

SUMÁRIOS  
DE  
PROCESSO CRIMINAL  
(1967-1968)

COIMBRA  
1968

Sentido e função jurídico-jurisdicional  
do direito processual criminal

1. A essência-ideia do direito processual criminal.

Podemos dizer, com EBH. SCHMIDT (Deutsches Strafprozessrecht, 15), que "o direito de processo criminal compreende todos aqueles princípios jurídicos e regras de direito que devem garantir que a questão de saber se um determinado cidadão cometeu ou não uma acção punível e como deverá ser por ela porventura punido possa ser decidida judicialmente de um modo que, respeitando os princípios do Estado-de-Direito e cumprindo as 'formalidades-da-Justiça', se ja orientada pela intenção incondicionada à verdade e à justiça".

Neste sentido, dado por esta ideia, relevam três momentos decisivos:

a) - O direito proc. criminal tem por objecto

Dactilografado por:  
JOÃO ABRANTES  
Bloco A - 3.ª - Porta D  
Bairro das Caixas de Previdência  
(A Rua Dr. Daniel de Matos)  
Telef. 21366 - COIMBRA

intencional (ocupa-se e visa dominar) um acto — que é um processo, uma actividade desenvolvida dinamicamente segundo uma unidade intencional — de aplicação-realização concreta de um certo direito (do direito criminal)

β) — aplicação concreta do direito que deverá ser actuada de acordo com os princípios do Estado-de-direito, i. é, de acordo com a estrutura orgânico-institucional própria de uma comunidade de direito — através de um órgão jurisdiccional

γ) — aplicação-actuação jurisdiccional que se processa em termos (de modo ou segundo as "formas") que permitem o acesso à verdade e realizem a justiça.

Os dois primeiros momentos traduzem, no fundo, o princípio da jurisdição. Pois a jurisdição é susceptível de ser considerada funcionalmente [α] e orgânicamente [β]. O terceiro momento explicita o momento especificamente processual da jurisdição.

Poder-se-á, pois, dizer, em síntese, que o processo criminal é a forma juridicamente válida da jurisdição criminal. E a jurisdição criminal é a intenção orgânica e funcional do processo criminal. Se o processo é o momento formal da jurisdição, a jurisdição é o momento material do processo.

2. A aplicação concreta do direito, a jurisdição e a intencionalidade específica do processo criminal. →<sup>4</sup>

a) — A aplicação concreta do direito é o seu exacto sentido: a concreta realização do justo, na perspectiva do direito que se visa aplicar.

A aplicação do direito é a realização histórico-concreta de um projecto ético-comunitário. As suas duas dimensões: os princípios axiológico-normativos (a sua intenção informadora, superadora e integradora da lei) e a contextura histórico-concreta do "caso" decidendo.

(Referência às intenções ético-materiais do direito criminal, já na anti-juridicidade — "material" —, já na intenção justificativa, já na culpabilidade; a discriminação entre a incriminação e a justificação).

b) — A jurisdição.

— O princípio da Jurisdição: a concreta aplicação autoritária do direito deverá competir unicamente a órgãos independentes, com uma estrita intenção de objectividade e que obedecam apenas ao Direito (i. é, que se proponham tão-só realizar o Direito).

-- Uma vez superados a validade da auto-defesa indiscriminada (como puro poder de facto) e o sistema da justiça privada, <sup>que nos dias que correm, em Portugal, assumiu o Estado moderno, a partir do séc. XVI, o poder-dever, em exclusivo, da jurisdição.</sup> A garantia que, já em si, representa este monopólio estadual da jurisdição; o Estado, enquanto a autoridade institucional que a todos subordina, a autoridade super-partes <sup>representativa</sup> da comunidade, o que <sup>permite a imparcialidade</sup>

-- Poder-dever a que corresponde um direito dos cidadãos: <sup>o direito a que o Estado exerça esse poder segundo o verdadeiro princípio da jurisdição</sup> -- pois só assimfi cam garantidas a liberdade e a personalidade das pessoas contra as prepotências do poder político.

Nem outra coisa se propõe o princípio da "separação dos poderes", ao atribuir autonomia no "poder judicial".

-- Leste modo, o carácter de direito público do direito processual criminal: <sup>porque está o direito a que o Estado exerça esse poder segundo o verdadeiro princípio da jurisdição</sup> "direito público do Estado" e os "direitos do homem" (os direitos da liberdade e da personalidade).

c) - A intencionalidade específica do processo criminal.

O direito processo criminal é orientado por duas finalidades principais, por que se especifica a sua intencio-

nalidade não só jurídico-processual, como ainda ético-jurídica:

a) - propõe-se uma estrutura processual que permita, eficazmente, tanto averiguar e condenar os culpados criminalmente, como defender e salvaguardar os inocentes de perseguições e condenações injustas. Como diz o Prof. EDUARDO CORREIA: se interessa punir os culpados, não interessa menos punir só os culpados. ("O Código de proc. criminal é o código das pessoas honestas, ao contrário do Código penal, que é o código dos malfetores" -- BOUZAT-PINATEL, II, 725).

b) - o proc. criminal deverá orientar-se, por outro lado, pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, de fesa e reintegração da comunidade ético-jurídica -- i.é, do sistema de valores ético-jurídicos que informa a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal --, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, i. é, os direitos irredutíveis da pessoa humana. A "ordem" e a liberdade, a comunidade e o indivíduo.

Deste modo, o direito proc. criminal se deve preservar-se e actuar-se em termos de se oferecer como um instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, não deve traduzir

menos uma garantia jurídica dos cidadãos. E essa garantia concede-a o processo criminal duplamente:

-- enquanto nele e por ele actua a jurisdição

-- enquanto impõe à própria jurisdição o respeito pelas "formas processuais" e pelos princípios processuais que nestas se cambram. Neste sentido, as "formalidades", a estrutura processual — em parte a sedimentação de uma experiência secular e noutra parte o imediato resultado de deliberadas opções jurídico-processuais —, não são, pois, algo de aleatório e dispensável, mas a verdadeira base da garantia jurídica que o processo criminal deverá oferecer (v. EBH. SCHMIDT, Lehrkommentar, I, 30, s.).

### 3. A específica juridicidade do processo criminal.

A intencionalidade específica do processo criminal vem a determinar, naturalmente, uma juridicidade própria desse processo, e que é fundamento da sua autonomia normativa e dogmática.

Vêmo-lo claramente pela consideração conjunta destes três pontos: a) - referência do direito processo criminal ao direito material criminal; b) - confronto entre a estrutura normativa daquele direito processual e a do direito processo civil; c) - explicitação da sua particular

contextura jurídico-processual.

a) - Se é certo que não pode já hoje duvidar-se da correlativa autonomia (normativa e dogmática) entre o direito material criminal e o direito processual criminal, não é menos certo também que eles concorrem numa integrante unidade — aquela que encontra expressão numa certa relação de complementaridade (de instrumentalidade, se quisermos) e inclusive em determinada conexão de carácter imediatamente normativo.

-- E no processo criminal que o direito criminal se realiza, e realiza-se obrigatoriamente (em princípio) através dele. Contrariamente ao que acontece quanto ao direito material privado (p. ex., o direito civil)<sup>(6)</sup>, o direito criminal só pode aplicar-se judicialmente — pela jurisdição de processo criminal (nulla poene sine iudicio) Poderá, assim, dizer-se com MANZINI que o direito criminal é de aplicação indirecta, sendo de aplicação directa, p.ex., as medidas policiais. É evidente que este princípio da obrigatoriedade do processo criminal é também ele uma garantia das cidadãos contra o poder punitivo e represálio do Estado que vai de acordo e é exigida pelo Estado-de-direito: ninguém será condenado a sofrer uma pena sem um prévio julgamento por um órgão independente que proceda de forma justa (garantindo o direito de defesa, etc.). Há, no entanto, que fixar aqui uma restrição — desde logo aquela que ofereça

possibilidade de aplicação de multas sem prévio julgamento; não é, todavia, uma verdadeira excepção, posto que sem pre se pode exigir o julgamento (o pagamento sem julgamento como que traduz a renúncia a este pelo multado).

— Conexão normativa revela-a a circunstância de "o direito criminal e o direito processual criminal <sup>deve a</sup> have rem de ter o seu ponto de partida no mesmo pensamento fundamental" (PETERS). Não seria seguramente de admitir que um direito criminal orientado segundo o "princípio do autor" <sup>(como o princípio do acto)</sup> viesse a ser aplicado por um processo criminal em que só relevasse, ou relevasse fundamentalmente, a averiguação e a avaliação do "acto". Daí que as reformas do direito criminal que atinjam a sua intencionalidade essencial não possam deixar de implicar reforma também na intencionalidade e nas estruturas processuais — referência à "césure" <sup>(1)</sup> processual (v. P. CORNIL, La Césure..., in Bol. Fac. Dir., XXI).

Por outro lado, não se terá de excluir, inversamente, certas formas de repercussão da normatividade processual na normatividade material. Oferecem-nos exemplos, os "actos criminaes colectivos", como as condutas criminaes profissionais, habituais, <sup>na intencionalidade de actos que prolongam o acto</sup> etc. <sup>em todas as condutas naturais</sup> se todas as condutas naturais houverem de integrar-se numa "unidade de acção", as condutas não apreciadas ou posteriores estarão abrangidas pelo caso julgado; daí a reacção do R. G. no sentido de ver aqui "plurialidade de acções" (v. PETERS, Strafprozess, 2.<sup>a</sup> ed., 9).

II.

Mas esta unidade entre os dois ramos de direito não afecta uma específica autonomia entre eles.

Sendo a intencionalidade específica do direito processo criminal aquela de que nos demos conta, não pode duvidar-se que elas profundamente se distinguem <sup>(nao se os)</sup> de das suas respectivas intencionalidades.

— Se o direito criminal se propõe avaliar juridicamente o delicto, o direito processo criminal visa a regulamentação jurídica da averiguação do delicto mesmo e do acto do seu julgamento — o primeiro propõe-se que o delicto seja avaliado justamente, o segundo visa uma averiguação e um acto de julgamento justos. Por isso, se o direito criminal pressupõe o delicto e o seu autor, o direito processo criminal tem nisso mesmo, que para o direito criminal é pressuposto, a sua tarefa e problema. <sup>mesmo que se mostrem</sup> já certos no processo criminal esses dois objectivos da averiguação (o delicto e o autor), <sup>tem ainda a dca. de uma estrutura técnica</sup> nem por isso exige o criminaloso menos o direito de defesa e o respeito dele como pessoa. Daqui decorre, naturalmente, toda uma diversidade de princípios normativos <sup>em que encontra fundamento a autonomia normativa-jurídica do processo criminal.</sup> (Nem outro será o critério da discriminação das normas em "materiais" e "processuais" — Vide MANZINI, Trattato, 85, s. BELLING e EHR. SCHMIDT).

— E não só os objectivos e os princípios de fundamentação são diferentes. Diversos são também, obviamente, os

seus respectivos objectos — são diversas, como dizem BE-LING e EBH. SCHMIDT, as realidades humanas e sociais de que respectivamente se ocupam: só o direito criminal tem a ver directamente com a realidade imediata da vida social, com a dinâmica dos interesses da vida comunitária, pois ao direito processual criminal o que importa é só uma certa acti-<sup>(realidade fundada)</sup> <sup>(certa)</sup> <sup>(activa)</sup> <sup>(para a obtenção de certos fins)</sup> <sup>(dirigida a uma prescrita finalidade)</sup> vidade institucional — A diversidade de categoriae redutíveis às dicotomias "lícito-ilícito" e "admissível-inadmissível" (EBH SCHMIDT).

β) - A especificidade e autonomia jurídicas do processo criminal não se nos revelam apenas relativamente ao direito material, pois são ainda irrecusáveis no próprio domínio do direito processual em geral.<sup>(1)</sup> É o que nos mostrará um breve confronto com a intenção e estrutura do processo civil.

(Alusão aos problemas dogmáticos da unicidade jurídica dos vários ramos de processo e da teoria geral do processo).

A diversidade normativa e estrutural que distingue os processos criminal e civil é um corolário jurídico das distintas intencionalidades que um e outro realizam. No processo criminal está imediatamente em causa o interesse público do ius puniendi, direito que compete ao Estado enquan-

to representante da comunidade social e que se traduz praticamente no interesse comunitário da salvaguarda da ordem social-jurídica através da repressão e punição das infracções criminais. O interesse particular do ofendido (da vítima do crime), sem deixar de ser um elemento relevante, importa, no entanto, mediata ou secundariamente — e, no fundo, só na medida em que a sua atendibilidade é também factor que concorre para uma repressão criminal eficaz. Pelo que com aqueles interesse e direito público-comunitários só terá o direito processo criminal de equacionar o valor e o direito de personalidade do arguido (valor e direito estes também essencialmente de carácter público, como já se disse).

Diferentemente se passam as coisas no direito processo civil. Aqui o imediatamente em causa são interesses particulares, tutelados juridicamente pelos respectivos direitos subjectivos privados. Não deixa, evidentemente, de estar comprometida nesses direitos subjectivos a ordem jurídica, em termos de ser a tutela e realização deles decorrer tutela e realização do próprio direito — mas essa tutela e realização cumpe-se enquanto justamente aqueles interesses e direitos se lhes reconhece o seu carácter privado. A implicar isto duas consequências importantes: a referência à ordem jurídica em si ou a realização do direito como tal só poderá fazer-se e cumprir-se mediatamente, atra-

vés da tutela de direitos privados e sem afectar esse seu carácter; <sup>de dois privados</sup> os directos interessados no processo civil (autor e réu) opõem-se um ao outro, em conflito, interesses da mesma índole jurídica (interesses privados), e que, como tais, serão também juridicamente equiparáveis.

1) - Esta última consequência encontra a sua directa tradução numa certa característica do processo civil — ele é estritamente um processo de partes.

Trazendo ao processo um conflito de interesses e direitos da mesma índole e valor jurídico, o autor e o réu (os sujeitos da lide) se, por um lado, assumem as posições juridicamente antagónicas (no antagonismo das respectivas pretensões), não poderiam, por outro lado, deixar de ser tratadas em perfeito plano de igualdade processual: <sup>deixam de ser sujeitos</sup> enfrentam-se duas partes, com idênticos direitos e deveres processuais. Em coerência com o que, o processo civil será em princípio "coisa das partes" e tenderá para ver no juiz apenas um juiz-árbitro — <sup>na lógica dos privados</sup> só admitindo as iniciativas e a autonomia do juiz desde que umas e outra sejam indispensáveis para fazer com que a igualdade jurídica e formal das partes se realize em termos de igualdade real e prática. <sup>de direitos, poderes económicos, capacidades culturais e de decisão</sup> dos sujeitos processuais em que se reflecte desigualdades, apesar da igualdade formal e processual civil, para criar a igualdade real, basta a

O processo criminal oferece-nos, pelo contrário, um carácter autoritário, posto que um dos titulares da relação processual actua em todo o processo (salvo na audiên-

cia de julgamento) supra-ordenadamente ao réu — o M.P. em representação pública, representante processual do Estado, investido <sup>no seu poder</sup> em poder de autoridade. Por outro lado, unicamente interessado na justa aplicação do direito criminal e na averiguação da verdade, não tem de traduzir-se (nem deve traduzir-se em princípio) a posição do M. P. perante o réu por um conflito de interesses — o que pretende é apenas o seu julgamento (de condenação ou de absolvição) segundo o direito criminal (cf. arts. 12.º, § 1.º, e 25.º, Dec.-Lei 35 007).

O M. P. ocupa, é certo, formalmente o papel de parte. <sup>mas isto apenas para que possa a sua função ser exercida, na parte de interesse</sup> Mas isto apenas para que o processo criminal realize uma estrutura acusatória. Pois se é certo que ao Estado, enquanto titular tanto do jus puniendi como do poder-dever jurisdiccional, compete perseguir e julgar a criminalidade, não se deixava de correr o grave risco de parcialidade do julgador (como a experiência demonstrou) se este fosse uma entidade <sup>psicológicamente</sup> directamente interessada na condenação — o que aconteceria se ao juiz coubesse toda a iniciativa de averiguação dos delitos e da organização processual da sua punição. <sup>o juiz não era objectivo e imparcial</sup> Importava, portanto, e como fundamental garantia de imparcialidade e objectividade, que o julgador não agisse senão mediante uma acusação processualmente deduzida, cabendo-lhe apenas julgá-la. E daí a necessidade de instituir uma outra entidade de direito público encarregada da averiguação e acusação dos delitos cometidos — o M. P.

2) - Sendo assim, logo se justifica que corresponda ao processo criminal uma fase de averiguações, com  
duzida autoritariamente, destinada a instruir e a fundamen-  
tar a acusação (ou a terminar pela não acusação), e de que é titular o M. P. É a fase que o Código (art. 170.º) designa por fase do "corpo de delito" e que hoje legalmente se diz de "instrução preparatória". Fase que é de todo alheia ao processo civil, e que só cumprirá a sua função se for, como é, de carácter inquisitório, escrita e secreta - secreta, em ordem tanto à eficácia da investigação, como ao respeito da dignidade do arguido inocente. Cf.; todavia, art. 13.º, § ún., Dec.-Lei 35 007).

3) - A divergência entre o interesse público e os interesses privados, que dominam, respectivamente, o processo criminal e o processo civil, projecta-se ainda em toda a estrutura processual. Enquanto o processo civil tem fundamentalmente uma estrutura dispositiva, o processo criminal é submetido a um específico princípio de legalidade e vai-lhe implicada uma estrutura inquisitória.

Seria tão seguramente inexacto dizer que o processo civil se nos oferece hoje com uma estrutura puramente dispositiva, como inadmissível ignorar as limitações que, no processo criminal, o princípio acusatório impõe ao seu carácter inquisitório. Uma estrutura dispositiva pura analisa-se em: absoluta disponibilidade da pretensão (acção),

tanto no seu se, como no seu objecto (thema decidendum);  
e nos limites e objectivo da decisão (ne est iudex ultra vel extra petita partium); disposição dos factos (alegação) e das provas; disposição do processo (necessidade de impulso processual); juiz passivo; verdade formal - numa palavra, pura concepção privatística do processo. O que já se nao verifica actualmente, dominado como é o processo civil por uma concepção publicística, a implicar: o interesse da realização do direito objectivo e da justiça; a intenção da verdade material; a intervenção integradora e supletiva (inquisitória) do juiz, pelo menos no que toca à instrução. O que não impede, todavia, que o processo civil seja fundamentalmente de estrutura dispositiva, dada a essencial disponibilidade das partes relativamente à acção (propositura, transacção, desistência, confissão do pedido, etc.), à alegação e ao contraditório (com os específicos efeitos da admittitio ficta), e inclusivamente à decisiva direcção e continuidade do processo.

No processo criminal domina, pelo contrário, um específico princípio de legalidade. E dizemos "específico" porque não se confunde este princípio a que fazemos alusão com o princípio igualmente designado em processo civil. O princípio de legalidade em processo criminal opõe-se ao "princípio da oportunidade", e prescreve que a acção criminal não está na disponibilidade do seu titular formal (o M.P.),

ação que ele houvesse de propor ou não segundo um seu concreto juízo de oportunidade, antes deverá o M. P. promover obrigatoriamente e sempre o processo criminal, uma vez verificados os pressupostos factuais e jurídicos da incriminação e acusação.

Por outro lado, os valores que o processo criminal visa realizar necessariamente exigem a verdade material. A verdade formal pode conciliar-se em processo civil com os interesses aí imediatamente em causa, se tivermos em conta a disponibilidade, em princípio, dos direitos respectivos e a auto-responsabilidade das partes implicada por essa disponibilidade. Mas em processo criminal unicamente importa "a verdade e a justiça", pelo que não pode deixar de competir ao tribunal, para além do mais amplo poder de direcção e controle processuais, ainda uma indispensável iniciativa instrutória — de inquirição e de prova. Deste modo se compreende como essencial ao processo criminal, não sendo senão um corolário da sua intenção incondicional à verdade material, uma estrutura inquisitória. Estrutura inquisitória a que se submete a própria fase processual que se segue à fase de "instrução preparatória", e que se inicia com o recebimento da acusação — a fase contraditória (ou de julgamento) do processo criminal.

4) - Só que também no que toca ao sentido do contraditório teremos de distinguir o processo criminal.

Conhecem-se as consequências específicas da estru-

tura contraditória do processo civil. traduzem-se elas, no fundo, no ônus de contradizer e de impugnar, e ainda de contra-provar. O não cumprimento desses ônus poderá traduzir-se quer em terem-se por certos (admitidos por acordo ou fictamente confessados) os factos não sujeitos a contradição ou não impugnados, quer até mesmo na procedência do pedido. O que, estando em coerência com a natureza disponível dos direitos materiais e a disponibilidade do próprio processo, não poderá já aceitar-se em processo criminal. Os direitos públicos indisponíveis aqui em causa e o carácter axiológico-vinculante do processo criminal não podem admitir aquelas consequências, ainda que estes sejam prescritos como estímulos à participação esclarecedora e na base de uma auto-responsabilidade. Por isso o contraditório processual criminal tem outro sentido; traduz essencialmente o direito de defesa — o direito, mas não o ônus, de opor-se às alegações e às provas incriminatórias (e até, como veremos, à subsistência da acusação abrindo-se para esse efeito uma fase particular de "instrução contraditória", que se realiza com a firmada e definitiva ou repelida a própria acusação.

5) - É certo que também no processo civil nem sempre vigora o princípio contraditório com o efeito de um ônus (pelo menos quanto ao ônus de contradizer): sempre que estejam em causa direitos indisponíveis (direitos sobre estado das pessoas: divórcio, interdição, etc.), ou sejam partes incapazes, pessoas colectivas, etc. Mas em aquelas

acções, nem estas partes escapam à aplicação dos princípios do ónus da prova (material) — nem mesmo porventura ao ónus da impugnação.

Ora ainda quanto a este ponto, e pelas razões que têm vindo a ser apontadas, o processo criminal se especifica. O processo criminal não está sujeito a regras formais que prescrevam ao juiz em que sentido deverá decidir nos casos em que a prova conclua por um non liquet, já que essas regras só podem operar na relevância (pelo menos como resultado admissível) da verdade formal. O processo criminal só pode reconhecer aqui um princípio: in dubio pro reo. Princípio que verdadeiramente significa<sup>(4)</sup> só pode ser condenado penalmente quem tenha sido efectivamente "convencido" da autoria e responsabilidade do crime de que é acusado.

6) - Num último ponto fundamental se distingue o processo criminal do processo civil: na decisiva importância que tem naquele a personalidade (a personalidade agora no seu relevo criminal e criminológico) do arguido. Quer o processo criminal conclua por absolvição (por inimputabilidade, por ausência de culpa), quer conclua pela condenação numa pena (cuja medida deverá "individualizar") ou prescrever uma medida de segurança, sempre a referência à concreta personalidade do réu — e sem que isso leve a excluir o relevo autónomo do "acto" — é nele dimensão essencial. Ou tro tanto não se pode dizer do processo civil, o qual quanto a este ponto se poderá dizer um processo "abstracto". (Cfr.

art. 418.º do Código).

γ) - A actual contextura jurídica-processual do processo criminal só a compreendemos claramente, no entanto se tivermos presentes os tipos de processo criminal que o tipo actual, nas suas intenções e estrutura, veio superar. Cabe, pois, aqui uma referência histórica aos ultrapassados processos estritamente acusatório e inquisitório, assim como a acentuação das coordenadas político-jurídicas determinantes do processo reformado instituído no séc. XIX, base imediata do processo misto, que é hoje o nosso. Não se trata de fazer uma investigação da história do processo criminal, mas apenas de dar-lhe aquela dimensão histórica sem a qual não podem compreender-se as instituições humanas, e sobretudo aquelas, como justamente as processuais, tão intimamente vinculadas ao espírito e às intenções ideológicas-jurídicas das épocas em que surgem e se realizam (v. CABRAL DE MONCADA, O processo perante a filosofia do direito). Tanto mais que bem pode dizer-se com RADBRUCH (Einführung in die Rechtswissenschaft, 9.ª ed., 176) que a história do processo criminal cumpre no seu desenvolvimento a tríade dialéctica hegeliana — o actual processo misto não é senão a síntese dialéctica dos momentos de tese e antítese representados, respectivamente, pelos processos acusatório e inquisitório.

1) - O processo acusatório. A característica descentralização do poder e das autoridades, a germânica afirmação da autonomia pessoal e social, uma certa indiferenciação entre o processo civil e o processo criminal correram para que o processo criminal do medievo europeu oferecesse com uma estrutura estritamente acusatória. Como no processo civil, estava o processo criminal na disponibilidade dos particulares nele interessados. Só se iniciava com a acusação do ofendido, aceitava o princípio <sup>do ónus de contraditório</sup> fora da contraditiedade dispositiva e, assim, também o seu possível resultado de mera verdade formal. Num ponto era ele, no entanto, um processo muito particular: no seu sistema e regime de provas. O ónus da prova recaía <sup>exclusivamente</sup> sobre o suspeito — era ele que teria de provar a sua inocência, não o acusador o fundamento da acusação —, e assim é que, à parte a prova testemunhal (firmas) oferecida pelo acusador e as inquirições officiosas ("inquisas"), as provas utilizáveis só se referiam ao arguido: o juramento, os "conjuradores", os ordálicos ("juízos de Deus"), o duelo judiciário (que não era, aliás, senão uma forma de ordálio), etc. Menos do que "os factos", visava-se provar o próprio direito (o crime) e o juiz era juramente e tão-só um árbitro. Depois, <sup>o juramento</sup> era incondicionalmente público e oral.

Seguramente que um processo delineado neste espírito — salvo decerto o regime probatório e o seu aleatório

barbarismo — oferecia a mais ampla possibilidade de respeito pela autonomia individual e de defesa. Mas o que também sem dúvida impedia era uma repressão criminal eficaz. É este inconveniente, sobretudo numa época em que se fez premente a repressão <sup>de bandidismo</sup> (na baixa Idade Média e particularmente na Itália, a partir do séc. XIV, com o seu desmembramento político), aliado mais tarde a factores directamente políticos como a centralização e fortalecimento do poder no Estado absoluto (o Estado-de-policia), determinou a irrupção de um tipo de processo, em tudo o contrário daquele — o processo inquisitório.

2) - O processo inquisitório. Neste tipo de processo assumiu-se de modo inequívoco o princípio de que a repressão criminal era de indispensável interesse público e competia exclusivamente ao Estado. Simplesmente levou-se longe de mais esse princípio ou não se realizou ele em termos jurídico-processualmente válidos — i. é, minimizaram-se ou sacrificaram-se outros valores não menos indispensíveis e que sabemos já concorrerem no processo criminal com aquele interesse público. <sup>os do dignidade e dignos de respeito</sup> Também, tal como fundamentalmente hoje, esse tipo de processo compreendia a relação <sup>processual</sup> criminal a estabelecer-se entre o Estado e o acusado, só que todo o interesse e função estadual da repressão competia ao juiz — o juiz não era só o julgador, mas simultaneamente o acusa-

dor e inquiridor. A promoção processual em todos os seus aspectos era ex officio (princípio da oficialidade) e na plena discrecionariiedade do juiz estava também o domínio do processo (tanto no objecto como no processamento), com o fito — pelo menos em princípio — de alcançar a verdade sem subterfúgios (princípio da verdade material). Dal que ao carácter officioso e à discrecionária estrutura do processo (ausência de legalidade processual) se acrescentasse uma actuação judicial plenamente inquisitória (nos factos e na utilização dos meios de prova), secreta e de forma escrita. O que tudo determinava uma dupla consequência: não só o juiz perdia a sua posição de imparcialidade, como se degradava o arguido a mero objecto de investigação (inquisitus), com a mais limitada possibilidade de defesa.

É certo que a favor do arguido (e em contradição com a intenção à verdade material) se estabeleceu um rígido sistema de provas legais — única garantia que se oferecia contra o arbítrio judicial. Mas ainda aqui as coisas corriam contra o arguido, pois levando ao extremo a recusa da prova indiciária, exigindo como prova capital a confissão (só substituível, p. ex., na Carolina, por duas testemunhas oculares e idóneas), o resultado foi o recurso <sup>à prova da confissão</sup> e à instituição generalizada da tortura. O quadro completa-se com a admissão dos restaurados crimina e pena extraordinária (que visavam a atingir a maior amplitude) e da abs-

lutio ab instancia (na "falta de provas", para evitar o caso julgado material e permitir a reabertura do processo).

Tal foi o processo criminal que, tendo o seu ponto de partida nas disposições de Inocêncio III relativamente aos crimes de heresia, blasfêmia, adultério, etc., havia de receber uma primeira regulamentação no Concílio de La-trão (1215) — instituição da "Inquisição" —, para se generalizar na Itália a partir do séc. XIV. Processo criminal que, por isso, se diz canónico-italiano. Recebeu a sua acabada consagração legislativa na Constitutio Criminalis Carolina (Carlos V), em 1532, e predominou até os fins do séc. XVIII.

3) - O processo reformado. Uma das mais insistentes reivindicações político-jurídicas <sup>de iluminismo</sup> assumidas pela Revolução Francesa, e que havia de ganhar depois toda a Europa, foi de certo a reforma do processo criminal. Se o processo acusatório germânico-medieval era dominado por uma intenção de retribuição, se não mesmo de simples composição das particulares ofensas criminaes (dificilmente se esquecia a "vingança privada", a qual no fundo aquele processo se limitava a submeter a um estatuto processual e arbitral), sendo assim um espírito processo de partes que levava a extremos inaceitáveis o reconhecimento da autonomia e da igualdade entre elas, o processo inquisitório, determinado por

uma intenção de eficácia na defesa da sociedade contra os criminosos, acabou por ser uma instituição proposta apenas à prevenção geral através de um verdadeiro terror repressivo, pois funcionava em termos crues e arbitrários só compatíveis com a opressão de um poder político perante o qual os indivíduos se encontravam sem direitos e sem protecção. O jusnaturalismo iluminista, com os seus correlatos políticos-jurídicos do liberalismo e da afirmação dos "direitos naturais" do homem, ou a oporem-se à sociedade (perspectiva liberal) ou como único fundamento dela (perspectiva democrática), não podia deixar de ver no processo criminal até então realizado uma das mais odiadas Bastilhas a destruir.

Des postulados políticos gerais da "separação dos poderes" e da independência dos juizes inferiram-se os princípios processuais da legalidade (o princípio da legalidade da actividade e formas processuais) e da objectividade (a imparcialidade processual e super partes do juiz, não ele mesmo sujeito da intenção incriminadora). A "Declaração dos Direitos do Homem" proclamava no art. 7.º o princípio nullum crimen sine lege, no art. 8.º o princípio "nulla reus na...", no art. 9.º o princípio da presunção de inocência do arguido até prova em contrário (princípio este que visa abolir a atitude contrária sobretudo na medida em que ela, se concorria para o uso da tortura, também conduzia a carcear a possibilidade de defesa do arguido, pois na base de

uma prévia convicção de culpabilidade fácil era ver em quaisquer actividades de defesa apenas manobras impeditivas da acção repressiva). Não menos fundamental, em coerência com este último princípio e como garantia do direito de liberdade, era o princípio da exigência de culpa formada como pressuposto da validade da prisão (mesmo preventiva). E no que directamente toca à estrutura processual — aqui com inspiração no processo criminal inglês — instituiu-se a participação dos leigos (o júri de instrução e de julgamento), e simultaneamente, em opposição ao carácter secreto do processo inquisitório, a publicidade, em opposição à sua forma escrita, o regime da oralidade (imedição e concentração), em repúdio do sistema de prova legal, o princípio da prova livre (da livre convicção probatória). Se a publicidade facia viável o controle público e era factor de prestígio e confiança na justiça, a oralidade e a prova livre concorriam decisivamente no interesse da verdade material, de defesa (permitindo um contraditório livre), e de um sistema de prova objectiva (prova atípica, dirigida à exacta averiguação das circunstâncias reais do facto criminal em causa). É certo que agora a condenação se poderia fundar em prova simplesmente indiciária (prova indirecta), mas isso que não excluía nem a exigência, nem a realização da objectividade (sobretudo pela concorrência também aqui do princípio "in dubio pro reo"), do mesmo passo

desinteressava a caça à confissão, a maior responsável, como se viu, pelo recurso à tortura.

Outra inovação fundamental trouxe-a o Code d'instruction criminelle de 1808, ao criar o estatuto da magistratura do M. P., encarregado da averiguação preliminar (instrução preparatoria) e da acusação. Evitando uma estrutura puramente acusatória para que o processo criminal tendia através sobretudo do "júri de instrução", criou as bases para um processo misto (inquisitório e acusatório) <sup>magistratura do M. P. nos arts. 21 e 22</sup> em que se procura conciliar e realizar simultaneamente os interesses da sociedade na repressão eficaz e do arguido (com o seu direito de defesa e o valor da sua pessoa).

4) - O processo actual. Remissão para o título seguinte. Referência às garantias constitucionais: art. 8.º, n.ºs 8.º, 9.º e 10.º, com os §§ 3.º e 4.º. A "prisão preventiva" e o "habeas corpus" (Decreto-Lei n.º 36 043). O valor da confissão (arts. 174.º e 284.º do Código).

#### 4. Os princípios fundamentais do direito processual criminal.

Estes princípios traduzem e enunciam as opções nor

mativas fundamentais que a organização positiva do processo é chamada a cumprir. Não têm, pois, função representativa ou conceitual (não são categorias ou objectivações lógicas do processo como objecto), nem são também normas de imediata aplicabilidade. Oferecem sim as intenções normativas constitutivas daquele "projecto" que o processo, que aí temos, de uma forma ou outra realiza.

E como não formam esses princípios um sistema de lógica coerência, antes concorrem alguns deles uns com os outros em manifesta oposição (assim, o princípio da acusação opõe-se ao princípio inquisitório, o princípio da oficialidade ao princípio da acusação particular, etc.), o que o processo real efectivamente nos oferece é uma transacção entre esses princípios — e sobretudo uma transacção entre o princípio acusatório e o princípio inquisitório. Daí o dizer-se que o processo criminal actual é um processo misto.

São estas duas notas que nunca devem deixar de estar presentes na consideração dos princípios do processo. Pois se por aquela primeira nota compreendemos a importância deles como elementos informadores do espírito do nosso direito processual — e, portanto, a sua importância como factores interpretativos e integrativos desse direito, além de que são também eles, em último termo, que decidem do válido recurso subsidiário às regras do processo civil (art. 1.º, § ún., do Código) —, já a outra nota, ao dizer

—nos que cada um desses princípios será concretamente limitado pelos termos em que tiver sido também reconhecido o princípio oposto, nos previne contra o erro de se pretender realizar qualquer deles (a propósito de um problema concreto para o qual essa realização se invoque como critério) tal como o exigiria a sua admissão pura, i. é, aceitando-o plenamente e em todos os seus desenvolvimentos lógicos. Importa antes que a transacção positiva realizada pelo processo seja sempre o paradigma da correspondente limitação que devam sofrer esses princípios em qualquer invocação de um deles.

#### A. O princípio da oficialidade.

Segundo este princípio a iniciativa e o impulso processuais são investigação prévia ("instrução preparatória") e da sucessiva submissão a julgamento das infracções criminais competem officiosamente àquelas entidades públicas a quem a lei confere o encargo daquela investigação e aos próprios tribunais criminais — i. é, a repressão da criminalidade através da submissão, nos termos prescritos pelo direito processual criminal, a julgamento e possível condenação dos delictos é tarefa e função estadual a realizar ex officio.

No nosso direito a iniciativa da investigação e instrução preparatória, a sua promoção e direcção processuais.

e a acusação competem hoje (Decreto-Lei 35 007) ao M. P. — arts. 6.º, 12.º e § 2.º, 14.º, 15.º; Código: art. 165.º —, que em certos casos pode delegar nas autoridades policiais (art. 161.º). Cabendo, no entanto, também a outras autoridades o exercício da acção penal, nas hipóteses legalmente previstas (art. 2.º) a elas compete igualmente nesses casos a respectiva instrução preparatória (art. 17.º) — v. ainda Decreto-Lei n.º 36 085, art. 2.º. A iniciativa da instrução preparatória e a sua direcção, mas já não a acusação, competem também à Polícia Judiciária nos casos em que especialmente lhe são atribuídos (art. 18.º) — v. Decreto-Lei 35 042, arts. 1.º, 7.º, 14.º, 15.º e 16.º, com as alterações dos Decretos-Leis 36 288 e 39 757, e particularmente 39 351; outro tanto se poderá dizer relativamente à Polícia Internacional e de Defesa do Estado, nos termos dos arts. 6.º, § único, 7.º, n.º 9, e § único, do Decreto-Lei 39 749. A acusação continua a competir nestes casos ao M. P. (art. 20.º do Decreto-Lei 35 042).

Competindo a acusação officiosamente ao M. P. e às outras entidades que podem além dele exercer a acção penal (art. 2.º do Decreto-Lei 35 007), não deixa, todavia, o juiz de interferir officiosamente naquella, quando haja instrução contraditória (art. 44.º).

Uma vez recebida a acusação — i. é, aberta a fase contraditória ou de julgamento do processo criminal —, e

passando o M. P. a ocupar no processo a posição formal de "parte", o princípio da oficialidade releva sobretudo em referência ao juiz, vindo então esse princípio a confundir-se praticamente com o princípio inquisitório (v. infra).

(Cf. o anterior regime do Código: arts. 9.º, 171.º, 172.º e ss.).

Limites. Casos há em que considerações de política criminal — atenta a pequena gravidade das infracções ou a natureza especial dos valores que lhe vão referidos — determinam importantes limitações ao princípio da oficialidade, já porque a abertura do processo (ou o início da instrução preparatória) está dependente da iniciativa nesse sentido, através da denúncia ou participação, de certas pessoas, em princípio os ofendidos ou os seus representantes legais (ex.: arts. 241.º, ss., e 299.º do Cód. penal), já porque é indispensável a própria acusação particular (se sempre acompanhada da acusação do M. P. ou mesmo autónomamente, é questão a considerar infra) — exs.: arts. 359.º, segundo a redacção que lhe foi dada pelo art. 7.º do Decreto de 15-2-1911, 401.º, § 3.º, etc. Delitos que em virtude deste regime — a acção penal, de que é titular em princípio o M. P., está aqui dependente das condições de procedibilidade enunciadas (v. art. 3.º do Decreto-Lei 35 007, cf. art. 7.º do Cód.) — se dizem "crimes particulares" (v.

infra).

Referência à "acção popular" (art. 15.º do Cód.).  
 seu sentido (o interesse e participação cívica de todos os cidadãos na defesa de certos valores comunitariamente importantes, e assim na repressão <sup>liberando pelo processo criminal</sup> dos delitos que os ofendem) e relevo histórico (no direito romano, germânico-medieval actualmente ainda no direito inglês). No nosso direito vigente: art. 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei 35 007 — deixou de ser "acção" para ser apenas fundamento de "assistência" no processo criminal.

#### B. O princípio da acusação.

Vimos que o processo criminal inquisitório inferi-  
 ra da natureza pública dos ius puniendi não só o carácter officioso da repressão criminal, mas ainda a atribuição ao próprio juiz da iniciativa e da tarefa de investigação e in  
 criminação dos delitos. Os resultados são conhecidos: o acrifício da imparcialidade e da objectividade do julgador. Ora o que o princípio da acusação se propõe é justamente a conciliação do interesse público (e portanto da função es-  
 tadual) da repressão com as exigências, de não menor inter-  
resse público, da imparcialidade e objectividade no julga-  
mento das infracções. O que se consegue atribuindo a ór-  
gãos públicos fundamentalmente distintos, por um lado, a fun-

ção de investigação e acusação dos delitos — que compete em regra ao M. P., magistratura com um estatuto administrativo — e, por outro lado, a função de julgamento dessa acusação — que compete ao tribunal criminal, como órgão de estatuto e estrutura jurisdicional. Desse modo, e já que além disso ao acusado será dada a mais ampla possibilidade de contradicção e de defesa da acusação feita, o julgador, se se encontra numa situação supra-partes, também não está interessado senão na apreciação objectiva do "caso" criminal que lhe é submetido. Diz, portanto, o princípio da acusação que o juiz só conhecerá dos delitos que lhe sejam acusados pelo M. P. — a ocupar formalmente a posição de parte —, nemo iudex sine actore, mas isto num duplo sentido:

- a acusação é condição processual <sup>de ac. e parte p.</sup> de que depende sujeitar-se alguém a um julgamento criminal; ninguém julga um que ninguém acusa
- pela acusação se define e fixa o objecto do processo — o objecto de julgamento, e portanto da possível condenação ou absolvição, são tão-só a infracção e o autor acusados. Todo o sentido do princípio da acusação seria anulado se esta se limitasse a ser presuposto formal da intervenção judicial, permitindo-se que quanto ao conteúdo e objecto de investigação e julgamento o juiz pudesse

actuar e decidir inquisitòriamente sem limites — voltaria ele a encontrar-se "pessoalmente" interessado na investigação e repressão de quaisquer infracções, não apenas da que lhe é acusada, e ainda que só relativas ao mesmo agente (limitação que nem mesmo se teria de verificar).

Esta segunda consequência — a decisiva — do princípio da acusação vêmo-la inequivocamente reconhecida no nosso direito: arts. 444.º, 447.º e 448.º a 450.º, 494.º e 501.º E a justificá-la concorre ainda, além da apontada garantia de imparcialidade e objectividade que só ela dá (v. EDUARDO CORREIA, Caso julgado..., 28), os improscindíveis direitos de defesa do réu, já que só dessa forma — fixando-se pela acusação um objecto do processo que se manterá em princípio idêntico até à sentença — o arguido estará a coberto de surpresas incriminatórias contra as quais se não pudesse eficazmente defender.

Com este valor fundamental e compreendido neste sentido, tem o princípio da acusação a mais ampla repercussão do direito processual criminal. De momento referem-se-lhe apenas dois problemas:

- a) - Que validade deverá atribuir-se a uma sentença com força de caso julgado (que haja transitado em julgado), mas que tenha violado frontalmente o princípio acu-

satório, na segunda consequência apontada, i. é, que tenha condenado em infração diferente (fora dos casos de convalidação admitidos pelo art. 447.º do Cód.) ou autor diverso dos que foram, respectivamente, descrita e identificado na acusação? Não será este também um caso de nulidade da sentença? (Cf. EBH. SCHMIDT, *Lehrkommentar*, I, 148, s., e *D. Strafrechtsrecht*, 59 e 61).

β) - Não implicará o princípio acusatório a exclusão da reformatio in pejus: parece que sim, posto que estando essa exclusão na linha dos limites que a nossa lei liga àquele princípio (só admitindo as excepções que corram em favor rei — arts. 446.º, § ún., 447.º, § 2.º, 448.º, enquanto que a convalidação do art. 447.º terá de ser fundada em factos já constantes do despacho de pronúncia), e favorecendo decerto a imparcialidade do julgador, só concorrerá afinal para a realização da justiça material, uma vez que não querendo o réu arriscar-se a uma agravação da pena, ficará por isso muitas vezes inibido de sujeitar a recurso decisões injustas (cf. BELING, 256). Depois, nem sequer o princípio da verdade material é tão ofendido como se pensa — sem esquecer mesmo que este princípio, com a inquisitorialidade implicada, não deixará de estar limitado pela transacção que faz com o princípio acusatório —, uma vez que a exclusão da reformatio in pejus só se refere à medida da pena (à "questão da pena") e não à incriminação e culpabili-

dade (à "questão da culpa") — neste sentido EBH. SCHMIDT, *D. Strafrechtsrecht*, 175. Entre nós, todavia, mantém-se em vigor o Assento de 4 de Maio de 1950: "Em recurso penal, embora interposto só pelo réu, pode o Tribunal agravar a pena".

### C. O princípio da legalidade.

Este princípio, que nos diz que o M. P.<sup>o</sup> deverá proceder criminalmente sempre que (obrigatoriamente e sem admissões de um juízo de oportunidade) se verificarem os pressupostos jurídico-factuais da incriminação e processuais da acção penal, vêmo-lo também reconhecido sem equívoco no nosso direito — (arts. 1.º, 165.º, 341.º, 349.º do Código; 24.º, 26.º e 43.º do Decreto 35 007.

E ele o correspondente do monopólio estadual da repressão criminal — já que se o interesse público do ius puniendi é indisponível, também a comunidade e os particulares ofendidos pelos delitos não deixarão de ver sempre cumprida pelo Estado a função que em exclusivo chama a si. Por outro lado, é garantia da igualdade perante a lei, —, exclui a interferência da "raison d'État" no processo criminal, e é decerto factor de prevenção geral enquanto impõe sempre o cumprimento da ameaça penal prescrita pela lei criminal. é vontade legislativa da lei e deve sobrepôr-se a apreciação casuística da utilidade da mesma lei por parte do M. P.

Não deve, no entanto, ver-se neste princípio a pos

sibilidade de uma realização automática. Pois se já no momento que podemos dizer de "qualificação" o juízo que o M. P. faça sobre a verificação do delito está aberto às mesmas dificuldades e divergências que pode, análogamente, suscitar qualquer aplicação concreta do direito, menos ainda se poderá exigir uma univocidade efectiva quanto a concluir-se o resultado da instrução (preparatória ou contraditória) oferece "prova bastante" (arts. 345.<sup>o</sup> do Cód. e 26.<sup>o</sup> do Decreto-Lei 35 007), "indícios suficientes" (arts. 354.<sup>o</sup>, §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup>,/ 368.<sup>o</sup> do Cód.) para acusar, ou se, pelo contrário, não logrou confirmar a suspeita que deu origem à investigação. Só que — e é isto que importa sublinhar — quanto ao primeiro ponto sempre se deverá distinguir entre o que já se tem designado por "liberdade científica" (a liberdade de procurar a solução exacta e de aceitar apenas aquela que fundamenta o for) e a "liberdade discricionária" (a que se determinaria não pela exactidão ou verdade, mas pela conveniência ou oportunidade — no primeiro caso visa-se um juízo categórico, neste segundo caso apenas um juízo hipotético); e no que toca à apreciação da suficiência da prova ou dos indícios, deve observar-se que se não trata de aceitar um grau menor de comprovação, uma mera presunção ou uma probabilidade insegura, que seria sempre directa função de uma posição pessoal (da maior ou menor exigência que pessoalmente o titular real do M. P. possui nas

suas presunções ou nos critérios da probabilidade), antes se impõe também aqui uma comprovação acabada e objectiva (v. aliás o § 1.<sup>o</sup> do art. 12.<sup>o</sup> do Decreto-Lei 35 007), i. é, a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de "verdade" requerida pelo julgamento final — só que a instrução preparatória (e até a contraditória) não mobiliza os mesmos elementos probatórios e de esclarecimento, e portanto de convicção, que estarão ao dispor do juiz na fase de julgamento, e por isso, mas só por isso, o que seria insuficiente para a sentença pode ser bastante ou suficiente para a acusação (desde logo porque não concorrem nesse momento elementos que anulem ou contrabalançam a força convincente dos elementos incriminadores obtidos).

Mas isto que se diz para explicitar o verdadeiro sentido do princípio da legalidade — ou que dele é corolário normativo —, também implicitamente nos mostra como poderá ser precária a realização do princípio da legalidade se ela não for sujeita a um controle eficaz. Não se esqueceu a nossa lei desse indispensável controle, mas não é seguro que tenha finalmente optado pelo melhor regime.

O regime que hoje vigora, relativamente à instrução preparatória, é o que instituiu o Decreto-Lei 35.007. nos arts. 27.<sup>o</sup> e 28.<sup>o</sup>; havendo instrução contraditória, o regime mantém-se praticamente o mesmo do Código (art. 44.<sup>o</sup> do

Decreto). Mas era bem diferente o controle que o Código prescrevia para a acusação que se deveria seguir imediatamente à instrução preparatória, já que era o próprio juiz a exercer, e amplamente, esse controle (arts. 346.º, 350.º, 351.º; cf. art. 10.º). E pergunta-se: qual é o melhor regime ?

O que determinou a alteração do Decreto 35 007 foi decerto a intenção de realizar de uma forma mais pura o princípio da acusação (v. o relatório do decreto). Mas não se deve esquecer que o M. P. é uma órgão directamente dependente do Poder Executivo, como órgão da Administração que é, e, como tal, sujeito ao dever de obediência hierárquica. Pelo que o regime do Código estaria mais de acordo com o espírito do princípio da legalidade. Não é só aqui, no entanto, que

há ainda este princípio (aliado ao carácter público indisponível do *ius puniendi*) que exclui a validade da desistência do M. P. — embora não decerto a eficácia da reparação do ofendido, nos casos de "crimes particulares" (arts. 7.º, § 2.º, e 18.º, § ún. do Cód., e 3.º, § ún. do Decreto -Lei 35 007). Do mesmo modo se compreende que a acção penal seja irremunciável (art. 18.º do Código).

Limites. Admite, todavia, a nossa lei algumas limitações importantes ao princípio da legalidade. Referimo-nos às hipóteses em que a perseguição penal é impedida pe

la invocação da garantia política ou da garantia administrativa.

Quanto à primeira (Constituição, arts. 78.º e § ún., 89.º, d), 102.º, § 3.º, 114.º, § ún.; Dec.-Lei 22 446 /art. 5.º) pode dizer-se que, salvo o princípio da irresponsabilidade criminal que corresponde aos actos praticados pelo Presidente da República no exercício das suas funções, nem verdadeiramente é por ela preterido o princípio da legalidade, apenas fica a perseguição criminal sujeita a uma dilação. O mesmo já se não pode dizer para a garantia administrativa (Dec.-Lei 35 007, art. 3.º, n.º 2.º; Cod. Administrativo, arts. 81.º, 229.º, 355.º, etc.), pois graças a ela os arguidos de infracções criminais podem ser subtraídos à acção penal por (razões que não excluem a mera oportunidade.

Só que neste ponto de todo se deve repudiar a orientação (dita "administrativa") que, ao contrário da orientação unicamente defensável (que se diz "judicial"), sus tenta competir ao Ministro do Interior inclusivamente a qualificação do acto inculpação como funcional ou não funcional. Uma tal competência só se compreenderia se se admitisse que também por critério de oportunidade se deva decidir se o acto assume ou não essa natureza. Mas não é evidentemente esse o sentido da lei — esta apenas admite que a perseguição dos actos funcionais fique dependente de uma decisão de oportunidade —, e seria isso, por outro lado, a

mais aberrante violação dos princípios do Estado-de-Direito, não só enquanto se criavam estatutos pessoais de irresponsabilidade criminal com uma amplitude intolerável, mas ainda porque assim se subtraía ao poder ou função jurisdiccional, a favor do poder político, a sua incondicional competência e prerrogativa constitucional de aplicar o direito (juris-dictio). E já por estas inaceitáveis consequências seria de repelir a primeira posição.

#### D. O princípio inquisitório.

Por este princípio visa-se atribuir aos órgãos jurisdicionais criminais (e particularmente ao juiz) o poder-dever de esclarecimento e instrução officiosos do "facto" sujeito a julgamento — esclarecimento e instrução que não dependerá, portanto, da iniciativa e requerimento que nesse sentido houvessem de fazer os "interessados" (ofendido e réu).

Se quisermos abranger com este princípio também a iniciativa de investigação do M. P. (não já a de "promoção", pois quanto a esta poderá dizer-se que o M. P. assume o papel de "parte"), vem ele quase a confundir-se com o princípio da officialidade. Só que este ultimo traduz sempre uma intenção mais formal (apenas visa a iniciativa e o prosseguimento processuais), enquanto a do princípio inquisitório é uma intenção material, ao referir-se antes ao contei-

do do processo, no fundo ao objecto do processo. Se um se refere à iniciativa relativamente ao processo em si, o outro refere-se à iniciativa relativamente ao conteúdo do processo (por isso se designa também este ultimo por principio "da investigação" ou "da instrução").

No nosso direito processual criminal encontra este principio a mais ampla consagração. A "instrução preparatória" é essencialmente inquisitória (v. arts. 12.º, § 1.º e 2.º, 13.º e § único — cfr. art. 10.º — do Decreto-Lei 35 007), e os poderes de que o juiz dispõe, quer na falta de instrução contraditória, e nesse caso em ordem a fundamentar a sua decisão de recebimento ou de rejeição da accusação (art. 38.º do Dec.-Lei 35 007), quer na direcção da instrução contraditória (art. 40.º do Dec.-Lei 35 007, 159.º e 332.º do Cód.), quer na fase de julgamento (arts. 9.º, 159.º, 329.º, § ún., 332.º, 333.º, 404.º, § 1.º, 425.º, § 3.º, 435.º, 443.º, 465.º, § ún., etc.), traduzem um marcado reconhecimento do principio.

E se visa ele decerto o triunfo da verdade material, implica igualmente a decisiva consequência de não poder fundar-se o juízo probatório senão na prova efectiva dos factos. O que significa:

— por um lado, o não reconhecimento em direito processual criminal dos ónus de contradizer e de imputar, e com alguns limites tam

bém o não reconhecimento do ônus de contra-  
provar (os limites são os que impõem e atri-  
buição de prova plena aos documentos autên-  
ticos e autenticados — arts. 468.º, § ún.,  
 e 493.º, § ún. — e a presunção de verdade,  
 "até prova em contrário", de que beneficiam  
 os "autos de notícia" — art. 169.º do Códig  
 go —; deve, no entanto, anotar-se que aqui  
 a prova do contrário poderá ser inquisitò-  
riamente produzida). Quando de provas tidas como

— por outro lado, a não aceitação de quaisquer  
regras de ónus da prova (material) — remis

são para o princípio in dubio pro reo. na opo  
 do dir. de P. e defender e o dever de o XP provar todo  
 facto da acusação (exceto os factos notórios e os de co  
 oncesso. Ed. Correia: para além do dir. de P. e do facto.

Limites. Os limites que o nosso direito proces-

sual criminal — na linha, aliás, dos direitos estrangei-  
 ros — prescreve ao princípio inquisitório são de três or-  
 dens. (Deve-se, no entanto, ter em conta que esses limi-  
 tes são postos ou a favor do réu ou para garantia da impar-  
cialidade e objectividade do julgador, e assim, no que to-  
 ca a este segundo ponto, são limites que não contrariam, an  
 tes favorecem, a intenção última do princípio inquisitório.)

— Em primeiro lugar, os limites resultantes da  
concorrência do princípio da acusação, sobretudo na medida  
em que este <sup>tem a identidade</sup> circunscreve, como vimos, o objecto possível de

investigação.

