRANDÃO, “A nova face da Instrução...”*op.cit.*, p. 250, onde o A. diz que o argumento de celeridade usado para justificar esta alteração quanto ao objecto do processo na instrução não convence porque, em regra, a avaliação da eventual ofensa ao direito do arguido de ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa é uma avaliação que não pode ser feita *a priori* e de forma absolutamente desligada do caso concreto, até porque inúmeras situações existirão e continuarão a existir em que a devolução do processo à fase de inquérito em nada afectaria o seu núcleo essencial.

¹⁶¹ Note-se que não afirmamos isto em sentido pejorativo, na verdade, consideramos que as revisões periódicas dos Códigos e os pequenos ajustamentos em nome da eficiência são benéficos. Aliás, veja-se a *Strafprozessordnung* alemã (StPO) que, nos seus 130 anos de vigência, foi objecto já de mais de cem alterações. Vide FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a Revisão de 2007 do Código...”*op.cit.*, p. 370.

Foram apresentadas propostas, incidindo essencialmente sobre cinco matérias: processos especiais (sumário e abreviado); regime do segredo de justiça; prazos; prisão preventiva; e detenção.

Aguardada com alguma expectativa, esta *mini reforma* criou muita decepção, nomeadamente quanto ao tema do segredo de justiça – que era o que oferecia mais resistências e, como já tivemos oportunidade de demonstrar ao longo do nosso texto, merecia uma maior alteração [*vide* parágrafo 4.1.1]. Contudo, apenas se alterou a alínea a) do n.º 6 do art. 86.º do CPP, que dispõe agora que a publicidade do processo implica o direito de assistência, pelo público em geral, à realização do debate instrutório e dos actos processuais na fase de julgamento – onde antes se previa que o público em geral podia assistir à realização *dos actos processuais* – clarificando-se, deste modo, quais os actos a que o público pode assistir¹⁶⁴.

Também a função do juiz como figura que valida a decisão do MP de sujeitar o inquérito a segredo de justiça se manteve inalterada, apesar das propostas arrojadas que pretendiam conferir ao MP o poder de decidir, em primeira linha e por sua iniciativa ou a requerimento, sobre a sujeição do processo a segredo¹⁶⁵.

¹⁶² JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Prazos de encerramento do inquérito, segredo de justiça e publicidade no processo”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora Grupo Wolters Kluwer, 2010, p. 119.

¹⁶³ O impacto da reforma de 2007 foi avaliado pelo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, que elaborou um Relatório intitulado de “O processo de preparação e debate público da reforma”, de 31 de Janeiro de 2008, disponível através do sítio na internet: <http://opj.ces.uc.pt>, e que depois motivou a reunião de nova Comissão de Revisão para aprofundar a anterior reforma e colmatar as suas insuficiências. Para mais desenvolvimentos, *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE, ‘*Bruscamente no verão passado*’...*op.cit.*, pp. 15 e ss.; ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, “Publicidade e o segredo de justiça no processo penal português após as revisões de 2007 e 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora Grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 87 e ss.

¹⁶⁴ Uma vez que a anterior redacção permitia, na hipótese quase satírica de GERMANO MARQUES DA SILVA que, quando se praticassem actos processuais e não tivesse sido determinado excepcionalmente o segredo de justiça, seria legítimo que estivessem à porta das instalações da Polícia Judiciária e dos serviços de inquérito da PSP e da GNR os mirões habituais que estão nos tribunais de julgamento, agora para assistirem à inquirição de testemunhas, do arguido do assistente, entre outros. *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA, “A publicidade do processo penal e o segredo de justiça...”*op.cit.*, p. 264.

¹⁶⁵ Esta decisão do MP seria fundamentada na ponderação casuística dos interesses da investigação e da necessidade de protecção dos direitos fundamentais. Cfr. ALFREDO CASTANHEIRA NEVES, “Publicidade e o segredo...”*op.cit.*, p. 90.

No essencial e, feito o balanço das alterações que se achavam subordinadas ao espírito minimalista de 2010, há apenas uma grande novidade, que se interliga com as matérias que tratamos nesta dissertação, e para a qual chamamos a atenção: os prazos de encerramento do inquérito (actual art. 276.º do CPP), que foram aumentados em cerca de mais seis meses para processos em que não hajam arguidos privados da liberdade, prevendo-se apenas a suspensão dos prazos em caso de existir carta rogatória em execução (276.º, n.º 5 do CPP)¹⁶⁶.

Esta alteração, do ponto de vista jurídico, num sistema de justiça comprovadamente lento, não fez muito sentido, porque se alargaram os prazos, enfraquecendo, ainda mais, o *ius puniendi* estatal¹⁶⁷.

Concluimos, assim, que a revisão de 2010 deixou praticamente incólumes as matérias mais sensíveis e que poderiam/deveriam ter sido alteradas, o que alguns autores consideram mesmo uma *oportunidade perdida*¹⁶⁸ – a verdadeira reforma fica, ainda, por fazer.

Assim, percorridas as várias alterações do regime da Instrução, poderemos para já concluir que a revisão do CPP operada em 2007 e a “contra-reforma” de 2010 suscitaram as mais diversas críticas, receios e apreensões por parte da comunidade jurídica, em particular, e da sociedade, em geral. O atribulado processo legislativo que lhes esteve subjacente, o curto período de *vacatio legis*, a extensão das alterações e, sobretudo, algumas das soluções perfilhadas, fizeram destas últimas reformas, principalmente da de 2007, uma das mais controvertidas de todas as alterações,

¹⁶⁶ Para uma análise crítica das alterações de 2010, concretamente sobre a matéria dos prazos de inquérito, *vide*, DAMIÃO DA CUNHA, “Prazos de encerramento do inquérito...”*op.cit.*, pp. 124 e ss.

¹⁶⁷ Neste sentido, *vide* JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade perdida!”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2010, p. 170 – onde o A. refere que os prazos mais longos, devido ao inelutável decurso do tempo, fazem com que as testemunhas não se recordem dos factos, com que as provas físicas se deteriorem e com que seja ainda mais difícil resolver o problema essencial da morosidade da Justiça.

