

# NOTAS AVULSAS SOBRE AS PROPOSTAS DE REFORMA DAS LEIS PENAIS

(PROPOSTAS DE LEI N.<sup>OS</sup> 75/XII, 76/XII E 77/XII)

*Pelo Prof. Doutor Germano Marques da Silva*

## *SUMÁRIO:*

**Introdução.** 1. Alteração do regime da prescrição do procedimento criminal. 2. Medidas de coacção. 3. Validade como elemento de prova de declarações prestadas nas fases processuais anteriores ao julgamento. 4. Processo sumário. 5. Fecho.

## INTRODUÇÃO

Estão pendentes da Assembleia da República três Propostas e dois Projectos de Leis que têm por objecto alterações das leis penais. Trata-se das Propostas de Leis n.<sup>os</sup> 75/XII, 76/XII e 77/XII e dos Projectos de Leis n.<sup>os</sup> 194/XII/1.<sup>a</sup> e 266/XII/1.<sup>a</sup>.

Propomo-nos analisar as alterações essenciais constantes das propostas do Governo porque são as que introduzem alterações mais profundas nos diplomas fundamentais sobre matéria penal. Cuidaremos principalmente das matérias enunciadas no sumário, mas no final faremos uma apreciação global, embora sintética, da generalidade das alterações propostas e cujo processo legislativo está em curso.

Com este artigo para a Revista da Ordem não temos a pretensão de influenciar o processo legislativo, quase na fase final e porventura até já encerrado quando for publicado, mas tão-só contri-

buir para a reflexão alargada sobre o direito penal do devir próximo, para a interpretação dos textos que resultarem da reforma e cumprir a função crítica que também cabe ao académico e ao jurista militante.

## **1. ALTERAÇÃO DO REGIME DA PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL — ARTIGO 120.º DO CÓDIGO PENAL (PROPOSTA DO GOVERNO)**

**I.** Na Proposta de Lei n.º 75/XII propõe-se uma nova causa de suspensão da prescrição do procedimento criminal: a sentença condenatória<sup>(1)</sup>. A suspensão da prescrição por pendência do processo após a notificação da sentença condenatória pode atingir 20 anos! É manifesto exagero e porventura violador da garantia a um processo célere (art. 32.º, n.º 2, da Constituição e art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

**II.** O esforço das reformas processuais deve orientar-se no sentido de garantir a celeridade do processo para cumprimento da garantia constitucional da celeridade. Percebe-se que o aumento dos processos e a sua crescente complexidade (consequência também de não se procurar obstar aos chamados “processos monstruosos” em resultado de múltiplas conexões processuais) torne o tempo de suspensão actual de 3 anos [al. b) do n.º 1 do art. 120.º] insuficiente, mas parece manifestamente exagerado e violador do espírito da Constituição passar de 3 anos para 8, 13 ou 23, consoante o processo seja comum, seja declarada a sua especial complexidade ou haja recurso para o Tribunal Constitucional. Em nossa opinião não tem qualquer justificação uma suspensão por

---

(1) Art. 120, n.º 1, al. e): A sentença condenatória, após notificação ao arguido, não transitar em julgado. 4. Nos casos previstos na alínea e) do n.º 1 a suspensão não pode ultrapassar cinco anos, elevando-se para 10 anos no caso de ter sido declarada a excepcional complexidade do processo. 5. Os prazos a que alude o número anterior são elevados para o dobro se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional.

mais 5 anos após a notificação da sentença condenatória se o processo não for declarado de especial complexidade, por mais 10 anos se o processo for declarado de especial complexidade, acrescendo mais 10 ou 5 anos se for interposto recurso para o Tribunal Constitucional e o processo for ou não declarado de especial complexidade, respectivamente.

Teremos assim que um crime punível com pena de prisão até 5 anos, cujo prazo de prescrição do procedimento é de 10 anos [art. 118.º, al. b)] pode arrastar-se pelos tribunais pelo menos por 23 anos, tanto é o limite do prazo de suspensão por pendência do processo em caso de ser declarada a sua especial complexidade e for interposto recurso para o Tribunal Constitucional. Não faz sentido, não respeita a Constituição e viola também a CEDH.

**III.** Percebe-se o objectivo prosseguido com a proposta de aditamento desta nova causa de suspensão da prescrição: evitar as prescrições.

É necessário, porém, ter sempre presente que nem todos os recursos são dilatórios, embora o sejam muitas vezes, e se são interpostos múltiplos recursos no mesmo processo (mais de 3) isso significa as mais das vezes a falta de qualidade das decisões das instâncias. Falta de qualidade que não se combate com a limitação directa ou indirecta dos recursos ou, como agora se propõe, alargando de tal modo a suspensão por pendência em resultado da interposição de recursos que faz com que o prazo efectivo de prescrição do procedimento seja elevado, em alguns casos, para mais do triplo da sua duração normal.

Importa é criar instrumentos de aceleração dos recursos porque a sua pendência durante largos meses ou anos não é benéfica nem para a sociedade nem para os arguidos que vêm os seus processos arrastar-se sem fim. É um direito dos arguidos a ter o seu processo resolvido «no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa» (art. 32.º, n.º 2, da CRP) e o alargamento desmedido e desproporcionado da suspensão da prescrição em razão da interposição de recurso não estimula a celeridade dos tribunais, muito antes pelo contrário.