— Avultam, em segundo lugar, todas as restri-  
ções que a legalidade processual impõe já à utilização de  
quaisquer meios de prova — assim, só poderão utilizar-se  
 os meios de prova legalmente admitidos (~~de~~ do Cód.),  
 ficando excluídos certos processos porventura eficazes, mas  
 atentatórios de valores fundamentais, como as narco-análi-  
ses (v. infra) —, já ao modo da sua produção — pense-se,  
 p. ex., no regime a que está sujeita a prova por exames e  
pericial.

— Por último, a exclusão da "ciência privada  
do juiz" — o princípio quod non est in actis, non est in  
mundo (cfr. art. 405.º); referência às "regras da experiên-  
cia" e aos termos em que a sua indispensável utilização em  
 todo o juízo probatório retira carácter absoluto à exclu-  
 são da "ciência privada". Já não tem o mesmo significado  
relevo processual dos factos notórios e dos factos de conhe-  
cimento oficial ou judicial — só que deverá perguntar-se  
 se, em processo criminal, é de aceitar sem quaisquer restri-  
 ções o regime que relativamente à primeira categoria de fac-  
 tos prescreve o Cód. proc. civil, art. 514.º, n.º 1: não de-  
 verá exigir-se em processo criminal a alegação desses fac-  
 tos, para os sujeitar a contradição? (v. Prof. EDUARDO COR  
 REIA, Les preuves, loc. cit., 18). competete ao réu

E. O princípio da contraditoriedade (o direito de defesa).

Como já antes ficou esclarecido, este princípio tem em processo criminal um sentido específico: não se trata aqui de um ónus (de contradizer, de impugnar, de contra-provar), mas do direito de contradizer, o direito que tem cada uma das "partes" (M. P. e arguido) de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais da autoria da outra parte — o que relativamente ao arguido traduz o seu direito de defesa.

No que toca à "instrução preparatória", não obstante ser ela de carácter estritamente inquisitório e secreta, importa ter presente o art. 13.º, § ún. do Dec.-Lei 35 007.

É este princípio o fundamento da "instrução contraditória" — v. arts. 36.º, 39.º e 40.º (cfr. arts. 326.º e 330.º, ss., do Cód.).

Quanto à fase de juízo, v. arts. 379.º, ss., 390.º, 398.º, 423.º, etc.; e, em geral, os arts. 415.º, ss. e a maioria dos n.ºs do art. 98.º.

F. O princípio da prova livre (livre convicção probatória).

Se se entender este princípio no seu sentido mais amplo, ou abrangendo nele não só a livre convicção probatória, mas ainda a liberdade na escolha dos meios de prova a

utilizar em juízo, teremos de afirmar que ele só parcialmente se encontra hoje consagrado. Pois vimos já os limites que a legalidade processual impõe a esta segunda liberdade; mas é aquele primeiro sentido que aqui queremos, autónomamente, considerar.

É quanto a esse sentido, diz-nos o princípio referido que a convicção probatória por que terá de resolver-se o juiz, em face dos resultados da instrução, não é determinada por critérios formais, mas será apenas a que o julgador assumir através de um juízo objectivo-material, atípico e concreto — i. é, o juiz é livre de decidir pela conclusão probatória que o mérito concreto da instrução produzida naquele caso unicamente justifique.

Pois, ao contrário do que acontece no sistema de prova legal — no qual a conclusão probatória é pre-estabelecida legalmente, mediante inferências probatórias prescritas pela lei em abstracto relativamente a cada meio de prova e ao modo processual da sua utilização, e de aplicação formal e obrigatória para o juiz —, pelo princípio da "livre convicção" tem antes o julgador a liberdade de formar a sua convicção sobre a realidade ("os factos") do caso submetido a julgamento com base apenas no juízo que se fundamenta no mérito objectivamente concreto desse caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo (pelas alegações, res

postas, inquirições e meios de prova utilizados, etc.). E é este juízo "atípico", porque apoiando-se ele decerto em regras de experiência (i.é em critérios generalizantes e tipificados de inferência factual) não deixará de traduzir uma aplicação individualizadora dessas regras ao caso concreto-histórico, não concluiu do, pois, apenas pelo que em geral (geralmente, normalmente) se pode inferir de certos tipos de factos, mas procurando averiguar em que medida os factos concretos e individualizados do caso, dado o contexto histórico em que surgem e assim a concorrência de todas as circunstâncias a re levantares, confirmam ou infirmam aquelas inferências gerais, típicas e abstractas — i. é, não deixando de considerar a contextura concreto-individualizada, e portanto, atípica do caso decidendo. As "regras de experiência", os critérios gerais não serão aqui mais do que índices corrigíveis, critérios que definem conexões de relevância, orientam os caminhos da investigação e oferecem probabilidades conclusivas, mas apenas isso — é assim em geral, em regra, mas sê-lo-á realmente no caso a julgar?

Traduz este princípio um terceiro estádio (o actual) da evolução histórica dos sistemas jurídicos da prova criminal (v. SAUER, Allgemeine Prozessrechtslehre, 164, s.). Num primeiro estádio, que corresponde ao regime probatório do processo germânico-medieval, tudo estava em da-

rem ou não as partes cumprimento a certas formalidades rigidamente prescritas, e o que através delas se visava era menos a averiguação de factos do que apoiar a directa alegação de direitos. Numa segunda fase, a que corresponde fundamentalmente ao processo inquisitório, era já o juiz que havia de concluir por um juízo probatório tendo por objecto apenas "factos", mas submetido esse juízo a um sistema de prova legal o que ele oferecia, ainda no domínio que se afirmava ser de prova de factos, era a aplicação formal e abstracta de presunções legais juris et de jure. Ao juiz não era exigido nenhum contacto com a realidade, podendo concluir isolado no seu gabinete e pelo manjar apenas dos autos e da lei (RADBRUCH). Decerto que as presunções legais quanto à prova não deixavam de ter uma intenção à verdade, já que a maioria delas apenas tornavam vinculantes as regras que a experiência então formulava e em ordem a impor desse modo uma objectividade probatória — mas nem por isso o resultado deixava de ser menos rigidamente formal, e função apenas de um jogo abstracto de regras e contra-regras em que uma séria preocupação da averiguação da verdade estava de todo ausente. Ora só numa terceira fase, inaugurada pelo princípio da livre convicção probatória, passou a ser objectivo fundamental a verdade histórica (material) — impondo-se ao juiz, no fundo, a mesma atitude e intenção do investigador histórico — e foi possível vencer o puro juri-

dismo formal na actividade e juízo probatórios e abri-los aos imprescindíveis contributos dos conhecimentos psicológicos, sociológicos e científicos da mais variada espécie. Por isso alguns autores (RADBRUCH, SAUER) dizem sistema de "prova científica" aquele que vai implicado no princípio da prova livre.

Importa, no entanto, fazer aqui duas observações. A primeira para sublinhar o exacto sentido da "liberdade" a que este princípio se refere. A segunda para afastar os equívocos que é susceptível de provocar a associação que acaba de fazer-se entre "verdade" e "científico".

A liberdade de que aqui se fala não é, nem devo implicar nunca o arbitrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação. Trata-se antes de uma liberdade para a objectividade — não aquela que permita uma "intime conviction", meramente intuitiva, mas aquela que se determina por uma intenção de objectividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objectiva, i. é, uma verdade que transcenda a pura subjectividade e que se comunique e imponha aos outros — que tal só pode ser a verdade do direito e para o direito. Isto significa, por um lado, que a exigência de objectividade é ela própria um princípio de direito (cfr. R. V. HIPPEL, Der deutsche Strafprozess, 386,

s.), ainda no domínio da convicção probatória, e implica, por outro lado, que essa convicção só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objectiva. O que envolve, por sua vez, duas importantes consequências: 1) - havendo a convicção probatória de ser fundamentada, deverá ser motivada ou (quando as leis processuais o não exijam formalmente) motivável; 2) - sujeita a exigência de objectividade, enquanto princípio jurídico, não deixará de ser controlável mesmo pelos tribunais de recurso com competência apenas "de direito" (S. T. J., como tribunal de "revista"), sempre que a violação do princípio da objectividade for evidente sem outras averiguações probatórias (cfr. art. 712.º, n.º 1, b), do Cód. proc. civil) — assim, p. ex., quando for contraditória (ilógica), quando estiver em flagrante e insanável contradição com os elementos adquiridos nos autos, quando for impossível ou evidentemente errada a sua conclusão, de acordo com as regras válidas da experiência, etc.

Quanto à "verdade" que aqui se visa, devemos ter em conta que ela tem a ver com a realidade da vida, com a acção humana e as circunstâncias do mundo humano, pois a verdade que importa ao direito (e, assim, ao processo) não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. E ela, pois, uma verdade histórico-prática. A sua modalidade não é a de um

juízo teórico, mas a daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, com tudo o que nestas de material e de espiritual participa. Quer dizer, será errado identificarmos a ideia de objectividade, que aqui levamos referida, com a para objectividade científica (sistemático-conceitual e abstracto-generatriz) — pois isso seria esquecer, por um lado, que a intenção teórico-científica é o resultado de uma modificação específica, e metodologicamente deliberada, na intenção e modos originários da experiência fundamental em que se nos dá a realidade, e, por outro lado, ignorar que o "facto" da ciência (os factos para a ciência), longe de ser o facto absoluto, é antes e apenas o facto ou o "dado" correlativo das específicas intenções científicas, e que, portanto, haverá sempre de distinguir-se, pelo menos, dos factos da experiência humano-natural e histórica. Do que se trata aqui é antes daquela particular objectividade da vida, a exprimir sempre uma "indissolúvel unidade do conhecer e do agir", um prático experimentar-compreender teoricamente irreduzível. O que não é, todavia, contraditório com a pretensão de uma racionalização. Só que não deve esquecer-se que se trata de uma racionalização de índole prático-histórica, a implicar menos o racional puro do que o razoável, proposta não à dedução apodíctica, mas à fundamentação convincente para uma análoga experiência humana, e

que se manifesta não em termos de intelecção, mas de convicção (integrada sem dúvida por um momento pessoal) — já por isso a racionalização toma no nosso caso muito justamente o nome de motivação e não o de demonstração. Nem se orõe isto, evidentemente, ao necessário concurso de princípios, dados e experiências científicos (teóricos), só que são eles apenas factores de investigação e esclarecimento de uma realidade histórica, cuja natureza e individualidade específicas, de sentido prático-humano, sempre estará para além das puras reduções teóricas e que, na sua determinação objectivante, nunca prescindirá de um juízo de natureza também intencionalmente prático-humano. (É assim que as conclusões periciais, ainda as mais científicas, não vinculam incondicionalmente o juiz, que sempre os sujeitará a um seu juízo de livre convicção, decerto para os referir e integrar na averiguação histórico-humana e prática que cor responde à determinação de um "caso" de direito).

E se, por último, quisermos enunciar, com base no que vai dito, um critério de certeza probatória (o critério de verdade prática) diremos que se não pode evidentemente pretender a demonstração de uma evidência, que exclua toda a possibilidade do contrário, assim como é também claro que não nos podemos bastar com juízo de pura possibilidade lógica. Deverá sim exigir-se aquelle tão alto grau de probabilidade prática quanto possa oferecer a apli

cação esgotante e exacta dos meios utilizáveis para o esclarecimento da situação — um tão alto grau de probabilidade que faça desaparecer a dúvida (ou logre impor uma convicção) a um observador razoável e experiente da vida, ou, talvez melhor, a um juiz normal (com a cultura e experiência da vida e dos homens que deve pressupor-se num juiz chamado a apreciar a actividade e os resultados probatórios) referido às mesmas circunstâncias históricas e processuais.

Isto tudo se diz em geral, mas não pode duvidar-se de que o princípio da livre convicção probatória se encontra reconhecido pelo nosso direito processual criminal — v. arts. 446.º, o 468.º e 471.º, l.º, § ún. do Cód. processual criminal, e 655.º do Cód. proc. civil. Quanto à exigência de motivação é expresso o Cód. proc. civil, art. 653.º, n.º 2 — mas terá essa norma aplicação em processo criminal? Não se vê por que não, já que se harmoniza ela seguramente com o processo criminal (cfr. art. 1.º, § ún.); por outro lado, os arts. 469.º e 471.º do Cód. proc. criminal e nas se opõem ao n.º 3.º do art. 653.º do Cód. proc. civil — e o que em processo criminal pode justificar esta divergência (o prestígio e a firmeza da decisão), já não justifica aquela outra. Cf. EDUARDO CORRÊIA, Les preuves..., 31, s.

Limites. Os limites que a nossa lei põe à plena

realização do princípio analisado são, em primeiro lugar, aqueles que resultam em geral da legalidade processual aquelas mesmas que vimos também imporem-se à plena realização do princípio inquisitório. Os limites que a legalidade processual envolve, enquanto só são admissíveis certos meios de prova, a utilizar mediante o cumprimento de certos pressupostos e a produzir segundo um prescrito regime de formalidades. Mas sabemos também que tudo isto pretende ser menos um limite do que uma garantia. Um segundo limite provém tanto do valor probatório dos documentos autênticos e autenticados (art. 468.º, § ún.), como da presunção de que beneficiam os "autos de notícia" (art. 169.º). →

#### G. O princípio da "in dubio pro reo".

Não adquirindo o tribunal a "certeza" (a convicção positiva ou negativa de verdade prática) sobre os factos que são referidos pelo objecto do processo (e são conteúdo da acusação), mantendo-se, portanto, esses factos incertos, em que sentido deverá preferir-se a decisão? Responde agora o princípio: in dubio pro reo.

É este princípio a resultante de dois postulados processuais — o postulado processual geral da exigência rígida ao juiz de decidir sempre (de pôr sempre fim ao processo mediante uma decisão definida e definitiva) e o postulado processual criminal que tem por incondicionalmente

inadmissível uma condenação penal em que se não tenha "convencido" o réu da sua efectiva responsabilidade e culpabilidade:

O que já por si nos mostra que o princípio se justifica apenas jurídico-processualmente, i. é, fundamenta-se em termos imediatamente processuais ou sem que tenha de fazer-se apelo a princípios metaprocessuais. Pelo que não é aceitável a afirmação, generalizada na doutrina, de que o princípio in dubio pro reo só pode entender-se na base de uma "presunção de inocência" que, como existência malítico-jurídica, se impusesse ao processo criminal. Pois, à parte a justificação histórica dessa presunção (v. in supra) e o relevo que o seu cumprimento teve na configuração do processo criminal reformado e, através deste, também do actual, não há que invocá-la aqui, uma vez que já não trata agora de um jogo de presunções e contra-provas — jogo só conciliável com um sistema de ónus-da-prova —, mas da exigência pura e simples de provar efectivamente a infracção incriminada. E neste sentido não é o princípio uma regra de ónus-da-prova, mas justamente o correlato processual da exclusão desse ónus. Isto porque um sistema de ónus-da-prova implicaria decerto uma repartição dele entre as partes, e assim o réu deveria ser ou não condenado consoante ele ou o M. P. (ou a acusação, em geral) não lograssem provar os elementos que essa repartição respectivamente lhes imputas

se — e seriam, naturalmente, para o M. P. os elementos de incriminação, para o réu os elementos da justificação ("excepção"). Ora nem o M. P. está obrigado a provar só os fundamentos incriminatórios (cfr. art. 12.º, § ún. do Decreto-Lei 35 007), nem o réu será condenado se não obtiver a prova dos fundamentos da justificação (pelo contrário, a incerteza quanto às causas justificativas, como se dirá dentro de momentos, só é favorável ao réu). Do que se trata, portanto, ou o que o princípio unicamente prescreve é, repetimos, a prova efectiva da infracção, ou, inversamente, a inadmissibilidade de uma condenação por uma infracção não provada — e o que o sistema de ónus-da-prova se propõe é, bem diferentemente, a prescrição de regras que permitam decidir em sentido positivo com fundamento em factos incertos, não provados.

Entendido o princípio in dubio pro reo deste modo, apenas processualmente, compreendemos que não é ele o resultado de uma directa intenção política, podendo mesmo subsistir válido ainda numa ordem jurídica totalitária (sobre este último ponto, v. G. BETTIOL, La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale, in Riv. it. dir. penale, 1937, 241, ss.). Algo de fundamental o princípio, no entanto, pressupõe — e é aquilo mesmo que o processo criminal, enquanto processo "de direito" igualmente leva implícito como uma das suas dimensões essenciais: o direito

liberdade e da dignidade humanas. Ora uma e outra são sobretudo degradadas quando o homem deixa de ser "sujeito" (ainda que injustamente tratado) para ser apenas "objecto", e os valores éticos (ainda que inválidos) se sacrificam à eficácia — pois a injustiça e o axiológicamente inválido, na sua mesma dialéctica (o "injusto" contra o "justo", o "inválido" contra o "válido"), mantêm viva a possibilidade de superação, mas já não assim o ajusto e o amoral apenas eficaz. Pelo que os mais fortes e perigosos ataques ao princípio in dubio pro reo (como aliás à maioria dos princípios que afirmam a juridicidade da defesa do réu) provêm da direcção radicalmente positivista do direito e processo criminais: alegando-se a probabilidade, dita cientificamente fundada, de ser o réu predisposto, sociológica ou somatopsiquicamente, à criminalidade, ou no caso de ser o réu um reincidente, impor-se-ia uma presunção da sua culpabilidade, a qual sómente caberia ilidir por uma inequívoca prova em contrário.

Isto basta, por outro lado, para se poder afirmar que o princípio em causa é um princípio de direito, e como tal controlável (o respeito dele) ainda pelos tribunais de "revista". (Cf. EBH. SCHMIDT, Lehrkommentar, I, 161). Pois ele é expressão dum dos momentos fundamentais da intenção jurídica ("de direito") do processo criminal — da sua intenção de justiça e de verdade material.

Com este sentido e com este fundamento, tem o princípio in dubio pro reo um alcance definido, a saber:

- É princípio probatório, refere-se apenas à decisão sobre a prova dos "factos", e não à interpretação e aplicação do direito criminal — i. é, no problema da aplicação do direito, quando a solução seja jurídico-interpretativamente duvidosa, não há que aceitar a solução mais favorável ao réu, antes se deve ver a solução mais favorável ao réu, antes se deve impor-se sempre e apenas a solução exacta (ou tida por exacta). O princípio não traduz um favor rei, mas uma exigência probatória.
- Mas neste sentido aplica-se com plena generalidade — tanto no que toca aos fundamentos positivos da incriminação, como aos negativos da justificação. Assim, quanto a este último ponto, alegada a "legítima defesa", mas não logrando a prova impor a certeza quanto aos seus elementos factuais, é pro reo que se deve decidir — como se a "legítima defesa" tivesse sido comprovada efectivamente. Para condenar o réu exige-se a prova efectiva da sua responsabilidade criminal e uma causa justificativa que não foi segu-

ramente excluída é quanto basta para que aquela responsabilidade se não tenha efectivamente provado (mais se reforçará esta conclusão aceitando-se a concepção das causas justificativas como "elementos negativos do tipo delituoso"). (Cf. no sentido exposto, contra algumas decisões jurisprudenciais que entendiam dever considerar-se as causas justificativas só quando elas fossem provadas inequivocamente, v. EBH. SCHMIDT, ob. cit., 156; KERN, ob. cit., 60; PETERS, ob. cit., 249).

Excepção. Pode, no entanto, ver-se no prescrito pelos arts. 408.º e 409.º do Cód. penal um regime de excepção veritatis, que traduz de alguma forma uma solução dirigida pela ideia in dubio contra reum — mas justificada pela especial natureza das infracções em causa.

## II

### O âmbito do processo criminal e a lei processual criminal

#### A. O âmbito geral do processo criminal e o objecto deste curso.

1. O sistema das medidas criminais dualiza-se também no nosso direito entre penas, por um lado, e medidas de segurança ou quaisquer outras medidas de prevenção especial (p. ex. a liberdade condicional, suspensão da pena, probation, etc.), por outro lado. Dualidade que se funda, como se sabe, na dualidade, também aceite pelo nosso direito, dos respectivos pressupostos: a culpa para as penas, a perigosidade para as medidas de segurança. Quanto às medidas de prevenção especial, se não lhes é de todo alheia a consideração da perigosidade (sobretudo na perspectiva da sua prognose), o que as diferencia é sobretudo a finalidade.

umito particular que elas se propõem. Simplesmente todas estas medidas, e de modo especial as medidas de segurança, embora não traduzam em si mesmas uma censura ou uma condenação, e não pressupõem assim uma responsabilidade culpa  
sa a castigar, não deixam de impor, tal como as penas, uma privação ou restrição da liberdade, ou outros efeitos não menos gravosos que os penais, nem o seu regime de execução é em muitos casos fundamentalmente diferente do regime da execução das penas. Por isso mesmo, ou dada esta identidade de de efeitos relativamente a quem venha a ser objecto de quaisquer das medidas criminais, não se pode deixar de exigir as mesmas garantias jurídicas na aplicação de todas elas. Daí os princípios, legislativamente reconhecidos, da jurisdicionalização e da legalidade processual da sua aplicação. Quer dizer, todas as medidas criminais são, em princípio, de competência apenas dos tribunais, que sobre elas não-de decidir através de um processo legalmente prescrito. É este, pois, o âmbito geral do processo criminal.

Só que, entre a instituição de um processo único — um tipo único de processo — e a discriminação entre tipos de processo diferentes, que melhor correspondessem aos diferentes pressupostos, assim como à diversidade de juízos e de finalidades próprios dos dois grupos de medidas criminais, optou naturalmente a nossa lei pela última solução. Pelo que temos de distinguir um processo criminal comum de

um processo criminal especial ou de segurança. Mas não em termos de ficar de todo excluído daqueles primeiros a aplicação de medidas de segurança e de só lhe competir a decisão sobre penas. Pois se o processo de segurança se especializa, efectivamente, pelo pressuposto da perigosidade e pelo tipo de medidas que por ele se prescrevem (decisões sobre medidas de segurança, sobre liberdade condicional, etc.) já a autonomia do processo comum se justifica apenas pelo objecto de conhecimento, pelo seu objecto de processo: um facto criminoso, um delito (i. é, uma infracção criminalmente tipificada). Sempre, pois, que esteja em causa o julgamento de um delito, o processo adequado é o processo comum; mas por ele podem impor-se sanções criminais e não-criminais (a indemnização civil pelos danos causados à vítima da infracção), e dentre as criminais inclusivamente medidas de segurança, desde que por ocasião do julgamento do delito se venha ao conhecimento da perigosidade do arguido e ela justificar e o tribunal estiver já habilitado a decretar medidas dessa natureza — o que bem se compreende, se considerarmos que na personalidade do réu se connexionam os juízos de culpabilidade e de perigosidade. Esteja, no entanto, só em causa a perigosidade e não o julgamento de um delito, e o processo já será o processo especial de segurança. Só do primeiro se ocupa o nosso curso. Limitamo-nos, por isso, a fazer ao segundo apenas algumas referências.

A jurisdicionalização do processo criminal especial de segurança, no sentido que acaba de enunciar-se, foi o objectivo da Lei n.º 2000 de 16 de Maio de 1944, ao criar os Tribunais de Execução das Penas (v., sobre estas tribunais, J. BELEZA DOS SANTOS, Os tribunais de execução das penas em Portugal), regulamentados em seguida pelo Decreto-Lei n.º 34 553, de 30 de Abril de 1945. Esses tribunais, cuja competência se define no art. 3.º deste decreto, podem organizar-se três tipos de processo: o processo de segurança, em sentido estrito, o processo complementar e os processos gratuitos (art. 19.º). No primeiro trata-se de averiguar a perigosidade pré-criminal (perigosidade declarada sem o pressuposto de um delito ou de uma anterior condenação) -- cfr. arts. 71.º do Cód. penal e 22.º do Decreto-Lei 35 042 --, ou de declarar o estado de perigosidade de presos em cumprimento da pena imposto por uma anterior condenação (art. 20.º do Dec.-Lei 34 553). "O processo complementar destina-se a verificar a manutenção, alteração ou cessação da perigosidade anteriormente declarada" (art. 21.º). "Os processos gratuitos destinam-se à concessão da liberdade condicional, que não deva ter lugar em processo complementar, da reabilitação e do indulto" (art. 22.º). Dentre os princípios processuais que dominam esta jurisdição importa sobretudo ter presente o que enuncia o art. 23.º do citado Decreto: "As decisões do tribunal de execução das re

nas são modificáveis por novas decisões proferidas sobre o mesmo delincente, sempre que se apresentem novos elementos de apreciação" -- o mesmo é dizer que não cabe aqui o instituto do caso julgado.

2. Fora do processo criminal fica já o direito penitenciário (v. Lições de Direito Criminal). Pois se por ele se executam as medidas decretadas no processo criminal (neste sentido ele é o "processo executivo" deste), a sua índole é, no entanto, inteiramente administrativa.

B. A lei processual criminal (critérios de aplicação).

3. Interpretação e integração.

De particular, no problema da interpretação e integração das normas de direito processual criminal, temos apenas a considerar o prescrito no § ún. do art. 1.º do Cód. E o que há aí de específico é, por um lado, o atribuir ao direito processual civil o estatuto de direito subsidiário, e, por outro lado, conceder preferência a esse critério integrativo relativamente aos próprios princípios do processo criminal. Só que não deixam estes princípios de rele-

var ainda, e fundamentalmente, sempre que se trate do possível recurso ao direito de processo civil — pois é indispensável que as as regras desse processo "se harmonizem com o processo penal". Neste ponto parece, assim, ir pressuposta na lei esta ideia: não obstante a índole diferente dos dois processos, bem poderá, no entanto, a estrutura formal do processo civil servir em processo criminal, mas isso só e enquanto essa estrutura possa servir efectivamente este último processo, e não já quando pela utilização dela se desviasse o processo criminal da sua intenção e sentido específicos. Ora o que nos dirá dessa adequação ou inadequação são certamente os princípios fundamentais do processo criminal, posto que são eles a definir-nos o seu espírito e intencionalidade própria. Deste modo os princípios, atrás enunciados, do processo criminal têm aqui uma dupla função:

— uma função negativa ou de controle do recurso ao direito subsidiário;

uma função positiva e directamente integradora.

Sem excluir isto, e evidente, a função também indirectamente interpretativa desses princípios, pois só através deles se iluminar do seu verdadeiro sentido as normas do direito processual criminal.

— Referência a dois casos jurisprudenciais em que

se põs o problema da adequação dos princípios de processo civil para a integração subsidiária do processo criminal.

— "novos factos ou elementos de prova" como fundamentos do recurso de revisão (art. 673.º, n.º 4.º) — que sentido dar a esse pressuposto "novo" ? O que lhe define a norma paralela de art. 771.º, c) do Cód. proc. civil ? — V. Acórdão do S. T. J. de 8 de Março de 1940 e de 3 de Janeiro de 1951, e a Anotação do Prof. EDUARDO CORREIA in Rev. Dir. Est. Sociais, VI (1950-1951).

Serão aplicáveis em processo criminal os princípios que se inferem dos arts. 630.º, 632.º e 634.º, n.º 4.º do Cód. proc. civil, no sentido de que o recorrente pode delimitar o objecto do recurso e de que o conhecimento deste não lhe poderá ser mais desfavorável do que a decisão recorrida (reformatio in ius) ? V. Acórdãos do S. T. J. de 15 de Março de 1950 e de 4 de Maio de 1950 (este fundamentando o Assento já referido in supra).

4. Domínio de validade da lei processual criminal. -a) - Validade temporal.

a) - É habitual considerar-se o problema da aplicação das leis no tempo diferentemente resolvido consoante a norma a aplicar é de direito material (criminal) ou de direito processual. Na primeira hipótese dominaria o princípio da não-retroactividade, na segunda o princípio da aplicação imediata da nova lei. Mas o certo é que tomados em si mesmos, na seu directo sentido normativo, não enunciam estes princípios nada de diferente; e mais do que isso, não prescrevem ambos senão a solução que imediatamente impõe a natureza temporal das leis. Na verdade, se uma lei deixa de estar em vigor e outra lhe sucede, naturalmente que o domínio de vigência da primeira só termina com a sua revogação, e o domínio da vigência da segunda inicia-se com a sua entrada em vigor — pelo que se esta não deve impor-se relativamente ao período de vigência da primeira (neste sentido é ela não-retroactiva), deverá no entanto aplicar-se logo que se inicie o seu próprio período de vigência (e neste sentido é de aplicação imediata). Dois efeitos que não são afinal senão o reverso um do outro, ou melhor, não são mais que o mesmo efeito visto em duas perspectivas diferentes, para o passado ou para o futuro. Por isso tudo se poderá resumir, como fazem já a doutrina e algumas legislações,

e agora o novo Código Civil, num só princípio, a saber: "a lei só dispõe para o futuro" (art. 12.º do Cód. civil). E vale isto em geral, sem excluir sequer o direito criminal e o direito processual. Se o delito foi cometido ao tempo da lei anterior, certamente que não vai ele atingido pela domínio de validade da nova lei; e se o acto processual for praticado no domínio da vigência da nova lei, sendo, portanto, para ela actual, decerto que não o atinge já a validade da lei que aquela veio substituir. Quer dizer, estas são as soluções naturais, e que convém simultaneamente à lei material e à lei processual.

O problema da aplicação das leis no tempo só surge, portanto, porque certas circunstâncias podem porventura justificar o pretender-se que esta distribuição natural de tempos e domínios de vigência não coincida com o campo de aplicação das normas a que esses domínios de vigência se referem. Por outras palavras, pode em certos casos pretender-se que a "solução natural" sofra excepções: ou aplicando-se a lei a factos que decorreram num período anterior ao da sua vigência (i. é, retroactivamente), ou deixando de aplicar-se a factos que se verificam nesse período <sup>de vigência</sup> (não sendo assim, ou nesses casos, a lei de aplicação imediata). E porque a primeira pretensão vai geralmente referida ao direito material — pretende-se submeter a uma nova e diferente apreciação um facto anterior ou os seus efeitos —, e

a segunda tem sobretudo a ver com o direito processual — pretende-se ou põe-se a questão de saber se um acto ou situação processual embora actual, mas integrada na unidade de um processo que teve o seu início num período anterior de vigência, não deverá continuar a regular-se pela lei anterior —; porque é assim, porque essa pretensão exigencial relativamente ao direito material é a de retroactividade, e a pretensão excepcional relativamente ao direito processual é a de não aplicação imediata, é que se enunciaram princípios que se lhes opõem (i. é, que visam negar, em geral, a validade das excepções) — para ali o princípio da não-retroactividade, para aqui o princípio da aplicação imediata. Princípios que, portanto, só prescrevem algo mais do que a solução natural — aquela que sem eles se imporá pela própria natureza temporal das leis — na medida em que visam repelir em geral aquelas excepções.

Nestes termos, o problema em direito processual (criminal) põe-se assim: "a lei só dispõe para o futuro", mas no "futuro", i. é, depois do início do seu domínio de vigência, é naturalmente só ela que dispõe — por outras palavras, é de aplicação imediata. Isto em princípio, mas não se justificarão algumas excepções ?

1. Em primeiro lugar, do próprio princípio resulta que os actos e as situações processuais praticados e verificados no domínio da lei anterior terão o valor que essa lei lhes atribuir.

Só que sendo eles actos e situações de um "processo" — a desenvolver, como tal, num dinamismo de pressupostos para consequência —, decerto que  muitas vezes o respeito pelo valor desses actos e situações implicará o ter de aceitar-se o seu intencional desenvolvimento processual. E implicá-lo-á sempre que a nova regulamentação desses desenvolvimentos (os actuais) não puder integrar-se unitariamente com o sentido e valor dos actos seus pressupostos, se houver entre aquela nova regulamentação e este valor uma contradição normativa. Nesses casos o respeito pelo valor dos actos anteriores justifica uma excepção: o desenvolvimento processual desses actos continuará a ser regulamentado pela lei anterior. A menos que para a intenção de verdade e de justiça, porque esteja dominada a nova lei, seja intolerável a persistência da lei anterior. Por ex., os quesitos foram elaborados sem que incidissem sobre os factos que, segundo a lei em vigor, se devem ter por plenamente provados (os factos provados por documentos autênticos e autenticados — art. 463.º, § ún. do Cód. proc. penal); se uma nova lei revogasse esta última disposição, deveria respeitar-se a anterior elaboração dos quesitos ? A resposta terá de ser negativa.

2. Em segundo lugar, não fica excluído que se justifiquem excepções à aplicabilidade imediata da nova lei por aquelas mesmas razões que levam a excluí-la também em di-

reito criminal — para dar plena eficácia aos princípios nullum crimen..., nulla poena... (recorde-se que a nova lei criminal já será de aplicação imediata se daí resultar benefício para o autor do delito). É assim que se deverá excluir a aplicação da nova lei processual sempre que essa aplicação a um processo pendente desse traduzir-se imediatamente numa incriminação ou numa agravação, insuscetíveis de se verificarem pela aplicação da lei processual anterior — pense-se, p. ex., na atribuição do processo agora a um tribunal especial cujo estatuto fizesse preveraque las consequências.

3. O sentido desta justificação dar-nos-á também, em terceiro lugar, o critério por que se deverá, no problema em causa, decidir a qualificação (como material ou processual) de alguns institutos mistos,<sup>1)</sup> de efeitos simultaneamente materiais e processuais. Assim: 1) - a prescrição (fundamento de exclusão da pena/e pressuposto processual); 2) - a denúncia e a acusação particular (condição de punibilidade/e condições de procedibilidade); 3) - o caso julgado (extinção do jus puniendi e excepção processual); 4) - a exterritorialidade (fundamento de exclusão de punibilidade e impedimento de procedibilidade), etc. A nova lei não será de aplicação imediata se dessa sua imediata aplicação resultar uma incriminação ou agravação que de contrário não existiria.

## 5. Domínio de validade da lei processual criminal.

b) - Validade espacial; c) - Validade pessoal.

b) - O problema da aplicação das leis processuais no espaço, enquanto problema distinto da aplicação espacial da lei criminal, analisa-se em duas questões: a da delimitação territorial (internacional) da jurisdição dos tribunais criminais nacionais e a da determinação internacional da lei processual stricto sensu competente.

A ambas as questões é aplicável o princípio da territorialidade: os limites da jurisdição criminal coincidem com os limites do território nacional e a todos os processos submetidos a essa jurisdição é unicamente aplicável a lei processual criminal nacional (lex fori).

Quanto à primeira questão, há, no entanto, que ter em conta o regulamentado (no sentido de alargamento) pelos arts. 46.º, 48.º, 49.º e 50.º do Cód. proc. penal. Estas excepções ao princípio da territorialidade espacial, todavia, dependentes duma condição de direito material — é indispensável que seja aplicável o direito criminal português (v. arts. 48.º, 49.º, 50.º).

O princípio da aplicação da lei processual fori não exclui que devam ser cumpridas pelos tribunais nacionais as rogatórias de tribunais estrangeiros (v. art. 4.º, nº 4.º do Cód.), nem decerto a aplicabilidade de quaisquer con

venções internacionais que vinculem a ordem jurídica portuguesa, relativas sobretudo à colaboração internacional na prevenção e repressão criminal e perseguição e captura de criminosos.

Já no que toca ao reconhecimento de sentenças estrangeiras vigora inteiramente o princípio da lex fori (v. arts. 53.º, § 3.º e 35.º <sup>(reacção)</sup> / § 4.º do Cód. penal). O que não impede, no entanto, de terem elas alguma relevância indirecta (v., sobre este ponto, Lições de Direito Criminal, I, 179, ss.).

c) - Sobre a aplicação da lei processual quanto às pessoas, poderá dizer-se simplesmente que aqui o problema coincide com o problema da aplicação pessoal da lei criminal: a jurisdição e o processo criminais portugueses serão inaplicáveis àquelas mesmas pessoas que não forem materialmente incrimináveis e serão aplicáveis nos mesmos termos e nas mesmas condições de que depende, relativamente a certas pessoas, a aplicação da lei criminal (v. Lições de Direito Criminal, I, 189, ss.).

### III

#### A acção

#### 1. As acções emergentes da infracção criminal. - 6

a) - A infracção criminal repercute duplamente na ordem jurídica, já que se é ela mesma uma directa violação dos valores jurídico-criminais pressupostos nos tipos legais de crime realizados, não deixa também na maioria dos casos de causar um dano na esfera jurídico-privada da vítima do delito. Pelo que a infracção criminal é possível fundamento de duas acções, de duas pretensões judicialmente dirigidas contra o seu autor — a acção penal, proposta ao julgamento do delito criminal e com os efeitos que lhe são próprios (absolvição ou condenação, e condenação numa pena ou imposição de uma medida de segurança) e uma específica acção civil, dirigida ao ressarcimento dos danos (materiais e morais) que a infracção tenha causado na sua vítima. A primeira se refere logo o art. 1.º do Cód. proc. penal e a se

gunda, prevista pelos arts. 29.º e ss., é expressamente entendida como "o pedido de indemnização por perdas e danos resultantes de um facto punível".

Já este enunciado legal nos permite distinguir esta "acção civil" directamente emergente do delito — e delimitando por ora em suspenso a questão de saber se essa "acção" tem uma natureza puramente "civil" ou se não terá também uma índole e finalidade criminais — de quaisquer acções do foro civil que possam ter também por fundamento infracções criminais. Assim, p. ex., uma acção de divórcio com fundamento em adultério, uma acção de revogação de uma doação por ter sido o donatário "condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra" do doador, i. é, por "ingratidão do donatário" manifestada através dum crime deste (v. arts. 970.º, 974.º e 2166.º do Cód.civil). A "acção civil" que aqui nos importa é apenas aquela que se propõe unicamente a indemnização pelos danos directamente provocados pelo delito, e não quaisquer outras que tenham no delito um seu pressuposto, mas que se não esgotam na consideração dos efeitos imediatos dele e que como tais apenas os considerem.

b) - A conexão entre as duas acções é desde logo imposta pela unidade de causa (pelo menos material)<sup>①</sup> — são efeitos de uma e a mesma infracção. Mas não é menos

evidente que se não confundem, se é que se não hão-de considerar essencialmente (jurídico-intencionalmente) distintas. Por isso se poderia perguntar se deverão ser objecto do mesmo processo, se é aceitável a unitária consideração de ambas no mesmo processo criminal, ou se não deverão apreziar-se em processos autónomos e até em jurisdições distintas — uma em processo e jurisdição criminais, a outra em processo e jurisdição civis. Decerto que a solução a dar a este problema dependerá fundamentalmente da natureza da "acção civil" aqui em causa — terá, pelo menos, nessa natureza o momento "necessário", embora não o "suficiente", pois sempre hã-de concorrer para a sua efectiva solução considerações de outra ordem, de simples oportunidade processual. Da questão daquela natureza trataremos adiante, quando nos referirmos especialmente à acção civil, limitando-nos agora a fazer referência aos vários sistemas de conexão processual, entre as duas acções, aceites pelas diversas legislações.

Um sistema de identidade — a exclusão de qualquer discriminação processual, quer formal, quer intencional, entre as duas acções — só pode ter hoje interesse histórico. Pois só poderia ter sido admitido pelo processo criminal estritamente acusatório-privado, ou por aquele tipo híbrido de processo criminal em que, como sabemos, a pretensão pública da repressão e condenação criminais se não dis-

tinguia fundamentalmente da pretensão privada (e apenas satisfatória) da condenação — um tipo de processo em que, pois, nem mesmo o processo criminal se distinguia do processo civil. No ponto que nos importa, foi assim claramente, por ex., no antigo direito alemão — v. E. KERN, *ob. cit.*, 266. Pelo que hoje só podemos pensar ou num sistema de absoluta independência ou num sistema de interdependência.

O primeiro destas dois sistemas pressupõe uma posição definida quanto à autonomia material e processual das duas acções; mas já o segundo poderá ser aceite por qualquer das posições que se tome relativamente ao problema da sua natureza (v. *infra*). É este último mais generalizado do que aquele. Optam pelo primeiro as legislações inglesa, americana e brasileira — aí está excluído do processo penal qualquer pedido ou intenção de indemnização particular, a qual só pode ser objecto de uma acção civil em tudo (jurisdicional e processualmente) autónoma da acção penal.<sup>66</sup> Opta pelo segundo (também designado, sobretudo pelos autores alemães, por sistema ou "processo de adesão") a maioria das legislações. Só que há aqui lugar a distinguir ainda entre um sistema de simples alternatividade (França, Alemanha, Itália) e um sistema de dependência, pelo menos no princípio, da acção civil relativamente à acção penal, sistema que é no fundo o da nossa lei (arts. 29.º e ss. do Cód.).

Na França e na Itália, p. ex., o pedido de indemnização

zação pode ser proposto ou directamente na acção penal ou em acção civil autónoma. Mas mesmo neste caso não deixado haver alguma interdependência entre as duas acções — assim, se a decisão penal é anterior à decisão civil, o caso juizado penal tem relevo na acção quanto à existência da infracção, e se a acção civil é intentada antes da acção penal, vindo a estar as duas simultaneamente pendentes, o exercício da acção civil terá de suspender-se até que se decida definitivamente na acção penal. Esta última consequência que os autores franceses enunciam pelo aforismo "le criminal tient le civil en état", já não é, no entanto, reconhecida pelo direito alemão, onde, portanto, o sistema da alternatividade se impõe em termos mais rígidos. Neste direito acontece até que o tribunal criminal, perante o qual tenha sido deduzido o pedido de indemnização, pode ou considerar esse pedido totalmente ou parcialmente, ou deixar de decidir sobre ele — embora já o não possa recusar (não receber). Não decidindo o juiz quanto à indemnização, terá o lesado de a pedir em acção civil autónoma.

Bem diferente é o que prescreve a nossa lei. O regime por que optou está, na verdade, todo ele subordinado ao princípio da dependência que enuncia no art. 29.º do Código proc. penal (cfr. art. 67.º, n.º 1.º do Cód. da Estrada): "O pedido de indemnização (...) deve fazer-se no processo em que correr a acção penal e só poderá ser feito se:

paradernerite em acção interdada nos tribunais civis nos casos previstos neste Código". Estes casos de válida petição separada são os que prevêm os Arts. 30.º, corpo do artigo e § 2.º, e 33.º — as hipóteses de não exercício e interrupção por mais de seis meses, e extinção da acção penal, além naturalmente do caso de absolvição do réu criminal — só nestes casos é que "a reparação civil não será fixada na acção penal" (v. art. 34.º, § 4.º). Mas são estes casos que verdadeiramente não excepcionam aquele princípio, pois a autonomia da acção civil é aí justificada apenas pela insubsistência do termo necessário à dependência pretendida. E assim é que vemos impor a lei outra solução quando, sendo embora possível a dependência, ela foi indirectamente frustrada -- os casos previstos nos Arts. 30.º, § 1.º, e 31.º. A solução prescrita por estas normas, se é um afloramento do princípio da dependência, evidencia também que vai ainda pressuposto pela nossa lei um princípio de indivisibilidade entre as duas acções: a consideração de uma das acções deve ser solidária com a consideração dada à outra. E se é certo que nas hipóteses agora consideradas (dedução ou disposição autónoma do direito à indemnização fundado num crime particular) essa indivisibilidade como que implica a extinção da acção penal, não deixa este efeito de concorrer justamente para desencorajar a proposição autónoma da acção civil.

## A. A acção penal

### 2. Princípios gerais.

a) - Considerações dogmáticas. No quadro dos temas dogmáticos da teoria processual ocupa o primeiro lugar o "problema da acção". Quer o tomemos numa perspectiva histórica, quer o consideremos na perspectiva das suas possibilidades polémicas, é ele seguramente o tema mais amplamente debatido e o mais sensível à evolução e à divergência das concepções sobre o direito processual. Questões como a do "fundamento" da acção (se ela se funda no direito feito valer judicialmente ou se se funda na lesão desse direito, se é anterior ao seu exercício ou se gera apenas com esse exercício, etc., etc.), como a da sua "natureza" (se direito subjectivo privado ou público, se direito potestativo, se apenas faculdade ou poder cívico de petição, etc.), como a do seu "carácter" (se é uma função "abstracta" ou "concreta" ou "causal"), assim como as discussões sobre o seu "conteúdo" (se o seu conteúdo se confunde com o do direito a tutelar, ou se tem um conteúdo processualmente específico, e em que termos), ou sobre os seus destinatários (o tribunal, a outra parte), tudo isso são pontos de que os autores largamente se ocupam com intenção imediata

mente teórico-dogmática, mas em que vai implícita uma atitude normativa sobre a função do processo e do seu sentido jurídico. E se tivermos isto presente, ou se estivermos prevenidos contra a hipostasiação teoricamente ontologificante de "a acção", não deixamos nunca de ver imanente nesse esforço dogmático a pretensão de traduzir em estruturas construtivistas uma função (e uma intenção) jurídico-processual, logo nos damos conta de que dois são os problemas decisivos à volta dos quais todo o debate, e a sua própria evolução doutrinal, se tem orientado — o problema da autonomia da pretensão consubstanciada na acção, e portanto no objectivo jurídico do processo, relativamente ao direito a aplicar ou a realizar através dela (e do processo), e o problema da disponibilidade da acção, i. é, do direito, da faculdade, do poder, etc., que ela exprime, que o mesmo é dizer também o problema da disponibilidade do processo pelos titulares da acção. Pode inclusive afirmar-se que a autonomização dogmática da acção, como problema e entidade específica, nada mais visou do que "construir" uma solução positiva para aqueles dois problemas: assim é que a teoria da acção só encontrou a sua acabada sistematização com a pandectística ao afirmar-se ela aí justamente (e assim a respectiva intenção jurídico-processual) como um direito autónomo do direito material de que o seu titular dispõe mediante pressupostos e em termos distintos dos que docri-

diam da disposição desse mesmo direito material. Quer dizer, foi necessário que, uma vez ultrapassada a total perspectiva romana do direito pelas "actiones, a concepção inversa do direito (a que o esgotava no direito material e que via no processo tão-só uma organização de formalidades e uma disciplina de tramitação) viesse por sua vez a ser por rigida pelo reconhecimento de uma função especificamente jurídica nas instituições processuais, pela explicitação e fundamentação da autonomia intencional e jurídica do direito de processo — resultado isso, sem dúvida, do labor doutrinário dos grandes processualistas do século passado. Vemos então surgir o grande interesse dogmático pelo problema da acção, e no sentido do superar a posição intermédia de [SA-VIGNY] — enquanto ele distinguia uma "acção material", expressão ainda do direito material, de uma "acção formal", categoria já só de processo — por uma sua concepção apenas processual, não obstante todos os distinguos de que ela se ria ainda susceptível. Relatividade, assim, histórica e intencional da categoria processual da acção, que igualmente nos permite compreender porque o actual reconhecimento do carácter publicístico do processo (referimo-nos especialmente ao processo civil) implica uma correlativa tendência doutrinária de superação daquela categoria, substituindo-a por outras, desde logo a de "jurisdição", que de acordo com esse carácter se propõem desempenhar o papel sistemático-dog-

mático que tem cabido até aqui à acção — isto sobretudo na medida em que se entende já hoje, e com acentuação crescente, que o processo é antes de mais uma instituição de realização objectiva do direito, de sentido fortemente inquisitório-oficioso e não apenas um instrumento sujeito à livre disponibilidade dos titulares de um direito subjectivo que o tivesse por objecto (o direito da acção).

E se isto é hoje válido mesmo para o processo civil, bem mais claramente o é para o processo criminal. Pois neste processo a "acção" não é evidentemente uma entidade <sup>de subjectivo</sup> que se, nem sequer um direito pré-processual ou mesmo especificamente processual — nada mais é do que a objectivação dogmática da função processual da acusação e a compreender na particular estrutura jurisdiccional-processual própria do processo criminal. Se tivermos, com efeito, presentes os princípios da legalidade (da obrigatoriedade) da acção penal e da acusação, logo vemos que com aquela categoria dogmática apenas se pretende traduzir o poder-dever da promoção do processo criminal pelo M. P. segundo uma estrutura acusatória, e para vincar justamente essa estrutura acusatória — ao exercer a "acção penal", o M. P. nada mais faz do que cumprir a função administrativo-processual que é chamado a exercer na jurisdição e processo criminais. Nem este sentido das coisas se altera ao considerarmos a participação, porventura autónoma em certos casos, dos assistentes como

"acusadores particulares" — essa actuação traduz apenas a faculdade concedida (e estimulada) a certos particulares de participarem na função pública da acusação criminal, colaborando nela para a tornarem mais eficaz ou para realizarem processualmente o sentido jurídico-criminal que certas opções de política criminal impõem a certos delitos. Depois, a acção penal, se sublinha nestes termos o carácter acusatório, não deixa também de acentuar a intencionalidade jurisdiccionalmente específica do processo criminal, posto que por referência a ela imediatamente se evidencia que o tribunal não é chamado apenas a aplicar o direito criminal, mas a julgar jurisdiccionalmente uma acção-acusação. Numa palavra, a acção penal é apenas o poder-dever que compete ao M. P. e em que podem participar em certos termos alguns particulares, de submeter a julgamento jurisdiccional a acusação de uma infracção criminal.

b) - Princípios fundamentais da acção penal. São quatro esses princípios.

1) - O princípio de publicidade. Euncia a lei expressamente este princípio no artigo 1.º do Dec.-Lei 35.007: "A acção penal é pública; compete ao Ministério Público o seu exercício...". E enuncia-o em termos de aceitar nele os dois sentidos que a doutrina tem dado a essa "publicidade": é pública porque nela se actua um interesse

públco (v. o Relatório do Decreto, n.º 3) e é pública por que é, em princípio, seu titular o Estado, ou as entidades públicas que o representam (v. art. 2.º do Decreto). Quanto a este segundo sentido formula-se a restrição "em princípio", porque não é de todo seguro que a titularidade da acção penal pertença ainda hoje em todos os casos apenas ao Estado e não também porventura, em algumas hipóteses, a certos particulares — não obstante as alterações que ainda neste ponto sem dúvida se propôs o Dec.-Lei 35 007, relativamente ao regime anterior do Código. Neste, na verdade, não só se reconhecia uma "acção popular" (art. 15.º), como se atribuía expressamente a certos particulares a titularidade da acção penal comum (v. arts. 11.º, 12.º, 13.º, etc.) — o que o Decreto manifestamente repeliu ao considerar agora quer os anteriores titulares da acção popular, quer os acusadores particulares apenas como "assistentes" (v. art. 4.º, n.º 5 e n.ºs 1 a 4.º — v. § 1.º). A mostrar isto decerto que ainda titularidade se afirma a nossa lei no sentido da publicidade da acção penal. Simplesmente, veremos diante que é discutível, mesmo em face do Decreto, se não poderão os assistentes acusar autónomamente do M. P. (i. é, ainda que o M. P. não acuse) — e a aceitar-se a solução positiva, que é a da Jurisprudência, já a titularidade da acção penal se não pode dizer exclusiva do Estado. Só que não invalida esta possível restrição, quanto ao segundo sentido,

a plena validade do primeiro sentido do princípio da publicidade: ainda quando acusem apenas os particulares, não deixa a sua acusação de realizar o interesse público da repressão e punição criminal e não, de modo algum, tã-só um qualquer interesse particular, pois não é a pena ou outra medida criminal imposta ao réu no interesse do ofendido (como corresponderia ao há muito superado estágio histórico dos "delitos privados"), e sim para realizar a função pública da repressão criminal. Isto quanto à "acção penal", e não já assim inteiramente quanto à "acção civil" (v. infra).

2) - O princípio da oficialidade. Ainda aqui é expressa a lei ao enunciar no ~~art. 7.º~~ do Dec.-Lei 35 007 que "O Ministério Público exerce a acção penal oficialmente ou mediante denúncia". Devendo ter-se em conta que esta "denúncia", sendo obrigatória para certas entidades públicas (art. 7.º; cfr. art. 8.º), não é todavia condição de que dependa a iniciativa e a acção do M. P. A acção deste só está dependente de denúncia ou de acusações nos casos dos "crimes particulares", como já foi observado (v. ainda infra).

3) - O princípio da legalidade. Sobre este princípio, v. in supra.

4) - O princípio da suficiência. Este princípio, que vemos também reconhecido e enunciado na nossa

lei (art. 2.º do Cód.), prescreve a autonomia e como que a plenitude intencional da acção penal: não só pode ser ela exercida e julgada independentemente de qualquer outra acção, como ainda a si mesma se deve bastar. O mesmo é dizer que a acção penal é auto-suficiente: não devendo depender processualmente de nenhuma outra (ao contrário do que vimos já acontecer nas relações da "acção civil" para com a "acção penal"), por isso o seu objecto intencional (ou o seu conteúdo) abrange todas as questões, de qualquer natureza, que nela se revelam concretamente implicadas — podendo, portanto, todas elles ser julgadas e decididas no próprio processo criminal em que surjam. A razão de ser deste princípio é clara: só garantida nestes termos a independência e a suficiência à acção penal fica ela ao abrigo de quaisquer obstáculos que indirectamente se quisessem pôr ao seu exercício (p. ex., através da disposição processual de outras acções de que ela fosse dependente ou que para ela fossem elementos materialmente condicionantes). O que justamente nos explica que alguns autores tratem do problema das questões prejudiciais — problema para o qual afinal o princípio da suficiência nos remete e a que pretende dar uma certa solução — sob a epígrafe "obstáculos processuais à acção penal".

### 3. O princípio da suficiência da acção penal — desenvolvimento. O problema das questões prejudiciais.

ição e tipos de questões prejudiciais em processo criminal. O fenómeno da prejudicialidade é um fenómeno geral do direito processual material, i. é, é uma circunstância que pode surgir em qualquer tipo de processo, mas que tem a ver apenas com o mérito ou a extensão e conteúdo do objecto processual, pois surge em virtude da possível conexão, concretamente verificada, da questão principal a decidir (o imediato e estrito objecto do processo) com outras questões jurídico-concretas que naquela concorrem (ou para a decisão da qual concorrem) como elementos constitutivos, como pressupostos materiais ou como questões condicionantes.

d) — Limitando-nos a dar destas questões prejudiciais uma noção sumária (v., sobre toda a problemática da natureza e sentido processual destas questões, G. FOSCHINI, La pregiudizialità nel processo penale), diremos que são elas questões jurídico-concretas (não apenas "questão-de-direito", nem só "questão-de-facto", mas uma unitária concreta questão jurídica na totalidade das suas dimensões, e, portanto, nos mesmos termos em que o é a questão jurídica que constitui o directo objecto do processo), que, sendo embora autónomas, no seu objecto e porventura até na

sua natureza, relativamente à questão principal do processo em que surtem, e por isso susceptíveis de constituírem elas também um objecto próprio de processo, se vêm, no entanto, a revelar, dados os termos concretos em que se põe aquela questão principal (no processo criminal: a infracção acusada), como questões cujo conhecimento é pressuposto jurídico-concreto ou elemento jurídicamente condicionante do conhecimento e decisão sobre a questão principal (sobre a questão que forma o imediato e directo objecto de processo).

