

## A NOVA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PROCESSO PENAL (\*)

*Pelo* Doutor Jorge de Figueiredo Dias

É-me pedido que, na minha qualidade de estudioso dos problemas do processo penal, e só nessa qualidade, me pronuncie sobre as mais importantes incidências da nova Constituição da República sobre aquele ramo de direito. Não se me levará porém a mal, espero, que, antes de o fazer, relembre — pois julgo que nunca será demais — que o processo penal é um dos ramos de direito mais fortemente *ideologizados*, dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a «concepção do homem» que lhe subjaz. Tenho muito gosto em afirmar que a minha concepção pessoal do processo penal, com os seus postulados próprios, concorda

---

(\*) Intervenção oral, tal como foi recolhida do gravador, feita num Colóquio que teve lugar em Coimbra, a 22 de Maio de 1976, sobre «A Nova Constituição da República e o Processo Penal». Organizado pela Associação dos Magistrados da Zona Centro, foi moderado pelo Prof. Doutor MOTA PINTO e nele participaram o signatário da presente intervenção, a título de especialista, bem como representantes de todos os Partidos Políticos com assento na Assembleia Constituinte (com excepção do MDP, cujo representante não pôde estar presente): DUARTE ARNAUT, pelo PS; COSTA ANDRADE, pelo PPD; LOPES DE ALMEIDA, pelo PCP; LUCAS PIRES, pelo CDS; e REIS LAMEGO, pela UDP.

substancialmente com a que ficou desenhada no novo texto constitucional, fruto, por sua vez, da que, em traça geral, foi anunciada ao País pelo Programa do MFA de 25 de Abril de 1974.

Uma tal concepção, no domínio do direito vigente durante o regime anterior, só podia ser posta pelo jurista como meta ideal a atingir, ou como modelo interpretativo que lhe permitisse, em alguma medida, limar os entorses ou mesmo as frontais oposições que existiam naquele direito relativamente ao princípio democrático. Não valerá a pena estar a esmiuçar tais entorses ou oposições, pois eles ainda se mantêm infelizmente vivos no espírito de todos nós: o processo penal decorrente perante os tribunais plenários; os poderes instrutórios — e mesmo judiciais — das polícias políticas; a possibilidade de desaforamento das causas penais; a insuficiente protecção — ou mesmo a inexistência de protecção — dos direitos dos arguidos e dos detidos na fase instrutória dos processos e dos direitos dos reclusos mesmo só em prisão preventiva; a caricata regulamentação da providência do habeas corpus: — eis só alguns dos mais frisantes exemplos de distorsões legislativas operadas ao nível do processo penal, por uma ideologia não democrática. Ao que havia de acrescentar — como mal ainda mais profundo — a atitude de espírito criada em muitos agentes de aplicação da lei penal (sobretudo naqueles que não gozavam dos privilégios decorrentes do estatuto de magistrado), toda ela virada para um cerceamento, quantas vezes ilegal, dos direitos dos arguidos. Bem pode dizer-se, com efeito, que, em muitos campos, pior ainda do que a lei que nos regia, era a prática da sua aplicação, sobretudo da aplicação não judicial...

Creio que pode afirmar-se — e *deve* afirmar-se — ter a nova Constituição levantado um veto terminante à continuação deste estado de coisas. E permitam-me que use da oportunidade que me é concedida para lembrar o que para isso terão contribuído os juristas e associações de juristas que, durante o regime anterior, nunca encobriram a sua fundamental discordância perante as soluções legislativas lesivas dos direitos dos arguidos. Advogados, magistrados do Ministério Público, juízes e profes-

sores houve que nunca desaproveitaram as tribunas que lhes foram abertas para, cada um a seu modo, contribuirem poderosamente para limitar o desrespeito pelos direitos dos arguidos, para protestar contra a sua violação, para obrigar o Governo de então ao seu respeito. Uma boa parte desta luta saldou-se por um fracasso — p. ex. em tudo quanto dizia respeito às polícias e aos julgamentos políticos. Mas em pontos concretos e mais limitados os juristas cumpriram com êxito a missão que se haviam imposto: lembremos só, a título de exemplo, o que se relaciona com a obrigatoriedade de assistência de defensor às declarações do arguido prestadas em instrução preparatória e com a aceitação do princípio do juiz de instrução. Tenho a certeza que muitos concordarão comigo quando afirmo que o Decreto-Lei n.º 185/72 — a última reforma do processo penal foi feita no antigo regime — foi, não tanto uma concessão «liberalizante» do Governo, quanto em boa parte uma *conquista* dos juristas democráticos.

