

A NOVA CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL PENAL

Pelo Dr. José António Barreiros

A) AS NOVAS EXIGÊNCIAS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

1. O Direito processual penal, em abstracto, é uma ordem jurídica infra-constitucional.

1.1. O seu conteúdo normativo está, por isso, profundamente conformado pelo do Direito Constitucional ⁽¹⁾.

1.2. Essa adequação opera de modo mais intenso do que em outros ramos do Direito, pelo que, nesta medida e apenas nela, faz sentido afirmar-se que ele é, na prática, verdadeiro Direito Constitucional aplicado ⁽²⁾.

1.3. Na ordem constitucional global portuguesa a Constituição processual penal resulta da conjugação integrada:

(1) A bibliografia portuguesa sobre a Constituição processual penal não é muito vasta. Citaremos, além de outra que vai referida no texto: Rui Pinheiro e Artur Maurício, *A Constituição e o Processo Penal*, 1.ª edição, Lisboa, 1976, 2.ª edição, Lisboa, 1982; Figueiredo Dias, *A Revisão Constitucional e o Processo Penal*, in *A Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais*, Lisboa, 1981; Rodrigues Maximiano, *A Constituição e o Processo Penal*, *Revista do Ministério Público*, II, n.º 5 e 6; Figueiredo Dias, *A Nova Constituição e o Processo Penal*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976.

(2) A expressão é de Henkel, transcrita por Figueiredo Dias no seu *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, 1974, p. 74.

1.3.1. Das denominadas «garantias de processo criminal», tipificadas no artigo 32.º da Constituição (3);

1.3.2. De outros direitos fundamentais que a Constituição acolhe como direitos, liberdades e garantias, como é o caso da validação da detenção (4);

(3) Por comodidade aqui se cita o mencionado preceito:

Artigo 32.º

«1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória.

4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.

5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.»

(4) Por serem adiante repetidas vezes citados, transcrevem-se os artigos 27.º e 28.º da Constituição:

Artigo 27.º

«1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão, ou de aplicação judicial de medida de segurança.

3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

- a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior;
- b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- c) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- d) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

1.3.3. De deveres fundamentais consagrados no ordenamento constitucional, ainda que sem assento na sistemática da lei fundamental;

1.3.4. De normas de escopo organizativo, contidas nomeadamente no Título V da parte III dedicado aos Tribunais (artigo 205.º e seguintes da Constituição).

2. A alteração do conteúdo normativo do Direito Constitucional projecta-se, como é sabido, decisivamente, na definição da ordem jurídica processual criminal.

2.1. De tal modo que, cada ordenamento constitucional implica um novo Direito de Processo Penal.

2.1.1. Assim: a revisão da Constituição de 1933 feita em 1971 (Lei n.º 3/71) obrigou à alteração do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 185/72), a aprovação da Constituição de 1976 à revisão do mesmo Código pelo Decreto-Lei n.º 377/77, e a 1.ª Revisão Constitucional de 1982 à emissão do Decreto-Lei n.º 402/82.

-
- e) Detenção por decisão judicial, em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal, ou para assegurar a comparência perante a autoridade judicial competente.
4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente das razões da sua prisão ou detenção.
5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.»

Artigo 28.º

«1. A prisão sem culpa formada será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz conhecer das causas da detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

2. A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista na lei.

3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados.

4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da culpa, está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.»

2.2. Igualmente sucede que, um novo ordenamento constitucional permite e, em parte, obriga à *re-aferição* da valia constitucional de institutos jurídicos sobre os quais não haja especificamente incidido a decisão legislativa de adequação à nova fisionomia da lei fundamental.

3. A implicação jurídica referida no número antecedente projecta-se, porém, igualmente num sentido inverso do descrito, sendo em certa medida verdadeira a afirmação recíproca àquela ali mencionada: a variação normativa do conteúdo da ordem jurídica processual penal acaba por se traduzir numa modificação da substância normativa do Direito Constitucional, pelo que, cada novo Direito processual penal implica uma inovação no ordenamento constitucional, uma nova Constituição processual penal, e isto tanto a nível da necessidade da sua mutação legislativa, como no que respeita à modificação dos seus critérios interpretativos.

4. O presente artigo tem como objectivo demonstrar a validade das duas afirmações antecedentes (3.1 e 3.2), extraindo elementos necessários para uma revisão constitucional que venha a incidir sobre estes preceitos, e que — é a nossa tese — a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal torna imperativa.

Mas, procura-se também demonstrar o fundamento da segunda parte da afirmação produzida sob o n.º 3.2., naquilo em que nela se postula poder a mesma legislação constitucional suportar diversos critérios para a sua interpretação, os quais, conformando de modo distinto o respectivo conteúdo material, ditam uma legitimação constitucional inovadora de modos diversos de expressar a ordem jurídico-processual penal. Ou seja, desafiando aquilo que parece ser uma regra de bom senso, tenta-se aqui sustentar a tese segundo a qual os critérios de aferição da constitucionalidade de um sistema processual penal não são algo de pré-estabelecido pelo legislador constitucional, mas haverão de ser um dado em larga medida dependente do sistema processual penal de que em concreto se tratar.

5. Entrando directamente no projectado raciocínio demonstrativo, cabe assumir, como premissa inicial, que a Constituição processual penal é um enunciado de prescrições, mandatos e situações subjectivas formuladas de modo abstracto, com um conteúdo aberto, e com um âmbito de previsão para cuja delimitação normativa a própria Constituição não oferece elementos seguros nem pré-ordena regras interpretativas injuntivas (3).

