

A CONSTITUIÇÃO, O JUIZ E A LIBERDADE INDIVIDUAL (*)

pelo Dr. Francisco Salgado Zenha

SUMARIO

1. A liberdade individual e o direito ao juiz.
2. Juízo *de* Instrução Criminal ou Juízo *da* Instrução Criminal?
3. Detenção Policial e Prisão Preventiva.
4. O *habeas corpus*.

1. *A liberdade individual e o direito ao juiz*

Proclama o art. 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que:

«Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado».

Nisto consiste a liberdade individual, *stricto sensu*, ou liberdade pessoal, como lhe chama o art. 8.º, n.º 8 da nossa Constituição, e que por isso é muitas vezes definida positivamente como a faculdade do homem de se deslocar sem entraves — ou seja o direito de locomoção.

(*) Comunicação feita na sessão de estudo e discussão do Instituto de Conferência do Porto em 24 de Março de 1972 e repetida no Instituto de Conferência de Lisboa em 13 de Abril de 1972.

A liberdade individual foi uma conquista do liberalismo, que a colocou no plano de maior destaque nas suas construções jurídicas.

Não há autor da chamada escola clássica ou liberal que não faça do seu resguardo o lugar geométrico das suas sistematizações e preocupações.

Poderemos transcrever, a título exemplificativo, a afirmação de um dos relatores ao Corpo Legislativo do projecto do Código Penal napoleónico, pois ela condensa o sentimento geral de toda uma época:

«A fruição da liberdade individual é para o homem vivendo em sociedade o primeiro de todos os bens, aquele cuja conservação mais importa à sua felicidade.

O Governo e a lei devem pois protegê-la e preservá-la com religiosa atenção contra todo o acto arbitrário da parte dos ministros ou dos seus agentes.»⁽¹⁾

Daí que, desde então, a liberdade individual tenha sido inscrita em todas as Constituições modernas, figurando até no pecúlio moral e jurídico das sociedades civilizadas que é a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Todas as Constituições da nossa Monarquia liberal a proclamam, bem como a da República de 1910. Ela também faz parte dos «direitos, liberdades e garantias dos cidadãos portugueses» assegurados pela Constituição actual.

Não deixa contudo de ser um tanto ou quanto irónico notar que no país onde indiscutivelmente a liberdade individual é mais respeitada, ela não se encontra proclamada em nenhuma Constituição escrita, pois tal diploma não existe em Inglaterra.

Os juristas ingleses referem-se até sarcasticamente às declarações constitucionais de direitos, que são moda noutros sítios.

Em seu entender, as proclamações de direitos não têm qualquer significado útil; só as garantias jurídicas da sua efectivação nos podem esclarecer acerca da sua realidade ou irreabilidade.

(1) Cit. por Colliard, *Libertés Publiques*, Dalloz, 3.^a ed., pág. 206.

O mais célebre dos constitucionalistas ingleses, Dicey, exprime esta atitude espiritual numa obra clássica, publicada em 1885, e que vai agora na sua 10.^a edição e 27.^a reimpressão:

«A proclamação, numa Constituição ou Carta, do direito à liberdade individual ou mesmo de qualquer outro direito, dá por si só uma garantia muito fraca de que esse direito tenha uma existência mais do que nominal; e aqueles que quiserem saber em que medida o direito à liberdade individual faz em realidade parte da lei constitucional devem considerar ao mesmo tempo o que esse direito significa e, o que é muito mais importante, por que melos jurídicos é assegurado o seu exercício.»⁽²⁾

Existe na verdade muitas vezes uma disparidade profunda entre o direito *escrito* e o direito *real*.

Em certos casos, as palavras não servem senão para mascarar as realidades: é um processo psicológico conhecido.

O estudo do direito inglês é de interesse decisivo para a compreensão do processo penal moderno. Foi do seu encontro com o processo de inquisição judiciária do antigo regime que surgiu o processo penal moderno europeu (ou processo napoleónico) e que vigorou entre nós até 1945, data em que foi substituído pelo modelo actual, de instrução policial ou administrativa — que é uma aberração no mundo jurídico da Europa Ocidental, onde nada há que se lhe possa equiparar.

Todas as inovações e remodelações introduzidas no processo de inquisição judiciária do antigo regime pela fórmula napoleónica inspiraram-se sempre na lição do direito inglês, que se procurou enxertar num corpo diverso, conservando este no entanto as linhas estruturais do sistema tradicional. É absolutamente impossível compreender o processo penal presente — e nomeadamente a fórmula napoleónica — a não ser numa perspectiva histórica europeia, em que o direito francês e o direito inglês ocupam o lugar de vedetas.

A protecção da liberdade individual no direito inglês (e abstraio de entrar em considerações sobre o seu processo penal)

(2) In *The law of the Constitution*, 10.^a ed., 1964, pág. 207 e a pág. 185 da tradução francesa.

assenta no direito ao juiz, por um lado, e na independência, no prestígio e na autoridade de que este goza. É nesses aspectos concretos e práticos que reside a eficácia do seu direito neste sector.

«La loi est morte, mais le juge est vivant», escreveu Anatole France.

As leis mortas sepultam as liberdades, só juizes vivos as podem amparar — quando o puderem!

Este princípio — o do direito ao juiz em matéria de liberdade individual — encontra-se igualmente consagrado no direito francês.

O art. 66.º da Constituição francesa de 1958 prescreve que:

«Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.»

Parece-me indiscutível que tal princípio se encontra igualmente consagrado no nosso direito constitucional escrito.

O tão falado art. 8.º da nossa Constituição estatui que «constituem direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses» tanto «o direito à vida e à integridade pessoal» como «não ser privado da liberdade pessoal, nem preso preventivamente, salvo nos casos e termos previstos nos §§ 3.º e 4.º.»