## 2. MEDIDAS DE COACÇÃO

### A) Artigo 194.º (Medidas de coacção)

I. Na Proposta de Lei n.º 77/XII propõe-se a alteração do art. 194.º do Código de Processo Penal, sendo as alterações mais relevantes as que respeitam à possibilidade de o juiz de instrução poder, durante o inquérito, aplicar medida de coacção mais grave do que a pedida pelo Ministério Público<sup>(2)</sup>. Não entendemos nem a necessidade nem as razões subjacentes à alteração, não obstante a justificação constante da exposição de motivos.

Recordemos que a norma do n.º 2 do art. 194.º vigente, que dispõe que «durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial mais grave que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade», foi aditada ao Código pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Antes dessa alteração, o entendimento dominante era que o juiz apenas estava sujeito à lei e à promoção de aplicação de uma medida pelo Ministério Público. Do mesmo modo que o tribunal não fica limitado pela pena concreta pedida pela acusação também não estaria limitado pela medida de coacção concreta pedida pelo Ministério Público.

A partir de determinado momento, já muito antes de 2007, alguma jurisprudência começou a entender que o juiz de instrução estava condicionado pela medida requerida pelo Ministério Público, argumentando com o domínio da fase processual do Inquérito pelo Ministério Público e considerando que medida de coacção mais grave do que a requerida significava a interferência do juiz na condução do Inquérito. Alguns invocavam a estrutura acusatória do processo para concluir que o juiz não deveria poder aplicar medida mais grave do que a requerida.

---

(2) Art. 194.º, n.º 2: Durante o inquérito, o juiz pode aplicar medida de coacção diversa, ainda que mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, da requerida pelo Ministério Público, com fundamento nas alíneas a) e c) do artigo 204.º. 3. Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, com fundamento na alínea b) do artigo 204.º nem medida de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade.

Nunca entendemos a polémica. Face aos argumentos no sentido da limitação parecia-nos que conduziam a que o juiz não pudesse simplesmente aplicar medida diferente, mais gravosa ou menos gravosa, mas não era essa a nossa opinião. Em nosso entender, o juiz estava limitado era pelos fins cautelares prosseguidos com a promoção do Ministério Público. Por isso que defendíamos que em qualquer caso, mesmo na aplicação de medida menos gravosa, o juiz deveria ouvir previamente o Ministério Público, não tanto relativamente aos pressupostos das medidas, mas em atenção aos fins para que eram requeridas. Com esta exigência pensávamos assegurar maior imparcialidade do juiz que em caso algum tomava a iniciativa de restringir a liberdade ou a propriedade do arguido.

Acresce que o argumento de que a aplicação de medida mais gravosa poderia prejudicar a actuação do Ministério Público, nomeadamente o seu plano de investigação, não nos convencia, pois as medidas de coacção não se justificam pela estratégia de investigação nem para servir a investigação, embora na prática isso suceda com demasiada frequência em manifesta violação da lei.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, consagrou-se no Código a orientação que vinha a ganhar os favores da jurisprudência e parte da doutrina, limitando os poderes do juiz que, condicionado pela promoção do Ministério Público, ficava também condicionado pela natureza e gravidade da medida requerida e, no nosso entender, pelos fins que o Ministério Público visava acautelar, ou seja pelos perigos que o Ministério Público procurava afastar com a aplicação da medida cautelar.

As alterações propostas são significativas. Não voltam à redacção inicial e afastam o essencial das alterações de 2007.

**II.** Propõe-se agora um sistema misto que na nossa perspectiva é perturbador do sistema.

A primeira observação que nos parece importante fazer é que no que respeita às medidas de garantia patrimonial mantém-se tudo como na lei vigente. O juiz não pode aplicar medida de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, conforme resulta da proposta de alteração do n.º 3, parte final, do

art. 194.º. E aqui começa a primeira incoerência: se as medidas de garantia patrimonial, desde logo a caução económica, visam acautelar o «pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime» qual a razão de terem tratamento diverso da medida aplicável quando haja receio de fuga ou perigo de fuga? Também neste caso a finalidade da medida de coacção não é acautelar que a pena aplicada a final seja cumprida? E sendo assim qual a razão da limitação quantitativa ao requerido pelo Ministério Público? Não entendemos.

E relativamente à alínea *c*) do art. 204.º do CPP? Recai agora sobre o juiz o encargo e a correspondente responsabilidade de velar para que o arguido não continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e tranquilidade públicas? É essa a função do juiz das liberdades? Sempre entendemos que o juiz é garante das liberdades de quem vê a sua liberdade ameaçada pelo poder, mas que não tem o encargo de velar preventivamente pelos direitos de todos. Essa função compete, segundo cremos, a outros poderes do Estado, ao Executivo, através das polícias, e quando seja necessário privar ou limitar a liberdade de algum arguido compete ao Ministério Público submeter ao juiz a sua pretensão para que este aprecie e decida sobre os direitos do arguido.

**III.** Relativamente às medidas de coacção, temos então dois sistemas:

- a)* Se os fins da aplicação das medidas forem as alíneas *a*) ou *c*) do art. 204.º (fuga ou perigo de fuga, continuação da actividade criminosa ou alarme social), o juiz é livre na escolha da medida, quanto à natureza, medida ou modalidade da execução, bastando que uma qualquer medida seja requerida pelo Ministério Público durante o inquérito;
- b)* Se o fundamento da aplicação for a al. *b*) — perigo de perturbação do inquérito — o juiz não pode aplicar medida de coacção diversa, quanto à sua natureza, medida ou modalidade, da requerida pelo Ministério Público.

