

Colóquio
As propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal
IDPCC

*Aplicação de medidas de coacção e suspensão provisória do processo**

Mestre João Gouveia de Caires

1. Aplicação de medidas de coacção

i) Sentido

1. A Proposta de Lei n.º 77/XII atribui ao Juiz de Instrução o poder de aplicar, durante o inquérito, medida de coacção (com excepção do termo de identidade e residência) mais grave do que a promovida pelo Ministério Público, desde que com fundamento nas als. a) e c) do art. 204.º do CPP, ou seja, sempre que tal juízo se fundar no perigo de fuga ou no perigo de continuação da actividade criminosa.

O que significa que se manterá o regime actual quando se tratar do fundamento previsto na al. b) do art. 204.º do CPP, ou seja, quando for fundado no perigo de perturbação do inquérito. Segundo o regime vigente, durante o inquérito o Juiz de Instrução fica vinculado ao tecto máximo da medida de coacção promovida pelo Ministério Público.

2. A *justificação* que parece respaldar a alteração proposta funda-se na atribuição de um poder de conformação, quase irrestrito, das medidas de coacção à magistratura judicial mesmo durante o inquérito. Apenas se exceptuando quando se tratar do perigo de perturbação do inquérito.

Tal poder de conformação quando a medida de coacção se fundar no perigo de fuga ou de continuação da actividade criminosa decorre do pressuposto segundo o qual o “Ministério Público não detém uma posição de monopólio quanto à ponderação desses valores e necessidade da sua protecção” (Exposição de Motivos, n.º 2). Já quando se tratar do perigo de perturbação do inquérito a situação é a inversa: “o Ministério Público, enquanto titular da investigação, é a autoridade judiciária mais bem posicionada para

* O presente texto corresponde, no essencial, à conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a 4 de Dezembro de 2012, no âmbito do Colóquio sobre as Propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal, organizado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da FDUL, agradecendo-se a oportunidade e honra do convite da Senhora Professora Doutora Maria Fernanda Palma.

avaliar da repercussão que as medidas de coação podem provocar nestas situações” (Exposição de Motivos, n.º 2).

Em qualquer caso, *mantém-se o princípio do pedido*: durante o inquérito o Juiz de Instrução não pode aplicar medida de coacção sem que exista prévio pedido do Ministério Público. O que se altera é a possibilidade do Juiz de Instrução aplicar medida mais grave do que a requerida quando tiver por fundamento aquelas als. a) e c) do art. 204.º do CPP.

De realçar que, segundo a Proposta, não se pretende alterar o papel do Juiz de Instrução durante a fase de inquérito de modo a que “o juiz exerça efetivamente o seu papel de garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, não lhe estando cometida a iniciativa de, oficiosamente, salvaguardar a preservação da prova durante o inquérito” (Exposição de Motivos, n.º 2).

Mas será que tal fica assegurado?

ii) Apreciação crítica

1. À primeira vista, parece que se pretende regressar ao regime anterior à revisão de 2007 do CPP. Porém, tal não é sequer totalmente rigoroso. É verdade que em 2007 e 2010 se pretendeu clarificar os poderes do Juiz de Instrução durante o inquérito, vinculando-o ao tecto máximo do promovido pelo Ministério Público. Contudo, era já muito controverso, quer na doutrina, quer de uma forma generalizada na jurisprudência (sobretudo por razões de ordem constitucional), que o Juiz de Instrução pudesse agravar a medida requerida. Pelo que a alteração agora proposta poderá significar um regresso à controvérsia anterior à revisão de 2007 do CPP, com as indesejáveis consequências em termos de incerteza. Sobretudo se se tiver em conta que a *substituição do actual modelo ou padrão por outro inverso não significa que este segundo seja tão certo quanto aos seus resultados*, como tem sido o primeiro e ainda em vigor. O que não é pouco, do ponto de vista da eficácia de um movimento reformador em termos de certeza jurídica.
 2. Porém, o problema suscitado com a proposta nesta matéria situa-se a um nível mais grave, nomeadamente de *conformidade constitucional*.
-

Pondere-se desde logo no delicado *equilíbrio* que o CPP de 1987 impôs com a atribuição da direcção do inquérito ao Ministério Público e a sua relação com o papel de Juiz de Instrução como garante das Liberdades Fundamentais – verdadeiro “Juiz das Liberdades” competente para todos os “actos materialmente instrutórios” / lesivos de direitos, liberdades e garantias constitucionais ainda que durante o inquérito.