Pelo que as questões prejudiciais se distinguem tanto das questões simplesmente preliminares, como das questões meramente incidentais. Dizem-se preliminares as questões de natureza apenas processual que podem surgir na pendência de um qualquer processo e como elementos tão-só da válida constituição ou desenvolvimento desse processo (nunca, pois, como possível objecto processual autónomo) e que por isso condicionam o conhecimento de mérito, mas não já o modo concreto desse conhecimento — i. é, decidem da possibilidade, mas não do modo desse conhecimento. São no fundo as questões que podem pôr os pressupostos processuais: questões sobre a competência do tribunal, sobre a prescrição ou qualquer outro fundamento de extinção ou impedimento da acção penal, sobre as nulidades processuais (cfr. arts. 400.º, § 1.º e 424.º do Cód.), etc. São incidentais as ques-

tões que constituem o objecto dos "incidentes processuais", os quais, tomados em sentido estrito, abrangem todas aquelas questões sejam de natureza apenas processual, sejam de natureza também material, que se levantam e inserem em processos pendentes (nunca, também, independentemente da pendência de um processo, do qual são incidentes), em ordem a elaborar especialmente, e immutar ou a alterar qualquer elemento do processo ou da relação processual, e cuja consideração se realiza mediante um processamento específico. Sirvam-nos de exemplos os "incidentes da instância" regulada dos pelos arts. 302.º e segs. do Cód. proc. civil, pelos quais se pode ver que, embora condicionando processualmente alguns deles o conhecimento de mérito, não são todavia elementos constitutivos (pressupostos ou condições materiais) do próprio mérito — o que justamente define as questões prejudiciais.

β) - As questões prejudiciais que aqui re-  
levam podem agrupar-se em três tipos (v. BELLEZA DOS SANTOS, Rev. Leg. Jurisprudência, 63.º, 5, ss.): 1) - questões criminais em processo criminal; 2) - questões criminais em processo não-criminal; 3) - questões não-criminais em processo criminal.

Das primeiras, e desde que as queiramos distinguir das hipóteses de delitos complexos (delitos ou tipos de delito constituídos pela conjugação de vários outros tipos de

delitos autónomos), podemos dar como exemplo a hipótese do art. 324.º do Cód. penal — "o crime cometido por empregado subalterno "surgirá aí como possível questão prejudicial; podemos pensar ainda em todos os casos em que a existência ou a inexistência de um delito é pressuposto da existência específica de outro delito, assim, a existência de um delito, é pressuposto de cumplicidade, do encobrimento, etc., enquanto a inexistência de um delito é pressuposta da calúnia, etc. As segundas se refere desde logo o art. 97.º do Cód. procc. civil (v., p. ex., arts. 2034.º e 2166.º do Cód. civil), e as terceiras, decerto para nós as mais importantes, podem ter a mais diversa natureza (de direito privado, civil ou comercial, e público, como administrativo, fiscal, etc.). Para as questões prejudiciais de direito privado sirvam-nos como exemplos as questões de propriedade numa acusação de furto, de abuso de confiança, etc., as questões sobre o estado das pessoas nas acusações de bigamia, adultério, infanticídio, etc.; para as questões de direito público, p. ex., a questão sobre a qualidade de funcionário ou sobre as relações de hierarquia e obediência em todas as acusações de delitos próprios dos "empregados públicos no exercício das suas funções" (arts. 284.º ss. do Cód. penal).

O problema das questões prejudiciais e os sistemas de solução.

a) — O problema processual da prejudicialidade traduz-se em saber se o tribunal competente para a questão principal (a questão prejudicada) deverá considerar-se também competente para decidir, e no mesmo processo a que esta questão deu origem, ainda sobre a questão prejudicial. E põe-se este problema porque se, por um lado, a questão prejudicial é uma questão autónoma, e até porventura de natureza material distinta, e portanto o tribunal normalmente competente para a sua decisão bem poderá ser outro que não o tribunal da questão principal, não deixam, por outro lado, as duas questões de se oferecerem numa conexão tal (a prejudicial é no caso concreto elemento necessário e essencial da prejudicada) que parece impor-se a sua consideração unitária e por aquele mesmo tribunal que é chamado a julgar da questão principal. É a concorrência, assim, em sentido contrário das duas dimensões da prejudicialidade — a autonomia a exigir um tribunal distinto, a conexão de necessidade prejudicial a exigir um tratamento unitário num mesmo tribunal — que faz surgir o problema (v. FOSCHINI, ob. cit., 96).

É problema que é, deste modo, um estrito problema de competência, e que como tal se não confunde com os problemas mas quer do caso julgado, quer da litispendência. Trata-se

de saber qual o tribunal que deverá considerar-se competente para decidir das questões prejudiciais e não de saber em que termos relevará uma prévia decisão transitada em julgado sobre um ponto que agora surge como prejudicial — esta última é um problema específico e apenas de caso julgado e como tal apenas será resolvido (v. arts. 148.º, ss., especialmente 153.º e 154.º do Cód. proc. penal). Questões que o problema da prejudicialidade não pode deixar de considerar é apenas a dos efeitos da decisão que sobre ela profira o tribunal da questão principal (v. art. 152.º e infra). Por outro lado, também não se confunde o nosso problema com a questão da litispendência, embora se possa cruzar com ela — pois se o problema da prejudicialidade pergunta pela competência relativamente à questão prejudicial e o da litispendência pergunta pelo efeito da sujeição já a um processo autónomo, e como principal, de uma questão que agora se pode revelar como prejudicial, o certo é que a circunstância de esta estar já pendente não poderá deixar de ser tomada em conta. É o que faz a nossa lei, embora estabelecendo um regime que fundamentalmente coincide com o prescrito para a prejudicialidade simples, ou não afectada de litispendência (v. arts. 147.º do Cód. proc. penal e 279.º do Cód. proc. civil).

β) — Sendo este o problema, decerto que são as suas soluções possíveis 1) ou aquela que resulte da

preferência dada à dimensão da autonomia, impondo uma devolução obrigatória para o tribunal que seria competente para a questão prejudicial se ela fosse principal, 2) ou a que implica a preferência pela conexão de prejudicialidade, prescrevendo-se o conhecimento obrigatório para o tribunal competente para a questão principal, ainda das questões prejudiciais, 3) ou adoptando-se um qualquer sistema misto, já considerando só algumas questões prejudiciais de devolução obrigatória, já considerando a devolução (e, portanto, também o conhecimento unitário) dependente de uma ponderação, ad hoc e porventura discricionária, do tribunal principalmente competente.

Não é fácil, todavia, optar em abstracto por qualquer dos sistemas possíveis, pois as vantagens que cada um deles oferece logo se opõem os inconvenientes que nenhum deles também deixará de trazer. Assim, a devolução obrigatória, se é a solução que concorda com os princípios gerais de repartição da competência e se tem a importante consequência prática de excluir uma possível contradição de julgados, já sacrificará não só a rapidez e a unidade normativa das questões no caso concreto, mas inclusivamente, o que é mais grave ainda, podrá pôr em risco a possibilidade e a eficácia do próprio julgamento da questão criminal principal, pois se a questão prejudicial é, por ex., uma questão privada sobre um direito disponível, a sua proposição

no tribunal competente ficará dependente da vontade dos particulares\* titulares desse direito e da respectiva acção. A solução oposta, do conhecimento obrigatório, é a que parece naturalmente implicada pelo poder-dever jurisdiccional que cabe ao tribunal de resolver plenamente da questão principal, poder que lhe será cerceado se ele não puder conhecer de todos os elementos e pressupostos da questão para que é competente — concorrendo ainda no mesmo sentido a exclusão dos inconvenientes próprios da primeira solução. Só que a principal vantagem desta última solução será agora amida da pelo conhecimento obrigatório do tribunal principalmente competente, uma vez que o princípio do conhecimento obrigatório, se leva a aceitar a possibilidade da cognição da-quele tribunal quanto à questão prejudicial, não terá (como aliás é regra relativamente à prejudicialidade em geral) força de caso julgado, e por isso não impede uma possível futura contradição de julgados sobre essa mesma questão (de vendo, porém, observar-se que a contradição seria apenas "teórica" ou jurídica e não prática, já que só a decisão que decidisse da questão prejudicial a título principal seria sentença executável e, portanto, só ela se imporia praticamente como decisão dessa questão).

Simplesmente, estas vantagens e estes inconvenientes só concretamente se podem ponderar em termos razoáveis. Pode a particular conexão concreta das questões fazer so-

brossair a vantagem da consideração unitária, justificando o sacrifício da competência normal e até a possível contra-dição de julgados; enquanto noutros casos, já pelo modo como a questão prejudicial se põe, já pela sua própria natureza, se exige que essa questão seja apreciada autónomamente. É o que justifica a preferência pelos sistemas mistos — dos quais é paradigma o prescrito pela lei italiana (v. FLORIAN, ob. cit., 211, ss.; MANZINI, I, 337, ss.), ao distinguir entre questões prejudiciais obrigatoriamente devolutivas (as relativas ao estado das pessoas, art. 19.º do Cód. proc. penal italiano) e questões prejudiciais facultativamente devolutivas, submetendo a devolução quando obrigatória a um regime particular de legitimidade de proposição da acção não-criminal (legitimidade que atribui em geral ao M. P. — cf. MANZINI, 347, ss.), ficando ainda em outros casos dependentes de certos requisitos quanto ao sistema probatório, quanto a prazos, etc.

A nossa lei, cuja solução estudaremos em pormenor a seguir, só não adoptou este sistema misto, optando antes por um sistema de suficiência discricionária, porque — como informa o Prof. BELEZA DOS SANTOS, ob. loc. cit., 10, nota 1 — ao tempo o M. P. não tinha legitimidade para propor acções de estado e não se considerou oportuno alterar nesse sentido as "leis de organização e competência judiciária".

c) - A solução da nossa lei. O regime instituído pela nossa lei, nos arts. 2.º a 4.º do Cód. de proc. penal, foi determinado por estas intenções fundamentais: aceitando como princípio decisivo, e pelas razões já aduzidas, o princípio da suficiência da acção penal, não quis, no entanto, deixar de admitir a devolução das questões prejudiciais não-criminais desde que essa devolução se mostra concretamente conveniente, mas prevenindo-se nesse caso contra os possíveis obstáculos que a devolução fosse susceptível de criar para o prosseguimento e êxito da acção penal. E porque a devolução será decidida pelo juiz no uso de poderes discricionários, que nesse sentido lhe foram atribuídos, designaremos este sistema por sistema de suficiência discricionária. Sistema equilibrado, a conciliar razoavelmente todos os interesses concorrentes no problema da prejudicialidade criminal, e que analisaremos referindo-lhe os três tipos apontados de questões prejudiciais.

Antes disso, importa todavia observar que, se é este o regime por que optou a nossa lei ao resolver directamente o problema que nos ocupa, não deixa ele de sofrer algumas excepções, por força de legislação especial relativa a certas questões. Referimo-nos àquelas questões que, podendo decerto surgir com relevo prejudicial, não podem, no entanto, ser consideradas nunca a título prejudicial, e sim unicamente a título principal. Tenha-se presente, p. ex.,

o que acontece com a anulabilidade do casamento, a qual só pode ser reconhecida "para qualquer efeito" por sentença "em acção especialmente intentada para esse fim" (art. 1632º do Cód. civil) — e a anulabilidade do casamento pode ser questão prejudicial, desde logo no crime de bigamia. Nesses casos não tem evidentemente aplicação o princípio da suficiência; mas poderão eles considerar-se casos de devolução obrigatória? Não é necessário — aquela primeira conclusão não implica esta segunda. O tribunal só está impedido de apreciar prejudicialmente aquela questão, e, assim, o casamento não anulado em acção própria é casamento que terá todos os efeitos de casamento válido; mas não obsta isso a que o tribunal suspenda o processo criminal, nos termos do art. 3.º do Cód. proc. penal, para que as entidades com legitimidade para a acção de anulação (arts. 1639.º, ss. do Cód. civil) a venham a propor. Quer dizer, são estas causas de excepção ao princípio da suficiência, mas não de excepção ao regime da devolução facultativa.

a) - O problema da prejudicialidade, e por tanto da devolução, não tem relevo particular no caso das questões prejudiciais criminais em processo criminal. Sem o o tribunal da questão principal um tribunal criminal, ca be decerto também na sua jurisdição a questão prejudicial criminal. Sem dúvida que poderia não ser ele o tribunal competente se esta questão fosse o próprio objecto do pro-

cesso, dadas as regras de distribuição de competência mesmo entre os tribunais criminais. Mas essa circunstância, que sempre se poderá verificar perante qualquer prejudicialidade, não justifica uma regulamentação especial, já que o decisivo é ser o tribunal principalmente competente também competente em princípio para as questões com a natureza daquela que é agora prejudicial. Daí que tenha nestas hipótese inteira aplicação o princípio da suficiência (art. 2.º).

Referimo-nos, evidentemente, aos casos de pura prejudicialidade. Se a questão prejudicial foi já decidida ou está pendente noutra processo, o problema será então de caso julgado (arts. 148.º a 151.º) ou de litispendência (art. 146.º).

β) - O problema surge em toda a sua importância quando estejam em causa questões prejudiciais não-criminais em processo criminal. Para esses casos estabeleceu a lei o regime prescrito no art. 3.º do Código.

α) - Vejamos, em primeiro lugar, os pressupostos ou requisitos aí enunciados para o válido exercício da faculdade de devolução.

1.º - A questão prejudicial terá de ser elemento necessário do conhecimento da infracção. "Quer dizer — como afirma o Prof. BELLEZA DOS SANTOS — a questão prejudicial deve implicar a discussão de um elemento cons-

titutivo da infracção. Se ela disser respeito a uma simples circunstância agravante ou atenuante, terá de resolver-se no processo penal que, por este motivo, não se pode suspender". Cfr. art. 147.º. Deve, no entanto, ter-se em conta que os "elementos constitutivos" não pode deixar de incluir-se, as causas justificativas, considerem-se ou não elas como elementos, embora negativos, do tipo do delito — elas têm para a "existência da infracção" um relevo em tudo criminalmente idêntico aos dos elementos tipicamente positivos.

2.º - É indispensável, em segundo lugar, que a questão prejudicial não-criminal "não possa convenientemente decidir-se no processo penal" — conveniência para a qual se não poderão decerto definir em abstracto critérios seguros, e que sempre se terá de apreciar em concreto, tendo em conta a índole da questão, a complexidade a adequação ou não da estrutura do processo criminal para a sua válida solução (sobretudo em matéria probatória), a possível diversidade de sentido que a questão possa ter como elemento de uma infracção ou como questão privada autónoma, inclusivamente a maior ou menor probabilidade de futura contradição de decisões, etc., etc. Todos estes e de certos muitos outros factores deverá o juiz tomar em conta para se decidir ou não pela suspensão do processo criminal.

Acrescentam ainda os autores italianos, em comentário a uma disposição da respectiva legislação, a necessidade do carácter controvertido (o requisito da "controvérsia") da questão prejudicial, enquanto pressuposto que garantiria a indispensável seriedade da questão, e assim do debate de um específico conhecimento sobre ela. Não vemos, porém, qualquer justificação para autonomizar este requisito do da "conveniência", pois decerto que só sendo a questão "séria" o juiz se decidirá pela devolução, além de que não será a ausência de discussão, de controvérsia sobre a questão prejudicial, que excluirá em absoluto um possível interesse de um seu conhecimento autónomo e particular — basta considerar que no processo criminal não releva o regime de admissão próprio do princípio do contraditório em processo civil.

— Aos dois requisitos materiais anteriores acrescenta a lei um terceiro, este de carácter só formal: a devolução e a consequente suspensão do processo só será lícita se decidida "depois de finda a instrução". Compreende-se: <sup>a)</sup> antes não pode, na realidade, diz igualmente o Prof. BELEZA DOS SANTOS, saber-se com segurança se há ou não elementos para decidir ou não convenientemente a questão prejudicial no processo crime e, / por outro lado, a suspensão deste processo, antes de finda a instrução, pode <sup>b)</sup> causar gravísimos prejuízos à investigação do crime e

e dos seus agentes". Quer referir-se a lei — assim como Prof. BELEZA DOS SANTOS — manifestamente à instrução preparatória. E razoavelmente, já que com a finalidade (ou pelo menos com a mais importante finalidade) da instrução contraditória — a de confirmação ou infirmação da acusação e da pronúncia e, como tal, de garantia da defesa do pronunciado — se concilia por certo a apreciação especial da questão prejudicial, apreciação especial que pode mesmo mostrar-se particularmente importante e indispensável para decidir fundamentadamente sobre a admissibilidade da acusação e, por tanto, sobre a pronúncia definitiva.

Há, porém, que fazer sobre este requisito uma observação — "depois de finda a instrução" deve hoje entender-se "depois da acusação", já que não presidindo agora (depois da reforma do Dec.-Lei 35 007) o juiz à instrução preparatória, ele só estará em condições de decidir da conveniência da devolução depois que o M. P. lhe dê conta da instrução através da acusação. Só que não parece exigível que a devolução seja decidida só depois da pronúncia, podendo ser-lo antes e justamente quando ela se mostre conveniente para fundamentar este despacho (cfr. art. 38.º do Dec.-Lei 35 007).

§§) - Ponto de alguma importância é também o de saber qual a natureza e valor da decisão que o art. 3.º do Código autoriza ao juiz — que o mesmo é per-

guntar que poder lhe confere aí a lei. E isto sobretudo para se considerar a possibilidade de controlar essa decisão através de recurso.

Que o juiz pode usar officiosamente do poder de suspensão do processo para permitir a devolução da questão re judicial, é o que ninguém põe em dúvida (v. BELEZA DOS SANTOS, loc. cit., 262, nota 1). Não será, pois, necessária quer a promoção do M. P., quer o requerimento do arguido nesse sentido, embora não estejam eles decerto impedidos de o fazer, se isso tiverem por conveniente, estimulando desse modo a decisão do juiz. O que se discute é se essa decisão traduzirá ou não o uso de um "poder discricionário", pensando-se que a resposta positiva ou negativa a esta questão implicaria só por si a conclusão sobre a irrecurribilidade ou recorribilidade, respectivamente, da mesma decisão — pois essa seria a conclusão que, com fundamento naquele pressuposto, imporia a lei no art. 646.º, n.º 3, do Cód. Nestes termos sustenta o [Prof. BELEZA DOS SANTOS] (ob. loc. cit., 262, s.) que a decisão em causa, por dever sempre justificar-se e fundamentar-se concretamente, não deve considerar-se "discricionária", não podendo portanto estar abrangida nas "decisões que dependam da livre resolução do juiz ou do tribunal" (art. 646.º, n.º 3) e Mas se esta conclusão parece exacta, já não o é a identificação da discricionarieidade (e sobretudo a judicial) com a plena e incondi-

tróvel liberdade de resolução, e assim a exclusão do carácter discricionário naquela decisão para admitir que ela seja susceptível de um controle em recurso.

E que não pode já hoje admitir-se que qualquer discricionarieidade — ainda a própria discricionarieidade administrativa — esteja isenta de todo e qualquer controle jurisdicional. Conhecem-se os limites tanto externos, como internos (nestes, especialmente o "desvio do poder") a que a actividade discricionária está sujeita, e que fundamentam uma ampla possibilidade legal de um recurso de controle jurídico. E é por isso mesmo que a doutrina tende actualmente a integrar também o exercício judicial de um poder discricionário nos quadros gerais de uma teoria unitária da discricionarieidade — i. é, entende-se que o controle a que está já sujeita a própria discricionarieidade administrativa, base da teoria geral sobre a actividade juridicamente discricionária, é igualmente suficiente para a discricionarieidade judicial, podendo portanto ambas ser consideradas, neste ponto, unitariamente. Pois, a haver uma qualquer divergência, só podia ela ser determinada pelo facto de a actividade administrativa, já pelo tipo de actos em que se realiza, já pela natureza dos interesses que se propõe, implicar, ou poder implicar, uma maior liberdade, uma maior amplitude do campo das opções concretas, e a decidir contra se em critérios não sempre directamente jurídicos ("regras

técnicas", "regras de boa administração", de oportunidade política, etc.). Quando, pelo contrário, se trate de decisões proferidas no exercício da função judicial, estaremos perante decisões que manifestam um acto jurisdiccional e, como tais, não poderão elas nunca deixar de estar ao serviço da aplicação e realização do Direito, ou determinar-se por outros fins, por outros fundamentos que não sejam tão-só os que correspondem às normas jurídicas que lhe conferem o poder de decidir — normas cujo pensamento normativo se terá precisamente de analisar, de desenvolver e de pensar até o fim, nas circunstâncias do caso concreto. Numa palavra, a haver uma divergência entre os dois tipos de discricionariedade, será unicamente aquela que se traduza numa mais extensa e profunda vinculação jurídica da discricionariedade judicial, em confronto com a discricionariedade administrativa. Por isso mesmo entende a doutrina que a ser possível falar de uma discricionariedade "livre", nunca poderia ela caracterizar a discricionariedade judicial, tipo sempre, justamente, de discricionariedade "vinculada". A implicar isto — é evidente — que se não pode confundir a decisão discricionária com a decisão arbitrária, com a decisão absolutamente livre e totalmente incontrolável. Não pode pensar-se hoje essa possibilidade em qualquer domínio jurídico, menos ainda nas decisões jurisdicionais e sobretudo de jurisdição criminal.

É certo que dificilmente se negará que era outro o conceito de discricionariedade pressuposto pelos autores do Cód. de proc. criminal — no fundo aquele que a fórmula do n.º 3 do art. 646.º exprime (cfr. art. 679.º, n.º 1 do Cód. civil). E de acordo com esse conceito decerto que a irrecorribilidade era uma consequência necessária. Mas supera do há muito — se é que alguma vez foi aceitável — um tal sentido de discricionariedade, e discricionariedade judicial, o que temos de nos perguntar é como interpretar aquela norma para ver nela uma prescrição juridicamente admissível e não totalmente absurda.

O conteúdo dessa norma, quando tomado apenas em si e no seu imediato enunciado literal, é sem dúvida logicamente justificado: uma decisão de "livre resolução do juiz inteiramente livre, não pode ser passível de recurso, pela razão simples de que é livre. Mas tudo está em saber se no domínio da actividade jurisdiccional haverá uma qualquer decisão que se possa dizer "absolutamente livre". É isso que não se concebe já hoje como possível. Não deixa de ser elucidativo que numa larga casuística, suscitada pela disposição paralela do Cód. de proc. civil (o cit. n.º 1 do art. 679.º), se visse, p. ex., [J. ALBERTO DOS REIS] (v. Anotado, V, 252, ss.) praticamente impossibilitado de aceitar "concludentemente casos de decisão jurisdiccional-processual (mesmo civil) inteiramente livres — sentido que igualmente

te ligava à decisão discricionária.

Poderíamos, assim, pensar, numa primeira solução, em considerar a norma processual criminal em análise insusceptível de aplicação, porque justamente lhe faltaria um campo de aplicação — não haveria casos que realizassem a sua hipótese. Há, no entanto, um outro sentido possível a dar à disposição. Ela não querirá excluir a possibilidade de se controlarem os vícios jurídicos próprios de um qualquer exercício de poder discricionário — desde logo o "excesso" e o "desvio" de poder. Para apreciar esses vícios, ou de todos aqueles que de qualquer modo proferissem os limites tanto externos, como internos da discricionariedade, sempre haveria lugar para recurso; ficaria apenas excluída a possibilidade de se suscitar sem mais, ou pela simples discussão de fundo (dos fundamentos ou mérito) uma segunda decisão sobre o ponto decidido — a faculdade da simples devolução desse ponto a uma instância superior, como é próprio, p. ex., do recurso de apelação. Seria este o sentido da fórmula "não haverá recurso" do art. 646.º, relativamente ao seu n.º 3.º. E desse modo podiam dar-se duas hipóteses: 1) Propor-se o recurso sem que se apontasse qualquer dos fundamentos específicos do controle jurídico da discricionariedade, /ou ser manifestamente inconcludente a alegação que deles se fizesse; 2) Propor-se o recurso, sendo justificada, ou pelo menos não evidentemente inconcludente, a ale-

gação de ofensa dos limites da discricionariedade. Na primeira hipótese, o recurso não seria admitido, por ausência de fundamento ou por inépcia (em analogia com a inépcia da petição inicial em processo civil); na segunda hipótese, o recurso seria admitido. Mas neste último caso, e uma vez que fosse dada procedência ao recurso, nada impediria que o tribunal ad quem apreciasse directamente a questão decidida no seu todo, e sobre ela proferisse decisão definitiva — isto, não só porque existirá alguma analogia com o que se prevê no art. 753.º do Cód. proc. civil, mas sobretudo porque, por um lado, a instância de recurso é aqui um órgão com alguma natureza funcional que o órgão de que se recorre (ambos são órgãos judiciais, ao contrário do que acontece nos recursos jurisdicionais das decisões discricionárias da Administração), e por outro lado, o tribunal a cujo já exercou, relativamente ao ponto discutido, o seu poder jurisdicional.

Isto se dirá em geral; mas no nosso caso ainda se poderá ir validamente mais longe. Pois apreciar, relativamente ao poder de decisão que o art. 3.º do Código confere ao juiz, dos limites internos desse poder — se houve ou não no caso concreto cumprimento da intenção normativa fundamental dessa norma e assim do sentido do poder atribuído, se as determinantes da decisão se desviaram ou não dessa intenção, etc. —, é por certo indivisível da apreciação glo-

bal e concreta da decisão proferida. Quer dizer, os limites do decidir confundem-se aqui com o próprio conteúdo da decisão. Por tudo o que havemos de concluir, com [BELEZADOS SANTOS] "que do despacho que nega a suspensão do processo penal, com ofensa do art. 3.º do Código, há recurso, por não estar abrangido pelo n.º 3.º do art. 646.º" — mas sem que com isso se tenha de negar que esse despacho se traduza numa decisão discricionária, uma decisão que o juiz tem o poder-dever de proferir não segundo critérios formais-gerais, mas determinado apenas pelo mérito e circunstâncias particulares de cada caso concreto.

γγ) - Voltando-nos, por último, para o regime a que a lei submete a devolução que venha a ser permitida pela suspensão do processo, há de importante a notar que foi intenção legal a de evitar que essa devolução crie obstáculos ao eficaz prosseguimento da acção penal. É o que determinou o prescrito nos §§ 1.º e 2.º do art. 3.º. É necessário que a acção não-criminal seja intentada no prazo de três meses (1.ª parte do § 1.º); não podendo, no entanto, estar parada na secretaria do tribunal, quando tenha sido proposta, mais de três meses (2.ª parte do § 1.º); e, além disso, terá sempre de ser decidida durante um ano, a partir da suspensão (parte final do § 1.º). Pode, todavia, justificar-se a prorrogação destes prazos, nos termos do § 2.º.

- No que toca às questões prejudiciais criminais em processo não criminal, há que atender ao art. 4.º do Código, hoje parcialmente revogado pelo art. 97.º do Cód. proc. civil. Revogado na solução que prescrevia também para o processo civil ("sempre que em qualquer processo não penal..."). Mantém-se, porém, em vigor para quaisquer outros processos, desde logo para o processo administrativo.

δ) O que podê é pôr-se este problema: deverá entender-se que o n.º 2.º do art. 97.º do Cód. proc. civil revogou os três parágrafos do art. 4.º do Cód. proc. penal, ou deverá entender-se apenas por revogado o § 1.º deste último artigo? É que não só o teor daquele n.º 2.º parece atingir unicamente os casos previstos neste § 1.º, como se não vê também que, em face da disposição do Cód. de proc. civil tenham partido sentido, e até bem justificada razão de ser processual, os §§ 2.º e 3.º do art. 4.º, atentas as particulares hipóteses que prevêem.

- Valor e efeitos da decisão sobre as questões prejudiciais. Como já atrás se disse, o que importa aqui é sobretudo o valor e efeito do conhecimento das questões prejudiciais enquanto prejudiciais — i. é, enquanto surgem elas tão-só ao considerar-se uma outra questão principal — e não directamente o valor e efeito de uma deci-

são já proferida sobre uma anterior questão autónoma e principal que agora, num outro processo, se revela também como prejudicial. Este último problema é um problema estrito de caso julgado, que deverá ser resolvido independentemente da prejudicialidade — mas não deixamos de lhe fazer referência para saber em que medida uma decisão não-criminal proferida autónoma e principalmente é vinculante ao considerar-se posteriormente, com carácter prejudicial, essa mesma questão num processo criminal.

a) — Vejamos, em primeiro lugar, as questões que fundamentalmente nos interessam, as questões prejudiciais não-criminais em processo criminal. Na consideração desta prejudicialidade, sabemos que o tribunal criminal pode tomar uma destas duas atitudes: 1) suspende o processo para permitir a devolução da questão a um tribunal não-criminal, 2) decide ele próprio da questão prejudicial. É consoante se verifique um ou outro destes casos, assim que sumirá aspectos diferentes o problema agora em causa.

aa) — Na primeira hipótese, remetida a questão a um tribunal não-criminal competente que venha a decidir sobre ela, o valor dessa decisão é o que impõe o art. 152.º do Cód. proc. criminal: a decisão aí proferida sobre a questão prejudicial constituirá caso julgado para a acção penal que dessa decisão ficou dependente. E esta norma é interpretada pela doutrina no sentido de ela vincu-

lar o tribunal criminal àquela decisão ainda que esta tenha sido proferida relativamente a partes que não coincidem com as pessoas implicadas na acção penal — por outras palavras, não relevariam aqui os limites subjectivos do caso julgado. Por ex., se a acção penal tem por objecto uma acção de furto de uma coisa de A por B e se a questão prejudicial sobre a propriedade da coisa for decidida entre A e terceiro (C), concluindo-se aí, por hipótese, que é C e não A o proprietário da coisa, nem por isso essa decisão deixará de vincular, por força do art. 152.º, o tribunal criminal (v. FOSCHINI, ob. cit., 406, ss.; CAVALHEIRO DE FERREIRA, in "O Direito", 67.º, 230, nota 4, e Curso, III, 56, s.).

— Outro tanto se verificará se a questão prejudicial estiver a ser já objecto de um processo pendente e o tribunal criminal se decidir, por isso mesmo, pela suspensão (v. art. 147.º).

— Hipótese particular é aquela, já referida, de a questão que agora surge no processo criminal como prejudicial ter sido anteriormente objecto principal de uma acção não-penal, sendo decidida aí por sentença que transitou em julgado. Vinculará ou não essa decisão o tribunal criminal, ao considerar esta essa mesma questão como prejudicial? A lei não prescreve, pelo menos directamente, a solução desta hipótese. Prescreve apenas a solução da hipótese inversa — a de ser uma questão criminal preju-

dicial em acções não penais (arts. 153.º e 154.º do Cód. proc. penal), atribuindo valores diferentes à sentença com denotatória e à sentença absolutória.

Para a resolução daquele ponto omisso propõem-se duas teses inteiramente contrárias. Uma, a tradicional e de origem francesa — a que se mantém fiel a nossa Jurisprudência (v., por último, o Acórdão do S. T. J., de 12 de Maio de 1965, in Bol. H. J., 147, pp. 160, ss., e a respectiva anotação, IV) —, nega força vinculante às sentenças não-criminais em processo criminal, salva a hipótese do art. 152.º do Cód. proc. penal, que considera excepcional, e nega essa força vinculante com fundamento no princípio da independência e mesmo prevalência da jurisdição criminal (nesta estaria sempre em causa um indisponível interesse público, enquanto na jurisdição civil, p. ex., normalmente se debateriam só interesses privados); além de que só se admitiria do na jurisdição criminal a verdade material, já seria conciliável com as outras jurisdições a simples verdade formal. Pelo que a anterior decisão não-criminal só poderia ter o valor de uma "facto" ou de um factor de convicção a apreciar livremente pelo juiz criminal. Em sentido contrário se decide a outra tese — aquela que é defendida pela doutrina italiana (solução que tem, aliás, apoio na respectiva legislação processual criminal) e seguida também entre nós pela doutrina (v. BELEZA DOS SANTOS, Rev. Leg. Jurispr.

63.º, 8, ss.; 66.º, 136, ss.); [CAVALEIRO DE FERREIRA, Curso, III, 57, ss.). Como principais fundamentos invocam-se o princípio da unidade da jurisdição, a inadmissibilidade de decisões contraditórias sobre a mesma questão, o erro de pensar que nos processos não criminais não se proponham também a verdade material, até porque todas as estruturas processuais tendem a aproximar-se nesse ponto, e inclusive um argumento de analogia com a solução do art. 152.º do Cód. proc. criminal, que se deveria ter por expressão de um princípio geral (BELEZA DOS SANTOS). Por outro lado, aceite o princípio da vinculação, esta definir-se-ia em concreto de acordo com as regras reguladoras do caso julgado próprias da jurisdição que tivesse proferido a sentença vinculante — assim, as sentenças civis seriam vinculantes para a jurisdição criminal nos mesmos termos e com os mesmos limites pelos quais o Cód. proc. civil impõe a eficácia do caso julgado civil (limites tanto objectivos, como subjectivos).

Seguramente que merece preferência esta segunda solução. Só que importa compreendê-la com uma restrição que nem sempre vemos explícita e cuja omissão tem sido decerto em boa parte responsável pela resistência oposta a esse critério. Não nos referimos apenas à exigência da identidade das pessoas (das "mesmas pessoas") interessadas na causa em que se obteve decisão transitada em julgado e intervenientes depois no processo criminal — é essa uma exigência im-

posta directamente pelos limites subjectivos do caso julga do. Queremos antes pôr em relevo que a sentença não-criminal só pode impor-se vinculantemente ainda em processo criminal, nos termos enunciados, se a questão por ela decidida (e agora criminalmente prejudicial) for de natureza exclusivamente civil, i. é, de natureza tal que não possa ser simultaneamente criminal ou que não tenha analogia com uma questão criminal. Assim, a questão da falsificação de documento pode ser simultaneamente uma questão civil, um incidente de uma questão civil e do processo civil (art. 360.º do Cód. proc. civil) e uma questão criminal (art. 215.º, ss. do Cód. penal); e além destes casos outros há nos quais, sem poder dizer-se existir neles uma questão simultaneamente civil e criminal, os aspectos civil e criminal estão no entanto entre si numa tal analogia que impor o caso julgado civil à acção penal seria praticamente o mesmo que frustrar directamente o exercício desta — pense-se no caso julgado civil que numa acção de indemnização por danos tenha considerado o réu como responsável ou como não responsável pelo facto; impor esse caso julgado em processo criminal não seria impor neste um efeito civil, mas excluir a própria apreciação da responsabilidade criminal do réu pelo facto acusado. E são estes casos, afinal, que a doutrina e jurisprudência francesas querem considerar quando negam a eficácia do caso julgado civil em processo criminal (cfr. BOUZAT

-PINATEL, ob. cit., 1197)). Só, pois, com exclusão destes dois tipos de casos cremos ser válido admitir que um caso julgado civil anterior, sobre uma questão que vem a revelar-se prejudicial em processo criminal, deve ser também vinculante neste. Só assim se respeita a unidade da jurisdição sem ofender a independência das acções e das competências civil (ou, em geral, não-criminal) e criminal.

§§) - Na hipótese de o tribunal criminal conhecer ele próprio da questão prejudicial não-criminal, que valor terá a decisão por ele proferida sobre esta questão? O que se pergunta agora nesta segunda hipótese, não tem a ver com a eficácia criminal do caso julgado penal, mas unicamente com a eficácia não-criminal (civil, administrativa, fiscal, etc.) da decisão que judicialmente se tenha proferido, sobre questões dessa natureza, em processo criminal. Não tem, portanto, interesse para esta hipótese o Assento de 22 de Janeiro de 1935, uma vez que no caso por ele considerado o que se discute é a eficácia criminal de caso julgado penal, embora proferido este com fundamento na decisão sobre uma questão prejudicial civil. O que nesse caso, ou casos desse tipo, está em causa é pura e simplesmente o problema do caso julgado penal — seu conteúdo e seus limites —, a resolver segundo as normas dos arts. 148.º e ss. do Cód. proc. penal. É o que nós consideramos é o valor civil, administrativo, etc., e em acções não-cri

minais, de decisões sobre questões prejudiciais em acção penal.

Não cremos suficiente invocar para aqui, como faz o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA (Curso, III, 60), o princípio da unidade da jurisdição. Este princípio só terá validade enquanto possa conciliar-se com o princípio não menos importante da independência das várias competências — queremos dizer, é razoável que uma decisão civil emitida em jurisdição civil se imponha como tal na jurisdição criminal, mas não já que uma decisão penal da jurisdição civil se imponha na própria jurisdição criminal, ou inversamente. E sobretudo se a questão que por sua natureza compete a uma certa jurisdição é decidida a título prejudicial por uma jurisdição distinta — como é o nosso caso —, sendo certo que até a decisão sobre questões prejudiciais da mesma natureza daquela que é objecto principal do processo só excepcionalmente obtém eficácia de caso julgado, como nos ensina a teoria civil, que bem pode dizer-se a teoria geral, deste instituto processual. Devemos, pois, concluir que as normas dos arts. 153.º e 154.º do Cód. proc. penal, embora se não refiram directamente ao nosso ponto, não deixam de definir o único conteúdo dispositivo que nas sentenças criminais obtém força de caso julgado. Por outras palavras, a solução mais razoável é idêntica àquela que o Cód. proc. civil prescreve no art. 97.º, n.º 2, in fine, para as ques-

tões judiciais não civis em processo civil: a decisão sobre a questão prejudicial não produz efeitos fora do processo em que foi proferida.

β) - Quanto às questões prejudiciais criminais em processo não-criminal, o nosso problema encontra-se resolvido, como acaba de dizer-se, relativamente ao processo civil, pelo art. 97.º, n.º 2, in fine do Cód. proc. civil. E não se vê razão para se não aplicar por analogia (se não mesmo subsidiariamente) essa disposição aos outros processos não-criminais.

#### 4. Os sujeitos da acção penal. a) - Legitimidade activa.

1) - Os titulares da acção penal. Nos termos do princípio da publicidade, antes referido, a titularidade da acção penal pertence hoje apenas ao Estado (salva porventura alguma excepção adiante considerada) e compete em regra o seu exercício ao M. P. (art. 2.º do Dec.-Lei 35.007). Poderá, no entanto, ser este substituído no exercício dessa acção pelas entidades administrativas e policiais mencionadas no art. 2.º desse Decreto, relativamente às infracções aí igualmente enumeradas.

Não significa isto, porém, que nesses casos, em que a acção penal seja exercida por outras entidades, fique ex-

cluído o M. P. do processo criminal. Este só será substituído na acusação — e na organização dos fundamentos dela, quando se não reduza à remessa ao tribunal dos autos de notícia (v. § único do art. 2.º) —, pois no desenvolvimento posterior do processo continuará a ter o M. P. a mesma função e os mesmos poderes. E é ao M. P. que aquelas entidades acusadoras passarão a subordinar-se processualmente, uma vez recebida a acusação e no sucessivo exercício da acção penal. O mesmo é dizer que ainda nesses casos a titularidade da acção penal compete ao M. P., permitindo apenas a lei, em atenção a certos tipos especiais de infracções, que ele possa ser substituído na acusação e coadjuvado nos outros termos do exercício da acção penal por certas outras entidades públicas.

2) - A intervenção dos particulares. a) - Crimes públicos e particulares. O nosso sistema processual criminal, desviando-se da orientação generalizada das legislações estrangeiras, não admitiu a intervenção dos particulares apenas relativamente à acção civil ou ao pedido de indemnização — enquanto "parte civil" —, acoiçou a sua intervenção, e ampla, na própria acção penal. E, quando a esta, havemos de analisar essa intervenção em duas modalidades: a acusação particular e a assistência.

a) - Para a consideração da primeira, a acusação

ção particular, temos de distinguir três categorias de delitos — os crimes públicos, os crimes particulares e os crimes semi-públicos (semi-particulares). Dizem-se "públicos" aqueles delitos relativamente aos quais o M. P. exerce a acção penal incondicionalmente, i. é, sem dependência de denúncia ou acusação dos particulares. São "particulares" lato sensu, os delitos cuja acusação pública terá de ser ou precedida de denúncia particular ou acompanhada de acusação particular (v. art. 3.º, n.ºs 1.º e 2.º do Dec.-Lei 35 007). A denúncia e a acusação particulares, são, pois, nestes casos condições de procedibilidade. E as apenas a denúncia é condição de procedibilidade, podendo após ela o M. P. exercer nos termos normais a sua função de instrução preparatória e de acusação, o delito pertencerá à categoria dos "crimes semi-públicos" (ou "semi-particulares"); se, porém, a denúncia não for a única condição de que depende o exercício da acção penal, devendo ainda seguir-se-lhe a acusação particular (v. art. 3.º, n.º 3.º do Dec.-Lei 35 007), já estaremos perante "crimes particulares" em sentido estrito.

Simplemente, ainda quanto aos crimes públicos não fica excluída a intervenção dos particulares. Há que distinguir também aqui três casos: 1) crimes públicos em que apenas o M. P. pode intervir — é o que acontece nos crimes de rebelião, de reuniões criminosas, os previstos nos

arts. 141.º e ss. do Cód. penal, etc., i. é, em todas as infracções em que apenas a ordem jurídico-social ou o Estado se podem dizer criminalmente atingidos, e em que, portanto, não há pessoas particularmente ofendidas --; 2) crimes públicos nos quais qualquer pessoa se pode constituir assistente -- são as hipóteses previstas no n.º 5.º do art. 4.º do Dec.-Lei 35 007, e que correspondem aos casos da anterior "acção popular" --; 3) os restantes crimes públicos, e relativamente aos quais <sup>certos</sup> particulares se poderão constituir "assistentes" (v. *infra*) desde que se verifiquem as condições que concedem legitimidade para tanto -- i. é, se os particulares pertencerem às categorias de legitimidade enumeradas nos n.ºs 2.º a 4.º daquela mesma art. 4.º.

A exigência legal de denúncia (ou "participação do ofendido", como por vezes também se exprime a lei) e de acção particular traduz uma opção de política criminal terminada ou pela diminuta gravidade da infracção ou pela especial natureza dos valores criminalmente em causa nos delitos a que essa exigência se refere. Perante furtos de reduzido valor ou de agressões de ligeira gravidade, compreende-se que se ponha em funcionamento as onerosas instituições jurisdicionais e processuais apenas se as pessoas directamente ofendidas manifestarem expressa vontade nesse sentido -- se não tiverem como que tácitamente perdido ao infractor. E quanto a outros delitos que atingem valores re-

lativamente aos quais se impõe uma particular discreção, já porque tocam a honra das pessoas, já porque afectam a paz e a harmonia das famílias, é duvidoso que a perseguição criminal-processual, com a sua publicidade e como escândalo até que em geral provocará, tenha em muitos casos, para a defesa mesma desses valores, mais benefícios do que inconvenientes. Daí que se atribua nesses casos aos particulares especialmente implicados, e que podem ser justamente afectados pelos inconvenientes da perseguição criminal, a faculdade de ponderarem eles próprios da oportunidade ou inoportunidade da acção penal. É o que desde logo se justifica, tendo presente os casos de crimes particulares, de que daremos a seguir alguns exemplos.

Assim, são crimes semi-públicos, entre outros, os previstos nos arts. 391.º e ss., de acordo com o disposto no art. 399.º, 430.º, e § 1.º, 431.º, § 2.º, 438.º, 472.º, § 1.º, 477.º, etc., do Código Penal, e ainda, por força do Dec.-Lei 41 074 (17 de Abril de 1957), nos arts. 359.º, § único, 360.º, § único, 360.º, § único, 369.º, § 1.º, 379.º, § 2.º, 450.º, § único, 451.º, § 2.º, 453.º, § 2.º, 455.º, § único, 473.º, § único, etc. do mesmo Código. São crimes particulares em sentido estrito, também entre outros, os de litos dos arts. 254.º, § único, 401.º, §§ 3.º e 4.º, 404.º, e § 1.º, etc., e, depois do Decreto citado, ainda dos arts. 363.º, § único, 2.ª parte, 369.º, § 2.º, 2.ª parte, etc.

Hipótese particular é a de acumulação de crimes públicos e particulares no mesmo caso concreto. Prevê e regulamenta a lei essa hipótese no art. 8.º, seus §§, do Cód. proc. penal.

(1.º) Exemplo de acumulação com crime público mais grave que o crime particular: crime de injúria mediante termos ofensivos da moral pública — ultraje à moral pública (art. 420.º do Cód. penal) é mais grave (mais fortemente punido) do que o crime particular de injúria (art. 410.º conjugado com o art. 416.º do Cód. penal). Exemplo de acumulação em que a relação de gravidade é inversa: o crime de atentado ao pudor com violência cometido solitariamente, como resulta dos arts. 290.º, 291.º e 359.º do Cód. penal.

Relativamente ao que se estabelece nos § 2.º, 2.ª parte, e § 3.º do cit. art. 8.º, há que fazer duas observações. A primeira é para fazer notar que a 2.ª parte do § 2.º só tinha sentido enquanto estiveram em vigor os arts. 7.º e 9.º do Cód. proc. penal, pois só então a promoção e continuidade do processo cabiam principalmente à "parte acusadora"; hoje, porém, uma vez que o Dec.-Lei 35 007 acen- tuou o carácter público da acção penal ainda na sua titula- ridade, submetendo ao estatuto de "assistentes" os próprios acusadores particulares (art. 4.º, n.º 1.º), que passaram por isso à posição de auxiliares do M. P. e ao qual subor- dinam, em princípio, a sua actividade (art. 4.º, § 1.º), te-

rá de considerar-se revogada a disposição desse 2.º parte do § 2.º do art. 8.º do Código. Sem excluir isto, é evi- dente, que os acusadores particulares mantenham a faculda- de de pôr termo ao processo com o pariâo ou a desistência (art. 3.º, § único do Dec.-Lei 35 007).

A segunda observação, relativa ao § 3.º do art. 8.º do Código, é apenas para sublinhar que pelo menos para ca efeitos da aplicação daquela norma é a própria lei a equi- parar o concurso ideal ao concurso real. Se esta equipara- ção deve ser ou não a solução geral do problema do concur- so de infracções — considerando-se na primeira hipótese o disposto no art. 8.º, § 3.º um afluente ou confirmação dessa tese, considerando-se na segunda hipótese uma excep- ção à solução afirmada pela tese oposta — é problema que, por ser apenas de direito material criminal, não temos de considerar aqui.

β) - A acusação particular (com a denúncia ou participação do ofendido) é uma específica de sim- ples particulares, embora com uma legitimação característi- ca, de que depende o próprio exercício da acção pelo M.P.E. é isto, justamente, o que essa modalidade de intervenção tem de singular, pois que acusar, assim como intervir com o M. P. nos demais termos do processo, é faculdade que ca- be também a todos os que se podem constituir como assisten- tes. Por outro lado, a intervenção dos acusadores particu-

lares é igualmente submetido ao estatuto geral da "assistência" (art. 4.º, n.º 1.º do Dec.-Lei 35 007), com ressalva apenas do regime especial que corresponde à sua acusação particular. Pelo que, se todos os particulares intervenientes na acção penal são "assistentes", nem todos os assistentes são "acusadores particulares" (embora, como se disse, todos os assistentes possam acusar).

Qual é, no entanto, concretamente o estatuto processual criminal da assistência? É o que vamos ver a seguir, começando por autonomizar nesse estatuto para uma consideração à parte, dados os problemas especiais que suscita, o regime jurídico-processual da acusação dos assistentes.

3) - A intervenção dos particulares. b) - O regime jurídico-processual da acusação dos assistentes. - Para a precisa consideração desse regime, importa distinguir também aqui os crimes particulares dos crimes públicos.

a) - Se a acusação do assistente, validamente legitimado, é produzida num (i. é, se ela é "acusação particular"), há que observar o seguinte.

É certo, em primeiro lugar, que o regime que o Código prescrevia para a acusação particular (o estatuto que lhe atribuía de "parte acusadora"), nos arts. 5.º e ss., especialmente no art. 7.º, foi expressamente alterado pelo De-

creto 35 007, no sentido, como já se referiu, de retirar ao particular acusador a qualidade de "parte" principal, a que o M. P. havia de subordinar a sua actuação, para o sujeitar ao estatuto geral da assistência, ficando assim, e ao contrário, também ele subordinado em geral à direcção principal do M. P. (art. 4.º, n.º 1 e § 1.º) — elevado este agora, em princípio, a único titular legítimo da acção penal (arts. 1.º e 3.º do mesmo Dec.-Lei 35 007).

Só que não foi essa alteração ao ponto de eliminar o regime privilegiado que cabia à acusação particular, relativamente à acusação do M. P. Na verdade — e em segundo lugar — o M. P. continua a só poder acusar "pelos factos de que tenha herdado acusação particular quando destituida o exercício da acção penal" (art. 4.º, § ún. do Dec.-Lei 35 007). E por isso é hoje ponto assente na Jurisprudência e na doutrina que a acusação dos acusadores particulares (ou a acusação dos assistentes nos crimes particulares) nem mesmo tem de ser acompanhada de acusação pelo M. P. Este poderá e deverá sempre acusar quando o tenha por conveniente, mas não dependerá da sua acusação a abertura e prosseguimento do processo criminal.

Em que se manifesta, então, aqui o estatuto da assistência, com o seu carácter de subordinação processual à actuação do M. P.? Não decerto quanto à acusação, ou mesmo quanto ao exercício da acção penal; mas esse estatuto e

a respectiva posição subordinada — pelo menos em princípio — impõem-se logo que o M. P. apresente também a acusação, pois uma vez que acuse o M. P. e exerça, portanto, a acção penal, ele passa a ocupar no processo a função que por direito próprio lhe compete (art. 4.º, § 1.º). O que não exclui, volte-se a dizer, o poder que tem o acusador particular de pôr termo ao processo pelo perdão ou pela desistência (art. 3.º, § ún., 2.ª parte).

β) — Quanto aos ~~assistentes~~, o problema me lindroso é só o de saber se será lícito aos assistentes acusarem ainda no caso de o M. P. se abster de o fazer. Que os assistentes podem acusar em termos distintos e por factos diversos dos da acusação do M. P., não há dúvida (art. 4.º, § 2.º, n.º 1.º, e § 4.º). Dúvidosa é se podem acusar só eles.

É esta uma questão largamente debatida na jurisprudência (v., por último, o Acórdão do S. T. J. de 5/V/1965, Bol. M. Justiça, 147.º, 150, ss., com remissão, na respectiva notação para numerosos acórdãos anteriores) e na doutrina (EDUARDO CORREIA, Terão os assistentes legitimidade para de duzir acusação por crimes públicos, quando o Ministério Público se tenha absterido de a formular?, in Rev. Leg. Jurisp., 91.º, 301, ss., com citação de numerosa jurisprudência e de toda a doutrina que até então se ocupara do problema, a que temos agora de acrescentar V. P. TAMBA, O problema da legi-

timidade dos "assistentes" para acusar por crimes públicos, desacompanhados do Ministério Público, e SANTOS SILVEIRA, Da acusação dos assistentes na acção penal, in Rev. dos Tribunaes, 78.º (1960), 66, ss.).

Deve ter-se, no entanto, em conta que o problema só se põe relativamente à acusação que se suceda à instrução preparatória, porquanto no caso de acusação (definitiva) cedida de instrução contraditória resulta do art. 44.º do Dec.-Lei 35 007, por remissão para o art. 346.º do Cód. que pode ser recebida só a acusação do assistente. Simplesmente, ou a solução no problema que nos importa é no sentido da indispensabilidade da acusação do M. P., e nesse caso sempre este teria já acusado, ainda que provisoriamente, para que se abrisse a contraditória; ou a solução é no sentido da tese contrária, e o que se admitiu para a acção provisória naturalmente se admitirá também para a acção definitiva.

Voltando ao problema posto, vemos que optam pela solução da legitimidade de acusação isolada do assistente, e orientação constante e sem discrepâncias do S. T. J. e os dois últimos AA. citados. Defende a tese oposta da ilegitimidade o Prof. EDUARDO CORREIA, acompanhado pelos autores que em referência a este ponto são citados na nota lido seu artigo.

É este largo debate que a questão tem suscitado uma

conclusão, desde logo, nos permite tirar: que ela se não resolve ao nível imediatamente exegético. Com efeito, os argumentos desse teor que a jurisprudência e a doutrina adenta da legitimidade têm enunciado com fundamento sobre tudo em numerosas disposições do Dec.-Lei 35 007 — e que aqui se dão por reproduzidos; para os argumentos da jurisprudência, v. a sistematização que deles faz o Prof. EDUARDO CORREIA, ob. loc. cit. — não só nada têm de decisivo (essas disposições invocadas apenas se conciliam com esse entendimento, sem o imporem de forma expressa ou necessária), como são manifestamente neutralizados por argumentos de mesma índole (embora igualmente não inequívocos) autorizados por outras tantas disposições legais — assim, os que nesses termos infere o Prof. EDUARDO CORREIA, e que também se dão aqui por reproduzidos. O que só significa, afinal, que a nossa lei não considerou de forma expressa o problema e por isso decerto o não resolveu inequívoca e directamente nas suas literais prescrições positivas — será, portanto, sempre em vão que se pretenderá impor uma fundamentação concludente com apoios simplesmente positivo-literais. Há, pois, que ultrapassar este nível exegético.