Qual a razão para a diversidade de regime? Com o n.º 3 parece querer responder-se ao argumento de que dando liberdade

de escolha ao juiz estaríamos a admitir a sua interferência na condução do inquérito, cuja competência é do Ministério Público. O juiz pode aplicar ou não a medida requerida, mas não pode aplicar outra diversa quanto à natureza, medida ou modalidade de execução. É sim ou não; a ponderação a que o juiz deve proceder, imposta pelo art. 18.º da Constituição e art. 193.º do CPP, respeita tão-só à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida concreta requerida; é o tudo ou nada. Não vejo aqui qualquer dificuldade teórica e parece-me que a solução proposta é até mais coerente do que o regime vigente dado que medida diversa da requerida pelo Ministério Público pode não satisfazer as necessidades processuais que o Ministério Público pretende acautelar de acordo com a lei.

Com o n.º 2 do art. 194.º parece entender-se que o fundamento da medida já nada tem a ver com o decurso do inquérito — salvo que a necessidade de alguma medida tem ainda de ser requerida pelo Ministério Público, o que passa a ser uma exigência puramente formal. Pretende acautelar-se o perigo de fuga, a continuação da actividade criminosa ou perturbação da ordem e tranquilidade pública e agora é o juiz o senhor da decisão no que respeita à necessidade e à natureza e gravidade da medida.

A redacção proposta para o n.º 2 do art. 194.º suscita-nos uma primeira questão que parece essencial: basta que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida, seja qual for o perigo que vise acautelar, ou é necessário que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida para acautelar a fuga ou perigo de fuga, a continuação da actividade criminosa ou perturbação da ordem pública? Se, como entendemos dever ser, for de exigir que o requerimento do Ministério Público vise acautelar aqueles perigos, não vemos qualquer problema em que o juiz possa livremente escolher a medida que entenda necessária, adequada e proporcional. Se, pelo contrário, com a alteração projectada se vier a interpretar a lei no sentido de que basta que o Ministério Público requeira a aplicação de uma medida cautelar para que o juiz possa alargar a sua apreciação e decisão a todos os perigos que são pressuposto legal da aplicação das medidas de coacção, então a solução seria gravíssima porque se está a pôr em causa a imparcialidade do

juiz nesta fase processual, atribuindo-lhe o encargo de velar para que a decisão final possa ser cumprida [al. *a*)] ou que o arguido não continue a actividade criminosa ou haja perturbação da ordem e da tranquilidade públicas [al. *c*)], o que, entendemos, não é função do juiz.

Tendemos a interpretar a proposta no sentido que temos defendido até agora: o requerimento do Ministério Público deve ter por fundamento acautelar um concreto perigo, um dos indicados nas diferentes alíneas do art. 204.º. O fim visado com a medida requerida vinculará o juiz.

#### IV. Algumas questões:

- a*) Se a razão para a liberdade do juiz na aplicação da medida de coacção for o perigo de fuga, que o arguido fuja à justiça, não haverá idêntica razão no que respeita à medida de garantia patrimonial, como referimos supra? Se sim, qual a razão da diferenciação do regime? Não será incoerência?
- b*) Se o Ministério Público invocar como fim da medida requerida todos os perigos elencados no art. 204.º e concretamente o perigo de fuga, o perigo de perturbação do inquérito e o perigo de perturbação da tranquilidade pública, como na prática sucede com frequência, o juiz é livre na escolha da natureza da medida e sua gravidade ou fica condicionado pela limitação do n.º 3 da projectada alteração, não podendo aplicar medida diversa nem mais grave do que a requerida? O que prevalece? A liberdade do juiz ou a limitação requerida pelo MP?
- c*) Se o Ministério Público apenas promover a aplicação de uma concreta medida com fundamento na al. *b*) do art. 204.º, o juiz pode, oficiosamente, apreciar a existência dos perigos das als. *a*) e *c*)? Admite-se agora a interferência do juiz, mesmo sem pedido? Mas se é assim para que serve o pedido do Ministério Público?
- d*) E se o Ministério Público promover a aplicação de uma medida de coacção com fundamento na al. *b*) do art. 204.º

e a medida for rejeitada pelo juiz, o Ministério Público pode ou deve promover outra ou outras de diferente natureza, medida ou modalidade de execução? Parece-nos que pode, mas, pelo menos aparentemente, deve repetir-se todo o incidente para a aplicação da medida, nomeadamente deve o arguido ser novamente ouvido. Parece um desperdício processual e uma perturbação desnecessária da paz do arguido.

Aqui temos já algumas dificuldades perturbadoras do sistema.

V. E quais as consequências, em termos práticos, da alteração proposta? Que o juiz antes de aplicar a medida deve ouvir o arguido e o seu defensor sobre a concreta medida que se propõe aplicar parece-nos absolutamente necessário e decorrente já do n.º 5 do art. 194.º. Que a alteração é menos garantística para o arguido também nos parece manifesto. Hoje temos uma dupla valoração: do Ministério Público, que requer fundamentadamente a medida, e do juiz que deve comprovar os seus pressupostos e ponderar os requisitos, nos termos do art. 193.º (necessidade, adequação e proporcionalidade). Passaremos a ter apenas a valoração feita pelo juiz.