A leitura desses §§ 3.º e 4.º mostra-nos, sem qualquer dúvida, que todos os casos de prisão preventiva ou detenção aí contemplados se referem a prisões preventivas ordenadas em conexão com processos penais⁽³⁾.

Portanto, temos que, nos termos da nossa Constituição, a prisão só é legítima se decretada em condenação penal (vide art. 8.º, n.º 9 da Constituição) ou ordenada como medida cautelar também em processo penal.

Por seu lado, o art. 71.º da Constituição qualifica os tribunais como órgãos de soberania, acrescentando o art. 116.º que a *função judicial* é por eles exercida.

(3) Salvo os casos de dementes ou menores, de que não me ocupo.

A interpretação destes artigos põe o problema de saber qual o alcance do art. 116.º da nossa Constituição, isto é, o que se deverá entender ou por «função judicial» ou então por «tribunal».

Os nossos tribunais administrativos, únicos onde creio que o problema tem sido discutido, louvam-se de modo geral na seguinte análise que deste problema fez o Prof. Marcello Caetano:

«A Constituição inclui no art. 71.º os tribunais entre os órgãos de soberania da Nação e especifica no art. 116.º que lhes pertence o exercício da função judicial.

Diferentemente do que sucede com os outros órgãos da soberania, estes estão assim relacionados com determinada função do Estado. Mas em parte alguma do texto constitucional essa função se encontra definida e nem sequer há nele elementos que contribuam para caracterizá-la. Estará a expressão função judicial empregada em sentido formal ou em sentido material?

A interpretação da regra de que «a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais» (art. 116.º) tanto pode fazer-se de modo a entender que um certo tipo de actividade do Estado, chamado função judicial, tem de ser necessariamente exercido através de órgãos com a configuração de tribunal, como no sentido de que a actividade dos tribunais ordinários e especiais se chama função judicial. No primeiro caso teríamos que partir de um conceito material de função judicial, ao passo que no segundo seríamos levados a concluir por um conceito orgânico-formal.

E parece que é no último sentido que teremos de orientar-nos, como resulta da transposição para a voz activa da regra inicial do art. 116.º, que passará a ser lida assim: os tribunais ordinários e especiais exercem a função judicial.

O problema fundamental em vista disso não é definir um conceito de poder judicial e sim o conceito de tribunal.

Tribunal é o órgão singular ou colegial, que a requerimento de alguém e procedendo com imparcialidade e independência, segundo fórmulas pré-estabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto e para determinar o direito aplicável a esse caso, bem como para fazer executar coercivamente a sua decisão.

Desta definição decorre que o tribunal só intervém quando seja solicitado a decidir um caso concreto; é passivo. Há-de proceder imparcialmente, como árbitro sobranceiro ao conflito dos interesses, não como parte nele. Tem de possuir independência que

permita ser apenas o instrumento da realização do direito constituído, fora de todas as demais preocupações que possam ser suscitadas pelo caso que lhe for atribuído. E é essencial que disponha de autoridade legal para, depois de ocorrido o processo adequado, fixar a versão dos factos, enquadrá-la numa certa solução jurídica e impor a sua decisão como expressão definitiva da Ordem Jurídica naquele caso concreto (caso julgado).»

(in *Constituição de 1933*, pág. 133 e seguintes)

Daqui se vê que o Prof. Marcello Caetano segue orientação diversa da do Prof. Marnoco e Sousa, que propugnava um critério material de divisão dos poderes, em que estes seriam caracterizados «segundo a sua natureza intrínseca, independentemente do órgão ou agente que os desempenha» (*Comentário à Constituição Política da República Portuguesa*, pág. 223).

Mas não me parece que o essencial seja — pelo menos para o presente estudo — averiguar se se deve definir a função através do órgão ou o órgão através da função. O próprio Prof. Marcello Caetano depois de rejeitar um critério material de função judicial acaba por definir, não só o que é tribunal — em direito constitucional —, como também delinea inclusivamente de um ponto de vista substantivo a própria «função judicial» ao explicitar a específica actividade daquele e as suas características.

O essencial é acentuar que a razão de ser do art. 116.º da Constituição foi estabelecer o princípio da separação entre a actividade judicial e a administrativa, entre os tribunais e a administração, entre os juizes e os governantes ou seus agentes; foi firmar, em suma, o princípio da autonomia do poder judicial, para usar uma expressão do Prof. Alberto dos Reis.

Todas as Constituições anteriores à de 1933 consagravam o princípio da separação entre os três poderes: legislativo, executivo e judicial.

A de 1933 rejeitou esse princípio e isto porque concentrou praticamente nas mãos do Governo o poder executivo e o legislativo. Mas manteve o princípio da autonomia ou separação da actividade judicial (confiada aos tribunais) em relação às restantes actividades do Estado — nomeadamente a legislativa e a

executiva, exercitadas fundamentalmente pelo Governo ou seus agentes.

Uma das funções tradicionais dos tribunais é a salvaguarda da liberdade individual. O exame do art. 8.º da Constituição mostra que se quis continuar tal tradição, só se permitindo a privação dessa liberdade através de uma decisão inserida num processo judicial.

Aliás o próprio Governo tem reconhecido que essa é a interpretação correcta da Constituição.

Numa publicação dimanada do Ministério da Justiça afirma-se que:

«É (nos Tribunais) que reside o Poder Judicial. É principio fundamental da Constituição Política que só aos tribunais compete o exercício da função judicial.

Esta não pode ser usurpada nem pela lei, nem pela administração, uma vez que a atribuição da jurisdição é exigida pela efectiva garantia da ordem jurídica superior ao próprio Estado.

Os tribunais servem apenas o direito. Por isso, os juizes são rodeados de certos atributos com vista a assegurar a independência da função judicial. Eles são independentes, vitalícios, inamovíveis e irresponsáveis...