5.1. Assim, definindo por exemplo a Constituição que «o processo criminal tem estrutura acusatória» (n.º 5 do artigo 32.º) não encontraremos na letra dessa Lei fundamental qualquer noção ou critério de interpretação que permitam construir o conceito respectivo, o mesmo se passando com tantos outros conceitos relevantes para a individualização do alcance preceptivo do texto constitucional: o conceito de instrução (decisivo para a interpretação da máxima «toda a instrução é da competência de um juiz», constante do n.º 4 do mencionado artigo 32.º), e praticamente a maioria dos termos jurídicos essenciais à ordem jurídica constitucional com incidência no processo penal contidos no referido artigo 32.º (arguido, mais curto prazo — n.º 2; juiz, outras entidades — n.º 4; etc.) ou em outros comandos constitucionais com o mesmo âmbito material de acção (prisão e detenção — n.º 3 do artigo 27.º; medida de liberdade provisória — n.º 2 do artigo 28.º; condenação injusta — n.º 6 do artigo 29.º; etc.).

6. A Constituição processual penal assume pois intencionalmente o princípio da *reserva de lei*, em benefício do legislador ordinário, quanto à definição dos conceitos jurídicos essenciais à sua regulação normativa; daí que a interpretação do texto cons-

(3) Que a interpretação dos preceitos constitucionais não é a procura de uma vontade preexistente à qual o intérprete deva obediência, pois as normas respectivas não contêm uma regulamentação concreta definitiva ou inequívoca, existindo apenas um problema normativo a resolver, eis o que é adquirido (Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1976, Coimbra, 1983, p. 121) e pressuposto deste texto.

titucional não possa deixar de tomar como base de sustentação o valor hermenêutico que em determinado momento da evolução jurídico-processual assumam os conceitos de cuja interpretação se tratar.

E, assim, já estamos a fazer depender o critério de aferição da constitucionalidade de um determinado instituto processual penal do modo como esse instituto concretamente se apresentar à análise.

7. Questão que fica por outro lado assim resolvida é a de saber se, tendo sido gerada num contexto jurídico determinado — no qual os conceitos tinham um *significado determinado* e um particular modo de se exprimirem — a Constituição processual penal não assumiu, clausulando-o rigidamente e conferindo-lhe perenidade, um particular modo de entender tais conceitos, com a subsequente proscrição de modos diversos de conceber o âmbito de incidência da nomenclatura constitucional.

7.1. Duas vias maximalistas se perfilam para a resolução do problema enunciado:

7.1.1. A da assunção do carácter pré-constituído pelo legislador ordinário e intemporalmente fixado pela decisão constituinte dos conceitos jurídicos essenciais à Constituição processual penal.

7.1.2. A da aceitação do carácter puramente indicativo e referencial dos mencionados conceitos, que o legislador constitucional haverá expresso apenas com um sentido puramente circunstancial e temporalmente situado.

7.2. Ilustrando de modo exemplificativo a primeira via de concepção da questão, por ela seria suposto que o conceito de instrução ínsito à previsão do n.º 4 do artigo 32.º seria exclusivamente circunscrito às denominadas instruções *preparatória* e *contraditória*, com exclusão do «inquérito preliminar»; assim como a noção de *arguido*, a que fazem apelo os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, seria uma categoria técnica recortada em função e por exclusão da figura do suspeito

e configurada especificadamente nos termos em que a referia o artigo 251.º do Código de Processo Penal a partir da reforma nele introduzida em 1972.

7.3. Já para o segundo meio de resolver o problema que estamos analisando ao utilizar o termo «instrução» estaria virtualmente o legislador a acolher a figura das averiguações criminais, independentemente do seu particular modo de configuração material, ou seja, sem embargo de elas se traduzirem em actos de corpo de delito, instrução preparatória, inquérito ou investigação criminal (6); do mesmo modo a figura do arguido poderia ser conjecturalmente extensível de modo a abarcar todos os tipos determinados de apresentação intra-processual do agente da infracção, incluídos o *réu*, o *suspeito*, o *acusado*, o *imputado*, o indiciado.

7.4. Nenhuma destas vias nos parece oferecer valia suficiente para poder comportar-se como critério decisivo de construção conceptual do ordenamento constitucional atinente ao Processo Penal.

Estamos, pelo contrário, em crer que só uma via intermédia, resultante da articulação ponderada de ambas as alternativas configuradas, nos poderá oferecer a chave da questão: ponderação que deverá processar-se — eis o ponto de vista que suporta o presente texto — através da admissibilidade do carácter aberto a virtualmente integrável pelo melhor estádio subse-

(6) Era este o argumento essencial de Germano Marques da Silva quando 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 (único), 1980, pág. 179 e segs. apontava «para a interpretação do termo «instrução», no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição, no sentido de abranger qualquer actividade que tenha por fim verificar a existência das infracções, determinar os seus agentes e averiguar a sua responsabilidade com a finalidade específica de fundamentar o envio do processo a julgamento ou o seu arquivamento, ou seja, todos os actos que a lei vigente à data da votação daquele preceito constitucional compreendia na instrução preparatória e contraditória».

A questão havia sido já analisada pela Comissão Constitucional, para a qual o termo «instrução» se reporta apenas «à fase processual que, com aquele mesmo fim, se destina especificamente a fundamentar o envio do processo a julgamento ou o seu arquivamento (Acórdão n.º 6, em Apêndice ao Diário da República de 6-6-77).

quente do ordenamento jurídico, dos conceitos utilizados pela Constituição processual penal.

Trata-se — no que a muitos conceitos respeita — de conceitos relativamente indeterminados («garantias de defesa», «mais curto prazo», «estrutura acusatória») e, quanto a outros, de conceitos cujo espaço semântico não foi intencionalmente assumido pela Constituinte se não em função de uma estrutura processual determinada e historicamente situada («arguido», «instrução», «actos instrutórios», etc.).

Em suma, eis o que fica, a nosso ver, elucidado por via deste primeiro passo da nossa reflexão: os critérios de constitucionalidade de um sistema processual penal dependem do particular modo e expressão dos conceitos jurídicos utilizados na Constituição processual criminal tal como se apresentam no momento em que a questão da constitucionalidade se colocar.