Devemos anotar que, pelo que lemos na comunicação social — e com a reserva da pouca credibilidade que a comunicação social nos merece nestas coisas da justiça! —, a justificação para a alteração projectada residiria na frequente brandura do Ministério Público, donde que o juiz não pudesse aplicar medidas de coacção mais graves porque não requeridas. É verdade que já lemos isto mesmo em despachos judiciais de aplicação de medidas de coacção! Este argumento representa, em nossa opinião, a subversão total dos princípios: em lugar de ser o juiz o garante das liberdades seria o Ministério Público o seu principal defensor! Que o deve ser também, temos por assente, mas que se diminua a função do juiz é que nos parece de repudiar. E temos também por adquirido que a ponderação feita a três, juiz, Ministério Público e defensor, será mais prudente do que a que é feita por um só, mesmo juiz a exercer funções que não são as próprias da jurisdição.

### 3. VALIDADE COMO ELEMENTO DE PROVA DE DECLARAÇÕES PRESTADAS NAS FASES PROCESSUAIS ANTERIORES AO JULGAMENTO

I. É proposta agora também a alteração da alínea *b*) do n.º 1 do art. 357.º no sentido de admitir como meio de prova em julgamento as declarações anteriormente prestadas pelo arguido perante a autoridade judiciária<sup>(3)</sup>.

Não existem sistemas probatórios puros e que a mistura de modelos adoptada pela lei processual portuguesa foi uma opção política e processual de compromisso pragmaticamente fundada num contexto histórico específico parece-nos indiscutível.

Se bem entendemos as razões do sistema probatório vigente no que respeita à prova por declarações, quer do arguido quer das testemunhas, o legislador de 87 pretendeu (*i*) acautelar o retorno às práticas anteriores de formação antecipada da prova; (*ii*) assegurar uma interacção comunicativa entre o arguido e o juiz, o que correspondia à tradição do interrogatório judicial no julgamento e realiza o princípio da investigação, ou seja o poder-dever do tribunal de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa; (*iii*) proteger o arguido contra a auto-incriminação, porventura pela consciência comum de que a assistência judiciária, à data assegurada por advogados estagiários, era insuficiente para garantir a liberdade das declarações auto-incriminatórias dos arguidos nas fases preliminares do processo; (*iiii*) a desconfiança na actuação policial então ainda mais preocupada com a eficácia no combate à criminalidade e aos criminosos do que na garantia dos direitos e

---

(3) Art. 357.º, n.º 1: A reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido no processo só é permitida: *b*) Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *b*) do n.º 4 do artigo 141.º. Art. 141.º, n.º 4: Seguidamente o juiz informa o arguido: *b*) De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.

liberdades dos cidadãos; (iiii) a preocupação de assegurar o contraditório da audiência, etc, etc.

Entendemos que as opções de 87 continuam válidas, mas admitimos que, cerca de 25 anos passados, algumas das razões que ditaram o sistema consagrado no Código de 1987 possam ser revistas. Os tempos mudaram e a nossa aprendizagem dos valores e práticas democráticas é uma realidade, também, e diria mesmo sobretudo, por parte das autoridades e por isso que não me repugne que algumas das preocupações de 87 se possam reavaliar à luz da eficácia das soluções consagradas na lei, mas mantendo e aprofundando se possível as garantias de defesa dos arguidos.

É, ao que parece, em razão da busca de mais eficácia que se pretende alterar a lei, mas duvidamos que existam, porventura por não os conhecermos, os estudos empíricos sobre a eficácia ou ineficácia das soluções vigentes, indubitavelmente garantísticas dos arguidos, e das soluções propostas. E receamos sinceramente, desejando enganar-nos, que as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e políticos inspiradas por um certo populismo em matéria de combate ao crime, que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelos menos dos meios de comunicação social.

É em nome da eficácia no combate ao crime que ao longo da história se têm cometido os mais graves atentados aos direitos humanos<sup>(4)</sup>.

**II.** Devemos ter em atenção que já hoje, a al. b) do art. 357.º dispõe que a leitura de declarações feitas pelo arguido perante juiz é permitida em audiência quando houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência, o que representa a atribuição àquelas declarações de alguma valia probatória. Note-se que não podem ser lidas quando o arguido se remete ao silêncio. A proposta de alteração alarga a leitura às declarações prestadas anteriormente quer perante juiz quer perante o Ministério Público e quer o arguido preste declarações em audiência ou não. Trata-se de

---

<sup>(4)</sup> Cf. D. ANTÓNIO FERREIRA GOMES, *A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz*, Direito e Justiça, Vol. I., n.º 1, 1980.

uma extensão, embora muito importante, do actual regime do art. 357.º, al. b).

Seja como for, se houver motivos para a alteração da lei na busca de mais eficácia, pensamos que na alteração do regime vigente na matéria deve ressaltar: (i) a protecção da dignidade humana, (ii) a prerrogativa contra a auto-incriminação, (iii) a privacidade e princípios gerais de lealdade e responsabilidade. E, concretizando, no que respeita às declarações processuais do arguido, afigura-se-nos central a garantia da voluntariedade das suas declarações antes do julgamento, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência efectiva de defensor e ao silêncio que podem e devem ser combinados com outros instrumentos preventivos condicionantes da utilização probatória contra o próprio arguido e contra os co-arguidos.

Formalmente, estes requisitos, que nos parecem absolutamente essenciais, estão contemplados na Proposta de Lei: as declarações processuais do arguido prestadas antes do julgamento só valem como prova se prestadas voluntariamente, com a assistência de advogado, perante juiz ou Ministério Público e com a prévia advertência de que essas declarações valem como meio de prova em julgamento.