Parece-me, pois, indiscutível que a nova Constituição — mesmo quando possa, legitimamente, discordar-se num ou noutro ponto da regulamentação que estatui — consagra uma concepção rigorosamente democrática do processo penal, pedrabasilar daquele asseguramento do «primado do Estado de Direito democrático» de que fala o preâmbulo constitucional. Os princípios do asseguramento de todas as garantias de defesa do arguido, da presunção da sua inocência, da instrução judicial, da estrutura acusatória do processo, da contraditoriedade da audiência, da proibição de provas ilegítimas e, finalmente, do juiz natural ou legal são disso testemunhos eloquentes.

Era inevitável que a entrada em vigor de uma nova Constituição haveria de acarretar profundos problemas no que toca à sua compatibilização com o direito vigente; e isto ainda mesmo quando a Constituição se preocupasse — como acertadamente se preocupou — em manter disposições transitórias que visassem aplanar as principais dificuldades neste domínio. Não deve, em minha opinião, encarar-se este fenómeno com atitude derrotista, ou como se de tragédia se tratasse, anunciadora já de um espírito

de resistência à Constituição. Repito: o fenómeno era inevitável e, por conseguinte, só nos resta conformarmo-nos com ele e trabalhar afincadamente, a todos os níveis, para que a dificuldade seja vencida no menor lapso de tempo possível. Por mim, sugiro que mais vale uma pequena demora na promulgação de legislação ordinária conforme à Constituição — desde que essa pequena demora seja aproveitada para se reflectir sobre as melhores soluções —, do que correr o risco de promulgar legislação ordinária apressada que, muitas vezes, pareça salvar a letra da Constituição quando despede golpes mortais no seu espírito.

Creio ser para tratarmos, fundamentalmente, deste problema que nos reunimos hoje aqui — mais para tratarmos deste problema do que, propriamente, para dirigirmos uma atenção crítica ao texto da Constituição em matéria de processo penal. No que me toca, já confessei a minha adesão de princípio a um tal texto, em uma tal matéria — sem prejuízo, repito, de pensar que num ou noutra pormenor a regulamentação poderia ter sido diferente e melhor. Resta agora, naturalmente, pronunciar-me de forma breve sobre as principais exigências de modificação que o texto constitucional faz à legislação ordinária do processo penal e cuja perspectiva política já vos foi dada por representantes de todos os partidos políticos intervenientes na Assembleia Constituinte. Hierarquizarei os problemas pelo que me parece ser a sua ordem crescente de dificuldade.

1. O artigo 32.º, n.º 7.º da Constituição dispõe que «nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior». Consagra assim, sem quaisquer limitações, o princípio do *juiz natural* ou do *juiz legal*, reatando uma tradição constitucional entre nós constante desde 1822 e que só foi abruptamente interrompida pela Constituição Política de 1933. A seu respeito duas notas apenas me parecem merecedoras de saliência. A primeira é a de que o princípio do *juiz natural* constitui rigorosamente um direito, liberdade e garantia fundamental do cidadão: o direito a que a sua causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, não

ad hoc criado ou tido como competente; a tanto vincula a necessária garantia dos direitos da pessoa, ligada à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração. A segunda nota é a de que, em consequência do referido princípio constitucional, o artigo 36.º, n.º 6 do Código de Processo Penal e o artigo 19.º, l, j) do Estatuto Judiciário, devem considerar-se inconstitucionais. Daqui, porém, não deriva qualquer tarefa inadiável para o legislador ordinário.