8. Uma outra particularidade poderá, porém, ser chamada a intervir para a fundamentação da natureza subsidiária da Constituição processual penal relativamente ao ordenamento jurídico processual penal no que à construção dos conceitos respectivos respeita; trata-se da circunstância de no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição se configurar o processo criminal como de *estrutura acusatória*.

8.1. Numa sua concepção restrita tal enunciado tem um valor puramente delimitado, e endo-processual, significando, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento e, no plano subjectivo ou orgânico, a diferenciação entre juiz de instrução e de julgamento e entre ambos e o órgão acusador (7).

8.2. Parece, no entanto, possível ir-se mais longe e visualizar o conceito em questão como dotado de uma virtualidade mais intensa, mais adequado a definir todo o modo

(7) Eis o entendimento de Vital Moreira e Gomes Canotilho quanto ao que denominaram a «densificação semântica da estrutura acusatória», na nota VII ao artigo 32.º na *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 1984, p. 217.

de funcionamento do sistema processual penal do que, circunscritamente, apenas uma separação intra-processual de poderes entre alguns dos sujeitos nele intervenientes ⁽⁸⁾.

Mas mais: é que, de todas as garantias de processo criminal tipificadas no artigo 32.º da Constituição uma única assume intrínseca natureza estrutural, sendo como tal qualificada pela letra do preceito — a *garantia do acusatório*, a qual reveste a natureza de elemento estruturante do processo criminal.

Na arquitectura processual penal a garantia do acusatório significa, assim, um grau e uma hierarquia largamente prevalentes a todas as outras garantias respeitantes ao mesmo tipo de processo, pois que enquanto estas respeitam ou a certos momentos processuais — a do n.º 4 é limitada à instrução, a do n.º 5, 2.ª parte, à audiência e aos actos instrutórios — ou a certos sujeitos do processo — nos n.ºs 2 e 3 o arguido, no n.º 7 o Tribunal — aquela é comum a todo o faseamento processual e a todos os intervenientes na dinâmica processual.

Trave fundante do processo criminal, a garantia do acusatório não é, por outro lado, na sistemática da Constituição, apenas um dos princípios conformadores do sistema processual penal tal como classicamente se delineiam — ao lado da oralidade, do contraditório, da investigação, da verdade material, etc. — mas, bem diversamente, a única a que a Constituição entendeu dever conferir o carácter de matriz construtiva e estruturante do sistema de processo criminal.

Só que a estrutura acusatória não corresponde a um modo unívoco de entender a organização do processo penal,

⁽⁸⁾ Já Figueiredo Dias na sua comunicação *A Nova Constituição e o Processo Penal*, pág. 105, afirmou que a norma constitucional que qualifica o processo penal como de estrutura acusatória não significa «uma mera declaração teórica e formal. Trata-se, isso 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».

porquanto sob tal designação são várias as correntes configurações admissíveis do sistema processual penal (9).

O termo corresponde a um modo empírico de designar o processo penal anglo-americano e, no contexto da Europa Continental tem, para além disso, uma significação particular, ainda por antítese ao sistema processual inquisitório, que aqui vigorou desde a decadência do Império Romano até à Revolução Francesa.

9. Encarada sob este prisma, a Constituição processual penal de estrutura acusatória poderá configurar-se, aliás, como correspondente a distintos modos de expressão do sistema processual penal, ou, vale a recíproca, poderão aceitar-se como essencialmente correspondentes ao mesmo tipo de Constituição processual penal variadas estruturas processuais penais, desde que todas mereçam o qualificativo de acusatórias.

A estrutura acusatória operando, deste modo como o critério de fiabilidade de um sistema processual penal, no que à respectiva constitucionalidade respeita, haverá de assumir-se como algo de estreitamente concatenado como o modo particular de organização de cada sistema penal em concreto.

Daqui resulta com meridiana clareza que, do que se trata, quanto à problemática do acusatório, é sempre e apenas de modos de desenvolvimento da acusatoriedade: ora esses modos de expres-

(9) Procurámos no nosso livro *Processo Penal*, Coimbra, 1981 (pp. 9 e segs.) focar os tipos estruturais de sistemas processuais penais à luz de uma tripartição pela qual distinguimos tais sistemas em *acusatórios*, *inquisitórios* e *mistos*. O critério que presidia a tal classificação era precisamente o de atender à estrutura processual e não propriamente o de ter em conta um princípio seu informador, como, por exemplo, em Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1955, p. 43, para quem: «O princípio acusatório consiste, portanto, na atribuição da função investigatória, indispensável para fundamentar a acusação, e na formulação da acusação, a entidade diferente do tribunal». Sobre o valor estrutural do conceito «processo acusatório», fundamentalmente Eduardo Correia, *Processo Criminal*, Coimbra, 1956, pp. 12 e segs. e Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, pp. 65 e segs..

são deverão ser aqueles que em concreto derivarem do modo de se organizar a estrutura processual penal ⁽¹⁰⁾.

Não há, assim, um conceito aprioristicamente fundado de estrutura acusatória — a que os concretos ordenamentos processuais penais se tenham de sujeitar — mas uma filosofia da máxima acusatoriedade possível que só após a análise especificada de cada ordenamento processual penal se poderá delinear concretamente no que à sua caracterização fundamental respeita.

10. A aferição da constitucionalidade de um sistema processual penal passa, deste modo, não pela subsunção estática dos institutos jurídicos concretos que ele admita aos comandos abstractos da Constituição, mas, pela análise ponderada da respectiva estrutura constitutiva, tendo em vista recortar-lhe os grandes princípios estruturadores, reconstituir-lhe o jogo de inter-relações dos vários agentes nele participantes, extractar-lhe os módulos, fases e graus de procedimento.

Trata-se, ao invés de muitos outros casos em que a constitucionalidade esteja em causa, de aferir um sistema, com toda a globalidade de inter-relações, uma estrutura, com toda a complexidade do seu modo particular de configuração ⁽¹¹⁾.

