

Mil.
João
Fg.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA
LEI N.º 48/2007, DE 29 DE AGOSTO

COMENTÁRIO AO DESPACHO N.º 3/2008 DA PROCURADORIA-GERAL
DISTRITAL DE LISBOA

Tendo-nos sido solicitado, pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, que emitíssemos opinião, sintética, acerca do Despacho n.º 3/2008, de 3 de Janeiro de 2008, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, subscrito pela Ex.ma Senhora Procuradora-Geral Adjunta Dra. Francisca Van Dunem, passamos a enunciar, após análise de tal Despacho, aquela que é a nossa opinião acerca das 9 (nove) questões ou núcleos problemáticos de questões, de natureza processual penal, aí tratadas.

Assim:

1. VALIDAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE ARGUIDO

O despacho n.º 3/2008 da Procuradoria-Geral Distrital vem determinar que a validação da constituição de arguido feita por órgão de polícia criminal, imposta pelo artigo 58.º, n.º 3, do CPP, não seja um acto meramente formal, mas que implique uma aferição substancial, pelo magistrado, da existência de “*suspeita fundada*”.

Apesar de, em geral, concordarmos que tal validação seja substancial, apreciando-se a existência de “*suspeita fundada*”, consideramos que a identificação de *fórmulas* e de *modelos* de validação (tal como proposto no despacho em causa) pode ter um efeito contraproducente, na medida em que impeça uma análise do caso concreto. É certo que o despacho refere que tais fórmulas devem evitar “*uma indesejável burocratização*”. No entanto, haverá que ter presente que tal validação deverá ser feita pelo magistrado tendo principalmente em conta a análise que este faça de cada caso concreto, devendo ser mais do que o resultado da mera aplicação de *tabelas, fórmulas ou modelos* pré-definidos, que são contrários a uma necessária apreciação casuística que o processo penal, em geral, e a noção de fundada suspeita, em particular, reclamam.

2. SEGREDO DE JUSTIÇA E CRIMES DE CATÁLOGO

Quanto à obrigatoriedade estabelecida no despacho no sentido de determinar a sujeição de certos crimes previamente definidos (os crimes de catálogo) a segredo de justiça (mediante validação judicial), independentemente da apreciação casuística da necessidade de sujeição a

Mil
Joiana
FJ

esse mesmo segredo, parece-nos ser contrária à letra e ao espírito da lei a interpretação vertida no despacho sob comentário.

Com efeito, consideramos que o que a lei pretende é que o magistrado, perante a análise que faça do caso concreto (e independentemente do tipo de crime em causa), decida casuisticamente se estarão em causa interesses da investigação e/ou direitos dos sujeitos ou participantes processuais que justifiquem o segredo ou se a publicidade prejudicará os direitos desses mesmos sujeitos ou participantes processuais.

Na verdade, quer no caso da validação da constituição de arguido quer no caso da sujeição a segredo de justiça dos crimes de catálogo, parece-nos que a ideia do despacho da Procuradoria-Geral Distrital vai no sentido de predeterminar fórmulas (no primeiro caso) e crimes (no segundo caso) de modo a “orientar” as apreciações/acções dos magistrados.

Ora, essa interpretação contrária, a nosso ver, não só a letra como o espírito da lei, que parece ser o de, ao invés, conferir um poder/dever de análise dos casos concretos em certas fases do processo, de modo a determinar a validação (ou não) da constituição de arguido pelos órgãos de polícia criminal e a sujeição (ou não) do processo ao segredo de justiça. E tanto mais quanto mais esta reforma do Código veio afirmar a publicidade como regra geral.

3. ASSISTÊNCIA DO PÚBLICO EM GERAL A ACTOS DE INQUÉRITO

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o princípio da publicidade passou a ser aplicável a todas as fases do processo penal. As excepções principais estão reguladas em vários números do artigo 86.º do CPP.

Assim, as fases de inquérito e de instrução (até então sujeitas ao regime de segredo de justiça, ainda que com diferentes *intensidades*) estão, agora, subordinadas, como regra geral, ao mesmo regime de publicidade que já vigorava em relação às restantes fases do processo penal.