¹⁶⁸ Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito...”*op.cit.*, p. 153.

reformas ou revisões do CPP/87¹⁶⁹. Mas será que a Instrução ficou desvirtuada da sua essência. Será que se mudou o seu paradigma?

§5.º Da teoria à prática: Que perspectivas? Que soluções?

Crescem, na generalidade dos países, manifestações de incompreensão pela situação da investigação criminal. Associa-se à ideia de crise¹⁷⁰ o próprio sistema processual penal e a experiência jurídica contemporânea no domínio da Justiça.

Nem todos os que falam de crise falarão seguramente da mesma coisa, já que para o cidadão comum e para os *media* a crise do processo penal está fundamentalmente associada à crise de eficácia¹⁷¹, traduzindo lentidão e atrasos constantes da Justiça. A concepção da sociedade em que vivemos, pós-moderna, globalizada e eminentemente económica, obriga a que a concepção da Justiça esteja igualmente submetida à lógica da eficiência, *i.e.*, deve ser o mais eficiente possível no mais curto espaço de tempo. Mas esta lógica, que deve ser tida em conta nas alterações penais, não pode ser o único princípio reitor das reformas¹⁷² e não pode,

¹⁶⁹ É sintomático que logo em 20 de Setembro de 2007, isto é, volvidos apenas cinco dias sobre a entrada em vigor da Reforma de 2007, o Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português tenha dado entrada no Parlamento do Projecto de Lei n.º 404/X/3, pedindo a suspensão da vigência da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Este Projecto de Lei foi rejeitado em 18 de Outubro de 2007. Também, em Novembro de 2007, a Procuradoria-Geral da República fez chegar ao Ministério da Justiça e aos diversos partidos políticos representados na Assembleia da República as denominadas “Propostas de Alterações ao Código de Processo Penal” que versavam a matéria dos artigos 86º, 87º e 89º do CPP.

¹⁷⁰ Fala também na ideia de crise que vem sempre associada à Justiça e que acaba por ser o próprio modo de funcionamento da “dita” Justiça - JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Justiça, o que tenho a ver com isso?”, in *Communio Revista Internacional Católica* (sobre a temática: Justiça e Direito), Lisboa, n.º 3, Ano XXVII (Julho/Agosto/Setembro 2010), p. 337 e GERMANO MARQUES DA SILVA, “A crise da justiça”, in *Direito e Justiça*, Volume 15, Tomo 1, Lisboa: UCE, (2001), p. 23.

¹⁷¹ Ideia adaptada de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação - plädoyer para uma teoria geral”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 526.

¹⁷² Concordamos, contudo, com JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a manutenção do paradigma...” *op.cit.*, p. 203, quando afirma que “a presunção de inocência nada valerá se o processo se prolongar indefinidamente, a fiabilidade do resultado final diminui à medida que o tempo passa”. *Vide*, também neste sentido, a doutrina alemã, que afirma que a duração excessiva do processo pode mesmo ser considerada em termos de medida da pena, porque é mais do que um obstáculo processual, nos termos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH e art. 20.º III da Constituição alemã (*Grundgesetz* - GG) – CLAUS

sob pena de desvirtuar o próprio sistema, sacrificar as garantias e os princípios constitucionais.

Mas, no essencial, a crise do processo penal é uma crise de identidade dos sujeitos processuais¹⁷³: dos magistrados, que se esquecem de recorrer à Constituição como parâmetro de interpretação das normas penais¹⁷⁴; dos advogados, que culpam as decisões dos tribunais quando estas não lhes convêm e usam expedientes dilatórios; dos jornalistas, que ignoram o segredo de justiça e consideram a presunção de inocência como uma mera figura de retórica; e mesmo do legislador, que a um ritmo frenético e sem sentido sistemático, aprova novas leis para satisfazer os apetites políticos e de uma sociedade consumista.

No entendimento de LUÍS COUTO GONÇALVES¹⁷⁵, com o qual expressamos a nossa concordância, é bom lembrar que o Direito serve a Justiça e deve estar preparado para as novas exigências da sociedade de informação, a qual tem ritmos muito mais acelerados de actuação e enfrenta uma crescente curiosidade jornalística.

Um novo desafio é hoje colocado ao direito processual penal: a celeridade processual. As palavras de ordem são, assim, simplificação, *desformalização*, concentração e oralidade¹⁷⁶.

A nossa dissertação tratou o tema entusiasmante da fase de Instrução que, sendo considerada uma importante garantia de defesa do arguido, é também *consumidora de tempo e de fazenda*¹⁷⁷, o que poderá fazer com que seja neutralizada por exigências de eficácia e celeridade.

ROXIN / GUNTHER ARZT / KLAUS TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht...op.cit.*, pp. 110 e ss.

¹⁷³ Cfr. RUI PEREIRA, “O domínio do Inquérito...”*op.cit.*, pp. 119 e 120.

¹⁷⁴ Os tribunais deviam ser guardiões das promessas da democracia. Cfr. JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Justiça, o que tenho a ver com isso...”*op.cit.*, p. 340.

¹⁷⁵ Cfr. LUÍS COUTO GONÇALVES, na intervenção de abertura solene do Colóquio Luso-Alemão em 21 de Março de 2007, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 25.

¹⁷⁶ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Que futuro para o processo penal...”*op.cit.*, p. 162.

¹⁷⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE considera que a fase de Instrução tem custos elevados (sentido em que empregamos a expressão “consumista de fazenda”) e contribui, em certa medida, para uma morosidade do processo, o que levou a que a Instrução ficasse, após a última reforma, desonerada de função específica. Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no verão passado’...op.cit.*, p. 61.

É nossa convicção, contudo, que a celeridade não é o único princípio reitor das reformas – aliás, se fosse, em vez de se perder tempo nos tribunais, todos os infractores eram sujeitos a um julgamento sumário e instantâneo pela voz do povo. Outros princípios se devem impor, portanto, ao legislador; desde o princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da liberdade e ao respeito pelos direitos fundamentais, em especial os processuais penais. Esta é a razão que ainda preside à autonomização da fase de Instrução, embora ainda seja uma fase eventual e apenas característica da forma de processo comum.

