

MEDIDAS DE COACÇÃO: O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO NA REVISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*

NUNO BRANDÃO

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. O tema aqui em discussão é o das alterações ao regime legal das medidas de coacção constantes da recente revisão do Código de Processo Penal¹. A extensão dessa revisão não permite a sua completa descrição e avaliação no tempo curto de que dispomos e por isso elegemos as alterações ao procedimento de aplicação das medidas de coacção como objecto de análise.

Damos como pressuposto e adquirido, à luz dos princípios constitucionais conformadores do sistema processual penal, que as medidas de coacção, enquanto restrições à liberdade de alguém que se presume inocente (art. 32.º-2 da CRP), não são, nem podem ser uma forma de antecipação da responsabilização e punição penal e só se justificam como meio de tutela de necessidades de natureza cautelar, ínsitas às finalidades últimas do processo penal², a realização da justiça, através da descoberta da verdade material de um modo processualmente válido, e o restabelecimento da paz jurídica. Também damos como assente, com Figueiredo Dias, que a limitação ou a privação da liberdade do arguido está estritamente vinculada “à exigência de que só

* O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida da comunicação apresentada nas *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários e realizadas em Coimbra, nos dias 8 e 9 de Novembro de 2007, e em Lisboa, nos dias 15 e 16 de Novembro de 2007.

¹ Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, rectificada através da Declaração de Rectificação n.º 100-A/2007, de 26 de Outubro, por sua vez também rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 105/2007, de 9 de Novembro. Na génese desta revisão esteve a Proposta de Lei n.º 109/X, disponível em www.parlamento.pt, que, como é sabido, acolheu o Anteprojecto elaborado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal. Correspondem ao Código de Processo Penal, na sua nova redacção, as menções a preceitos legais desacompanhadas da referência ao diploma a que se reportam. A jurisprudência que se referirá ao diante será citada da seguinte forma: TC (Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.pt) e TRL/P/C/E/G (Tribunal da Relação de Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães, respectivamente: www.dgsi.pt).

² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de Maria João Antunes), *Direito Processual Penal*, FDUC, 1988-89, p. 20 e ss.

sejam aplicadas àquele as medidas *que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente*³. Daí resultando a subordinação da disciplina legal aos princípios constitucionais da legalidade, da proibição do excesso⁴, nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade, da precariedade e da subsidiariedade da prisão preventiva⁵.

Se bem avaliamos o conteúdo e o alcance das modificações introduzidas no regime legal das medidas de coacção, cremos que não foram outros senão aqueles os princípios e pressupostos que orientaram a revisão do Código de Processo Penal nesta matéria. É, portanto, dentro daquele quadro que se move a revisão, que parece ter sido determinada sobretudo pela necessidade de aperfeiçoar, clarificar e esclarecer um regime legal que nos últimos anos esteve sujeito a intensa exposição e discussão pública.

São vários os planos do regime das medidas de coacção em que a revisão interveio, introduzindo-se alterações, designadamente: *i)* nos pressupostos gerais de aplicação, manutenção e extinção das medidas de coacção; *ii)* nos pressupostos de aplicação, manutenção e cumulação de algumas concretas medidas de coacção, especialmente na obrigação de permanência na habitação, aproximando ainda mais e em termos eventualmente discutíveis o seu regime ao da prisão preventiva; *iii)* nos prazos de duração da prisão preventiva, em geral no saudável sentido do seu encurtamento⁶, mas admitindo a elevação do prazo máximo da prisão preventiva para metade da pena de prisão que tiver sido fixada na condenação da primeira instância confirmada em sede de recurso ordinário; *iv)* no procedimento de manutenção da execução das medidas de

³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, p. 27.

⁴ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, 2003, p. 266 e ss.

⁵ Sobre estes princípios, desenvolvidamente e com amplas referências bibliográficas, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção», in: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1252 e ss.

⁶ Cf. RUI PEREIRA, «A Reforma do Processo Penal», in: Manuel Guedes Valente (coord.), *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2006, p. 232 e s., e FREDERICO ISASCA, «A Prisão Preventiva e Restantes Medidas de Coacção», in: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 111 e ss. Sobre os prazos da prisão preventiva no direito comparado, DANIELLE ANDRADE E SILVA, «A Temporalidade Específica da Prisão Preventiva: um Mecanismo de Conciliação entre Garantias Individuais e Efetividade no Processo Penal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 62, 2006, p. 197 e ss.

coacção; e v) nos pressupostos de indemnização por privação da liberdade, ampliando a responsabilidade do Estado por privação da liberdade ilegal ou injustificada⁷.