A alteração do n.º 1 do artigo 86.º do Código de Processo Penal, conjugada com o n.º 6 do mesmo artigo e com o n.º 1 do artigo 87.º do mesmo diploma, tem como consequência a publicidade (entendida como possibilidade, além do mais, de assistência por parte de qualquer pessoa – alínea *a* do n.º 6 do artigo 86.º) a todos os actos processuais em processo que se encontre numa qualquer fase em que vigore a publicidade do processo.

Donde, numa primeira leitura, todos os actos processuais praticados desde o início do processo são, obrigatoriamente, passíveis de ser assistidos pelo público.

Mil.
Jriama
Fey

No entanto, há que fazer, em nosso juízo, algumas ressalvas a esta leitura conjugada dos referidos preceitos e à afirmação geral em cima feita.

Desde logo, e como resulta do já exposto, nos casos em que o processo está sujeito a segredo de justiça, a publicidade dos actos processuais que são realizados no seu âmbito está, obviamente, limitada por essa circunstância, sendo excluída.

Nos outros casos, a regra da publicidade dos actos processuais poderá ser limitada, nos termos da lei, quando *“o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade”* (artigo 87.º, n.º 1, *in fine*, do Código de Processo Penal). Esta decisão de juiz tem, segundo o n.º 2 do mesmo artigo, *“de fundar-se em factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto”*. Neste contexto, o juiz tem o poder e a possibilidade de limitar a publicidade dos actos processuais, por decisão sua, oficiosa ou a requerimento de algum dos sujeitos mencionados no preceito em causa.

Finalmente, o n.º 3 do artigo 87.º consagra os casos em que certos processos, por se referirem a certos crimes, não deverão, em regra, ser públicos. Note-se, aqui, que o legislador alargou o conjunto de situações em que tal acontece. Hoje, também, os actos processuais relativos aos crimes de tráfico de pessoas e a todos os crimes sexuais, independentemente da idade da vítima, deverão, por regra, decorrer com exclusão de publicidade.

Concluída a análise, a traço grosso, destes preceitos, é necessário, agora, enfrentar o despacho da Ex.ma Sra. Procuradora-Geral Distrital, que aqui analisamos e comentamos.

No seu ponto terceiro (assistência do público em geral a actos do inquérito), conclui-se que *“Aos actos processuais de inquérito, sejam eles praticados nos serviços do Ministério Público ou nas instalações dos órgãos de polícia criminal, é vedado o acesso ao público”*. Esta conclusão tem como base as afirmações de que *“A possibilidade de assistência do público a actos processuais é restrita àqueles que a lei como tal haja declarado”* e que, portanto, *“A publicidade do processo, no seu conjunto, ou de uma dada fase processual (inquérito, instrução, julgamento) não acarreta como consequência necessária a assistência do público a todos os actos”*.

Ora, salvo melhor opinião, parece-nos que a Ex.ma Sra. Procuradora-Geral Distrital partiu de premissas correctas para chegar a uma conclusão errada, por demasiado alargada e contrária à letra e ao espírito da lei.

A lei não faz distinção, no que a este ponto diz respeito, entre a publicidade interna e a publicidade externa. Ou seja, se o processo não estiver em segredo de justiça, o público em geral tem o direito de assistir a todos os actos processuais. Essa é a regra, que só admite as excepções que a lei prescreve, taxativamente.

Diz a Sra. Procuradora-Geral Distrital que só serão públicos os actos processuais que a lei como tal haja declarado. Pela leitura do artigo 86.º, n.ºs 1 e 6, do Código de Processo Penal,

M. J.
Jiana
F. J.

chega-se à conclusão de que a lei declarou como públicos todos os actos processuais. De facto, se todas as fases do processo passaram a ser públicas, e se a publicidade do processo implica, entre outras, a assistência, pelo público em geral, aos actos processuais, então a Sra. Procuradora-Geral Distrital parece ter razão na sua primeira premissa.