Mas, sendo a fase de Instrução, tal como se encontra estruturada no CPP/87, uma fase do processo preliminar que visa o controlo jurisdicional da decisão de acusar ou de arquivar tomada no inquérito, poder-se-á questionar qual a razão desta ser facultativa, *i.e.*, de ser dependente de requerimento do arguido ou do assistente.

De facto, o acto de dedução da acusação é, antes de tudo, um acto de promoção processual, no sentido de que, através dele, o MP solicita a intervenção jurisdicional, com vista a que se venha a debater uma questão jurídico-criminal controvertida. Para que se viabilize a abertura de um processo jurisdicional é por isso necessário que exista um tema, alicerçado de questões de facto e de direito sob a forma de elementos argumentativos e demonstrativos. Faltando algum elemento para que a acusação se constitua como um acto válido, não se deve iniciar a fase jurisdicional¹⁷⁸.

A fase de Instrução faz exactamente a avaliação desta validade do acto de promoção do MP (ou da sua abstenção de promoção, no caso do arquivamento), sendo quase um “filtro saneador” dos requisitos mínimos para a abertura da fase jurisdicional “*qua tale*”. Contudo, o problema adensa-se, já que, não sendo a Instrução uma fase obrigatória, se o arguido não a requerer, o controlo/filtro da conformidade da acusação terá de ser feito pelo tribunal de julgamento (conforme o art. 311.º, n.º 2 e 3 do CPP).

¹⁷⁸ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do código de processo penal - algumas questões de técnica e lógica processuais”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, (Abr/Set 2008), pp. 213 e 214.

A título de exemplo, veja-se que no direito alemão, a Lei de Processo Penal (StPO) que expressamente refere a possibilidade de o tribunal de julgamento fazer o saneamento da acusação antes de abrir a audiência de julgamento, podendo mesmo decidir com fundamentos de facto ou de direito, devendo ser dada a conhecer ao arguido a decisão¹⁷⁹. Esta solução é uma decorrência do facto de, no direito alemão, ser necessário fazer o saneamento da acusação, não existindo uma fase de instrução própria para esse efeito¹⁸⁰.

Outros sistemas, como o italiano, impõem a obrigatoriedade de uma audiência preliminar¹⁸¹ (levada a cabo pelo *giudice dell'udienza preliminare* – GUP), impedindo qualquer pronúncia por parte do tribunal de julgamento sobre o mérito da causa.

De facto, existindo uma fase intermédia que faça a apreciação dos indícios suficientes e controle a passagem para a fase de julgamento, isso irá influenciar os poderes de saneamento do tribunal de julgamento¹⁸². Ora, uma solução como a portuguesa, que aponta à fase de Instrução um carácter facultativo e, além disso, dependente de requerimento, fragiliza o sentido da própria fase de Instrução¹⁸³ e, evidentemente, também da fase de saneamento, contribuindo para a confusão dos poderes decisórios e de cognição do tribunal.

¹⁷⁹ Vide, desenvolvidamente, BERNHARD KRAMER, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts...op.cit.*, pp. 30 e ss.

¹⁸⁰ De facto, é importante olhar aos ensinamentos das legislações, experiência e doutrina estrangeiras, já que, no mundo globalizado em que vivemos, sem tempo nem espaço, os dados que marcam os ordenamentos jurídicos estrangeiros marcam e condicionam também a vida legislativa em Portugal. Mas é preciso sempre cuidado na apreciação das soluções consagradas, uma vez que devem ser sempre ponderadas à luz da realidade portuguesa, da nossa ordem jurídica, das nossas instituições, prática e tradição. A constante tentativa de *igualar* o direito alemão, usando-o como modelo, deve, por isso, ter este cuidado – uma vez que algumas soluções poderão não resultar na prática jurídica portuguesa.

¹⁸¹ Para mais desenvolvimentos sobre o processo italiano e a sua reforma, vide GIULIO GARUTI, “La Nuova Fisionomia dell’ Udiienza Preliminare”, in *Il Processo Penale dopo la Riforma del Giudice Unico*, L. 16 Dicembre 1999 n.º 479 (coord. Francesco Peroni), Padova: CEDAM, 2000, pp. 353 e ss. e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A fase preparatória do processo penal...”*op.cit.*, p. 13.

¹⁸² DAMIÃO DA CUNHA, “As revisões do código de processo penal...”*op.cit.*, p. 216.

¹⁸³ Por isso afirmámos no final da parte I que o legislador constituinte, ao não atribuir a garantia de haver uma instrução obrigatória, estará a afectar a plenitude desta fase e a fazer com que ela dependa, *i.e.*, de uma conveniente e empenhada assistência jurídica do arguido.

E será compatível com a Constituição uma solução que preveja a comprovação judicial dos indícios, mesmo quando o arguido não a tenha requerido?

O MP chegou a defender que não, a propósito da controvérsia dos efeitos da decisão instrutória caso os co-arguidos não requeressem todos a Instrução, defendendo o MP que seriam violadas garantias de defesa se a decisão instrutória fosse extensível ao arguidos que não a tinham requerido¹⁸⁴, porque lhes estaria vedada a possibilidade de saneamento do 311.º, n.º 2 do CPP. Contudo, o Tribunal Constitucional não deu razão ao MP, afirmando que o princípio da iniciativa das partes não se assume como uma exigência constitucional e que a não obrigatoriedade da fase de Instrução explica-se apenas à luz de um desígnio de celeridade processual, que a Constituição associa à própria presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da CRP), e que já estaria comprometida pelo requerimento de um dos outros arguidos.

Se o Tribunal Constitucional admite que um arguido que não tenha requerido instrução seja a ela sujeito, parece que podemos seguramente afirmar que, constitucionalmente, tornar a fase de Instrução obrigatória não afectaria nenhum desígnio constitucional, a não ser uma *ligeira* compressão do corolário da celeridade processual.