2. Entre os vários eixos do regime legal das medidas de coacção, um dos que sofreu uma das intervenções mais extensas foi o relacionado com o seu *procedimento de aplicação*, sobretudo na fase do *inquérito*, e é sobre o mesmo que nos debruçaremos. Apesar do elevado número de preceitos que nesta matéria foram alterados, a nosso ver não será correcta a conclusão de que foram postas em causa as linhas fundamentais do regime anterior respeitante a esse procedimento de aplicação.

É certo que a revisão trouxe neste domínio algumas inovações, mas deve reconhecer-se que uma parte significativa das alterações legais não comporta uma modificação substancial da disciplina anterior, limitando-se a explicitar soluções que decorreriam já de uma interpretação desse regime não só conforme à Constituição, como também à própria lógica e estrutura intra-sistemática de um processo penal de matriz acusatória. Clarificação que, em todo o caso, se revela pertinente em alguns pontos, tendo em conta as divergências jurisprudenciais que a esse propósito ainda subsistiam e até algumas soluções correntes na prática jurisprudencial de compatibilidade duvidosa com princípios da Constituição processual penal e com a estrutura acusatória do processo.

Passemos então à enunciação e análise crítica, necessariamente breve, das alterações ao regime legal relativo ao procedimento para aplicação das medidas de coacção na fase do inquérito, com excepção do termo de identidade e residência. Adoptaremos uma perspectiva diacrónica, procurando seguir a dinâmica do procedimento desde os momentos preliminares, anteriores à proposição da medida, até à sua eventual impugnação, em sede de recurso.

3. No que, desde logo, diz respeito à forma de promover o *comparecimento do arguido para interrogatório* com vista à aplicação de uma medida de coacção, deixa-se

⁷ RUI PEREIRA, «A Reforma do Processo Penal», p. 233.

agora expresso, no art. 257.º-1, que “fora de flagrante delito, a detenção só pode ser efectuada (...) quando houver fundadas razões para considerar que o visado se não apresentaria espontaneamente perante autoridade judiciária no prazo que lhe fosse fixado”.

Esta exigência constitui uma explicitação do princípio constitucional da proibição do excesso, fundamentalmente na sua vertente de necessidade, que deve orientar e condicionar qualquer forma de coacção estadual na esfera dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas⁸. Nessa medida, a referida exigência devia considerar-se também imposta pelo regime anterior como pressuposto da detenção fora de flagrante delito.

A sua expressa consagração legal revela-se, no entanto, necessária em face de uma corrente jurisprudencial que, apesar de insustentável sob o ponto de vista constitucional, vinha fazendo curso, no sentido de que tendo em conta a epígrafe do art. 141.º (“primeiro interrogatório judicial de arguido *detido*”), aplicável por remissão do art. 194.º-2, e o disposto no art. 257.º, a lei impunha a prévia detenção daquele que devesse ser presente ao juiz de instrução para efeitos de aplicação de medida de coacção⁹. A solução que a revisão agora inequivocamente impõe não só é idónea a promover um respeito acrescido pela liberdade das pessoas, como também a obstar ou, pelo menos, dificultar práticas inadmissíveis que vêm sendo denunciadas, que passam por enfraquecer o discernimento do arguido e abalar a sua estabilidade emocional e anímica antes do interrogatório, através da privação da liberdade e do isolamento por longas horas¹⁰.

Uma outra regra contribuirá para promover um cabal exercício do direito de defesa. Trata-se da *obrigatoriedade de assistência do defensor* nos interrogatórios de

⁸ Cf., em geral, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266 e ss. (esp. 272), e NUNO BRANDÃO, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, pp. 51 e 119; e neste concreto contexto, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal ou do Culto da Liberdade como Componente Essencial da Prática Democrática», in: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1375 e s.

⁹ Em sentido crítico, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1375 e s.