Argumenta, igualmente, a Sra. Procuradora-Geral Distrital que a regra da publicidade do processo não leva, obrigatoriamente, à assistência por parte do público em geral de todos os actos processuais. Também, no que a este ponto diz respeito, somos da mesma opinião da Sra. Procuradora-Geral Distrital. De facto, a própria lei corrobora a tese defendida no despacho em análise. Como já afirmámos, o artigo 87.º, n.º 1, *in fine*, e n.º 2 do Código de Processo Penal, ressalva da regra da publicidade dos actos processuais, as situações em que essa publicidade *causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto*. Ou seja, o juiz pode, oficiosamente, ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente, restringir a livre assistência do público a um acto ou a publicidade do próprio acto, ou de parte dele.

Não estamos aqui a falar do mesmo regime que vigora para os processos sujeitos a segredo de justiça, mas sim dos processos (que não necessitam de estar sujeitos a esse regime) em que certos actos não devem ser do conhecimento público, apesar de o processo não estar em segredo.

Desta forma se assegura, desde logo, a possibilidade de em certos casos a publicidade dos actos processuais ser restringida ou mesmo afastada. Não é de estranhar esta ressalva, visto que já o anterior Código a previa, nomeadamente em relação à audiência de julgamento (artigo 321.º, n.ºs 1 e 2).

É, ainda, de referir, novamente, a exclusão da publicidade dos actos processuais quando digam respeito a processos referentes a crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade ou autodeterminação sexual.

Desde logo se vê, que a lei estabeleceu, como regra, a publicidade dos actos processuais, acautelando, no entanto, todos os casos em que se considerou ser da maior utilidade a proibição dessa mesma publicidade.

Ou seja, e tal como é referido no despacho n.º 3/2008, a publicidade do processo não acarreta, obrigatoriamente, a assistência do público a todos os actos processuais.

Chegados a este ponto, e mesmo entendendo (mas não aceitando) a intenção da Sra. Procuradora-Geral Distrital, é importante referir que não podemos concordar com a conclusão do referido despacho, no que a esta matéria diz respeito.

Tendo a lei sido alterada, passando o processo penal a ser público *ab initio* (alterando-se, desse modo, um regime que vigorava há já algum tempo), não se compreende como é possível tentar-se, por meio de despacho, alterar o que está determinado no Código de Processo Penal.

Mt
Juiana
FVJ

Deste modo, os actos processuais de inquérito, onde quer que eles sejam praticados, estão sujeitos ao mesmo princípio de publicidade que rege todas as outras fases processuais. E este princípio só poderá ser afastado nos casos, expressamente, previstos na lei:

- Sujeição do processo ao regime do segredo de justiça;
- Despacho do juiz, proferido com os fundamentos previstos no n.º 2 do artigo 87.º;
- Nos casos de processos referentes aos crimes previstos no n.º 3 do artigo 87.º.

Pelo que não podemos dar o nosso acordo à conclusão e à orientação do despacho. Ao contrário, entendemos que, fora daqueles três casos, todos os actos de inquérito, sendo públicos, admitem a assistência do público, sob pena da invalidade cominada pela lei processual penal.

4. EXAME DOS AUTOS FORA DA SECRETARIA PELOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Prevê o despacho que o prazo a estipular pelo Ministério Público para a consulta dos autos tenha de considerar as necessidades de investigação e os interesses dos demais sujeitos processuais. Em geral, concordamos com esta interpretação. No entanto, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de se admitir que tal fundamento possa, não só limitar o número de dias de exame dos autos, como também “*negar a confiança em determinados momentos*”.

Com efeito, esta interpretação poderá gerar casos em que a consulta dos autos fora da secretaria não chegue a ter lugar, na medida em que o conceito de “*necessidades da investigação*” é demasiado abrangente e carece de densificação. De qualquer modo, de sublinhar que tal limitação será sempre restrita à consulta dos autos fora da secretaria.

Quanto ao exame com base em cópia certificada, em teoria, nada temos a opor, desde que a própria passagem de cópia certificada não implique uma demora injustificada na oportunidade da consulta.