Mas surgem mais interrogações: seria possível que o Juiz de Instrução se antecipasse ao juiz do julgamento no saneamento do processo, recebendo a acusação deduzida contra o arguido e não a rejeitando por não a considerar manifestamente infundada? Ou seja, seria possível que fosse sempre o Juiz de Instrução a “aceitar” a acusação, fazendo de “filtro saneador” desta em substituição do juiz de julgamento?

Repare-se que a competência atribuída ao juiz do julgamento para proceder ao saneamento do processo se configura como meramente residual e encontra a sua justificação no carácter facultativo da Instrução (*vide* art. 311.º, n.º 2 do CPP). O juiz

¹⁸⁴ Entendia o MP que a Instrução iniciada a pedido da defesa jamais poderá abranger um arguido que a não haja requerido. A ausência de requerimento de abertura de instrução será interpretável como escolha de uma estratégia de defesa que aposta, precisamente, na possibilidade de a acusação ser rejeitada por se afigurar manifestamente infundada, nos termos do 311.º, n.º 2. Veja-se Acórdão do TC n.º 226/97 relatora M.ª Fernanda Palma (Proc. n.º 96/96 – 1.ª Secção), disponível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970226.html> [consultado dia 31 de Março de 2012] e, também, JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O conceito de indícios suficientes...”*op.cit.*, p. 179. Contra, o voto de vencido do Conselheiro Antero Alves Monteiro Diniz.

do julgamento só tem competência para rejeitar a acusação na justa medida em que o órgão jurisdicional normalmente competente para o efeito não haja tido oportunidade de o fazer. Portanto, caso a Instrução fosse uma fase obrigatória, nenhuma garantia de defesa seria postergada por o Juiz de Instrução apreciar o carácter manifestamente infundado ou não manifestamente infundado da acusação¹⁸⁵.

O importante é que exista, de todo o modo, um controlo jurisdicional da acusação, tendente a evitar que seja submetida a julgamento uma pessoa contra a qual foi deduzida acusação manifestamente infundada.

Se é verdade que não havendo Instrução nem por isso a fase de julgamento se abriria automaticamente se tiver sido formulada uma acusação, já que há sempre lugar à apreciação judicial dos necessários pressupostos da fase de julgamento¹⁸⁶, é, todavia, nossa convicção que, ao proferir a decisão instrutória, o Juiz de Instrução está a decidir o resultado de uma fase processual que ele próprio dirigiu, tendo em vista a comprovação da anterior decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito. Logo, a apreciação liminar do processo pelo juiz de julgamento não pode ser, por forma alguma, equiparada a esta função¹⁸⁷.

Nesta senda, parece-nos possível defender que o princípio da iniciativa processual das partes, não sendo uma exigência constitucional, pode ser de certa forma comprimido para dar lugar a uma fase de Instrução obrigatória que zele, por um lado, pela protecção das garantias de defesa do arguido, e, por outro, que evite julgamentos inúteis, salvaguardando officiosamente os inocentes de perseguições injustas.

Das reflexões levadas a cabo ao longo deste parágrafo, podemos tirar agora algumas conclusões importantes:

1. Constitui uma fundamental garantia de defesa do arguido o direito de não ser submetido a julgamento penal sem que uma instância jurisdicional autónoma se

¹⁸⁵ Neste sentido, *vide* Acórdão do TC n.º 226/97, citado na nossa nota anterior.

¹⁸⁶ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar...op.cit.*, p. 358.

¹⁸⁷ Neste sentido, JORGE NORONHA E SILVEIRA, “O conceito de indícios suficientes...”*op.cit.*, p. 165.

pronuncie sobre a suficiência dos indícios contra si imputados, controlando material e eficazmente o acto de acusação do MP.

2. A fase de Instrução é importante porque inicia uma fase autónoma, dirigida por um Juiz de Instrução Criminal¹⁸⁸, que aprecia formalmente a suficiência dos indícios, sem contudo ser o mesmo juiz que julga a causa e intervém na formulação de um juízo de certeza – já que, efectivamente, a necessidade de formular um autónomo juízo de certeza depois de se concluir por um juízo de probabilidade não é um mero preciosismo do legislador processual penal, mas sim uma imposição para obter uma decisão justa e imparcial, dado que a convicção alcançada durante o processo preliminar não reúne as condições necessárias para se fazer justiça num Estado de Direito.

3. Nem seria compatível com a Constituição defender – na tentativa de remediar a falta de controlo judicial sobre a avaliação indiciária nos casos em que não seja requerida Instrução – um reforço dos poderes do juiz de julgamento no momento do saneamento do processo, atribuindo ao julgador um papel que apenas pode ser desempenhado pelo Juiz de Instrução¹⁸⁹.

4. É nossa convicção que as últimas alterações do CPP, como tivemos oportunidade de explicitar, têm vindo a procurar encontrar um equilíbrio entre os interesses conflituantes do processo penal, designadamente, a busca célere da paz jurídica e a necessidade de garantir ao arguido um processo equitativo, e constituíram ajustamentos para superar bloqueios ou problemas que a *praxis* judiciária evidenciou, tentando reforçar a eficácia processual. No entanto, isso não significa que se tenha enveredado por um processo penal de índole securitária, que privilegie, exclusivamente, a busca da verdade e a realização da justiça, às custas dos direitos fundamentais. Não se abandonou o paradigma moderno do processo penal, como

¹⁸⁸ Que, como já propusemos *supra* deve estar munido de alguns anos de experiência e de formação em Direitos Fundamentais. *Vide*, ainda, a parte final do parágrafo 4.1.2. do nosso texto.

¹⁸⁹ Relembramos que, embora seja constante a tentativa do legislador português de adaptar as soluções alemãs ao nosso modelo de processo penal, neste caso em particular é preciso ter extremo cuidado na ponderação das soluções de direito comparado, já que, na Alemanha, não havendo fase de instrução, o poder de aceitar a acusação é conferido ao juiz de julgamento. Contudo, em Portugal, a construção do princípio do acusatório, aliada à tradição histórico-judiciária e à *praxis*, não permitem adoptar um sistema como o alemão.

também não se abandonou o paradigma da fase de Instrução. Esta configura-se, ainda, como uma importante garantia de defesa do arguido e não ficou desvirtuada da sua finalidade inicial, nem mesmo depois das alterações em 2007.