2. Problema mais grave é o que se relaciona com a regulamentação constitucional da *prisão preventiva*. Se abstrairmos da al. b) do n.º 3 do artigo 27.º, que contempla um caso especialíssimo e para nós desinteressante, pode dizer-se ser na al. a) que se contempla o princípio geral da matéria: a prisão preventiva é constitucionalmente legítima quando tenha lugar em flagrante delicto ou, fora de flagrante delicto, quando esteja preenchida a dupla condição de se referir a crime doloso a que corresponda pena maior e de existirem fortes indícios da prática do crime.

Se compararmos o texto com o seu correspondente da Constituição de 1933, verificamos que se exige agora pena maior onde dantes se exigia só pena de prisão superior a um ano; e se exigem agora «fortes indícios» onde dantes se exigia «forte suspeita». Quanto a este último requisito, não há alteração sensível face ao disposto no § 1.º do artigo 291.º do Código de Processo Penal — devendo entender-se, como eu já ensinava, que os fortes indícios só existirão quando, logo em face deles, seja de considerar altamente provável a futura condenação do arguido, ou quando esta seja mais provável do que a absolvição. Quanto ao primeiro requisito existe, porém, uma restrição acentuada que me parece indiscutivelmente de saudar: o mínimo de um ano passa para dois. Ora, pressuposto — o que não é líquido — que os textos do Código de Processo Penal eram constitucionais em face da Constituição de 1933, pode afirmar-se que eles continuarão a sê-lo, na medida considerada, desde que onde se falava em prisão superior a um ano se fale agora de prisão

superior a dois anos? Não é assim porque existe ainda uma terceira diferença praticamente de muito relevo: enquanto o § 4.º do artigo 8.º da Constituição de 1933 admitia que «o não cumprimento das condições a que ficar subordinada a liberdade provisória, poderá determinar a prisão preventiva do arguido», a Constituição de 1976 não admite tal restrição.

São estes os três pontos — e creio que os únicos três pontos — que o aplicador do Código de Processo Penal tem de ter em conta em matéria de prisão preventiva, limitando por eles o disposto sobretudo nos artigos 286.º e 291.º do Código de Processo Penal.

Em matéria de prisão preventiva, digo, querendo com isto referir-me aos *casos* ou *hipóteses* em que é admissível a prisão preventiva. Coisa diferente se dirá, porém, em matéria de *requisitos formais da prisão sem culpa formada*, onde o artigo 28.º da nova Constituição introduz, muito exactamente, as novidades: de sujeitar a decisão judicial de validação ou manutenção da prisão ao prazo máximo de 48 horas, devendo o juiz conhecer das causas da detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa; e de obrigar a que uma tal decisão seja logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido. Estas exigências compreendem-se por si mesmas e merecem incondicional aplauso.

Num ponto, porém, a nova Constituição não foi até onde devia, tendo ficado mesmo, inexplicavelmente, atrás da de 1933: no que toca à *determinação dos detentores da competência para ordenar a prisão e dos requisitos formais e materiais da ordem respectiva*. O § 4.º do artigo 8.º da Constituição de 33 começava assim: «Fora dos casos de flagrante delito, a prisão... ou detenção... só poderá ser levada a efeito mediante ordem por escrito da autoridade judicial ou de outras autoridades expressamente indicadas na lei, donde constem os fundamentos objectivos da prisão ou detenção». Esta regulamentação não era perfeita, na medida em que atribuía competência a outras autoridades expressamente indicadas na lei, que não a autoridade judicial. Que, porém, a nova Constituição, em vez de corrigir o defeito, tenha por completo silenciado a questão, abrindo a possibilidade de

a lei ordinária atribuir a qualquer autoridade (administrativa, política, local ou outra) competência para ordenar a prisão, é uma singularidade para mim verdadeiramente inexplicável e que não pode, do ponto de vista do Estado de Direito Democrático, deixar de ser censurada. Resta-nos esperar que o legislador ordinário se disponha a colmatar, rapidamente, uma tão sensível lacuna do texto constitucional; e a colmatá-la no melhor sentido, dando à autoridade judicial competência *exclusiva* para ordenar a prisão, através de *ordem* escrita donde constem os fundamentos da detenção.