Isto é, e em conclusão, quer num caso quer noutra, a conclusão do despacho tem fundamento, mas deve ser parcimoniosa a sua aplicação e não poderá acarretar, no final, o afastamento do princípio geral, qual seja o da efectiva e eficaz possibilidade de exame dos autos, nomeadamente orientada para a realização e maximização das garantias de defesa.

Mil
Juana
H.

5. SEGREDO DE JUSTIÇA E PRAZO DE DURAÇÃO DO INQUÉRITO

Nos termos do despacho da Procuradoria-Geral Distrital, “a prorrogação do prazo de acesso aos autos, na sequência do adiamento a que se refere o n.º 6 do artigo 89.º, não está condicionada ao limite de três meses, antes devendo ter como referência o período objectivamente considerado indispensável para a conclusão do inquérito, independentemente de este ser superior ou inferior a três meses”.

O despacho merece, neste ponto, a nossa concordância.

Com efeito, a letra da parte final do n.º 6 do artigo 89.º do CPP não nos parece admitir outra interpretação que não seja a de que, em relação à criminalidade a que se referem as alíneas i) a m) do artigo 1.º do CPP, o Juiz de Instrução, a requerimento do Ministério Público, pode prorrogar o prazo de segredo de justiça por um qualquer período de tempo, desde que esse período de tempo seja objectivamente indispensável à conclusão da investigação.

Poder-se-á, *de iure condendo*, entender que esta não é a melhor solução e, em última análise, até se poderá dizer que, com esta solução, a lei acabou por, em certa medida, *deixar entrar pela janela aquilo que não quis deixar entrar pela porta*.

Todavia, a letra e o próprio espírito da lei não nos suscitam dúvidas: em relação a certo tipo de criminalidade, a prorrogação do prazo de segredo de justiça não está limitado a um período de tempo previamente estabelecido, mas apenas, e só, ao prazo que seja objectivamente necessário para concluir as investigações.

Importa aqui não olvidar o papel determinante que é atribuído ao Juiz de Instrução, o qual terá sempre a última palavra no que respeita quer à admissão da prorrogação do prazo de segredo de justiça, quer à determinação de qual o prazo “objectivamente necessário à conclusão das investigações”.

Nesse sentido, o equilíbrio prático do novo regime legal passará, em larga medida, pela forma de actuação do Juiz de Instrução que, a nosso ver, e dados os interesses em presença, deverá (i) proceder a uma fundamentação exhaustiva do despacho que prorrogue o período de segredo de justiça, (ii) analisar, de forma cuidada, as necessidades da investigação e a razão de ser da necessidade de prorrogação do prazo de segredo, (iii) fazer um juízo de proporcionalidade entre os direitos processuais e extra-processuais dos demais sujeitos processuais, *maxime* do arguido, e a necessidade da continuação/prorrogação do segredo interno e (iv) verificar, *a posteriori*, e dentro de um prazo razoável, se se continuam a verificar os pressupostos de admissão do despacho proferido.

Md.
Tiana
J

6. DUPLA CONFORME

A norma constante do artigo 215.º, n.º 6, do CPP, foi introduzida, *ex novo*, pela reforma do CPP de Setembro de 2007.

A propósito do teor do ponto 6. do Despacho n.º 3/2008, da Procuradoria Geral-Distrital, há que distinguir três situações. A primeira – que não levanta dúvida interpretativa por corresponder ao sentido literal da disposição legal – é aquela em que o acórdão da Relação confirma integralmente, incluindo o *quantum* da pena, a sentença de 1.º Instância. Nesse caso, o prazo de duração máxima da prisão preventiva corresponderá a metade da pena aplicada.

A segunda situação será aquela em que o acórdão da Relação altera a medida concreta da pena, agravando-a (por exemplo, na sequência de recurso do Ministério Público). Nesse caso, concordamos com o teor do referido Despacho, pelo que admitimos a aplicação do artigo 215.º, n.º 6, do CPP. Com efeito, parece-nos que constituiria uma disfuncionalidade sistémica - injustificada - defender, por um lado, que a confirmação de uma pena de prisão pela Relação, nos seus exactos termos, implica o agravamento da situação processual do arguido, ao nível da duração máxima da prisão preventiva mas, por outro lado, que o agravamento de uma pena de prisão pela Relação já não pode implicar um alargamento dos prazos máximos daquela medida de coacção. Como é óbvio, a prisão preventiva não traduz qualquer forma de antecipação de cumprimento da pena de prisão mas, ainda assim, a admissão do tratamento mais favorável do arguido que vê a sua pena agravada em recurso, face ao arguido que vê a sua pena mantida em recurso, traduziria uma disfuncionalidade sistémica injustificada.

