

POLÍCIA E MAGISTRATURA

ALGUMAS REFLEXÕES

Pelo Dr. José António Barreiros

Analisar o fenómeno da miscigenação entre as funções de polícia e a actividade tipicamente judicial, é esse o objectivo do nosso texto.

E isso, porque a osmose funcional entre a polícia e a justiça é, não só um dado adquirido da nossa cultura jurídica actual ⁽¹⁾, mas uma questão omnipresente nas opções da política criminal da sociedade contemporânea ⁽²⁾.

E hoje que o Estado reassume a problemática da reformulação do seu aparelho de segurança é esta exactamente a

(1) Indicações preliminares podem colher-se no nosso recente *Processo Penal*, Coimbra, 1981, pp. 372 e segs., onde se encontram referências bibliográficas. Um estudo de fundo sobre o tema é a tese de Marcel Lemonde, *Police et Justice — étude théorique et pratique des rapports entre la magistrature et la Police Judiciaire en France*, sustentada em Lyon em 1975. Veja-se também: Bellavista, *Polizia Giudizaria e magistratura nel processo penale*, *Archivio Penale*, n.º 52, I, p. 289; o n.º 24/25 do caderno *Actes — cahiers d'action juridique trimestriels* intitulado *La Police hors la loi?* Paris, 1979.

(2) E assim é que a questão se coloca a vários níveis da ciência criminal. É o que se passa quanto à questão da prevenção criminal, como pode ver-se em Maria Teresa Sturla, *Polizia e autorità giudiziaria nel processo di prevenzione criminale*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, n.º 4, pp. 750 e segs.

matéria que vemos, ainda que mediatamente, reposta no discurso constitucional (3) e, por epifenómeno usual, na reflexão jurídica, doutrinária e jurisprudencial (4).

E daí precisamente a vamos retirar.

Ora esta miscigenação de que nos propomos falar, assume-se como uma das imanências substantivas e estruturais do modelo de Estado que entre nós perdura.

Modelo — que mau grado a aceleração histórica da vida política nacional dos últimos 160 anos — se mantém no essencial como uma sub-versão revista da estrutura constitucional que as armas napoleónicas e as ideias de Montesquieu espalharam pela Europa.

(3) Pois outro sentido não têm as propostas em curso de apresentação pública, quanto à alteração do preceito constitucional regulador da judicialização instrutória (art. 32.º, n.º 4).

A des-judicialização instrutória passa, como é claro de ver — e o futuro o demonstrará — pela policialização da mesma vistos os nexos de vizinhança conceitual e funcional entre o ministério público e as entidades de tipo policial.

(4) As quais têm abordado a matéria através de uma circunvolução analítica, focalizando-a relativamente aos particularismos pontuais em que a problemática em causa se vem manifestando, nomeadamente:

a) a constitucionalidade do inquérito policial-preliminar, tanto antes como posteriormente à revisão feita ao Decreto-Lei n.º 605/75, pelo Decreto-Lei n.º 377/77;

b) a admissibilidade da intervenção do ministério público no âmbito das diligências de natureza instrutória, visto o carácter acusatório do nosso sistema processual penal e a separação orgânica das magistraturas, tal como resulta da Lei n.º 82/77;

c) a validade da intervenção de entidades como o assistente e o arguido no âmbito do inquérito preliminar, vista a conceitualização do mesmo como fase de natureza pré-processual e a qualificação da intervenção daqueles como acto de tipo jurisdiccional incompatível pois com tal natureza estranha ao processo penal;

d) a validade da prisão preventiva fora de flagrante delito por acção de entidades de polícia judiciária;

e) a viabilidade da delegação de competência instrutória judicial às entidades de polícia judiciária e legalidade da mera ratificação judicial de actos de instrução praticados *a non iudice*.

E é por aí que começamos a nossa excursão.

Para os teóricos do Estado saído da Revolução de 1820, para começar esta miscigenação não existia ⁽⁵⁾.

A Polícia era então encarada como uma entidade cujo território se circunscrevia à salvaguarda da ordem pública, pois que tudo quanto significasse uma restrição à liberdade pessoal haveria de concretizar-se unicamente pela via judicial.

E isto porque, para o vintismo político, a liberdade que a Constituição garantia e ao Estado competia defender, só o juiz a poderia limitar, e mesmo assim, apenas nos termos legalmente tipificados e fora de qualquer discricionariedade.

E, no entanto, se houve época da vida política nacional que se caracterizou pela desconfiança sistemática relativamente à magistratura, esta foi indelevelmente uma delas.

Mas aquilo que caracteriza a situação então vigente é, no que respeita às tarefas da repressão criminal, a inexistência de uma estrutura funcional ou ideológica alternativa relativamente ao poder judicial que, desde o antigo regime das Ordenações, se caracterizava pela prerrogativa de exclusividade no sector.