**III.** É claro que a admissão como prova das declarações processuais prestadas pelo arguido antes do julgamento tem inconvenientes e traz limitações a princípios enformadores do processo penal vigente. Vejamos:

- a) Dois dos princípios em que assenta o nosso Processo Penal são o princípio da imediação e da oralidade da prova pessoal por declarações, que tem acolhimento nos arts. 96.º, 128.º, n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3, e 355.º. Ao admitir-se como prova as declarações processuais prestadas pelo arguido antes do julgamento fica prejudicada a imediação e a oralidade, quer as declarações tenham sido prestadas perante o juiz de instrução quer perante o Ministério Público. Neste aspecto, e em geral, não há diferença alguma em serem as declarações prestadas perante o juiz ou perante o Ministério Público.

- b) Também o ideal do processo acusatório é que a prova seja produzida em audiência, ressalvadas situações excepcionais de antecipação da produção de prova (prova para memória futura). Sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa, só devem ser prestadas quando já tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que sustentam a imputação, ou seja, quando conhece a acusação e as provas que a suportam. Com a alteração proposta acentua-se o carácter de meio de prova das declarações do arguido em prejuízo de serem essencialmente meio de defesa.
- c) Tem-se vindo a acentuar a sensibilidade à dimensão adversarial da produção da prova, centrada no contraditório e no respectivo corolário, o contra-interrogatório, operado no quadro de uma contemporânea interacção dos sujeitos processuais e das fontes da prova, sendo a imediação, a oralidade e a concentração instrumentos da realização do princípio do contraditório. Parece-me manifesto que as alterações propostas vão contra esta sensibilidade que os filmes americanos têm contribuído para implantar também entre nós.
- d) Na fase do inquérito, quer quando presta declarações perante o juiz quer perante o Ministério Público, o arguido não conhece, ou pode não conhecer, os factos que lhe são imputados na sua plenitude, tanto mais que o inquérito é dinâmico e expansivo. Por isso que se as perguntas podem ser condicionadas, até porque ordenadas para obter prova (são meio de investigação), as respostas são também condicionadas pelas perguntas concretamente formuladas e modo da sua formulação e até pelo ambiente em que ocorre o interrogatório.
- e) Também o direito ao silêncio é profundamente limitado com a alteração proposta. Como referimos já, a al. b) do art. 357.º dispõe que a leitura de declarações feitas pelo arguido perante juiz é permitida em audiência quando houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas

em audiência. Note-se que não podem ser lidas quando o arguido se remete ao silêncio em audiência ou o julgamento é feito na sua ausência. O silêncio do arguido em audiência tinha como efeito que as suas declarações prestadas anteriormente não tinham qualquer valia para efeitos de condenação, o que passa a não suceder e que significa uma importante limitação do direito ao silêncio.

**IV.** Questão de grande relevância neste domínio respeita à valia das declarações do arguido em prejuízo de outro co-arguido.

Dispõe o n.º 4 do art. 345.º que as declarações de um co-arguido quando o declarante se recusa a responder às perguntas formuladas não podem valer como meio de prova contra o co-arguido.

Parece-nos que se deve continuar a entender que, na ausência de contraditório, as declarações do arguido só podem ser utilizadas como meio de prova contra si e não contra o co-arguido, mas percebe-se que há aqui uma forte distorção do contraditório porque o arguido pode responder às perguntas formuladas e o tribunal considerar como válidas as declarações anteriores, limitando-se assim o contraditório, dado que o co-arguido não teve possibilidade de participar na constituição dessa prova por declarações do seu co-arguido e que podem agora ser utilizadas contra si.

Parece-nos clara uma limitação: as declarações do co-arguido só podem constituir meio de prova contra outro co-arguido quando o declarante não se recusar a responder às perguntas feitas por este co-arguido, não valendo em circunstância alguma se esse contraditório não for possível. Apesar desta limitação, parece-nos que a questão não fica satisfatoriamente resolvida porque é manifesto que o contraditório sobre a formação da prova fica prejudicado uma vez que o co-arguido não tenha participado na produção da prova por declarações do seu co-arguido.

**V.** Vejamos agora as dificuldades de ordem prática que o projecto de alteração do art. 357.º suscita:

- a) Como referimos anteriormente, a admissibilidade como meio de prova das declarações processuais do arguido

prestadas nas fases preliminares do processo pressupõe a garantia da liberdade das suas declarações, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência efectiva de defensor e ao silêncio. É necessário, por isso, que haja garantias práticas de que a assistência por defensor não seja meramente formal e o exercício do direito ao silêncio não tenha consequências em prejuízo do arguido.

É preciso, para tanto, que o arguido, quando presta declarações perante o Ministério Público ou o juiz de instrução, tenha plena consciência de que as suas declarações valem como prova contra si, o que implicará especial cuidado na preparação da defesa. Preparação da defesa que passa naturalmente pela disponibilidade do defensor. As declarações do arguido, passando a constituir meio de prova, devem inserir-se na estratégia da defesa pelo que o defensor não pode ser mais o mero polícia do acto, mas verdadeiro assistente do arguido. E isto terá naturalmente implicações práticas sobretudo a nível das defesas officiosas, mas não só. Desde logo temos sérias dúvidas que a assistência efectiva ao arguido seja compatível com a nomeação de defensor de escala quando o arguido presta o primeiro interrogatório em situação de detenção.