No entanto, neste caso – e a este propósito o Despacho da Procuradoria Geral-Distrital não é esclarecedor – quando o artigo 215.º, n.º 6, do CPP, fala em «metade da pena que tiver sido fixada» só pode estar a referir-se à pena aplicada pela 1.ª Instância (que é inferior à pena posteriormente aplicada pela Relação) pois só essa medida ou *quantum* de pena é que foi alvo de confirmação. A pena aplicada pela Relação, na parte em que excede a pena aplicada pela 1.ª Instância, não foi alvo de dupla conforme.

A terceira situação seria aquela em que o acórdão da Relação altera a medida concreta da pena, diminuindo-a. A título prévio, é necessário recordar que, durante a vigência da versão do CPP, anterior à reforma de Setembro de 2007, foi produzida abundante jurisprudência sobre a dupla conforme, no que diz respeito à questão da recorribilidade para o STJ, dos acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de primeira instância (artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP). Trata-se de uma questão distinta daquela prevista pelo artigo 215.º, n.º 6, do CPP, mas que, ainda assim, pode ser utilizada como lugar paralelo, uma vez que, em ambos os casos, se discute o significado do conceito de “confirmação” da decisão de 1.º Instância em recurso.

Tal jurisprudência entendia, de forma pacífica, que a confirmação da sentença de 1.ª Instância pelo Tribunal da Relação, para os efeitos acima referidos, não depende da

Mil,
Juiana
FJ

imposição da mesma pena. Em particular, tal jurisprudência entendia que a confirmação da decisão do Tribunal de 1.ª instância pelo Tribunal da Relação, não fica prejudicada ainda que este aplique pena inferior ou menos grave do que a pena aplicada pela decisão recorrida (nesse sentido, Ac. do STJ, de 16 de Janeiro de 2003, CJ, Acs. Do STJ, 2003, I, p. 162; Ac. do STJ, 11 de Março de 2004, CJ, Acs. do STJ, 2004, I, p. 224; Ac. STJ, 3 de Novembro de 2004, CJ, Acs. do STJ, 2004, III, 221; Ac. do Tribunal Constitucional n.º 32/2006, em www.tribunalconstitucional.pt; Ac. do Tribunal Constitucional n.º 32/2006, em www.tribunalconstitucional.pt).

É de notar, no entanto, que tal jurisprudência não pode ser transposta, directa e imediatamente, para a interpretação do artigo 215.º, n.º 6, do CPP, uma vez que os argumentos que a suportam são indissociáveis da matéria dos recursos em processo penal.

Ainda assim, não obstante não nos podermos apoiar directa e imediatamente naquela jurisprudência, entendemos que, também nesta situação, o Despacho supra referido merece acolhimento. Não encontramos fundamento para defender que a diferente ponderação dos vários critérios legalmente previstos para a realização da operação de determinação concreta da pena, em termos tais que implique uma redução da mesma, possa prejudicar, por si só, a confirmação da sentença de 1.º Instância, para efeitos de aplicação do artigo 215.º, n.º 6, do CPP. Tal confirmação pode existir desde que o objecto do processo, apreciado em 1.º Instância e recurso, mereça a mesma qualificação jurídico-penal, em ambas as instâncias, ainda que a Relação apenas confirme parte do quantum da pena aplicada na 1.ª Instância.

No entanto, neste caso – e ao contrário do que se verificou no caso anterior – quando o artigo 215.º, n.º 6, do CPP, fala em «metade da pena que tiver sido fixada» só pode estar a referir-se à pena aplicada pela Relação (que é inferior à pena anteriormente aplicada pela 1.ª Instância) pois só essa medida ou *quantum* é que foi alvo de confirmação. A pena aplicada pela 1.ª Instância, na parte em que excede a pena aplicada pela Relação, não foi alvo de dupla conforme.