5. Portugal é depositário de uma multissecular¹⁹⁰ cultura jurídica de defesa dos sujeitos processuais e de protecção da dignidade da pessoa humana, e foi nesse pressuposto que a Instrução foi criada e que se deve manter como uma “*comprovação judicial da acusação em ordem à decisão sobre se a causa deve ou não ser submetida a julgamento*”¹⁹¹, acessível a todos e não apenas àqueles que têm uma conveniente assistência jurídica – garantindo, assim, a prevalência do princípio da igualdade e da igualdade de armas.

6. Impõe-se, contudo, que a Instrução seja aproveitada sistematicamente, aplicando-se-lhe, também, as palavras de ordem: *desformalização, simplificação e oralidade*. O sucesso conjunto desta proposta de tornar a Instrução obrigatória, dependerá, como em tudo, do modo como os sujeitos processuais e, em especial, os Juízes de Instrução Criminal, entenderem a função que pela Constituição lhes é atribuída¹⁹² e, especialmente, da cultura democrática sobre a importância da defesa dos direitos dos cidadãos, ou seja, o culto da liberdade, que é um dos pilares fundamentais da vida democrática.

¹⁹⁰ Expressão usada por ANTÓNIO LEMOS SOARES, “Notas sobre os fundamentos históricos...” *op.cit.*, p. 320, a propósito da resenha histórica que caracteriza Portugal.

¹⁹¹ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar...op.cit.*, p. 241.

¹⁹² Sendo que o Estatuto dos Magistrados Judiciais (EMJ) determina que os juízes serão avaliados em função da “...*capacidade de simplificação dos actos processuais*” (art. 34.º do EMJ), parece que estão dadas as coordenadas para que se ultrapasse esta crise dos sujeitos processuais e a crise de eficácia e que não passe pelo retrocesso das garantias do arguido.

SÍNTESE CONCLUSIVA

No final do caminho que nos propusemos percorrer, pensamos estar em condições de resumir algumas conclusões.

Esteve disseminada a ideia de que a ciência processual era uma ciência meramente auxiliar e adjectiva face ao direito substantivo¹⁹³. Foi, contudo, substituída pelo entendimento correcto de que o processo, e em concreto o processo penal, tem na sua própria materialidade a mesma prioridade nas tarefas da realização da Justiça, a partir das quais todo o pensamento do Direito deve ser perspectivado.

Ancorada à legitimidade e eficácia da legalidade, a política criminal e o processo penal orientados pela perspectiva de obter uma efectiva protecção – e não somente garantística – dos direitos fundamentais, avançam hoje com constantes mudanças na tentativa de realizar a difícil tarefa da concordância prática entre as finalidades inevitavelmente conflituantes do processo penal.

Através de mudança atrás de mudança, logrando o equilíbrio, sempre instável – transitório e precário – entre a tutela dos direitos fundamentais e as exigências de eficácia da justiça penal, percebe-se que encontrar um modelo de processo penal aceite e aplaudido por todos foi, é e sempre será tarefa divinamente de alcance limitado no tempo e no espaço.

Um dos mais graves problemas que afecta o sistema jurídico português é este clima de reforma/contra-reforma permanente, que impede a estabilidade, a criação de correntes jurisprudências sólidas, impedindo, até, que as soluções legislativas entrem verdadeiramente em vigor. Se é verdade que os códigos não são para sempre, também é verdade que deve haver um mínimo de segurança, principalmente porque as leis são mutáveis, mas os princípios permanecem¹⁹⁴.

¹⁹³ Vide KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ªed., 1988, p. 141, onde defendeu que: “O Direito processual é instrumental e acessório em relação ao Direito substantivo”, no sentido em que aquele visa apenas possibilitar o cumprimento das finalidades deste último. Parece-nos, contudo, um entendimento largamente ultrapassado.

¹⁹⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provadores e arrependidos - os princípios democrático e da lealdade em processo penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2 (1994), p. 34.

Os nossos Códigos de Processo Penal, desde o de 1929 até aos nossos dias, foram sofrendo mutações e revisões no tocante à fase de Instrução, umas para a tornarem compatível com a Constituição e com o nascimento do inquérito preliminar e, outras, para lhe aperfeiçoar a finalidade de comprovação judicial da decisão de acusar ou de arquivar que adviesse do inquérito.

Mas a Instrução, que colecionou tantos críticos como adeptos, sobreviveu ao longo das décadas e é hoje considerada uma importante garantia de defesa do arguido.

A necessária ligação entre o pensamento processual penal e as traves constitucionais de um regime democrático, ditaram que a Instrução se assumisse sempre como um instrumento de comprovação judicial da decisão do MP e um meio de defesa do arguido prévio à submissão a julgamento, mas nunca como uma repetição do inquérito, nem nunca como uma antecipação do julgamento.

Era esta a ideologia do CPP que, para tanto, confiou à Instrução uma fase processual autónoma no curso do processo comum, para a qual contribuiu decisivamente a nossa tradição processual e o contexto histórico em que o Código foi preparado e criado. Assim, um conjunto de opções fundamentais foram tomadas pelo legislador, nomeadamente, a de sujeitar a segredo externo a fase de Instrução e a de afastar a recorribilidade do despacho de pronúncia que confirma a acusação, simplificando-se esta fase e fazendo com que a Instrução cumprisse verdadeiramente a finalidade para que foi pensada.

Mas se a lei era boa (até excelente) os que a aplicaram nessa altura é que podiam não ter as qualidades requeridas – sujeitando a Instrução a ritos processuais inúteis e a expedientes abusivos e dilatatórios.