Salvo, porventura, o recurso subsidiário à força pública militar que, no entanto, era mais temida do que desejada como entidade de colaboração possível nesta matéria.

O armamento policial do Estado constitucional monárquico não deixou porém de existir ⁽⁶⁾.

Só que, quando ocorreu, pautou-se pelos postulados políticos referidos. Ou seja, como garantia da divisão de espaços

⁽⁵⁾ E isto porque até ao começo do século dezanove o conceito de polícia abrangia um corpo de matérias de tal modo, amplo, que incluía aquilo que actualmente se contém no conceito de Administração Pública. Ver sobre esta ideia, Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª edição, tomo II, pp. 1121 e segs. O mesmo se passou em outros países: Giuseppe Conti, *Polizia*, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 176.

⁽⁶⁾ Procuramos descrever sumariamente essa evolução no nosso *Processo Penal*, Coimbra, 1981, pp. 350 e segs. Para desenvolvimento veja-se Francisco Salgado Zenha, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga, 1968; Mascarenhas Barreto, *História da Polícia em Portugal*, Braga 1979.

políticos nos quadros do Estado, a polícia foi estruturada, orgânica e funcionalmente, como uma entidade pertencente ao universo administrativo. E, como reforço dos seus poderes de intervenção, acrescentou-se-lhe o ingrediente de militarização dos seus quadros superiores e da sua disciplina interna.

E assim, preventiva, administrativa e acidentalmente militarizada, a *polícia*, sob o Estado liberal novecentista e a *justiça* criminal, eram realidades, se não mesmo integralmente separadas, pelo menos, meramente complementarizadas nas respectivas funções.

A aproximação entre ambas as entidades só começou a desenhar-se com a autoritarização do modelo de Estado, a partir da segunda metade do século de novecentos.

E mesmo assim, apenas para a perseguição da chamada criminalidade política, para a defesa da monarquia contra os actos emergentes da então intensa propaganda política republicana.

Assim se compreende a legislação de excepção publicada sob a ditadura de João Franco, nomeadamente quanto à reorganização policial e à criação do Juízo de Instrução Criminal (*).

Mas, inclusivé essa, dá conta de que, no corpo ideológico nacional se verificava ainda uma nítida prevalência da *judicialização* relativamente à *actividade policial*, que àquela ficava em certa medida, e na zona da criminalidade comum, claramente subordinada.

A judicialização manteve-se, pois, como regra na zona da repressão comum, com consequente subordinação da actividade policial às entidades do foro judiciário.

A policialização instrutória só se implantou, como conceito aliás desprovido de novidade, no que respeita à perseguição criminal da oposição política conferindo-se, em conformidade, à entidade policial competente (a P. I. C. — *Polícia de Inves-*

(*) Demos conta dessa legislação e do *Juízo de Instrução Criminal* no nosso *Processo Penal*, I, pp. 66 e 352. O tema foi amplamente estudado por Emygílio da Silva, *Investigação Criminal*, Lisboa, 1909.

tigação Criminal) poderes análogos aos que disfrutava o juiz na zona de repressão comum.

Confusão total verificou-se apenas com o referido *Juízo de Instrução Criminal* que, sendo formalmente uma entidade de natureza jurisdiccional — o seu nome sugere enganadoramente tal qualificativo —, era na prática um organismo de perseguição política, estritamente dependente do Executivo e desprovido, portanto, da independência, que é característica peculiar caracterizadora do poder judiciário (*).

O triunfo político do ideário republicano haveria de marcar um retorno aos princípios jurídicos da monarquia constitucional, nomeadamente à prevalência da jurisdição, relativamente à actividade policial que, relativamente àquela, era encarada como subordinada.

Nesta matéria, a primeira república democrática não definiu um sistema integralmente novo relativamente ao que caracterizava as primeiras décadas da monarquia constitucional, mau grado ter contado no elenco do seu governo com um nome directamente ligado ao ensino jurídico-criminal universitário: Afonso Costa (**).

Fez-se unicamente um trabalho de síntese, entre a tradição judicializante do Antigo Regime e a recriação do instituto de investigação criminal judicializada, alargando-a à zona da criminalidade comum e desligando-a da subordinação ao Executivo, que caracterizava o Juízo de Instrução Criminal franquista.

E assim se compreende que a estrutura essencial do sistema policial resultante da obra de reestruturação de João Franco, se mantivesse incólume, apenas alterada circunstan-

(*) Emygdio da Silva, *Investigação Criminal*, Lisboa, 1909, pp. 296 e segs. maxime p. 305 onde escreve com todo o acerado que caracteriza toda a obra: «o juízo de instrução é uma espécie de policia omnipotente com poderes descricionários e operando no segredo que lhe assegura a N. R. J. e toda a nossa legislação de processo penal, fazendo autos de investigação que tem a força de corpo de delicto, etc. etc.»