Por isso mesmo, nenhum instituto em concreto poderá ser sindicado do ponto de vista da respectiva pertinência face à Lei

⁽¹⁰⁾ No Código de Processo Penal, por exemplo, a *acusatoriedade* assumiu-se como elemento básico da conformação do processo, mas não exclusivo. Como bem se exprime no preâmbulo: «Por apego deliberado a uma das conquistas mais marcantes do progresso civilizacional democrático, e por obediência ao mandamento constitucional, o Código perspectivou um processo de estrutura basicamente acusatória. Contudo — e sem a mínima transigência no que às autênticas exigências do acusatório respeita —, procurou temperar o empenho na maximização da acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para o efeito de acusação como de julgamento; o que representa, além do mais, uma sintonia com a nossa tradição jurídico-processual penal».

⁽¹¹⁾ Trata-se, portanto, de considerar a natureza sistémica do procedimento criminal, o carácter encadeado e logicamente concatenado dos actos respectivos, tal como se considera na teoria da interpretação das normas processuais penais em termos de ditar excepcionalmente a ultractividade quando e na medida em que perigar a harmonia do processo.

Fundamental se não fôr cotejado, no seu particular modo de apresentação, com a realidade contextual em que se insere, tendo em vista determinar se, tudo ponderado, daí resulta ofensa para a estrutura acusatória que a Constituição quis salvaguardar.

Do mesmo modo, nenhuma medida processual poderá ser tida por atentatória dos direitos liberdades e garantias constitucionalmente consagradas salvo na medida em que, igualmente integrada no contexto de outras medidas afins ou de sinal contrário, daí resultar uma diminuição global da objectiva protecção constitucional ⁽¹²⁾.

11. Ora é mais do que evidente significar ampla mudança de estrutura e profunda modificação no quadro da inter-relação de conceitos a aprovação e a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal.

Esta verdade apodítica não carece de demonstração. Mas aquilo que não poderá ficar sem a devida ênfase é a circunstância de, à luz do que atrás ficou afirmado, não poder deixar de se concluir terem de variar também critérios de aferição da constitucionalidade do diploma em causa e haver, por outro lado, que proceder a uma reformulação da Constituição no sentido de a tornar um instrumento adequado à potenciação das virtualidades criativas da nova política criminal que o Código de Processo Penal prefigura.

12. O reordenamento do sistema da justiça penal — delimitado já pela publicação do Código Penal de 1982 e agora concretizado pelo Código de Processo Penal e pela legislação com-

⁽¹²⁾ Está aqui presente o princípio da concordância prática de valores conflituantes que Figueiredo Dias assumiu assim no âmbito processual penal: «Quanto ao seu critério, ele não está na validação do interesse preponderante às custas do interesse de menor hierarquia — ao estilo da teoria do direito de necessidade jurídico-penal —, mas sim numa *optimização* dos interesses em conflito; o que conduz a submeter a limitação estritamente aos princípios da *necessidade* e da *proporcionalidade*, bem como, no caso de se tratar de direitos fundamentais, a exigir que não seja afectado o seu conteúdo essencial» (*Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, p. 209).

plementar que vier a ser emitida — veio alterar decisivamente a configuração do problema da constitucionalidade, ao projectar uma nova arquitectura dos direitos e dos deveres fundamentais.

Na verdade, por via do traçado deste novo edifício jurídico-criminal é diverso o modo de inter-relacionar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, é novo o apelo que se faz à figura dos deveres fundamentais e é completamente distinta a medida de consagração de cada um deles na sua específica relação com outros.

O concurso de direitos e deveres fundamentais está construído, no sistema processual penal actual, de modo substancialmente diverso daquele que presidiu ao modo de o estruturar sob o domínio do sistema antecedente ⁽¹³⁾.

Mas mais: é que o próprio modelo de justiça criminal, que o Código assume, exige do texto constitucional sinais claros de legitimação e de garantia que a presente Constituição não contém. Trata-se de um novo modo de ordenar a acusatoriedade, de estruturar o relacionamento entre os sujeitos processuais, de revivescer os princípios fundamentais do Processo.

Veremos na segunda parte deste artigo quais e em que medida, não podendo obter tais sinais por interpretação, estes deverão ser inseridos no âmbito da futura revisão constitucional: quais serão, em suma, os novos critérios de constitucionalização.

⁽¹³⁾ O Código está construído, como bem se explicita no respectivo preâmbulo com base no critério da concordância prática de três finalidades virtualmente antitéticas: a realização da justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos.

«Afastada está pois, à partida, a possibilidade de se pôr de pé um sistema processual que dê satisfação integral às exigências decorrentes de cada uma daquelas três referências. Por maioria de razão deve aliás afastar-se, sem mais, toda a pretensão de absolutizar unilateralmente qualquer deles — sob pena de se abrir a porta às formas mais intoleráveis de tirania, ou de se advogarem soluções do mais inócuo ritualismo processual. O possível, e também — importa acentuá-lo — o desejável, é, assim, um modelo processual pré-ordenado à concordância prática das três teleologias antinómicas, na busca da maximização alcançável e admissível das respectivas implicações.» (do Preâmbulo).

B) OS NOVOS CRITÉRIOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO

13. Logo o primeiro critério será o que estabelece uma maior simetria na arquitectura constitucional, relativamente aos sujeitos processuais.

Efectivamente, à face da definição vigente nem todos os sujeitos intervenientes no processo criminal têm o seu estatuto jurídico-processual tutelado pela garantia constitucional.

Existe nomeadamente um favor ostensivo relativamente à protecção do arguido e à respectiva defesa (por exemplo no n.º 1 do artigo 32.º, relativo às garantias de defesa, no n.º 2 do mesmo preceito, respeitante à presunção de inocência do arguido e das garantias de defesa, etc.), sendo nula a previsão constitucional quanto ao *estatuto de vítima* o qual só se alcança de modo muito indirecto através do clausulado no n.º 1 do artigo 27.º a propósito do direito à segurança.