7. COMUNICAÇÃO NOS TERMOS DO N.º 5 DO ART. 276.º

O novo número 5 artigo 285.º do Código de Processo Penal estabelece que “*nos casos referidos no número anterior (que respeita ao dever do magistrado titular do processo de comunicar ao superior hierárquico imediato a violação de qualquer prazo previsto nos números 1 e 2 do artigo 276.º ou no número 6 do artigo 89.º, ambos do Código de Processo Penal, indicando as razões que explicam o atraso e o período necessário para concluir o inquérito), o superior hierárquico pode avocar o processo e dá sempre conhecimento ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente da violação do prazo e do período necessário para concluir o inquérito*”.

Mil
Juana
Faj

Sobre esta matéria, veio o Despacho n.º 3/2008 esclarecer que “considerando as dificuldades que se têm verificado em vários tribunais e serviços no cumprimento escrupuloso da obrigação de comunicação prevista no n.º 5 do artigo 276.º, pelo elevado volume de inquéritos pendentes e pela inexistência de sistemas automatizados de produção de relatórios, a imposição prevista na disposição antes referida será satisfeita pelos senhores procuradores da República nos seguintes termos:

a) Imediatamente, no que se refere a processos com arguidos presos ou sujeitos a medida de obrigação de permanência na habitação;

b) No final de cada mês, relativamente aos inquéritos iniciados após a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007;

c) No que respeita aos inquéritos iniciados antes de 15 de Setembro de 2007, as comunicações obedecerão à seguinte calendarização:

c1) inquéritos com registo de 2003 e anos anteriores, até 31 de Janeiro de 2008;

c2) inquéritos com registo de 2004 e 2005, até 31 de Março de 2008;

c3) inquéritos com registo de 2006 e 2007, até 14 de Setembro, até 30 de Junho de 2008.”

Estamos pois perante a aplicação prática do Princípio da Prevalência do Interesse Preponderante.

É, assim, entendimento da Procuradoria-Geral Distrital que - relativamente ao cumprimento do dever do superior hierárquico dar conhecimento ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente da violação do prazo e do período necessário para concluir o inquérito - deve ser dada primazia aos “processos com arguidos presos ou sujeitos a medida de obrigação de permanência na habitação”.

Somos do parecer que no que concerne aos “processos com arguidos presos ou sujeitos a medida de obrigação de permanência na habitação” esta interpretação é a única admissível, se atendermos às condições precárias daqueles arguidos.

Contudo, duvidosa é a recomendação do despacho em apreço, na parte em que estatui uma aparente hierarquia de valor dos processos, sem a devida fundamentação. Melhor dizendo, é nosso entendimento que não deverá colher concordância tal Despacho da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, na medida em que utiliza como critério único, para a preferência na realização das aludidas comunicações ao Procurador-Geral da República, ao arguido e ao assistente da violação do prazo e do período necessário para concluir o inquérito, a antiguidade do processo.

Antes deverá ser feita uma apreciação casuística, e bem fundamentada, atendendo a todos os interesses em presença. E isto, claro está, apenas e só na medida e no tempo em que não puder ser cumprida, por imperiosas e fundadas necessidades de adaptação do sistema às

Mif
Ziana
FJ

regras, escrupulosamente a regra legal; não poderá admitir-se que se eternize este procedimento, nada se fazendo para, com urgência se criarem condições para cumprir, exactamente, a regra ora plasmada no CPP.

8. ACUSAÇÃO PARTICULAR

Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2001, de 29 de Agosto, o Ministério Público fica adstrito ao cumprimento de mais um dever legal: o dever de indicar, nos termos do artigo 285.º, n.º 2, se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes.

Sobre esta matéria, veio o Despacho n.º 3/2008 esclarecer que *“o despacho do Ministério Público previsto no artigo 285.º, n.º 2 basta-se-á, normalmente, com uma indicação tabelar sobre se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes.”*

Antes de mais, entendemos que tal *“indicação tabelar sobre se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes”*, não poderá, em circunstância alguma, ser interpretada como sendo vinculativa para o assistente, sob pena de se desvirtuar a *ratio legis* dos crimes particulares.