- b) Ainda na sequência do dito anteriormente, exige-se do defensor especial cuidado no acompanhamento dos interrogatórios e que cuide para que sejam formuladas as perguntas adequadas ao enquadramento das declarações do arguido, o que pressupõe que já nessa fase o defensor tenha pleno conhecimento dos factos imputados e estabelecido a estratégia da defesa. Esta exigência é de muito difícil realização prática.
- c) Finalmente, é necessário assegurar que o direito ao silêncio seja efectivo, o que não é compatível com práticas frequentes nos interrogatórios do Ministério Público e do Juiz de instrução nas fases preliminares, sobretudo no inquérito. Todos os advogados já experimentaram as ameaças implícitas no interrogatório quando o arguido quer exercer o seu direito ao silêncio. Digo ameaças

implícitas, mas também ameaças expressas do tipo: se não quer defender-se, então vou dar como válidos os indícios e indiciados os factos ou fórmulas semelhantes a constarem ilegal e descaradamente das promoções e despachos de aplicação das medidas de coacção.

- d) Já hoje o exercício do direito ao silêncio é motivo frequente para indirectamente se justificar a aplicação da prisão preventiva, alegando-se falta de colaboração do arguido. Não será de temer que no futuro este argumento saia reforçado como de valor reforçado passam a ser também as declarações prestadas pelo arguido perante o juiz ou Ministério Público? A magistratura não é por si uma garantia contra os abusos do poder dos próprios magistrados, felizmente poucos, mas que inevitavelmente existem.

#### 4. PROCESSO SUMÁRIO

I. A Proposta de Lei propõe a alteração profundíssima do âmbito do processo sumário, que nos merece as maiores reservas. Propõe-se agora alargar o âmbito do processo sumário a todos os crimes desde que ocorra a detenção em flagrante delito. Dizemos a todos os crimes, mas não é inteiramente assim porque o n.º 2 do art. 381.º estabelece restrições relativamente à criminalidade altamente organizada, dos crimes contra a paz, identidade pessoal e integridade pessoal, dos crimes contra a segurança do Estado e dos crimes abrangidos pela Lei relativa às violações do Direito Penal Humanitário, crimes que já hoje são da competência do tribunal colectivo (art. 14.º, n.º 1).

As restrições constantes do n.º 2 do art. 381.º da Proposta de Lei mostram claramente que também para o Governo não é indiferente que o julgamento se faça em processo sumário ou em processo comum e neste com intervenção do tribunal singular ou do tribunal colectivo. Mas se assim é, se o julgamento em processo sumário não é adequado para o julgamento de alguns crimes, qual a razão para alargar o âmbito do processo sumário ao julgamento

de crimes da escala superior de gravidade do nosso Código Penal?

**II.** A história documenta que os maiores erros judiciários resultaram da precipitação dos julgamentos assentes frequentemente em provas consideradas simples ou evidentes, por directas, a permitirem a detenção em flagrante. Esse pressuposto não corresponde inteiramente à verdade. Bem se sabe como a denominada prova directa é muitas vezes enganosa em razão da emoção que a assistência à prática do crime normalmente desperta no observador accidental. Os erros sobre a prova que resulta da observação directa são frequentes.

Não temos experiência de julgar, mas estamos absolutamente convencidos de que é mais difícil um julgamento assente em provas sumárias resultantes do flagrante delito, em que a prova pode ser muito limitada, do que o julgamento de processo precedido de investigação cuidada e aprofundada em que se recolhem todos os elementos essenciais para apreciar a culpabilidade do arguido. A determinação da culpabilidade não se faz apenas em razão da verificação dos elementos objectivos do crime, mas de inúmeros outros elementos e circunstâncias essenciais e accidentais.

A tradição portuguesa era a de o processo sumário ser apenas utilizado para o julgamento das bagatelas penais. Recordemos que antes do Código de Processo Penal de 1987 só eram julgados em processo sumário os infractores detidos em flagrante delito por infracção a que correspondesse processo correccional (até 2 anos de prisão) ou de transgressões. O Código de 1987, na sua redacção originária, só admitia o julgamento em processo sumário por crimes puníveis com pena não superior a 3 anos de prisão. Alargou-se posteriormente o seu âmbito para crimes puníveis com pena de prisão até 5 anos, alargamento que foi, aliás, muito criticado por alguns sectores da doutrina, mas limitou-se sempre o âmbito do processo sumário aos processos da competência material do tribunal singular.

Este alargamento do âmbito do processo sumário foi sempre acompanhado também pelo alargamento da aplicação da suspen-

são da execução da pena de prisão, maioritariamente aplicável aos crimes puníveis com pena até 5 anos.

**III.** É nossa convicção que a razão da atribuição da competência ao tribunal colectivo dos processos por crimes puníveis com pena superior a 5 anos de prisão nada tem a ver, ou não o tem principalmente, com a previsível complexidade dos processos, mas antes ou principalmente com a gravidade das penas aplicáveis.

Propõe-se agora que o julgamento em processo sumário nada tenha a ver com a pena aplicável, podendo, por isso, ser julgado em processo sumário o acusado por crime punível com pena até 25 anos de prisão (v.g., o homicídio qualificado)<sup>(5)</sup>.