¹⁰ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1373. Práticas que evidentemente não constituem uma originalidade portuguesa, sendo também assinaladas, v. g., na Alemanha por CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 25. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, § 30, n.º m. 4, p. 244, que a este propósito fala em “fundamentos de detenção apócrifos”.

arguido detido ou preso (arts. 64.º-1, *a*)). É evidente que o arguido nessas condições já poderia fazer-se acompanhar por advogado, nos termos do art. 61.º, n.º 1, *e*), e do art. 32.º, n.º 3, da CRP. Mas também é sabido que, pelas mais variadas razões, esse direito não era frequentemente exercido, sendo certo que uma assistência por defensor em inquirições prévias ao interrogatório judicial para aplicação de medida de coacção, nomeadamente em interrogatório perante o Ministério Público¹¹, contribuirá de forma muito efectiva para a realização da defesa. Seja porque aí e não apenas no interrogatório judicial o defensor tomará conhecimento dos factos imputados ao arguido (cf. os arts. 61.º-1, *c*), e 141.º-4, *c*), *ex vi* 143.º-2), o que permitirá começar logo a perceber os contornos e implicações dos factos indiciados no processo e a organizar a defesa. Seja também porque já nesse momento poderá coadjuvar o arguido no sentido de oferecer ao Ministério Público uma nova perspectiva sobre os factos e o material probatório que o leve a reconsiderar a promoção de determinada medida de coacção que tenha em mente.

4. Entendendo o Ministério Público, na fase do inquérito, ser necessária a aplicação de uma medida de coacção, deverá promover a sua aplicação perante o juiz de instrução criminal. Mantém-se, naturalmente, inalterado o regime do art. 194.º-1, segundo o qual “à excepção do termo de identidade e residência, as medidas de coacção e garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público” (cf. ainda o art. 268.º-1, *b*)).

A respeito da intervenção do juiz de instrução criminal, a revisão não prevê qualquer nova disposição no sentido de solucionar um problema que a prática evidenciar: o de, por um lado, compatibilizar a necessidade de o juiz de instrução conhecer e avaliar, de um modo tanto quanto possível aprofundado, o material probatório apresentado pelo Ministério Público para sustentar a existência dos indícios ou fortes

¹¹ Também considerando que a detenção não preclui um primeiro interrogatório efectuado pelo Ministério Público ao arguido detido, no qual lhe deverá ser garantido o direito de audiência e o exercício do direito de defesa, cf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «Estatuto Jurídico Processual do Arguido: Alguns dos seus Direitos», *in*: Manuel Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005, p. 158 e s. Mais restritivo, GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal*, Edições Asa, 2003, p. 273, para quem “o interrogatório do Ministério Público a um detido que não possa ser de imediato julgado ou não possa ver, de imediato, analisada a validade da sua detenção, só tem como finalidade concluir pela ilegalidade da detenção”.

indícios do crime pressuposto pela medida de coacção requerida e dos pressupostos de natureza cautelar que justifiquem a sua aplicação, com a necessidade, por outro lado, de respeitar o prazo curto de detenção, legal (arts. 141.º-1 e 254.º-1, *a*)) e constitucionalmente (art. 28.º-1 da CRP) imposto, sobretudo quando estão em causa processos de especial complexidade e dimensão¹² e que envolvam vários arguidos. Pensamos que, em caso de inexistência de perigo na demora, faria sentido impor ao Ministério Público a obrigação de apresentar ao juiz de instrução os autos (ou cópia deles) e o requerimento para aplicação da medida de coacção com uma antecedência, razoável e adequada à complexidade e dimensão do processo, sobre a detenção ou o momento imposto ao arguido para comparecimento.

Creemos que também faria sentido prever a possibilidade de no tipo de processos referido intervir, *em equipa*, mais do que um juiz de instrução. O seguinte exemplo, colhido do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-09-2004 (Proc. n.º 7025/2004-9), demonstra de modo cabal a necessidade de alterar o regime da intervenção isolada do juiz de instrução na fase de inquérito, pelo menos nos chamados mega-processos: o arguido A foi detido às 7:30 da manhã do dia 15 de Junho; nesse dia, na mesma operação, foram detidas mais 32 pessoas; o juiz de instrução começou as inquirições na tarde do dia seguinte ao das detenções, iniciando e logo suspendendo as inquirições de cada um dos 33 arguidos e determinando a manutenção da detenção de todos; a inquirição propriamente dita do arguido A iniciou-se pelas 16:30 do dia 18, 81 horas após a sua detenção¹³; e a diligência na qual foram proferidas as decisões do juiz sobre a aplicação de medidas de coacção a cada um dos 33 arguidos terminou no dia 19, pelas 6:00 da manhã... Alguém julgará possível que, no fim desta maratona de 4 dias, o juiz tenha tomado uma decisão sobre a liberdade de cada uma dessas 33 pessoas com o discernimento e ponderação devidos? A resposta negativa que a crueza dos factos impõe

¹² Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1373, nota 24, e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», *in*: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1283.