Por outras palavras, ainda que o Ministério Público afirme tabelarmente que, no seu entendimento, não foram recolhidos, durante o inquérito, indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes, também, neste caso, o assistente poderá deduzir acusação particular, sujeita às obrigações legais de narração, fundamentação e congruência.

Relativamente à caracterização como *tabelar* da aludida indicação do Ministério Público, preconizada no Despacho n.º 3/2008, julgamos que é justificada. De outro modo, o Ministério Público estaria a produzir uma verdadeira acusação particular, substituindo-se ao assistente, com a inevitável consequência de se duplicar, desnecessariamente, a intervenção do Ministério Público.

Melhor dizendo, é nosso entendimento que a indicação, promovida pelo Ministério Público, sobre se foram recolhidos, durante o inquérito, indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes constitui um *parecer* não vinculativo para o assistente.

Nessa medida, no que concerne à posição processual do assistente, nos crimes particulares, as consequências práticas da presente alteração ao regime consagrado no artigo 285.º do Código de Processo Penal são, especialmente, diminutas.

Mit
Juana
J

Questão diversa - não tratada no Despacho, mas sobre a qual se impõe aqui uma referência - é aquela que respeita ao despacho do MP, previsto no artigo 285.º, n.º 4, do CPP, no que concerne ao *acompanhamento* da acusação particular por parte do MP. Aí, não pode aceitar-se um despacho meramente *tabelar*, já porque contrário ao estatuto e função do MP, já porque, e principalmente, porque tal *acompanhamento* tem por efeito, além do mais, vedar o recurso de um eventual despacho de pronúncia (veja-se o artigo 310.º, n.º 1 do CPP). Nesse caso, o despacho deverá, pois, cumprir as obrigações legais de fundamentação.

9. REVISÃO DE SENTENÇA COM FUNDAMENTO NA ALÍNEA E) DO ARTIGO 449.º

No despacho em análise é referido que: *“Nos pedidos de revisão de sentença fundados na alínea e) do art.º 449º não é admissível o requerimento de junção, como meio de prova, de acções encobertas legitimamente desencadeadas, com fins de investigação criminal, no quadro da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.” e que “As acções encobertas são sujeitas a controlo jurisdicional e têm um regime e tramitação legal específicos, que só consentem a respectiva abertura até ao termo do inquérito ou da investigação.”*

Salvo o devido respeito, este ponto do Despacho 3/2008 – relativo ao novíssimo fundamento do recurso extraordinário de revisão – é *ambíguo e obscuro*, carecendo de esclarecimento.

Note-se, desde logo, que as acções encobertas não constituem, em si, meios de prova, mas, eventualmente, consoante os fins a que obedecem, meios de obtenção de prova (*vide* artigos 1º, n.º 2, 3º, n.ºs 1, 3 e 4 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto), sendo certo que as mesmas podem permitir a aquisição, essencialmente, de dois tipos de meios de prova: documental e/ou testemunhal (*cf.* artigos 3º, n.º 6, e artigo 4º, n.ºs 3 e 4 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto).

Nesta sequência, verificam-se *à priori* três hipóteses distintas de correlação entre os meios de prova obtidos mediante acções encobertas e recurso extraordinário de revisão de sentença com fundamento na alínea e) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP:

- a) A primeira possibilidade, e mais verosímil, é a de que o arguido condenado repete como proibida alguma prova resultante de acção encoberta, quer directamente, quer por meio do efeito à distância (*fruits of the poisonous tree*), que tenha servido de fundamento à sentença condenatória, com base num vício desconhecido para si ou para o tribunal até ao trânsito da sentença condenatória (a propósito do conhecimento do vício *vide* Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, pp.1216);

Mil
Fiana
B.