Haverá pois que estabelecer um equilíbrio compensatório em favor da protecção da vítima, pondo termo ao desequilíbrio decorrente da indiscriminada consagração do princípio do *favor rei* (14).

Tal constitucionalização vitimológica é tanto mais urgente quanto é certo que no novo Código de Processo Penal, ao lado de uma assumida intencionalidade de reforço e protecção da vítima, se deram alguns passos que, a não serem enfocados por uma adequada previsão em termos da Lei Fundamental, poderão significar na prática uma retracção dos meios de acção dos ofendidos.

14. Urge, por outro lado, proceder a uma nova configuração do texto constitucional, para que este em matéria processual

(14) Pressupõe-se pois uma política criminal de desvitimização como bem propõe Costa Andrade no seu livro *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, que não sendo incompatível com o programa da *reinserção social do delinquente* e as projecções intra-processuais que o mesmo haja de assumir (ver o nosso *A Res-socialização e o Processo Penal*, in *Cidadão delinquente: reinserção social?*, Lisboa, 1983, pp. 101 e segs.) deve inclusivamente efectivar-se numa total acção coordenada pelas mesmas instâncias formais.

penal deixe de desempenhar uma pura função reactiva e garantística e, se passe a assumir não apenas como intencionalizado a esconjurar a reviviscência de modelos processuais penais autoritários mas, também, como o quadro normativo da referência de uma política criminal inovadora liberta de armaduras proteccionistas actualmente dispensáveis.

15. Está neste caso o disposto no n.º 4 do artigo 32.º onde se estabelece a integral judicialização instrutória, salvo a eventualidade de delegação de alguns actos instrutórios que se não prendam directamente com direitos fundamentais.

Compreende-se, ao cotejar a história política portuguesa desde os finais do século dezanove, a importância estratégica do preceito e a circunstância de o legislador haver nele plasmado a proibição de administrativização e policialização do processo penal (15).

Só que os escopos reactivo e garantístico almejados acabaram por engendrar efeitos perversos, quer no aparelho de justiça penal, quer na própria tessitura ideológica, os quais puseram em evidência quanto de petrificante existia na formulação encontrada; homiziadas ficariam formas mais dúcteis de averiguação criminal, indispensáveis mas interditas porque não judicializadas, e cerceadas ficariam também as vantagens da jurisdicionalização instrutória — não fora uma interpretação correctiva que, firmada por certa jurisprudência e doutrina (16), achou finalmente expressão normativa na primeira Revisão Constitucional em 1982.

(15) Toda a problemática político-jurídica está presente no livro de Francisco Salgado Zenha, *Notas sobre a Instrução Criminal*, Braga, 1968, bem como no clássico Emygdio da Silva, *Investigação Criminal*, 1909, pp. 139 e segs.

(16) Esteve nomeadamente em causa a constitucionalidade do *inquérito preliminar*. Negada doutrinalmente a compatibilidade de tal inquérito com a Constituição (v. o estudo de Germano Marques da Silva, citado na nota 6., e Marques Mendes, *A instrução Preparatória e a Intervenção da Polícia Judiciária à luz do artigo 32.º da Constituição*, Portugal Judiciário, n.º 55, p. 20).

Não estando ainda encerrado o aceso debate em torno do problema, num aspecto significativo se ganhou entretanto consciência: é que a função garantística da judicialização instrutória só faz sentido num processo que, formalmente inspirado pelo princípio do *acusatório* esteja ainda profundamente impregnado por regras e princípios de funcionamento oriundos do *inquisitório*, como entre nós sucedeu até ao novo Código de Processo Penal, que se encontra em vigor.

Por isso mesmo, onde a acusatoriedade for potenciada — e eis aquilo que o novo Código traz como um dos seus programas de política criminal — bem pode restituir-se a jurisdicionalização à sua função natural, não a imiscuindo — senão numa certa e ponderada medida — com as tarefas investigativas que não têm necessariamente que a pressupor.

A constitucionalização da jurisdicionalização implica portanto, em primeiro lugar, a sua não banalização ao serviço de finalidades extra-processuais às quais não tenha que estar necessariamente associada; além disso, a aceitação de que a competência judicial não prejudica a eventualidade de delegação em entidades não judiciais, desde que o poder de controlo e de avocação pelo poder judicial sejam acautelados.

No âmbito da Constituição processual penal, pertencerá pois, por natureza, ao foro judicial a competência para a emissão de decisões de cunho intrinsecamente jurisdicional: o julgamento e a consequente emissão de sentenças, a recepção da acusação com tudo o que nisso vai implicado de julgamento dos resultados das averiguações pré-acusatórias, a constituição como arguido, a admissão de assistente, etc...

Pertencerá também à competência de juizes a prática de actos em que se proceda à aferição do relevo indiciário e probatório dos factos determinantes da aplicação de medidas privativas da liberdade.

Tudo o mais, podendo por critério de política legislativa pertencer à esfera das atribuições de juizes, não tem necessariamente que gozar da prerrogativa de judicialização obrigatoriamente imposta pela Constituição: é o caso do inquérito propriamente dito, mesmo no que respeita aos interrogatórios subsequentes de

arguido detido, e é também o que se passa com todo o corpo de medidas cautelares e de polícia (17).

E não tem, porquanto a função garantística que a judicialização visa prosseguir pode ser, no quadro de um processo de tipo acusatório, alcançada mediante a intervenção de outras entidades de natureza não jurisdicional.

A circunstância que fez investir no juiz a reserva absoluta para a prática da instrução foi o preconceito de que só aquele poderia defender — pela imparcialidade, independência e formação jurídica — os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente tutelados.