As revisões de 1998 e a de 2007, mais não fizeram, portanto, do que clarificar e corrigir a disciplina processual da Instrução nos pontos do regime legal que a tornavam permeável a tais práticas processuais indesejáveis.

Mas a Instrução continua a ser indispensável para garantir o direito de defesa do arguido e para assegurar que ninguém é sujeito ao *vexame* do julgamento penal, a não ser que se verifiquem indícios suficientes.

Este direito deve ser entendido como uma importante manifestação do princípio da presunção de inocência, o qual está presente ao longo de todo o processo penal e é compatível com o conteúdo normativo a atribuir a este juízo indiciário. O mais curioso é que é também o princípio da presunção de inocência, mas na vertente que confere ao arguido o direito a um processo o mais célere possível, que fundamenta a Instrução como fase facultativa, *i.e.* como um direito potestativo das partes.

Ora, o princípio da iniciativa processual das partes – que também motiva que a fase de instrução seja facultativa e eventual, dependente de requerimento do arguido ou do assistente – não é uma exigência constitucional. Já a presunção de inocência é, não só, uma imposição constitucional (*vide* art. 32.º, n.º 2), mas é também um princípio que não estaria a ser desrespeitado – e, sim, enaltecido – se a fase de Instrução fosse obrigatória.

Na senda do que defendemos ao longo da nossa dissertação, parece-nos que a Instrução é de extrema utilidade para a defesa do arguido e também da legalidade, não nos parecendo existir qualquer obstáculo, e antes se impondo, a sua obrigatoriedade.

Naturalmente que, se esta é uma ideia que poderá fazer sentido, nunca a conseguimos desligar do panorama judiciário e da aplicação prática, que exige que as leis sejam feitas para os Homens concretos e não para abstracções idealizadas. Mas, à luz do nosso paradigma cultural e ético, faz ainda assim sentido oferecer soluções que consideramos possíveis e defensáveis.

Do nosso ponto de vista, a solução que defendemos potencia o equilíbrio entre a necessária protecção dos direitos individuais, a realização da justiça e o imprescindível restabelecimento, tão célere quando possível, da paz jurídica.

O problema doutrinário fundamental do processo penal de hoje poderá ser o de tentar definir o que deve ser o processo penal de amanhã, o que deve permanecer, e o que deve mudar. Mas como espelho do Estado nacional e do tipo de relações que este tem com os seus cidadãos, não vemos melhor exercício formativo do que pensar temas do processo penal.

E, como escreveu insuperavelmente FIGUEIREDO DIAS: “*diz-me como tratas o arguido e dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu*”¹⁹⁵.

Salvo melhor parecer, esta é a solução que apresentamos a propósito da temática que foi objecto do nosso estudo, tendo a noção de que mais ficou por escrever, pensar e reflectir.

¹⁹⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal...op.cit*, p. 428.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AA.VV. – *Código de Processo Penal e Legislação complementar* (de acordo com a Revisão introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto), Lisboa: Quid Iuris, 1998

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011
- “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 419-440

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

- “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal - *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- “Métodos ocultos de investigação - *plädoyer* para uma teoria geral”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 525-551

ANTUNES, MARIA JOÃO

- “Direito Processual Penal - ‘Direito Constitucional aplicado’”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 745-754
- “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel de Costa Andrade), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1237-1268

O Paradigma da Fase de Instrução

- BARROSO, IVO MIGUEL – *Estudos sobre o Objecto do Processo*, Lisboa: Vislis, 2003
- BELEZA, TERESA PIZARRO – “O objecto do processo penal – o conceito e o regime da alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in AA.VV., *Apontamentos de direito processual penal* (org. Teresa Pizarro Beleza), Vol. III (aulas teóricas dadas ao 5.º ano 1991/92 e 1992/93), Lisboa: AAFDL, 1993, pp. 89-106
- BORGES, J. MARQUES / FOUTO, A. PROENÇA – *Inquérito Policial, Inquérito Preliminar, Comentário ao Decreto-lei 377/77, de 6 de Setembro*, Amadora: Peres Artes Gráficas, 1978
- BRANDÃO, NUNO – “A nova face da Instrução”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Coimbra: Coimbra Editora, (Abril/Setembro 2008), pp. 227-255
- BRITO, WLADIMIR – “Processo Penal Internacional”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 207-246
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I (art. 1.º-107.º), Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- CARMO, RUI – “Algumas notas sobre o encerramento do Inquérito”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 103-116
- CARVALHO, L.G. GRANDINETTI CASTANHO DE / BRANDÃO, NUNO – “Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – estudo comparado”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal: Estudo Comparado: as reformas portuguesa e brasileira*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-69
- CARVALHO, PAULA MARQUES DE – *Manual Prático de Processo Penal*, 5.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010

O Paradigma da Fase de Instrução

CORREIA, JOÃO CONDE

- “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade pedida!”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 153-177
- “Inquérito: a manutenção do paradigma ou uma reforma encoberta?”, in *RPCC*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abril/Setembro 2008), pp. 190-209

COSTA, JOSÉ DE FARIA – “Os Códigos e a mesmidade: o Código de Processo Penal de 1987”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 441-459

CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA

- “Prazos de encerramento do inquérito, segredo de justiça e publicidade no processo”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora Grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 119-152
- “As revisões do código de processo penal - algumas questões de técnica e lógica processuais”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, (Abril/Setembro 2008), pp. 211-226

CUOMO, LUIGI – *L'udienza preliminare*, Padova: CEDAM, 2001

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

- “Processo Penal Português. Problemas e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 805-819
- “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Coimbra: Coimbra Editora, (Abril/Setembro 2008) pp. 367-385

O Paradigma da Fase de Instrução

- *Direito Processual Penal*, Reimpressão da edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1995, pp. 3-34
- “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português”, in *Para uma nova justiça penal* (Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto), Coimbra: Almedina, 1983, pp. 194-230

ENGISCH, KARL – *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 6.ªed., 1988

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE – *Curso de processo penal – Lições proferidas no ano lectivo de 1954-55*, Lisboa: UCE, 1995