Entendeu o Tribunal Constitucional, desde logo e em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade do atual CPP (no Acórdão n.º 7/87), que a atribuição da acção penal ao Ministério Público nos termos constitucionais (art. 219.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa – CRP) justificava a direcção do inquérito pelo Ministério Público. Tal juízo de conformidade encontrava ainda justificação na circunstância de todos os actos de inquérito directamente lesivos de direitos, liberdades e garantias constitucionais terem sido atribuídos à competência de um Juiz de Instrução, dando dessa forma cabal cumprimento ao estipulado no art. 32.º, n.º 4, da CRP. Consequentemente, nos termos dos arts. 268.º e 269.º do CPP, há um elenco de actos que apenas podem ser praticados ou ordenados por Juiz de Instrução. Entre tais actos consta precisamente a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial durante o inquérito (com excepção do termo de identidade de residência). Já relativamente aos restantes actos de inquérito, estes serão (e bem) da competência do Ministério Público – art. 267.º do CPP.

Porém, a competência do Juiz de Instrução tem de se harmonizar com a atribuição da direcção do inquérito ao Ministério Público e com o papel do Juiz de Instrução na fase de inquérito. Assim, a direcção do inquérito pelo Ministério Público implica que lhe caiba a iniciativa de promover a aplicação de medida de coacção junto do Juiz de Instrução. Por outro, o papel do juiz de instrução na fase de inquérito é o de um verdadeiro Juiz das Liberdades. Ou seja, de garantia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. O que significa que a intervenção do Juiz de Instrução não deve servir para corrigir a orientação de um inquérito, mas só para salvaguardar direitos, liberdades e garantias. Não se deve, por isso, admitir, que o juiz de instrução possa, aplicar medida mais gravosa do que aquela que lhe foi requerida por quem tem a direcção da fase processual em causa e conhece directamente os riscos e as necessidades da investigação criminal no caso concreto.

Este entendimento fica plenamente reforçado com a conformidade constitucional do actual modelo recentemente ponderada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 474/2012.

Tratou-se de um caso de recusa de aplicação do art. 194.º, n.º 2 do CPP, pela M.ª Juiz de Instrução, que determinou medida de coacção mais grave do que a promovida pelo Ministério Público num caso de violência doméstica de modo a proteger a vítima do perigo de continuação de actividade criminosa. Em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade entendeu o Tribunal Constitucional que a norma referida, interpretada no sentido apontado, é conforme à CRP segundo três parâmetros essenciais.

Em primeiro lugar, por ser conforme ao comando constitucional ínsito no art. 32.º, n.º 4, porquanto “a questão suscitada *não se prende pois com a intervenção do juiz na fase de inquérito, mas com o conteúdo do poder a exercer e a sua vinculação a um “limite” previamente estabelecido por outro órgão – o MP –*, ou seja, a medida da liberdade da decisão do juiz quanto à aplicação daquelas medidas (natureza, *quantum* e modo de execução)” (destaques nossos).

Em segundo lugar, e relativamente à estrutura acusatória (nos termos do art. 32.º, n.º 5 da CRP) o sistema actual também passou no teste da conformidade constitucional. Como se entendeu no referido Acórdão, “a configuração constitucional dos papéis conferidos ao Juiz e ao Ministério Público em processo penal, na conjugação do princípio do acusatório com a reserva de juiz na aplicação de medidas de coacção na fase de inquérito, não se afigura desrespeitada pela solução legal em causa prevista no n.º 2 do artigo 194.º do CPP. Para o efeito, *deverá compreender-se que a intervenção do juiz de instrução na aplicação de medidas de coacção na fase de inquérito é primordialmente dirigida ao controlo do meio de coacção requerido, seja na sua admissibilidade e legalidade. Pelo que a norma contida no n.º 2 do artigo 194.º do CPP não viola o disposto no artigo 32.º, n.º 4 e n.º 5 da CRP*” (destaques nossos).

E em terceiro lugar, entendeu-se ainda que a necessidade de protecção da vítima (com base no art. 20.º, n.º 5 da CRP) não obriga a que o Juiz de Instrução possa aplicar medida mais grave do que a requerida durante o inquérito: “...*Não impondo todavia aquela disposição a ponderação em causa, nem sendo especificamente destinado à tutela dos direitos fundamentais da vítima no âmbito do processo penal, não se pode concluir que o n.º 2 do artigo 194.º do CPP, na sua redação atual, ofenda o disposto no n.º 5 do artigo 20.º da CRP...*” (destaques nossos).

Em conclusão: o regime vigente, correspondendo ao padrão inverso daquele que se pretende vir a aplicar, passou no crivo constitucional.

Acresce que, e não menos importante, deve realçar-se que a solução actual vigora a há mais de 5 anos e não tem suscitado graves problemas concretos. Aliás, o Acórdão do TC referido é *caso único*, o que traduz muito sobre a potencialidade de um regime consensual.