Está hoje demonstrado, porém, que o núcleo essencial da instrução se corporiza em puros actos de indagação probatória, para a qual são mais de concitar requisitos de eficácia e operacionalidade do que a salvaguarda de direitos fundamentais.

A atribuição de competência ao Ministério Público e aos órgãos de polícia criminal, para as averiguações pré-acusatórias que no novo Código têm lugar sob a designação de *inquérito* — fez-se com base neste mencionado critério. Critério que haverá de obter foros de constitucionalização, caso se queira tornar a Lei Fundamental um instrumento permissivo de uma mais racional e proporcionada repartição de competências na esfera da administração da justiça penal (18).

(17) Nos Acórdãos n.ºs 9 a 17 da Comissão Constitucional (Apêndice ao Diário da República de 25 de Outubro de 1977) reproduziu-se o conceito que já fora esboçado pelo Acórdão n.º 6, de 6 de Junho de 1977, e que legitima a existência de uma fase pré-processual não judicializada de averiguação:

«Uma fase pré-processual ou extraprocessual só será constitucionalmente legítima desde que comporte duas características essenciais. Em primeiro lugar, estar excluída no seu decurso qualquer interferência na esfera dos direitos fundamentais que, a ter de verificar-se, implica a imediata abertura da fase processual da instrução; em segundo lugar, o carácter extraprocessual desta fase deve ser inequívoco destinando-se exclusivamente a formar a convicção da entidade titular da acção penal e não podendo vir a contribuir, de nenhum modo, para a formação da convicção do julgador, na medida em que as provas só podem ser admitidas no processo durante uma fase submetida à competência de um juiz.»

(18) Ponto extremamente polémico o da constitucionalidade do inquérito que o novo Código de Processo Penal gizou «como a forma futuramente usual de preparação do processo, com uma valia probatória homóloga à dos autos de instrução

16. Não se depreenda, no entanto, do que atrás se expõe, que em caso algum a Constituição processual penal deva prescindir da sua função profiláctica e defensiva face às eventuais ameaças de autoritarismo criminal que a emergência do terrorismo e da criminalidade violenta e altamente organizada progressivamente inspira.

O que deve acentuar-se, porém, é que o autoritarismo nosso contemporâneo se apresenta com facetas largamente distintas daquelas que as Constituições transactas entenderam esconjurar.

É, em primeiro lugar, o *burocratismo* processual, transformando a tramitação das acções criminais numa pura mecânica administrativa; é, por outro lado, a *massificação* da justiça penal, transformando o processo respectivo num trabalho em série efectuado através de uma pura «taylorização» no âmbito da qual se perde a condição humana do caso e se desrespeita a personalidade dos seus intervenientes; é, por fim, a exemplariedade, pela qual a justiça penal restringe a sua plena actuação a certos casos seleccionados em nome da prevenção geral ou, pelo puro arbí-

judicializada, e, por isso mesmo, dotado da plenitude de meios adequados à reconstituição dos factos a sustentar na acusação» (exposição de motivos da proposta de lei de autorização legislativa apresentada pelo Governo à Assembleia da República para a aprovação do Código de Processo Penal).

Contestado do ponto de vista da respectiva constitucionalidade este ponto — verdadeira trave mestra da estrutura do Código — mereceu para já juízo de conformidade do Tribunal Constitucional em sede de exame preventivo, a requerimento do Presidente da República (Acórdão n.º 7/87, no suplemento ao Diário da República, n.º 33, de 9 de Fevereiro de 1987), precisamente com base na mesma linha de raciocínio.

Fica assim assumido que a intervenção judicial tem um âmbito material de legitimação: a de salvaguarda das garantias fundamentais.

Quando e na medida em que tais garantias sejam acauteladas pela intervenção de entidade diversa — nomeadamente o Ministério Público — nada obriga à judicialização.

Como se afirmou no Acórdão n.º 6 da Comissão Constitucional, «ao impôr-se que a instrução seja da competência de um juiz pretende-se assegurar que durante esta fase processual não sejam postos em causa certos valores fundamentais que a Constituição visa defender e que implicam que o processo criminal se encontre sujeito a certas regras cujo escrupuloso respeito importa garantir». Nada mais senão este valor — que outra entidade pode salvaguardar — impõe a intervenção do juiz.

trio, relega à completa impunidade milhares de outros em que a justiça social mandaria se prosseguisse de igual modo.

Para tudo isto existem soluções de política criminal e de orgânica judiciária já ensaiadas. O que está em causa agora é conferir-lhes a garantia da constitucionalização, para que passem a funcionar como metas programáticas de todo o sistema.

A perversão do burocratismo tem como terapêutica a concentração da estratégia promocional na titularidade do Ministério Público, conferindo-lhe competência para a efectiva direcção e dinamização das fases averiguatórias, permitindo-se-lhe a implantação dos esquemas de racionalização e de boa gestão dos serviços de investigação criminal. Trata-se, em suma, de fazer introduzir no âmbito de previsão da Constituição, de modo infismável, ao lado do princípio da titularidade exclusiva da acção penal pelo Ministério Público ⁽¹⁹⁾, o da sua competência para a direcção do inquérito, regra que equilibraria a projecção excessiva que hoje assume a judicialização instrutória a qual não pode deixar de ser equacionada em termos diversos.

Contra a massificação encontraríamos como excelente antidoto a constitucionalização da exigência, hoje feita constar do Código de Processo Penal, do necessário conhecimento, em certos processos, da personalidade do agente do crime, bem como do circunstancialismo sociológico e ambiental no qual a infracção foi cometida.

Finalmente a exemplariedade arbitrária é disfunção que poderá ser obviada através da expressão, a nível da Lei Fundamental, de um princípio mitigado da oportunidade acusatória, que possibilite a suspensão provisória do processo mediante injunções e regras de conduta como alternativa à acusação ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Tal previsão é hoje absolutamente indispensável ante o desaparecimento, face ao novo Código de Processo Penal, da acção penal subsidiária na titularidade de outras entidades que não o Ministério Público. Evoluiu-se significativamente relativamente a uma situação processual em que a acção penal era exercível pelo Ministério Público e por outras entidades, com a legitimação da Constituição (artigo 244.º — cfr. Acórdãos n.ºs 380, 433 e 448 da Comissão Constitucional, e Parecer n.º 8/22 da mesma instância).