Ora o primeiro passo a dar nesse sentido será perguntar pelo espírito, pelos fundamentos e intenção última da reforma processual prescrita pelo Dec.-Lei 35 007. É é nessa direcção que se orienta o Prof. EDUARDO CORREIA ao

propor-se, na última parte da sua argumentação (§ 3.º da ob. cit.), integrar aquele Decreto "no quadro da problemática doutrinral e legislativa relativo à participação dos particulares lesados ou ofendidos pelo crime no processo criminal", para concluir que a intenção do nosso legislador, ao alterar o regime que neste ponto adoptou o Código, foi a de repelir a orientação processual criminal de sistemas, como o inglês e o austríaco, que concedem um papel principal ou pelo menos possivelmente autónomo à acusação particular, para se decidir por um sistema que, na linha das legislações alemã e sobretudo italiana, assegurasse a realização acabada do princípio acusatório (subtraindo ao juiz uma interferência e, portanto, uma possível participação na actividade e na decisão de acusar), ao mesmo tempo que era ainda sua declarada intenção (v. Relatório do Decreto) acenar o carácter público da acção penal, no seu objectivo e na sua titularidade. E seria esta última intenção que repercutindo na primeira — no princípio de um estrito acusatório — teria induzido o legislador a admitir um controle só hierárquico, e não judicial, da acusação do M. P. Regime este, assim justificado, que seria inconciliável com a aceitação de uma acusação apenas particular dos próprios crimes públicos.

Não pode efectivamente duvidar-se ter sido aquela a intenção, e ser este o espírito da reforma do Decreto ni

35 007. A revogação das normas dos arts. 350.º e ss.do Código, onde se atribuía ao juiz o controle sobre a própria acusação, visou decerto realizar mais puramente o princípio da acusação; e a acentuação do carácter público da acção penal já dela nos demos conta mais de uma vez, e até na sujeição dos próprios acusadores particulares no estatuto dos assistentes. É este, pois, um factor que fará pender a favor da tese da ilegitimidade todos os argumentos exegéticos -- quer aqueles que já nesse sentido são invocados, quer mesmo os aduzidos em sentido contrário, uma vez que todos eles, não sendo inequívocos, e conciliando-se ainda com a outra tese, encontram naquele factor uma razão que os confirma (que confirma os textos desse modo invocados) no outro sentido, aquele que eles também admitem, pois inequívocamente o não repelem.

Simplesmente, é na própria ordem teleológica que nem tudo fica desta forma decidido. Pois se é certo que os valores processuais criminais visados pelo Decreto 35.007 são os que se pretendem realizar com os princípios da acusação e da publicidade da acção penal, já não é seguro que se lhes tenha dado a melhor garantia de realização, nas suas verdadeiras intenções materiais, através do regime de um controle só hierárquico-administrativo do exercício daquela acção. Já vimos, pelo contrário, que não pode dizer-se esse o regime de controle verdadeiramente exigido pelo

princípio da legalidade da acção penal -- e não realizar plenamente este princípio é o mesmo que não realizar também plenamente as intenções materiais dos princípios da acção e da publicidade da acção penal, quando considerados estes princípios em conjunto, ou numa intenção convergente. Porquanto o que esses princípios, em conjugação, prescrevem é que se realize o interesse público da sujeição a julgamento criminal dos delitos mediante uma estrutura acusatória -- i. é, que se persiga acusatariamente as infracções criminais. É uma estrutura acusatória que não funcione, por que se não acusam todas as infracções que criminalmente o justifiquem, sendo esta indesejável possibilidade o resultado mesmo do regime que se prescreve para realizar essa estrutura, pode decerto ser ela uma estrutura acusatória formalmente adequada, mas será materialmente acicatória. É não só porque prejudica a possibilidade de acusação, mas ainda porque admitindo, ou permitindo de facto, a não-acusação por razões que bem podem ser só administrativamente aceitáveis (ou até só politicamente justificadas), fere desse modo justamente a igualdade de valor de imparcialidade e de objectividade legal que é a razão de ser do próprio princípio da acusação. A implicar, assim, tudo isto que só se respeita o verdadeiro sentido intencional da reforma visada pelo Decreto 35 007, se puderem ser eliminados os possíveis impedimentos à integral realização dos valores que pressupõe

e que quis ver cumpridos nos princípios da acusação e da publicidade da acção penal.

Ora, não concorrerá nesse sentido a acusação dos assistentes que possa ser recebida sem a acusação do M. P. ? Sem dúvida que sim, uma vez que havendo a possibilidade de acusação dos assistentes, já a abstenção do M. P. não decidirá inteiramente do exercício da acção penal. Poderá, desse modo, dizer-se que aquela acusação será uma forma de controle indirecto da legalidade da acção penal, e em termos legais nem por isso ficará preterido o princípio acusatório, sendo certo que o juiz continua a não poder impor officiosamente a acusação. E, por outro lado, os perigos de levianidade e de parcialidade apaixonada que podem determinar a acusação dos particulares não deixam de ser neutralizados pelo poder que ao juiz compete de decidir sobre o recebimento da acusação (ou sobre a pronúncia). Pelo que, ou dada esta apreciação judicial, bem se poderá dizer que os casos em que se verifique com êxito a acusação só dos assistentes, em crimes públicos, serão praticamente apenas aqueles em que a abstenção do M. P. se não justifica.

Tendo em conta estas considerações, poder-se-á dizer ainda, no sentido da aceitação legal deste resultado, que o regime expressamente instituído pelo Dec.-Lei 35.007 para o controle do exercício da acção penal — o regime de controle só hierárquico (arts. 23.º, 27.º e 28.º) — ficou

além da intenção normativa que o determinou, e que por isso se deverá ir além desse regime expresso para realizar verdadeiramente aquela intenção — nem de outro modo se fundamenta, por ex., uma comm interpretação extensiva. Por outro lado, nem esta solução é inconciliável com a normatividade expressa do Decreto, já que numerosas textos — aqueles que, p. ex., invocam a tese da legitimidade — a admitem exegeticamente.

Mes se, assim, as duas teses — da legitimidade e da ilegitimidade — não só são ambas exegeticamente sustentáveis, como podem também uma e outra invocar a seu favor fundamentos de índole teleológico-material, por qual razão vemos de decidir ? Por aquela, decerto, que neste plano teleológico-material, se mostra mais conclusiva — o que, em face do exposto, não é já difícil inferir.

O que se pode é ainda acrescentar que qualquer dos regimes em discussão é censurável — embora podendo ser um melhor do que o outro. O regime que corresponde à tese da ilegitimidade, por deixar o exercício da acção penal na inteira disponibilidade de entidades apenas administrativas; o outro regime, por só poder evitar essa consequência através da colaboração de simples particulares, por vezes demorando interessados no êxito da perseguição criminal. O que nos mostra as vantagens de um sistema, como o da lei alemã, que prevê um controle judicial do exercício da acção pe

nal, mas não realizado pelo mesmo tribunal que irá julgar dela e sim pelos tribunais de recurso e inclusivamente pelo supremo tribunal, que apreciarão nesse sentido a reclamação feita pelo particular acusador.

4) - A intervenção dos particulares. c) - O estatuto processual criminal dos assistentes. - A intervenção no exercício da própria acção penal, que a nossa lei concede largamente aos particulares através do instituto da assistência, pode dizer-se que representa uma concessão ao direito processual criminal anterior ao Código de 1929, e à prática que com base nesse direito anterior se tornara tradicional entre nós. Mas não está essa intervenção na linha mais coerente do sistema do processo criminal por que optou a nossa lei, para a qual, de acordo com a orientação das legislações continentais, o jus puniendi e o correlativo jus procedendi são de eminente e exclusivo interesse público. Assim, é que deixando de lado o sistema inglês — onde a finalidade e a estrutura do processo criminal têm fortes analogias com as do processo civil —, o que vemos é a total exclusão dos particulares da acção penal, no processo italiano, e a excepcional intervenção deles só nos delitos de acusação particular (Privatklagedelikte), no processo alemão. É seguramente no quadro destes dois últimos processos que se orienta em geral o nosso.

O que não tem de significar, não deixa de dizer-se, que a intervenção dos particulares — desde que seja a apena das directamente ofendidos pelo delito, como é o critério da nossa lei -- não tenha alguma justificação. A reintegração dos valores jurídicos ofendidos pelo crime não será completa, nem a paz social que essa reintegração favorece ficará assegurada, se não for apagada, e dada satisfação, à ofensa criminalmente sofrida pela vítima do delito. E a intervenção do ofendido traz ao processo a acentuação desse inegável sentido da repressão juridic-criminal. Mais do que isso, o interesse posto pelo ofendido no êxito da acção penal fará dele um activo colaborador da actividade processual, particularmente no domínio probatório. Mas as inconvenientes da participação dos particulares ainda nos crimes públicos não são menos inegáveis, na medida em que a sua possível paixão e parcialidade, se não até o ódio que só pretende a vingança, são por certo factores perturbadores e até porventura impeditivos da serenidade, objectividade e imparcialidade que devem dominar um julgamento criminal.

E já isto nos permite compreender a razão que teve o Código de proc. criminal em restringir, em deliberada opposição à contrária tendência anterior, a legitimidade dessa intervenção apenas aos particulares directamente ofendidos

a) - Definia, na verdade, o Código inequívoca

mente essa legitimidade no art. 11.º ao prescrever: "Podem exercer a acção penal as pessoas particularmente ofendidas, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei penal especialmente quis proteger com a incriminação". E que a outros "ofendidos" se não autorizava de qualquer modo a intervir no processo é o que quis deixar bem claro o § 1.º do mesmo artigo: "Sempre que neste Código se empregue a expressão 'ofendido', entender-se-á que se refere à pessoa particularmente ofendida com a infracção". Nestes termos, teriam a legitimidade em causa tão-só "os titulares dos interesses que a lei penal teve especialmente por fim proteger quando previu e puniu a infracção e que esta ofendeu ou pôs em perigo" (BELEZA DOS SANTOS, *Rev. Leg. Jurisp.*, 57.º, 3; 70.º, 18). E esclarece o Prof. cit.: "Quando se prevê e pune os crimes, o legislador quis defender certos interesses: o interesse da vida no homicídio, o da integridade corporal nas ofensas corporais, o da posse ou propriedade no furto, no dano, na usurpação de coisa alheia". Só os titulares destes especiais interesses eram considerados ofendidos para efeitos daquela legitimidade — e não assim os titulares de quaisquer outros interesses também porventura atingidos pelo delito: exs.: o interesse do promissário da venda do objecto furtado, qualquer parente do difamado ou injuriado que sofresse também indirectamente a sua consideração.

E ainda o Prof. BELEZA DOS SANTOS — o principal responsável pelo projecto do Código — a informar-nos (*Rev. cit.*, 70.º, 17, ss.) que foi deliberada intenção de restringir neste sentido o âmbito da legitimidade, por se não considerar aceitável a doutrina anterior orientada por um sentido amplo dessa mesma legitimidade. — "Esta doutrina, diz aquele professor, dava à lei uma latitude inadmissível, por que levaria a considerar ofendidos com o crime todos aqueles que fossem titulares de interesse que o crime ofendesse, embora se não tratasse de meios interesses que a lei criminal quis especialmente proteger e cuja ofensa (lesão ou ameaça) constitui o crime".

Actualmente, é ainda este conceito restrito de "ofendido" que nos definirá a legitimidade dos assistentes (que não sejam acusadores particulares ou de cuja denúncia não dependa o exercício da acção penal, pois estes são, já por isso, legítimos assistentes — art. 4.º, n.º 1.º do Dec.-Lei 35 007). E o que se conclui do n.º 2.º do mesmo art. 4.º, ao reproduzir ele o conceito enunciado pelo Código no art. 11.º. Pelo que se pode dizer, por outras palavras e um pouco mais precisamente, que "ofendidos" naquele sentido são as pessoas em que se podem dizer concretamente tidos aqueles interesses ou valores jurídico-criminais que constituem o objecto criminalmente intencional dos tipos legais de delito — de tal modo que ofender estes interes-

ses ou valores é agredir imediatamente aquelas pessoas, em si mesmas, na sua honra ou na lícita titularidade do seu património.

Além dos particulares especialmente ofendidos, considera ainda a lei assistentes legítimos as pessoas designadas nos n.ºs 3.º e 4.º do art. 4.º, e qualquer pessoa, segundo o n.º 5.º deste artigo, naqueles crimes que no domínio do Código davam lugar à "acção popular". E concede-se legitimidade a quaisquer pessoas nestes crimes, porque, dada a sua natureza e a qualidade dos seus autores, há que prevenir a impiedade de que estes se pudessem assegurar pelo facto de serem membros da administração ou de qualquer autoridade — e para esse fim se conta, agora expressamente, com a colaboração dos particulares.

Por último, há que atender ainda ao limite imposto à participação dos assistentes pelo que podemos designar princípio da unicidade, de que são expressão as normas do § 2.º, 2.ª parte, do art. 11.º, e § 4.º do art. 13.º, ambos do Código. Isto relativamente a cada infracção, pois podem constituir-se tantos assistentes quantas as infracções (cfr. art. 21.º, § 1.º, do Cód.). Por sua vez a substituição do assistente, no caso de morte ou incapacidade, está hoje prevista no n.º 4.º do Dec.-Lei 35 007 (cfr. art. 13.º do Cód.).

β) - Os poderes processuais dos assistentes são

análogos (ou paralelos) aos que competem ao M. P. no exercício da acção penal: podem acusar, intervir em princípio em todos os actos processuais, requerer quaisquer diligências legalmente admissíveis, recorrer, etc. Há, no entanto, que recordar o que prescreve o § 1.º do art. 4.º do Decreto-Lei 35 007: "Os assistentes têm a posição de auxiliares do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei". Nestes termos, deverá entender-se que, à parte as excepções admitidas e o regime especial que a lei porventura formula para certas intervenções dos assistentes, estas só podem assumir posições no processo compatíveis com a posição por que af se decida o M. P. e não deverão ser admitidos ao exercício de actividades a que se oponha o M. P., salvo porventura se essa opposição for considerada inaceitável pelo juiz (cf. o art. 337.º, do Cód. proc. civil). Ou, de uma forma mais geral, segundo aquele princípio de subordinação se deverá apreciar em todos os casos a licitude da intervenção processual dos assistentes, quando para essa intervenção não emuncie a lei regras especiais.

Dentre as excepções admitidas pela lei a esta situação de assistência, tenhamos principalmente em conta as que se referem aos poderes de acusação concedidos quer aos acusadores particulares (art. 21.º, § ún. do Dec.-Lei 35007), quer aos simples assistentes (art. 4.º, § 2.º, n.º 1, e §

4.ª). E se relativamente à instrução preparatória só têm os poderes que lhes confere o § ún. do art. 13.º, já podem intervir ampla e principalmente na instrução contraditória (art. 4.º, § 2.º, n.º 2.º). Quanto ao direito de recorrer, considera-se, p. ex., as normas do art. 4.º, § 2.º, n.º 3.º, no sentido de ampliação desse direito, o do § 4.º do mesmo artigo, no sentido da sua redução.

Poder importante especialmente conferido aos assistentes é o que lhes regulamenta o § 5.º do art. 15.º do Decreto-Lei 35 042: requerer, nos termos dessa norma, a intervenção da Polícia Judiciária para a investigação e instrução preparatória dos crimes enumerados naquele art. 15.º.

γ) - Quanto ao regime processual da constituição dos assistentes, há que atender ao seguinte.

— A forma dessa constituição não está sujeita a regime especial. Pode por isso fazer-se ou em declaração verbal (que será naturalmente reduzida a auto) ou por escrito (por requerimento). Simplesmente, é ela obrigatória para o denunciante de crime particular (art. 9.º, § 3.º do Dec.-Lei 35 007).

— Sobre o momento da constituição regula o § 5.º do art. 4.º. E se "podem intervir em qualquer altura do processo", desde que o requeriram até cinco dias antes da audiência de discussão e julgamento, terão, porém, de aceitá-lo "no estado em que se encontrar".

— O art. 18.º do Cód. impõe-lhe um princípio de irrenunciabilidade — deve entender-se: irrenunciabilidade ao direito de se constituir como assistente (a denunciar assim o interesse público para que a assistência concorre e em que participa), não impossibilidade de renunciar à posição já processualmente assumida de assistente, desistindo dela, nem sequer, como se sabe, de usar a faculdade de poder pôr termo à acção penal, por crimes particulares, pela desistência e pelo perdão.

— O art. 5.º regula especialmente a representação ou patrocínio judiciário dos assistentes — que é obrigatório. Há que, no entanto, conjugar com esta disposição a do § 1.º do art. 21.º do Código.

##### 5. Formas especiais do exercício da acção penal

Ocupar-se-á este número da acusação provisória e do despacho de arquivamento (do M. P.). Desde já se dirá que é discutível e muito discutido, se este despacho do M. P. poderá fazer-se exercício da acção penal. Não por se tratar de uma decisão negativa sobre ela, mas porque se duvida que aquele despacho seja mais do que uma mera abstenção, porventura não definitiva, de acusar e com carácter apenas interno-administrativo. Consideremos, no entanto, em pri-

meiro lugar a acusação provisória.

a) - A acusação provisória. A instrução preparatória, com a finalidade que lhe prescreve o art. 12.º do Decreto-Lei 35 007, deverá realizar-se nos prazos que lhe fixa o art. 22.º. Ora pode bem acontecer que o M. P. tenha esgotado esses prazos sem que tenha logrado obter fundamentos para uma acusação concludente, embora tenha recolhido elementos de incriminação bastantes para presumir que a continuação da investigação ou da instrução o levaria a obter os elementos de que ainda carece para fundamentar concludentemente a acusação. Sempre que se verificarem estas circunstâncias, e para permitir ao M. P. a realização daquele objectivo, autoriza a lei, no art. 26.º do mesmo Decreto (cfr. art. 362.º do Código), que o M. P. acrete provisoriamente, requerendo a instrução contraditória — onde tentará completar a instrução. A acusação provisória que aqui consideramos é apenas a que tem o fundamento e o objectivo que acabamos de enunciar; e não, pois, aquela acusação de índole definitiva que a lei converte em "provisória" apenas porque se abriu instrução contraditória (v. art. 24.º, 2.ª parte), nos casos em que a abertura dessa instrução se já obrigatória (arts. 34.º e 35.º) ou validamente requerida (arts. 35.º e 36.º) — acusação que nesses casos é "provisória" por que só ao termo da instrução contraditória, e como resulta

do desta, se confirmará (passando a ser definitiva) ou infirmará (se novos elementos se obtiverem nesse sentido) a acusação. Devendo apenas notar-se que o requerimento de instrução contraditória pelo M. P., quando não seja ela obrigatória, só se verificará praticamente nos casos em que ele tenha interesse em completar, nos termos antes aludidos, uma sua instrução insuficiente (v. art. 35.º) — e dizemos "praticamente", porque o "mais ample esclarecimento" previsto no art. 35.º, bem poderá ser em sentido favorável ao arguido (cfr. art. 12.º, § 1.º).

a) - A acusação provisória que queremos considerar merece uma consideração à parte desde logo por lhe impor a lei um regime particular. Só pode seguir-se à instrução preparatória (art. 26.º, § ún.) e ao tribunal só é permitido rejeitá-la pelos fundamentos previstos no art. 31.º: incompetência do juiz e inadmissibilidade legal do procedimento criminal. A razão de ser e o sentido daquela primeira norma são evidentes; não assim totalmente quanto à segunda. São três as questões que esta suscita: qual o seu sentido exacto, que poder de apreciação quer concretamente retirar ao juiz e qual o seu campo de aplicação?

aa) - A fórmula por que o ~~art. 31.º~~ exprime o segundo fundamento de rejeição não é inequívoca; inadmissibilidade do procedimento criminal, porque a infracção acusada não é prevista legalmente como delicto criminal, por

que é manifestamente inconcludente a acusação, porque fundamentos de ordem tão-só processual impedem o procedimento? Creemos não poder ser outro senão este último o sentido da norma. É evidente que se quis limitar o poder de rejeição da acusação por parte do juiz, o isso para permitir que uma acusação, ainda infundada, fosse recebida (provisoriamente). O que só se conseguirá se a lei recusar nesse caso ao juiz o poder de apreciar do fundo jurídico-factual da acusação feita. Diremos, assim, que os fundamentos admitidos por aquela fórmula serão apenas de ordem processual (onde estarão sem dúvida incluídas todas as condições de procedibilidade).

ββ) - Por outro lado, a limitação imposta pelo art. 31.º é absoluta, ou deverá ela entender-se sempre juízo do controle sobre a concreta verificação (pelo menos sobre a evidente não verificação) dos pressupostos que o art. 26.º enuncia para admitir a acusação provisória? Sobro este ponto sustenta o S. T. J. (por último, Acórdão de 15 de Março de 1961, in *Pol. M. Justiça*, 105.º, 515, ss.) que sempre haverá o juiz de recusar-se a receber uma acusação provisória pelo menos quando do próprio teor da acusação for manifesto que faltam aqueles pressupostos ou que o M. P. se não determinou por eles. Imporia esta atitude a consideração das graves consequências que, relativamente ao arguido, se ligam à acusação recebida (melhor, à pronúncia),

mesmo provisória — a sua prisão preventiva. Lê-se nesse sentido no cit. Acórdão: "A Constituição Política estabelece que constitui direito e garantia individual do cidadão português não ser privado da liberdade pessoal nem preso sem culpa formada, salvo no caso de flagrante delito e outros casos excepcionais — art. 8.º, n.º 8.º e § 3.º. É o juiz a única entidade competente para declarar se a culpa se mostra formada. Seria, por isso, incompreensível que o M. P. o pudesse coagir a pronunciar um arguido contra quem não houvesse indícios bastantes do crime que lhe é imputado ou mesmo contra um arguido innocente. Sucede, muito frequentemente, o M. P. ao formular a acusação provisória declarar que não possui elementos para requerer quaisquer outras diligências. É óbvio que, se o juiz os não possuir, não há-de pronunciar o arguido se os indícios existentes forem insuficientes". Jurisprudência que é de aplaudir inteiramente, tanto mais que por ela os tribunais se poderão eror eficazmente à manutenção da prisão para além dos prazos da prisão preventiva usando do expediente de acusar provisoriamente. Nem o art. 31.º pode ser invocado contra esta orientação do S. T. J., já que esta norma tem por objecto a "acusação provisória" e esta só o será cumpridos os pressupostos que lhe impõe o art. 26.º — sem esses pressupostos a acusação apresentada, ainda que vá designada pelo seu autor como "acusação provisória", não se oferece com os ele-

mentos dos quais depende jurídico-processualmente poder ser qualificada como tal.

O que se deverá é exigir que esse juízo qualificativo possa fazer-se com base apenas no exame imediato da acusação apresentada, e sem mais apreciações jurídico-factuais. Ora esse o caso do Acórdão citado: o M. P. accusava provisoriamente, mas ele próprio declarava que não tinha outros factos para articular, nem se propunha requerer quaisquer novas diligências na instrução contraditória.

rr) - É qual o campo de aplicação do art. 31.º ? Os limites desta norma serão de aplicar mesmo se a acusação fór dos "assistentes" ou só terá aplicação à acusação do M. P. ? Esta questão só tem particular importância se se admitir que os assistentes podem acusar desacompanhados do M. P. ainda na modalidade de acusação provisória — ponto que é muito duvidoso e que será objecto da alínea seguinte. Mas mesmo na hipótese contrária não perderá a questão todo o interesse, uma vez que a acusação dos assistentes sempre poderá ser distinta, como sabemos, da acusação do M. P.

Também aqui a posição da Jurisprudência é no sentido de aplicar o art. 31.º apenas [ao M. P.] Mas com fundamentos insuficientes, pois limita-se a invocar a letra da lei, a qual tanto no art. 26.º como no art. 35.º só se referiria ao M. P. No entanto, o sentido mais profundo des-

sa sua posição revelar-se-á se tivermos em conta que o S. P. J. sempre vê nela um correlato da sua firme aceitação da acusação isolada dos assistentes mesmo em crimes públicos — pois um dos argumentos opostos a esta última solução é a inadmissibilidade dos efeitos que teria essa acusação com de provisória, dada a "restrição" do art. 31.º, já que seria isso sujeitar o arguido a prisão por simples vontade particular (não seria outra coisa a acusação particular que o juiz teria de receber praticamente sempre). Este argumento, da maior pertinência, deixaria de ter relevo se o art. 31.º se considerasse aplicável apenas ao M. P.

Craça ser esta, efectivamente, a melhor solução, mas apenas pela mesma razão que nos permitirá também concluir pela não admissibilidade de uma acusação provisória dos assistentes se o M. P. não acusar dessa forma. A acusação provisória só se compreende como concessão a quem esteja subordinado nas suas investigações de incriminação a um regime jurídico especial, desde logo sujeito a prazos. É para tornar mais maleável esse regime, quando as circunstâncias concretas o justificarem, que a lei admitiu a acusação provisória. Ora é evidente que os assistentes, não dirigindo a instrução preparatória, também não estão vinculados ao seu regime. Daí, de duas uma: ou accusam pelos mesmos factos que o M. P., e então bem se compreende que, tendo o M. P. sido levado a acusar ainda sem plena fundamenta

ção (provisoriamente), o assistente, para acompanhá-lo nes-  
sa acusação, tenha também de acusar provisoriamente; ou acu-  
sam por factos diversos, e nesse caso a sua acusação dis-  
tinta só deve ser aceite se for fundada — nem terá qual-  
quer relevo dizer que a acusação provisória do M. P. pode  
obrigar o assistente a acusar antes de mobilizar este os  
fundamentos suficientes para a sua acusação independente, por  
acusando provisoriamente com o M. P. pelos mesmos factos  
deste sempre poderá depois alegar novos factos na instrução  
contraditória.

β) — A questão de saber se os assistentes po-  
dem acusar provisoriamente quando o não faça o M. P. já fi-  
cou, com o que acaba de dizer-se, decidida. E decidida em  
sentido negativo. E o fundamento desta solução logo nos  
mostra que a admissibilidade da acusação (definitiva) do as-  
sistente não acompanhada de acusação do M. P. não implica  
que se tenha só por isso de aceitar também a isolada acusa-  
ção provisória daquele. As razões que excluem especialmen-  
te esta acusação provisória nada nos dizem sobre a admissi-  
bilidade daquela acusação definitiva, e as razões que po-  
dem porventura justificar esta não anulam de modo algum as  
razões daquela primeira exclusão. É por isso errado afir-  
mar, como já se afirmou, que não se compreenderia que o as-  
sistente tenha legitimidade para formular acusação defini-  
tiva e não a tenha para a acusação provisória. A solução

exacta é justamente essa: o assistente poderá porventura  
acusar definitivamente sem o M. P., o que não pode é acu-  
sar provisoriamente — i. é, ou tem fundamentos para uma  
acusação concludente e acusa, ou não os tem e terá de ab-  
ster-se de acusar.

Não se vê, por isso, qualquer justificação para não  
considerar em vigor a norma do art. 364.º do Código, qual-  
quer que seja a solução adoptada quanto à acusação defini-  
tiva dos assistentes. Mais do que isso, o próprio teor des-  
sa norma nos confirma na solução que enunciámos e na sua in-  
terpretação de ser. / O art. 364.º exclui sobre a acusação provisó-  
ria dos assistentes, seja ou não acompanhada de analogia ou  
acusação do M. P., relativamente às infracções dependentes de  
"acusação da parte" (crimes particulares) — porquê? Por  
que quanto a essas infracções não terá nunca o assistente  
de se ver na contingência de acusar, antes de mobilizar os  
elementos de uma acusação fundada, para acompanhar a acusa-  
ção que tenha feito o M. P. Nesses casos a acusação do M.  
P. é que depende de ter ou não acusado o assistente e dos  
termos de acusação deste — era assim no domínio do Cód-  
igo e continua a sê-lo também inequivocamente depois do De-  
creto-Lei 35 007 (art. 1.º, § único)

Deve, no entanto, observar-se que tudo isto se re-  
fere aos casos de acusação provisória no sentido estrito  
que lhe demos acima — provisória por intenção do acusador,

ou provisória pela própria natureza ou conteúdo dela —, e não assim nos casos de acusação que, embora materialmente definitiva, a lei converte em provisória por se lhe seguir instrução contraditória (art. 24.º; cfr. arts. 34.º e 36.º do Dec.-Lei 35 007). Nesta última hipótese decerto que, a admitir-se a acusação isolada do assistente, essa sua acusação se converterá opo legis em provisória, e nesse sentido, mas só nesse sentido, poderá também o assistente acusar provisoriamente.

b) - O despacho de arquivamento proferido pelo M. P. Tocamos aqui com outro dos problemas de processo criminal mais vivamente debatidos, e este não apenas entre nós, mas igualmente na doutrina estrangeira, sobretudo na italiana. São duas as questões aqui em discussão: a da naturza jurídico-processual da decisão de arquivamento, no ponto específico de saber se ela se pode ou não considerar forma de exercício da acção penal; e a do valor ou eficácia jurídico-processual dessa decisão, fundamentalmente a questão sobre a sua eficácia de caso julgado.

a) - O primeiro ponto — amplamente discutido na doutrina italiana — tem interesse apenas dogmático. Limitar-nos-emos por isso a dizer quanto a ele, e com LEONE, que, compreendida a acção penal nos termos em que nós começamos por a considerar dogmáticamente, apenas como um po-

der-dever funcionalmente atribuído em princípio ao M.P. para impulsionar a jurisdição criminal relativamente a uma concreta infracção — e, portanto, sem que tenha de intervir nela qualquer referência a uma pretensão punitiva, ou sem que seja seu momento essencial nenhuma intenção especificamente material ou de mérito —, seguramente que a decisão de arquivamento, a explicitar que no caso concreto se não verificam os pressupostos jurídico-criminais da acusação, traduz um dos modos possíveis do exercício e cumprimento da quele poder-dever. Ela é o resultado do princípio da legalidade da acção penal estruturado em termos acusatórios. Com efeito, só porque o M. P. é obrigado a acusar sempre que se verificarem os pressupostos da acção penal é-lhe imposta uma decisão em que ele exprima (e justifique) a não verificação concreta das condições positivas desse dever. A jurisdição não foi posta a funcionar, mas nem por isso deixou de actuar (na própria justificação exigida para essa abstenção) o princípio da legalidade. E tanto basta para que tenhamos de dizer a decisão de arquivamento um modo especial (a sua forma negativa) de exercício da acção penal.

Esta conclusão é válida independentemente dos efeitos processuais que se devam atribuir ao arquivamento. Não tê-la-emos de considerar de todo irrecusável se no problema desses efeitos houvermos de aceitar a tese que lhe atribui força de caso julgado — ponto que passamos a conside-

rar.

β) - Não é lícito duvidar que no domínio do Código proc. criminal a decisão de arquivamento tinha eficácia de caso julgado, i. é, que lhe eram inteiramente aplicáveis as normas do art. 443.º e ss. Não apenas por serem tão o juiz a única entidade que tinha competência para a proferir (arts. 346.º, ss.), mas porque só mediante um recurso de revisão podia essa decisão ser revogada (art. 694.º). Situação que ainda hoje não será diferente no caso de o arquivamento ser ulterior à instrução contraditória (art. 44.º do Dec.-Lei 35 007).

E porquê esse efeito? Sem dúvida porque se entendia que em face dessa decisão se verificavam as mesmas razões que levava a lei a regular tão amplamente os efeitos de caso julgado de quaisquer "acórdãos, sentenças e despachos" — "a necessidade, segundo a formulação do Prof. EDUARDO CORREIA (Despacho de arquivamento do processo e caso julgado, in Rev. Leg. Jurisp. 99.º, 33, ss., 49, ss., e 64, ss.), de assegurar aos indivíduos a paz jurídica e de evitar decisões contraditórias, embora com eventual prejuízo da verdade material e do jus puniendi do Estado". E não contém a ter esta consideração, da maior importância, ainda hoje plena validade?

É certo que também quanto ao regime do arquivamento o Dec.-Lei 35.007 trouxe alterações importantes. E ago-

ra o M. P. — incluída aqui a sua hierarquia (arts. 23.º e 27.º a 29.º) — a entidade unicamente competente para ordenar ("independente de decisão judicial" — art. 29.º) o arquivamento ao termo da instrução preparatória. E daí a questão de saber se esta sua decisão terá também ou não efeitos preclusivos relativamente à acção penal, já que o art. 694.º pressupunha por certo apenas o regime do arquivamento proscrito pelo Código. A tese negativa é a da Jurisprudência e da magistratura do M. P.; mas já defende a solução do caso julgado o Prof. EDUARDO CORREIA, no trabalho citado.

Esta última posição não deixa de ter algum indício de apoio legal nas disposições do § 2.º de art. 12.º — que transfere para o M. P. "todos os poderes e funções que no Código se atribuem ao juiz" na fase de instrução preparatória — e do art. 29.º e seu § único — ao determinar que o arquivamento "será definitivo" nos termos aí indicados. Mas não é este apoio suficiente, uma vez que não é seguro que a transferência daqueles poderes e funções (entre as quais está sem dúvida a decisão de arquivamento) implique a atribuição aos despachos do M. P. da mesma natureza (desde logo natureza jurisdicional) e do mesmo valor que eles tinham quando proferidos por um juiz; e a definitividade do arquivamento imposta pelo art. 29.º, § ún., poderá entender-se no sentido apenas de definir a situação do processo quanto

às diligências previstas no art. 23.º, i. 6, no sentido de marcar um prazo de caducidade para essas diligências, relativamente à atitude que no processo tomou o M. P. na 1.ª instância — mas sem excluir isso que o processo pudesse ser retomado com nova apreciação dos factos ou com novos elementos, incriminatórios ou probatórios. Quer dizer, ainda aqui o problema não fica decidido a nível puramente exegético. É certo que o sentido natural dos textos citados se concilia mais facilmente com a tese do caso julgado, mas não são eles insusceptíveis de interpretar-se em sentido diverso, ou pelo menos em termos de não impedir a tese contrária. É isto justamente porque não representou a lei, nem teve em vista resolver o problema em causa nas referidas posições. Pode antes bem dizer-se que este problema surge em consequência da diferente posição que o Dec.-Lei 35 007 atribuiu ao M. P. na fase da instrução preparatória, mas não previu, nem resolveu o Decreto esse problema. Estamos verdadeiramente em face de uma lacuna.

Ora não é seguramente o caso de nos socorrermos das regras do processo civil (art. 1.º, § ún. do Cód.). Podíamos pensar no recurso à analogia — analogia com o que se verifica ainda hoje quanto ao arquivamento que se siga à instrução contraditória —; mas sendo as situações formalmente distintas (numa a decisão é do M. P., noutra é do juiz) a analogia só será válida se for normativamente im-

posta. E só poderá sê-lo com fundamento nos "princípios gerais do processo penal". Por outras palavras, o problema só se resolverá no plano e pelo apelo a fundamentos e princípios axiológico-processuais.

Mova-se, sem dúvida, a tese que nega a eficácia do caso julgado ao arquivamento em causa já num plano normativamente integrativo, quando sustenta essa posição na base destas duas considerações: 1) o despacho do M. P. não seria uma decisão jurisdiccional, e só esta pode ter força de caso julgado; 2) é um acto administrativo, e acto administrativo revogável, porque se não incluiria na categoria da queles que, por serem constitutivos de direitos, são irrevogáveis (arts. 83.º e 357.º do Cód. Administrativo e art. 18.º do Dec.-Lei 40 768).

Não é, todavia, conclusante o primeiro argumento. Nem importa dar grande peso à observação de que, a querer considerar-se como acto jurisdiccional a decisão de aplicação do direito segundo uma estrutura contraditória, também não o seria a decisão do arquivamento do juiz pondo fim à instrução preparatória (no domínio do Código); ou sequer aquela outra que, <sup>coisa é</sup> considerar-se acto jurisdiccional os actos só do juiz, se apoiaria no Assento de 17 de Maio de 1961, enquanto este pelo menos para certos efeitos expressamente qualifica os actos do M. P. como "actos judiciais"; nem mesmo invocaremos o facto — para que chama a atenção d

Prof. EDUARDO CORREIA, ob. loc. cit., 49, ss. — de o Decreto-Lei 35 042, art. 8.º, ter atribuído funções manifestamente jurisdicionais aos director e subdirector da Polícia Judiciária, entidade de investigação que não pode ser mais qualificada que o M. P. Porém, no entanto, todas estas considerações mais a claro o que sem elas não deixaria de ser igualmente inegável — que não será mediante simples postulados conceituais que os problemas normativos se resolvem. Decerto que é válida em princípio aquela inferência conceitual — só os actos jurisdicionais devem ter força de caso julgado. Mas se perguntarmos porquê, porque é normativamente justificada essa inferência, logo vemos que aquele postulado conceitual não pode ser inopositivo de qualquer solução no nosso caso. Na verdade, só uma decisão jurisdicional deve ter em princípio aquele efeito por que só a ela é em princípio lícito definir concretamente a situação jurídica das pessoas, com os seus direitos, as suas obrigações e sanções — e a exigência de segurança, justificativa do caso julgado, é aí justamente que se revela impositiva. Não por ser pura e simplesmente jurisdicional — com fundamento apenas neste conceito — deve a decisão ser estável, mas deve sê-lo porque os valores aí postos em causa impõem essa estabilidade. Assim, é que os actos administrativos adquirem efeito análogo — como já se aludiu — quando a mesma situação normativa se verifica.

O problema é, pois, este e não outro. O problema de saber se o valor que o Código atribuía à decisão de arquivamento se não se continua a justificar pelas mesmas razões — pelos mesmos fundamentos normativos —, não obstante a substituição da entidade que é chamada a proferi-la. O mesmo é perguntar que valor e princípio jurídico-processual fundamentava o efeito de caso julgado do arquivamento ordenado pelo juiz, e se esse valor e princípio não subsistem, a impor a mesma solução, perante o arquivamento ordenado pelo M. P.

Esse valor ou princípio é evidentemente o da liberdade e da segurança do arguido, aquele valor para cuja tutela a lei é levada mesmo a sacrificar a verdade material e o ius puniendi através do instituto penal do caso julgado. E esse valor não é o mesmo e não merece idêntica garantia tanto em face do arquivamento do juiz, como em face do arquivamento do M. P. ? Para não termos dúvidas quanto à resposta exacta, basta ter presente a situação a que conduziria a não atribuição a este arquivamento de um efeito preclusivo da acção penal, situação que o Prof. EDUARDO CORREIA caracteriza nestes termos: "... teríamos não só que o arguido veria sempre suspensa sobre a sua vida a possibilidade de uma acusação com base na mera reapreciação da prova anterior, da requalificação dos factos que anteriormente se haviam considerado como não constituindo crime, cuide

uma reabertura da instrução preparatória pelos mesmos factos, com os inócuos que a investigação sempre lhe acarreta. E nisso estaria incluído o próprio perigo de o acusado se ver privado da sua liberdade por tantas vezes quantas as investigações se repetissem, com o que se teria des coberto um fácil processo de, praticamente, violar todos os prazos de prisão sem culpa formada. Além do que, por outro lado, se estimulariam assim os titulares da acção penal a não se interessarem por uma cuidadosa apreciação dos factos e por uma diligente recolha de provas".

Decidida, assim, a questão, prejudicada fica a segunda consideração aduzida contra a tese do caso julgado, e acima referida. Pode ver-se, no entanto, sobre esse ponto, mostrando-se também a sua inconcludência, ainda o artigo cit. do Prof. EDUARDO CORREIA, págs. 50, ss. De interesse, para uma informação de direito comparado, é igualmente a nota 1 de pág. 66, daquele trabalho.

Acrescente-se ainda que o arquivamento não é a única decisão por que pode optar o M. P. quando não tenha con seguido fundamentos suficientes de acusação. Se a situação não se mostrar líquida, mas sem se poder esperar de momento o seu completo esclarecimento, deverá o M. P. despachar no sentido de que o processo fique "a aguardar melhor prova" (art. 245/a do Cód., e 29.º do Dec.-Lei 35 007). E o valor dessa decisão, quanto ao ponto que agora importa, deve

ser igualmente o que para a decisão análoga do juiz prescrevia o § único do art. 148.º do Código. Se a M. P. julgar, por decisão do corpo delictivo ou julgado, que não houve bastante de fundamentos para a instrução, não poderá prosseguir o processo penal até a propositura para da M. P. qual o seu arguente.

6. Os sujeitos da acção penal. b) - Legitimidade passiva.

a) - Considerámos até aqui o lado activo da acção penal, e na forma por que ele especialmente se manifesta — a acusação. Voltemo-nos agora para a outra face da acção penal, aquela que corresponde ao sujeito passivo da acusação e que nos definirá o estatuto jurídico-processual criminal daquele outro sujeito do processo, que é o réu.

a) - Começaremos por fazer uma distinção que, sendo embora evidente, não deixa de ter algum relevo processual — a distinção entre suspeito e réu. A designação de arguido, que se usa geralmente em sentido idêntico ao de "réu", não deixa de ter um sentido mais amplo, já que abrange ainda o simples "suspeito".

Réu — e assim o titular do respectivo estatuto jurídico-processual, que iremos analisar — é apenas a pessoa contra a qual foi dirigida uma acusação criminal judicialmente recebida, i. é, a pessoa criminalmente pronunciada com fundamento numa acusação pertinente. Só a partir daí o acusado é réu de um processo criminal, com todos os direitos e deveres e responsabilidades que essa situação ju-

rídica implica. Antes disso, desde a denúncia (ou do início officioso da investigação) até à acusação, ou por todo o período da instrução preparatória, a pessoa, cujo suposto delicto foi denunciado e começou e está a ser investigado, é apenas um suspeito, e como tal é objecto da investigação própria daquela instrução preparatória.

A diferença processual das duas situações vem a traçar-se fundamentalmente em que, como réu, é o arguido verdadeiro sujeito de um processo jurisdicional que, na sua essência acusatória e contraditória, se realiza em termos de completa publicidade e com plena concessão de direito de defesa; enquanto que, como suspeito, é o arguido sobretudo objecto de uma investigação de estrutura inquisitória e com carácter secreto, e perante a qual só pode reagir nos termos limitados prescritos pelo § único do art. 13/º do Dec. Lei 35 007. Deve, no entanto, observar-se que esta situação do simplesmente suspeito, se é, por um lado, imposta para assegurar contra ele o êxito da investigação, não deixa de ser também, por outro lado, determinada em parte no seu interesse, já que o carácter secreto da investigação o preservará de se ver publicamente implicado numa suspeita de responsabilidade criminal, porventura (ou pelo menos sempre possivelmente) infundada. O que a instrução preparatória se propõe averiguar é se o suspeito deverá considerar-se réu de processo criminal (de uma acção penal), e compreende-se

por isso que antes dessa averiguação, com resultado positivo, ele se não veja sujeito a essa situação de réu, a qual, se atribui particulares direitos, não deixa também de implicar uma especial e indesejável responsabilidade.

β) - Fazendo-nos agora directamente no estatuto jurídico-processual do réu, distinguiremos nele duas dimensões. A sua dimensão subjectiva, pela qual se definirá quem pode ser réu, em geral, e se determinará as condições da sua concreta capacidade processual; e a sua dimensão objectiva, a oferecer-nos o particular espectro de direitos e deveres inerente a esse estatuto.

b) - A capacidade (processual) para ser réu criminal só não se define exactamente pela responsabilidade ou imputabilidade criminal, porque o juízo sobre a irresponsabilidade ou a inimputabilidade mesmo absoluta do arguido bem poderá ser uma conclusão a conseguir no processo criminal, além de que esse juízo não terá de implicar, como se sabe, a exclusão de medidas criminais não penais. Mas já é exacto dizer-se que a capacidade para ser réu de um processo criminal com pressupõe naquele a possibilidade formal (abstracta) de responsabilidade ou imputabilidade criminal. Assim, desde logo, é necessário que o arguido tenha idade superior a 16 anos, pois caso contrário, sendo legalmente inimputável, está apenas sujeito à jurisdição tutelar de

nores (art. 17.º da Organização Tutelar de Menores — aprovada pelo Dec.-Lei 44 288, de 20/IV/1962 —, segundo o texto que lhe foi dado pela reforma de 1967) — que tem por fim, não a punição, mas "a protecção judiciária dos menores, no domínio da prevenção criminal, através da aplicação de medidas de protecção, assistência e educação" (art. 1.º da O. T. M.). Deve, porém, atender-se ao que dispõe o art. 20.º desta Organização Tutelar de Menores, onde se vê que a jurisdição tutelar continua a ser competente para conhecer das situações e dos actos dos menores que definem o seu objecto jurisdiccional (art. 17.º) ainda que o menor tenha, no momento em que o processo dê entrada no tribunal, mais de 16, embora menos de 21 anos, e desde que a situação ou acto a apreciar se reporte a uma data em que o menor tinha menos de 16 anos (art. 20.º, conjugado com art. 17.º). Os tribunais tutelares de menores estendem, todavia, a sua jurisdição também a situações e actos verificados posteriormente aos 16 anos, na hipótese do art. 18.º; e têm mesmo excepcionalmente jurisdição criminal, para actos cometidos entre os 16 e 18 anos, verificadas as circunstâncias previstas no art. 19.º da O. T. M.

Tenha, no entanto, o arguido mais de 16 anos — e possa assim ser, em princípio, réu criminal —, que nem por isso fica decidido que ele possa ser concretamente réu na acção que contra ele foi intentada. Trata-se agora de ave-

riguar, não do que poderemos designar por capacidade formal ou abstracta para ser em geral réu criminal, mas da capacidade concreta para ser réu naquele processo determinado. E não terá esta capacidade sempre que as suas condições pessoais lhe não permitam ocupar verdadeiramente a sua posição de sujeito do processo, sempre, pois, que as suas condições quer de sanidade mental ou física, quer de outra natureza o impeçam de participar com plena autonomia e esclarecimento nos actos de processo, e sobretudo de usar os seus direitos de defesa e de contradicção. É o que se infere do prescrito nos arts. 130.º, § ún.,/445.º, e ainda 287.º (cf. 98.º, n.º 3, e § 4.º) do Cód. proc. criminal. Verificada essa incapacidade, o processo suspende-se, até que ela seja eliminada ou sanada, porque um processo criminal não pode prosseguir contra um réu que não possa ocupar pessoalmente a posição que se exige — como veremos a seguir — que ele aí desse modo (pessoalmente) ocupe.

c) — A primeira nota a sublinhar no estatuto objectivo do réu é a natureza de verdadeiro sujeito processual que àquele compete.

Não significa isto que o réu tenha a posição de "parte" no processo criminal. Já vimos antes que este processo não se pode considerar exactamente como um processo de partes, nem o réu está perante o M. P. como uma parte pe-

rante outra parte, ao mesmo nível e em plena igualdade processual (no mesmo sentido PETERS, ob. cit., 174). Nem significa a sua qualidade de sujeito do processo que a sua posição neste seja só activa e não igualmente passiva em muitos pontos, ou sequer exclui que ele possa ser, inclusivamente, meio de prova. Submetido ao processo, às ordens do tribunal e susceptível de sofrer medidas coactivas (a principal das quais é a prisão), ele encontra-se nessa medida certamente numa situação passiva; obrigado a sofrer na sua própria pessoa investigações de prova (os exames) e autor de declarações com valor probatório ele é também meio de prova. Mas nem por isso — ou ainda em tudo isso — ele não poderá deixar de ser considerado como sujeito do processo, i. é, deverá ser sempre respeitada a sua dignidade como pessoa, não devendo nunca ser degradado a mero "objecto" disponível — não podendo, assim, ser submetido a quaisquer medidas processuais senão nos termos legais e com indispensáveis garantias jurídicas, e tendo sempre o direito de se recusar a actos (sobretudo declarações) que o comprometam (cfr. também em sentido análogo PETERS, ob. cit.). Temos neste ponto uma segunda nota de distinção entre as posições de "parte" e de "sujeito processual", pois se nestes momentos passivos do seu estatuto (desde logo nos de forma coactiva) o réu nunca poderia ser visto como "parte", nem por isso se impõe menos a (mais, impõe-se sobretudo

af) a sua qualidade de "sujeito processual".

Mas esta qualidade não se manifesta apenas no princípio que acaba de ser enunciado. Exprime-se ainda num amplo estatuto de direitos e deveres processuais, em que essa qualidade se analisa e pelos quais concretamente se rege.

a) — Tem, em primeiro lugar, o direito de presença — o direito de estar presente em todos os actos processuais. Se a lei não enuncia expressamente este direito — ao contrário do que faz para o correlativo dever de comparecência —, nem por isso se deve ele dizer menos irrecusável, pois inferre-se do direito geral de defesa e dos princípios da contraditoriedade e da publicidade (do processo na fase jurisdicional e contraditória) — cfr., no entanto, § 3.º do art. 418.º do Código. Não deixa de sofrer, no entanto, este direito algumas restricções — sem nos referirmos às restrições do art. 15.º, § único do Dec.-Lei 35 007 — implicadas, como vimos, no carácter secreto e finalidade especial da instrução preparatória (e que verdadeiramente ainda não têm a ver com o réu), importa considerar a admitida pelo art. 39.º e § único do mesmo decreto. Qualquer que seja o exacto alcance desta disposição — e não fica excluído que ela só se aplique no caso e na medida em que a instrução contraditória se proponha completar as investigações incompletas da instrução preparatória (caso,

pois, de acusação provisória) —, sempre se deverá entender o "poder" aí conferido ao juiz nos mesmos termos em que vimos caber também ao juiz o poder de devolver as questões prejudiciais: é um poder-dever cujo exercício terá de se justificar e fundamentar concretamente e razoavelmente, ponderando com "o êxito ou finalidade das diligências" os valores da verdade e da defesa aí concorrentes.

Já o dever de comparecimento pessoal vai expressamente prescrito nos arts. 221.º e 418.º do Código — com a excepção admitida pelo art. 547.º. Cfr. arts. 294.º, 317.º e 419.º. Quanto aos limites que a este dever (e o correlativo do direito) de algum modo parecem impor os §§ do art. 418.º, deverá dizer-se, no que toca ao § 1.º, que menos do que um limite ao dever de comparecimento, o que se impõe aí é um ónus económico do direito de estar presente (v. § 3.º), e no que toca particularmente ao § 2.º deve entender-se, com o Prof. JAVALEIRO DE FERREIRA (Curso, I, 149, s.) que essa disposição foi superada pela actual jurisdicinalização da aplicação das medidas de segurança, a exigir inclusive audiência do arguido para a aplicação mesmo provisória dessas medidas (art. 562.º, § 1.º, do Dec.-Lei 35 007).

O alto interesse processual da presença e participação pessoal do réu — a impor aquele direito e a justificar este dever — tem o seu fundamento no carácter também eminentemente pessoal de uma incriminação e de um processo

criminaes, com as possíveis consequências morais e jurídicas que lhe são próprias, a tocar com a honra e dignidade do réu, e que como tais só podem admitir-se se tudo se passar perante ele, se ele for pessoalmente convencido da sua responsabilidade e culpabilidade, podendo a todo o momento tomar a iniciativa de esclarecimento, de contraditório, de impugnação, etc.; além de que a sua presença, se é sempre factor indispensável de verdade e de esclarecimento oficial, através dos interrogatórios que neste sentido lhe faça o juiz, não é menos imprescindível para que o tribunal possa ter directo acesso à personalidade do réu, a atender na culpabilidade, na medida da pena, na determinação das medidas de segurança, etc.

Assim se compreende também ter considerado a lei a falta de comparecimento do réu uma situação processual tão anómala que determina um processamento e consequências processuais particulares — é o que nos oferecem os processos de ausentes (arts. 562.º, ss., do Código). E "processos", porque serão tantos processos especiais por ausência quanto as formas de processo comum por que se deveria tramitar o julgamento com a presença do réu. Como princípios especiais desses processos, anotaremos que eles são realizados em regra sob forma escrita (arts. 563.º, § 5.º, 564.º, § 3.º, 565.º, e § 2.º, 568.º, § 1.º) — pois só assim se garante ao réu, que venha posteriormente a comparecer ou que se dis

ponha a exercer o seu direito legal de recurso, elementos controláveis de incriminação e, portanto, susceptíveis de serem por ele contraditados —, e a sentença não chega embora a transitar em julgado, já porque é praticamente sempre recorável (arts. 563.º, § 5.º, n.º 3, e § 6.º, 564.º, § 3.º, 566.º, § único, 568.º, § 3.º; v., no entanto, art. 565.º, corpo do artigo), já porque ao réu é lícito em certos casos requerer novo julgamento (art. 568.º, § 3.º) e o tribunal de recurso poderá officiosamente impô-lo (art. 577.º) (cfr. art. 533.º).

b) — Tem, em segundo lugar, o direito de ser ouvido — quer sobre os factos que incriminadamente lhe sejam imputados (d direcção material daquele direito), quer sobre a validade jurídico-processual de todos os actos e diligências requeridas pelo M. P. ou ordenados officiosamente pelo juiz. A primeira direcção deste direito é directa ex pressão do direito de defesa do réu — a realizar-se, por sua vez, tanto no direito que ele tem de ser interrogado como no sentido material do direito geral de contradicção (de contestação, de alegação, de impugnação, etc.). A segunda direcção do "direito de ser ouvido" traduz o sentido directamente processual do direito de contradicção. E este complexo de garantias e direitos processuais de defesa, de ser ouvido e de contradicção são mesmo constitucionalmente reconhecidos como "direitos e garantias individuais dos cida-

ãos portugueses" — Constituição, art. 8.º, n.º 10.º —, pois só através deles se dá "aos arguidos, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa".

O réu será submetido a três tipos de interrogatórios. Três d'elles, justamente o primeiro e os dois últimos que obrigatoriamente lhes devem ser feitos, têm um sentido e um regime inequívocos; a natureza e o regime do quarto po confundem-se com a natureza e o regime jurídico-processual do depoimento do arguido, ouvido em declarações.

Preso preventivamente o arguido — em cumprimento do despacho de pronúncia, e portanto após a "culpa formada" ou mesmo antes desta, nos casos previstos legalmente e que consideraremos noutro lugar (v., desde já, o art. 256.º do Cód.) —, deverá ele ser conduzido à presença do juiz, nos termos e nos curtos prazos impostos pelos arts. 253.º, 254.º, 255.º, 256.º, § 2.º, do Cód., e art. 350.º, para ser submetido por aquelle a um interrogatório, que a lei designa por "as perguntas" e que vemos minuciosamente regulamentado nos arts. 278.º, ss., do Cód. Este interrogatório se não é exclusivamente um meio de defesa do arguido — pois não está impedido que se colham dele elementos úteis para "o esclarecimento da verdade" pró e contra e para a própria instrução do processo (cfr. art. 278.º, § 2.º) —, é por certo uma garantia importante de que ele beneficia, já que esse interrogatório como que se traduz num proces-

so especial de apreciação da prisão feita, que aí será confirmada na sua legalidade e justificação concreta ou infirmada, se o arguido puder exhibir imediatamente fundamentos concludentes nesse sentido (p. ex., erro de identidade, um alibi incontroverso, etc.). Intenção de garantia que é bem evidente quer no regime particular do interrogatório (v. es pocialmente arts. 279.º, 281.º, 283.º, 285.º), quer na entidade que é competente para o fazer, o juiz (v., no entanto, quanto aos processos cuja instrução pertença à Polícia Judiciária, o que dispõe o art. 8.º do Dec.-Lei 35 042: impuz os directores e subdirectores daquela polícia "as funções que a lei atribui ao juiz durante a instrução preparatória, relativamente à libertação ou manutenção dos arguidos e à aplicação provisória de medidas de segurança").