Ou seja, a solução actual *não só é conforme à Constituição* (o que não é de todo garantido com a solução ora proposta), *como também é aquela que mais tem assegurado um período de consenso alargado* e sem percalços ou incidentes. Trocar uma solução que assegura o crivo da constitucionalidade e tem sido pacífica por esta outra de muito duvidosa constitucionalidade e com largo potencial de conflito, parece desaconselhado e até contra-producente face aos fins pretendidos.

3. Por último, do ponto de vista da *eficácia* a proposta em análise não garante o cumprimento dos desideratos pretendidos.

Pretende-se uma tutela efectiva da vítima (e da sociedade) ao permitir-se que o Juiz de Instrução durante o inquérito possa aplicar medida mais grave do que a requerida com fundamento no perigo de fuga ou de continuação da actividade criminosa. Porém, tais desideratos não são ilimitados ou absolutos. Se assim fosse ter-se-ia que admitir que durante o inquérito o Juiz de Instrução pudesse determinar a aplicação de medida de coacção em nome desses objectivos, mesmo quando não tivesse havido pedido do Ministério Público.

Obviamente que o princípio do pedido não foi posto em causa *porque a tutela efectiva da vítima não é absoluta e carece de ponderação* (equilibrada) com a estrutura acusatória do processo e a atribuição da direcção do inquérito ao Ministério Público, assumindo o Juiz de Instrução um papel de efectivo Juiz das Liberdades durante a fase de inquérito. E é este *equilíbrio que se quebrará se o Juiz de Instrução passar a Juiz de “controlo” daqueles perigos* (de fuga ou de continuação da actividade criminosa), pois mal se compreende que um Juiz possa aplicar medida mais restritiva de liberdades fundamentais sem que isso altere a natureza do seu papel (de “controlo” das liberdades).

Por último, e ainda do ponto de vista da *eficácia*, a proposta pretende assegurar um mínimo de respeito pela direcção do inquérito atribuída ao Ministério Público ao vedar a

possibilidade de aplicação de medida mais grave quando se funde no perigo de perturbação do inquérito. Garante-se o mínimo na medida em que sendo o Ministério Público o *Dominus* do inquérito terá o “monopólio” da ponderação do perigo de perturbação desta fase.

Porém, este respeito mínimo poderá ser facilmente frustrado tendo em conta que os fundamentos podem ser *cumulativos*. Não será difícil admitir casos concretos em que o perigo de fuga ou de continuação de actividade criminosa cumulam-se com o perigo de perturbação de inquérito.

Mais: *também não é certo que, havendo exclusivamente perigo de fuga ou de continuação de actividade criminosa, tais perigos não interfiram com a direcção do inquérito*. Assim, por uma questão de estratégia processual (da investigação criminal) poderá o Ministério Público pretender não aplicar uma medida tão gravosa a certo arguido e tal orientação ser completamente dizimada pela aplicação de medida mais grave por decisão do Juiz de Instrução. Não custa admitir que a direcção do inquérito comporta também opções (legítimas à luz do princípio da legalidade) quanto à gravidade da medida de coacção, em especial nos crimes em que existam diversos suspeitos e pretenda-se seguir uma linha de investigação exaustiva que possa conduzir a outros suspeitos e/ou provas. Ora, esta solução poderá afectar tais estratégias e no limite a própria direcção do inquérito pelo qual o Ministério Público continuará a ser responsável, mas sem que se lhe possa atribuir a responsabilidade plena.

Transformar o Juiz de Instrução durante a fase de inquérito em Juiz de “controlo” daqueles perigos, poderá também significar que o Ministério Público perde uma parte substancial da direcção do inquérito (para além do facto do Juiz de Instrução perder o seu papel de “Juiz das Liberdades”).

iii) Alternativa

4. Por tudo quanto exposto, parece-nos que a melhor solução passará nesta matéria por se manter o regime vigente, que assegura plena eficácia e validade constitucional.



2. Suspensão provisória de processo

i) Sentido

1. Pretende-se alterar o regime da suspensão provisória do processo, mediante o aditamento de uma nova al. e) ao n.º 1 do art. 281.º do CPP, de forma a obstar à possibilidade de aplicação desta medida de diversão nos casos em que esteja legalmente prevista a pena acessória de proibição de condução de veículos com motor.
2. Tal *alteração justificar-se-ia* pela dificuldade de fiscalizar na prática, uma injunção de entrega voluntária da licença, vulgo "carta", de condução, bem como pela dificuldade de acesso aos dados relativos aos antecedentes criminais, registo de condutor e registo de anterior suspensão provisória do processo.