(**) Uma resenha dos principais diplomas da I República sobre a matéria consta do nosso *Processo Penal*, I, pp. 72 e segs.

cialmente quanto às facetas outrora atinentes à repressão explicitamente política.

Seria apenas com o sidonismo que se caminharia determinadamente para a confusão judicio-policial, alcançando-a a regra geral do nosso sistema processual criminal (20).

Opera-se então, em 1918, uma completa reorganização dos serviços de polícia, consagrando-se o sistema, que viria a perdurar até aos nossos dias, da *multiplicidade dos corpos policiais*. De facto, e de acordo com tal arranjo, ficaram integradas na Direcção Geral de Segurança Pública e com a categoria de Repartições, a Polícia de Segurança, a Polícia de Investigação, a Polícia Preventiva, a Polícia de Emigração e a Polícia Municipal.

E de todas as polícias, à P. I. C. — a quem se conferiram atribuições no âmbito da criminalidade comum — foram outorgadas prerrogativas que outrora eram pecúlio privativo do foro judicial propriamente dito.

E assim os seus autos passaram a ter o *valor de corpo de delicto*, fazendo em consequência *fé em juízo* (art. 34.º); essa polícia passou a poder *prender por oito dias*, fora de qualquer controlo judicial e sem formação prévia da culpa (art. 33.º).

Tudo isto alinhava a tradição jurídica nacional em novas coordenadas, banindo a tradição antiga e criando o que viria a ser a nova tradição.

E à entrada dos anos vinte do século vinte — quando na Europa pululavam já premonitoriamente os desígnios autoritários da Nova Ordem, a orientação que se esboçava entre nós como prevalente, ia no sentido da policialização, tanto da zona da repressão política como da repressão comum.

A *Ordem Nova* haveria entretanto de chegar até nós sob a bandeira política do *Estado Novo*.

Novo, mas numa inovação que haveria, entretanto, de demorar algumas dezenas de anos a propagar-se a todo o tecido da

(20) O material legislativo publicado durante o governo de Sidónio Pais sobre esta matéria está igualmente enumerado no nosso *Processo Penal*, I, pp. 76-77 e 353.

vida constitucional, substituindo aí a filosofia demo-liberal que a primeira república retomara da reestruturação profunda operada pela monarquia constitucional.

E é esta circunstância que explica que só doze anos volvidos sobre a Constituição de 1933 e dezanove sobre o 28 de Maio se tenha legislado de modo decisivo no sentido do novo figurino processual penal.

Figurino esse que, então sim e de modo definitivo optou pela miscigenação integral das actividades de polícia com as funções tipicamente judiciais.

Figurino que o Código de Processo Penal de 1929 não lograra implementar pois que, aquilo que tal Código aprovou como sistema-base foi a clássica jurisdicionalização integral, tal qual consagravam as Ordenações.

Inquisitório sim, mas judicializado na íntegra, o processo penal gizado por Beleza dos Santos haveria de assumir-se na revisão dos anos 45-54 como acusatório, mas estruturalmente administratizado.

Houve, pois, a partir de 1945 a preocupação de redefinir o relacionamento entre as funções de polícia e de justiça, no quadro de uma nova axiologia estrutural do sistema processual penal, que se pretendeu como da linha de um sistema acusatório, mais tarde tido por formal.

E assim, se tomou como primeira regra (através dos Decretos-Leis n.ºs 35 007 e 35 042) uma opção pela ministerio-publicização do processo penal, com consequente exclusão da judicialização instrutória⁽¹¹⁾ e com o recurso ao mecanismo da mera reclamação hierárquica, a efectivar dentro dos quadros do ministério público, no caso de omissão acusatória.

Complementarmente conferiu-se à polícia a gama de poderes que, pela mesma via, se haviam atribuído ao ministério

(11) «O juiz, presentemente, é ao mesmo tempo, além de julgador, acusador público, substituindo-se nessa função ao Ministério Público, e órgão da polícia judiciária, enquanto dirige a recolha das provas da infracção destinadas a fundamentar a acusação» — preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35 007.

público, retirando-os da titularidade do juiz que, deste modo, se viu confinado à sua função de mero julgador.

Assim, a competência para a realização da instrução criminal, embora teoricamente repartida entre o ministério público e a polícia judiciária, na prática, ficou na quase total dependência desta última.

Na verdade, a polícia obteve competência exclusiva para a instrução, qualquer que fosse o tipo de infracção em causa, nas três maiores cidades do país: Lisboa, Porto e Coimbra.

Além disso, recebeu igualmente competência exclusiva relativamente a certas infracções importantes, isto independentemente do lugar do delito. Passaram, pois a pertencer-lhe, para instrução, os crimes de falsificação de moeda, notas de banco e títulos de dívida pública e tráfico de estupefacientes, de mulheres e menores e de publicações obscenas.