¹³ O art. 28.º-1 da CRP determina que “a detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial”. Todavia, o TC, nos Acs. n.º 135/05 e n.º 589/06, julgou não inconstitucional “a norma dos artigos 141.º e 254.º, n.º 1, alínea *a*), do Código de Processo Penal, na interpretação de que é respeitado o prazo de 48 horas quando o arguido detido é apresentado ao juiz de instrução, que o ouve sobre a identidade e os antecedentes criminais e valida a detenção dentro desse prazo, mas a comunicação dos factos que motivaram detenção, bem como a decisão que aplica a medida de coacção ocorrem mais de 48 horas após o início da detenção”.

e a frequência com que os juízes de instrução se deparam com este tipo de situações deveria ter levado à previsão de uma solução, obviamente reservada para casos de especial complexidade e dimensão, que permitisse uma intervenção em equipa de dois ou mais juízes de instrução criminal.

5. A aplicação da medida de coacção deverá *em regra* ser precedida, por imposição legal (arts. 194.º-3 e 141.º) e constitucional (arts. 28.º, n.º 1, e 32.º, n.ºs 1, 2 e 5, da CRP), da concessão ao arguido da *oportunidade de defesa*¹⁴, com vista a, querendo, apresentar a sua versão sobre os factos e a necessidade de aplicação da medida de coacção requerida, no sentido de refutar ou enfraquecer a consistência dos indícios do crime imputado, de demonstrar a inexistência das exigências cautelares que justifiquem a medida de coacção requerida ou ainda a sua inadequação ou desproporcionalidade.

5.1 A lei revista estabelecia, no entanto, duas fundadas excepções à regra do exercício prévio do contraditório, a impossibilidade e a inconveniência de audição do arguido (art. 194.º-2 do CPP revisto). Limitações contrabalançadas pela possibilidade da apresentação de defesa subsequente à aplicação da medida de coacção (art. 212.º-4), no caso de prisão preventiva inclusive de concessão obrigatória (art. 254.º-2).

A revisão restringe as excepções ao contraditório prévio¹⁵ (art. 194.º-3), em termos que merecem dois reparos, um formal e outro substancial.

Por um lado, mantém-se a restrição decorrente da impossibilidade de audição do arguido, mas sublinha-se que a mesma deve ser devidamente fundamentada. Esta

¹⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção», p. 1261 e *passim*, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 2.ª ed., Verbo, 1999, 174.2., p. 254, PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, p. 188, RUI PEREIRA, «O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público», *in*: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 126 e s., FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», *in*: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 93 e ss., JOSÉ MOURAZ LOPES, «Dos Actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito. A Relevância do “Tempo Razoável” para a sua Prática e o seu Controlo», *in*: Manuel Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005, p. 206 e ss., e ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa», *RPCC*, 2006, n.º 4, p. 549 e ss.

¹⁵ Assinalando também tratarem-se de excepções à regra da audição prévia, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção», p. 1250, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 2.ª ed., Verbo, 1999, 174.2., p. 254.

obrigação de devida fundamentação aparece recorrentemente nas alterações ao regime das medidas de coacção, constituindo as mais das vezes, porém, uma mera redundância, como é a do presente caso, pois não se tratando obviamente de um despacho de mero expediente estaria sempre sujeito a um dever de fundamentação¹⁶, nos termos da lei (art. 97.º-5) e da Constituição (art. 205.º-1).

Por outro lado, elimina-se a possibilidade de afastamento da defesa prévia no caso da sua inconveniência, que, em nosso modo de ver, na lei antiga tinha em vista fundamentalmente acautelar o perigo, sobretudo na criminalidade organizada e violenta, que para a investigação e para as vítimas ou outros participantes processuais poderá advir do conhecimento da intenção de aplicação de uma medida de coacção e portanto da existência de uma investigação criminal em curso. Esta restrição ao contraditório em caso de inconveniência de audiência prévia do arguido, apesar de se mostrar assim devidamente justificada, foi objecto de eliminação, talvez motivada pela existência de alguma jurisprudência que interpretava a formulação legal relativa à conveniência da audiência prévia do arguido como dando ao juiz um poder discricionário na concessão do direito de defesa ao arguido¹⁷. O fim desta derrogação ao contraditório prévio suscita as maiores reservas, não só porque uma tal jurisprudência parecia definitivamente ultrapassada¹⁸, como também porque abre a porta à materialização dos perigos mencionados que a lei anterior precavia¹⁹.