3. O problema mais importante e difícil no plano das incidências da nova Constituição sobre a legislação processual penal vigente põe-se porém, sem dúvida, no que respeita aos n.ºs 4.º e 5.º do artigo 32.º.

Devo dizer que, para mim, o texto constitucional mais significativo em matéria de processo penal é aquele que afirma que «o processo criminal terá *estrutura acusatória*». Não se trata aqui com efeito — contra o que chegou a afirmar-se — de uma mera declaração teórica e formal. Trata-se, sim, de uma declaração de indiscutível conteúdo prático-normativo que vale por todo um programa processual penal e que respeita, muito concretamente, aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos — tendo por isso de conexionar-se com o disposto no artigo 18.º, n.º 1 da Constituição, segundo o qual «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas».

Estrutura acusatória do processo penal significa na verdade — como desde há muito venho ensinando — duas coisas: por um lado, reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso; por outro lado, reconhecimento do princípio da acusação, segundo o qual terá de haver uma diferenciação material (e não simplesmente formal) entre o órgão que instrui o processo e dá a acusação e o órgão que a vai julgar. Quanto à participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso, pode dizer-se que ela é amplamente assegurada pelo texto constitucional; quanto

ao princípio da acusação, a Constituição procura realizá-lo através da figura do *juiz de instrução*, que contempla no artigo 32.º, n.º 4.º. E é aqui — na parte respeitante à *titularidade da instrução preparatória* — que surge o maior problema.

Sabe-se como o Código de Processo Penal de 1929 — do período da ditadura, portanto, mas historicamente movido pelo desejo de não entregar os arguidos, durante a instrução preparatória, nas mãos de uma magistratura dependente como a do Ministério Público — caíra no erro de abandonar a estrutura acusatória do processo penal a favor de uma estrutura inquisitória, em que competia ao *mesmo juiz*, para além de julgar, realizar a investigação fundamentadora da acusação (o «corpo do delito»), se bem que mantendo ainda formalmente a concepção acusatória, uma vez que era ao Ministério Público que cabia deduzir a acusação. O Decreto-Lei n.º 35 007 restaurou o princípio da acusação, atribuindo ao Ministério Público a titularidade da instrução preparatória; à custa, porém, de atribuir a uma magistratura dependente e hierarquicamente estruturada funções e poderes que implicam intromissões na esfera das liberdades do cidadão.

Sempre fui de opinião que o problema só poderia resolver-se com a criação de juízos de instrução. E foi esse o princípio aceite, para algumas comarcas, pela Lei n.º 2/72 e pelo Decreto n.º 343/72 e tornado agora em regra sem excepções pelo artigo 32.º, n.º 4.º da Constituição da República.

Todavia — e este é, para mim, o ponto em que se alcança a chave de compreensão de todo o problema — as concepções do juiz de instrução na Lei n.º 2/72 e na Constituição da República são profundamente diferentes: na primeira, ao juiz de instrução competem praticamente apenas as funções ditas de quase-jurisdição que, segundo o Decreto-Lei n.º 35 007, competiam já ao juiz da causa; na segunda, ao juiz de instrução compete propriamente a execução da instrução e portanto, em princípio, de todos os actos de que ela se compõe. *Duas concepções do juiz de instrução muito diferentes e do meu ponto de vista — é-me exigível que o diga claramente — igualmente criticáveis.* Não só, aliás, por razões de praticabilidade como por razões de

fundo: a primeira concepção fica muito aquém do que seria exigido por uma estrutura verdadeiramente acusatória do processo; a segunda vai muito para além disso, dando o flanco à crítica, velha (1937) mas verdadeira, de que a função do juiz é dar decisões, e de nenhum modo fazer o trabalho da polícia e dos órgãos encarregados da investigação. *Do meu ponto de vista ao juiz de instrução deviam caber todas as funções* — mas também só elas — *que directamente se prendem com as liberdades fundamentais das pessoas durante a instrução preparatória*; e a forma possível de tradução constitucional desta ideia teria estado em afirmar que «toda a instrução será dirigida por um juiz de instrução, a quem caberá a prática dos actos judiciais instrutórios e de todos os que se prendam directamente com os direitos das pessoas».