Igualmente lhe poderia ser deferida, pelo Procurador Geral da República a instrução preparatória das infracções mais graves, qualquer que fosse o lugar onde tivessem sido praticadas: homicídio voluntário, roubo, furto, burla, abuso de confiança, falência fraudulenta e fogo posto, quando cometidos em acumulação e em diferentes comarcas, por delinquentes perigosos ou indivíduos sujeitos a vigilância especial da polícia; crimes de associação de malfeitores ou cometidos por associações de malfeitores, quadrilha ou bando organizado; e — finalmente — de modo a abranger tudo o que não tivesse ficado incluído na atribuição à polícia de uma competência privativa, em detrimento do ministério público, poder-lhe-ia ser deferida pelo mesmo Procurador Geral da República a instrução preparatória de «quaisquer crimes públicos a que corresponda processo correccional ou de querela, se a sua averiguação ou a descoberta dos seus autores se apresentar como particularmente difícil».

Logo por aqui se pode concluir em que termos a competência instrutória anteriormente judicializada foi repartida entre o ministério público e a polícia judiciária. A parte de leão coube a esta, em detrimento daquele.

Mas há mais.

Mau grado ter sido apresentada como entidade dotada de um tecnicismo adequado a fazer face ao aumento da criminalidade, foi outorgado à polícia judiciária um prazo de realização da instrução preparatória e de prisão preventiva largamente superior aos que eram permitidos ao Ministério Público.

Na verdade, aos órgãos privativos da polícia judiciária — no que se abrangia tanto a polícia judiciária propriamente dita como a P. I. D. E. — foram concedidos 180 dias para realizar a instrução preparatória dos processos criminais a seu cargo e para manter sob prisão preventiva os arguidos.

Ao ministério público, tecnicamente menos apetrechado — e que em pura lógica careceria de um prazo mais longo — manteve-se o apertado prazo de quarenta dias em processo de querela e vinte no processo correcional.

E mais ainda: avançando então de modo decisivo no sentido da integral miscigenação entre as funções de polícia e as de justiça, atribuíram-se directamente à polícia poderes que até então eram pertença exclusiva do juiz, nomeadamente os respeitantes à liberdade pessoal.

Deste modo, o art. 8.º do Decreto-Lei n.º 35 042 estabeleceu que «as funções que a lei atribui ao juiz durante a instrução preparatória, relativamente à libertação ou manutenção da prisão dos arguidos e à aplicação provisória de medidas de segurança serão desempenhadas pelos directores e sub-directores da polícia judiciária em todos os casos em que a esta pertencer a instrução dos processos».

Toda esta filosofia entrou em franca crise a partir de 1972, já que a revisão entretanto feita ao Código de Processo Penal — através do Decreto-Lei n.º 1857/2 — e a implantação — através da Lei n.º 2/72 e o Decreto n.º 343/72 — do Juízo de Instrução Criminal, apontaram no sentido de orientações distintas.

Em primeiro lugar, adoptou-se uma solução de compromisso entre a administrativização, que se ensaiara nas décadas anteriores e a judicialização, que era tradição do Antigo Regime, da monarquia constitucional e da legislação da I República.

Além disso, mantendo-se o sistema de policialização instrutória, que fora implantado pelo Decreto-Lei n.º 35 042, re-judicializou-se a zona tipicamente jurisdiccional definindo-se que,

nas comarcas onde fosse criado o juízo de instrução criminal — precisamente aquelas em que a polícia judiciária mantinha a sua exclusiva competência, em detrimento do ministério público — caberia ao referido juízo de instrução criminal «exercer as funções jurisdicionais durante a instrução preparatória e durante a instrução contraditória nos processos comuns (...)» — para além do que ficasse estabelecido quanto aos processos de segurança.

Trata-se, pois de uma partilha de esferas de influência, com base numa fronteira, cujo critério delimitador acabou por perdurar; à judicialização quanto é, por essência, jurisdicional; à policialização quanto é, por natureza, instrutório.

É claro que algumas dificuldades construtivistas tolheram o passo do legislador e deste modo, a nível de regulamentação, optou-se por uma mera enumeração do que se entendia serem as funções jurisdicionais agora judicializadas. E assim o Decreto n.º 343/72 — que aprovou o regulamento dos Juízos de Instrução Criminal — considerou estarem abrangidos em tais funções, a validação e manutenção de capturas, a decisão sobre liberdade provisória, a aplicação provisória de medidas de segurança, a admissão de assistente e a condenação em multa e imposto de justiça.

Este esquema de compromisso só viria a ser alterado com a Constituição de 1976 que, então sim, dentro da distinção conceitual entre actos de instrução e actos jurisdicionais — que não assumiu de modo claro — confiou unicamente ao juiz de instrução criminal os primeiros e de modo implícito ao juiz competente — consoante a fase processual em causa — os segundos.

Judicializou-se então integralmente a zona instrutória e, ao que parece, também a zona de tipo jurisdicional.

E diz-se ao que parece, porque algumas dificuldades que emergem nesta matéria radicam precisamente quanto a tal questão.