Um dos princípios fundamentais da organização dos povos civilizados é o da liberdade pessoal. A privação desse direito só se compreende em resultado de uma decisão judicial, em aplicação do direito de punir, integralmente jurisdicionalizado.

Assim acontece em Portugal por determinação de claro preceito — art. 8.º, n.º 8, da Constituição Política de 1933.

Sendo assim, a faculdade de privar os cidadãos, independentemente da condenação penal transitada em julgado, da sua liberdade, não pode deixar de considerar-se um gravame ou ónus que só motivos ponderosos explicam.

Estes motivos prendem-se precisamente com os fins processuais da segurança das provas (instrução do processo), por um lado, e da exequibilidade da sentença, por outro, já que a decisão condenatória só é exequível, em regra, na pessoa do próprio arguido, em virtude de a maioria das penas ser restritiva da liberdade.

Esta prisão, *para fins processuais*, denomina-se prisão preventiva, justamente porque anterior à condenação, também chamada

detenção, por em sua natureza não ser uma pena nem ter significado ético.

Ao acto inicial da detenção chama-se *captura*.»

(Ministério da Justiça — *Aspectos fundamentais dos sistemas penal e prisional e da organização judiciária em Portugal*, págs. 201 e 90)

Esta obrigatoriedade constitucional de um processo *integralmente jurisdicionalizado* para o exercício do direito de punir reconhecida pelo Ministério da Justiça pode ainda traduzir-se por outro conceito.

É o de que em matéria de liberdade individual a Constituição perfilhou um regime de direito e rejeitou o regime de polícia.

Regime de direito é aquele no qual, em regra, a actividade individual, física, intelectual, moral, religiosa, pode manifestar-se livremente, sem nenhuma restrição preventiva; só quando ela se manifesta contrariamente ao direito é que é lícita a repressão — penal, civil ou administrativa.

O regime de direito é, segundo Duguit, a condição essencial de qualquer liberdade.

No regime de polícia permite-se à autoridade pública que intervenha por via preventiva a fim de se evitar na medida do possível actos ou factos ilícitos ou supostamente ilícitos. Através desses poderes de polícia, de carácter preventivo, conferidos à Administração, a liberdade atingida é praticamente eliminada em homenagem aos interesses prosseguidos pela Administração (vide a este respeito, Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4.^a ed., pág. 224 e segs.).

Encarada por este prisma, parece-me evidente que a Constituição de 1933 consagra, em matéria de liberdade individual, um regime de direito, de cuja tutela incumbiu em exclusivo o juiz. O estabelecimento de um regime de polícia neste sector ou a permissão de privações da liberdade individual através de actos policiaes ou administrativos é uma violação do direito constitucional.

A vantagem deste sistema é clara. A característica do Juiz é a sua independência. Todos os demais funcionários estão subordinados hierarquicamente a entidades superiores, o que os vincula na própria elaboração do conteúdo das suas decisões.

As violações da liberdade individual provêm hoje em 99 % dos casos do próprio Poder, ou seja, do Governo e seus agentes. Seria um autêntico absurdo que se encarregasse da tutela do direito violado... o próprio violador.

O reconhecimento do direito ao juiz em matéria de liberdade individual pela nossa Constituição tem a sua cúpula na adopção por ela do «habeas corpus» (4), instituto inglês cujos princípios de base se podem resumir assim: só o juiz pode privar ou cercar a liberdade individual; é direito de cada um pedir ao juiz a cessação de qualquer ofensa ilegítima da liberdade individual.

2. *Juízo de Instrução Criminal ou Juízo da Instrução Criminal?*

O nosso direito constitucional escrito em matéria de liberdade individual é portanto reconfortante.

O direito ao juiz como seu guardião indenegável, a autonomia e independência do poder judicial, aparecem-nos inscritos repetidamente entre os seus preceitos e garantias. A Constituição não nos fala em polícias, mas apenas em justiça. E o drama é que descendo do direito constitucional ao direito vivo procuramos a justiça e encontramos... a polícia!

Um dos temas que mais acesas polémicas provocou entre os nossos juristas no último vinténio da Monarquia foi o célebre «Juízo de Instrução Criminal» criado em 1893 por João Franco durante a ditadura Hintze Ribeiro - João Franco, também conhecida por ditadura do Solar dos Barrigas, e extinto pelo Governo Provisório da República pelo seu Decreto de 10-10-1910 (5).

Essa instituição foi alvo das maiores críticas pelos juristas da época: advogados, juizes e professores de direito.

O Prof. Alberto dos Reis apodou-o de «instituição descaradamente absolutista e espantosamente opressora» (6).

(4) § 4.º do art. 8.º: Poderá contra o abuso do Poder (em matéria de liberdade pessoal) usar-se da providência do «habeas corpus».

(5) Em sua substituição foram criados juizes de investigação criminal, que eram verdadeiros juizes instrutores. Uma das primeiras «reformas» do 28 de Maio foi, no entanto, acabar com estes (Decreto n.º 11 991, de 30-7-1926). Foi mesmo essa a primeira «reforma» da Ditadura Militar em processo penal, a qual «representou um verdadeiro retrocesso», como o notou Luís Osório (*Comentário ao Cód. Proc. Penal Português*, I, 414).

(6) *Organização judicial*, pág. 129.

O Juiz da Relação, Francisco Medeiros, que foi ministro da Justiça de um dos Governos da Monarquia, denunciou em linguagem eloquente as suas «atribuições tão descomunalmente opressoras», os seus «intuitos tão liberticidas», os seus processos «tão inquisitoriais», as suas «faculdades tão discricionárias», que «nem no tempo do absolutismo estreme e sem disfarces havia instituição mais descaradamente absolutista» (1).