5.2 Voltando ao *regime regra*, o da concessão ao arguido de oportunidade prévia de defesa, cumpre analisar as importantes alterações ao regime legal constantes da revisão.

De acordo com a nova lei, o direito de defesa deverá ser exercido, como na lei revista, no âmbito de um *interrogatório judicial*²⁰ (art. 194.º-3). À audiência do arguido que deve preceder a aplicação de *uma qualquer medida de coacção*, com excepção do termo de identidade e residência, aplicam-se, por remissão daquele art. 194.º-3, as

¹⁶ Assim, também o Ac. do TRP de 08-02-2006 (Proc. n.º 0546581): “Neste enquadramento, então, ou se cumpre a regra (e leva-se a cabo audiência do arguido) ou se aduz a excepção (e se fundamenta a impossibilidade ou inconveniência dessa audiência)”.

¹⁷ Cf. o Ac. do TRL de 10-07-2001 (Proc. n.º 0067545).

¹⁸ Cf., por outros, o Ac. do TRP de 08-02-2006 (Proc. n.º 0546581).

¹⁹ Em sentido oposto, ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno...», p. 561.

²⁰ Sobre o interrogatório judicial previsto no art. 141.º, aplicável por remissão do art. 194.º-2, JOSÉ MOURAZ LOPES, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2005, p. 129 e ss.

regras definidas no n.º 4 do art. 141.º para o primeiro interrogatório judicial de arguido detido, de acordo com as quais o juiz deve informar o arguido: *a)* dos seus direitos processuais; *b)* dos motivos da detenção; *c)* dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo; e *d)* dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade, nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime. Todas essas informações, à excepção da primeira, deverão ficar a constar do auto de interrogatório (art. 144.º-4, *in fine*)²¹.

5.2.1 A *obrigação de comunicar ao arguido os concretos factos* que lhe são imputados e sempre que forem conhecidas, as respectivas circunstâncias de tempo, lugar e modo, decorria já dos regimes legal e constitucional antes em vigor, como acentuavam de forma unânime a doutrina²², boa parte da jurisprudência dos tribunais superiores²³ e a jurisprudência constitucional²⁴.

Numa síntese feliz, o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 416/03, concluiu que “na comunicação dos factos, não se pode partir da presunção da culpabilidade do arguido, mas antes da presunção da sua inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Assim, o critério orientador nesta matéria deve ser o seguinte: a comunicação dos factos deve ser feita com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, por forma a que lhe seja dada «*oportunidade de defesa*» (artigo 28.º, n.º 1, da CRP)”²⁵. Só assim, na realidade, o arguido poderá exercer cabalmente o direito de defesa que a

²¹ Atento o disposto no n.º 5 do art. 194.º, a omissão da consignação no auto de interrogatório das informações relativas aos factos imputados e aos elementos do processo prestadas ao arguido durante a inquirição determinará a impossibilidade da invocação desses factos e elementos para fundamentar a aplicação da medida de coacção.

²² MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», p. 1261, GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1371 e ss., JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», p. 1279 e ss., RUI PEREIRA, «O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público», p. 126 e s., FREDERICO COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», p. 93 e ss., MOURAZ LOPES, «Dos Actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito», p. 206 e ss., e ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno...», p. 549 e ss.

²³ Ac. do TRE de 09-09-2005 (Proc. n.º 2005/05-1).

²⁴ Ac. do TC n.º 416/2003: “Nesta perspectiva [a de que o interrogatório judicial assume “funções eminentemente garantísticas e não de investigação ou de recolha de prova”], surge como crucial a *comunicação ao arguido dos factos que lhe são imputados*”.

²⁵ Essencialmente no mesmo sentido, já antes, o Ac. do TC n.º 121/97; e depois o Ac. do TC n.º 607/03.

lei e a Constituição lhe reconhecem, pois perante uma mera descrição vaga e abstracta desses factos o arguido não disporá de condições para, num primeiro momento, exercer o contraditório e, num segundo momento, caso seja aplicada a medida de coacção, impugnar a decisão judicial respectiva.