Na verdade, apesar do figurino geral que se acaba de referir, a legislação ordinária pós-constitucional — inclusivamente a que visou expressamente adequar a lei processual aos ditames da Lei Fundamental —, vem permitindo a subsistência

de figuras que não se coadunam com a caracterização que ficou enunciada.

Assim, parece pouco consentâneo com o sistema, a subsistência da prisão preventiva fora de flagrante por ordem de autoridades de polícia judiciária — com mera validação judicial subsequente — e, no entanto, o artigo 293.º do Código de Processo Penal — que o permite — é considerado como estando em vigor.

E do mesmo modo parece antitético com a judicialização das funções jurisdicionais que o juízo de mérito sobre as provas pré-acusatórias seja deixado, em mecanismo de auto-fiscalização, ao ministério público e no entanto a interpretação que vem sendo feita das novas disposições legais vai no sentido da incompatibilidade do art. 346.º — e parte do art. 351.º do Código de Processo Penal — com a própria estrutura da Constituição e da legislação orgânico-judiciária pós-constitucional⁽¹²⁾.

E inclusivamente a própria subsistência do conceito de *judicialização integral da instrução* está cada vez mais posta em causa face à estrutura que vem sendo dada ao inquérito preliminar.

Passível de ser considerado num conceito amplo de *corpo de delito*⁽¹³⁾ o inquérito preliminar, na sua estrutura actual, é a demonstração concludente de que mesmo a opção da Cons-

(12) V. o despacho do Procurador da República publicado a pp. 127 e segs., vol 4, ano I, da *Revista do Ministério Público*, na qual se retoma a ideia de que «os arts. 346.º do Código de Processo Penal e 44.º do Decreto-Lei n.º 35 007 têm de considerar-se inaplicáveis ao processo penal actual quer a acusação se siga à instrução preparatória, quer tenha sido precedida de instrução contraditória» — rematando-se com «a actividade do Ministério Público como titular único da acção penal, apenas é controlável por via da fiscalização hierárquica e embora indirectamente, pela acusação particular».

(13) E parece-nos que há bons fundamentos nesse sentido após o recente trabalho de Germano Marques da Silva sobre o tema no seu estudo, *Da inconstitucionalidade do inquérito preliminar*, Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, vol. I, n.º 1, 1980.

tuição quanto à judicialização instrutória está na prática esvaziada de sentido.

A miscigenação que a Constituição parecia querer quebrar como tradição jurídica nacional, retomou o seu lugar, mesmo sob a vigilância da Constituição.

E vista já a diacronia ao sistema, é tempo de assentar as primeiras conclusões, para que se possa ensaiar o percurso final deste nosso texto.

Está, pois, claro que a interrelação polícia-justiça é, sob o ângulo político, tão insita à liberalização do aparelho de Estado nos quadros da democracia formal, como dialeticamente, o mesmo conceito informa variantes autoritárias do mesmo Estado, naqueles momentos sobretudo da sua historicidade em que àquela se conferiram prerrogativas tradicionalmente patri-mónio do poder judicial (14).

É que as *conjunturas especiais* da política, e delas ainda não falamos, têm destas exigências.

E com elas iremos prosseguir. Antes de mais, com as *flutuações variáveis da criminalidade*, nomeadamente o seu aumento *correlacional* com o agravamento das questões de ordem pública e afinal da mutação da estrutura do Estado (15).

E porque isso é assim, rotativamente se vem repondo no corpo ideológico a problemática da eficácia dos órgãos encarregues da repressão penal comum e por apenso a questão da validade de distribuição de funções entre tais órgãos.

(14) Um estudo sob a óptica do Direito Comparado sobre a inter-relação Polícia-Justiça nas suas várias implicações, e o de Guy Denis, *L'Enquête Préliminaire*, Paris, 1974. Idetas gerais colhem-se em Marcel Le Clère, *La Police*, Paris, 1972, pp. 78 e segs.

(15) Como pode ver-se amplificadamente no contexto alemão, sobretudo quanto à repressão da criminalidade violenta e do terrorismo, o que gerou modificações de estrutura bastante importantes a partir de 1974, como pode ver-se em Schmidt-Leichner, *Strafverfahrensrecht 1975: Fortschritt oder Rückschritt?* in NJW, 1975, p. 417; Giovanni Long, *La cosiddetta Lex Baader-Meinhof nel nuovo processo penale tedesco*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1976, pp. 197 e segs.; Sebastian Cobler, *Die Gefahr geht von den Menschen aus*, 1976, trad. inglesa na Penguin, 1978, pp. 136 e segs.

E mais uma vez a História ensina que, em tais emergências da vida social, o problema é, por sistema, resolvido em favor da polícia, contra a Justiça, pois que então, só aquela e não esta facultam ao poder político a intervenção imediata, que permite a regulação do corpo social, de acordo com as contingências em causa ⁽¹⁶⁾.