O advogado José de Castro profligou tal Juízo e os seus «sujos calabouços» num apaixonado panfleto intitulado «O Maior Crime do Regime».

Mas de todas as obras então publicadas aquela onde se faz a análise mais penetrante do fenómeno e a mais percuciente do ponto de vista jurídico é a *Investigação Criminal* do Prof. Fernando Emídio da Silva. É um livro admirável, que ainda hoje se lê com prazer. Pode mesmo afirmar-se, sem receio, que é o trabalho mais notável publicado neste século em Portugal sobre processo penal. Quem o não ler, perde, em meu entender, a melhor oportunidade de se introduzir no âmago da nossa problemática do processo penal, guiado por mão de mestre, muito embora se possa discordar de um ou outro dos pontos de vista expendidos.

E porquê tão veementes críticas ao Juízo de Instrução Criminal?

Todas elas se reduzem a um ponto comum. É que não obstante a sua denominação, ele não era um Juízo, mas sim uma «polícia onnipotente», gozando de poderes desmesurados, cujo verdadeiro carácter se pretendia esconder através de um pseudónimo. Chamava-se-lhe «Juízo» mas era uma Polícia. Dizia-se que o Juízo era presidido por um juiz, quando na realidade se tratava de um vulgar chefe de polícia, nomeado pelo Governo e da confiança deste. E chamava-se-lhe juiz porque ele tinha habilitações de juiz. Mas evidentemente que não era juiz, porque estava subordinado ao Governo e devia obediência às ordens deste, para o que até usufruía vantagens económicas muito superiores às da magistratura judicial. Não era independente, nem imparcial. Não era juiz: era polícia.

(1) *Sentenças*, pág. 49.

Essa reforma de João Franco aproveitara-se até de uma larga corrente existente então a favor da criação de juizes de instrução em matéria-crime.

É que o nosso direito liberal inspirou-se, é certo, no direito napoleónico ao modernizar o processo criminal, através das reformas de Mousinho da Silveira, mais tarde transcritas pela *Novíssima Reforma Judiciária*. Mas com algumas pequenas diferenças. Uma delas — e essencial — foi a de que se não criou entre nós o «juge d'instruction» francês. Quem instrua o processo-crime era o juiz da causa.

Em França (bem como em todos os demais países, que adoptaram o seu sistema) o «juge d'instruction» limita-se a instruir o processo-crime, não podendo intervir no julgamento das causas em cuja instrução interveio. E a sua actividade é, como o nome o indica, fundamentalmente a de instruir processos criminais. Entre nós, o juiz era um juiz-orquestra: instrua e julgava todos os processos, quer cíveis, quer penais. Daí que a instrução criminal tendesse a tornar-se uma actividade menor entre as suas múltiplas atribuições.

Simultaneamente a esta subalternização da instrução criminal, o liberalismo monárquico adoptou o júri com uma largueza extraordinária, muito maior do que no direito francês. Creio que isso se deve explicar, entre outras circunstâncias, pelo facto de os artífices das reformas liberais terem sido profundamente influenciados pelo direito da Inglaterra, onde muitos estiveram emigrados: aí não há instrução escrita e o júri ocupa um lugar de primacial relevo. Por outro lado, conservaram-se muitos resquícios do antigo direito, numa mistura bastante caótica e desordenada, de que a *Novíssima Reforma Judiciária* nos dá um claro exemplo. De tudo resultava um sistema generoso, mas pouco viável. Era uma medida de indiscutível realismo autonomizar a instrução criminal, separando-a do julgamento, entregando-a a juizes apenas instrutores. No entanto, não foi isso que João Franco fez: criou uma nova polícia. E concedeu a esta poderes extraordinários, que nenhum juiz possuía então em Portugal.

Bem vistas as coisas, o Juízo de Instrução Criminal não era senão uma segunda edição da Intendência da Polícia da Corte e do Reino, que vigorou desde Pombal até D. Miguel, tendo atingido a sua máxima celebridade com Pina Manique. Também ela era uma polícia onipotente, dispondo de poderes extraordinários, e chefiada por magistrados-polícias. É mais um exemplo da lei da regressão histórica, de que nem sempre nos damos a devida conta. Ambas, a Intendência e o Juízo, eram polícias comuns e polícias políticas ao mesmo tempo, com chefes de polícia a fingir de magistrados.

Frequentes vezes têm os juristas discutido se a instrução escrita deve ser entregue ao Ministério Público ou ao Juiz, como é o direito comum da Europa Ocidental.

Já quando os legisladores napoleónicos se ocuparam da elaboração do *Code d'Instruction Criminelle* houve quem pensasse ser conveniente confiar ao Ministério Público cumulativamente os poderes de perseguir os criminosos ou suspeitos de o serem, e o de instruir os processos penais.

Essa tendência foi repudiada pelos veteranos da Revolução, que tinham assento no Conselho de Estado napoleónico, e que assim quiseram mostrar-se fiéis aos seus antigos ideais.

Entendeu-se então que só um juiz imparcial pode instruir; o Ministério Público, subordinado ao Governo, é parte acusatória: acusa, persegue, obedece a ordens «de cima», é parcial — não pode instruir.

Foi este o ponto de vista que venceu e ficou consagrado no sistema francês do «juge d'instruction», ainda hoje em vigor em França, bem como em toda a Europa Ocidental (com excepção da Inglaterra na qual se desconhece a instrução escrita), que adoptou generalizadamente o sistema francês, com maior ou menor fidelidade.

Na Alemanha do III Reich pela célebre lei de 28 de Junho de 1935 acabou-se, na prática, com a instrução judiciária, que só teria lugar se o Ministério Público a pedisse, entregando-se a este a instrução escrita dos processos-crime.

Os resultados de tal inovação não foram dos mais brilhantes, como se sabe.