- b) A segunda hipótese, ainda com certo grau de verosimilhança, seria a de os meios de prova resultantes de acção encoberta implicarem o conhecimento de vícios geradores de proibição de prova de provas distintas utilizadas para fundamentar sentença (assim, por exemplo, a hipótese de o agente encoberto ter presenciado a falsificação de documento utilizado na sentença condenatória);
- c) A terceira e última hipótese, de concretização menos plausível, será aquela em que da acção encoberta, realizada em determinado processo, resultarem meios de prova que imponham considerar proibida prova que tenha servido a condenação do arguido em processo diferente.

Em qualquer uma dessas hipóteses, não se vê qualquer razão para que os meios de prova resultantes de acção encoberta (ou as respectivas certidões) não possam ser utilizados para instruir o recurso de revisão de sentença. Na verdade, o requerimento de interposição de recurso de revisão de sentença deve ser acompanhado dos *documentos necessários à instrução do pedido*, nos termos do n.º 3 do artigo 451.º do CPP.

Do regime jurídico das acções encobertas (Lei 101/2001 de 25 de Agosto) – sem prejuízo de todas as questões de (in)constitucionalidade que o mesmo pode suscitar –, conclui-se que não é obrigatória a junção aos autos, quer do relatório da acção (artigo 4.º, n.º 1), quer do testemunho do agente encoberto (artigo 4.º, n.º 3 e 4). Por maioria de razão, se estes meios de prova não ficarem nos autos também não podem fundamentar a sentença condenatória e, assim, desde logo, não podem fundar o recurso na hipótese prevista na anterior alínea a). Do mesmo modo, se os meios de prova resultantes de acções encobertas não estiverem nos autos, o arguido condenado não terá acesso aos mesmos e, por consequência, dificilmente os poderá utilizar num eventual recurso de revisão.

Questão diversa, que aqui apenas poderá ser suscitada, será a de saber se o arguido tem o direito de acesso, para sua defesa e/ou para efeitos de recurso, a relatório ou a quaisquer outros meios de prova resultantes de acções encobertas realizadas para fins repressivos e que não constem do respectivo processo de inquérito, nos termos do artigo 32.º, n.º 1, da C.R.P.

No entanto, não será esse o sentido do despacho 3/2008. Com efeito, parece que subjacente ao mesmo está o entendimento de que não será admissível a utilização de qualquer meio de prova ou elemento resultante de acção encoberta para fundar o recurso de revisão de sentença, com fundamento na alínea e) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP.

Por outras palavras, parece estar subjacente ao despacho a ideia de que as acções encobertas têm um *controlo jurisdicional autónomo* e, por isso, os meios de prova resultantes das mesmas não podem ser utilizados para instruir um recurso extraordinário de revisão, o que é contrário à letra e ao espírito das normas em causa e atentatório dos mais elementares direitos de defesa do arguido (artigo 32.º, n.º 1, da C.R.P.).

Mf.
Jiana
Fg.

Em conclusão, o MP parece pretender restringir o âmbito do recurso extraordinário de revisão de sentença com fundamento na alínea e) do CPP, em termos que se reputam contrários à letra e ao espírito da lei e da própria Constituição.

É esta, em síntese, a nossa opinião acerca do Despacho cuja análise nos foi solicitada e das questões nele tratadas.

Rui Patrício

Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Docente Universitário (Universidade Nova)

Advogado (Sócio da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*)

João Matos Viana

Mestrando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Docente Universitário (Universidade de Lisboa)

Advogado (Associado da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*)

Filipa Marques Júnior

Mestre em Direito (Direitos Humanos)

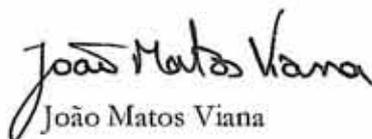
Advogada (Associada da *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*)

As opiniões aqui expressas vinculam apenas os signatários, e não alguma das instituições a que se encontram ligados, nomeadamente as Universidades em cujas Faculdades de Direito leccionam ou a sociedade de advogados *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, RL*.

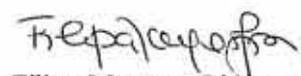
Lisboa, aos 28 de Janeiro de 2008



Rui Patrício



João Matos Viana



Filipa Marques Júnior