GARUTI, GIULIO – “La Nuova Fisionomia dell’ Udienza Preliminare”, in *Il Processo Penale dopo la Riforma del Giudice Unico*, L. 16 Dicembre 1999 n.º 479 (coord. Francesco Peroni), Padova: CEDAM, 2000, pp. 353-420

GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES

- “As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 88-101
- “Processo Penal: Reforma ou Revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abril/Setembro 2008), pp. 347-366

GONÇALVES, LUÍS COUTO – Intervenção de abertura solene do Colóquio Luso-Alemão em 21 de Março de 2007, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 29-31

O Paradigma da Fase de Instrução

GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA – *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*, 17.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2009

GUÉRY, CHRISTIAN – “Les pouvoirs de la chambre de l’instruction et la liberté du magistrat instructeur”, in *Recueil Dalloz*, Paris, n.º 9, (1 Mars 2007), pp. 603-607

GUINCHARD, SERGE / BUISSON, JACQUES, *Procédure pénale*, 2.^a ieme. Paris: Litec, 2002

ISASCA, FREDERICO – *Alteração Substancial dos Factos e a sua relevância no Processo Penal Português*, 2.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2003

JACINTO, F. 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 *RMP*, Ano 30, n.º 118, (Abril/Junho 2009), pp. 5-44

KRAMER, BERNHARD – *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts: Ermittlung und Verfahren*, 6., überarbeitete Auflage, Stuttgart: Kohlhammer, 2004

LEO, GUGLIELMO – “Problemi dell’udienza preliminare”, in *L’indice Penale*, Padova, Ano 30, n.º 2 (Maggio/Agosto 1996), pp. 474-520

LINLIN, ZHAO – “Sobre dificuldades na revisão do Código de processo Penal e suas contramedidas”, in *Revista da Administração Pública de Macau*, Macau, Volume 23, n.º 87 (Março de 2010), pp. 135-151

LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Garantias Judiciárias no Processo Penal – do Juiz e da Instrução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000

MADLENER, KURT – “Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de ‘prazo razoável’ e de ‘celeridade’. Observações a respeito da justiça alemã”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 645-670

O Paradigma da Fase de Instrução

MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA – *Juiz das Liberdade - desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011

MAZZA, OLIVIERO– “Imputazione e nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare – note a sentenza de Corte Cassazione, Sezioni Unite penali, de 20/12/2007 (Pres. Gemelli, n.º 5307)”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, Nuova serie - Ano 51, Fascículo 3, (Luglio/Settembre2008), pp. 1363-1381

MENDES, PAULO DE SOUSA

- “O regime da alteração substancial de factos no processo penal” in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 755-768
- *Sumários de Direito Processual Penal (Ano lectivo de 2008/2009)*, s.l., 2008
- “O processo penal em acção: hipótese e modelo de resolução”, in AA.VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, AAFDL, 2000, pp. 83-123

MESQUITA, PAULO DÁ – *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010

MOURA, JOSÉ SOUTO DE

- “Justiça, o que tenho a ver com isso?”, in *Communio Revista Internacional Católica* (sobre a temática: Justiça e Direito), Lisboa, n.º 3, Ano XXVII (Julho/Agosto/Setembro 2010), pp. 337-347
- “Inquérito e Instrução”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal* (Centro de Estudos Judiciários), Coimbra: Almedina, 1995, pp. 83-145
- “Notas sobre o objecto do processo – a pronúncia e a alteração substancial dos factos”, in AA.VV., *Apontamentos de direito processual penal* (org. Teresa Pizarro Beleza), Vol. II, Lisboa: AAFDL, 1993, pp. 21-46

O Paradigma da Fase de Instrução

MOUTINHO, JOSÉ LOBO

- *O Arguido e o Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa: UCE, 2000
- *A competência por conexão no novo Código de Processo Penal*, s.e., 1992

NEVES, A. CASTANHEIRA – *Sumários de processo criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1968

NEVES, ALFREDO CASTANHEIRA – “Publicidade e o segredo de justiça no processo penal português após as revisões de 2007 e 2010”, in *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal – CEJ* (coord. Rui do Carmo e Helena Leitão), Coimbra: Coimbra Editora grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 87-118

OLIVEIRA, FRANCISCO DA COSTA – *Defesa Criminal Activa – guia da sua prática forense*, Coimbra: Almedina, 2004

PATTO, PEDRO GODINHO VAZ – “O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto”, in *Revista CEJ*, n.º 9, (1.º Semestre 2008), pp. 45-69

PEREIRA, RUI

- “Entre ‘garantismo’ e o ‘securitarismo’”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 247-268
- “A reforma do processo penal”, em *II Congresso de Processo Penal* (coord. Manuel Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2006, pp. 225-238
- “O domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 119-131

PIMENTA, JOSÉ DA COSTA – *Introdução ao Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1989

O Paradigma da Fase de Instrução

PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA

- “Segredo de Justiça e acesso ao processo”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 67-98
- “Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista CEJ* (Jornadas de Revisão do Código de Processo Penal), n.º IX, (2008), pp. 7-44
- *Direito Processual Penal – Curso semestral* (fascículos), Lisboa: AAFDL, 1998

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES – “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo juiz de instrução”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII – Tomo 3, (1999), pp. 151-214

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 em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 709-724
- “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 de Jurisprudência Constitucional Portuguesa* (Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional – 24 e 25 Outubro), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 47-65
- “A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 10, n.º 39, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Julho/Setembro 2002), pp. 9-27

RODRIGUES, JOSÉ NARCISO DA CUNHA

- “Que futuro para o processo penal na Europa?”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 153-164
- “Notas Introdutórias”, in *A Justiça dos dois lados do Atlântico II: Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos – dois sistemas jurídico em busca da Justiça*, (Seminário realizado em Rhode Island e Massachusetts, EUA), Lisboa: Fundação

O Paradigma da Fase de Instrução

Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1999, pp. 13-18

[também disponível, para consulta, no endereço electrónico:
<http://www.flad.pt/documentos/1246032770P5xRR9qy7Ie00PL3.pdf> -

consultado dia 17 de Março de 2012]