⁽²⁰⁾ A introdução de alguma medida de oportunidade acusatória de há muito que vinha sendo propugnada pela nossa doutrina. Figueiredo Dias havia-o assu-

17. Interessante será finalmente o redimensionamento da previsão constitucional, de modo a abarcar situações normativas que — sendo injunções de princípios fundamentais de Direito Processual Penal — conferiram tutela a exigências cada vez mais instantaneamente reclamadas pela *praxis* forense.

17.1. Estará, em primeiro lugar, o direito a um julgamento em prazo razoável, o qual encontra acolhimento na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 6.º, n.º 1).

Tratando-se de orientação programática de todo o sistema processual penal — cujos fundamentos se reclamam de um mínimo de racionalidade, de justiça material e de aceleração processual —, quando constitucionalizada poderá servir como critério de legitimação de soluções legislativas que, sacrificando outros bens jurídicos, visem acautelar unicamente a tempestividade do apuramento de responsabilidades penais (21).

mido no seu artigo *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, in **PARA UMA NOVA JUSTIÇA PENAL**, Coimbra, 1983, p. 235. No Código de Processo Penal a opção pela oportunidade na dedução de acusação, foi assumida basicamente sob a forma da admissibilidade da suspensão provisória do processo, na qual o Ministério Público se decide pela abstenção de acusação mediante a imposição ao arguido de determinadas injunções e regras de conduta de que se citam: indemnizar o lesado, dar-lhe satisfação moral adequada, entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia, não exercer determinadas profissões, não frequentar certos meios e locais, ou não residir neles, não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas, não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime e, enfim, qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso.

Tratou-se de eventualidade restrita a crimes puníveis com pena de prisão não superior a três anos — ou seja de pequena ou média gravidade.

Do que se trata agora é de conferir a prerrogativa da constitucionalização a tal princípio pois que a nossa jurisprudência constitucional não vê na Lei Fundamental outro princípio senão o da legalidade incriminatória (Acórdão n.º 452, Apêndice ao *Diário da República*, de 23 de Agosto de 1983).

(21) Está neste caso o valor da confissão do arguido, matéria em que o Código de Processo Penal procede a profunda inovação, ao permitir em certas circunstâncias, e se o crime não fôr punível com pena de prisão superior a três anos, que, havendo confissão integral e sem reserva, o tribunal possa considerar os factos

Mas mais: é que estando indissociavelmente ligados a duração do processamento penal e a de prisão preventiva, poderá por esta via obviar-se aos virtuais desequilíbrios em que o legislador haja incorrido quanto aos prazos de prisão, que não terão razão para alongar-se desde que se haja alcançado o termo das fases processuais no âmbito das quais aquela encontrava justificação.

Compatibilizar a exigência da celeridade processual — reforçada pela garantia da sua inserção no texto constitucional — com o inevitável prolongamento da prisão preventiva em processos de especial complexidade, eis o que só se poderá alcançar com a formalização de um *critério de proporcionalidade* de duração razoável do processo, a que a Constituição dê acolhimento.

17.2. Poderá por outro lado potenciar-se o alcance do princípio da livre apreciação das provas, com tudo o que nisso vai implicado de legalidade na determinação da culpabilidade e da necessária imediação e oralidade na tomada da decisão penal (22).

imputados como provados, passando-se — caso não haja lugar à absolvição por outros motivos — à determinação da sanção aplicável (artigo 344.º).

Este sistema visa a aceleração processual e não é por natureza incompatível com o preceituado constitucionalmente.

Primeiro, porque o processo agnóstico — que tem na confissão um dos seus elementos estruturais — só colide com a Lei Fundamental na medida em que ponha em crise as garantias essenciais de defesa (neste sentido o Acórdão n.º 434 da Comissão Constitucional, Apêndice).

Depois porque, o legislador só incorrerá no vício da inconstitucionalidade caso tenha, ao tipificar o relevo probatório da confissão «feito perigar o núcleo fundamental dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos» (v. g. nosso trabalho *Processo Penal, Os Anos do Fim*, Separata ao Boletim do Ministério da Justiça, n.º 343).

(22) A tradução na letra da Constituição de tais princípios obstará certamente à permissividade de situações como aquelas em que um réu podia sofrer condenação tão-somente com base na presunção probatória inerente aos autos de notícia de infracções em flagrante delito, aos quais inúmera legislação extravagante conferia o privilégio de fazer fé em juízo até prova em contrário. Contestada a constitucionalidade por alguma doutrina e jurisprudência (v.g. José António Barreiros e Teresa Alves Martins, *Constitucionalidade da Presunção probatória do auto de notícia no*

O princípio da oralidade, sobretudo, com a conseqüente proscricção da condenação com base em meios de prova que não possam ser sujeitos ao contraditório da audiência de julgamento, tendo já sido declarado como valor constitucional pela nossa jurisprudência constitucional, não deverá ficar arregrado da revisão que venha a efectuar-se da Constituição em vigor ⁽²³⁾.

17.3. E, finalmente, em matéria de privação de liberdade, a solução constante do Código de Processo Penal, implica que a Constituição torne clara a admissibilidade da detenção por acto de entidade não judicial, mesmo fora do

processo criminal, Estudos sobre a Constituição, III, Lisboa, 1979, pp. 103 e segs.) ela foi, aceite, pelo Acórdão da Comissão Constitucional n.º 168 (Apêndice ao *Diário da República*, de 3 de Julho de 1980), ao qual aderiram posteriormente as instâncias. A questão da constitucionalidade haveria de ser ulteriormente retomada pela Comissão Constitucional, ao rechazar a constitucionalidade da presunção probatória de autos de notícia não presenciados pela autoridade que os tivesse lavrado (Acórdão n.º 219, no Apêndice ao *Diário da República*, de 16 de Abril de 1981).