Se a imposição de concretização dos factos que integram o crime imputado e das necessidades cautelares que justificam a medida de coacção requerida²⁶ já resultava do regime legal pretérito²⁷, cremos, no entanto, ser plenamente justificada a sua explicitação na nova alínea c) do n.º 4 do art. 141.º. Com efeito, não pode ignorar-se que não eram poucos os casos²⁸ em que na prática judicial, pontualmente confortada e “ratificada” por decisões dos tribunais superiores²⁹, não era dado cumprimento à obrigação legal e constitucional de efectiva densificação dos factos na informação prestada pelo juiz ao arguido, sendo os arguidos recorrentemente confrontados com descrições factuais ambíguas, fragmentárias e desconexas³⁰. Com o que se gerava um gritante desequilíbrio informacional entre os sujeitos do processo: enquanto o Ministério Público e o juiz tinham pleno conhecimento dos factos e do conteúdo dos autos³¹, o arguido e o seu defensor ou não tinham qualquer efectivo conhecimento ou o

²⁶ Este dever de densificação reflecte-se ainda, como veremos, ao nível da fundamentação do despacho de aplicação da medida: cf. alíneas a) e d) do n.º 4 do art. 194.º.

²⁷ De acordo com PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, p. 181 e ss., a convergência do *princípio do pedido* no domínio da actuação jurisdicional na fase do inquérito, segundo o qual “a intervenção do órgão judicial no inquérito caracteriza-se por ser ocasional, provocada e tipificada” (p. 182), com a necessidade de materialização do direito de contraditório do arguido, “implica que a promoção do Ministério Público contenha obrigatoriamente todos os pressupostos de aplicação da medida requerida. Isto é, os factos indiciados relativos à responsabilidade jurídico-penal do agente e concretizadores das necessidades cautelares que fundamentam a adequação da medida proposta (e respectiva motivação fáctica e jurídica)” (p. 186 e s.).

Estes princípios devem reflectir-se, na nossa perspectiva, no modo de articulação da actuação do Ministério Público e do juiz de instrução criminal.

²⁸ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», p. 1282, fala mesmo “num número significativamente impressionante de casos”.

²⁹ Cf, v. g., o Ac. do TRL de 09-07-2003, parcialmente transcrito no Ac. do TC n.º 416/2003, que, segundo o Tribunal Constitucional, terá “acolhido, ao menos implicitamente, a interpretação normativa arguida de inconstitucional pelo recorrente, no sentido de que a exposição, pelo juiz ao arguido, dos factos que lhe são imputados, prevista no n.º 4 do artigo 141.º do Código de Processo Penal, se basta com a formulação de perguntas genéricas e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, local e modo em que tais factos terão ocorrido”.

³⁰ Por vezes nem sequer se chegava a dar ao arguido e seu defensor a possibilidade de se pronunciarem sobre a medida de coacção proposta – cf., v. g., os Acs. do TRP de 12-02-2003 (Proc. n.º 0340066), de 08-02-2006 (Proc. n.º 0546581) e de 12-07-2006 (Proc. n.º 0614232) –, o que, apesar de segundo aquelas decisões do Tribunal da Relação do Porto constituir mera irregularidade, revela sinais inquietantes quanto à forma como na *praxis* se desenrolava o interrogatório.

³¹ Desequilíbrio sublinhado por JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», p. 1283 e s.

pouco que tinham era aquele que lhes era transmitido pelo Ministério Público ou pelo juiz, muitas vezes já filtrado em função dos interesses da investigação. Esse desequilíbrio, no momento crucial do procedimento para aplicação da medida de coacção, prejudicava, senão mesmo precludia, o exercício do contraditório pelo arguido e era fonte de incompreensão e crítica.

Perante este estado de coisas³² em matéria tão sensível e decisiva, cremos mesmo que se impunha a explicitação do regime anterior através de uma norma com o conteúdo da nova alínea *c*) do n.º 4 do art. 141.º.

Com esta nova disciplina devem ter-se por definitivamente arredadas quaisquer dúvidas que pudessem subsistir na vigência da lei revista acerca do conteúdo do dever de enunciação dos factos indiciados no processo: o juiz deverá *sempre* informar o arguido dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo. Diversamente do estabelecido quanto à divulgação dos elementos probatórios constantes do processo que suportam a imputação, em relação aos quais cessa o dever de comunicação nos casos de perigo que analisaremos *infra*, não se prevê aqui, no domínio da descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, qualquer possibilidade de derrogação deste dever de informação (cf. o art. 141.º-4, *c*), e ainda, quanto à fundamentação do despacho de aplicação da medida de coacção, o art. 194.º-4, *a*)).

5.2.2 A revisão, no mencionado art. 141.º-4, traz ainda uma clarificação do regime revisto em matéria de *conhecimento dos elementos do processo* que indiciam os factos imputados.