Somos adeptos fervorosos da celeridade processual, que consideramos benéfica para a Justiça em geral e também para os próprios arguidos, asseguradas que forem efectivamente as garantias de defesa. Por isso aplaudimos todas as medidas no sentido de incutir celeridade aos processos. Entendemos, porém, que o critério para subtrair o julgamento ao Tribunal Colectivo não pode, não deve ser, o ter ocorrido ou não a detenção em flagrante delito. E isto porque se a competência do Tribunal Colectivo se justifica pela gravidade das penas aplicáveis, a sua intervenção nos julgamentos por crimes graves continua a justificar-se, seja o arguido detido em flagrante ou não, e até por maioria de razão se reclama a sua intervenção no julgamento simplificado como é o sumário, porque neste as provas são, em regra, em menor quantidade, não são investigadas aprofundadamente as motivações e demais circunstâncias importantes para a determinação da culpabilidade, não são ponderadas com a profundidade exigida ao Ministério Público, findo o inquérito, para dedução da acusação, e falta de todo o crivo da instrução.

Parece-nos incoerente que o sistema continue a exigir para o julgamento dos crimes puníveis com pena superior a 5 anos de pri-

---

<sup>(5)</sup> A Proposta de Lei propõe também a alteração da reserva de competência do Tribunal Colectivo, estabelecida no art. 14.º, n.º 2, que reserva ao Colectivo o julgamento dos crimes dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa, mesmo se o MP usasse da faculdade conferida pelo art. 14.º, n.º 2 (fixação concreta da competência com a consequência de limitação da pena a aplicar ao máximo de 5 anos de prisão).

são a intervenção do Tribunal Colectivo quando o julgamento é precedido de inquérito e de instrução e se admita que pela simples circunstância do flagrante delito, tantas vezes enganosa, já seja suficiente a intervenção do juiz singular.

A vingar a Proposta de Lei, no sentido de alargar o âmbito do processo sumário ao julgamento de crimes puníveis com pena superior a 5 anos de prisão então, pelo menos por coerência, deve ser o Tribunal Colectivo o competente para o julgamento desses crimes. Ou então, acabe-se com o Tribunal Colectivo se a razão da sua intervenção deixar de ter justificação em razão da gravidade da pena aplicável.

**IV.** A solenidade processual, quer no que respeita à intervenção do Tribunal, quer em matéria de competência para os recursos, depende da gravidade da pena aplicável e aplicada, aquela para efeito de fixação da competência de um tribunal com composição mais solene — o Colectivo —, e esta para efeito de recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça.

E até esta última faculdade é retirada ao arguido julgado em processo sumário, mesmo pelo mais grave dos crimes previstos no Código Penal (art. 131.º). Se julgado em Tribunal Colectivo e lhe for aplicada pena superior a 5 anos de prisão recorre directamente para o Supremo Tribunal, se o recurso visar exclusivamente a matéria de direito, mas se julgado em processo sumário terá de recorrer necessariamente para as relações; se julgado em processo comum pode recorrer de todas as decisões cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei (art. 399.º), mas se julgado em processo sumário, por mais grave que seja o crime, só pode recorrer da decisão final (art. 391.º).

**V.** O n.º 6 do art. 387.º da Proposta de Lei<sup>(6)</sup> constitui grave atentado aos direitos de defesa do arguido, podendo mesmo ser considerado inconstitucional por violação do art. 32.º da CRP.

---

(6) Art. 387.º, n.º 6: “Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 389.º, a audiência pode ser adiada, a requerimento do arguido, com vista ao exercício do contraditório, pelo prazo máximo de 10 dias, sem prejuízo de se proceder à tomada de declarações ao arguido e à inquirição do assistente, da parte civil, dos peritos e das testemunhas presentes.”

Com efeito, o n.º 2 do art. 389.º(7) prevê que no início da audiência o Ministério Público pode completar a factualidade constante da acusação — o que significa alteração da acusação, nomeadamente da sua ampliação, o que pode representar alteração substancial dos factos da acusação — mas o julgamento pode iniciar-se imediatamente com a audição das testemunhas presentes, ou seja, o julgamento iniciar-se-á sem que o arguido tenha tido sequer oportunidade para contestar todos os factos de que é acusado e são objecto do processo. A audiência pode ser interrompida para que o arguido exerça o contraditório — para que apresente contestação, pelo prazo máximo de 10 dias.

Se entretanto o arguido tiver apresentado o rol de testemunhas parece que já não o pode alterar e não pode exceder o número das 7 que a lei prevê. Certamente que esta interpretação não vingará.

O princípio da isonomia processual é gravemente afectado. Ao Ministério Público são concedidos prazos compatíveis com as diligências de prova que necessitar para suportar a acusação, mas a defesa do arguido é limitada por várias formas, desde logo pelos prazos limitados para exercer a sua defesa, frequentemente ainda dificultada pela circunstância de se encontrar detido ou preso preventivamente.

De restrição em restrição vai-se limitando ao arguido o direito de defesa própria de um processo democrático. É que a defesa é um acto unitário, como a audiência deve ser também um acto unitário, de apreciação global. Estamos convencidos que também por esta razão, mas não só, a submissão a julgamento em processo sumário por crimes graves não é um processo equitativo e por isso viola a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Constituição e o ideal democrático.

**VI.** Estamos inteiramente convencidos de que seria mais razoável ponderar o fim dos Tribunais Colectivos em 1.ª instância, se a razão para a sua manutenção for outra que não a gravidade da pena aplicável ao crime objecto do processo, do que aceitar sem

---

(7) Art. 389.º, n.º 2: “Caso seja insuficiente, a factualidade constante do auto de notícia pode ser completada por despacho do MP proferido antes da apresentação a julgamento, sendo tal despacho lido em audiência.”

protesto o julgamento em processo sumário por crimes graves, precisamente aqueles cuja gravidade é a razão principal da atribuição de competência para o seu julgamento ao Colectivo.