Um outro interrogatório, a que sempre será sujeito o réu, impõe-o a lei no começo da audiência de julgamento (art. 425.º do Cód.; cfr. arts. 465.º, 501.º, 539.º). Também este outro interrogatório, na parte que agora nos importa -- a que incide sobre os factos de que o réu é acusado --, é prescrito fundamentalmente como meio de defesa do arguido, como aliás do modo expresso esclarece a própria lei (§ 1.º do art. 425.º). É assim que deverá mesmo o juiz "adverti-lo de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe são feitas", na medida decerto em que as respostas respectivas possam ser incriminatórias. Mas já não parece

implicar isto que não devam ser consideradas em sentido desfavorável as respostas que possam ter esse relevo, desde que advertido da faculdade de não responder o réu o tenha querido fazer apesar de tudo. Isto porque, para além da finalidade da defesa, não deixa de visar igualmente este interrogatório "o esclarecimento da verdade" — i. é, não deixa de propor-se a verdade material —, como o corrobora até a circunstância de a lei mandar aplicar-lhe, entre outras, as disposições dos arts. 284.º e 286.º (§ 2.º do art. 425.º) e não, pelo contrário, um regime igual ao que impõe ao interrogatório final do réu, a que aludiremos a seguir.

Esse terceiro interrogatório especial, também obrigatório, constitui o último acto da audiência de julgamento, a realizar depois de findas as alegações; o juiz perguntará então ao réu "se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa, ouvindo-o em tudo o que disser a bem dele" (artigos 468.º, 534.º, 539.º, 545.º, do Cód.). Interrogatório, que é já só um exclusivo meio de defesa, pois o juiz apenas atenderá ao que o réu disser nesse sentido — pelo que nem sequer haverá aqui lugar para aplicar as normas que de finem o valor da confissão (arts. 174.º e 284.º).

Mas para além das "perguntas" e destes dois últimos interrogatórios da audiência de julgamento poderá o réu, ser ainda convocado a depor, a prestar declarações, sempre que o juiz o entenda conveniente, officiosamente ou a requ

rimento do M. P. ou dos assistentes (arts. 244.º, 270.º, § 2.º, 425.º, § 3.º; cfr. art. 223.º). <sup>devidamente do M. P. ou do assistente</sup> <sup>de quem se trata</sup> É que não se trata já nestes casos de meios de defesa do réu, mas apenas de meios de prova produzidos pelo próprio arguido. Mas porque é este que depõe, estabeleceu a lei para estas suas declarações um regime especial. Em primeiro lugar, não pode duvidar-se de que lhe são aplicáveis, quando muito, as regras que regulamentam as declarações e não as próprias dos depoimentos das testemunhas — como, aliás, implicitamente nos mostra o art. 241.º, e sem que nada possa opor a isso o facto de não estar o arguido incluído nas pessoas a que o art. 216.º nega a possibilidade de serem testemunhas. A lei não se referiu nesta disposição ao arguido pela razão simples de que os depoimentos que aí tem em vista são apenas os de terceiras pessoas, e não os dos próprios sujeitos da acção penal — é evidente, pois o que justifica a exclusão como testemunhas dos ascendentes, descendentes, irmãos, etc., do arguido (uma manifesta razão de inexigibilidade) a fortiori impõe a exclusão deste.

Problema que se pode pôr é o de saber se o arguido é obrigado a declarar, a responder àqueles interrogatórios que lhe sejam impostos como meios de prova — sendo obrigado do ficará sujeito ao art. 242.º, última parte. É pôe-se esse problema, não porque não vejamos incluído o arguido no art. 217.º — vale aqui o mesmo que dissemos quanto ao de-

poimento como testemunha —, mas porque o direito de não responder só o concede a lei expressamente quanto ao interrogatório do começo da audiência (art. 425.º, § 1.º), e não se trata agora, como aí, de um meio de defesa; pode mesmo acrescentar-se uma razão de texto: se o art. 241.º exceptiona o arguido, já não faz o mesmo o art. 242.º (o qual trata directamente da recusa a responder, enquanto aquele primeiro artigo trata das sanções contra as declarações falsas). Este problema resolver-se-á pela consideração de um outro — estará o arguido obrigado ao dever de verdade? Este dever atingi-lo-á plenamente? Pois, decerto, se o réu não estiver em tudo e por tudo vinculado a um tal dever — se, por hipótese, a sua mentira não for punida —, não fará sentido que ele seja obrigado a declarar, a responder. Mais razoável será, ainda em homenagem ao valor da verdade, que ele, entre não responder ou mentir, possa validamente optar por não responder (cfr. Prof. CAVALHEIRO DE REZ REIRA, Curso, I, 152).

Sempre os AA. (por todos, PETERS, ob. cit., 178; EED. SCHMIDT, Deutsches Strafprozessrecht, 47) se têm muito justamente recusado a admitir que o arguido não seja obrigado ao dever moral e processual geral de dizer a verdade — que ele tenha um "direito a mentir". Mas o que igualmente nin-guém hoje exige — nem a nossa lei: art. 241.º do Código —, superadas que foram as atitudes degradantes do proces-

so inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora. Assim, é que a declaração falsa que o réu porventura faça no seu interrogatório é universalmente isenta de punição — o tribunal limitar-se-á a não considerar essas declarações falsas, embora já possa atender a elas, sempre naturalmente referidas às circunstâncias em que foram feitas e ao modo como o réu as produziu, como factor na ponderação da personalidade deste. Poderá dizer-se que o réu é posto aqui, pelo princípio e dever da verdade, numa situação-limite, e que a sua reacção perante ela será apreciada juridico-processualmente segundo um critério de não-exigibilidade.

γ) - Como última nota, e não das menos importantes, do estatuto juridico-processual do réu importa ter presente o regime da sua representação judiciária.

Há que distinguir a assistência judiciária da representação ou patrocínio judiciário em sentido estrito. Esclareceremos perante a primeira quando o arguido, chamado a praticar pessoalmente, ele próprio, certos actos, o possa ou deva fazer, no entanto, "assistido" ou acompanhado por advogado ou defensor officioso, que terá a função de o esclarecer na realização desses actos, em ordem sobretudo a evitar-lhe atitudes comprometedoras e a preservá-lo de situações ilegais (v. art. 22.º do Cód.) — é o que acontecerá,

p. ex., no interrogatório a que o réu seja submetido imediatamente à prisão (art. 279.º), no seu interrogatório comum como meio de prova (art. 244.º, § 1.º), etc. A representação judiciária verificar-se-á, "quer nos casos em que o réu, não tendo de estar pessoalmente em juízo, pode ser representado por advogado (arts. 22.º e 547.º do Cód.), quer naqueles actos, que são a regra, em que o réu, devendo estar presente, será representado ou patrocinado por advogado ou por defensor officioso,

Vigora aqui um princípio importante: o princípio da obrigatoriedade da assistência, "quando a lei determinar que o réu seja assistido" (art. 22.º, § 1.º), e da representação ou patrocínio judiciário em todos os casos, salvo nos processos de transacções e sumários em que não haja lugar à aplicação de medidas de segurança (arts. 22.º, ss. 547.º do Cód. e 49.º do Dec.-Lei 35 007). E a importância que a lei liga a este princípio logo se revela no modo como o sancionou: a sua pretorização implicará uma nulidade principal, embora sanável em certos termos (artigo 98.º, n.º 4.º, e § 5.º, do Cód.).

É manifesto o fundamento de todo este regime. A assistência e representação judiciária do arguido são seguramente importantes garantias de uma defesa adequada e técnica esclarecida — o arguido não terá, em geral, nem a serenidade, nem a preparação jurídica que o seu representan

te judicial lhe assegura —, além de que não deixarão também de concorrer para a aquisição da verdade material, na medida em que permitem a realização mais eficaz do princípio da contraditoriedade.

Regula também a lei pormenorizadamente o processo da voluntária constituição de advogado e da obrigatória designação de defensor officioso, no caso de aquele não ter sido constituído.

O arguido constituirá o seu representante através de mandato judicial; e sendo vários os arguidos, cada um de les poderá constituir advogado próprio (arts. 22.º e 23.º do Cód., e 49.º do Dec.-Lei 35 007). Essa constituição pode ser feita em qualquer altura do processo (arts. 22.º, § 3.º e 23.º do Cód., e 49.º do Dec.-Lei 35 007). E se o Estatuto Judiciário (art. 574.º, n.º 2, 1)) proíbe ao advogado de "abandonar o patrocínio do constituinte sem motivo justo", determina por sua vez o Código (art. 27.º) que "o defensor não pode, sob pretexto algum, abandonar o patrocínio do réu sem ter sido devidamente substituído" (v. art. 28.º e 590.º do Estatuto Judiciário) — para o processo desta substituição, ter em conta os arts. 39.º do Cód. proc. civil e 23.º, § ún. do Cód. proc. criminal.

Quanto ao defensor officioso, cuja nomeação é obrigatória sempre que o arguido não tenha constituído ele próprio advogado (arts. 22.º, §§ 1.º e 2.º, 23.º, §§ 1.º e 2.º,

do Cód., e 49.º do Dec.-Lei 35 007), regula especialmente o art. 49.º do Dec.-Lei 35 007, onde se vê que o regime da nomeação é função da forma de processo. Pode o réu requerer justificadamente a substituição do defensor officioso (art. 26.º do Cód.), e o defensor officioso designado não pode recusar-se a aceitar o patrocínio sem motivo justificado, embora possa propor a substituição voluntária por outrem (art. 24.º, § ún. do Cód.). Não pode igualmente o defensor officioso abandonar o patrocínio, como prescreve o art. 28.º do Cód. (cfr. art. 590.º do Est. Judiciário), ficando sujeito às sanções que aí também se prevêem.

Verificada a irregularidade da representação, há que aplicar o art. 103.º do Código.

## B. A acção civil.

### 7. O fundamento da inserção da acção civil no processo criminal.

Sabemos já que a nossa lei se decidiu pela conexão da acção civil (com o sentido então definido) com a acção penal em termos bem mais amplos do que a maioria das legislações. E veremos ainda, ao tratarmos da natureza especi-

fica da "acção civil" aqui em causa, que não faltam fundamentos válidos a justificar essa posição da nossa lei. Consideramos, no entanto, previamente o fundamento da inserção em geral no processo criminal de uma acção que, na sua causa, estrutura e imediata intenção, parece ser fundamentalmente distinta daquela outra acção (a acção penal) com que vai cumular-se.

O primeiro ponto a observar é que esta questão tem sido sempre considerada no pressuposto, efectivamente, de serem as duas acções de natureza jurídico-processual em tu do diversa, de serem em si, portanto, acções autónomas. A acção civil seria uma acção puramente civil, que devia em princípio intentar-se apenas na jurisdição civil e nos termos do processo civil, mas que particulares razões de ordem estritamente processual justificariam que se cumulassem com uma acção penal. Não se têm aceitado sem contradição essas razões, que muitos têm por inconcludentes — mas o terreno de discussão tem sido só o que vai definido por aquele pressuposto. Começamos por isso a ver as coisas apenas nesse plano.

As justificações de ordem processual mobilizadas a favor da acumulação das duas acções são ainda discrimináveis em dois grupos. Num primeiro grupo estarão todas aquelas que se determinam apenas por uma intenção de oportunidade e eficácia processuais. Diz-se, nesse sentido, que

"a) a acumulação tem a vantagem da economia processual; b) a indemnização serve como adjuvante da pena criminal; c) a parte lesada, intervindo no processo penal, pode auxiliar a acção do tribunal criminal; d) o juiz civil não está muitas vezes em tão boas condições para avaliar o dano moral como o juiz criminal, perante o qual o delito aparece com toda a sua veemência; e) muitos lesados não têm meios para demandar a indemnização no juízo civil; f) o processo criminal é simples, rápido e mais inacessível a tricas fornosos" (apud A. VAZ SERRA, Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal, in Bol. N. Justiça, 91.º, 156). Mas é bem de ver que nenhum destes argumentos, nem sequer todos conjuntamente têm força suficiente para impor ou justificar uma situação processual aparentemente tão anómala como será a que resulta já da integração num processo criminal de uma acção que seja em tudo, processual e intencionalmente, distinta, já da subordinação de uma pretensão de natureza apenas civil a uma estrutura processual tão inadequada a essa natureza civil como o é em princípio a estrutura processual criminal. E assim é que, nesta base, se enumeram uns tantos argumentos que não só anulariam aqueles, como justificariam mesmo a solução contrária; a) as duas responsabilidades têm fundamentos diferentes; b) os critérios para a apreciação da responsabilidade são também diversos; c) o objecto das duas ac

ções é distinto: d) são, ou podem ser, igualmente distintos os sujeitos das duas acções; e) "a acção penal com o seu ambiente sentimental pode perturbar a serena apreciação dos factos" ou pelo menos determinar uma apreciação de les diferente da que se verificaria se estivesse apenas em causa uma questão de dano civil, etc. (cfr. VAZ SERRA, ob. loc. cit., 156, ss.). Temos, pois, de concluir que não é apenas em considerações daquele teor que a acumulação encontrará o seu fundamento decisivo.

Podem, é certo, encarar-se as coisas de outro modo. Aceite o factum de que as leis impõem a acumulação das duas acções, numa opção de política processual para que tenha sido praticamente relevante uma das razões invocadas ou outra qualquer, procura-se agora compreender e fundamentar apenas dogmático-sistemáticamente (i. é, no plano dos princípios e estruturas dogmáticas do direito processual) essa solução imposta pela lei, para averiguar desse modo se tem fundamento, e que fundamento, essa solução legal. E temos aqui o segundo grupo de justificações, a que nos referimos.

É apenas nesta segunda direcção que vemos o problema considerado, p. ex., na doutrina italiana. Aí se faz apelo aos institutos do "litisconsórcio necessário" (MORTARA), da "conexão ou coligação de causas" (MANZINI), da "intervenção principal de terceiro" (LEVI), ou aos princípios

conjuntos da "unidade da jurisdição" e da "exclusão de julgados contraditórios", este a corroborar e a dar todo o relevo prático àquele (LEONE, BELLAVISTA, CONSO, etc.). Mas só esta última posição tem para nós algum interesse, já que as outras, se invocam situações processuais de duvidosa analogia com o que se passa no nosso caso, nem mesmo dogmáticamente são válidas, uma vez que — como fundamentalmente lhes objecta LEONE, Lineamenti di diritto processuale penale, 4.ª ed., 180, ss.; e in Enciclopedia del diritto, IV, 830, ss. — aqueles institutos são estranhos ao direito de processo criminal e pressupõem, além disso, acções da mesma natureza processual. Só que, com ter algum interesse, nem por isso decidem do nosso ponto aqueles últimos princípios invocados. A "unidade da jurisdição" explicará, quando muito, a admissão da acção civil na jurisdição criminal, apenas nos dirá da possibilidade de se apreciar nesta ainda uma acção civil, mas não nos oferece o fundamento que imponha a dedução e conhecimento dessa acção num processo criminal — a inclusão de uma acção civil não apenas numa jurisdição criminal, mas inclusivamente num tipo de processo proposto a uma intenção processual de todo distinta. Não basta, pois, dizer que a jurisdição, devendo ter-se hoje por unitária, já não será obstáculo à submissão a um tribunal criminal de uma questão civil, ou inversamente; há que mostrar ainda o que de particular acresce a esse argumento

negativo (de não impossibilidade) para que se justifique positivamente que duas acções tão distintas, nos fundamentos, na titularidade, no objectivo, na natureza, etc. — pois é nesse pressuposto que nos mantemos situados — se cumprem processualmente, não obstante toda a perturbação processual que essa acumulação não deixa de provocar, sobretudo no processamento específico da acção principal. É no que toca à exclusão de julgados contraditórios, decerto que a acumulação e conhecimento unitário das duas acções grande benefício trazem nesse sentido, mas a consideração desse desejável resultado não é ainda fundamento suficiente. É essa uma intenção geral do processo, presente seguramente em numerosos institutos processuais — desde a coligação, o litisconsórcio, a reconvenção, o pedido de declaração incidental, a intervenção de terceiros, etc. — mas que não nos explicará só por si nenhum deles, com a sua índole específica e o seu particular regime processual.

Nem os autores, que em princípio se bastam com estes argumentos, deixam de socorrer-se ainda de outros mais explicativos. Tanto LEONE, como CONSO (Instituzioni di diritto processuale penale, 151, ss.) têm a intervenção no processo criminal do titular do direito à indemnização pelos danos causados pelo delito uma consequência do regime da suspensão que a instauração da acção penal provoca obrigatoriamente na acção civil pendente ou posteriormente

deduzida (recorde-se a regra "le criminel tient le civil en état" que corresponde também no fundo ao regime da legislação italiana). É que, uma vez suspensa a acção civil para aguardar o resultado da acção penal e resultado que se projectará naquella, desde logo no que se refere à responsabilidade do arguido relativamente ao facto que lhe é imputado, não se poderia deixar de reconhecer ao lesado "por eventos razões de equidade" a legitimidade de garantir os seus direitos no próprio processo criminal — não seria razoável impor-lhe que aguardasse passivamente, ainda para os efeitos apenas civis, o desenvolvimento e a conclusão do processo criminal.

Mas então terá de reconhecer-se que a acumulação da acção civil no processo criminal tem um estatuto precário, e só admitido porque e enquanto a influência de decisão criminal nos próprios direitos civis emergentes do delito impõe indirectamente, e apenas para obviar a inconvenientes maiores, essa acumulação — a qual não seria directamente ou em si mesma justificada. Não seria justificada porque a divergência irreductível (intencional e processual) das acções, que se postula, exclui por essência um directo fundamento impositivo da acumulação. É o que se diz para o regime da lei italiana dir-se-á igualmente para o análogo regime da lei franceza — sem deixar de anotar que a razão aí tida por justificativa da regra "le criminel tient le ci

vil en étât" seria também o ter querido o legislador evitar uma contradição entre os casos julgados penal e civil, além de pretender "que a decisão da jurisdição penal sirva de guia aos juizes civis" (BOUZAT-PINATTEL, ob. cit., 813, s.).

Aliás, o que se passa na legislação e na doutrina alemãs só nos confirma no que acabamos de dizer. A doutrina — desde AMBROSIUS, Für und Wider des Adhäsionsverfahren, in G. S., 107.º, 143, ss., até KERN, ob. cit., 266, s. — não encontra outro fundamento para a acumulação que não seja a não-contradição de julgado, a economia processual e o interesse do lesado. Quer dizer, verdadeiramente não justifica — pelo que já dissemos — a aberrante conjugação de duas acções que se reconhecem nos seus pressupostos fundamentais (os pressupostos da culpa jurídico-criminal e os pressupostos da pretensão de indemnização civil) como decoisivamente distintas (v. LÖWE-ROSENBERG, Die Strafverfahrensordnung, I, 20.ª ed., 990) — a explicar isto mesmo, dizem-nos os autores, a "impeculiaridade" e o pouco êxito prático da acção civil no processo criminal. A explicar-nos, por sua vez, tudo isto o regime de nítido desfavor que a admissibilidade da acção civil tem na lei alemã, ao conferir ela ao juiz, no § 405 da St. P. O., amplos poderes relativamente à própria abstenção de conhecimento dessa acção — entre outras hipóteses o juiz não conhecerá dela "se o pedido (civil) não se prestar a uma decisão no processo penal, espe-

cialmente se a sua apreciação retardasse o processo ou se for inadmissível". E é bem significativo que as propostas que se fazem (PETERS, ob. cit., 516) para corrigir este regime sejam no sentido de submeter a acção civil a uma regulamentação que em muitos aspectos (desde logo o desejado carácter officioso do seu conhecimento e da execução da sentença, etc.) a equipararia processualmente à acção penal. Quer dizer, o que se pretende é como que a criminalização, pelo menos processual, da acção civil a admitir em processo ~~normal~~.

Tudo isto nos permite compreender que a acumulação das duas acções no processo criminal não poderá louvar-se num fundamento concludente se a "acção civil" for entendida e regulamentada como puramente civil. Mas é este entendimento necessário? Não se deverá, pelo contrário, reconhecer, ou imputar, à "acção civil" um sentido e uma finalidade que justamente a imponham como momento importante, e até imprescindível, das próprias intenções jurídico-criminais que definem o processo penal?

Ora foi exactamente neste último sentido que a "cola positiva" italiana do direito criminal compreendeu a indemnização ao lesado por um delito, e só nesses termos propôs aos legisladores o reconhecimento, e mesmo o obrigatório arbitramento daquela indemnização em processo criminal. Ela teria também uma índole e uma intenção penais, já que

a reparação da ordem jurídica, a exigir do autor do delito, só seria integral se a mais da directa violação da ordem jurídico-social se considerasse ainda o dano sofrido pela vítima da infracção, dano que traduzia em si uma mediata agressão àquela ordem jurídico-social, e sem a consideração do qual a infracção criminal não seria apreciada em todas as suas dimensões, nem a violação da ordem jurídica inteiramente reparada. A reparação do dano causado pelo delito do via impor-se, segundo FERRI (amud FIGUEIREDO DIAS, Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em Processo Penal, 19, ss.), como "função social que diz respeito ao Estado não apenas no interesse do particular ofendido, como ainda no interesse indirecto, mas não menos eficaz, da defesa social"; "a sanção reparatória tem carácter público e é função do Estado como as outras formas de prevenção e repressão do delito". Pois que, ainda segundo FERRI, "entre reparação do dano ex delicto e sanção repressiva ou pena não existe uma diferença substancial" — "Não digo com isto, es claroce o mesmo A., que a indemnização seja uma pena; digo que é uma sanção reparatória, como a pena é uma sanção repressiva ou eliminatória" (...); "a indemnização é uma consequência jurídica do delito, como o é a pena, e o Estado impõe aquela não só para legítima reparação da parte lesada, mas também como sanção suficiente para a violação sobrevinda da lei penal".

Entendidas assim as coisas, já a inserção do conhecimento da indemnização em processo criminal se nos mostra não apenas compreensível, como inclusivamente necessária. Mas é, por outro lado, evidente que esta diferente natureza da "acção civil" — ela deixaria de ser exclusivamente civil, para ter uma natureza e uma função penal — não pode deixar de implicar uma regulamentação processual que atenda a essa sua específica natureza, e em que esta se nos faça visível. Ponto este que só, naturalmente, em face da legislação positiva poderá ser decidido. E, assim, temos: ou a regulamentação positivo-processual subordina a "acção civil" a uma estrutura processual estritamente civil (com aceitação plena, desde logo, de uma sua natureza dispositiva, e, portanto, com a aceitação quanto a ela dos princípios ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium, da renúncia, transacção, confissão, etc.), como se verifica nas legislações alemã, italiana e francesa, e então com o sacrifício da natureza penal dessa acção ter-se-á igualmente de renunciar a um fundamento concludente para a sua inserção no processo criminal; ou a sua regulamentação positiva confere-lhe características específicas, em termos de podermos pensar nela uma função penal, e o fundamento da sua consideração em processo criminal oferecendo-lhe essa sua mesma natureza penal. (Sobre os termos em que as orientações mais recentes do direito crimi-

nal podem admitir ou implicarão porventura o repúdio da natureza criminal numa indemnização a conceder pelo dano causado pelo delicto, v. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., 50, ss.)

Vejamos, pois, em face da nossa lei, a natureza que devemos reconhecer na "acção civil" admitida no nosso processo criminal.

#### 8. A natureza da acção civil, à face do nosso direito criminal.

Ainda aqui deparamos com duas teses opostas. A doutrina dominante (VAZ SEIXA, CAVALEIRO DE FERREIRA, GOES DA SILVA) vota pelo carácter puramente civil da indemnização aqui em causa; enquanto parte da Jurisprudência é no sentido contrário (leva pelo menos pressuposta essa posição contrária, na medida em que atribui autónomos efeitos penais às decisões sobre a indemnização em processo criminal) — posição que com argumentação mais concludente defende, por último, também o [Dr. FIGUEIREDO DIAS], no trabalho cit., 29, ss.

Temos de reconhecer a insuficiência da fundamentação da primeira tese. Mas deve observar-se que a natureza puramente civil da reparação do dano em processo criminal tem sido, para os AA. que subscrevem essa tese, menos

um problema do que um postulado, pelo que aquilo que aduzem a seu favor tem sobretudo o carácter de algo que se acrescentou apenas para confirmar uma solução que já se tem por assente. Daí, ou o tom tautológico da argumentação — é acção puramente civil porque se trata de acção civil, porque o que está em causa é uma indemnização civil, porque se trata af de exercício de uma competência civil, porque a indemnização tem a natureza de uma reparação civil do dano, etc. —, ou a referência a apoios literais sem relevo decisivo, ou manifestamente reversíveis. Diz-nos, p. ex., o [Prof. GOES DA SILVA] (O Dever de prestar e o dever de indemnizar, I, 112, ss.) que "o próprio facto de ser admissível a acção civil emergente de factos criminosos antes de se verificarem estes (refere-se o A. aos casos do art. 30.º e seus §§, do Cód. proc. penal) ou quando cessou todo o procedimento criminal (cita o art. 125.º do Cód. penal, § 1.º e 9.º) prova que o fundamento dessa acção não é o carácter criminoso desses actos. A reparação civil, mesmo nos casos de responsabilidade conexa com a criminal, tem natureza e fundamento civis, pois doutro modo não seria admissível sem estar provada a infracção penal". Mas logo nos damos conta de que esta observação nada decide, pois não se trata (não trata a tese contrária) de negar que a infracção criminal pode também produzir um dano puramente civil, mas de discutir se a apreciação do dano causado pelo deli-

to em processo criminal não é uma apreciação orientada por pontos de vista penais, ou na perspectiva do seu relevo penal, possa ser ou não esse dano considerado também numa perspectiva puramente civil. E a circunstância de a "acção civil" não ser prejudicada pela extinção da acção penal bem se poderá utilizar contra a própria tese que nela se pretende apoiar, "pois, como diz o A. cit. a subscrever a tese contrária, se no processo penal se juntassem as duas acções, civil e penal, sem aquela perder em qualquer momento a sua natureza, então, embora a acção penal não chegasse ao fim ou não fosse considerada procedente, o juiz penal deveria continuar a apreciar a acção civil que no mesmo processo se discutia e que em nada devia ser afectada pelo inóxito da acção penal".

E o certo é que visto o problema um pouco mais atentamente teremos de concluir que no quadro da nossa lei a "acção civil" em processo criminal tem uma específica natureza penal. É o que nos mostram as considerações seguintes (cfr. neste sentido FIGUEIREDO DIAS, ob. loc. cit.).

Pelo art. 34.<sup>o</sup> diz o Cód. proc. criminal que "o juiz no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido requerida". A dizer-nos isto, portanto, que a indemnização, devendo ser atribuída officiosamente aos ofendidos, não só não tem de ser pedida por estes, como nem mes-

mo exige que eles intervenham no processo, como assistentes ou como "parte civil", para que ela lhes seja arbitrada (cfr. art. 34.<sup>o</sup>, § 1.<sup>o</sup>). Regime que não tem paralelo nas legislações francesa, italiana e alemã, e que é de certo incompatível com o carácter puramente civil da reparação, carácter que ela tem nessas legislações, como disse nos.

Depois, também os pressupostos da indemnização e arbitrar são profundamente diferentes dos pressupostos de uma acção de simples reparação civil de perdas e danos. Esta tem como pressuposto essencial e indefectível um dano, um dano ressarcível, um prejuízo patrimonial ou não-patrimonial (moral) que sofra realmente o titular da indemnização. Ora nem toda a ofensa criminal, ainda que particularmente tutelada (i. é, com alguém particularmente ofendido), causa um dano civil. Pois, como diz CONSO (ob. cit., 150), "o dano criminal não equivale a dano ressarcível, denominado dano civil, tanto assim que pode haver delito, e correlativamente ofensa criminal, sem que se tenha verificado qualquer dano ressarcível (pense-se no ladrão apanhado no momento mesmo em que ele se apoderara do objecto)" — exemplo a que será possível acrescentar outros, assim a tentativa frustrada que não chega sequer a ser conhecida da pessoa visada, possivelmente os casos de crime de perigo abstracto, etc. E justamente por isso, como afirma ainda o A.

cit., o art. 185.º, n.º 2, da lei proc. italiana "não fala genericamente de 'qualquer delito', mas especificamente de 'qualquer delito que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial'". E na nossa lei? A nossa lei nem faz idêntica restrição, como impõe, pelo contrário, a indenização como simples efeito da condenação penal (art. 34.º, corpo do artigo), e por isso mesmo não é ela apenas função do "dano material e moral", mas ainda, e em primeiro lugar, da "gravidade da infracção" criminal (art. 34.º, § 2.º). Pe- lo que se terá de concluir que o dano aqui indenizável não é apenas o dano civil, mas verdadeiramente o dano criminal (haja ou não dano civil e coincida ou não, em concreto, aque- le com este). O que apenas se exige é que o dano criminal seja particularmente titulado, que haja um ofendido parti- cular (no sentido já anteriormente enunciado).

Acresce, por último, que os critérios da determina- ção do quantitativo da indemnização penal não são idênti- cos aos critérios próprios de uma indemnização puramente ci- vil. Na verdade, e pondo mesmo de lado os casos em que se imponha uma indenização penal sem haver dano civil, a con- sideração da gravidade criminal da infracção sempre farán- tervir critérios especificamente criminais para a determi- nação daquela. Há que atender, por um lado, ao ilícito es- pecificamente criminal, e assim ao grau de violação dos va- lores jurídico-criminais, e, por outro lado, à culpa, com

a sua particular natureza criminal e como elemento da pró- pria gravidade da infracção. E nem o ilícito criminal se confunde com o ilícito meramente civil, nem a culpa crimi- nal se pode confundir com a culpa civil, além de que esta não terá de intervir como factor da determinação da inden- zação nos mesmos termos em que intervém a culpa na ava- liação da gravidade da infracção e, portanto, da correlati- va indemnização. Se é duvidoso que a culpa (civil) seja, pelo menos para o nosso direito, mais do que simples condi- ção da responsabilidade civil, a qual se medirá fundamen- talmente pelos danos causados (arts. 483.º, ss., e 562.º, ss., do Cód. civil) podendo a culpa ser apenas em certos casos factor diminutivo dessa responsabilidade (art. 494.º) -- salvo decerto o relevo da distinção entre "dolo" e "me- ra culpa" e a excepção do n.º 2.º do art. 56.º do Código da Estrada --, já é seguramente a culpa criminal sempre um de- cisivo elemento da própria gravidade do delito. Depois, não se confunde a culpa civil, ou o seu critério, com a nature- za específica da culpa criminal: poderá dizer-se que aque- la traduzirá sempre mais um juízo de exigibilidade objecti- va, pois terá o seu critério nas exigências que a seguran- ça e os interesses do comércio jurídico em geral impõem aos intervenientes nele, e vistos estes não tanto pessoalmen- te em si, como sobretudo enquanto sujeitos fungíveis que ocupam uma certa posição concreta (cfr. art. 487.º, n.º 2.º

do Cód. civil). - V. Prof. ANTUNES VARELA, Lições de Obrigações, 1967-68, 378, ss. Quer dizer que a culpa civil traz mais um juízo abstracto-objectivo do que um juízo subjectivo-pessoal — ou pode, pelo menos, conciliar-se com um juízo daquela natureza. Em tudo diferente a culpa criminal, já que aqui o que releva não são as exigências do comércio jurídico, mas as exigências éticas, e o que está em causa não é a previsibilidade dos efeitos das condutas, mas a própria personalidade moral. A implicar tudo isto a possibilidade de haver responsabilidade civil onde de todo esteja ausente a responsabilidade criminal (caso de responsabilidade objectiva, pelo simples risco, casos de culpa civil, mas não de culpa criminal), assim como uma volumosa responsabilidade civil (dano elevado) acompanhada de pequena responsabilidade criminal (pequena culpa criminal) ou, inversamente, grave responsabilidade criminal (infração grave quer pelo ilícito, quer pela culpa criminais) acompanha da de pequena responsabilidade civil (danos diminutos). Ora devendo o juiz atender, e em primeiro lugar, à gravidade da infração criminal, embora também ao dano material e moral, pode bem acontecer que ele seja levado a agravar a indemnização (que corresponderia ao dano apenas civil) para dar relevo à gravidade do delito cometido, ou, inversamente, a diminuir a indemnização, não obstante o volume dos danos, para dar relevo a uma porventura insignificante gravidade da

infração criminal. Soluções, todas elas, implicadas no regime que a nossa lei prescreve para a "acção civil", e que só podem conciliar-se com uma natureza e uma função penais atribuídas a essa acção.

Num ponto apenas não encontramos fundamental divergência entre o regime próprio de uma acção puramente civil e o que se estabeleceu para a reparação arbitrada em processo criminal — na legitimidade para uma e outra.

#### 9. A legitimidade para a acção civil em processo criminal.

a) - Não oferece dúvidas a legitimidade activa do "ofendido", ainda que ele se não tenha constituído assistente ("parte acusadora", na terminologia do Código) — é o que imediatamente nos diz o art. 52.º do Cód. proc. criminal. Também é inequívoca a lei em considerar como beneficiários da indemnização pessoas distintas do próprio ofendido, quando a lei conceder a essas pessoas a reparação civil (art. 54.º, § 1.º).

O que se pode perguntar é se só o ofendido, no sentido processual criminal do termo (v. in supra), tem legitimidade para requerer em processo criminal reparação por perdas e danos, ou se têm também essa legitimidade todos os titulares, segundo a lei civil, do direito à indemnização

— p. ex. os herdeiros do ofendido, já por direito próprio (como no caso dos filhos da vítima de homicídio), já iure successoria (assim quando a vítima do furto tinha pedido a indemnização e esse direito se vem a transferir posteriormente para os seus herdeiros). Mas não se vê qualquer razão para excluir dessa legitimidade aqueles que, de acordo com o § 1.º do art. 34.º, sempre seriam beneficiários a título officioso dessa mesma indemnização que se propõem pedir. Pelo que se deverá dizer, com [LUIS OSÓRIO] (Comentário, I, 320; cfr. 347), que para a acção civil tem legitimidade "o lesado, aquele que sofreu o prejuízo", e não só o ofendido, ou, com CAVALEIRO DE FERREIRA (Curso, I, 139), que "autores na acção civil podem ser todos os que sejam partes legítimas segundo as normas do processo civil". (Cfr. art. 67.º, n.º 2, do Cód. da Estrada, que já se refere expressamente ao "lesado").

Não traduz esta ampliação da legitimidade activa qualquer incoerência com a natureza penal atribuída à acção civil, pois se com essa natureza se quer significar a função repressiva e preventiva da indemnização, não deixa de ser esta, em si mesma, uma reparação que se inscreve no activo do património da vítima do delito. Por isso, não só aquela função exige que a indemnização se imponha sempre, como não se vê também porque esse elemento activo do património da vítima não deva ser directamente exigido por quem

tem direito a esse património. Não era aceitável a participação na acção penal dos simplesmente lesados, e não directamente ofendidos pelo delito, porque se não tratava aí de obter uma compensação que se viesse a traduzir num benefício particular, mas unicamente de colaborar, com legitimidade especificamente pessoal, na realização de um direito e de um interesse públicos (o ius puniendi), enquanto agora sempre haverá (ou haverá também) um benefício patrimonial particular, e como tal transmissível.

b) - Quanto à legitimidade passiva, há que considerar, em primeiro lugar, a norma do art. 29.º do Código: o agente da infracção é em princípio o único sujeito passivamente legítimo da acção civil.

Mas há que considerar ainda o que dispõe o n.º 2.º do art. 67.º do Cód. da Estrada, onde expressamente se prescreve que "o lesado pode, na acção penal, deduzir o pedido de indemnização contra as pessoas que só sejam civilmente responsáveis pelo acto imputado ao arguido". E é, como se sabe, frequente serem vários os responsáveis pelos danos causados pela utilização de um veículo, já em virtude de um contrato de seguro (art. 57.º do Cód. da Estrada), já pela responsabilidade solidária que possa verificar-se entre o proprietário e o condutor do veículo (v. arts. 503.º, ss., e 507.º do Cód. civil).

Há apenas que perguntar se a inovação daquele n.º 2.º do art. 67.º se não deverá aplicar analogicamente a todos os casos em que pelos danos causados por uma qualquer infracção (não abrangida pelo Código do Estrada) sejam também responsáveis, embora só civilmente, outras pessoas além do agente daquela. Se apenas atendessemos à declarada justificação dada pelos autores do Dec.-Lei 39.672, que aprovou o Código da Estrada (Relatório, n.º 4), tor-se-ia certamente de admitir a validade da aplicação analógica — apenas se invoca aí o benefício da economia processual e o interesse de "evitar a possibilidade de criar realidades contraditórias". Interesses esses que não concorrem, decerto, apenas nos casos de responsabilidade por acidentes do viação. Simplesmente, é muito duvidoso que tenha sido unicamente em consideração daqueles interesses que a nossa lei se determinou pela inserção da acção civil no processo criminal, com o regime que vimos corresponder-lhe. E se aqui sermos respeitar normativamente a natureza e finalidade que desse regime se infere para aquela acção, teremos de reconhecer que só se justifica em princípio, como seu titular passivo, o arguido — pois só em face dele se pode pretender realizar a função penal que é própria da acção civil. O que pode é justificar-se uma excepção nos casos (como são justamente os dos acidentes de viação) em que a responsabilidade do arguido vai de forma particular associada à res-

ponsabilidade de outras pessoas, e isso em virtude da própria natureza especial da infracção que causa essa responsabilidade conexa. Pelo que só para esses casos se deverá ter por justificada a excepção.

#### 10. Valor da sentença penal relativamente à decisão sobre a acção civil.

Põe-se aqui a questão de saber se a decisão que na sentença penal se refira à indemnização ou reparação por perdas e danos obterá ou não força de caso julgado, ou se com ela não ficará impedida a proposição de uma autónoma acção exclusivamente civil em que se pretendesse a reapreciação noutros termos dos danos causados e do correlativo pedido de indemnização.

Reconduz-se isto a saber se aquela decisão deverá considerar-se como um caso julgado civil, ficando como tal directamente submetida às normas que regulam esse caso julgado (especialmente art. 4.º do Cód. proc. civil), ou se terá de ver-se nela ainda um caso julgado penal, a apreciar-se sim, fundamentalmente pelas normas dos arts. 137.º e 154.º do Cód. proc. criminal.

Deve dizer-se, desde já, que o problema tem hoje uma importância prática relativamente limitada. Pois dois pon-

tos se podem ter por assentes. Em primeiro lugar, qualquer que seja a natureza do caso julgado aqui em questão, a sua eficácia só pode discutir-se relativamente aos efectivos intervenientes na acção civil em processo criminal. Assim, se apenas o réu criminal, e não os que com ele sejam também responsáveis civilmente, interveio e foi ouvido na acção civil, o caso julgado que quanto a esta acção porventura se venha a constituir só atingirá aquele primeiro e nunca estes últimos — os quais podem ser autónomamente demandados pelo lesado numa acção de processo civil, sem que possam invocar, como caso julgado possivelmente favorável, a decisão penal relativa à indemnização que atinja o réu criminal. Não há, efectivamente, qualquer razão válida que se possa invocar aqui para proterir o princípio geral dos limites subjectivos do caso julgado, e que levasse a impo-lo nestes casos erga omnes. E por isso aquele ponto unânime-mente aceite, quer pela doutrina, ainda a adepta da maior força de caso julgado para a decisão penal sobre a acção civil (v., por todos, entre nós, CAVALEIRO DE FERREIRA, Curso, I, 140 e para a doutrina estrangeira, HEIMITZ, Della influenza del giudicato penale sur giudizi civili successivi, in Riv. it. d. diritto penale, XV, 457, ss., especialmente 463, ss.), quer pela jurisprudência, que hoje é firme no sentido daquela solução (v., por último e por todos, Acórdão do S. T. J. de 21-VI-1963, in Bol.

M. Justiça, 128.º, 529, ss.). (Sobre os problemas que os casos de solidariedade podem suscitar quando o valor das indemnizações impostas ao réu e aos outros co-responsáveis não seja idêntico, v. VAZ SERRA, ob. loc. cit., 178, s.).

Em segundo lugar — ou como segundo ponto a ter por assente — deve observar-se que o problema não releva praticamente caso a indemnização arbitrada ao lesado for igual ou mesmo porventura superior, à que ele tenha pedido. Ainda aqui, qualquer que seja a verdadeira natureza do caso julgado próprio da decisão sobre a acção civil, não pode deixar de considerar-se precluída a possibilidade de reposição autónoma da acção civil (naturalmente para pedir agora uma indemnização maior). A satisfação daquele primeiro pedido consumiu o interesse material e processual (interesse em agir) que poderia fundamentar a reposição do pedido — se é que não poderá mesmo falar-se aqui de uma Verwirkung processual. Aliás, as legislações que prevêm a hipótese expressamente prescrevem a solução enunciada — é o que acontece na lei alemã, St. P. O., § 406.º, n.º 3.

O problema vem a circunscrever-se, assim, aos casos em que a indemnização seja arbitrada sem ter sido requerida ou tenha ficado aquém do montante pedido. Pois só nesses casos, por não ter o lesado como que disposto processualmente do seu direito civil de ser indemnizado pelos danos que tenha efectivamente sofrido, se poderá per-

contar se ele se tem de conformar com a indemnização recebida — cuja decisão se deveria, nessa hipótese, considerar como definitivo conhecimento jurisdicional daquele seu direito —, ou se não lhe será lícito repor só civilmente a apreciação autónoma e adequada daquele direito, desde que se tenha de admitir a possibilidade de esse direito, pela concorrência de outros factores impeditivos, não ter sido plenamente satisfeito. Não é outro, nem com outro sentido pode ser considerado o nosso problema. O mesmo é dizer que a sua solução válida é unicamente aquela que ele obterá pela resposta a esta pergunta: a acção civil em processo criminal é decidida em termos de se haver de concluir que nela se conhece plenamente do direito, civilmente reconhecido ao lesado, de ser ressarcido dos danos sofridos e tal como civilmente se determina esse ressarcimento? Só se assim for, será legítimo atribuir força de caso julgado civil àquela decisão, já que só nesse caso o segundo tribunal seria "colocado na alternativa de contradizer ou de reproduzir uma decisão anterior" (art. 497.º, n.º 2 do Cód. proc. civil — onde se define a verdadeira intencionalidade da excepção de caso julgado).

Tudo está, portanto, em saber o que conhece e como conhece (ou segundo que critérios conhece) o tribunal criminal da reparação por perdas e danos, e se esse conhecimento e o modo de conhecer são idênticos (ou se pelo me-

nos consomem) um possível conhecimento apenas civil dos danos causados pelo delito) Ora sabemos já que nem o dano indemnizado em processo criminal é exactamente o dano indemnizável civilmente, nem os critérios que decidem daquele (e do montante da indemnização penal) são idênticos aos critérios que decidirão deste e da respectiva indemnização civil. Vimos, inclusive, que os critérios penalmente aplicáveis poderão bem determinar uma indemnização que não cubra os danos civilmente sofridos e indemnizáveis — isto porque a função penal da indemnização a arbitrar em processo criminal pode bastar-se, ou impor mesmo, uma reparação que seja insuficiente do ponto de vista civil, sempre que a punição criminalmente exigida do autor não permita que se vá além disso; e não se vê que essa circunstância faça com que o lesado veja diminuídos os direitos civis que, independentemente de qualquer intenção e função penais, lhe são atribuídos pelos danos efectivamente sofridos. Pelo que os critérios prescritos pelo § 2.º do Código proc. criminal, se têm justificação considerada que seja a função penal da reparação que essa norma tem em vista, já não têm de impor-se como critérios de uma indemnização que não tenha de atender àquela função — a divergência de critérios pode ver-se, assim, fundada substantivamente e não é mera discrepância processual, como tende a pensar o Prof. CAVALHEIRO DE FERREIRA (Curso, I, 141).

Nesta base, cremos que se não pode decidir o problema apenas com postulados do teor, p. ex., daqueles que enuncia o Prof. VAZ SERRA (ob. loc. cit., 193, ss.) — "A determinação da eficácia no juízo civil do caso julgado criminal é matéria civil, e não penal, e tem, por isso, o seu lugar próprio na lei civil (ou na lei processual civil)"; "... se o tribunal decide em matéria civil, tal decisão terá a força que, de um modo geral, é atribuída às sentenças em matéria civil"; "... aquela fixação (da indemnização em processo penal) constitui caso julgado eficaz, nos termos gerais em que é eficaz o caso julgado civil, pois, embora feita pelo tribunal criminal, é-o no exercício da competência civil reconhecida por lei a esse tribunal" —, e que a solução exacta será antes a seguinte.

No caso de absolvição penal do réu, e já que não há ver a nessa hipótese decisão sobre a indemnização (cfr. art. 34.º do Cód.), a sentença criminal não terá outros efeitos que aqueles que lhe imputa o 157.º do Código.

No caso de condenação, e arbitrada uma indemnização, há a distinguir: ou a indemnização é de montante pelo menos igual ao do pedido — e a solução é a que já vimos atrás —; ou é de montante inferior ou não houve pedido por parte do lesado. Nestas últimas hipóteses não parece de excluir a validade da reposição da apreciação dos danos e respectiva indemnização em termos puramente civis, e em que se

pretenda uma maior reparação, pois sempre se terá de admitir a possibilidade de não terem sido cobertos em processo criminal todos os danos civilmente indemnizáveis. Quer dizer, o caso julgado da decisão penal não terá também aqui maior extensão da que lhe atribui em geral o 157.º do Código — solução que vemos perfilhada por parte da jurisprudência, embora não a dominante (v. Acórdão do S.T.J. de 21-XII-1955, in Bol. M. Justiça, 54.º, 279.º, ss. e outras decisões indicadas na anotação IV a esse acórdão; cfr. ainda o Acórdão S. T. J. de 10-V-1955, in Bol. 54.º, 323, ss.). Apenas devendo acrescentar-se que o tribunal civil não deixará, evidentemente, de ter em conta o montante que o autor tenha porventura já recebido a título de indemnização no processo criminal (neste sentido também o último Acórdão cit., pg. 326) — até porque relativamente a esse montante, ou aos danos que ele compensa, se consumiu decerto o direito à indemnização fundada no dano civil.

## IV

O objecto do processo1. O problema e o seu relevo processual.

O problema da identificação e da delimitação do objecto do processo — o material objecto intencional do processo, o tema objectivo que nele se discute e que há-de ser conhecido e decidido pelo tribunal — é problema que só se põe num processo criminal que aceite uma estrutura acusatória. Pois apenas esta, como sabemos, implica que o tribunal só possa agir no pressuposto de uma prévia acusação, cujo conteúdo intencional delimita justamente o âmbito do seu conhecimento e decisão. E o problema que aqui se põe não é outro que o de saber em que termos — de que modo ou mediante que critérios — se pode dizer assegurada a identidade entre o acusado, o conhecido e o decidido, i. é, é o problema da identidade do objecto do processo, enquanto exigência essencial da própria estrutura acusatória.

Não é este, porém, o único relevo processual do objecto do processo. Se por ele se define o objecto de cognição e de decisão judiciais, é ainda no objecto do processo que teremos de procurar o critério decisivo da excepção de litispendência — esta só será procedente se o processo em que ela se deduz tiver um objecto idêntico ao de um outro processo pendente —, do conteúdo e limites da eficácia do caso julgado — se a sentença é o conhecimento decisivo do objecto do processo, será decerto em função deste que se há-de definir o âmbito de relevância e consuntivo daquela —, do próprio thema probandum — quer enquanto define directamente o objecto da actividade probatória pelo objecto de conhecimento e decisão, quer na medida em que só por referência a ele se poderá distinguir os factos da acusação, consuntivos ou incriminadores, dos factos simplesmente probatórios ou instrumentais, e isto em ordem a circunscrever a amplitude das investigações e comprovações que hão-de considerar-se lícitas, muito embora não incidam directamente sobre factos acusados. É ainda em sede de objecto do processo que se decidirá da licitude ou ilicitude da convolação e dos seus limites — i. é, da licitude ou ilicitude do conhecimento de infracção não idêntica ou não exactamente idêntica à acusada, embora devendo ter aquela com esta uma particular relação material, a qual será, por sua vez, função da maior ou menor rigidez com que defina a identidade

do objecto do processo ou se admita nele um enriquecimento ou mutação potencial —, além de que será igualmente ele a demarcar o objecto possível dos recursos, e ainda factor importante na determinação da competência, da legitimidade, etc.

E pelo simples enunciado desta ampla relevância — que atinge afinal todos os momentos essenciais do processo — compreendemos que a definição e delimitação do objecto do processo deverá orientar-se, por um lado, decerto no sentido de ser uma garantia para o arguido — a garantia de que apenas do que é acusado se terá de defender, e de que só por isso será julgado, posto que a eadem res da acusação à sentença é seguramente uma fundamental garantia para uma de fesa pertinente e eficaz, segura de não deparar com surpresas incriminatórias e de ter assim um julgamento leal —, mas, por outro lado, no sentido também de não frustrar uma averiguação e um julgamento justos e adequados da infracção acusada. Quer dizer, no problema do objecto do processo deparamos com o próprio problema jurídico do processo criminal: se este terá a sua solução justa na equilibrada ponderação entre o interesse público da aplicação do direito criminal (e da eficaz perseguição e condenação dos delitos consti-tuídos) e o direito incondicional do réu a uma defesa eficaz e ao respeito pela sua personalidade moral, do mesmo modo a solução válida do problema do objecto do processo se-

rá apenas aquela que em todos os pontos em que ele releve traduza também um justo equilíbrio entre este direito e aquele interesse. E, assim, a identidade do objecto do processo não poderá definir-se tão rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infracção imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anule a garantia implicada pelo princípio acusatório e que a definição do objecto do processo se propõe justamente realizar.

## 2. Princípios fundamentais da definição e conhecimento do objecto do processo.

a) — Desde logo o princípio da identidade. É este o princípio à volta de cuja realização se move, como acaba mos de ver, todo o problema do objecto do processo; e o que ele prescreve é evidente: o objecto do processo deve manter-se idêntico, o mesmo, da acusação à sentença definitiva — o que é acusado deve ser o mesmo (eadem res) sobre que se pronuncie o réu, sobre que se vonha a instruir e a alegar, a julgar e finalmente a sentenciar e a recorrer.

Simplemente, a identidade aqui considerada não deve entender-se em termos de uma identidade euclidiana, de

uma identidade-igualdade que se defina por uma coincidência ponto por ponto e em todos os pontos, ou, como diz BELING, "não é determinável de um modo lógico-matemático". Pois o que verdadeiramente a acusação leva ao conhecimento do tribunal é um problema jurídico-criminal concreto (o problema jurídico-criminal que suscita um certo caso concreto) e o que dele solicita é a solução-decisão jurídico-criminal desse mesmo problema concreto. E sendo assim, só podemos pensar aqui naquele tipo de identidade em que se traduz a correlatividade intencional entre um problema e a sua solução — terá de haver entre eles aquela identidade intencional que nos permita dizer que este problema convém àquela solução e que esta solução é solução daquele problema —, e que não permite uma real e plena igualdade entre os respectivos conteúdos, nem exclui uma característica indeterminação no primeiro enunciado intencional (no enunciado conteúdo do problema), já que só no sucessivo desenvolvimento da investigação e na solução definitiva o objecto intencional poderá encontrar a sua acabada determinação. Não se trata, portanto, de (nem se poderá impor) uma identidade descritiva (que esqueça os momentos problemático e de investigação que aqui concorrem), mas apenas de uma identidade problemático-intencional, daquela identidade unicamente em que se pensa (e em que só é possível pensar) quando se diz que o objecto intencional de um problema posto e a da corresponden-

dente investigação, com a respectiva solução, é "o mesmo".

Do ponto de vista do réu não é exigível outra identidade, e é a que impõe a natureza dinâmica e problemático-intvestigante do processo. E que a identidade do objecto processual deste modo compreendida é a que vai implicada, ou a única que admite aquela natureza do processo é o que logo se nos faz evidente ao observarmos que perante ela desaparecem as dificuldades e o círculo vicioso que parece suscitar a identidade do objecto do processo quando entendida de outro modo. Dessas dificuldades e aparente círculo vicioso nos fala BELING quando nos diz: "É certo que a questão suscita dificuldades, posto que a comprovação de ter sido ou não praticada a acção e de que modo é o que justamente se há-de conseguir no processo, enquanto que, por outro lado, é o objecto processual que fixa os termos dentro os quais o tribunal deve fazer as suas comprovações". (Ob. cit., 85). Mas tendo presente que o objecto intencional de um problema, ao impor-se como um pré-saber que define tematicamente e pré-delimita a posterior investigação, não exclui, antes exige um enriquecimento determinativo e aquisitivo a obter pela investigação, desaparecerão decerto aquelas dificuldades. (V. também em PETERS, ob. cit., 242, ss., a acentuação da verdadeira mutação de sentido jurídico-processual que o objecto do processo vai sofrendo ao longo do seu dinâmico desenvolvimento e conhecimento processual).