No âmbito da lei anterior, após um longo período em que se revelava maioritário o entendimento de que a disciplina legal do segredo de justiça em fase de inquérito se opunha, em regra, à revelação ao arguido do conteúdo dos autos, nomeadamente do material probatório, ainda que para efeitos de preparação da defesa a apresentar no

³² Descrito de forma particularmente impressiva por GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1371 e ss., e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», p. 1279 e ss.

interrogatório judicial e no recurso de aplicação da medida de coacção, a questão tornou-se objecto de enorme dissídio, sobretudo a partir do Ac. do TC n.º 416/2003³³.

É possível identificar na doutrina e na jurisprudência comum e constitucional pelo menos três correntes de opinião a este propósito³⁴.

Parte da doutrina³⁵ e jurisprudência³⁶ persistiam em considerar que, por princípio, o arguido não deveria ser autorizado a consultar o processo para análise directa dos meios de prova que sustentam os indícios imputados e a afirmação das exigências cautelares³⁷. Posição que não negava a existência de uma tensão entre a necessidade de assegurar a tutela de interesses protegidos pelo segredo de justiça, designadamente a integridade da investigação e a esfera pessoal e patrimonial da vítima e dos participantes processuais, e a necessidade de garantir ao arguido um efectivo direito de defesa ante a possibilidade de restrição da sua liberdade, por aplicação de uma medida de coacção. Mas que na concordância prática destes interesses contrapostos considerava que o direito de defesa do arguido era suficientemente salvaguardado pela informação que, como vimos, lhe deveria ser dada sobre os concretos factos indiciados no processo³⁸, pelo controlo que o juiz de instrução criminal deveria exercer sobre a validade dos meios de prova e dos métodos de obtenção de prova subjacentes à imputação e pelo dever de fundamentação do despacho de aplicação da medida. Estando assim acautelada a posição da defesa, entendia-se que uma abertura total dos autos ao

³³ Não obstante este aresto trilhar um caminho aberto por uma jurisprudência constitucional anterior (Ac. do TC n.º 121/97), a circunstância de ter sido proferido no âmbito de um caso objecto de enorme discussão pública, o denominado caso “Casa Pia”, terá contribuído para que lhe tivesse sido prestada uma atenção acrescida.

³⁴ Sobre a questão, cf. desenvolvidamente, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», p. 1244 e ss. e *passim*, e FREDERICO COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», p. 85 e ss.

³⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», pp. 1259 e ss. e 1266 e ss.

³⁶ Cf., v. g., os Acs. do TRL de 12-04-2000 (Proc. n.º 14023), de 09-03-2004 (Proc. n.º 67/2004-5) e de 15-03-2006 (Proc. n.º 1407/2006-3) e o Ac. do TRG de 14-11-2005 (Proc. n.º 1953/05-1).

³⁷ Na lei revista, o arguido poderia sempre aceder, todavia, a auto na parte respeitante a declarações por si prestadas e a requerimentos e memoriais por si apresentados, bem como a diligências de prova a que tivesse assistido, nomeadamente ao auto do interrogatório judicial realizado para efeito de aplicação de medida de coacção e do despacho judicial respectivo, ou a que pudesse assistir (art. 89.º-2). Além disso, na fase do inquérito, o Ministério Público podia dar ou ordenar ou permitir que fosse dado conhecimento ao arguido do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal se afigurasse conveniente ao esclarecimento da verdade (art. 86.º-5).

³⁸ Assim, desenvolvidamente, apelando ainda a outros princípios e regras processuais penais que conformam o inquérito e o estatuto e actuação dos sujeitos processuais, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», p. 1259 e ss., para quem, “numa palavra, apesar do secretismo do inquérito, com repercussões no acesso aos autos (artigo 89.º, n.º 2, do CPP), ao arguido é assegurado o direito de defesa”.

arguido não representaria uma solução de compromisso e concordância prática, mas antes um aniquilamento dos interesses tutelados pelo segredo de justiça à custa dos interesses da defesa.

Nos antípodas desta concepção encontrava-se a que afirmava que “não há segredo de justiça que se sobreponha ao direito de defesa do arguido, mesmo nesta fase processual [do inquérito]”³⁹ e que “só conhecendo os elementos probatórios em que se apoiou a decisão que lhe impôs a medida de coacção de prisão preventiva poderá o arguido exercer efectivamente o seu direito de recurso e, exercendo o contraditório, contribuir para o debate e esclarecimento da verdade”⁴⁰. Daí partindo para concluir que “se o Ministério Público considera que a prova deve estar garantida pelo segredo de justiça e não pode ser confrontada com o arguido, não a apresenta para a sustentar a aplicação da medida coactiva, porventura com prejuízo de aplicação desta medida cautelar”⁴¹.