## **5. FECHO**

**I.** Como referimos logo na Introdução, as alterações às leis penais cuja processo legislativo está em curso na Assembleia da República não se limitam às questões que analisámos nos números anteriores, nem apenas às Propostas de Lei identificadas, abrangem muitas outras normas penais e processuais penais constantes daquelas Propostas de Lei, mas também de Projectos de Lei de iniciativa do Bloco de Esquerda (Projeto de Lei n.º 194/XII/1.<sup>a</sup>) e do Partido Comunista Português (Projeto de Lei n.º 266/XII/1.<sup>a</sup>). Não podemos analisar todas as propostas e projectos com a profundidade devida, porque falta-nos o tempo e o espaço na Revista. Oportunamente promoveremos um colóquio no seio da Ordem para mais profunda análise e com mais interesse para a aplicação da lei que for alterada.

Importa desde já referir, porém, que a apreciação crítica que fizemos de algumas das propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal não significa minimamente que não encontremos naquelas Propostas e Projectos, propostas de alteração de muitas normas a justificarem a nossa adesão e aplauso. Vamos referir sinteticamente algumas dessas propostas pendentes no processo legislativo que está a correr.

**II.** Desde logo merece-nos o mais forte aplauso a proposta de alteração ao Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Proposta de Lei n.º 76/XII) que visa flexibilizar a oportunidade de a pena acessória de expulsão ser antecipada.

Entendemos que, encontrando-se realizada a finalidade da pena na vertente da protecção da sociedade, a alteração permitirá que a execução da pena possa ser também orientada no sentido da reinserção social do condenado através do seu regresso ao país de origem, o que cumpre uma das finalidades das penas (art. 40.º do CP).

**III.** Relativamente à Proposta de Lei n.º 75/XII que visa a alteração de vários artigos do Código Penal, concordamos também plenamente com a alteração do art. 69.º, no seu conteúdo, relativa à pena acessória de proibição de conduzir, aplicável aos crimes de homicídio ou de ofensas à integridade física cometidos no exercício da condução de veículo motorizado com violação das regras de trânsito; na qualificação como crime particular do furto simples de valor diminuto de coisas expostas em estabelecimento comercial durante o período de abertura ao público (art. 207.º, n.º 2); na qualificação do furto que impeça ou perturbe a exploração de serviços de comunicações ou de fornecimento ao público de água, luz, energia, calor, óleo, gasolina ou gás (art. 347.º); no agravamento do limite mínimo da pena no crime de resistência e coacção sobre funcionário (art. 347.º) e bem assim do aditamento do novo artigo 348.º-A que tipifica como crime as falsas declarações prestadas à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções sobre a identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos em ordem à protecção da autonomia intencional do Estado.

**IV.** No que respeita às muitas propostas de alteração do Código de Processo Penal (Proposta de Lei n.º 77/XII), muitas das alterações constituem ajustamentos impostos pelas outras alterações já antes analisadas (validade de declarações nas fases preliminares do processo e processo sumário) ou de clarificação de algumas normas resultantes das orientações da jurisprudência, mas importa destacar a consagração como regra do registo áudio, ou áudio visual, das declarações prestadas no decurso do processo, nomeadamente em audiência e quando possam vir a ser utilizadas como meio de prova (art. 364.º). Discordamos da proposta de alteração da alínea *e*) do art. 400.º que estabelece mais uma restrição ao recurso para o STJ das decisões condenatórias em pena não superior a 5 anos de prisão, proferidas em recurso pelas relações, mas aplaudimos a restrição ao recurso proposta para a alínea *d*) do mesmo artigo, tornando irrecorríveis as decisões absolutórias proferidas em recurso pelas relações.

V. Também o Projeto de Lei n.º 194/XII/1.<sup>a</sup>, do Bloco de Esquerda, em ordem ao reforço da protecção às vítimas de violência doméstica merece, em geral, o nosso acordo, mas entendemos necessário evitar as penas acessórias automáticas e de duração ilimitada, bem como proteger os direitos do arguido/condenado nomeadamente no que respeita ao direito ao trabalho.

O Projecto de Lei n.º 266/XII/1.<sup>a</sup>, do Partido Comunista Português, propõe várias alterações ao Código de Processo Penal, todas inspiradas pelo reforço de garantias processuais do arguido, a merecerem o nosso acordo genérico, embora algumas de difícil execução pelos custos acrescidos para os cofres públicos, e para o próprio arguido, como sucede com a obrigatoriedade de assistência de defensor em todos os actos processuais em que o arguido possa prestar declarações ou deva estar presente (art. 64.º) e outras a necessitar de mais aprofundada ponderação por eventualmente prejudicarem a economia e celeridade processuais tão reivindicadas na actualidade.

VI. Nunca antes se discutiu tanto a matéria penal, mormente a disciplina processual. As várias propostas de alteração das leis vigentes são naturalmente inspiradas pelas perspectivas-criminais que inspiram os seus promotores, mas representam sempre um esforço para o melhoramento da justiça pela protecção dos direitos de todos.

Também os nossos comentários não são neutros, naturalmente; mas também e só inspirados pela preocupação de servir o País no aprofundamento do ideal democrático na Justiça.

*Lisboa, 17 de Outubro de 2012*