A República Federal Alemã voltou ao sistema tradicional da instrução judiciária e o art. 104.º da lei constitucional alemã proíbe até a detenção policial por um prazo superior a 24 horas.

Em Itália, ao lado de uma instrução formal, ou rito solene, presidida pelo juiz de instrução, existe hoje uma instrução sumária, ou rito expeditivo, entregue ao Ministério Público. É ainda uma herança do fascismo. Os poderes detentivos do Ministério Público estão sujeitos a contróle judiciário — é necessária uma revalidação judiciária ao fim de 48 horas. E o Tribunal Constitucional já decidiu que os arguidos tinham o direito de se fazer assistir pelos seus defensores durante os interrogatórios efectuados na instrução sumária, tal como na instrução formal.

Mesmo assim, os processualistas mais ilustres da Itália, como Carnelutti e Leone — o actual Presidente da República —, têm criticado incessantemente esse «reliquat» dos velhos maus tempos e reclamado que «a instrução deva ser confiada ao juiz em todos os casos» (Leone, in *Criterii Direttivi per una riforma del processo penale*, pág. 141).

Os argumentos adiantados são de prima clareza. A instrução é de carácter indubitavelmente jurisdicional. Julgar é verificar e valorar os factos (instruir) e aplicar o direito.

O acto jurisdicional final pressupõe uma actividade probatória anterior: esta prepara aquele. Tanto esta como aquele têm de estar a cargo de um juiz imparcial, não podem ser pertença do Ministério Público, que é parte e subordinado ao Governo: portanto é parcial. Sem instrução imparcial, não pode haver decisão imparcial.

«A instrução é officio do Juiz, não da parte.

Sob este aspecto, há que compreender que a instrução, sobretudo no processo penal, não se esgota na busca das provas, mas deve estender-se à sua valoração, o que postula no instrutor a imparcialidade do Juiz, não a parcialidade da parte.»

(Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, pág. 216).

O Ministério Público não é um órgão da justiça, mas um agente do Governo. Portanto, não pode usurpar a administração da justiça — razão de ser dos tribunais.

Em França, no fim da última guerra, houve também um projecto de reforma de processo penal, da autoria do Prof. Donnedieu de Vabres, pelo qual a instrução era confiada ao Ministério Público. Por esse projecto deixava de haver juiz de instrução e passaria a existir tão só um juiz *da* instrução. Isto é, este não intervinha na instrução, limitando-se a fiscalizar de fora dela os pontos contenciosos mais delicados e nomeadamente as decisões sobre a liberdade provisória dos arguidos e o destino a dar ao processo, finda a instrução.

Donnedieu de Vabres foi um estudioso dos direitos penais autoritários de entre as duas guerras (alemão, italiano e soviético) e numa sua obra publicada em 1938⁽⁶⁾, é fácil descobrir a fascinação que sobre ele exerceu o «dinamismo» de tais direitos.

Adivinha-se a sua simpatia por uma *media via* que conciliasse o dinamismo daqueles com o «liberalismo» dos sistemas tradicionais. O seu projecto foi uma tentativa inspirada nessa linha de preocupações. Retirando-se a função instrutória ao juiz e obrigando-se este a decidir sobre provas ordenadas e valoradas pelo Ministério Público é evidente que o juiz da instrução passaria a ser mais um disfarce do que uma realidade actuante. A proibição de ele intervir na instrução era reconhecida na nova designação que se propunha: juiz *da* instrução, em vez de juiz *de* instrução. Esse projecto foi vivamente combatido pelos professores e juristas franceses, os quais denunciaram o seu carácter liberticida, tendo sido abandonado.

Mas nunca na doutrina se aceitou, nem nunca em nenhum projecto de reforma se propôs (nem mesmo no de Donnedieu de Vabres), que a instrução fosse entregue às polícias.

A separação da actividade investigadora (a cargo da polícia) da actividade instrutória (a cargo do juiz) é «a primeira garantia da defesa, e onde escrevemos defesa pode igualmente ler-se liberdade», disse-o o Prof. Fernando Emídio da Silva.

Esse princípio, o da autonomia da actividade instrutória e judicial em face do Governo e das suas polícias, é a infalível

(6) *La Politique Criminelle des États Autoritaires.*

pedra de toque que nos dirá da existência de um regime de direito ou de um regime de polícia em processo penal.

Isso encontra-se repetido à saciedade em todos os manuais, aliás mais como princípio teórico: em nenhum país da Europa Ocidental há «polícias instrutórias», só nós gozamos desse dispensável privilégio.

Já tive oportunidade de me referir num trabalho elaborado de parceria com o Dr. Abranches-Ferrão (°) à evidente inconstitucionalidade que representa a existência entre nós de «polícias instrutórias». Não vou aqui repeti-lo.

Direi apenas que tal inconstitucionalidade se pode sintetizar pela seguinte forma:

— por um lado, a eliminação de todas as garantias de defesa, com violação portanto do art. 8.º, n.º 10;

— por outro, a transgressão frontal do princípio da autonomia dos tribunais em face do Governo, com violação portanto do art. 116.º da Constituição.

É pura utopia pensar-se que a assistência episódica do advogado a um ou outro interrogatório policial do arguido representa qualquer protecção eficaz quando o arguido pode fazer durante 4320 horas nos calabouços policiais. Como é pura utopia admitir-se a possibilidade de qualquer intervenção não meramente platónica do advogado durante a actividade das nossas «polícias instrutórias»: polícia e defesa são líquidos não miscíveis. A expulsão do juiz da instrução escrita fez-se precisamente para que o arguido não dispusesse da mais longínqua possibilidade de se defender: será coagido pela própria natureza das coisas a ser «razoável» e a «cooperar», a não ser que queira ser teimoso. E a polícia não gosta dos teimosos...