À conjuntura especial — como aqui a designamos — pertence também a ideia de que a condução da *estratégia acusatória* se deve efectuar de acordo com um paradigma de *oportunidade*.

E isso, porque só as exigências variáveis da política impõem um balanço entre a necessária aceleração do processamento e do rigor incriminatório, com o antitético agraciamento administrativo da delinquência previligiada, a omissão acusatória e o relaxamento do ritmo das investigações.

Ora a lentidão e inelutabilidade do aparelho *judiciário* obstam à consecução das razões de Estado, que quantas vezes, para fazer face a momentos problemáticos do seu quotidiano, carece de outras variantes instrumentais mais dúcteis e discricionárias, que a policialização pode na verdade propiciar ⁽¹⁷⁾.

Circunstâncias peculiares atinentes a certas vicissitudes

⁽¹⁶⁾ Isto mau grado ser frequentemente contestado que o aumento das forças policiais signifique uma diminuição consequente da criminalidade. Há pelo contrário, a ideia de que a correlação «mais polícia mais crime» é exacta. Sobre esta questão Roy Carr-Hill e Nicholas Stern, *Crime, the police and criminal statistics*, Londres, 1979 (há um resumo no semanário *New Statesman*, 18-1-80, pp. 85-86).

⁽¹⁷⁾ O poder discricionário é co-natural à actividade policial já que a total execução da lei criminal conhece, por várias razões, limitações em favor da oportunidade. Keith Bottomley no seu estudo *Decisions in the Penal Process*, Londres, 1973, pp. 37 e segs. retomando as reflexões de Quinney (em *The Social Reality of Crime*, Boston, 1970), foca as causas de tal fenómeno sobre o qual se pode ler, no âmbito processual penal: L. H. C. Hulsman, José M. Rico e Samir Rizkalla, *Fonctions et tâches de la police* (in) Denis Szabo (ed.), *Police, culture e société*, maxime pp. 27 e segs., textos apresentados ao IV Simpósio Internacional de Criminologia Comparada (27-29 de Abril de 1972 — Mont-Gabriel, Canadá).

históricas transportam igualmente para o âmbito policial a resolução de problemas que, em termos de normalidade institucional são matéria da competência cognitiva do foro judiciário. É o que se passa com questões de tipo familiar, litígios habitacionais ou outros de nível vicinal em que a polícia é chamada a intervir por via do apelo dos próprios cidadãos que vêm nela o único organismo imediato e permanente de resolução de questões de emergência flagrante ⁽¹⁸⁾.

E, por último — quanto se poderia dizer mais — são as limitações humanas e organizativas da estrutura administrativa estadual que remete para as entidades policiais tarefas de tipo assistencial, de inquérito social e de ressocialização do delinquente, que num plano rigoroso, caberiam a departamentos com competência especializada e com implantação bem distinta na estrutura do Estado.

Finalmente — e preparamo-nos com isto para reentrar já no *campus* universitário — vem potenciando a miscigenação o carácter irresoluto de alguns pontos nodais da problemática processual.

Está neste âmago de ideias, em primeiro lugar, a inexistência de um modelo explícito quanto ao sistema processual penal já que, mesmo a sua conceitualização fundamental como acusatório, acusatório puro, inquisitório ou misto não é pacífica.

Depois disso, é a indefinição dos conceitos básicos no campo da teoria dos actos em processo penal — nomeadamente

(18) A. J. Reiss, Jr. *The Police and the Public*, New Haven, Yale University Press, 1971. Esta *função social* da polícia tem sido intensamente referida pela doutrina, que a associa nomeadamente à formulação democrática do Estado, pois que nesta óptica, o alargamento funcional da actividade da polícia desenhá-la-ia como entidade de cooperação do indivíduo contra as próprias exigências do Estado. O tópico — aliás controverso, pelo menos em algumas das suas incidências — pode ver-se em: Giuseppe Conti, *Poësia*, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 177; L. H. C. Huisman, José M. Rico e Samir Rizkalla, *Fonctions et tâches de la police*, in Denis Szabo (ed.), *Police, culture et société*, Montreal, 1974, pp. 17 e segs.

a distinção entre os actos de instrução, de promoção e de jurisdição — que fomenta intrincadas questões hermenêuticas propiciadoras, como é de ver, de uma sobreposição de campos que só desfavorece a judicialização.

A miscigenação entre as funções da polícia e a actividade tipicamente judicial, vem na verdade e no presente momento histórico favorecendo a policialização de instituições até aqui pertinentes à esfera judiciária.

Este corelato aumento das funções de polícia significa uma alteração do equilíbrio clássico de poderes no quadro do Estado democrático.

E assim, a própria dependência exclusiva da polícia judiciária relativamente ao ministério público poderá ser posta em dúvida ⁽¹⁹⁾.

Com esta questão finalizaremos.