Este sentido de identidade permite-nos ainda compreender um outro ponto. Que será sempre inválido um critério, proposto a determinar a identidade do objecto do processo, que não atenda aos dois vectores que concorrem na síntese intencional constituída por um conteúdo problemático concreto (como é aqui também o caso): "o vector que leva referida a situação concreta perante a qual o problema se põe e à qual investigação se há-de dirigir, e o vector em que vai assumido aquele sentido de validade (no nosso caso, o sentido de validade ou invalidade jurídico-criminal) com fundamento no qual a situação concreta pode ser vista a suscitar um problema concreto (aquele problema jurídico-concreto que emuncia a acusação). Só a síntese intencional destes dois vectores ou dimensões nos oferece o objecto intencional que há-de manter-se idêntico na investigação jurídico-processual, no julgamento e na sentença, sendo por isso errado procurar o critério dessa identidade ou só nos "factos" (na mera descrição deles) ou só em pontos de vista categoriais-jurídicos — como melhor veremos adiante.

b) - O princípio da unidade ou indivisibilidade do objecto do processo. Prescreve este princípio que o objecto do processo deverá ser conhecido na sua totalidade, unitária e indivisivelmente, não podendo a acusação pretender

uma consideração só parcial, ou só de um dos aspectos jurídico-criminaes do objecto posto pela acusação — não tem, pois, nesta medida aplicação ao processo criminal a regra do direito processual civil ne est iudex ultra vel extra partium. Neste sentido pode ler-se em BELING (ob.cit., 86): "O acusador determina para cada processo o objecto processual, individualizando-o na acusação. Todavia, não tem a faculdade de limitar o exame e a decisão do tribunal dentro do objecto processual. Não devem tratar-se em cada processo outros objectos processuais (p. ex., outros factos do mesmo arguido ou factos de terceiro), mas, por outro lado, o indicado objecto processual deve ser objecto de exame e de decisão na sua integridade. (...) A acusação imputa, por ex., ao acusado o haver furtado da caixa do estabelecimento 5 marcos; neste caso o processo estende-se também à hipótese de se tratar de 6 marcos ou de o furto fazer parte de uma série de furtos unificados pelo conceito de delicto continuado (e não de concorrência real)."

Para fundamentar este princípio dizem-nos os autores (v. BELING, ibid., e EDUARDO CORREIA, Caso julgado e depois de comição do juiz, 29) <sup>318 da "Teoria do Processo"</sup> que o impose "não apenas a consideração de que, já de um ponto de vista lógico — segundo as palavras do segundo A. cit. —, é natural que um problema unitário seja resolvido num só processo, não só o interesse do arguido de que se resolva de uma vez por todas

a totalidade do facto por que é acusado, não só ainda a ideia de que uma multiplicação de provas e decisões sobre as diversas partes do mesmo acontecimento punível prejudicaria a economia processual e poderia ser iníqua e contraditória, mas também a circunstância de que a fragmentação do mesmo objecto punível tornaria difícil nos diversos processos a determinação da pena". Mas talvez se deva acrescentar que aquele princípio pode ver-se mesmo como um corolário da natureza eminentemente pública e indisponível do objecto sujeito a julgamento, sendo certo que ao conhecimento indivisível implicado nessa indisponibilidade não se opõe o interesse do arguido (o interesse dele corre, antes também no sentido de um conhecimento total), e se não deve confundir o princípio da acusação com o princípio dispositivo do processo civil (basta pensar no princípio da legalidade da acção penal e nos princípios da oficialidade e inquisitório que no processo criminal sempre são chamadas a integrar o princípio da acusação).

Só que este princípio da indivisibilidade tem de ser considerado tendo presente o princípio da identidade, porquanto o conhecimento deve ser total, mas apenas do objecto processual proposto — é necessário que os pontos que o tribunal conheça criminalmente para além dos que foram expressa e directamente referidos pela acusação sejam momentos ou aspectos de um mesmo e idêntico objecto de pro-

cesso. Diz-nos também neste sentido o Prof. EDUARDO CORREIA (Ibid., 30): "Que o tribunal aguarde a acusação por outros factos (objectos) além dos acusados para que deles se conheça, compreende-se. Que encontre, porém, vedada a sua actividade cognitiva no que toca a aspectos de um mesmo acontecimento, que lhe foi submetido a julgamento, só por que eles não foram indicados na acusação e não constam da promúncia, é coisa que enèrgicamente se tem de repudiar".

c) - O princípio da consunção do objecto do processo. Poderá ver-se neste princípio um correlato do que acabámos de enunciar, já que se esse impunha o conhecimento integral e indivisível do objecto do processo, este agora diz-nos que o conhecimento e decisão do objecto deverá considerar-se como tendo esgotado a sua apreciação jurídico-criminal (i. é, como tendo cumprido o princípio da indivisibilidade), ainda que efectivamente, ou de facto, essa apreciação não tenha sido esgotante (como podia e devia ter sido). Por outras palavras, o conhecimento do objecto do processo deve ter-se sempre por totalmente consumido — a decisão sobre ele deverá considerar-se como tendo-o definido juridico-criminalmente em tudo o que dele podia e devia ter conhecido.

Vejam os dois exemplos, reproduzidos de EBH.SCHMIDT (ob. cit., 166, s.). "A desfechou em 10-V-1965 um tiro de

pistola contra B, que ficou ferido na cabeça; depois de um demorado tratamento clínico B ficou completamente restabelecido. A foi acusado por tentativa de homicídio, mas foi condenado por ofensa corporal produzida "com arma de fogo". 'O facto' (o objecto do processo) é neste caso a agressão a tiro com a totalidade dos seus efeitos sobre B, e igualmente com todas as intenções psicológicas efectivamente tidas por A. Se se averigua, depois de a sentença ter transitado em julgado, que A tinha querido matar B com o tiro de pistola para o roubar, não se poderá já pôr em movimento um novo processo contra A com a acusação de tentativa de homicídio". Do mesmo modo, se a acusação por 17 furtos vem a ser julgada e punida como crime continuado, não poderá admitir-se uma nova acusação de mais 9 furtos que não foram considerados no primeiro julgamento e que se vem posteriormente a saber estarem numa unidade jurídica, de crime continuado, com os furtos ali considerados.

Como estes exemplos imediatamente nos fazem compreender, pode dizer-se que os princípios da indivisibilidade e da consunção do objecto processual se referem ambos à unidade ou totalidade normativa desse objecto, só que o primeiro perspectiva essa totalidade unitária no sentido do conhecimento a realizar (e prescreve que esse conhecimento se ja indivisível e total) e o segundo perspectiva a mesma totalidade no sentido do conhecimento realizado (e prescre-

ve que esse conhecimento deve ser considerado como se tivesse sido indiviso e total). E o que fundamenta este último princípio não oferece dúvidas. "Esta esgotante cognição, observa o Prof. EDUARDO CORREIA (ob. cit., 25), não só corresponde ao interesse da realização da pretensão punitiva do Estado, como é imposta pela considerações dos interesses do acusado, que verá dessa forma — nos máximos limites possíveis e respeitando-se o seu direito de defesa — decidida a sua sorte. Efectivamente, por isso que assim alcança o correspondente caso julgado o mais lato âmbito possível, ele põe-se ao abrigo do vexame de novos julgamentos, conseguindo, portanto, no máximo realizável, a sua paz jurídico-criminal". Ora se esta é a amplitude do poder e do dever de cognição do tribunal, por ela correlativamente se há-de determinar a amplitude consuntiva do caso julgado, já que só desse modo se dá inteira satisfação àqueles valores de paz e segurança jurídico-criminais — estes exigem um conhecimento total e esgotante, e se ele não foi feito, podendo e devendo sê-lo, tudo se deve passar como esse poder e dever tivessem sido cumpridos, pois caso contrário seria sempre precária a garantia que justamente a exigência do conhecimento esgotante pretende dar.

Mas é evidente que ainda aqui vai pressuposta a identidade do objecto do processo — é ao mesmo objecto que o princípio da consunção se refere e só relativamente a ele

tem sentido. Continuamos, assim, a dar-nos conta que a questão decisiva no problema do objecto do processo é a questão da sua identidade, que passamos a considerar.

### 3. O critério da identidade do objecto do processo. - - -

Se o problema do objecto do processo é, fundamentalmente, o problema da sua identidade, tudo se vem a reconduzir à questão do critério por que se haja de aferir essa identidade, o critério que nos permita dizer fundadamente, em face de um qualquer ponto concreto, se ele se insere num mesmo objecto processual em que relevam também outros pontos concretos ou se nos põe perante um objecto processual distinto e autónomo. E uma coisa é certa, este problema tem como núcleo essencial uma dimensão metodológica, que faz com que ele tenha de encontrar a sua solução num plano necessariamente translegal. Pode a lei admitir que num processo se considere apenas parte de um objecto processual, que se associem vários objectos ou que um se convole noutro, mas o que não pode é impor-nos os limites pelos quais se há-de circunscrever a identidade de cada um desses objectos, pois aquela será sempre expressão da individualidade e unidade do caso jurídico-criminal concreto que surge na própria realidade jurídico-social — é a individualidade do caso jurí-

dico, com a sua unidade concreto-problemática, que se impõe à regulamentação processual, e não será esta que decide daquela e da sua individualizada unidade jurídico-concreta (cfr. BELING, ob. cit., 84). Por outro lado, isto mesmo nos mostra que a dimensão metodológica do nosso problema vem no fundo a coincidir com aquele momento do problema metodológico geral da aplicação do direito pelo qual se define o que seja o objecto dessa aplicação, ou em que se cons titui a objectivação daquele quid que, em qualquer problema jurídico concreto (em todo o "caso jurídico"), oferece o objecto [intencional] de decisão jurídica, o que há-de ser conhecido e decidido juridicamente.

Não se estranha, assim, que as duas correntes principais que deparamos a propor-nos o que haja de ser o critério válido para a determinação da identidade do objecto processual sejam justamente duas orientações metodológicas que se enchem no problema metodológico geral do direito, e particularmente no problema metodológico específico do direito criminal da determinação e critério da identidade do "facto criminoso", da identidade do delito, que o mesmo é dizer da unidade e pluralidade de infracções — enquanto o objecto [intencional] da aplicação do direito criminal. Referimo-nos às duas conhecidas posições "naturalista" e neokantiana (teleológico-culturalista) na solução deste último problema criminal e que se pretendem impor, nos mesmos

termos, como perspectivas por que directamente se há-de re-  
solver também o nosso problema da identidade (da unidade e  
pluralidade) do objecto do processo: o que decidiria da  
identidade da acção, do facto criminoso, do delito no pla-  
no e para os fins normativos do direito criminal decidiria  
de igual modo da identidade do objecto processual no plano  
e para os fins normativos do direito processual criminal —  
haveria, em princípio, tantos objectos de processo quantos  
os delitos jurídico-criminalmente individualizáveis. Deve,  
no entanto, observar-se que aquelas duas posições, não obs-  
tante tudo o que parece terem de irredutivelmente contrá-  
rio, não deixam de ter ~~em~~ um pressuposto metodológico fun-  
damental — o esquema normativista-subsuntivo na compre-  
ensão e solução do problema geral da aplicação do direito,  
esquema que, como se sabe, essencialmente se define pela  
dissociação analítico-objectiva dos dois termos

cuja um deles subsistente em si ou a conside-  
rar independentemente do outro, e susceptíveis apenas de uma

A orienta-  
ção naturalista no problema do objecto do processo procura  
resolver esse problema só pela consideração dos factos, do  
acontecimento fáctico-histórico, a orientação neokantiana  
tende a considerar como decisiva a perspectiva definida só  
pelo ponto de vista das normas legais. Pelo que as objec-  
ções metodológicas que tenham de fazer-se àquele esquemati-

rão a repercutir-se necessariamente em ambas estas orienta-  
ções.

a) - Qualquer que seja, porém, a orientação a se-  
guir, há pontos indiscutidos e outros que hoje todos subs-  
crevem.

a) - A identidade do objecto do processo tem  
de certo uma dimensão subjectiva — pressupõe a identidade  
do ou dos arguidos. "Tratando-se de vários arguidos, es-  
clarece BELLING (*ibid.*, 84), ainda que seja distinta a par-  
ticipação (coautoria, instigação, cumplicidade) existem, pe-  
lo menos, tantos objectos processuais quantos os arguidos. A  
matéria processual contra o cúmplice é diferente da consi-  
derada perante o autor principal, etc."

b) - A identidade objectiva não se decide por  
um ponto de vista meramente jurídico-qualificativo. O ob-  
jecto do processo não deixará de ser o mesmo só porque a  
sua qualificação jurídica tenha variado — assim, se o  
M. P. qualificou o caso jurídico como "furto", não seremos  
postos perante um outro objecto processual só porque o juiz  
qualifica a mesma infracção acusada como "abuso de confian-  
ça" e nessa base vem a proferir a condenação. É, pois, in-  
diferente o nomen iuris, e nessa medida deixou de dar-se qual-  
quer relevo à doutrina (francesa e belga) do fait qualifié  
(v. sobre esta doutrina, EDUARDO CORREIA, *ibid.*, 106, nota

1). A sua superação na nossa lei é evidente, em face do único do art. 351.º e do art. 447.º (a fortiori) do Cód. pro-cesso criminal.

b) - A partir daqui começam as dúvidas, ao enfrentarem-se as duas orientações já referidas. Para a primeira, na base de uma concepção fáctico-naturalística do pressuposto objectivo da decisão criminal, o objecto do processo identifica-se pela unidade do "acontecimento histórico", pelo sucesso historicamente verificado, objectivado e delimitado com fundamento numa unidade naturalística e descripto em termos puramente fácticos. Por outras palavras, ele deve ser identificado e individualizado em termos e com fundamento puramente fáctico-naturais, como um simples facto material, e, portanto, independentemente da consideração de quaisquer pontos de vista jurídicos. Diz-nos, com efeito, e neste sentido, BELLING (ob. cit., 84, s.) que "a unidade ou pluralidade dos "factos" não depende de valorações jurídicas. (...). Os factos distinguem-se em atenção ao acontecimento histórico". Do mesmo modo EBE. SCHMIDT (ob. cit., 166): "'Facto' em sentido processual não pode entender-se como 'acção no sentido de um tipo legal de crime determinado'"; pois 'facto' só pode ser o acontecimento compreendido através da totalidade das circunstâncias históricas que enquadram o comportamento do arguido e lhe dão

o seu sentido social. 'Facto' é, portanto, um acontecimento histórico, no qual se insere um determinado comportamento do arguido (a investigar pelo tribunal)".

E se em face desta concepção perguntarmos de quem no dela se reconhece aquela indeterminação (embora relativamente determinável) que vimos ser conatural à índole dinâmica-investigante do processo, e que, para além disso sem <sup>de 242.º e 283.º</sup> se caracterizará uma objectivação histórico-humana (e mesmo que deixemos agora de lado a intencionalidade problemática <sup>atrás sublinhada</sup>), a resposta temo-la ou no postulado metodológico de que a polarização identificadora se traduz na referência à (PETERS, ob. cit., 441, s.), à mesma unidade naturalística ou histórico-factual, que abrangerá todos os elementos e circunstâncias aglutinadas por aquele polo de unitária referência (cfr. EDUARDO COMBETA, Ibid., 32), ou na compreensão do facto-objecto não directamente como um facto real, e apenas realmente de terminável, mas como um <sup>1</sup>, um facto representado como tema de investigação, nos termos da conhecida posição de BELLING: trata-se de "um caso hipotético da vida referido ao direito penal, posto que só o processo mesmo nos revela que factos reais aconteceram efectivamente e se, portanto, há lugar ou não à punibilidade. Ao falar de um 'caso penal' não se afirma o delito e a punibilidade efectivos. O 'objecto processual' constitui unicamente o 'ta-

ma' da investigação e da decisão; por outras palavra: algo pensado" (ob. cit., 80). "A questão do objecto processual não se identifica com a realidade histórica. Nem sequer a negação plena de toda a realidade histórica relativamente ao tema do objecto do processo destrói a existência deste. Por esta razão, pode variar o facto histórico, sem que o objecto processual perca a sua identidade, desde que a ideia básica do objecto processual fique intacta" (ibid., 85). Desse modo, há que esclarecer, para o primeiro destes dois sentidos da indeterminação-identidade, qual exactamente o critério da postulada unidade fáctico-social da situação ou acontecimento histórico, e para o segundo, o que dá unidade de-identidade ao tema proposto, ao "facto hipotético". E os critérios oferecidos (afinal a solução que aquelas posições verdadeiramente propõem para o problema da identidade do objecto do processo) são estes:

Segundo [BELLING] teríamos de socorrer-nos de uma intenção representativa, corrigida embora por considerações normativas -- "O conceito do objecto processual concreto, diz-nos este A. (ob. cit., 85, s.), visa a finalidade prática da separação dos processos e da concentração de cada um deles. Esta finalidade é por sua vez influenciada pelos interesses dos que participam no processo, pelo que temos de atender às alterações da representação do facto, que resultam das investigações, considerando a mencionada finali-

dade e os mencionados interesses. O facto já não é o mesmo, se a sua representação é tão distinta da ideia original, que convém fazê-lo objecto de um processo independente. Também pode acontecer que não seja exatível ao arguido defender-se por motivo de novo facto no quadro do processo instaurado". Há, no entanto, que reconhecer-se que o problema está longe de ficar só deste modo resolvido. É decerto exacto ver na intencionalidade objectiva do objecto processual um conteúdo que se não confunde com a efectiva realidade, já que sendo o seu sentido de índole problemático-interrogante e a sua finalidade uma investigação que pode tanto confirmar, como não confirmar aquele sentido hipotético) o conteúdo objectivo por ele posto (ou proposto) terá de transcender a realidade efectiva a averiguar e de subsistir na sua específica intencionalidade, exista ou não a realidade interrogada (cfr. EDUARDO CORREIA, ob.cit., 44, nota 1). Mas o que não pode é confundir-se esta intencionalidade problemático-transcendente com um tema meramente representativo e que de qualquer modo se proponha, posto que, por um lado, não se trata de averiguar pura e simplesmente de uma realidade (susceptível, como tal, de ser apreendida e delimitada por uma mera representação), mas de averiguar de julgar <sup>o facto</sup> do cumprimento numa certa realidade de um particular sentido de validade (o sentido da validade jurídico-criminal), pelo que se trata antes de um problema que de

uma representação, e problema que não pode emunciar-se sem uma específica intencionalidade jurídica (i. é, o objecto do processo terá de ser necessariamente perspectivado juridicamente); Por outro lado, o tema juridicamente problemático não pode ser um qualquer, mas unicamente o que autoriza, e fundamente, a referência a um caso concreto (i. é, o objecto do processo terá de ser, também necessariamente, referido e fundado concretamente)./ Quanto à segunda nota do critério de BELING, a identidade do processo terá de ser função da exigibilidade da defesa do arguido, e ela também sem dúvida exacta, já que o interesse dessa defesa é um dos factores a determinar o próprio problema do objecto do processo — se que invocar esse factor não é resolver o problema, é simplesmente exigir que a identidade do objecto processual seja definida em termos jurídico-processualmente adequados.

Menos ainda satisfaz esta exigência o primeiro dos dois sentidos discrimináveis na concepção ("naturalística") do objecto processual, a que estamos a referir-nos. Esse sentido da identidade do objecto só procura, na sua estrita perspectiva fáctico-naturalística, aquele critério factício pelo qual se pudesse considerar naturalisticamente unitário o acontecimento material. E por isso vemos ter por decisivo já a identidade de conduta (a actividade material do agente), já o objecto ou a direcção dela, já o seu resultado (o evento), já a intenção subjectiva, etc., ou al-

ternativamente qualquer destes factores, consoante os casos concretos (v., neste último sentido, PETERS, ob. cit., 438, ss.). Mas esta posição, sendo certo que ainda hoje é a dominante, nem sequer oferece as virtualidades da proposta de BELING, posto que nesta sempre havia o reconhecimento de uma intencionalidade que transcendia a mera realidade fáctica, muito embora não compreendesse ainda nessa intencionalidade uma indispensável, e concretamente referida, dimensão jurídica. E ao mérito da sua orientação apenas naturalística já foi feita uma crítica concludente — a que se deve ao Prof. EDUARDO CORREIA, ob. cit., 34, ss. Aí se sustenta que aquela posição, já repudiável pelas inaceitáveis consequências jurídicas que implica — e que se traduzem em sacrificar inegáveis unidades jurídicas, a exigirem um conhecimento processualmente unitário e indivisível] a meras discriminações fáctico-naturais juridicamente irrelevantes, como pode acontecer nos casos de crime continuado, de delitos colectivos, nos casos de concurso aparente de crimes (como nas hipóteses de crime progressivo ou de facto prévio ou posterior não punível), etc. —, não poderá sobretudo aceitar-se metodologicamente, porquanto a objectivação de qualquer realidade há-de entender-se sempre como função de um certo ponto de vista, de uma certa perspectiva de relevância previamente eleita pelo investigador — "... é a própria experiência comum a ensinar que os objec-

tos e acontecimentos deste mundo, como o agir humano, não contém em si nada por que se possa reconhecer a sua unidade ou pluralidade. A afirmação da unidade de certos fenómenos, factos ou objectos é ou pode ser já o resultado da sua referência a um determinado ponto de vista que interessa ao sujeito" (Ibid., 40) —, e o ponto de vista para nós unicamente relevante será um ponto de vista jurídico-criminal. Fora desse ponto de vista, ou se procurava encontrar apenas naturalisticamente uma unidade como que em si, e se ria isso impossível, ou poder-se-ia optar por tantos critérios não jurídicos quantos se quisesse, que todos eles, valendo o mesmo para a perspectiva jurídica-normativa, seriam para esta indiferentes e arbitrários.

c) - A segunda concepção do nosso problema, através re-ferida — a concepção de sentido neokantiana teleológico-culturalista, e que procura oferecer para ele uma solução que se traduz na aplicação ao problema da identidade do objecto processual da mesma solução que, com aquele sentido, propõe para a teoria do concurso de crimes, para a definição da identidade ou a unidade e pluralidade de infracções —, é seguida e refundamentada entre nós pelo [Prof. EDUARDO CORREIA] na monografia que temos vindo a citar.

O que há de particular nesta concepção é o frontal repúdio de toda a metodologia naturalística na elaboração

dogmática da teoria jurídica do crime, tanto no plano material como no plano processual, com a sua substituição por uma metodologia teleológico-culturalista. Isto é, uma metodologia que — aceitando do neokantismo, em geral, o senti- do idealista-transcendental da objectividade (esta encontraria o seu fundamento não no "objecto", como algo em si oposto ao sujeito, mas nas funções conformadoras e categoriais objectivantes do próprio sujeito), e do neokantismo culturalista, em especial, o dualismo epistemológico da distinção entre "ciências da natureza" e "ciências da cultura" (estas constituiriam as suas conceitualizações mediante uma teórico-ideográfica referência da realidade a valores) —, nega igualmente ao pensamento jurídico, e particularmente ao pensamento dogmático jurídico-criminal, a validade de objectividades jurídicas ou com relevo jurídico que em si, ou "de fora", se impussem, ao mesmo tempo que lhe imputa uma conceitualização, não meramente representativa de realidades objectivas ou em si, mas, inversamente, constitutiva das suas próprias objectivações através da conformadora referência da realidade aos valores e fins jurídicos e jurídico-criminais. Por isso nos diz o Prof. EDUARDO CORREIA: "Ora toda a construção jurídica, se quiser chegar a bom termo, não pode abstrair de que o direito e as suas relações se situam num plano que, por força do processo ideográfico da formação dos seus conceitos,

se distingue do mundo das ciências da natureza; não deve esquivar-se que o crime, como fenómeno jurídico que é, só pode também compreender-se como produto da referência teórica de certos factos empíricos a valores, fins ou interesses jurídicos-criminais, só pode conceitualizar-se quando colocado numa esfera jurídica específica, com as suas categorias e formas de pensamento próprios, numa esfera sempre e necessariamente referencial. Por isso, teleológica há-de ser sempre a estrutura dos conceitos a que é possível elevarmos-nos no direito criminal, teleológica há-de ser ainda a estrutura do *summum genus* dentro do qual a respectiva dogmática tem de se mover" (ob. cit., 42, s.).

"Ora bem: a uma situação inteiramente paralela — continuamos a transcrever o A. cit. — se é levado quando, em vez do direito substantivo, se considera o direito criminal adjectivo. Também uma construção naturalística do objecto processual não logra, como vimos, dar soluções precisas e exactas ao problema dos limites da identidade do facto. E não o consegue porque esquecendo a natureza própria do plano teleológico ou referencial a valores em que ele se coloca, desce do mundo jurídico para o mundo naturalístico, como se se tratasse de coisas só hierarquicamente diferentes. E, todavia, qualquer que seja a estrutura da relação jurídica adjectiva penal, (...), certo é que o seu objecto é necessariamente um acontecimento com uma estrutura

teleológica que o faz situar num plano diferente dos meros acontecimentos psico-físicos em que naturalisticamente ele se esgotaria. Mas sendo assim, nesse plano há-de ser posto o problema da sua identidade. Esta não poderá derivar, pois, de qualquer coincidência naturalística, mas só de uma coincidência dos concretos juízos de valor em que o objecto processual se analisa" (Ibid., 43, ss.). E nesta base se teria de concluir que o exacto e positivo critério daquela identidade seria oferecido pelo tipo legal de crime, no qual se objectivam as violações dos valores jurídicos-criminais — seria o tipo legal de crime a função categorial, cu o ponto de vista para a teleológica referencial objectivadora e unificadora do objecto processual. Se na teoria material do concurso de crimes se deveria concluir, em princípio, por tantas infracções quanto os tipos legais de crime preenchidos, do mesmo modo na teoria processual da identidade do objecto do processo se deveria reconhecer e delimitar essa identidade pela unitária referência a um tipo legal de crime — a unidade ou a pluralidade dessa referência decidiria da unidade ou pluralidade de objectos processuais. Neste sentido se postula como critério da unidade do objecto processual "a concreta e hipotética violação jurídica-criminal acusada" (Ibid. 56, e passim).

Deve, no entanto, desde já observar-se que este

critério, com ser o fundamental, não decidiria só por si do possível e concreto objecto de conhecimento proposto ao tribunal pela acusação. Se o critério é dado pelo tipo legal a que vai referida a infracção acusada, se a identificação e delimitação dessa infracção e, portanto, do delicto a julgar deve ser em princípio função da unitária referência que se faça do conteúdo descritivo da acusação ao hipotético preenchimento concreto do tipo legal de crime acusado, sempre, porém, razões de ordem apenas processual (economia processual, a utilização de elementos instrumentais susceptíveis de se perderem, a vantagem de prevenir decisões contraditórias) poderiam justificar "que se dê ao juiz possibilidade de conhecer violações que não tenham qualquer relação legal com as acusadas, contanto que os elementos constitutivos concretos daquelas violações de alguma maneira coincidam com os que suportam a descrita na pronúncia (e na acusação)" (ibid., 48), i. é, desde que "os factos naturalísticos apontados no despacho de pronúncia (e na acusação) sejam susceptíveis, no todo ou em parte, de suportar uma acusação diferente" (Ibid., 90). Assim se explicariam, pois, os casos de convolução (v. art. 447.º do Código) e os desvios que eles inevitavelmente impõem ao critério enunciado.

Mas mesmo a aplicação desse critério não ficaria ainda exactamente compreendida se não atendermos a alguns de-

envolvimentos. Em primeiro lugar, repele esse critério a confusão dos seus resultados com a solução da ultrapassada doutrina do fait qualifié, porquanto se é certo que ambos têm de comum o relevo decisivo que atribuem à referência a um tipo legal de crime, ao momento legal da qualificação intencionada pela acusação, não deixariam de se distinguir num ponto importante, a saber: enquanto a solução do fait qualifié impunha uma estrita vinculação à qualificação jurídico-legal enunciada pela acusação e aceite pelo despacho de pronúncia, em termos de se não poder condonar ou absolver o arguido por qualquer outra infracção, o critério agora em causa inclui na referência-qualificação acusada todos os tipos legais de crime que estejam numa relação de unidade jurídica com o tipo legal directamente referido. O que acontecerá sempre que esses tipos legais de crime estejam entre si ligados pelas relações jurídico-legais de hierarquia (segundo as regras da especialidade e da consunção, pura e impura) ou se tenha de unificar juridico-normativamente uma pluralidade real de condutas ou factos pela específica unidade jurídico-criminal do crime cometido. Nesses casos o poder de cognição do tribunal, para condenar ou para absolver, estende-se à averiguação do preenchimento concreto de todos os tipos (ainda que não acusados) que estejam na aludida relação de unidade jurídica com o tipo ou a violação única e directamente acusada, e do

mesmo modo o seu poder e dever de cognição e decisão abran-  
ge todas as condutas, embora não consideradas na acusação e  
na pronúncia, que com as acusadas estejam integradas na uni-  
dade jurídica característica do crime continuado. Quer di-  
zer, estes seriam os limites dentro dos quais e até aos  
quais seriam aplicáveis os princípios da indivisibilidade e  
da consunção do objecto do processo.

Assim, quanto ao crime continuado — "como é sabi-  
do, sempre que a renovação da ofensa de um bem jurídico fun-  
damentalmente idêntico tenha sido determinada pela existên-  
cia de uma situação exterior que facilite de maneira apre-  
ciável a reiteração criminosa, prementes razões de justiça,  
a que se juntam altas vantagens de economia processual, im-  
põem considerar toda a actividade do agente, a despeito das  
várias volições que animam a sua execução, como uma unida-  
de jurídica, como um crime continuado" (A. cit., ob. cit.,  
74) —, as consequências práticas seriam estas: 1) se algu-  
mas actividades integradas por um crime continuado foram ob-  
jecto de decisão, fica consumida a possibilidade de acusa-  
ção e de condenação relativamente a quaisquer outras acti-  
vidades integráveis no mesmo crime continuado, ainda que  
não tenha sido efectivamente consideradas; 2) condenado ou  
absolvido o arguido como autor de um qualquer crime, e pro-  
movida posteriormente nova acção penal com fundamento em  
factos que não foram conhecidos na primeira acção, mas que

se vêm agora entender em continuação criminosa com o deli-  
to por que se condenou ou absolheu nesta acção, devem con-  
siderar-se igualmente consumidas pelo objecto processual da  
primeira acção os factos posteriormente acusados.

Por último, deve atender-se a que a circunstância  
de estarmos perante o mesmo tipo legal de crime não permi-  
te concluir que o conhecimento do tribunal se estende a to-  
das as condutas que o preenchem, pois o mesmo tipo legal po-  
de ser violado mais de uma vez e dar, assim, lugar a várias  
infracções. Há, pois, que fazer intervir um outro elemen-  
to do delito, o seu elemento subjectivo — a resolução e a  
culpa. E por isso os poderes de cognição, relativamente ao  
mesmo objecto, estendem-se até aos limites de individualiza-  
ção que a culpa com a sua unitária resolução confere ao de-  
lito, mas não vão além desses limites — "Os limites da in-  
dividualidade de uma conduta, ainda que descontínua, que pre-  
encham o mesmo tipo legal de delito só podem efectivamente  
encontrar-se onde um novo juízo de censura e de culpa, on-  
de, pois, uma diversa resolução de vontade se possa afir-  
mar. Até lá, ou seja, verificado que entre as actividades  
do agente existe uma conexão no tempo tal que, de harmonia  
com a experiência comum e as leis psicológicas conhecidas,  
se deva presumir tê-las ele executado a todos sem renovar  
o respectivo processo de motivação, estamos em presença de  
uma unidade jurídica, de uma só infracção" (Ibid., 58).

d) - O que há de específico em toda esta concepção, descontados os desvios que relativamente ao seu ponto de vista fundamental aceita para não repelir os casos de con-<sup>334</sup>volução e o relevo que não deixa de dar também a momentos<sup>336</sup> concreto-reais através da consideração individualizadora da culpa, é, como já dissemos e agora acabamos de comprovar, o seu critério de objectivação. A realidade em geral objectiva-se como correlato intencional de uma referência teórico-conformadora, em último termo como conteúdo constitutivo (unificado e delimitado) por uma função categorial; a realidade jurídica, e no nosso caso particular a realidade jurídica que define o conteúdo do objecto do processo é simplesmente o correlato objectivo das categorias jurídico-legais que são os tipos legais de crime, e por estas, ou em função destas, unicamente se constitui. Por outras palavras, da realidade em geral apenas se consideram os conteúdos que correspondam ou sejam subsumíveis a prévias quadros conceituais-categoriais, ou que sejam, quando muito, individualizações desses quadros a priori; a realidade como que é apenas ocasião da aplicação dos conceitos, de prévios es<sup>337</sup>quemas dogmáticos, sem que tenha em si qualquer virtualidade de para romper esses esquemas, ou compreendida com tão amorfa ductibilidade e com tão tranquila aproblematicidade que o momento material nada mais seria do que um factor funcional na manipulação conceitual-dogmática e os problemas se

reduziriam às relações lógicas de identidade ou contradição subsuntivas entre a massa caótica dos dados oferecidos e as prévias e hipotéticas objectivações conceituais.

Mas é este um entendimento da realidade e uma compreensão da objectividade que, não obstante o inesgável contributo que historicamente se lhes deve na superação do chão e empírico naturalismo, temos já hoje de considerar, por sua vez, culturalmente superada com a superação gnoseológica e epistemológica do neokantismo de que se alimentavam. Desde o pensamento e a redução fenomenológicos sabe-se que o "sujeito", com as suas funções categoriais, é intencional e ontologicamente solidário o correlativo aos conteúdos objectivos e ónticos, que ele é apenas um termo na totalidade seja existencial, seja ontológica em que indivisivelmente se integra e onde unicamente é compreensível, se é que não é esse "sujeito constituinte" afinal apenas função ou mesmo tão-só um iludido reflexo de estruturas históricas ou objectivas fora dele. E no que toca directamente ao pensamento jurídico, temos do mesmo modo de reconhecer que a metodologia que nele se elaborou sob influência do neokantismo culturalista, se em muitos pontos não ultrapassou os quadros do conceptualismo jurídico tradicional, pôs, no entanto, indelévelmente em relevo a irreductível dimensão jurídica (que não tem de ser, como pensa no fundo a corrente que apreciamos, apenas a do jurídico legal) em todos os contei

dos e sentidos jurídico-normativamente relevantes, e assim na própria realidade juridicamente relevante, a qual, para o ser, não pode deixar de ser informado por um sentido jurídico. Mas igualmente se terá de repelir nesse pensamento o seu unilateral dogmatismo, a sua redução da realidade jurídica a mero correlato objectivo-categorial, a identificação das suas objectivações com as objectivações conceituais (e conceituais-legais, no fundo), a bastar-se com um mundo de objectivações categoriais e de finitude estática lógico-teoréticamente redutível — tudo o que é fugir de um unilateral extremismo, o do objectivismo naturalista, para um unilateral extremismo inverso, o do subjectivismo idealista.

Quanto ao problema que nos preocupa, bastar-nos-emos, nesta base, com três observações. As duas primeiras de índole processual, a terceira de sentido metodológico.

a) - Deve seguramente aceitar-se que o tribunal seja livre de considerar todos os pontos de vista jurídicos pertinentes (iura novit curia) — mas pertinentes a algo, a algo que para esses possíveis modos de ponderação jurídica se impõe como objecto, que delimita essa indeterminação do possível, a amplitude da pertinência. Pois se o juízo jurídico, como todo o juízo material, é um juízo sobre algo, e se nesse sentido pressupõe um objecto, será tão inaceitável procurar a delimitação objectiva no próprio pla-

no da validade a predicar, e unicamente nos seus conteúdos intencionais, como inaceitável é, p. ex., procurar o termo objectivo de um juízo material de verdade no próprio plano dos conteúdos da validade intencional a predicar. Pois isso só pode significar, como no-lo mostram os radicais critérios de "verdade" do neopositivismo, que se renuncia a um autêntico juízo de verdade (juízo material, ou de intencionalidade objectivo-concreta), já que se não ultrapassa o domínio de mera coerência lógica (axiomático-sistemática) das proposições e dos conceitos, i. é, apenas se pode pretender a não-contradição formal e nunca a validade material do juízo (a conveniência objectivo-material a algo). Do mesmo modo, pensar que os conteúdos jurídicos a predicar (os conteúdos jurídico-legais dos tipos hipotéticos de delito) não se definem e individualizam o próprio objecto da predicacão é sem dúvida aceitar o círculo de uma coerência lógica — o qual apenas admite que se afirme a identidade ou a contradicção lógicas entre o conteúdo hipotético-jurídico que se postula e o conteúdo objectivo que se seleccionou para cumprir essa relação lógica, e nada mais — e excluir, por isso mesmo, a possibilidade de uma verdadeira opção predicativa, uma verdadeira autonomia de predicacão material da validade jurídica. Pois esta autonomia só pode verificar-se pressupondo-se um objecto de predicacão independente da própria predicacão, i. é, um objecto que sub

sista idêntico não obstante a variabilidade dos juízos predicativos (só assim se poderá discutir qual destes é o exacto), e isso não acontecerá decerto onde o objecto for ele próprio constituído pela predicação, ou for simples correlato-objectivação da categoria predicante. E em nada diminui o alcance desta objecção o chamar-se a atenção para o alargamento das possibilidades predicativas que oferecenas relações jurídico-sistemáticas entre as normas, pois se não significa isso introduzir em alguns casos elementos materiais-concretos que já não vão na linha do método postulado, ou se nos mantivermos apenas na sua estrita virtualidade de metodológica, o que essas relações implicam é apenas um alargamento sistemático dos conteúdos predicáveis, mas não alteração do método da predicação — considerando-se apenas a norma expressamente invocada ou ainda aquelas que com essa estejam numa certa relação lógico-jurídica, sempre, para aquele método, o objecto será mero correlato lógico delas. E, assim, poderemos discutir a coerência lógica das hipóteses legais com o seu correlato logicamente objectivo, mas não a adequação normativo-material do juízo que, com fundamento nessas normas, ele deve proferir sobre o pressuposto objecto concreto.

E que este objecto vai processualmente pressuposto como tal, na sua subsistência objectiva, é o que nos comprova a própria necessidade de ultrapassar os limites pres-

critos pela objectivação referencial (hipotético-normativa) — invocando embora os benefícios da economia processual — sempre que o conteúdo objectivo da acusação efectivamente os ultrapasse. Nem, por outro lado, a economia processual é fundamento suficiente para qualquer alargamento da cognição judicial, pois se fosse só por si suficiente deixaria de dar qualquer garantia e próprio princípio da acúsacão. Pelo que ele só pode ser válidamente invocável enquanto a sua invocação for admitida pela solução a dar ao problema da identidade do objecto processual. Isto é, não serão nunca as vantagens apenas da economia processual que decidirão da solução a dar a esse problema, mas, inversamente, só no quadro do problema do objecto do processo, e na medida em que o permita a solução que para ele exigem os fundamentais valores jurídico-processuais aí em causa, poderá dar-se algum relevo, sempre secundário, às vantagens da economia processual ou de quaisquer outros princípios processuais da mesma índole só formal — e, como tais, invocáveis em todos os problemas processuais, mas não podendo impor a solução específica de nenhum. Quer isto dizer que é apenas na solução unitária a dar ao problema do objecto do processo que havemos de encontrar o critério dos limites do conhecimento judicial.

β) - Deve observar-se, em segundo lugar, que não é lícito confundir-se a perspectiva jurídico-criminal

material com a perspectiva jurídico-processual criminal, e assim a autonomia que a esta confere a sua específica intencionalidade axiológico-jurídica.

O que o processo criminal se propõe é averiguar se a conduta ou condutas criminalmente imputadas a alguém, e pelas quais se vê acusado, constituem efectivamente um delito, se vários, se por eles é jurídico-criminalmente responsável o arguido, etc. Tem, pois, de admitir-se que a unidade processual do objecto de investigação e de decisão (o objecto processual) se pode conciliar com uma pluralidade de material de delitos (concurso de infracções), e por isso não temos que pressupor uma simetria entre a unidade ou pluralidade das infracções e a unidade e pluralidade dos objectos processuais ou pensar coincidentes o critério da identidade do delito e o critério da identidade do objecto do processo. E esta não coincidência, ou pelo menos a sua possibilidade, funda-se na própria diversidade das intenções normativas que vão implicadas pelos problemas da identidade do delito e da identidade do objecto do processo.

O que se pretende assegurar com a exacta definição e delimitação da unidade material do delito é a exclusão do bis in idem punitivo, e o que directamente se propõe a definição da unidade ou identidade processual do objecto processo é assegurar a pontual realização do princípio acusatório, enquanto garantia quer da imparcialidade e objec-

tividade do julgador, quer do legítimo direito do réu a uma defesa eficaz. O que aqui interessa é que o tribunal conheça e julgue só sobre o que foi acusado (sobre "o mesmo") e que o réu também só disso (do mesmo) se tenha de defender, pouco importando que nesse objecto de julgamento e de defesa se inclua só um ou vários delitos; enquanto que materialmente o que é decisivo é saber se ao punir por duas infracções se não se estará realmente a punir duas vezes o mesmo delito, ou se as várias condutas não devem ser unificadas para efeitos de se considerar um só crime e, portanto, passíveis globalmente de uma só punição. A unidade e identidade do delito é, portanto, coisa fundamentalmente distinta da unidade e identidade do objecto do processo, possam embora coincidir de facto muitas vezes. Se o critério da identidade material do delito houverá de fundar-se nos valores jurídicos que informam as intenções fundamentais do direito criminal material, o critério da unidade do objecto processual terá de encontrar o seu fundamento nos valores específicos do direito de processo criminal, no conteúdo axiológico-jurídico da sua ideia, da sua intencionalidade fundamental (cfr. neste sentido W. SAUER, Allg. Prozessrechtlehre, 103, ss.) — ali a justa avaliação jurídico-criminal das condutas delituosas, aqui a justa aplicação concreta do direito criminal mediante o julgamento de uma acusação, e julgamento estruturado em termos de assegu

rar tanto um conhecimento adequado, mas objectivo e imparcial, como um efectivo direito de defesa; e, por isso, se ali o objecto do juízo é um delito, se o direito criminal pressupõe analiticamente as infracções dissociadas umas das outras para sobre cada uma delas prescrever a apreciação jurídico-criminalmente justa, aqui o que tem de considerar-se unitariamente é apenas a acusação apresentada, tradução jurídico-processual de um caso e de uma conduta histórico-sociais concretos e com o carácter justamente sintético e global que corresponde a um caso jurídico concreto, a um caso de vida. O que se traz ao tribunal não são as infracções tais como o direito criminal abstracta e analiticamente as pensa, mas os casos jurídico-criminais tais como concreta e sinteticamente a vida social os realiza — e daí que a unidade aqui em causa não seja a unidade do delito dogmática e abstracto-analiticamente pensado, mas a unidade do caso jurídico criminal concreta e processualmente proposto; aquela unidade ou pluralidade dos delitos analiticamente considerada vai influir decerto no conteúdo da decisão, mas não define o objecto concreto a decidir.

Aliás, é isto o que nos confirma o princípio da indivisibilidade do objecto do processo, pois o seu fundamento não nos permite que o consideremos apenas em ordem à infracção expressamente acusada, antes exige que esgotante e indivisivelmente seja conhecido e julgado todo o caso jurí

dico-criminal acusado. Só assim verdadeiramente o tribunal não fica vinculado ao "pedido" do acusador, embora seja limitado pelo caso jurídico referido e proposto pela acusação.<sup>250</sup> Por isso mesmo, nos parece poder dizer-se que a possibilidade mesma de concolação vai implicada no princípio da indivisibilidade (cfr. infra).

É certo que pelo relevo jurídico do princípio da consunção se vêm a encontrar os critérios da unidade jurídico-criminal do delito e da unidade jurídico-processual do objecto do processo, já que a extensão consuntiva deste, para efeitos de caso julgado, se terá de aferir em princípio pela extensão da unidade jurídico-criminal do delito julgado. E compreende-se que agora, ou para esse efeito particular, assim seja, pois na sentença, no conteúdo dispositivo do julgamento proferido, já não estamos perante um caso jurídico a julgar, mas perante um delito julgado, e julgado decerto nos termos do direito criminal material. Quer isto dizer: no conteúdo da sentença, no conteúdo relativo ao qual a consunção e o caso julgado se referem, é principal e directamente relevante o direito criminal material, as suas intencionalidades específicas, e não já directamente as intencionalidades processuais, posto que estas se esgotaram na organização e condução do caso concreto ao julgamento proferido pela sentença. Isto é certo, mas não é ainda suficiente para apagar, ainda aqui, a auto

nomia da unidade e identidade do objecto processual relativamente à unidade e identidade do delito material. E não apenas nos casos em que corresponde a um só consumido objecto processual uma pluralidade de delitos punidos — nesses casos sempre se poderá dizer que o âmbito consuntivo do objecto do processo não deixa de ser definida materialmente, ou pela "soma" material dos delitos, pela sua acumulação material —, mas justamente nos casos em que são os limites do caso julgado a impor aquela autonomia. Pense-se nesta hipótese: A é condenado por uma subtracção de uma certa quantia de uma caixa que lhe está confiada; forma-se caso julgado; posteriormente a este, A continua a fazer outras subtracções, as quais vêm a ser acusadas e julgadas na unidade de um crime continuado — crime continuado que, vê-se agora, abrangeria também a primeira subtracção por que A fora já condenado. Poder-se-á dizer que esta condenação, o seu objecto de processo, consumiu aquelas posteriores infracções, porque estas se reconhecem agora numa unidade jurídica com aquelas? Não; e não porque o caso julgado tem também limites temporais — do que nem se pre se dá conta —, e assim não "podia e devia" o tribunal da primeira condenação conhecer das condutas posteriores; não devia conhecer delas exactamente porque as não podia conhecer, porque elas foram posteriores (e, portanto, na altura inexistentes). Eis, pois, aqui uma unidade jurídica

repartida por dois objectos processuais. E se se quiser dizer contra isto que a unidade jurídico-material é problema que só se pode considerar relativamente a condutas ainda todas elas por julgar (cfr., quanto a este ponto da teoria do concurso, EDUARDO CORREIA, Unidade e pluralidade de infracções, 2 e nota 2), então terá de reconhecer-se que é agora a perspectiva processual a condicionar a perspectiva material e não esta àquela — o que será uma outra forma de reconhecer que a individualidade e identidade do objecto processual tem uma definição processualmente autónoma.

γ) - A observação metodológica a fazer, e da qual se haverá de inferir em último termo o critério que propomos para a identidade do objecto do processo, visa a determinação do que deva entender-se por dado-objecto (ou pelo proposto objectivo) para a investigação, o conhecimento e a decisão jurídico-criminais. Pois é seguramente um dado-objecto desse tipo e com essa intencionalidade que a acusação propõe ao tribunal para julgamento e decisão. O que há de particular na acusação (e, do mesmo modo, na promíncia) é apenas — à parte decerto o seu sentido especificamente criminal — o facto de nela se antecipar a análise jurídico-material do caso a julgar, de nela se fazer como que um projecto sumário de sentença (condenatória, certamente), quer para justificar juridicamente a acusação dedu

zida, quer para referir ao arguido as imputações jurídico-criminais que em princípio lhe são feitas. Mas estamos já em condições de saber que este factor nada tem de decisivo no ponto que nos importa, uma vez que tanto a liberdade do tribunal quanto à qualificação jurídica, como o princípio da indivisibilidade do objecto processual nos mostram que não é o expresso sentido jurídico com que o acusador vê o caso concreto a julgar o que individualiza essencialmente o objecto do processo, e que antes se poderá dizer que aquela sentido jurídico é só uma primeira posição precária e não vinculante, tomada sobre algo que ele próprio pressupõe, ou sobre algo que subsistirá idêntico ("o mesmo") sob a possível modificação, ampliação ou mutação do sentido jurídico a impor." Ora o que subsiste idêntico é o caso jurídico concreto, o caso concreto que suscita o problema jurídico-criminal resolvido em termos de solução proposta e provisória (sujeita a confirmação, infirmação, rectificação ou mutação) pela acusação e pela pronúncia e a resolver em termos definitivos e impositivos pelo julgamento e sentença — numa palavra, o caso jurídico concreto apresentado e a resolver é o próprio objecto do processo. Tudo está, assim, em saber como compreender, objectivar e delimitar exactamente um caso jurídico concreto.

É começaremos por observar que, sendo ele o dado-objecto que o juízo jurídico-normativo exige — pois todo

o acto e juízo axiológico-normativo é também em si mesmo acto intencional, de uma intencionalidade sempre referida a um determinado dado-objecto, como pressuposto da sua realização —, nem por isso deixa de ser um dado (e dado real) imediatamente com um sentido jurídico. Só que — e é fundamental esta advertência — ao falarmos aqui de dados que têm já em si um sentido compreensível, não queremos com isto dizer, de modo algum, que apenas o sentido, sem mais, deva ser tido em conta, em termos de uma sua radical autonomia relativamente a todos os outros estratos da realidade, como se ele sobrenadasse a realidade em geral, ou perante ela fosse uma entidade simplesmente pensada ou "construída" a partir de um ponto de vista de "referência a valores" que dele fizesse um objecto conceitualmente distinto. O que temos em vista são dados reais, embora de uma realidade de que não pode abstrair-se um sentido, pois só com esse sentido eles são reais. Queremos dizer que nem o sentido se pode desprender da sua inserção nos vários planos da realidade em geral que o condicionam, nem é redutível às "realidades" condicionantes — só na específica integração, ontologicamente unitária, da "realidade de sentido" temos o "dado". O que melhor se compreenderá se bem o olharmos nas duas faces que nos oferece.

Numa dessas faces vemos que o sentido, porque encarna na realidade natural, orgânica, psíquica, etc., tem

nessas realidades momentos ou condições da sua própria realização e, portanto, da sua realidade. Sendo, todavia, erado querer autonomizar radicalmente esses momentos para os submeter a uma consideração de todo independente, metodologicamente suficiente, pois isso nos coagia a vê-los apenas sobrepostos, como partes inteiramente dissociáveis de um conjunto artificial e aleatório, em lugar de os tomarmos naquilo que eles efectivamente são — momentos integrativamente relevantes numa concreta realização de sentido. Não será, pois, a partir desses momentos considerados autonomamente, ou em si, que poderemos entender o seu relevo condicionante, mas, bem ao contrário, só o todo, que avulta no sentido, ilumina o alcance da sua participação. O que é, aliás, já hoje um lugar comum em todos os domínios da investigação cultural-histórica, ética, artística, etc.

Pela outra face vemos os elementos condicionantes a serem influenciados na sua conformação concreta e real por uma intenção de sentido, como que afeiçoados por uma nova e específica determinação, de molde a poderem desempenhar o papel de factores de realização, de elementos significantes e expressivos de uma conduta.

A primeira face evita-nos o erro do idealismo (e intelectualismo) culturalista, a segunda o erro do naturalismo. E na conjugação das duas, na sua correlatividade, temos a realidade específica dos dados-objectos da avaliação

ção axiológico-normativa. Quer isto dizer que a intenção axiológico-normativa — em que o direito participa — não avalia "factos", enquanto [os] dados [elementos abstractos] da comum experiência empírica, mas acontecimentos, sucessos e condutas humanas, "casos" histórico-sociais como unitárias realidades de sentido. E se é certo que estas realidades objectivas de sentido são susceptíveis de análise, nunca a análise poderá apagar nelas, sem invalidade metodológica, essa sua natureza específica.

São duas as linhas possíveis dessa análise. Uma leva a transcender o conteúdo objectivo do sentido pela referência às pessoas, às personalidades interessadas na realidade pressuposta e autores da acção. A outra aponta o transcender do sentido realizado pela referência à situação real histórica em que se funda a existência desse sentido, e de que ele emergiu. Se a acção não pode ser separada da sua fonte e autoria — a acção é sempre acção de uma pessoa real —, também a acção, sem violência abstracta, se não pode fechar na sua mera potência pessoal, desligando-se do sentido objectivo da sua realização concreta e real — se a pessoa não existe senão na realidade dos seus actos, a acção só existe numa realização de sentido. Por outro lado, se esta realização de sentido não é real senão numa determinação da situação, também a situação considerada abstractamente, em si, é apenas um aspecto indeterminado da realização de

sentidos possíveis, que aí se determinam na ordem da sua realização concreta — a situação é sempre situação de uma determinada realização de sentido. Pelo que também ela não pode ser considerada, com todos os seus elementos materiais, sócio-culturais, espirituais, etc., senão correlativamente ao sentido que nela se realiza.

O direito, consoante os problemas concretos que se proponha resolver, pode fazer insistência ou mais na pessoa ou mais na situação. Mas será truncar falsa e ilegítimamente as coisas se não atender a que a pessoa aconta, através da acção, para uma situada realização objectiva de sentido e de que só através desta é ela compreensível; e que, por sua vez, a situação não pode descolar-se, de um modo tão-só material-empírico ou teóricamente abstracto, do sentido que nela constitui a acção. Os objectos-dados para os problemas axiológico-jurídicos e das suas avaliações normativas são, pois, os dados que se oferecem como a síntese ontologicamente irreductível de aquelas duas dimensões — uma orientada por uma imputação a uma pessoa a outra fixando-se numa situação.

Pois bem. Um caso jurídico surge quando se torna analiticamente problemático o sentido (com a respectiva validade implicada, agora validade de juridicidade) emergente de uma conduta concretamente compreendida, ou sócio-históricamente situada. Por outras palavras, quando se subme-

te a unidade sentido-situação a uma análise metodológica (qualquer metodologia é sempre uma analítica) proposta a perguntar de modo explícito que juízo merece da ordem de validade implicada pelo sentido que concretamente foi constituído essa mesma e particular realidade de sentido ocorrida na vida social-histórica, i. é, qual é exactamente aquele sentido nesta ordem de validade. É assim, ou é só assim, que um caso concreto é objecto de uma decisão jurídica. Queremos dizer: se o objecto da decisão jurídica é um "caso da vida", um caso concreto-histórico, ele só é, no entanto, objecto de uma decisão de direito porque é um caso jurídico, um caso da vida que põe um problema de direito.

Deste modo, o "caso concreto" individualiza-se desde logo numa perspectiva jurídica, pois objectiva-se e vai assumido através de e com um sentido jurídico. Só que essa perspectiva e este sentido não são a perspectiva que apenas lhe traçassem e o sentido que apenas lhe definissem as normas positivo-legais. Estas são uns tantos critérios autoritários e prescritivamente enunciados para serem utilizados na resolução dos problemas jurídicos, mas antes que o critério de solução seja invocado e utilizável há que pôr o problema (o problema jurídico do caso decidendo), já que decerto só em função deste se poderá saber da adequação metodológica dos critérios. Pois não são os critérios dispo-

níveis que decidem da possibilidade dos problemas (do surgir e do sentido dos problemas), e sim os problemas da possibilidade e validade metodológica dos critérios — não se parte da solução para o problema, mas do problema para a solução. E daí que tudo se venha a traduzir, afinal, nestas duas questões: como surge um concreto problema jurídico ?; de que modo um problema jurídico individualiza e dá um específico sentido de validade problemática a um caso jurídico ?