A actual organização da Polícia Judiciária portuguesa mostra-nos que ela não passa de uma reedição da velha Intendência de Pina Manique ou do Juízo de Instrução Criminal de João Franco, com polícias disfarçados de juizes ou de delegados do procurador da República. A inclusão de ex-magistrados nos quadros policiais nada adianta: são eles que descem, não é a

(°) *O Direito de Defesa e a Defesa do Direito.*

polícia que sobe. Tal «sistema» é, além do mais, uma forma de corrupção económica da magistratura: é inconcebível que um magistrado ganhe mais se se dispuser a envergar a farda de chefe de polícia do que se continuar a envergar a sua beca de juiz. E de corrupção moral também: se se é bom polícia não se pode ser bom juiz.

Desprestigia-se a magistratura transportando-a em comissões de serviço para funções incompatíveis com a sua independência e retira-se-lhe a autoridade para que amanhã ela possa exercer a fiscalização que lhe cumpre sobre os desmandos policiais.

Em que medida é que os juizes de instrução criminal recentemente criados alterarão o presente estado de coisas?

Nos termos da lei aprovada ⁽¹⁰⁾ (Base II), cabe-lhes, *inter alia*, «exercer as funções jurisdicionais durante a instrução preparatória».

Não deixa de ser curioso notar que, se este preceito vier a ser rigorosamente acatado pelo decreto regulamentar a publicar, toda a instrução escrita ficará a cargo de juizes de instrução.

Este problema aliás foi analisado no parecer da Câmara Corporativa sobre a revisão constitucional em termos a relembrar. Disse-se aí que os actos de instrução dos agentes ou magistrados do Ministério Público (e por identidade de razão os das polícias) são, no entender da doutrina comum, «pela finalidade jurisdicional que visam, actos materialmente jurisdicionais» ⁽¹¹⁾.

E mesmo dentro do critério orgânico-formal continuam a ser actos jurisdicionais. Pois se o Tribunal é o órgão que verifica os factos e aplica o direito, como ensina o Prof. Marcello Caetano, a verificação dos factos (instrução) é uma actividade jurisdicional do mesmo modo que o é a aplicação do direito.

A Câmara Corporativa abordou este problema para mostrar que de tais actos, dadas as suas características, não há recurso para os tribunais administrativos, os quais cobrem só a actividade administrativa.

⁽¹⁰⁾ Lei n.º 2/72, aprovada pela Assembleia Nacional em 17 de Março de 1972 (vid. «O Comércio do Porto» de 18-3-72, p. 6) e publicada no «Diário do Governo» de 10 de Maio seguinte.

⁽¹¹⁾ *Diário das Sessões*, ano de 1971, pág. 1770 — (23).

Porém, como se sabe, as polícias instrutórias agem sem qualquer laço de subordinação aos tribunais; porque são agências do Governo, só a ele obedecem.

Quer dizer, o princípio da autonomia da competência funcional dos tribunais tem sido invocado para negar aos indivíduos a égide dos tribunais administrativos (aliás de bem pouca valia, diga-se de passagem). Mas já tem sido milagrosamente esquecido se se trata de o fazer valer para assegurar a direcção judicial da instrução escrita.

Não é de prever, no entanto, que o decreto regulamentar a promulgar respeite esse dispositivo da lei aprovada.

O mais natural é que em vez de juizes de instrução tenhamos apenas juizes *da* instrução, à Donnedieu de Vabres, com a agravante de que para este a instrução devia ficar a cargo do Ministério Público e entre nós ela foi entregue a polícias de estado nos sectores-chave, podendo a tais polícias ser avocados todos os processos-crime que o Governo entenda. Quer dizer, a polícia instrui tudo o que muito bem quer e lhe apetece.

Tudo inculca que a polícia continuará a instruir. Não haverá mesmo durante a instrução escrita agentes do Ministério Público *proprio sensu*, pois é aos polícias que tal função é deferida. Só nos falta que os Juízos de Instrução Criminal funcionem nos edifícios da própria Polícia Judiciária!

De tudo o que se leu e ouviu é de prever que as inovações constituam meras reformas de serviços policiais, que continuam a ter o mesmo carácter, e não verdadeiras reformas de justiça, a qual continua expulsa da instrução.

E o facto de se ter excluído a polícia judiciária política (D. G. S.) da alçada destes «juizes da instrução» apenas mostra que continua a existir entre nós «um Estado dentro do Estado», não obstante certas declarações em contrário proferidas numa já longínqua primavera política... _

3. *Detenção Policial e Prisão Preventiva.*

A detenção do arguido em processo penal suscita vários problemas. A literatura a este respeito é interminável e várias convenções internacionais, das quais destacarei a Declaração Uni-

versal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, têm procurado sintetizar os princípios a que deverá obedecer uma regulação equitativa dos interesses em jogo.

Em meu entender, qualquer detenção em processo penal deverá ter em consideração que o arguido tem três direitos indiscutíveis:

- a) o direito à liberdade pessoal;
- b) o direito à integridade moral e física;
- c) o direito a uma decisão justa.

O primeiro desses direitos é inevitavelmente atingido pela detenção e da definição de quais sejam os limites razoáveis desse sacrifício se ocupam as legislações. Os dois restantes não podem, na ética moderna, de modo nenhum ser desrespeitados.

A privação da liberdade pessoal não atinge só esta liberdade, mas põe também em jogo o direito à integridade moral e física e o direito a uma decisão justa.

Até aqui só nos ocupamos do direito ao juiz como garantia da liberdade individual e do direito a uma decisão justa. Agora passaremos a ocupar-nos primacialmente do direito ao juiz como garantia do direito à integridade moral e física, só incidentalmente nos ocupando dos demais. Ou, por outras palavras, do problema da tortura em processo penal.