Em abono da dependência em causa, costuma-se classicamente argumentar no sentido de que só ela permite salvaguardar a independência da magistratura judicial — nomeadamente a da instrução — e, paralelamente, limitar o próprio Executivo, cuja intervenção directa no campo criminal se efectua através da mediação de uma entidade atinente ao mundo da administração judiciária: o ministério público ⁽²⁰⁾.

Ora são precisamente estes postulados que podem ser questionados um a um.

Preservar a independência da magistratura judicial, vedan-

⁽¹⁹⁾ Se é que o controle tem de facto uma existência visível. Citando Hulsman, Rico e Rizkalla, p. 49: «Mesmo se em certos países (Estados Unidos, França) o procurador é teoricamente considerado como o principal responsável pela aplicação das leis, ele não tem poderes de vigilância geral sobre as actividades policiaes, mas apenas os relativos aos procedimentos criminaes. O seu controle é pois quantitativamente limitado, se se tiver em conta que as actividades não criminaes da policia representam mais de 80 % do conjunto das tarefas policiaes».

⁽²⁰⁾ Uma reflexão sobre esta subordinação da policia judiciária ao ministério público, como forma de salvaguarda das liberdades individuais, da independência da magistratura judicial e da não ingerência administrativa no campo processual penal é a de Emygdio da Silva, *Investigação Criminal*, Lisboa, 1909, pp. 29 e segs.

do-lhe o controlo da policia, porque — nos dizeres dos apoiantes de tal sistema — «a imparcialidade só pode viver em regiões serenas» (21).

Este postulado parte de um conceito de imparcialidade de tipo especulativo e puramente descomprometido louvando-se na ideia de que, só no âmbito de um *múnus* puramente analítico pode uma entidade de tipo judiciário grangear uma autonomia de critério que as vicissitudes da acção por certo lhe furtariam.

Preconceito falso, que a prática pode demonstrar corresponder a uma pura legitimação de situações particulares, de minimização da magistratura, através do seu confinamento a tarefas, em que a cerebralização da actividade é o resíduo de uma *praxis*, que lhes foi entretanto subtraída.

E mais, serenizando-se a actividade judiciária, retira-se-lhe os meios que, pelo contrário, garantiriam o exercício de uma verdadeira missão consequente no campo da justiça criminal e a assunção de um estatuto prestigiado nos quadros do aparelho de Estado.

É que, privada dos instrumentos humanos e técnicos que lhe permitiriam a execução dos seus poderes, a jurisdição torna-se um mero *factotum* das entidades policiaes, ratificando-lhe actos, cujo alcance e significação lhe escapam por completo.

Dependentizá-la do ministério público — diz-se numa variante do mesmo argumento — para que a policia, enfim, só possa ser acedida pelo Executivo por via da actividade mediadora do ministério público.

Novo equívoco.

É que sustentar tal tese é esquecer que amiúde o Governo opta, se necessário, pelo apoucamento do ministério público, em favor dos poderes magestáticos que confere às suas polícias, que deste modo, lhe asseguram uma intervenção por via directa do foro judiciário.

E pior, é parecer ignorar que nunca tal dependentização deixou de estar integrada com o mecanismo pelo qual a inter-

(21) Emygdio da Silva, *cit.*, p. 31.

venção administrativa no foro judiciário se pode efectivar directamente através da polícia, sem o recurso a mediações do ministério público.

Tudo isto fará meditar no interesse da repartição diferenciada, ou até cumulativa, das funções de direcção das entidades de polícia judiciária pelo ministério público e pela magistratura judicial, cada uma na medida da respectiva esfera de atribuições que defenda no âmbito do processo criminal.

Ou seja e de modo claro: que, confiada à sua dimensão administrativa — que não perde mesmo quando se projecta na modalidade judiciária — (22) a polícia seja, no plano funcional, simultaneamente disponível pelo ministério público ou pela entidade judicial incumbida da instrução.

Poder-se-á assim secundar quantos pretendem ultrapassar a distinção — disseminada pelo sistema pós-revolucionário francês (23) — entre a polícia administrativa e a polícia judiciária propriamente dita (24).

Primeiro, porque a distinção nunca apresente aqueles requisitos de clareza e de segurança que permitissem fazer dela um conceito operatório de valia epistemológica universal.

Depois, porque mau grado as repetidas sistematizações de índole formal e abstracta, ambas as variantes de polícia assumem frequentemente nos concretos ordenamentos uma dimensão simultaneamente preventiva e repressiva, que inutiliza, desde

(22) Giuseppe Conti, *Polizia*, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 177.

(23) A separação em causa e o próprio critério delimitador entre ambas as figuras radica no art. 18.º do Código francês dos delitos e das penas de 3 do Brumário do ano IV onde se estabelece que:

«A *polícia administrativa* tem por objecto a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os sectores da administração geral. O seu fim é, principalmente, o de prevenir os delitos...