Diremos, em primeiro lugar, que um problema jurídico tem de comum com todos os problemas o ser ele justamente um problema. Como tal, vir-se-á também a traduzir num modo daquele perguntar, dirigido pelo espírito às coisas [emergentes do seu mundo, às situações e relações] em que se vem existencialmente a localizar o convívio dos homens uns com os outros — perguntar fundado e orientado pela pressuposição de uma exigência de validade (proposta a realizar-se,) ou (que se intenta ver cumprida) nessas coisas, situações e relações, as quais no modo como imediatamente (feno menologicamente) se oferecem são, do mesmo passo, a base e a ocasião do transcender problemático. E será um problema jurídico porque o seu perguntar tem uma pressuposição de juridicidade, i. é, porque a validade por que pergunta ao objecto perguntado é uma validade de direito. E, assim, o autónomo postular daquela específica pergunta que adequada-

mente dirigida ao caso concreto dele faz emergir (porque com fundamento nele se assume) um sentido de problemática validade jurídica, e que só é possível postular-se na pressuposição de certas exigências axiológico-normativas, na pressuposição justamente de aqueles "princípios" jurídicos que vão explicitando o projecto axiológico-jurídico comunitário — no nosso caso a ordem jurídico-criminal, nas suas direcções incriminatória e justificativa. São decerto estes princípios em grande parte aqueles que vão pressupostos no prévio saber jurídico — os princípios normativos já conseguidos pela ordem jurídica positiva —, mas a esses se vêm incessantemente a acrescentar todos os que vão sendo assumidos por uma contínua integração (senão por vezes mutação) lograda através da autopressuposição da histórica juridicidade constituenda, e se oferecem na jurisdicinalização de certas novas intenções axiológico-culturais, quando modalizadas através da referência à Ideia de Direito. Não são de outra natureza as intenções axiológico-jurídicas que fundamentam as objectivações do sistema normativo positivo; e se com elas se não basta o pensamento jurídico é isso, desde logo, porque não cessa com a definição formal desse sistema — a traduzir apenas a explicitação de uma experiência jurídico-problemática já realizada — o processo histórico da intenção axiológico-jurídica da comunidade de direito, permanentemente impulsionada pela incessante prossecução dos

casos jurídicos concretos.

(202) Mas não ficou ainda esclarecida a íntima relação entre o problema jurídico e o caso concreto, pela qual unicamente aquele se postula concreto (com uma intenção concreta) e este se revela jurídico (com uma intencionalidade jurídica). Se um problema normativo se põe porque a experiência de uma qualquer situação, ou a vivência de um qualquer contexto de convergência social — nas socialmente situadas relações de corresponsabilidade, de cooperação, de atrito, etc., com outros — é transcendida pelo interrogar pela sua validade, com fundamento nas intenções axiológico-jurídicas que foram referidas, o certo é que esse transcender, com o sentido problemático-intencional implícito, é um transcender em e para essa situação. É assim, por um lado, só por referência à respectiva situação a intencionalidade problemática se vem a determinar. Por outro lado, só porque a situação é desse modo transcendida, logra ela objectivar-se, i. é, deixa de ser uma situação apenas vivida ou experimentada e passa a ser a situação para aquele sentido — a situação volve-se em seu "objecto", da mesma forma que sendo eu no mundo só venho à objectivação de o mundo transcendendo o mundo. E daí desde logo esta fundamental consequência: apenas pela referência da situação ao sentido que sobre ela problemáticamente interroga se podem traçar, na continuidade fluida e indeterminada da sua integra-

ção na totalidade do real, os limites da sua individualização e, portanto, da sua relevância. Pois ela não é situação para o problema em termos indiscriminados e absolutos — é-o enquanto situação problemáticamente relevante; é pelos limites e pelo conteúdo da sua relevância para o problema, para o sentido problemático, que ela se individualiza como a situação, a circunstância daquele problema. Portanto, se só pela referência à situação o problema se determina, também só pela referência ao problema a situação se objectiva e se individualiza no que tem de relevante. Quer dizer, a individualidade objectivada e a relevância coincidem — aquela é a individualização de uma relevância. É na unidade (jurídico-material) desta correlatividade entre a situação e o problema temos justamente o caso jurídico concreto. É um "caso" porque nele se põe um problema; é "concreto" porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é "jurídico" porque desta emerge um sentido jurídico, o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela se assume e para o qual ela se individualiza como situação (como o "dado" cor relativo que oferece o âmbito e o conteúdo relevante).

De entre todos os corolários metodológicos que poderiam explicitar-se com fundamentos nestas considerações, queremos apenas acentuar esta nota: temos de concluir que é impossível, que deixa mesmo de ter sentido, manter aqui o

esquema normativista-subsuntivo. Nem o jurídico se localiza e é circunscrito apenas pelo "dado" da norma, nem o caso concreto autonomizado da norma nos oferece só "factos", apenas dados de mero ou puro facto. Se o caso concreto as sume desde logo um sentido jurídico (embora problemático) que o constitui, unifica e individualiza como um certo caso jurídico, e se só na perspectiva objectivante da problematicidade jurídica ela nos pode oferecer os dados relevantes, também a norma não é critério jurídico para uma decisão sobre factos, mas critério normativo (nem sempre perfeito, nem sempre inalterável, nem sempre possível) de decisão de casos jurídicos, de um concreto problema que interroga através do sentido jurídico próprio desse caso.

Uma vez compreendido isto, podemos agora dizer, numa breve síntese, do critério do objecto processual criminal. Ele individualiza-se e identifica-se por um caso jurídico-criminal concreto que, perante uma situação polarizada pela conduta de uma pessoa, com o seu sentido axiológico-social particular, se oferece e explicita ao perguntar-se (ou concreta referência a essa conduta situada) pela validade jurídico-criminal de (ou pelo juízo que mereça dessa validade) aquele sentido axiológico-social da conduta-situação. Perguntar que, fundando-se na pressuposta assunção daqueles valores que fazem com que a conduta daquela pessoa naquela situação tenha um sentido jurídico-criminal (os valo-

res pessoais, patrimoniais, ético-sociais, etc. de que se alimenta a ordem criminal), considera a conduta situada em termos problemático-criminalmente explícitos e a submete, assim, a todos os juízos jurídico-criminais pertinentemente possíveis (de ilicitude, culpabilidade e justificação criminais).

#### 4. Algumas sugestões interpretativas.

Não sendo possível fazer neste momento do curso um estudo acabado do regime a que a nossa lei submete o conhecimento do objecto do processo (v., sobre este ponto, especialmente BELEZA DOS SANTOS, A sentença condenatória e a pronúncia em processo criminal, in Rev. Leg. Jurisp., 63.º, 385, ss.; e EDUARDO CORREIA, Caso julgado..., 140, ss.) limitar-nos-emos a algumas sumárias e provisórias sugestões interpretativas, referidas aos arts. 447.º e 448.º do Cód. proc. criminal.

O principal problema que ambas as disposições põem é o de saber qual exactamente o sentido e os limites das convoluções que elas permitem.

a) - E começaremos por anotar, referindo-nos sobretudo ao art. 447.º (cfr. art. 351.º, § ún.), que não vão af

expressamente impostos quaisquer limites às opções do tribunal quanto aos pontos de vista jurídicos que este entenda traduzirem a exacta decisão jurídico-criminal do caso concreto acusado. Mas não significa isto que também aqui não tenha de atender-se a um limite específico: os possíveis pontos de vista incriminatórios não poderão ser diferentes daqueles que estejam em congruência com o sentido jurídico-criminal problemáticamente constitutivo do caso concreto. Isto é, só poderá considerar-se o caso concreto com plena liberdade de apreciação jurídica (incriminatória) no âmbito da juridicidade que corresponda (embora com um grau de indeterminação que o seu próprio carácter problemático logo torna inevitável) ao caso jurídico concreto. Por ex., se o sentido jurídico do caso é aquele que ele assume enquanto problemática negação de valores jurídico-pessoais, não pode sofrer a mutação de sentido que lhe imporia a consideração de todo distinta de valores apenas jurídico-patrimoniais. E a razão decisiva deste limite está em que a situação concreta, aquela que oferece os elementos reais (objectivos e subjectivos) de relevância, é sempre, como vimos, correlativa do sentido através dela assumido e que para ela funciona como facto de objectivação — pelo que a mutação essencial de sentido equivaleria a uma mutação fundamental de situação, e, portanto, de caso concreto, com o que seriam anuladas todas as garantias que o objecto processual

se propõe oferecer.

Também os autores entendem que não pode deixar de vincular-se a liberdade dos pontos de vista jurídicos a indispensáveis limites (v. EDUARDO CORRÊA, *ibid.*, 146, ss.). Simplesmente, porque não pressupõem a amplitude de juridicidade (a indeterminação e os limites concretos) que só o caso jurídico, compreendido na sua autónoma especificidade, nos oferece, acabam, afinal, por tornar praticamente insignificante aquela liberdade (cfr. A. e ob. e loc. cit.) — e isto sobretudo quando o próprio conteúdo objectivo da acção se houvesse de determinar pela directa referência aos tipos legais de crime.

b) - Compreendido o ponto anterior nos termos referidos, podemos tratar unitariamente com ele os casos de con  
volução. Estes casos distinguem-se, formalmente, dos pen  
sados no ponto anterior, porque enquanto neste se tem so  
bretudo em vista a simples opção qualificativo-incriminat  
ria, mantendo-se inatáveis os restantes elementos objecti  
vos da acção (considera-se a mesma conduta, o mesmo ob-  
jecto material do delito, a mesma situação factuel descrita,  
etc.) — assim, segundo o exemplo já anteriormente apon-  
tado, pode ser esse o caso da simples substituição da qualifi-  
cação de "furto" pela de "abuso de confiança" —, já a con  
volução se refere às hipóteses em que se verifica uma varia-

ção da própria intencionalidade objectiva das infracções, em que o próprio conteúdo objectivo da incriminação (pelo menos em alguns dos seus movimentos relevantes) se modifica, de modo, portanto, a ter de dizer-se que estamos não apenas em face de uma diversa qualificação, mas em face de uma outra infracção. Só que esta distinção será praticamente inequívoca apenas se aceitarmos a dissociação absoluta e es-tática entre os dois elementos do delito concreto — os "factos", por um lado, a subsistirem em si ou a variarem autónomamente do sentido jurídico, e as "normas" positivas, a esgotarem e a confundirem-se com o sentido jurídico, por outro lado, e susceptíveis também de uma simples variação autónoma —: se continuarmos a aceitar, quer isto dizer, o esquema normativista subsuntivo. Mas se o ultrapassarmos, como vimos já que não podemos deixar de fazer, logo nos damos conta de que aqueles dois elementos são unitariamente correlativos, e que, por isso, dificilmente a mutação de um não implicará a correlativa mutação do outro — se a alteração do conteúdo objectivo relevante implica uma nova qualificação-incriminação, uma distinta qualificação envolverá também sempre a referência a um outro contorno objectivo, traduzindo-se verdadeiramente, pois, numa outra infracção.

São, por isso, igualmente aplicáveis aos casos que agora consideramos os mesmos limites que vimos imporem-se

para o primeiro ponto. A mutação incriminatória só será lícita se respeitar os limites jurídico-materiais do caso jurídico concreto, i. é, se o conteúdo objectivo (constitutivo e incriminatório) que aquela mutação põe especialmente em evidência ocuber na situação global que o sentido jurídico do caso concreto correlativamente objectiva e individualiza — i. é, se a nova infracção for uma das soluções possíveis do caso jurídico concreto, se estiver abrangida pelo leque das suas intencionalidades problemáticas (muito embora não tenha sido ela expressamente referida ou enunciada).

O que perfeitamente satisfaz a exigência de limites que os autores não deixam de exigir mesmo para a convolação prevista pelo art. 448.<sup>o</sup> (v. último A. cit., 148, ss.), já que sem esses limites o réu poderia ser surpreendido por uma incriminação contra a qual não era exigível que preparasse a sua defesa, podendo, assim, vir a ser esta de todo ineficaz para essa nova incriminação, embora menos grave, quando já poderia ser porventura eficaz relativamente à primitiva incriminação, ainda que mais grave.

O que tudo mostra, afinal, que uma justa consideração do objecto do processo, referindo-o ao caso jurídico concreto, permite compreender unitariamente nele, e na linha da sua garantia jurídico-processual, quer a sua indeterminação e, assim, todos os casos de variabilidade indis-

pensável — para que não fique impedida uma adequada realização dos fins da verdade material, com as suas implicações inquisitória e incriminatória —, quer a sua delimitação necessária, e suficientemente definida para que se cumpra a função acusatória e de defesa, que não se exige, ou que sobretudo se exige da determinação do objecto do processo.

## Índice

Págs.

### I

#### Sentido e função jurídico-jurisdiccional do direito processual criminal

- |   |    |
|---|----|
| 1. A essência-ideia do direito processual criminal . .  | 3  |
| 2. A aplicação concreta do direito, a jurisdição e a intencionalidade específica do processo criminal . | 5  |
| 3. A específica juridicidade do processo criminal . .   | 8  |
| 4. Os princípios fundamentais do direito processual criminal . . . . .                                  | 28 |

### II

#### O âmbito do processo criminal e a lei processual criminal

- |  |    |
|--|----|
| A. O âmbito geral do processo criminal e o objecto deste curso . . . . . | 61 |
| B. A lei processual criminal (critérios de aplicação) . . . . .          | 65 |

Págs.

## III

## A acção

1. As acções emergentes da infracção criminal . . . .	75
2. Princípios gerais. . . . .	81
3. O princípio da suficiência da acção penal -- desen- volvimento. O problema das questões prejudiciais .	89
4. Os sujeitos da acção penal . . . . .	119
5. Formas especiais do exercício da acção penal . . .	143
6. Os sujeitos da acção penal . . . . .	161
7. O fundamento da inserção da acção civil no proces- so criminal. . . . .	179
8. A natureza da acção civil, à face do nosso direito criminal . . . . .	190
9. A legitimidade para a acção civil em processo cri- minal. . . . .	197
10. Valor da sentença penal relativamente à decisão so- bre a acção civil. . . . .	201

## IV

## O objecto do processo

1. O problema e o seu relevo processual . . . . .	208
2. Princípios fundamentais da definição e conhecimen- to do objecto do processo. . . . .	211

Págs.

3. O critério da identidade do objecto do processo .	220
4. Algumas sugestões interpretativas . . . . .	261

## E r r a t a

<u>Páç.</u>	<u>Linha</u>	<u>Onde se lê</u>	<u>Leia-se</u>
3	8	de um modo que	de modo que
12	8	A diversidade de categoria	A diversidade de cate <u>gorias</u>
23	14	era de indispensá <u>vel</u>	era de indisponível
73	8	<u>stricto sensu</u>	<u>stricto sensu</u>
95	13	questões que se oferecer	questões de se oferecer
111	19	c) - Valor	d) - Valcr
123	1	discreção	discrição
132	6	no estatuto	ao estatuto
136	15	<u>puniandi</u>	<u>puniendi</u>
149	23	de dumas uma	de duas uma
157	21	que, a considera-se acto jurisdiccional	que, contra o conside <u>rar-se</u> actos jurisdiccionalis
166	13	não poderá deixar	podará deixar
167	17/18	35 007 / — impli <u>cad</u> as	35 007,/ implicadas
170	3	por eles	por ele
170	23	garantia dos	garantias é tão impor

<u>Pág.</u>	<u>Linha</u>	<u>Onde se lê</u>	<u>Leia-se</u>
187	10	civil	criminal
190	7	direito cri-	direito processual cri-

## Capítulo IV

### TRAMITAÇÃO DO PROCESSO

#### 27. Sistemas da exposição.

O sistema da exposição dos trâmites processuais que naturalmente se nos impõe será aquela que reproduza o desenvolvimento dinâmico do processo, pelo relevo dado às suas fases que, muito embora mutuamente condicionadas em vista de um objectivo comum, ofereçam, no entanto, uma certa autonomia entre si.

Num tipo processual misto como o nosso, são elas principalmente duas, como já tivemos ocasião de dizer: uma inquisitória, pelo menos em princípio, que visa fundamentar a acusação; outra contraditória, em que o processo toma a estrutura formal de um processo de partes.

A primeira abrange toda a actividade instrutória ou de investigação dos factos em que se apoiará a acusação: in-

vestigação unilateral ou inquisitiva da parte acusadora, em princípio, permitindo-se, todavia, em alguns casos, uma imediata discussão pelo acusado dos elementos colhidos, como forma de ainda melhor garantir a seriedade da acusação. Teremos, assim, sempre uma instrução preparatória, levada a efeito pelo Ministério Público ou por outras entidades, e, por vezes, uma instrução contraditória, dos elementos que fundamentam a acusação.

A segunda, iniciada pela acusação a que se oporá a defesa, termina com o juízo.

Tem, portanto, dois momentos distintos, o de acusação e defesa e o de juízo. O primeiro corresponde à fase dos articulados do processo civil e o segundo abrange toda a audiência de julgamento.

Nesta segunda fase também haverá instrução, não já, como é evidente, para fundamentar a acusação, mas para permitir o juízo. Assim é que a defesa será chamada a contestar e a produzir as suas provas e o tribunal poderá ordenar outras investigações, quando julgue insuficientes as provas alegadas pela acusação e contraditadas pela outra parte. Mas essa instrução ou integra a acusação e a defesa ou faz parte do formalismo do julgamento. Pelo que reservaremos o termo "instrução" para a que se realize na primeira fase do processo e subdividiremos a segunda em duas outras denominadas "a acusação e a defesa" e "o julga-

mento".

Estas são as partes do formalismo processual propriamente dito. Mas paralelamente a ele, quer procedendo-o, quer por sua ocasião ou como na sua consequência, há que ter em conta os actos da prisão preventiva do arguido, quando for caso disso. E como é de certo modo lateral e pode mesmo ser anterior ao início do processo, começaremos por a tratar em primeiro lugar.

Este capítulo vai tratar, portanto, da prisão e do formalismo processual stricto sensu. Este será dividido em três partes principais, a instrução, a acusação e a defesa e o juizamento: a primeira corresponde à fase inquisitória do processo e as duas últimas à contraditória.

## § 1º

### A Prisão (1)

28. Casos de prisão: A. - a) com culpa formada. b) fora de flagrante delicto, sem culpa formada. c) em flagrante delicto. B. - Requisitos de cada um deles. C. - Autoridades competentes.

A. Tínhamos visto que uma das reivindicações do Iluminismo quanto ao processo criminal tinha sido a exigência de uma regulamentação rigorosa da prisão preventiva que oferecesse garantias do respeito pela liberdade individual.

Levados ao exagero os princípios enunciados por esse movimento, chegou a escola clássica a proclamar a pr

(1) - A prisão de que aqui se trata é apenas a preventiva, isto é, aquela que se ligou como garantia da presença do réu nos actos processuais que a exigem e da possibilidade de execução da pena que porventura lhe sobrevier. A esta, praticada desde sempre, veio juntar-se tardiamente a prisão como uma forma de pena que ocupa dos sistemas penais modernos um lugar de predominante relevo; esta será, por isso, somente objecto do estudo das penas e da sua execução.

cessidade, em todos os casos, de uma sentença que previamente declarasse culpado em qualquer crime todo o indivíduo sobre quem se desse uma ordem de prisão.

Simplemente, defendendo assim apenas a liberdade individual, esqueciam-se os interesses que o processo e a execução criminais tendem a perseguir, porquanto a accitação plena desse princípio permitiria em muitos casos ao condemnado subtrair-se à acção da justiça. Impunha-se, portanto, uma restrição que todavia não fosse tão grave que pusesse facilmente em perigo a liberdade legítima.

A conciliação obter-se-ia com uma detenção do arguido, para o submeter ao processo e, posteriormente à pena, somente quando pesasse sobre ele uma convicção fundamentada da prática do crime.

Foi assim que universalmente se proclamou e todas as constituições repetiram que ninguém deveria ser preso sem culpa formada, isto é, sem que houvesse uma pronúncia judicial baseada numa acusação legalmente fundamentada.

A nossa Constituição estabelece, no nº 8 do art. 69, em que se fixam dos "direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses", que estes não serão, em princípio, privados da liberdade pessoal nem presos sem culpa formada. O mesmo se deduz, a contrario, do art. 254º do Cód. de proc. criminal, e pela mesma razão o seu artigo 366º impõe que no despacho de pronúncia se ordene a prisão

dos indicados.

Põe-se como condição a pronúncia porquanto, como dissemos, normalmente só nesses momentos se terão elementos sufficientemente seguros para responsabilizar o arguido. Sendo assim, nada impede que, existindo uma segurança semelhante, se efectue igualmente a prisão mesmo antes daquele despacho. É o que acontecerá se o réu for detido em flagrante delito.

Assim o prevê a Constituição, nas ressalvas que faz ao princípio proclamado, pois é autorizada a prisão, sem culpa formada, em flagrante delito (art. 8º, § 3º), como do mesmo modo prescreve o art. 250º do Cód. de proc. crim.

Ele pode ser ainda que o interesse público que se pretendeu conciliar com a liberdade individual se manifeste em certos casos de tal modo imperioso que aquela liberdade tenha de ceder em confronto com esse interesse e não possa, então, rodear-se das garantias normais. Será assim sempre que a natureza ou a gravidade dos crimes e a personalidade dos arguidos <sup>se não estejam cada um sujeita a maior do tipo</sup> o justifiquem. Estas previstas nestas hipóteses nos §§ 3º e 4º do art. 8º da Constituição e no art. 254º do Cód. de proc. crim.

Mas ainda aqui se não esvaeceu o interesse individual, porquanto só nos casos taxativamente previstos se poderá effectuar a prisão sem culpa formada, fora de flagrante delito, e em alguns d'elles, inclusivamente, só deterrina

das autoridades o poderão fazer (§ 4º do art. 8º da Constituição e § 1º do art. 254º do Cód.).

E além disso — abrangendo os casos <sup>(e o caso de prisão preventiva)</sup> caucionáveis de prisão preventiva — há que ter em conta o disposto no artigo 269º do Cód. de proc. crim., pelo qual se põem certas restrições à possibilidade de prisão, fundadas no respeito devido à personalidade, física e moral, do detido.

Resumindo, a detenção poderá efectuar-se, salvo o que prescreve o citado art. 269º, em três casos:

- a) - com culpa formada, isto é, após o despacho de pronúncia, como regra geral;
- b) - não em flagrante delicto, sem culpa formada, nos casos previstos no art. 254º do Cód.;
- c) - em flagrante delicto.

B. A prisão em cada um desses casos não está, por outro lado, dependente dos mesmos requisitos. Estes continuam a ser, em grande medida, determinados pela preocupação de preservar os particulares de quaisquer arbitrios.

Vejamos, em primeiro lugar, a detenção em flagrante delicto.

Distinguem-se nela, quanto aos requisitos a que te

rá de obedecer, duas categorias: consoante corresponda ou não ao delicto uma pena de prisão.

No último caso, a detenção só é permitida quando não for conhecido o nome e residência do agente e não possam ser imediatamente determinados — e apenas para ser conduzido ao tribunal ou repartição competente, ou posto policial mais próximo, para que aí se averigüe a sua identidade ou deposite o máximo da multa que corresponder à infracção, no caso de lhe caber essa pena — ou quando se trate de delinquente de difícil correcção, vadios ou equiparados ou libertado condicionalmente (art. 250º, § único; cfr. artigo 50º do Dec.-lei nº 35.007).

Se a pena aplicável for a de prisão, há que ter em conta, principalmente, o disposto nos arts. 253º e 255º cfr. ainda o art. 252º. <sup>(formada no caso onde o facto é delictivo)</sup>

Na hipótese de prisão sem culpa formada, fora de flagrante delicto, quando tal for permitido, ter-se-á de respeitar especialmente o que se dispõe nos arts. 256º, 267º e 272º. <sup>(trava)</sup> Havendo despacho de pronúncia, cumprir-se-á o art. 273º. <sup>(trava) Cuidando-se aqui da pronúncia e não da sentença</sup> Quanto aos requisitos particulares do mandado de captura, nestes dois últimos casos, vejam-se os arts. 256º, 259º, 260º, 261º e 262º.

C. Interessa, por fim, fazer uma alusão especial à

exigência de autoridade competente, além do mais porque se não pode rigorosamente incluir nos requisitos formais do acto de prisão.

Mas há que distinguir aqui entre as autoridades competentes para ordenar e as competentes para executar a detenção.

Se a prisão se efectuar em flagrante delicto, não temos que considerar as primeiras, como é óbvio; as segundas poderão ser quaisquer e inclusivamente a prisão poderá ser levada a cabo por particulares, com a diferença de que para as autoridades a detenção é um dever e para os particulares uma faculdade (art. 250<sup>o</sup>).

Nos outros casos, a autoridade competente para ordenar a captura é admente o juiz (art. 259<sup>o</sup>; cfr. § 2<sup>o</sup> do art. 254<sup>o</sup>). Porém, nas hipóteses expressamente previstas no § 1<sup>o</sup> do art. 254<sup>o</sup>, poderão ordenar a captura, além do juiz, o Ministério Público e as autoridades da policia judiciária. E os arts. 4<sup>o</sup> do Decreto-lei nº 35.042, 1<sup>o</sup> do Decreto-lei nº 35.046 e 18<sup>o</sup> do Decreto-lei nº 35.809 indicam-nos que as autoridades se incluem na designação de "autoridades da policia judiciária" para esse efeito: os funcionários superiores dos órgãos privativos da policia judiciária e da policia internacional; os oficiais da policia de segurança pública e da guarda nacional republicana com funções de comando; os presidentes das câmaras municipais; o

intendente geral dos abastecimentos e o director do Serviço de Fiscalização; os oficiais do Exército em serviço junto da Intendência Geral dos Abastecimentos; os oficiais da Guarda Fiscal com funções de comando.

Mas não sendo ordenado pelo juiz, há que observar o disposto no § 2<sup>o</sup> do art. 254<sup>o</sup> do Código. (representa-se nos arts.)

Os executores das ordens de captura serão os oficiais de diligências ou quaisquer autoridades ou agentes de autoridade policial ou da força pública (art. 262<sup>o</sup>; cfr. artigo 271<sup>o</sup>).

29. Formalidades imediatas: I - O interrogatório;  
II - A caução e o termo de identidade.

I. Segundo os art. 253<sup>o</sup> e §§ 2<sup>o</sup> do art. 254<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 256<sup>o</sup>, os delitos deverão ser processados ao juiz competente, nos prazos aí estabelecidos.

Esta exigência justifica-se, além de tudo o mais, porque o preso terá de ser submetido a um interrogatório, effectuado pelo juiz, após a sua detenção.

Interrogatório esse que forma como que um processo especial de confirmação da detenção e de recolha imediata de elementos úteis para a instrução e julgamento. Os seus trâmites estão regulados nos arts. 278<sup>o</sup> e sers. — com as

especialidades previstas no art. 275<sup>o</sup> — alterado pelo artigo 219 do Dec.-lei nº 35.007 — no caso de a prisão se não ter realizado por ordem do tribunal.

II. Dissemos que a prisão preventiva encontrava a sua justificação na necessidade de impedir que o arguido, sobre quem incidissem suspeitas sérias da prática do crime, não comparecesse em juízo sempre que fosse necessário e que conseguisse impossibilitar a execução da pena provável. Uma vez, porém, que se ofereçam outras formas menos gravosas de garantir o mesmo resultado, nada justifica que se não adoptem e impõe-nas mesmo o princípio do respeito pela liberdade individual sempre que esta se possa conciliar com o interesse público.

Pelo que ordena o art. 272<sup>o</sup>: "Ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado, se oferecer caução idónea, quando a lei a admitte, ou provar a sua identidade e assinar o respectivo termo, nos casos em que pode livrar-se solto, sem caução".

É o art. 303<sup>o</sup> estabelece o momento em que deverá ser fixada: no próprio despacho do juiz que ordenar a prisão ou no acto de apresentação em juízo, se não foi ordenada pelo tribunal (cfr. arts. 275<sup>o</sup> e 276<sup>o</sup>).

A lei manda assim substituir, em princípio, a prisão preventiva por uma caução, porquanto na maioria dos ca-

so, a julga suficiente garantia dos efeitos daquela; atribui-lhe, de facto, "o fim de assegurar eficazmente a comparecência dos arguidos a todos os termos do processo em que ela seja necessária e o cumprimento das obrigações impostas pelo juiz" (art. 297<sup>o</sup>).

Pode bem acontecer, todavia, que o arguido a não possa prestar, por ex., por não ter bens ou não conseguir uma fiança. Ora, se o preso for um indivíduo de reconhecido bom comportamento moral e civil, comprovadamente pobre, e do qual não seja de recear que procure subtrair-se à acção da justiça, perturbar a instrução do processo, ou que tente cometer novas infracções, (§ único do art. 298<sup>o</sup>), seria injusto que não pudesse beneficiar da possibilidade de aguardar o julgamento em liberdade, só porque tem uma situação económica que lhe não permite prestar caução: pelo que a lei autoriza ao juiz, sob promoção do Ministério Público, substituí-la pela obrigação de o arguido se apresentar periódicamente no tribunal ou às autoridades policiais, em dias e horas pré-estabelecidas (art. 298<sup>o</sup>).

Mas nem sempre se julga a caução garantia bastante. Há casos em que ela não será admissível, devendo os arguidos aguardar o julgamento sob custódia: nos previstos no art. 290<sup>o</sup>, uma vez que a gravidade dos delitos ou a periculosidade dos infractores o justificam.

Porém outros casos há em que a prisão se justifica

apenas para permitir o imediato julgamento: quando a prisão se efectue em flagrante delicto a que corresponda uma pena relativamente pouco grave e a personalidade do arguido não dê lugar a preocupações quanto ao seu comportamento entretanto ou quanto à sua comparência quando necessária. E por isso a lei, toda a vez que o julgamento se não possa efectuar no mesmo dia da captura (art. 560<sup>o</sup>; cfr. art. 558<sup>o</sup>), apenas exige um termo de identidade (art. 291<sup>o</sup>) em que o arguido se identifique, declare a sua residência e se obrigue a comparecer em juízo.

Não devem contudo confundir-se a dispensa de caução o este termo de identidade. Este substitui a própria prisão, nos casos em que ela é, portanto, a caução se não exige, e aquela apenas pretende substituir a caução, atentas circunstâncias particulares, em hipóteses em que ela é normalmente indispensável.

Finalmente, há que atender ao disposto no art. n.º 293<sup>o</sup>, que faculta um simples termo de identidade ou a caução em ordem a casos que, respectivamente, exigiriam caução ou a não permitiriam, quando o juiz tiver fundadas razões para crer que não há facto punível, ou que o arguido procedeu em legítima defesa ou a coberto de qualquer outra justificação e ainda não houver prova bastante para arquivar o processo.

### 30. Garantias.

A conciliação da liberdade individual com o interesse público afirmado na perseguição judicial dos delictos exige, como mostramos, alguns sacrificios indispensáveis da quebra para a melhor realização deste. Mas são excepcionais, e por isso mesmo deles se não poderá lançar mão fora dos casos em que expressamente o legislador os impõe. Exige-se, pois, que se ofereçam aos particulares meios idóneos para os preservar de arbitrariedades, como que garantia eficaz de não serem ultrapassados os limites da transacção entre aqueles interesses.

E poderá acontecer que os meios normais de discussão das decisões do poder público ou não possam ser utilizados ou não o possam ser com aquella immediata efficácia que em tais casos se impõe: ter-se-ão, por isso, de adoptar os meios especiais. Foi o que pretendeu fixar o Decreto-lei n.º 35.043, de 20 de Outubro de 1945.

Estabeleceu este diploma duas espécies de providências: requerimento ao juiz da comarca e o "habeas corpus".

Cabe o primeiro, com fundamento em algum dos abusos previstos no art. 2<sup>o</sup> daquele decreto, nos casos em que a detenção não tenha sido ordenada pelo juiz, sempre que a tenham feito autoridades cuja competência territorial não exceda a área da comarca, por motivos da competência dou-

tribunais comarcaes.

O segundo, quando o primeiro não seja applicavel, já porque o tribunal da comarca não pode conhecer dos motivos da detenção, já porque foi ordenada pela autoridade cu ja competencia territorial excede a area da comarca, ou porque a ordem de prisão foi expedida por ordem da própria autoridade judicial insusceptivel de recurso (pois, caso contrario, será este o meio apto de reclamação). Os seus fundamentos estão mencionados no § único do Art. 7º do decreto.

Como se vê, só o "habeas corpus" se pode considerar uma providência extraordinaria, enquanto o requerimento ao juiz da comarca verdadeiramente se não differencia em grande medida dos meios ordinários de recurso, embora com um objecto e pressupostos especificos. O mesmo não acontece com o primeiro, pois será applicavel exactamente quando não seria utilizavel um meio normal de reclamação — "é antes um "remédio" excepcional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal de fazer cessar a offensa illegitima dessa liberdade", e uo se lê no relatório do decreto que o instituiu.

§ 2º

O Formalismo processual

31. A Instrução: A. Generalidades: fins; inicio; espécies. B. Instrução preparatória: I. Direcção; II. Provas: a) exames; b) buscas e apreensões; c) testemunhas; d) documentos. III. Prazos. IV. Formalidades finais. C. Instrução contraditória: I. Direcção. II. Casos. III. Exeitos.

A. A instrução propõe-se encontrar os fundamentos para se deduzir a accusação.

Dis o art. 10º do Dec.-lei nº 35.607: "A instrução do processo penal tem por fim verificar a existência das infracções, determinar os seus agentes e averiguar a sua responsabilidade. § único: "Na instrução devem, tanto quanto possível, investigar-se os motivos e circunstâncias da infracção, os antecedentes e estado psiquico dos seus agentes, no que interessa à causa, e os elementos de facto que importe conhecer para fixar a indemnização por perdas e danos" (cfr. art. 153º do Cód. de proc. crim.).

E o art. 12º do mesmo diploma acrescenta que a instrução preparatória tem por fim reunir os elementos de indi

ciação necessários para fundamentar a acusação (cfr. art. 341º do Cód. de proc. crim.).

O confronto destas duas disposições, sobretudo quando se tenha em conta que a instrução compreende a preparatória e a contraditória (art. 119º do Decreto), poderá, à primeira vista, induzir a conclusão de que somente a preparatória visa fundamentar a acusação, enquanto a instrução, tomada na sua máxima latitude teria por finalidade a recolha de todos os elementos da prova que interessassem à causa para além do fim imediato de basear a acusação. Numa palavra, a instrução, neste último sentido, corresponderia inteiramente à instrução no processo civil.

Todavia, não é rigorosamente assim. É certo que os elementos obtidos na instrução serão em regra os que fundamentam o julgamento; mas não porque a recolha daqueles elementos vise exclusivamente essa utilização, antes porque as investigações realizadas na instrução, para prosseguir directamente o seu fim serão na maioria dos casos suficientes para decidir. Mas a imediata finalidade da instrução é antes fundamentar a acusação. É-o sem dúvida na instrução preparatória (art. 129º do Decreto), que aliás pode ser a única, como veremos adiante, e é-o ainda na complementar instrução contraditória, porquanto esta torna provisório o despacho de pronúncia que se seguiu à instrução preparatória (que só se transformará em definitivo depois daquela),

e ainda porque concluída a instrução contraditória o M. P. terá de acusar definitivamente (art. 439º do Decreto e cfr. § único), sem falar mesmo na circunstância de esta contraditória na fase instrutória não excluir a contrariedade nas fases da defesa e do julgamento — quer dizer, a contraditória instrutória é prejudicial da acusação, pois apenas diz que os fundamentos desta.

Esta fase do processo só se iniciará, porém, quando tenha sido levado ao conhecimento das entidades competentes para a receber, a notícia da infracção (denúncia) ou quando o órgão encarregado de realizar a instrução tenha obtido dela conhecimento directo.

A denúncia (segundo o Decreto-lei nº 35.007 e participação segundo o Código) umas vezes é indispensável e dispensável outras: será condição sine qua non do começo do processo quando essa faculdade tenha sido limitada por lei a certas pessoas e o processo se não possa iniciar sem o seu exercício (arts. 6º e 8º do Decreto) — e casos há mesmo, em que a acção penal não depende somente de denúncia, mas exige acusação particular —; será dispensável quando o titular oficial da acção penal possa conhecer ex officio a existência da infracção (art. 6º do Decreto).

Nesta última hipótese, porém, não está excluída a possibilidade de denúncia: é facultativa para quaisquer pessoas e obrigatória para certas entidades oficiais. Sim-

placmente, agora a sua ausência não impede a instrução, se houver por outro modo notícia do delito; apenas pode dar lugar a um processo disciplinar contra a entidade que não cumpriu aquele dever.

O art. 7º do Decreto-lei nº 35.007 impõe obrigatoriamente a denúncia a todas as autoridades policiais, quanto a todas as infracções de que tenham conhecimento, e aos funcionários públicos, quanto às infracções de que tomem conhecimento no exercício ou por causa do exercício das suas funções — vide art. 16º, § único, do Decreto-lei 35.042. É facultativa, segundo o artigo do primeiro decreto, para quaisquer pessoas, salvo os casos em que é uma faculdade apenas atribuída a algumas.

A denúncia deverá, por outro lado, dirigir-se, em princípio, à entidade competente para proceder à instrução preparatória da infracção de que se trate, como se deduz das disposições do § único do art. 8º do Decreto-lei 35.007, do art. 7º, §§ 2º e 3º do Decreto-lei 35.042, dos artigos 1º e 4º do Decreto-lei nº 35.045 e do art. 2º do Decreto-lei nº 35.303. Poderá todavia apresentar-se ao Ministério Público, ao juiz e aos órgãos da polícia judiciária em qualquer hipótese, sabendo depois a essas autoridades repe- tida à entidade competente, se esta não for a que a recebeu (art. 3º do Decreto-lei nº 35.007; cfr. art. 161º do Código).

Obtida o conhecimento directo do delito ou recebido a denúncia, deve proceder-se em seguida à instrução preparatória — preparatória da acusação — a que se poderá seguir ainda uma instrução contraditória em certos casos.

B. I. Como já tivemos ocasião de dizer, o Decreto-lei nº 35.007, reformando alguns dos princípios do processo criminal,<sup>6)</sup> veio dar-lhe uma estrutura mais acabada de acusatório-formal. Assim, a instrução preparatória que era segundo o Código, com a designação de corpo de delito, dirigida pelo juiz, passou por aquele decreto para a competência do Ministério Público (art. 14º, § 2º do art. 12º do decreto; cfr. art. 171º do Código). Ao juiz continua apenas a caber a direcção da instrução contraditória, como aqui ante explicaremos (art. 37º do decreto).

Seria no entanto mais rigoroso dizer que a instrução preparatória foi retirada à direcção do juiz para se entregar a entidades oficiais sem funções jurisdicionais. Effectivamente, se compete hoje como regra geral ao Ministério Público essa actividade instrutória, nem sempre ele a dirigirá, pois cabe em alguns casos à Polícia Judiciária, à Polícia Internacional e de Defesa do Estado e a outras entidades, embora o titular da acção penal, mesmo nos casos em que não dirige a instrução, continue a ser o Ministério Público (art. 1º do Decreto-lei nº 35.007, salvo os casos

do art. 2º deste decreto). Quer dizer, ao lado do M. P., criaram-se órgãos especializados para a actividade instrutória e que nela o substituem sempre que a complexidade ou a especialidade da instrução ou a natureza das infracções o imponham.

Elas, além do M. P., podem exercer a acção penal em três entidades, que se indicam no art. 2º do Decreto-lei nº 35.007 e a elas compete então a instrução preparatória. Dito o art. 17º do Decreto: "nos casos em que outras autoridades, além do Ministério Público, podem exercer a acção penal a elas compete a instrução preparatória dos respectivos processos.

Poderá assim formular-se esta regra: a instrução preparatória compete em princípio ao titular da acção penal, podendo todavia conferir-se a órgãos especializados; ou, de outra forma, a acção penal é exercida com base em elementos obtidos na instrução preparatória, dirigida pelo próprio titular da acção ou, em casos especiais, por órgãos com preparação especial para a executar.

Assim, quando a acção penal compete ao M. P., a Polícia Judiciária dirige obrigatoriamente a instrução preparatória nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra (art. 14º do Decreto-lei nº 35.042): em todo o território do continente, nos processos relativos aos crimes de falsificação de moeda, notas de banco e títulos de dívida pública e trá-

fico de estupefacientes, de mulheres e de publicações obscenas (art. 16º do mesmo diploma). Quando lhe for deferida, nos casos previstos no art. 15º, qualquer que seja o lugar em que se verifiquem (vide art. 12º, nº 2, c) do Decreto-lei nº 37.047).

A Polícia Internacional e de Defesa do Estado compete a instrução preparatória dos processos respeitantes a delitos previstos no art. 4º do Decreto-lei nº 35.046. Por outro lado, diz o art. 4º do Decreto-lei nº 35.830: "Quando tenham sido cometidos em conexão com crimes cuja instrução preparatória seja da competência da Polícia Internacional e de Defesa do Estado outros crimes de qualquer modo relacionados com a segurança do Estado, poderá a mesma polícia proceder também à respectiva instrução, comunicando o facto à Procuradoria Geral da República."; e o § único acrescenta: "Quando se mostre conveniente, poderá ser pelo Procurador Geral da República deferida à Polícia Internacional e de Defesa do Estado a instrução preparatória dos crimes de falsificação de moeda, de notas do banco e de títulos estrangeiros".

Nos processos que tenham por objecto crimes de a- cambaramento, especulação contra a economia nacional e ma- tença clandestina, as autoridades policiais, da Guarda Na- cional Republicana e da Guarda Fiscal (art. 23º do Decreto- -lei nº 35.809); à Secção do Contencioso da Intendência Ge-

ral dos Abastecimentos quanto àquelas infracções e a estas outras: falta de exactidão de manifestos, circulação ou transporte irregular de mercadorias ou produtos, infracção dos preceitos estabelecidos sobre racionamento, restricções alimentares e fabrico e venda de pastelaria (conforme a disposição anterior combinada com o § único do art. 2º do Decreto-lei nº 36.188). Mas só quando corresponda a qualquer destas infracções processo de policia correccional (art. 16º do Decreto-lei nº 35.007).

Aos juizes municipais cabe também a instrução dos processos correccionais e de policia correccional quanto a delitos ocorridos no âmbito da sua jurisdicção (art. 20º, b), nº 2 do Decreto-lei nº 37.047; cfr. arts. 12º, nº 7 e 21º).

Competindo a acção penal a outras entidades que não o Ministério Público, a elas cabe também a instrução preparatória das infracções que lhes atribuem a titularidade da acção: assim, as autoridades administrativas, quanto às transgressões de posturas, regulamentos e editais; a policia de segurança pública e a guarda nacional republicana, quanto a infracções que devam ser julgadas em processo sumário e a todas as contravenções; os organismos do Estado, com competência para a fiscalização de certas actividades, ou de execução de regulamentos especiais, quanto às contravenções verificadas no exercicio dessas actividades ou contra esses regulamentos (art. 2º do Decreto-lei nº 35.007).

II. A instrução preparatória é secreta (art. 13º do Decreto) — pela razão que já em outra altura apontámos — e abrange todo o conjunto de provas que formam o corpo de delicto e tem por fim exclusivo reunir os elementos de indiciacção necessários para fundamentar a accusação (art. 12º do Decreto; vide §§ 1º e 2º).

Vejamos, portanto, quais as espécies de provas previstas.

Mas antes disso, importa sublinhar que a instrução não pode limitar-se à recolha da confissão do arguido, quando a houver, uma vez que "a confissão do arguido desacompanhada de quaisquer outros elementos de prova não vale como corpo de delicto (hoje, instrução preparatória)" segundo o § 2º do art. 12º do Decreto-lei nº 35.007, referido ao art. 174º do Cód. de proc. crim.; este último artigo acrescenta, no seu § único, que "ainda que o arguido tenha cometido a infracção, o juiz (hoje, o M.P., em princípio), deverá proceder a todas as diligências para o apuramento de verdade, devendo investigar, com todos os elementos de que dispuser, se a confissão é ou não verdadeira" (1).

(1) - Vimos já que a ineficácia da confissão corresponde à natureza não-dispositiva do processo criminal (supra, p. 16); e justifica-a ainda, num ponto de vista prático, a possibilidade, muitas vezes verificada, de o arguido por razões de vária ordem, fazer confissões falsas, além de que e não é menos importante acentuá-lo, assim se desencoraja e

Art. 64

a) - A lei menciona em primeiro lugar os exames (arts. 175º e segs.).

São de quatro espécies quanto ao objecto: exames de lugar da infracção, para a recolha dos vestígios (arts. 175º a 177º); exames no vivo (art. 178º); exames no cadáver (art. 191º); exames de coisas; exames em documentos (arts. 188º, § 2º e 193º); de reconhecimento de letra (art. 195º), de avaliação de objectos (art. 199º); exames toxicológicos, etc. Consoante a qualidade dos peritos, poderão ser feitos por peritos especializados em quaisquer ciências ou artes ou por peritos vulgares.

Dentre os primeiros da segunda classificação têm especial relevo os exames médico-forenses, regulados pelo Decreto-lei nº 5.023 de 29 de Novembro de 1918.

Podem ordenar e requerer os exames, respectivamente, o Ministério Público, por um lado, e os assistentes (vide art. 4º do Decreto-lei nº 35.007) e o arguido, por outro. E em qualquer fase da instrução (§ único do art. 13º e art. 40º do Decreto-lei nº 35.007).

O exame não terá, porém, de ser único, podendo requerer-se novos exames (art. 197º do Cód. de proc. crim.). Efectivamente pode haver dúvidas sobre a exactidão das com utilização de meios menos humanos de investigação (pense-se, por ex., em que o uso comum da tortura no processo inquisitório andava ligado à preocupação de obter a confissão do arguido).

clusões dos primeiros ou reconhecerem-se mesmo erros que cupra corrigir — finalidade semelhante, pelo menos sob certo aspecto, à da admissibilidade dos recursos.

Fala a lei em "novos exames sobre o mesmo ou diversos objectos", mas incorrectamente, pois que o exame sobre objecto diverso não será novo, mas apenas diferente. Além disso, nem todos os exames sobre o mesmo objecto são novos exames, uma vez que podem incidir sobre aspectos distintos (investigações sobre a época de um documento e o reconhecimento de letra no mesmo, por exemplo) (1).

As entidades com legitimidade para os provocar são as mesmas que apontamos para os primeiros exames (§ ún. do art. 13º do Decreto-lei nº 35.007 — deve considerar-se por tanto, parcialmente revogado o art. 197º).

Mas os "novos exames" são os "segundos exames" ou referem-se a um número não pré-fixado de diligências desse tipo ? Não nos diz inequivocamente a lei se o número possível de exames sobre o mesmo tema concreto se limita a dois ou se pode ir mais além.

Podria pensar-se em apelar para os argumentos que decidem, no processo civil, da limitação do número destas diligências — tenha-se em conta, por exemplo, a possibilidade dilatória que envolveriam sucessivos requerimentos de

(1) - LUIS OSÓRIO, op. cit., III, pág. 217.

exames, a pretexto de esclarecimentos. Esta tese teria mesmo um vago apoio legal: enquanto os primeiros são feitos com dois peritos (art. 179º) só se faz menção a três para quaisquer novos exames (art. 197º) — dois grupos apenas de peritos corresponderiam a dois exames somente. Todavia não se pode esquecer que a preocupação dominante deste processo deverá ser a investigação da verdade material e desde que a sucessão inútil de exames possa ser impedida, nada justificará uma limitação. Ora, em face do § único do artigo 197º (com a alteração que lhe compete, segundo o Decreto-lei nº 35.007, art. 14º) estão conciliados os dois interesses a que se aludiu; pelo que, embora o caso não se ja líquido, tudo parece aconselhar que se não tenha de limitar a dois o número de exames possíveis.

Há interesse ainda em acentuar a obrigação de formular quesitos do M. P. ou de outras entidades que dirijam a instrução, sempre que os peritos lho requisarem ou a natureza do exame o exija (art. 186º).

E o Decreto de 3 de Fevereiro de 1800 traçou instruções e um extenso questionário a observar e a satisfazer nos exames, quer no vivo (alienação mental e outros), quer no cadáver, como em exames toxicológicos, microscópicos, bacteriológicos, etc.

ensões (arts. 202º a 213º do Cód. de proc. criminal).

Conforme o art. 202º, "serão apreendidas e examinadas todas as armas e instrumentos que servirem à infracção ou estavam destinadas para ela e bem assim todos os objectos que fossem deixados pelos delinquentes no local do crime, ou quaisquer outros cujo exame seja necessário para a instrução. Os objectos apreendidos serão juntos ao processo, quando possível, e, quando o não seja, confiados à guarda do escrivão do processo ou de um depositário."

As diligências de busca, propriamente ditas, estão reguladas no art. 203º e destinam-se a averiguar se alguém tem em seu poder ou se encontram em um lugar, cujo acesso não seja livre, papéis ou outros objectos cuja apreensão seja necessária para a instrução do processo.

As buscas e as apreensões não têm todas o mesmo regime.. Há que distingui-las em domiciliárias — entendendo-se por tal as feitas em casa habitada ou suas dependências fechadas (art. 204º) — e não-domiciliárias (1).

Assim, quanto às primeiras, não poderão realizar-se antes do nascer, nem depois do pôr do sol, salvo se a pessoa em poder de quem se encontra o edificio o consentir (art. 204º) ou se a casa visada estiver sujeita a fiscaliza-

(1) — Constitui garantia individual, prevista no nº 5º do art. 8º da Constituição, a inviolabilidade do domicilio nos termos em que a lei determinar.

ção especial da policia (§ 2º do art. 204º) (1). Serão, por outro lado, presididas pela entidade encarregada da instrução preparatória: o Ministério Público quando dirija esta ou as outras entidades que a realizem, quer por direito próprio, quer por delegação do Ministério Público (arts. 124, § 2º, 162 — o § único deste artigo encontra-se revogado pelo art. 3º do Decreto-lei nº 36.387 — do Decreto-lei nº 35.007, art. 7º, § 1º do Dec.-lei nº 35.042, etc.).

As não-domiciliárias também têm regimes diversos, consoante se tenham de efectuar em lugar de acesso livre, ou não-livre. Neste último caso exige-se um despacho fundamentado do Ministério Público ou das entidades correspondentes para fins de instrução preparatória, quer oficiosamente quer a requerimento dos assistentes ou do arguido (artigo 203º do Cód. alterado pelos §§ 2º do art. 12º e único do art. 13º do Decreto-lei nº 35.007), em que se ordene a busca ou a apreensão — que, ao contrário das domiciliárias, não têm de ser efectuadas pessoalmente pela entidade que lavra o despacho.

À parte regimes particulares impostos para estas

(1) — Segundo o art. 21º, nºs. 2 e 3 do Dec.-lei nº 35.042, são objecto de fiscalização policial os hotéis, hospedarias, restaurantes, cafés, tabernas, casas de diversão, casas de pernoita ou com quartos de aluguer, casas de prostituição e outros lugares semelhantes.

diligências, quando visem escritórios de advogados (arts. 555º, §§ 4º e 5º e 566º e §§ 1º, 2º e 3º do Estatuto Judiciário) ou consultórios médicos (art. 26º e §§ do Dec.-lei nº 32.171), há sobretudo que fazer referência às efectuadas nas repartições públicas e nos Correios e Telégrafos, reguladas nos arts. 209º, 211º e 210º, respectivamente.

Nestas últimas há que ter especialmente em conta disposto no § único do art. 210º: "As providências nos correios e telégrafos só excepcionalmente poderão ser ordenadas, devendo o Ministério Público (Vide § 2º do art. 12º do Decreto-lei nº 35.007) declarar previamente a sua necessidade em despacho fundamentado" — isto porque o sigillo da correspondência constitui uma garantia individual prevista no art. 8º, nº 6º da Constituição (Vide ainda o Decreto nº 8.069, de 18-3-1922, arts. 249º a 255º onde se estabelecem normas especiais para estas buscas e apreensões).

c) — Prova testemunhal e por declarações.

Estes dois tipos de provas distinguem-se não pelo objecto e natureza dos depoimentos, que é fundamentalmente o mesmo, mas sim pela espécie de pessoas que poderão ser chamadas a produzir um ou outro tipo de depoimento e pela divergência de pressupostos e de efeitos que respectivamente os condicionam ou se lhes podem ligar.

Assim, as pessoas inábeis para testemunhas (art. 216º, § 1º) podem prestar declarações, com excepção dos interditos por demência (art. 216º, § 2º). As testemunhas se não indicadas pelo participante, ofendido ou parte acusado ou notificadas officiosamente pelo Ministério Público (artigo 214º, alterado pelo § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 35.007), e os declarantes só serão ouvidos quando o Ministério Público o julgue conveniente; as testemunhas só podem depor sob compromisso de honra (art. 96º, § 1º) — salvo o caso dos menores entre os catorze e sete anos de idade (art. 97º, nº 1º em confronto com o nº 2 do art. 216º) — e o outro tanto não acontece com os declarantes (art. 97º, nºs. 3º e 2º). Por último, os efeitos da falsidade do depoimento, num ou noutro caso, não são os mesmos; às testemunhas cabem as penas previstas no § 4º do art. 238º do Código penal (vide arts. 95º e 96º do Cód. pen.), e aos declarantes as estabelecidas no art. 242º do mesmo Código.

Tudo a denunciar, portanto, que a prova por declarações não tem a mesma dignidade probatória de que se encontra revestida a testemunhal — será como que um auxiliar de esclarecimento, de grau secundário ou complementar. O que não quer dizer que o Ministério Público (e o juiz, na audiência do julgamento, art. 430º) esteja vinculado a esta diferença, de modo que tenha legalmente de atribuir maior valor ao depoimento testemunhal, sempre que haja uma

contradição entre esta e uma declaração. Apreciará antes segundo a sua livre convicção, embora seja natural que atenda às maiores exigências que se impõem às testemunhas na avaliação dos depoimentos; mas não fica excluída a hipótese de respeitar mais o relato de um declarante em confronto com um divergente duma testemunha — desde logo pode influir a diferente honorabilidade dos depoentes, etc. Está portanto aqui afastado o sistema de prova legal, que, aliás, tende a desaparecer mesmo em processo civil (1).

Vejamos agora quais as linhas gerais do regime processual destes tipos de prova.

Começemos pela prova testemunhal.