Não estamos porém aqui para ouvir as minhas próprias opiniões sobre o que deveria ter sido o texto constitucional. Se delas falei foi apenas por pensar que isso poderia facilitar a compreensão das minhas últimas considerações. Tendo-se a Constituição decidido por atribuir toda a instrução à competência de um juiz instrutor, era inevitável deparar-se com a impossibilidade de criar de um momento para o outro, ou mesmo a muito breve prazo, juízos de instrução em todas as comarcas do país. Compreendendo-o, a própria Constituição, em disposição transitória (o artigo 303.º, n.º 1.º), admitiu que «nas comarcas onde não houver juízos de instrução criminal, e enquanto estes não forem criados... a instrução criminal incumbirá ao Ministério Público, sob a direcção de *um* juiz». Em execução deste preceito constitucional o Decreto-Lei n.º 321/76, de 4 de Maio, estatui que «nas comarcas onde não houver juízos de instrução criminal, e enquanto estes não forem criados, a instrução preparatória incumbirá ao Ministério Público, sob a direcção *do* juiz», isto é, do juiz da causa.

Sobre a inconveniência de uma tal solução mal será preciso perder uma palavra — de uma solução que, de certo modo, faz regressar o estado do nosso processo penal a 1929 e, no último quartel do séc. XX, volta a negar entre nós o simples princípio

da acusação; de uma solução que assim transforma o nosso processo penal em peça de museu...

Mas além de inconveniente, será também a solução *inconstitucional*? Propendo decididamente para uma resposta *afirmativa*. A negativa só poderia defender-se, formalmente, com que o artigo 303.º, n.º 1.º fala na «directão de um juiz», sem especificar que ele deve ser diferente do da causa. Mas o argumento prova demais, porque também o próprio artigo 32.º, n.º 4.º fala só da «competência de um juiz» sem qualquer especificação ulterior — sendo todavia indiscutível que se tem aí em vista o juiz de instrução, diferente do juiz da causa. A correcta interpretação do artigo 303.º, n.º 1.º só pode ser pois a de que ele não quis revogar a exigência do juiz instrutor, mas só limitar — aliás, como disse, quanto a mim correctamente — as suas funções à *directão* da instrução preparatória. Doutra forma entraria ele em contradição insanável com a exigência da estrutura acusatória do processo, transformando este em velho fóssil digno de ser admirado dentro de uma vitrina. Foi isso que fez o Decreto-Lei n.º 321/76 e ele é por isso, nesta medida, materialmente inconstitucional.

Que fazer?

Em face do que fica dito, advogar a imediata revogação do artigo 2.º, n.º 1.º, do Decreto-Lei n.º 321/76 e estudar rapidamente uma das possíveis estruturas de substituição. Qual deva ser é coisa sobre a qual a primeira palavra tem de pertencer aos magistrados, judiciais e do Ministério Público, profundos conhecedores dos problemas da organização judiciária. A minha imaginação não vai muito além de atribuir competência para a directão da instrução preparatória ao juiz da comarca mais próxima, ao juiz substituto, ou a juizes distritais adrede criados, podendo para esse fim pensar-se, porventura, numa remodelação da categoria dos juizes ajudantes. Esta, julgo, seria talvez a solução preferível e cuja execução não vejo razões para considerar impossível.

De uma ou de outra forma, o que é insuportável — e insuportável, importa dizê-lo, para os direitos fundamentais do

arguido — é a solução do Decreto-Lei n.º 321/76, que contraria frontalmente a exigência constitucional da estrutura acusatória do processo criminal. Como juristas, e antes disso mesmo como cidadãos, temos o direito de exigir do Governo que dote o País com um corpo — que pode ser relativamente pequeno — de juizes a quem caiba a direcção da instrução preparatória mas não tenham qualquer interferência no decurso posterior do processo. Neste momento é irrealista exigir mais; mas não vejo nenhuma razão boa para que tenhamos de contentar-nos com menos.