O termo tortura não existia no nosso direito antigo. Empregava-se então para exprimir a mesma realidade: o de tormento.

No *Dicionário Jurídico* de Pereira e Sousa de 1827 define-se tormento pela seguinte forma: «é a pergunta judicial feita ao réu de crimes graves compelido a dizer a verdade por meio dos tratos do corpo».

Esta definição mostra-nos desde logo que o processo penal antigo era um processo de inquisição judiciária. Isto é, as perguntas aos suspeitos eram sempre feitas — pelo menos no plano jurídico — pelo juiz. E nesse processo de inquisição judiciária era legalmente admissível a tortura, mas apenas a tortura judiciária.

A tortura, como meio de instrução judiciária que era, só podia ser ordenada pelo juiz, em casos de resto determinados na lei, por decisão de que havia recurso. E o modo por que era aplicada e os seus resultados ficavam a constar dos processos.

O liberalismo proibiu a tortura, declarou-a ilegal. E a verdade é que desde então nunca mais houve um só caso em que se imputasse aos juizes instrutores de França ou de qualquer outro país europeu o recurso a tais processos. A presença do juiz na instrução é hoje, por si só, a garantia em qualquer país europeu de que onde ele está não há tortura. A leitura da célebre «Confissão» de Artur London é elucidativa. Enquanto existiram os juizes de instrução na Checoslováquia não houve tortura. Estes foram eliminados e substituídos por instrutores policiais: o resultado é do conhecimento de todos ⁽¹²⁾.

Simplemente, a tortura continuou a existir. De judiciária passou a policial, de processual a clandestina, de legal a ilegal (ou a-legal).

Muitos dos processos penais são precedidos por uma fase policial que é pré-processual, segundo a fórmula napoleónica. De acordo com o processo penal da Europa Ocidental os elementos recolhidos no seu decurso não têm o valor de provas judiciárias, mas de meras informações. Embora inicialmente a polícia não tivesse o poder de efectuar detenções para averiguações, a verdade é que se estabeleceu na prática o hábito de admitir que tal lhe era lícito nos casos de *periculum in mora*, com a obrigação de o detido ser imediatamente entregue ao juiz. Como o imediatamente não existe, de modo geral entendia-se que a detenção policial não podia ultrapassar 24 horas. Pois bem, apesar de a tortura judiciária ter sido proscrita, os processos penais europeus de inspiração napoleónica continuaram a ser processos inquisitórios. Isto é, neles o arguido continua a ser «primeiro que tudo fonte de prova, quando não é a principal fonte de prova», para usar a expressão de um dos nossos decretos-leis (34 553). E por isso os inquéritos policiais, embora anteriores ao processo penal e sem valor de prova judi-

(12) Vid. Artur London, *A Confissão*, trad. port., pág. 57.

ciária, na medida em que obtinham a confissão do suspeito, adquiriam um peso acusatório normalmente definitivo.

Daí que todas as polícias dos sistemas processuais de tipo inquisitório tenham a tendência para extorquir as confissões dos suspeitos por tratos de corpo ou alma. Este fenómeno é reconhecido pelos legisladores, que procuram pôr-lhe limites.

Esses limites são impostos em obediência a duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque só num regime policial a liberdade pessoal pode ficar à mercê das polícias; em segundo lugar, porque prisão policial prolongada é sinónimo de tortura.

Tortura e tormento vêm do latim — *torquere*, torcer. É o meio de se torcer a vontade, de compelir o réu a dizer a verdade, tal como o torturador a entende.

Já Quintiliano ensinava que ninguém se crimina a si próprio sem alguma coacção.

Como os juízes actuais, em todos os países europeus, não admitem de nenhum modo, que na instrução por eles efectuada se pratique a tortura, esta passou a ser exclusiva das polícias.

Quer dizer, antes de 1789 tínhamos um sistema de inquisição judiciária, hoje temos um sistema de inquisição policial.

Daí que em todos os países europeus a detenção policial seja limitada taxativamente: assim que por exemplo na Bélgica, Inglaterra e Alemanha não possa ultrapassar 24 horas. E no próprio *Fuero de los Españoles* outorgado por Franco em 1945 se fixou o seu prazo máximo em 72 horas.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem consubstancia este princípio geral do direito da Europa Ocidental ao determinar no seu art. 5.º, n.º 3, que qualquer pessoa detida pela polícia deve logo por esta ser entregue ao juiz instrutor.

O problema da tortura moderna é, portanto, essencialmente o problema da tortura policial. Já nos Institutos da Ordem, os nossos Colegas, Drs. Araújo Barros e Artur Santos Silva, fizeram notáveis comunicações em que descreveram as inúmeras práticas policiais (e ilícitas) para se forçarem os arguidos à confissão, e do mesmo assunto se ocupou o nosso Bastonário, Dr. Pedro Pitta, numa exposição ao Sr. Ministro da Justiça.

Eu irei mais longe e direi que a detenção policial prolongada com o férreo «segredo de justiça» que a envolve, e que outra coisa não é senão segredo de injustiça e garantia de impunidade, é em si mesma uma tortura.

Como diz Bertrand des Saussaies, a duração da detenção policial é o «barómetro fiel das liberdades públicas» (*La machine policière*, pág. 75).

Em França, o prazo máximo da detenção policial é nos casos comuns de 2 dias; nos casos políticos vai porém até 6 dias! Pretende-se atenuar esta aberração jurídica com vários expedientes (obrigatoriedade de autorização do Ministério Público, exames médicos, etc.; vide sobre o assunto, Bertrand des Saussaies, *ob. cit.*, pág. 69). Mas toda a doutrina — professores, juízes e advogados — tem-na vivamente criticado.

É por este motivo que a França ainda não ratificou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Um prazo tão prolongado de detenção policial é incompatível com o já citado art. 5.º, n.º 3, da referida Convenção.