1) - Natureza. Tem uma natureza estritamente pessoal (princípio da personalidade), não podendo, em caso algum, ser prestada por procurador (art. 329º).

2) - Admissibilidade. As testemunhas poderão ser perguntadas sobre quaisquer factos, exceto se forem puníveis ou desonrosos, praticados por elas, seus descendentes, ascendentes, irmãos, afins nos mesmos graus, marido ou mu-

(1) - Vide, Prof. M. ANDRADE, Noções elementares de proc. civil, pág. 76; LUIS OSÓRIO, op. cit., III, pág. 326.

lher (art. 218º).

3) - Capacidade. Podem testemunhar todas as pessoas não excluídas pelos números e § 1º do art. 216º, a que há a acrescentar a proibição do nº 5 do art. 555º do Estatuto Judiciário, quanto aos advogados, de deporem contra o constituinte. Há no entanto que ter ainda em conta que os membros da Assembleia Nacional e da Câmara Corporativa não poderão depôr sem prévia autorização da Assembleia ou do Presidente da Câmara (art. 89º, b) da Constituição).

4) - Recusas. Em princípio ninguém poderá recusar-se a depor como testemunha (art. 215º; cfr. art. 242º). Porém, têm essa faculdade, as entidades referidas no art. 217º — o segredo profissional dos advogados e dos médicos encontra-se regulado, respectivamente, no Estatuto Judiciário e no Decreto-lei nº 32.171.

5) - Inquirição. Pode efectuar-se em lugares diversos: em princípio no tribunal onde corre o processo (artigos 224º em confronto com os arts. 225º e 226º) ou noutra, no caso de as testemunhas residirem fora da comarca (artigo 227º); fora do tribunal, no caso de legítimo impedimento de comparecer naquela (art. 225º) ou de ser conveniente para o esclarecimento da verdade (art. 225º) — mas a

cargo do tribunal da causa ou de outro, consoante as testemunhas sejam ou não moradores na comarca respectiva (art. 227º). Sempre que a diligência caiba a outro tribunal, será passada para esse fim carta precatória (art. 227º).

Pode contudo efectuar-se a inquirição na residência do depoente: quando seja o Chefe do Estado, algum Ministro, juiz do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, o Procurador Geral da República, os Ajudantes do Procurador da República, os Altos Comissários, Governadores e Encarregados de governo do Ultramar (art. 219º do Cód. de proc. criminal, combinado com os arts. 4º e 8º, § 2º do Decreto-lei nº 35.369 e 10º, § 3º do Dec.-lei nº 19.271).

Quem inquirir é o Ministério Público (art. 229º alterado pelo § 2º do art. 12º do Decreto-lei nº 35.007), e o número de vezes que entenda necessárias (art. 223º), e na forma estabelecida nos arts. 231º a 233º.

Como incidentes da inquirição, podem realizar-se ~~as~~, sempre que haja contradição entre os depoimentos das testemunhas ou entre eles e as declarações dos réus, dos ofendidos ou de outras pessoas (art. 239º); mas não se admitem contraditas (art. 240º).

O número das testemunhas é em princípio ilimitado, podendo todavia o Ministério Público indeferir o requerimento de inquirição quando, tendo já deposto vinte (quando a infracção corresponda processo de querela ou especial), o

to se correccional e cinco se de polícia correccional, julgue suficiente a prova produzida (art. 322º alterado pelo § 2º do art. 12º do Dec.-lei nº 35.007).

É em grande parte idêntico a este o regime da inquirição dos declarantes, como se verifica pelas disposições citadas, aplicáveis em geral às duas formas de depoimentos. Surgem no entanto algumas especialidades:

1) - Admissibilidade. Segundo o § único do art. 213º, os declarantes <sup>vão</sup> serão perguntados sobre os factos de que estão afastadas as testemunhas, <sup>excepção</sup> ~~desde~~ que esses factos puníveis ou desonrosos tiverem sido por eles participados.

2) - Capacidade. Os que não podem testemunhar podem declarar, desde que não sejam interditos por demência. (Art. 216º, § 2º).

3) - Recusas. Além dos casos em que se podem também recusar as testemunhas (art. 217º), podem ainda os declarantes fazê-lo — quando sejam ascendentes, descendentes, irmãos, afins nos mesmos graus, marido ou mulher do réu, da parte acusadora ou do arguido e, quando haja directos parentes arguidos da mesma infracção, aqueles mesmos paren-

tes de um deles em relação a qualquer um dos outros — uma vez que não tenham sido os participantes (art. 216º, § 2º, in fine).

A acrescentar ao que já se disse, há a referir a possibilidade do depoimento do arguido (art. 244º).

Tem aqui o arguido a posição de sujeito de prova e somente se distingue dos declarantes, não pelo objecto e natureza do depoimento, mas pela sua especial situação no processo, onde terá normalmente a posição de parte. É por isso que, embora naquele depoimento o arguido se apresente apenas como sujeito de prova e não como parte, não deixa esta sua situação em geral de impôr certas especialidades àquelas declarações — desde logo não pode falar-se num dever de dizer a verdade, pois não se encontra abrangido pelo art. 242º do Cód. pen. (quiza por tais declarações).

Este depoimento não se confunde, por outro lado, com o interrogatório a que o arguido, quando preso, tem de ser submetido e a que já nos referimos. Neste último tem a posição de parte, pois esse interrogatório é de certo modo como que um processo especial de confirmação da ordem de prisão — e processo contraditório portanto. Pelo que, em quanto este interrogatório é feito pelo juiz (art. 21º do Decreto-lei nº 35.007) com a assistência obrigatória do

Ministério Público e do defensor do arguido (art. 279º), a que o depoimento é recebido pelo Ministério Público e apenas se efectuará quando este o julgar conveniente (art. 244º, alterado pelo § 2º do art. 12º do Dec.-lei nº 35.007) (1).

d) - Menciona a lei, por fim, os documentos (arts. 245º a 249º).

Não envolve grandes particularidades o regime desta prova.

Há apenas a sublinhar a possibilidade de o original poder ser substituído pela sua fotografia, tendo esta o mesmo valor probatório que aquele, desde que tenha sido com ele devidamente identificada nesse ou noutro processo (art. 245º).

III. Segundo o art. 337º do Cód. de proc. criminal, a instrução deveria ultimar-se nos prazos de três, dois ou um mês, consoante se tratasse de processo de querela, correcção ou de polícia correcção e de transgressões.

(1) - Vide sobre esta assunto o Parecer da Procuradoria Geral da República, nº 80/46 de 2 de Setembro de 1946, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 3.

Pelo art. 22º do Decreto-lei nº 35.007 estes prazos foram alterados, devendo actualmente a instrução preparatória realizar-se no prazo máximo de quarenta dias em processo de querela, e de vinte dias nos restantes processos, quando haja réus presos. Se não se verificar esta hipótese, aqueles prazos serão aumentados para sessenta e trinta dias, respectivamente.

Pode, porém, dar-se o caso de não poder ser concluída a instrução preparatória dentro daqueles períodos de tempo. É o problema assume acuidade sobretudo quando o arguido esteja preso.

Deve no entanto entender-se que nesse caso — estando o réu preso e verificada aquela impossibilidade, não obstante se terem feito todos os esforços e empregado todos os meios — se deverá aplicar o § 4º do art. 337º e o delegado expor o caso ao respectivo Procurador da República, que poderá conceder a prorrogação conveniente.

IV. No termo da instrução preparatória, o Ministério Público terá de decidir-se pela acusação ou pela não-acusação, consoante tenha ou não já elementos para propor a acção penal.

Diz o art. 24º do Decreto-lei nº 35.007 (cfr. art. 341º do Cód. de proc. criminal): "Finda a instrução prepa-

ratória, o Ministério Público formulará a acusação..."; e os arts. 25º e 26º do mesmo diploma prevêm as hipóteses em que se poderá verificar a não-acusação.

Apreciemos agora somente estas últimas, posto que a acusação será tratada mais adiante.

O Ministério Público pode não acusar por dois motivos: por ter concluído pela ausência definitiva de fundamentos para a acusação (verificar não ter havido crime, estar extinta a acção penal, estar comprovada a irresponsabilidade do arguido) — art. 25º; ou por ainda não estar de posse de elementos suficientes para a promover — art. 26º.

1) - No primeiro caso, abster-se-á de acusar, declarando nos autos as razões de facto ou de direito justificativas (art. 25º). Cumpre então notificar disso mesmo o denunciante para que, se for pessoa com a faculdade de se constituir assistente, possa reclamar para a Procuradoria da República da falta de acusação (art. 27º). Na falta de reclamação, os autos serão conclusos ao juiz para apreciar a decisão do Ministério Público; e, se entender que se verificaram as condições suficientes para a acusação, fará constar em despacho as suas razões, subindo os autos oficialmente ao Procurador da República (art. 28º). Este decidirá então, tanto nesta como na hipótese anterior, se deve ou não ser feita a acusação (arts. 27º e 28º).

Havendo reclamação, ou, não a havendo, quando houver despacho do juiz e o Procurador da República decida que não cabe a acusação, o processo será definitivamente arquivado ou ficará a aguardar a produção de melhor prova, conforme o sentido daquela decisão (art. 29º).

Não havendo reclamação, nem despacho do juiz, os autos só se considerarão arquivados definitivamente decorridos trinta dias sobre a comunicação respectiva que o Ministério fará trimestralmente ao Procurador da República a dar-lhe precisamente notícias dos autos que não o conduziram à acusação (art. 29º, § único e 23º).

2) - No segundo caso, diz o art. 26º do mesmo Decreto: "Se não houver prova bastante dos elementos da infracção, ou de quem foram os seus agentes, o Ministério Público acusará provisoriamente e requererá a instrução contraditória, se for de presumir que possa completar-se a prova indiciária, ou abster-se de acusar, comunicando o facto ao Procurador da República..."

C. I. No domínio do Código já se admitia a possibilidade do arguido pretender provar que não havia elementos suficientes para ser pronunciado, atribuindo-se-lhe então a faculdade de requerer a instrução contraditória (artigo 326º).

Pelo Decreto-lei nº 35.007 esta instrução contraditória será requerida pelo Ministério Público: obrigatoriamente nos processos de querrela (art. 34º); facultativamente nos processos correccionais (art. 35º) — e no próprio acto da acusação (art. 24º). E o arguido poderá igualmente requerê-la em todas as formas de processo, excepto de transgressões ou sumário (art. 36º) — o que equivale no fundo, a atribuir-lhe essa faculdade apenas nos processos correccionais, pois que se for de querrela ela verificar-se-á sempre por requerimento obrigatório do M. P.

Segundo o § 1º do art. 36º "o requerimento será apresentado até cinco dias depois da notificação de pronúncia, devendo-se articular os factos que se pretendam provar, juntando-se logo todos os documentos que devam ser apreciados, indicando-se outros meios de prova que se queiram produzir e oferecendo-se o rol de testemunhas com a menção dos factos a que devam depor." O § 2º acrescenta: "Se a instrução contraditória já tiver sido ordenada, ao arguido, no mesmo prazo, articulará os factos que interessem à defesa provar e juntará ou indicará os meios de prova".

II. A instrução contraditória é sempre presidida pelo juiz (art. 37º do Decreto-lei nº 35.007), contrariamente ao que acontecia na preparatória.

E a diferença bem se compreende. Vimos as razões

que decidiram da transferência dos poderes de investigação do juiz para o Ministério Público, traduzindo no fundo os graves inconvenientes que trazia a confusão na mesma entidade das funções de investigação e de julgamento. Do mesmo modo impõe-se que, toda a vez que os elementos da investigação sejam colocados num plano contraditório, que uma entidade imparcial dirija e presida à discussão, posto que agora o órgão a quem competem as investigações não seria o mais qualificado para julgar da sua própria posição — atenda-se a que a instrução contraditória discute a própria acusação, porquanto esta é promovida, muito embora se torne provisória ipso jure.

O que não tem de envolver uma passividade do juiz, a qual se não compreenderia, como sabemos, no processo criminal. Assim, as diligências de prova serão efectuadas pela ordem mais conveniente para o apuramento da verdade. O juiz deverá deferir, por despacho fundamentado, as diligências requeridas que não interessem à instrução de processo, ou sirvam apenas para protelar o seu andamento, e ordenará aquelas que considerar úteis ou se tenham mostrado indisponíveis" (art. 40º).

III. A instrução contraditória não impede a acusação pelo Ministério Público que se deverá seguir, normalmente, à instrução preparatória. Apenas a torna provisória

(art. 24º, II) — o que nos mostra, desde logo, que o objeto desta segunda fase da instrução não é outro que o discutir aquela mesma acusação, nos seus fundamentos, invalidando-os ou corroborando-os.

Por outro lado, e coerentemente, o despacho de pronúncia que se tenha seguido à acusação provisória será também provisório (arts. 368º, § 2º e 385º do Cód. de processo criminal; cfr. art. 394º, § 2º).

Deverá ultimar-se nos prazos indicados no art. 377º do Código de Processo Criminal (art. 42º do Decreto-lei nº 35.007).

E uma vez concluída, irão os autos em vista ao Ministério Público para acusar definitivamente, ou para promover o que tiver por conveniente (por ex.: novas diligências quando permitidas — art. 342º do Cód. de proc. crim.), ou ainda para ordenar que o processo se archive ou que agurde a produção de melhor prova (art. 44º do Decreto-lei nº 35.007).

Neste último caso, há que ter especialmente em atenção o que dispõe o art. 346º do Cód. de processo crim. por força do art. 44º, in fine, daquele decreto-lei: "Se o juiz entender que há elementos para se prosseguir no processo, assim o declarará em despacho fundamentado, ordenando que volte com vista ao Ministério Público, para deduzir a acu-

suação.

32. A acusação e a defesa: A. A acusação e a pronúncia: I. Processo de querela; II. Processo correccional; III. Processo de policia correccional. B. A defesa. I. Processo de querela; II. Processo correccional; III. Processo de policia correccional.

A fase processual de acusação e defesa não existe com verdadeira autonomia perante a de julgamento, em todas as formas de processo comum. Assim, nos processos de transações e sumário tudo se reduz ao julgamento.

Por outro lado, a acusação, incluindo o despacho de pronúncia ou equivalente, e a defesa não apresentam as normas características nas três formas processuais restantes.

Faremos, por isso, uma rápida descrição desta fase do processo em cada uma das três primeiras formas processuais comuns.

A. I. 1) -- Uma vez colhidas na instrução preparatória elementos suficientes para a incriminação do arguido, o Ministério Público deve deduzir a sua acusação. Esta toma o nome de querela no processo do mesmo nome (art. 358º).

Sabemos que a acusação que se segue à instrução pre-

preparatória é sempre provisória em processo de querrela, pois o Ministério Público terá de requerer obrigatoriamente no mesmo acto a instrução contraditória (art. 24º do Decreto-lei nº 35.007). Não é, todavia, este o único caso em que a querrela terá aquela natureza.

Poderá formular-se uma querrela provisória logo que no processo existam indícios bastantes de culpabilidade do arguido, embora se pretenda e possa prosseguir a instrução não já contraditória, mas ainda preparatória. A sua justificação é a seguinte.

Segundo o art. 273º do Cód. de proc. criminal e artigo 9º do Decreto-lei nº 35.042 nenhum arguido pode estar preso sem culpa formada além dos prazos que aí se estabelecem (cfr. arts. 21º, nº 4, do Decreto-lei nº 35.007). No entanto pode haver interesse em manter o réu detido, já que, por exemplo, em liberdade seria perigoso ou facilmente destruiria elementos que interessam à instrução; e como se torna indispensável que seja "formada a sua culpa" por um despacho de pronúncia para se poder manter a detenção, e como, por outro lado, este despacho tem de se fundamentar numa acusação, permite a lei aquela acusação provisória (art. 362º do Cód. do proc. criminal) a que se seguirá então um despacho de pronúncia também provisório (art. 368º). No do início do Código, por ser o juiz quem dirigia a instrução preparatória, ordenava o art. 354º que o processo fosse con-

vista ao Ministério Público, quando houvesse réus presos, três dias antes de terminarem os prazos do art. 273º, precisamente para que acusasse se houvesse indícios suficientes (§ 1º do mesmo artigo).

O prazo para apresentar a querrela é de oito dias, após o termo da instrução preparatória (art. 358º do Código), e cinco após a instrução contraditória (art. 43º do Decreto-lei nº 35.007, conjugado com aquele art. 363º). Se a querrela provisória tiver de ser anterior ao fim da instrução preparatória, a sua dedução terá de fazer-se nos dois primeiros dias do período de três que antecede o termo da prisão sem culpa formada (art. 354º, § 1º). O prazo de querrela definitiva conta-se a partir do termo da instrução contraditória e é de dois dias (art. 335º do Código). Em iguais prazos devem formular a acusação os assistentes, incluindo o acusador particular, a partir da notificação ou independentemente de notificação, se a acusação for necessariamente provisória (arts. 358º, 335º e 353º do Cód. conjugados com os arts. 4º e § 3º e 44º do Decreto-lei nº 35.007).

A querrela deve ser articulada e conter: a identificação do acusador (se não for o Ministério Público) e do arguido; a narração dos factos que constituem a infracção; o fundamento legal da incriminação; o rol de testemunhas; a data e a assinatura do querrelante. (Vide art. 359º do Código)

go).

O número das testemunhas que a acusação poderá oferecer é de vinte por cada infração, podendo subir a vinte e seis, se forem dois ou mais acusadores e não estiverem de acordo (vide art. 360º do Cód.).

2) - À querela deve seguir-se o despacho de pronúncia ou de não-pronúncia (art. 365º e segs. do Cód.).

Compreende-se a necessidade deste despacho do juiz, pois mal se compreendia que por mera vontade do Ministério Público se forçasse alguém a ser julgado num processo com a gravidade dum processo crime. O despacho de pronúncia, além de determinar os precisos termos da acusação, com interesse para fixar o âmbito da sentença, é uma garantia para o próprio arguido de não ser julgado senão quando haja motivo sério para tal.

É provisório ou definitivo, consoante se siga a uma acusação provisória ou definitiva.

Deverá ser lavrado no prazo de oito dias após o recebimento da querela (art. 365º); mas o despacho provisório, no caso de haver réus presos para os quais se esteja a esgotar o tempo de prisão permitida sem culpa formada, deverá ser elaborado no último dia do período de três que antecede aquele termo (§ único do art. 365º e § 2º do artigo 354º do Código) e o despacho definitivo que lhe correspon-

de terá o prazo de cinco dias depois da querela definitiva (art. 368º do Cód.).

Terá de conter, além da identificação do arguido, da narração e da fundamentação, a declaração de ser ou não admissível caução e a ordem de prisão dos indiciados, se ainda não estiverem presos (art. 366º).

Como se vê, seria este o momento normal da prisão do arguido uma vez que em princípio só deverá ser preso com culpa formada. Já fizemos, porém, referência a esta regra e mencionamos as excepções, quando tratámos da prisão preventiva.

Deve acrescentar-se que por força do art. 45º do Dec.-lei nº 35.007, o despacho de pronúncia definitiva conhecerá também das questões prévias (nulidades, ilegitimidade, excepções, etc.), sempre que não tenham de ser deixadas para a decisão final.

Pode levantar-se aqui legitimamente o problema de saber qual a atitude a tomar pelo juiz, em ordem à pronúncia ou à não-pronúncia, sempre que os factos apontados na querela do Ministério Público não coincidam inteiramente com os apontados pelos assistentes nas respectivas acusações (vide § único do art. 3º e § 4º do art. 4º do Dec.-lei nº 35.007).

É esta uma questão que se apresenta paralela à da fixação da identidade do objecto processual a verificar na pronúncia e na sentença. E a solução não deve ser diferente.

Quer dizer, receberá a acusação sempre que nas duas acusações se possa considerar existente uma identidade de objecto, tomado este, não segundo uma unidade naturalística, mas numa unidade substancial referida a uma determinada valoração jurídica. O objecto será idêntico desde que os factos alegados, embora não rigorosamente iguais, se possam referir a uma mesma valoração jurídico-normativa, de que aqueles concretamente sejam aspectos, elementos constitutivos ou índices (1).

II. 1) - No processo correcional a acusação toma a designação de queixa (art. 386º) — pelo que a este processo se dá também vulgarmente o nome de "processo de queixa".

Pode ser, do mesmo modo, provisória ou definitiva. Simplesmente agora não terá de ser sempre provisória, pois a instrução contraditória não é obrigatória neste processo,

(1) - Vide este problema largamente tratado pelo Prof. EDUARDO CORREIA, Caso julgado e poderes de cognição do juiz, págs. 29 e seqs.

como sabemos.

O prazo para a sua apresentação em juízo é de cinco dias, a partir do termo da instrução preparatória para o M. P., e a partir da notificação para os assistentes; quanto a estes, se não houver réus presos, nem tiver havido instrução contraditória, poderão formular a queixa até três dias após o termo do prazo do M. P. (arts. 386º do Código e 4º, § 3º do Dec.-lei nº 35.007).

Se houver réus presos e se se verificar a necessidade de uma pronúncia, o M. P. deduzirá a sua acusação, igualmente provisória, nos dois primeiros dias do período de três que antecede o termo do prazo da prisão com culpa formada (art. 354º, § 1º). Para formular a acusação definitiva, quer nesta hipótese como na de ter havido instrução contraditória, tem três dias, respectivamente após o termo da instrução ou da data em que o processo lhe for com vista (art. 386º, § único). Os prazos continuam a ser idênticos para os assistentes a partir da notificação (os artigos citados e § 3º do Decreto-lei nº 35.007).

A queixa não terá de ser deduzida em artigos e deverá conter as indicações exigidas para a querela (artigo 367º do Cód.).

O número das testemunhas não pode exceder oito por cada infracção, cabendo no entanto a cada um dos diversos assistentes que se tenham constituído a faculdade de apresen-

terem mais duas (art. 388º do Cód.).

2) - Haverá também neste processo um despacho de pronúncia ou de não-pronúncia.

Será provisório ou definitivo conforme se siga a uma queixa provisória ou definitiva (art. 389º do Cód.).

Deverá ser lavrado no prazo de cinco dias após a queixa (art. 389º do Cód.); mas no caso de haver réus presos será elaborado no último dia do mencionado período de três (art. 354º, § 2º do Cód.) e o despacho definitivo terá o prazo de três dias depois de recebida a queixa definitiva (art. 389º).

Os requisitos deste despacho são idênticos aos do processo de querela.

III. Em processo de polícia correcional os actos correspondentes encontram-se mais simplificados e continuam a reduzir-se os prazos.

1) - Assim, a acusação toma agora a designação de "promoção ou requerimento para julgamento" (art. 394º).

Deve ser deduzida no prazo de três dias após o termo da instrução (art. 391º do Cód.).

Muito simples, não precisa de ser articulada, deve apenas indicar: o infractor, os factos que lhe são impu-

tados, a lei que os proíbe, o rol das testemunhas e mais provas (art. 392º).

O número das testemunhas não poderá exceder o de cinco para cada infracção, podendo todavia, se várias pessoas se tiverem instruído como assistentes, apresentar ainda um deles mais duas (art. 393º do Cód.).

2) - Não tem este processo despacho de pronúncia ou de não-pronúncia, apenas o juiz, no prazo de três dias após a promoção, ou rejeita a acusação ou marca dia para julgamento (art. 394º).

Como se vê, não é consequência desta forma de processo a prisão preventiva, muito embora esta possa existir por ocasião dela, mas pelos fundamentos já oportunamente indicados.

B. Por defesa entende-se a contestação a apresentar pelo arguido em resposta à acusação.

O que nos diz que, a partir do despacho de pronúncia, o processo passa a ter uma estrutura contraditória — excluindo, claro está, o contraditório já verificável na própria instrução com vista a impedir a promoção definitiva do processo em que o arguido tenha de ser julgado.

I. Depois de lhe ser notificado o despacho de pro-

núncia deve o réu contestar (art. 381º do Cód.) e deve fazê-lo hoje no prazo indicado no art. 46º do Decreto-lei nº 35.007, ou seja nos oito dias seguintes àquela notificação (1).

Com a contestação, entregará o réu o rol de testemunhas e os documentos que queira apresentar em sua defesa, a não ser que prefira oferecer só o rol de testemunhas e reservar a entrega da contestação para a audiência de discussão e julgamento, como lhe é permitido pelo art. 382º do Código.

(1) - Esta disposição no Decreto-lei nº 35.007, fazendo correr o prazo para contestar a partir da notificação do despacho de pronúncia, enquanto, segundo o Código, se contava desde a entrega ao acusado da cópia da querela (art. 380º), deixando todavia imprejudicadas, pelo menos à primeira vista, outras disposições do mesmo Código que com aquela se articulavam, permite que se levante o seguinte problema.

No domínio do Código, o despacho de pronúncia era notificado às partes (art. 370º) para que no prazo de cinco dias (arts. 371º e 651º) interpusessem contra ele os recursos que tivessem por convenientes; transitado em julgado, ou porque não tivessem havido recurso ou, tendo-o havido, porque este correrá os seus trâmites, seria então dada ao acusado cópia da querela (art. 379º) com vista à sua contestação, que teria de apresentar no prazo de quinze dias a partir da entrega daquela cópia (art. 381º). Posto isto, e uma vez que se não considere revogado o art. 379º do Código que só manda entregar a cópia de querela após ter o despacho de pronúncia transitado em julgado, não se compre-

O número de testemunhas a apresentar não poderá exceder para cada infracção o que a acusação pode oferecer (art. 381º, § 1º).

O rol de testemunhas pode ser alterado e os docu-

endo que o Decreto-lei nº 35.007 mande contar o prazo de oito dias a partir da notificação da pronúncia, pois significaria, no fundo, que o prazo efectivo de contestação passaria a ser de três dias apenas: o tempo que ficaria dos oito fixados deduzidos os cinco necessários para o trânsito em julgado.

Esta solução mostra-nos desde logo a impossibilidade de conciliar os dois regimes por aplicação plena das respectivas disposições — impõe-se uma transacção.

Poderia pensar-se em considerar alterado o artigo 379º, de modo a transferir o momento da remessa da cópia da querela para o da notificação: efectivamente, não poderia admitir-se que corresse o prazo de contestação enquanto não estivesse o arguido em condições de o fazer, para o que se torna indispensável conhecer a querela. Por outro lado, deve-se, assim, inteira aplicação ao art. 46º do decreto.

Todavia este último artigo não pode ser respeitado em todos os casos: pense-se num recurso do despacho de pronúncia, uma vez que terá efeito suspensivo não já só em ordem do despacho, mas a todo o processo (art. 373º e 652º, nº 2). Em tal hipótese, o prazo para contestar não pode deixar de correr a partir da solução do recurso, e não desde a notificação da pronúncia.

Mas ainda assim se poderia pensar em respeitar a primeira solução (a entrega da cópia no mesmo acto da notificação) que apenas estaria sujeita ao incidente dum recurso.

Mas será aconselhável? Podem-se pôr algumas dúvi-

mentos podem ser juntos, respectivamente, até três e dez dias antes do julgamento (arts. 334º e 404º), podendo, no entanto, o juiz, quanto aos últimos, ordenar sempre a sua junção (§ 1º do art. 404º).

Apresentada a contestação ou o rol das testemunhas, vai o processo concluso ao juiz para este marcar dia para o julgamento (art. 46º do Dec.-lei nº 35.007). Neste despacho conhecia, no domínio do Código, das questões prévias; hoje, como já dissemos, essa apreciação tem lugar no despacho de pronúncia (art. 45º do Dec.-lei nº 35.007).

II. A contestação e o rol de testemunhas, ou apenas este, em processo correccional, devem ser apresentados no prazo de oito dias, após a notificação da pronúncia,

das; desde logo, porquanto conhecedor do conteúdo da querela numa altura em que ainda poderia recorrer da pronúncia, teria o arguido um meio fácil de prorrogar o prazo para contestar propondo um recurso — quando o não teria apresentado se não tivesse aquela intenção. Era permitir de moras quando o legislador, pelo decreto, as quis evitar.

Poderia, porém, adoptar-se esta solução: o juiz só teria de enviar a cópia da querela depois do trânsito em julgado (art. 379º), e o prazo para contestar correria a partir da notificação da pronúncia (art. 46º do Dec.-lei nº 35.007), mas o arguido teria a faculdade de requerer, desde logo, a entrega da cópia da querela, considerando-se que por esse requerimento o réu renunciava ao recurso do despacho de pronúncia. Nem o art. 379º impede esta faculdade, pois

sendo logo, em seguida, o processo concluso ao juiz, para designar dia para o julgamento (art. 46º do Decreto-lei nº 35.007; cfr. art. 390º do Cód.).

Pode apresentar-se igualmente a contestação só na audiência de julgamento (art. 390º, § 3º) e o princípio de número das testemunhas continua a vigorar, pois afere-se pelo apresentado pela acusação (§§ 1º e 2º do art. 390º).

Quer dizer, os princípios que vigoram no processo de querela têm aqui idêntica aplicação.

III. No processo de polícia correccional as diferenças também não são grandes. São elas apenas as seguintes:

É de cinco dias, e não de oito, a partir da notificação do despacho que marcar o dia do julgamento, o prazo para apresentar a contestação com o rol das testemunhas, ou só este, e os documentos. Tem no entanto o arguido a faculdade de indicar, no próprio acto da notificação, as testemunhas de defesa que serão logo notificadas, por sua vez, independentemente do despacho (art. 396º do Cód.).

Esta última notificação é, assim, a particularidade mais saliente desta forma de processo, pois é exclusiva dela.

só impõe um envio ex officio, sem proibir um envio quando solicitado, além de que assim se conciliariam as duas disposições e os interesses que lhes estão subjacentes.

33. O julgamento: A. Princípios que o informem. B. Formalidades comuns. C. Características específicas do processo de querela em confronto com os processos correccional e de polícia correccional. D. O processo de transgressões. E. O processo sumário.

A. Esta última fase do processo criminal tende, na sua estrutura, a realizar alguns princípios capitais, em ordem a obter a maior eficácia processual e a mais justa valoração do seu objecto.

São eles fundamentalmente quatro: da publicidade, da oralidade, da imedição e da contraditoriedade.

Caracterizá-los-emos de forma sumária, apontando ao mesmo tempo os seus reflexos na organização do julgamento.

1) - O princípio da publicidade pretende que o julgamento seja público, que decorram os seus trâmites sob a possibilidade de serem presenciados pelo público em geral. Prestigiam-se assim as decisões a tomar, na medida em que obterão maior confiança e mais fácil aceitação na comunidade.

Dispõe o art. 407º do Cód. de proc. criminal que "a audiência de julgamento é pública, salvo se o tribunal entender que a publicidade pode ofender a moral, o interesse ou a ordem pública, porque nestes casos declarará a audiên-

cia secreta". Vê-se, assim, que o princípio da publicidade, sendo a regra, só encontra excepções em casos cuja especial fisionomia moral ou de outra ordem justificadamente as impõe.

2) - O princípio da oralidade exige que a produção da prova e a discussão, na audiência do julgamento, se realizem oralmente, sempre que, claro está, a natureza dos elementos produzidos o não impeça (ex.: a prova documental); os depoimentos das testemunhas e do arguido, as declarações dos peritos e dos declarantes, e as alegações.

Por outras palavras, todos estes actos terão de ser apreendidos pelo juiz por forma auditiva, e não através da leitura e interpretação de quaisquer escritos.

Este princípio é quase um corolário do anterior e por isso a publicidade e a oralidade andam normalmente associados. Pode dizer-se que, de certo modo, é instrumental daquele, como instrumental se apresenta também no princípio da imedição, como veremos em seguida.

Está implícito nos trâmites da inquirição e formulado expressamente nos arts. 466º, 467º, 533º (cfr. arts. 539º e 543º) e 559º.

Assim, as testemunhas ou quaisquer outras pessoas interrogadas não poderão oferecer o seu depoimento por escrito (salvo os relatórios dos peritos), embora possam so-

correr-se de qualquer documento ou apontamento de datas ou de factos para responder às perguntas que lhe forem dirigidas (art. 642º do Cód. de proc. civil, por força do § único do art. 1º do Cód. de proc. crim.).

Este princípio tem igualmente excepções: vide, por exemplo, arts. 235º, § 2º e 463º, § 2º.

Não devem todavia considerar-se excepções, os casos em que, por não prescindirem de recurso, os depoimentos do réu, das testemunhas e dos declarantes devem ser escritos (arts. 531º, 532º, 539º, 540º, 543º, 555º e 561º), — porquanto o juiz a quo não deixa de os receber oralmente e nessa base os aprecia, sendo a sua redução a escrito apenas uma formalidade complementar (cfr. art. 532º). Outra será a situação no tribunal a quem, mas não é em ordem a este que se discute o princípio da oralidade, como é evidente.

3) - O princípio da imediação determina que o juiz deverá tomar contacto imediato com os elementos de prova, ou seja, através duma percepção directa ou pessoal (princípio da imediação subjectiva ou formal) (1).

(1) - Não é este o único aspecto que alguns autores integram no princípio considerado. GOLDSCHMIDT diz-nos: "O princípio da imediação, aparentado com o da oralidade, regula especialmente a recepção da prova, e signifi-

A justificação deste princípio está em que a percepção imediata oferece maiores possibilidades de certeza e de exacta compreensão dos elementos levados ao conhecimento do tribunal.

Para a realização desta sua finalidade surgem como instrumentais outros princípios. Assim, o da oralidade, uma vez que um depoimento descrito não oferece as mesmas virtualidades de um testemunho oral, onde o contacto entre o deponente e o juiz é directo. Do mesmo modo, o princípio da concentração que tende a realizar a instrução, a discussão e o julgamento no menor espaço de tempo, quanto possível na única audiência — o que certamente permitirá uma percepção viva e directa dos elementos com interesse para a causa, que um relato escrito, indispensável quando haja discussões na audiência, não consegue substituir eficazmente. Por último, o princípio da identidade do juiz, pelo qual o juiz não deve ser substituído, em ordem sempre à mesma fina-

ca que o juiz há-de sujeitar-se nela a estes dois postulados: a) utilização imediata dos meios probatórios (princípio da imediação em sentido subjectivo ou formal); b) e que há-de utilizar os meios de prova imediatos (princípio da imediação em sentido objectivo ou material). No primeiro sentido, o princípio da imediação prescreve ao juiz como há-de utilizar os meios probatórios, e refere-se à relação do juiz com os meios de prova; no segundo, determina ao juiz que meios probatórios há-de utilizar, e refere-se à relação dos meios de prova com a questão a provar". Derecho Pro.

lidade de um contacto directo e pessoal (1).

O princípio da imediação não se encontra expressamente consagrado na lei de processo criminal, mas deduz-se de forma inequívoca dos princípios da oralidade, da concentração ou da continuidade da audiência (art. 414º do Código) e da identidade do juiz (§§ 3º, 4º e 5º do art. 414º), que af se encontram formulados o que só tiram a sua razão de ser no tenderem realizar a imediação, como instrumentais que são desta.

Há no entanto na nossa lei também alguns desvios: vide arts. 401º e 439º (directamente para o princípio da imediação), 403º, 414º, § 1º, 443º, etc. (para o da concentração) e §§ 3º, 4º e 5º do art. 414º (para o da identidade do juiz).

4) - Cabe, por último, também uma referência ao princípio da contraditoriedade, pelo qual cumpre ao juiz ouvir

o civil, trad. esp., pág. 87.

(1) - É bastante elucidativo o que pondera, a este propósito, o Prof. MANUEL DE ANDRADE, "Noções elementares...", pág. 106: A discussão oral "permite que a instrução, discussão e julgamento se façam seguidamente com o menor intervalo possível (princípio da concentração) realizando-se assim maior contacto entre o julgador e as provas. Estas virão a ter, geralmente, apreciadas por quem assistiu à sua produção, sob a impressão viva colhida nesse momento e formada através de certos elementos ou coeficientes impen-

das as partes sobre quaisquer assuntos que tenha de decidir. Está patente na estrutura da fase contraditória do processo e expressamente para quaisquer actos no julgamento (art. 415º).

B. O julgamento desenrola-se mediante numerosas formalidades, algumas delas comuns, pelo menos nas três formas processuais mais solenes.

Vejamos portanto, em primeiro lugar, essas formalidades comuns aos processos de querela, correcional e do polícia correcional.

1) - Chamada. Aberta a audiência, será feita a chamada dos representantes da acusação e da defesa, do réu, do ofendido, das testemunhas, dos peritos e outras pessoas cuja comparência tenha sido ordenada (arts. 417º, 464º, 530º e 539º).

2) - Entrega da contestação. "A contestação do réu, quando deduzida na audiência de julgamento (1), será apresentada por escrito pelo seu defensor" (arts. 423º, 464º, 530º e 539º).

coráveis, mas altamente valiosos, que não podem conservar-se num debate escrito das mesmas provas (princípio da imediação)".

(1) - Vide supra, págs. 186, 188 e 189.

3) - Questões prévias. O tribunal deve conhecer, antes de começar a produção de provas, das questões prévias quando as não tenha decidido no despacho de pronúncia (1) (arts. 424º, 530º e 539º).

4) - Interrogatórios. Durante o julgamento efectuam-se diversos interrogatórios. Assim:

a) - Do réu. O juiz começará por interrogar o réu: será perguntado pelo seu nome, estado, filiação, idade, na turalidade, residência, se sabe ler ou escrever, se já esteve preso ou respondeu e, no caso afirmativo, quando e por que motivo. Em seguida, será perguntado sobre os factos de que é acusado (arts. 425º, 465º, 531º e 539º).

Deve salientar-se que o réu deverá ser advertido pelo juiz de que não é obrigado a responder às perguntas sobre os factos de que é acusado, pois tem apenas por fim proporcionar-lhe o ensejo de se defender e contribuir para o esclarecimento da verdade e não o de obter elementos para a sua condenação (§ 1º do art. 425º).

Vê-se, assim, que este interrogatório visa identificar o réu, conhecer da sua situação cultural e criminal,

(1) - Vide supra, pág. 181.

e, além disso, esclarecer a verdade. É certo que este último fim se encontra prejudicado pela faculdade de o arguido se recusar a responder às perguntas sobre os factos de que é acusado mas não até o ponto de, uma vez que responda, não se poder receber as suas respostas que confirmem e acaução, pois neste domínio — a produção das provas — o princípio da verdade material é o que domina e dele não decide certamente o ónus probatório de um puro processo de parte (1). Nem a isso obsta o facto de a finalidade imediata de tal interrogatório ser a de "proporcionar-lhe (ao réu) o ensejo de se defender" (...) e não o de obter elementos para a sua condenação", por isso que não exclui a possibilidade de o réu oferecer verdade, embora desfavorável, e não impõe nesse caso ao juiz deixar de o ouvir sobre ela, como acontece na alegação final do arguido (cfr. art. 468º e infra); de contrário não faria sentido a advertência expressa à faculdade de não responder; depois repare-se que se está ainda na produção da prova, quer dizer, esta formalidade tem por fim obter o esclarecimento da verdade na medida em que ela possa favorecer o réu e por isso se autoriza que ele apenas nessa medida a esclareça, mas não se impede, por outro lado, o tribunal de utilizar todos os es-

(1) - Cfr. LUIS OSÓRIO, op. cit., V, pág. 121.

clarecimentos obtidos, desde que voluntariamente fornecidos por aquele.

O interrogatório é feito pelo juiz embora a acusação e a defesa possa pedir que aquele faça outras perguntas para esclarecimento de factos determinados (arts. 425º, § 1º e 429º).

b) - Do ofendido. Depois de interrogado o réu, em seguida ou em qualquer outra altura durante a produção da prova, pode o juiz fazer perguntas ao ofendido (arts. 428º, 429º, 465º, 530º e 539º).

c) - Dos outros declarantes. A seguir ao interrogatório do ofendido, se este prestar declarações imediatamente depois do réu, serão recebidos os depoimentos de quaisquer outros declarantes, segundo o mesmo regime dos interrogatórios anteriores (arts. 465º, 530º, 539º e 429º).

d) - Das testemunhas. A inquirição das testemunhas será feita após o depoimento dos declarantes (art. 465º). Começará por prestar juramento (arts. 96º, § 1º e 434º); em seguida ser-lhes-ão dirigidas perguntas no sentido duma completa identificação e de esclarecimento das relações que possam existir entre elas e os réus, os ofendidos e os assistentes (art. 434º); finalmente será feito o interrogatório

sobre os factos (art. 435º).

O regime da inquirição é fundamentalmente igual ao descrito para a fase instrutória (art. 430º). Há no entanto uma particularidade importante quanto à admissibilidade do interrogatório: o art. 435º e os seus §§ dizem-nos que, em princípio, as testemunhas só poderão ser interrogadas pelos representantes de quem as tenha produzido e pelos juizes e sobre factos alegados; mas que, no entanto, os representantes da respectiva parte contrária poderão solicitar ao juiz que faça outras perguntas necessárias para o esclarecimento da verdade e este poderá autorizar que essa instância se faça directamente; por outro lado, se o juiz entender que se justifica qualquer pergunta sobre facto novo, isto é, não alegado, assim o poderá igualmente autorizar.

e) - Dos peritos. Poderão ainda tomar-se declarações aos peritos, após a inquirição das testemunhas (arts. 440º e 465º), pelo que lhes pode ser ordenada a comparencia na audiência do julgamento (art. 431º, § 2º).

O seu depoimento será recebido pelo juiz (art. nº 440º).

5) - Novas provas. Dispõe o art. 443º: "Se durante a discussão da causa sobrevier o conhecimento de novas

elementos de prova que possam manifestamente influir na decisão, poderá o tribunal ordenar que elas se produzam, adendo-se, se necessário for, a audiência pelo tempo indispensável.

6) - Alegação final do réu. Depois das alegações, o juiz perguntará ao réu se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa, ouvindo-o em tudo o que disser a bem dela (arts. 468º, 534º e 539º).

O sublinhado mostra bem a diferença que existe entre esta alegação e o primeiro interrogatório do réu. Neste, o arguido funciona como declarante, sujeito de prova, e efectua-se na fase da produção da prova da audiência de julgamento; naquela, surge como parte, defendendo apenas a sua posição no processo, pelo que o tribunal só o ouvirá no que lhe for favorável e tem lugar logo após as alegações dos representantes das partes.

C. À parte estas formalidades comuns, as três primeiras formas processuais têm regimes particulares, no que toca à própria constituição do tribunal e aos restantes trâmites do julgamento.

### 1) - Processo de querela.

a) - Os processos de querela serão julgados por o tribunal colectivo (art. 460º do Código e <sup>334º a)</sup> 65, a) do Estatuto Judiciário), composto por três juizes: o presidente e do círculo judicial, que presidirá ao tribunal colectivo (art. 2º do Decreto-lei nº 37.047, de 7 de Setembro de 1948), e dois vogais — o juiz perante o qual corre o processo e outro juiz da mesma comarca ou de uma comarca próxima (art. 3º do mesmo Dec.-lei). Ao presidente cabem as funções que a lei atribui na audiência do julgamento, ao juiz, sem outra especificação.

Não há hoje qualquer intervenção de jurados: "o tribunal de comarca funcionará ou com um juiz singular ou com três juizes, conforme o exigir a lei do processo" (art. 57º do Stat. Jud.).

b) - As formalidades particulares desta forma de processo são:

— a leitura do processo. "Serão lidas a querela do Ministério Público e da parte acusadora, o despacho de renúncia, a contestação do réu, as conclusões dos exames periciais e também os documentos intos ao processo e necessários para o desenvolvimento da causa, se a acusação ou

defesa o requererem ou o tribunal officiosamente o ordenar (§ único do art. 464º do Cód.).

Effectuar-se-á após a entrega da contestação e antes do interrogatório do réu (art. 464º e 465º do Cód.).

Esta formalidade, correspondendo à exposição iniciada dos advogados no processo civil, justifica-se facilmente: compreende-se a utilidade de uma recapitulação, de um enquadramento dos termos da causa, num processo como o de querrela, demorado e onde intervêm dois juizes que não acompanham todo o seu desenvolvimento.

— As alegações orais. Após o termo da produção da prova, terão lugar as alegações orais: sucessivamente do Ministério Público, representante dos assistentes e da defesa. Permite-se uma só réplica, sendo porém o advogado do réu o último a falar (art. 467º do Cód.). Não poderão falar, de cada vez, mais de uma hora, mas o presidente do tribunal poderá permitir que se continue o uso da palavra por maior espaço de tempo, se a natureza da causa o exigir (§ único do art. 467º).

Esta faculdade concedida ao presidente é devida ao facto de, não sendo conveniente, por um lado, que se deixe ao caricho dos advogados a possibilidade de falarem durante o tempo que quiserem, por outro lado também se não poder estabelecer um limite rígido, pois é de atender que certas

causas, em virtude da sua delicadeza e complexidade, exigem considerações muito demoradas.

— Os quesitos. A organização dos quesitos pelo presidente, e a resposta a dar-lhes por todos os juizes, é uma formalidade exclusiva e bastante importante do processo de querrela.

Por estes entende-se, como se sabe, as perguntas exclusivamente sobre a matéria de facto (art. 493º) que interessa à causa e às quais será dada resposta de provado ou não provado. Provados os factos ou só alguns ou nenhuns, (compreendendo os que possam excluir a responsabilidade criminal do réu ou diminuir a gravidade da pena (art. 499º)) asim caberá ou não a infracção que se pretendia provar em alguma ou nenhuma hipótese legal (Tatbestand); e consoante esta subsunção possível ou não possível, se decidirá, fazendo corresponder à hipótese a respectiva estatuição legal. Assim, poderá dizer-se que os quesitos têm por objecto apenas a descrição da hipótese legal adequada.

Encerrada a discussão da causa, depois da alegação final do réu, o presidente do tribunal colectivo deve elucidar os quesitos.

Podem incidir apenas sobre factos e suas circunstâncias alegados pela acusação e defesa ou que resultarem da discussão da causa (arts. 468º e 499º). E o Ministério Pú-

blico e os representantes dos assistentes ou dos réus podem não requerer, antes de o tribunal se recolher para deliberar, que se formulem mais quesitos ou que os quesitos propostos se apresentem ou ordenem de modo diverso (arts. 468º e 502º).

Os quesitos podem incidir sobre quaisquer factos dos mencionados, excepto se constantes de documentos autênticos ou autenticados, pois que esses consideram-se provados (§ único do art. 468º).

A forma de organizar os quesitos encontra-se prescrita nos arts. 493º a 501º do Código.

O presidente dirigirá a discussão e votação da matéria dos quesitos, devendo exprimir a sua opinião e votar em primeiro lugar os juizes mais novos, segundo a ordem de idade, e por último o presidente (§ único do art. 69º do Estatuto Jud.; cfr. art. 470º do Cód.). No auto de resposta não deve constar, porém, qualquer declaração de voto (art. 469º do Cód.; cfr. art. 463º, 8), III do Cód. de proc. civil).

— Acórdão. Em seguida à votação e assinatura dos quesitos, o tribunal julgará de direito e, em conformidade da decisão, será o acórdão lavrado pelo juiz presidente, se não tiver ficado vencido, ou pelo juiz mais antigo dos que fizerem vencimento. O acórdão será assinado por todos os juizes e se algum assinar vencido declarará com preci-

são os motivos de seu voto, quanto à miséria de direitos (art. 472º do Código).

## 2) - Processo correcional

a) - O julgamento será realizado por um juiz singular que conhecerá de facto e de direito (art. 529º).

b) - Como particularidades do formalismo notam-se:

— Renúncia ao recurso (arts. 531º e 532º). No processo de querela as partes decidem do recurso da sentença apenas após o acórdão, sem que portanto a sua decisão possa influenciar as formalidades do julgamento. Outro tanto não acontece nos restantes processos: antes do interrogatório do réu os representantes da acusação e da defesa terão de declarar, em resposta ao juiz, se renunciam ou não ao recurso da decisão final (cfr. art. 648º); presume-se, por outro lado, juris et de jure, que há renúncia ao recurso quando, havendo o juiz omitido a pergunta sobre a renúncia, as partes não requererem, antes do interrogatório do réu, a renúncia a escrito (§ único do art. 531º). E consoante renunciarem ou não, assim os depoimentos do réu, das testemunhas ofendidas e de outras pessoas não serão ou serão reduzidos a

escrito.

Princípio que bem se compreende. Se se verificar a renúncia, tudo aconselha a que a mediação seja a mais pura possível, através de uma exclusiva oralidade, uma vez que é apenas ao juiz que compete decidir definitivamente. Tendo de haver recurso, então exige-se que o tribunal a quem tenha elementos de apreciação não só da matéria de direito, mas também da de facto, pois que uma e outra lhe compete apreciar (art. 665º) e não pode socorrer-se da síntese da matéria de facto que representam os quesitos, por isso que são privativos do processo de querrela. Mas, repetimo-lo, esta redução a escrito não afecta a oralidade da audiência, apenas acrescenta uma outra formalidade sem substituir aquela.

— Alezações orais. Quanto a estas, não há a faculdade de réplica que se notava no processo de querrela e o tempo atribuído é metade, trinta minutos — podendo, no entanto, o juiz permitir, do mesmo modo, a continuação para além daquele limite de tempo, se a natureza da causa o exigir (art. 533º).

— Sentença. Será lavrada pelo juiz e lida publicamente na audiência (art. 534º, in fine).

### 3) - Processo de notícia correccional.

A estrutura do julgamento é fundamentalmente idêntica à do processo correccional, quer no que toca à constituição do tribunal — juiz singular — quer no respectivo formalismo (art. 539º).

De especial há apenas a apontar que o juiz não terá de interrogar as partes quanto à renúncia do recurso, sendo apenas a elas que cumpre declarar expressamente, antes do interrogatório do réu, que não prescindem de recorrer (art. 540º) — quer dizer, há agora como que uma presunção juris tantum da renúncia ao recurso que poderá ser ilidida se as partes expressamente declararem o contrário.

D. Nos processos de transgressões e sumário acréscimo há três fases distintas que podemos apontar nos outros processos comuns não se encontram com a mesma autonomia pois que praticamente apenas existe o julgamento. Efectivamente, as duas primeiras, ou uma das duas, ou não existem ou apresentam-se bastante reduzidas — a um único acto — ou se transferem para a audiência do julgamento — pelo que na verdade o que nos surge, no fundo, é apenas este.

Assim, no processo de transgressões a instrução não se limita ao auto de notícia das autoridades policiais

que tenham tido conhecimento da infracção (art.47º do Dec.-lei nº 35.007).

Não está, porém, excluída a instrução: realizada pelas autoridades policiais, officiosamente ou por mandado do juiz, (quando o auto de noticia não satisfaça aos requisitos legais) (art. 47º, I, 2ª parte).

Os autos de noticia devem ser organizados pela forma prescrita no art. 166º do Cód. de proc. criminal.

Estes ou a instrução daquelas autoridades policiais deduzidas em juizo equivalem, para todos os efeitos, à accusação (§ único do art.2º do Dec.-lei nº 35.007): em face de uma ou de outra, marcará imediatamente o juiz o dia para o julgamento (art. 47º do Decreto-lei nº 35.007).

Q que nos mostra que também não tem que haver accusação. Não a haverá se forem as autoridades policiais a exercer a acção penal, como se viu, mas poderá havê-la promovendo a acção o Ministério Público — e este poderá mesmo acusar oralmente (art. 47º do Decreto-lei nº 35.007, II).

O número de testemunhas a apresentar pela accusação não poderá exceder a três por cada infracção. Mas se houver assistentes, o Ministério Público ou a autoridade policial indicará duas e o assistente uma; se forem vários os assistentes e não estiverem de acordo cada um poderá indicar mais uma (art. 549º do Cód.).

Não há contestação. A defesa do réu limita-se à pro-

dução de testemunhas de defesa e às alegações, do seu representante e sua se tiver de comparecer no julgamento (arts. 550º, 551º, 543º e 539º). O número das suas testemunhas não poderá exceder o que a accusação pode produzir, para cada infracção (art. 550º). E o réu não é obrigado a comparecer no julgamento, se não corresponder à infracção uma pena de prisão, embora possa o juiz ordenar a sua comparência quando a julgue necessária (art. 543º e § 1º).

Os actos e termos do processo serão reduzidos ao mínimo indispensável para o conhecimento da causa (art.554º). A sentença poderá ser proferida verbalmente, consignando-se na acta a decisão (§ único do art. 554º).

Só haverá recurso da decisão final e apenas quando expressamente se tenha declarado que se não renuncia a elle (art.47º do Decreto-lei nº 35.007 e art.543º do Cód.; cfr. art. 555º do Cód.).

Poderá, além disto, o arguido pôr termo ao processo pagando a multa antes do julgamento (art. 553º).

E. No processo sumário notam-se as seguintes características:

Não há instrução. As autoridades competentes limitam-se a notificar oralmente as testemunhas para o julgamento, no acto da prisão em flagrante delicto — o seu número

não poderá ser superior a três e igual número pode oferecer o arquivado (art. 557º e art. 48º do Decreto-lei nº 35.007).

O julgamento faz-se imediatamente, em face da participação, por escrito ou mandada transcrever na acta pelo juiz (art. 558º). Poderá, no entanto, adiar-se para o primeiro dia útil se não se puder realizar imediatamente ou poderá adiar-se até o limite de oito dias quando assim for necessário para a produção da prova (art. 558º e §§ 1º e 2º), mas se não puder realizar-se neste último prazo, então será feito o julgamento segundo os trâmites do processo que seria aplicável se não se verificasse a prisão em flagrante delito (§ 3º do art. 558º).

Simplesmente, como sabemos, este adiamento não afectará a prisão do arquivado, porquanto este, se o julgamento se não efectuar no mesmo dia da captura, será posto em liberdade, sob termo de identidade ou depositando o valor da multa aplicável (art. 560º) (1). Há no entanto um desvio a esta regra: quando o réu requerer um prazo para a sua defesa no dia do julgamento, ser adiado até cinco dias sem que seja posto em liberdade (art. 48º do Decreto-lei nº 35.007). Todavia não parece que se tenha de considerar uma excepção ao art. 560º, pois as duas disposições poderão conciliar-se atribuindo a esta última um campo de aplicação restrito aos casos

(1) - Vide supra, págs. 124 e 146.

em que o adiamento não é devido ao réu ou a seu favor.

Como singularidade deste processo temos a possibilidade de um acusador ad hoc se o Ministério Público não estiver presente nem puder comparecer (art. 559º).

Quanto ao recurso os princípios continuam a ser idênticos aos do processo de transgressões (art. 561º).