A polémica, porque controversa, haveria de dar os seus frutos: no novo Código de Processo Penal os autos de notícia têm valor de mera prova testemunhal.

⁽²³⁾ A articulação entre a valia constitucional do princípio do *contraditório* e o da *oralidade e imediação* foi o objecto fundamental do Parecer n.º 18/81 da Comissão Constitucional que haveria de dar origem à declaração de inconstitucionalidade pelo Conselho da Revolução (Resolução n.º 146-A/81, de 21 de Julho de 1981) do artigo 439.º do Código de Processo Penal antecedente «na medida em que previa a leitura em audiência de julgamento de depoimentos de testemunhas de acusação que não compareçam naquela audiência e às quais o arguido não tenha tido previamente a possibilidade jurídica de interrogar ou fazer interrogar».

Considerou-se nesse Parecer (publicado nos Pareceres da Comissão Constitucional, 16.º Volume, pp. 147 e segs.) não serem os princípios da oralidade e da imediação, *em si mesmos*, princípios jurídico-constitucionais do processo penal mas apenas «nos seus reflexos sobre outros princípios constitucionalmente impostos».

Do que se trataria agora, segundo a proposta que formulamos, seria de considerar tal valia constitucional como directa e primária, de modo a que não fossem admissíveis decisões penais finais não fundadas em provas produzidas em audiência de julgamento, directamente perante o juiz da causa.

Sobre estes princípios no âmbito do nosso Processo Penal, veja-se Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, 1974, pp. 229 e segs.

flagrante delito, reservando-se inderrogavelmente para a competência de juizes a validação judicial de capturas (24).

E igualmente se deverão dar como adquiridos dois princípios que o novo Código tem como inovações fundamentais: o da prevalência das medidas preventivas em liberdade relativamente à prisão preventiva, e o da insusceptibilidade da incaucionabilidade «ope legis».

No primeiro caso, está em causa modificar o preceito no n.º 2 do artigo 28.º da Constituição, clausulando não apenas, como hoje aí se encontra previsto, que a prisão preventiva se não mantenha sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista na lei mas, mais amplamente, que a prisão não seja inclusi-

(24) A admissibilidade constitucional de a prisão preventiva ser decretada por entidade não judicial provinha já da Constituição de 1933 (artigos 8.º, 94.º). No âmbito da Constituição vigente tal era o entendimento maioritário (José Rodrigues dos Santos, *Prisão Preventiva e seu Regime Legal*, pp. 30 e segs.), jurisprudencialmente acolhido (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Maio de 1982, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 317, pp. 170 e segs.; cf. o Parecer da Procuradoria-Geral da República, II Série do *Diário da República*, de 24 de Julho de 1978); contra apenas Castro e Sousa *A Tramitação do Processo Penal*, Lisboa, 1983, pp. 76 e segs., que entendia que «mesmo antes da revisão constitucional de 1982 e contrariamente a tal opinião dominante, a Constituição reservou exclusivamente para o juiz a competência para ordenar a prisão fora de flagrante delito».

Tratava-se de solução contraditória com a integral judicialização instrutória, intencionalizada pela Constituição nisso consistindo em «singularidade inexplicável» (Figueiredo Dias, *A Nova Constituição e o Processo Penal*, Revista da Ordem dos Advogados, 1976, pp. 104-105), e «criticável de um ponto de vista de política legislativa» (José António Barreiros, *Processo Penal*, 1981, pp. 367 e segs.).

Hoje, à face do novo Código de Processo Penal — que circunscreveu a judicialização ao âmbito material da jurisdicionalização — já tal contradição não existe. Verifica-se é uma inovação terminológica que é importante realçar: o articulado do Código «reserva o termo *prisão preventiva* para a privação total de liberdade individual emergente de uma decisão judicial interlocutória, generalizando o conceito de detenção para todos os casos restantes em que a privação de liberdade haja que ser confirmada pela intervenção judicial subsequente, e isto é feito precisamente para acentuar o carácter precário e condicional da detenção, sujeita à condição resolutive da homologação judicial» (n.º 32 da exposição de motivos da proposta de lei n.º 21/IV pelo qual o Governo solicitou à Assembleia da República autorização para legislar em matéria de processo penal).

vamente decretada quando tal possibilidade de substituição puder ocorrer.

Quanto à segunda eventualidade de constitucionalização, ela impedirá que o legislador usurpe a competência judicial ao ditar casos em que a liberdade provisória não possa ser decretada, ainda que sob caução ⁽²⁵⁾.

18. Muitas outras situações, hoje pecúlio adquirido da jurisprudência das instâncias internacionais incumbidas da protecção dos direitos humanos, poderiam ser virtualmente objecto de garantia constitucional.

A moderação aconselha, porém, a que se fique por aqui. O legislador ordinário e os próprios tribunais nacionais podem e devem constitucionalizar também aquilo que os constituintes não tiverem tido oportunidade de fazer.

E onde hoje se fala na Constituição processual penal, falar-se-á futuramente e com propriedade, no processo penal constitucional.

⁽²⁵⁾ Inovação significativa do Código é a eliminação da categoria de crimes legalmente incaucionáveis, bem como da imposição, que resultava da lei anterior, de em certas circunstâncias o magistrado ter de decretar obrigatoriamente a privação da liberdade em alternativa a qualquer medida de liberdade provisória. Verdadeiro juízo de suspeição sobre a independência de critério da magistratura e excepção ilegítima à prevalência da liberdade sobre a prisão, a incaucionabilidade «ope legis» não deverá ser repristinada, mesmo que para tanto urja convocar a tipificação constitucional.