«A *polícia judiciária* investiga os delitos que a polícia administrativa não impediu se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados por lei de os punir.

(24) Assim Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, p. 398 nota 6.

logo, a viabilidade prática de implantação da diferença proposta como regra teórica (25).

E sobretudo, porque os próprios preconceitos de índole política, que preveniriam contra a atenuação da distinção entre as duas tipologias de política, parecem ter, em conformidade, perdido a razão de ser.

Na verdade, o recurso comumente feito, tanto ao nível do já generalizado inquérito preliminar, como da própria instrução criminal *stricto sensu*, à colaboração indagatória de todas as modalidades de polícia, demonstram não ser a autonomização conceitual da polícia preventiva como entidade de natureza administrativa que impede a sua utilização em termos tipicamente pertencentes ao mundo do processo penal (26).

(25) Numa visão possível das coisas, a polícia administrativa teria funções exclusivamente preventivas, enquanto que a judiciária intervinha após a comissão do delito de modo a colaborar na descoberta dos seus autores.

Tal entendimento é contestado por quantos afirmam que qualquer que seja a modalidade em que concretamente se assuma a polícia desenvolve sempre uma actividade de tipo preventivo — distinta, pois, da repressiva. — A distinção assentaria no facto de, enquanto judiciária, a polícia respectiva preveniria a emergência da criminalidade, sendo o conceito de polícia administrativa delimitado por exclusão de partes (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed., pp. 1129 e segs.).

Uma conceitualização integralmente consuntiva destas funções nasceu com o Decreto-Lei n.º 35 042, em cujo preâmbulo se considerou:

«As funções da polícia judiciária são essencialmente funções de investigação criminal ou post-delituais.

«As funções de prevenção do chamado perigo agudo da criminalidade pertencem à polícia de segurança, à qual incumbe, por acção de presença, impedir a prática das infracções.

«Mas é já do domínio da competência da polícia judiciária, por virtude da estreita conexão com a exteriorização criminosa, a prevenção do perigo crónico da criminalidade».

(26) Com a consequente questão de saber se os actos de polícia judiciária pertencem ao campo do processo penal ou, pelo contrário, configuram uma actividade de tipo preliminar ou preparatório mas, em qualquer caso, fora do campo do processo *proprio sensu* — que teria como pressuposto uma necessária jurisdicionalidade. No sentido de que as fun-

E mais — no outro espectro de classificação em causa — nada vem obstando à imposição de tarefas de tipo preventivo a entidades de polícia judiciária, nomeadamente no que respeita a intervenções de tipo informativo.

Em primeiro lugar, pela aceitação de que, em razão do próprio recorte geral das suas efectivas funções sociais, a polícia deverá manter-se na esfera administrativa, na qual encontrará a respectiva organização, regime disciplinar e a interligação com todos os restantes órgãos de Administração que concorrem para a salvaguarda dos princípios do Estado de Direito.

A eficácia policial passa por esta coordenação de outro modo inatingível.

Depois — e aqui residirá a bissetriz que fornecerá a separação relativamente ao sistema clássico — pela definição de que a intervenção da polícia no âmbito do processo penal se deverá efectivar única e exclusivamente sob a dependência funcional das entidades de administração judiciária e na medida das atribuições que a cada uma delas tenha sido outorgada na repartição da competência funcional.

Esta visão bicéfala das entidades policiais sugere largos desenvolvimentos.

Antes de mais, para explicitar que o bicefalismo opera pela circunstância de que a polícia ficará numa sujeição no âmbito das suas actividades: organicamente dependente da público e na medida daquilo que a cada um pertença no foro estrutura administrativa do Estado, ela encontrar-se-á no campo funcional, na disponibilidade dos sujeitos de administração judiciária, nomeadamente do juiz de instrução e do ministério criminal.

Além disso, porque com este modo de gizar as coisas, se terá inflectido no sentido de evitar precisamente a miscigenação,

ções da polícia judiciária não se pode desconhecer uma certa qualificação processual, Carlo Consonni-Folcieri, *Polizia Giudiziaria*, Novissimo Digesto Italiano.

cujas dificuldades parecem implicitamente resultar do que ficou atrás referido.

Garante-se, assim, através da pluralidade de dependências o auto-controle do sistema e uma delimitação dos seus sectores integrantes mais compatível com a finalidade que cada um deles visa prosseguir no âmbito de Administração de Justiça.

Julgamos que deste modo será viável ultrapassar a situação que R. Boure e P. Mignard tão bem estigmatizaram no seu livro ⁽²⁷⁾ ao afirmarem:

«O poder não tolera o menor controlo jurisdicional da polícia a fim de deixar a esta última a mais larga margem de manobra. Ele sustenta até ao fim a polícia, esperando que esta sustente até ao fim o Poder».

(27) *La Crise de l'institution judiciaire*, Cristian Bourgois, 1977, p. 67.