De qualquer modo, não deixa de ser sintomático e iluminador que na pátria da Revolução Francesa o prazo máximo da detenção policial seja maior do que na Espanha do Generalíssimo Franco (3 dias).

Como também não deixa de ser elucidativo mostrar que em 1945 a Espanha no seu *Fuero de los Españoles* limitou a detenção policial a 72 horas; entre nós, os decretos de 1945 (ou seja no mesmo ano) ampliaram-na para 6 meses (ou seja 4320 horas), quando anteriormente não podia ultrapassar, segundo os decretos então vigentes, 8 dias ⁽¹³⁾.

É por isso que nos sistemas de instrução penal judiciária se distingue entre detenção policial e prisão preventiva. Em francês, por exemplo, detenção policial é *garde à vue*, e prisão preventiva é *détention preventive* ou *détention provisoire*, segundo a última reforma promulgada.

Enquanto a detenção judicial tem essencialmente fins de segurança processual (garantir a execução do julgado e o andamento

(13) F. S. Zenha, *Noias sobre a Instrução Criminal*, págs. 46 e segs.

célere do processo), a guarda à vista é essencialmente um meio de inquirição confessional.

Admitir a detenção policial, com a amplitude actual (6 meses, ou 4320 horas) e concedendo-se-lhe de mais a mais o valor de instrumento instrutório é admitir de novo o tormento como meio de prova judiciária. Pois, como já se disse, uma detenção policial tão dilatada e com estas características é em si mesma uma tortura.

Aliás, note-se que os limites de uma e de outra são coisa bem diversa.

Assim, por exemplo, em França a detenção policial nos casos comuns não pode ir além de 2 dias. Mas a detenção judicial instrutória, de carácter judicial e processual, já pode ir até 4 meses.

É por isso que quando entre nós se designa indistintamente por prisão preventiva a detenção policial e a detenção judiciária se confundem realidades distintas e se torna até impossível a um jurista estrangeiro não familiarizado com as nossas «reformas» compreender o que por cá se passa...

4. O habeas corpus

O *habeas corpus* apesar de prometido em 1911 só veio a ser introduzido entre nós em 1945.

Limitar-me-ei a umas breves notas sobre o assunto.

Em todos os países europeus só na Inglaterra existe o *habeas corpus*.

E nem por esse facto se poderá dizer que nos demais países europeus não existe a liberdade individual.

O problema essencial — em termos modernos — é o de saber quais são os poderes das polícias, dos agentes governamentais ou do próprio Governo em matéria de privação ou restrição da liberdade pessoal.

E, portanto, de entre os vários aspectos que tal problema comporta, averiguar nomeadamente qual é o prazo máximo da detenção policial.

Na Inglaterra o prazo máximo da detenção policial é de 24 horas.

Em Portugal, e pelas «reformas» de 1945, o prazo máximo da detenção policial que então era legalmente de 8 dias passou para 180 dias.

E o *habeas corpus*, pelo Decreto-Lei n.º 35 043, que o regula, só pode ser concedido pelo Supremo Tribunal de Justiça, se a «polícia instrutória» não respeitar tal prazo.

Quer dizer, o legislador em 1945 fez um verdadeiro passe de *jonglerie*: alargou o prazo máximo da detenção policial de 8 para 180 dias.

E concede o *habeas corpus* se a polícia depois desta mortificação semestral o não libertar ou entregar em tribunal.

O simples enunciado destes dados mostra que só com muito exagero é que o Ministério da Justiça pôde afirmar em 1945 que ao introduzir-se o *habeas corpus* em Portugal «procurou-se seguir *pari passu* a sua regulamentação no país de origem...»⁽¹⁴⁾

A doutrina tem pretendido insistentemente que a ineficácia do *habeas corpus* nacional se deve à circunstância de o Supremo Tribunal de Justiça se recusar sistematicamente a controlar a motivação fáctica das detenções policiais.

É certo que na Inglaterra os juízes, que exercem a jurisdição do *habeas corpus*, podem decidir sem restrições sobre qualquer detenção acusada de ilegal em todos os seus aspectos — quer de direito quer de facto.

Mas o direito fundamental que o *habeas corpus* lá faz valer é o direito de não ser detido pela polícia por mais do que 24 horas.

O único direito que se pode fazer valer por cá é o de não se ser detido pela polícia por período superior a 4320 horas, ou seja, 180 dias.

Habeas corpus inglês ou português não são por isso exactamente a mesma coisa...

Na última revisão constitucional determinou-se que a prisão preventiva «só pode ser ordenada havendo *forte* suspeita da prática do crime» (§ 3.º do art. 8.º da Constituição), o que implica (ou deve implicar) a revisão da actual legislação do *habeas corpus*.

(14) Nota oficiosa do Ministério da Justiça, de 16-9-1945.

Mas confesso que não vejo muito bem como tal se fará, se algo vier a fazer-se...

De resto, no *habeas corpus* inglês o requerente tem o direito de ser ouvido pessoalmente pelo juiz. Mas no *habeas corpus* português não lhe é concedido tal direito, impondo-se às vezes ainda que a petição seja assinada pelo próprio requerente, o que se torna muito difícil quando ele se encontra nos calabouços da polícia, como é usual, visto que durante os conhecidos 180 dias não são permitidos contactos com o advogado.

Tudo isto mostra que o nosso *habeas corpus* se assemelha muito pouco ao *habeas corpus* inglês...

A situação dos militares sujeitos ao foro militar é ainda mais grave, porque, segundo as práticas aí vigentes, a prisão sem culpa formada é ilimitada. Ora, como não lhes é permitido recorrer ao *habeas corpus*, é evidente que se autoriza neste sector a prisão policial ou administrativa por período ilimitado.

É um outro aspecto sombrio da nossa legislação.