Aliás, como mencionado na Exposição de Motivos (n.º 8) pretende-se desestimular a própria prática do crime em alternativa à contra-ordenação, além de melhor assegurar os fins das penas nos crimes dolosos decorrentes do meio rodoviário. Isto porque se presumiu que a aplicação da sanção acessória de inibição de condução é melhor aplicada quando se trate de contra-ordenação do que quando se trate de crime a que se aplique a suspensão provisória do processo.

ii) Apreciação crítica

1. Em primeiro lugar convém esclarecer que *não há qualquer incompatibilidade* entre a *suspensão provisória do processo* e a aplicação da *sanção acessória* de inibição de condução, desde logo porque uma das injunções ou regras de conduta pode consistir na entrega da chamada "carta" de condução.

O que *se evita* com a suspensão provisória do processo não é a sanção acessória, mas tão só o *juízo*.

Sendo que para ser aplicada este mecanismo de diversão tal significa *que os fins do juízo (e das penas) ficam melhor assegurados com esta medida*. Note-se que os requisitos do art. 281.º, n.º 1 do CPP, obrigam a que se trate de casos em que não exista um grau de culpa elevado, nem qualquer antecedente no mesmo tipo de criminalidade. Nem pode ser utilizada a suspensão provisória do processo quando o arguido já tenha gozado de idêntico mecanismo de diversão. Trata-se pois de uma

oportunidade única que é oferecida ao arguido, garantindo-se simultaneamente todos os fins de um julgamento e da pena que poderia ser aplicada.

Em tese, a inibição de condução, enquanto sanção acessória, também pode consistir numa injunção aplicada através da suspensão provisória do processo, aliás tornada efetiva mais prontamente do que se fosse aplicada como resultado de uma condenação transitada em julgado.

2. Do ponto de vista da *eficácia*, também não parece colher tal alteração tendo em conta que a suspensão provisória do processo pode ser aplicada no âmbito de um processo sumário, e que caso não seja cumprida a injunção ou regra de conduta, o processo deverá prosseguir imediatamente para a audiência de julgamento. Porventura, com o alargamento do prazo do processo sumário, este entendimento sai até reforçado. Portanto, caso a suspensão falhe por falta de cumprimento do arguido da injunção ou regra de conduta com que concordou, *poderá o processo prosseguir imediatamente (para julgamento na forma sumária) e mantendo a sua natureza especial*. Em especial se se tiver o cuidado de deduzir, simultaneamente com a promoção da suspensão, uma *acusação subsidiária* que vigorará se o arguido não aceitar ou não cumprir com a regra de conduta ou injunção.

Por fim, se o que se pretende é uma *conclusão célere* deste tipo de processos, parece plausível esperar que o trânsito em julgado se obtenha mais rapidamente com a suspensão e o cumprimento voluntário da regra de conduta ou injunção, do que seria se não houvesse acordo do arguido, sendo este julgado e podendo posteriormente enxertar uma nova fase – a de recurso da sentença.

3. Acresce que, do ponto de vista *da política criminal*, não é admissível que a suspensão provisória do processo possa continuar a ser aplicada a situações mais graves do que aquelas que ora se veda. Basta pensar num crime de homicídio negligente (ou mesmo privilegiado) em que se admite a aplicação da suspensão provisória do processo. Tal comportaria um tratamento desigual totalmente injustificado. Até do ponto de vista das *prioridades* surgiriam conflitos insanáveis. Assim, por exemplo, como compreender que a violência doméstica continue a admitir a suspensão provisória do processo, mas não as situações ora vedadas?

iii) Alternativas

1. Tal como já tem sido proposto por diversos operadores judiciários, bastaria uma *correcta interpretação das normas e a uniformização de procedimentos* nos casos de criminalidade rodoviária para se acautelar o que se visa alcançar com a presente alteração.
2. Assim, recomenda-se a adopção, em sede de *directivas* de aplicação das orientações de política criminal, de um entendimento uniforme sobre os procedimentos de entrega da licença de condução nos serviços do Ministério Público, a dedução de acusação subsidiária com a promoção da suspensão, bem como sobre a implementação de um mais fácil acesso ao registo das anteriores suspensões provisórias do processo e ao registo criminal e de condutor.
3. *Entretanto, após a preparação do presente Colóquio, foi conhecida a proposta de alteração à Proposta de Lei n.º 77/XII, pela iniciativa dos Grupos Parlamentares do PPD/PSD e do CDS/PP, eliminando-se a al. e) do n.º 1 do art. 281.º do CPP. Iniciativa Parlamentar com a qual se congratula e saúda, pelas razões apontadas.*