ROXIN, CLAUDIUS / ARZT, GUNTHER / TIEDEMANN, KLAUS – *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg: Müller, 2003

SANTOS, GIL MOREIRA DOS – *O Direito Processual Penal*, Porto: Edições Asa, 2003

SANTOS, MANUEL SIMAS / HENRIQUES, MANUEL LEAL – *Código de Processo Penal Anotado*, Vol. I, 3.^a Ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2008

SANTOS, MARGARIDA – *A determinação do segredo de justiça na relação entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal: (in)compatibilidade com a estrutura do processo penal*, Lisboa: Rei dos Livros, 2011

SCALFATI, ADOLFO – *L'Udienza Preliminare. Profili di una Disciplina in Transformazione*, Pádua: CEDAM, 1999

SCHÜNEMANN, BERND – *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln: Heymanns, 2007

SILVA, GERMANO MARQUES DA

- “Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português”, in *Processo Penal do Brasil e de Portugal - Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 71-93
- “A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma?”, in *RPCC*, Ano 18, n.ºs 2 e 3 (Abril/Setembro 2008), pp. 257-276
- *Curso de Processo Penal*, I e III, Lisboa/São Paulo: Verbo, 6.^a e 3.^a Edições, 2010 e 2009
- “A crise da justiça: três recados aos magistrados e advogados do século que começa”, in *Direito e Justiça*, Volume 15, Tomo 1, Lisboa: UCE, (2001), pp. 21-

O Paradigma da Fase de Instrução

29

- “O direito de defesa em processo penal - parecer”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, Lisboa: UCE, (1999), pp. 281-294
- “Bufos, infiltrados, provadores e arrependidos - os princípios democrático e da lealdade em processo penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2 (1994), p. 26-34
- *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: Minerva, 1990
- “Princípios gerais do Processo Penal”, in *Direito e Justiça*, Volume III, Lisboa: UCE, (1978/1988), pp. 163-177
- “Da Inconstitucionalidade do Inquérito Preliminar”, in *Direito e Justiça*, Volume I, n.º 1, Lisboa: UCE, (1980), pp. 179-188

SILVEIRA, JORGE NORONHA E

- “Esquema de resolução de casos práticos”, in AA.VV. *Direito processual penal - Materiais de apoio às aulas práticas* (org. Jorge Noronha e Silveira), 1.ª reimp. da 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2006, pp. 121-125
- “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 155-181

SOARES, ANTÓNIO LEMOS – “Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Mário Ferreira Montes e outros), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 291-320

SOL, ANTÓNIO VIERIA DA LUZ ARAÚJO – *Significado da Instrução na dinâmica do Processo Penal Português*, Relatório final da parte escolar do mestrado, apresentado na disciplina de Direito Processual Penal (regência Maria Fernanda Palma), Lisboa: s.e., 2004

STEFANI, GASTON / LEVASSEUR, GEORGES / BOULOC, BERNARD – *Procédure pénale*, 20 ieme Ed., France: Dalloz, 2006

O Paradigma da Fase de Instrução

TABASCO, GIUSEPPE – “Sui limiti dei poteri integrativi del giudice dell'udienza preliminare”, in *La Giustizia Penale*, Série 7, Vol. 113, Fascículo 2, Parte terza (n.º 49), Roma: s.e. (Febbraio 2008), pp. 118-128

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES

- *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010
- “A publicidade da matéria de facto”, in *Direito e Justiça*, Volume XV, Tomo I, Lisboa: UCE, (2001), pp. 205-227

VEIGA, RAUL SOARES DA – “O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp.183-220

ZENHA, FRANCISCO SALGADO – *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga: Livraria Petrony, 1968

Sites consultados:

<http://www.cps.gov.uk/about/history.html> [consultado dia 17 de Março de 2012]

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=112457&idsc=9562&ida=4487

[1](#) [consultado dia 27 de Março de 2012]

<http://opj.ces.uc.pt> [consultado dia 28 de Março de 2012]

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf [consultado dia 30 de Março de 2012]

ÍNDICE GERAL

Principais Abreviaturas.....	3
Modo de citar.....	4
Plano.....	5
Introdução.....	6
1. O objecto do estudo e sua justificação.....	6
2. Método de investigação e sistematização do tema.....	7

PARTE I

Aspectos Fundamentais

§1.º Modelos do Processo Penal.....	11
§2.º Estrutura do Processo Penal: um olhar sobre a evolução histórica da <i>Instrução</i> ...	17
2.1. A legislação processual antes de 1929.....	18
2.2. De 29 a 87 – o primeiro Código de Processo Penal Português.....	20
2.2.1. O Decreto n.º 35 007, de 13 de Outubro de 1945.....	22
2.2.2. As inevitáveis reformas de 1974.....	23
2.3. O Código de Processo Penal de 1987.....	26
§3.º Significado Constitucional da Instrução.....	31

PARTE II

Fase Processual de Instrução: um novo paradigma?

§4.º O sentido e o alcance da garantia da fase de Instrução face às últimas reformas	
--	--

O Paradigma da Fase de Instrução

legislativas.....	38
4.1 Tomada de posição quanto à reforma de 2007.....	42
4.1.1. A regra da publicidade externa – o segredo de justiça.....	43
4.1.2. O papel do JIC.....	49
4.1.3. Contraditoriedade da Instrução.....	52
4.1.4. Do objecto do processo.....	53
4.2 A revisão minimalista de 2010.....	58
§5.º Da teoria à prática: Que perspectivas? Que soluções?.....	61
Síntese Conclusiva.....	69
Índice bibliográfico.....	73
Índice Geral.....	84

Dissertação de Mestrado realizada por:

RITA MARTINS DOS SANTOS FIDALGO FONSECA

Aluna n.º 142710072 do Mestrado Forense, no ano lectivo de 2010/2011, da
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Contactos pessoais:

Telemóveis: 91 418 48 14

Telefone: 21 419 08 17

E-mail: ritafonseca@hotmail.com/ritafonseca88@gmail.com