Numa posição intermédia, defendida pelo Tribunal Constitucional⁴² e na sua esteira por alguma doutrina⁴³ e jurisprudência comum⁴⁴, sustentava-se ser constitucionalmente intolerável considerar sempre e em quaisquer circunstâncias interdito o acesso pelo arguido aos específicos elementos probatórios determinantes da imputação dos factos, da ordem de detenção e da proposta de aplicação da medida de coacção, nomeadamente de prisão preventiva, com alegação de potencial prejuízo para a investigação, protegida pelo segredo de justiça, sem se proceder, em concreto, a uma análise do conteúdo desses elementos de prova e à ponderação, também em concreto, entre, por um lado, o prejuízo para a investigação decorrente da sua revelação e, por outro lado, o prejuízo para a defesa do arguido resultante da sua ocultação. Nesta concepção o arguido deveria poder aceder aos referidos elementos probatórios, a menos que a tal se opusesse um juízo de ponderação concreta dos interesses conflitantes.

³⁹ Ac. do TRC de 08-03-2006 (Proc. n.º 453/06). Nesta direcção, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «O Arguido Detido e o seu Interrogatório», p. 1279 e ss., e GERMANO MARQUES DA SILVA, «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1371 e ss.

⁴⁰ Ac. do TRC de 08-03-2006 (Proc. n.º 453/06).

⁴¹ Ac. do TRC de 08-03-2006 (Proc. n.º 453/06).

⁴² Acs. do TC n.ºs 121/97, 416/03 e 589/06.

⁴³ RUI PEREIRA, «O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público», p. 127, MOURAZ LOPES, «Dos Actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito», p. 207, FREDERICO COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», p. 94 e ss., e ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno...», p. 549 e ss.

⁴⁴ Cf. o Ac. do TRP de 05-03-2003 (Proc. n.º 310714), e os Acs. do TRL de 17-12-2003 (Proc. n.º 8723/2003-3) e de 13-12-2006 (Proc. n.º 9377/2006-3).

Perante uma tamanha indeterminação doutrinal, mas sobretudo jurisprudencial, geradora de insegurança, perturbação e desigualdades no exercício da defesa, num domínio em que se afigura essencial garantir ao arguido um quadro de actuação tão claro e inequívoco quanto possível, não pode senão saudar-se a decisão de tomar posição clarificadora nesta matéria.

A nova lei, aproximando-se daquela referida posição intermédia sufragada pelo Tribunal Constitucional, impõe um *regime regra de conhecimento e acesso* do arguido aos meios de prova constantes do processo que indiciam os factos imputados, determinando não só que o arguido e o seu defensor devem ser deles informados durante o interrogatório judicial (art. 141.º-4, *d*)), como também podem consultá-los nesse interrogatório e no prazo previsto para a interposição do recurso (art. 194.º-6).

Nos casos em que *o processo se encontra sujeito ao regime do segredo de justiça*, esse acesso aos autos estará sempre, porém, dependente de um juízo concreto sobre a sua compatibilidade com a salvaguarda dos interesses em que se funda o segredo de justiça na fase do inquérito, cessando sempre que puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime (art. 194.º-4, *b*) e -6)⁴⁵.

Estando, assim, garantida uma ponderação concreta, levada a cabo pelo juiz de instrução criminal, entre os interesses subjacentes ao segredo de justiça e os interesses da defesa, cremos que a nova solução legal assegura nesta matéria um compromisso ainda razoável, adequado e conforme à Constituição.

⁴⁵ Não nos parece que as ressalvas constantes dos arts. 141.º-4, *d*) e 194.º-4, *b*), constituam um caso especial de derrogação da regra da publicidade do inquérito (art. 86.º-1) determinada oficiosamente pelo juiz de instrução criminal. Em todo o caso, nada impede o Ministério Público, se não o fez antes, de lançar mão do previsto no n.º 3 do art. 86.º e determinar em momento imediatamente anterior ao início da audição do arguido a subordinação do inquérito à disciplina do segredo de justiça. Se essa decisão for validada pelo juiz de instrução (art. 86.º-3), o processo em que o interrogatório irá ter lugar passa a estar coberto pelo sigilo. Embora assim seja, uma vez que está em causa a eventual aplicação de uma medida de coacção, o arguido deverá, em regra, ser informado dos elementos do processo que indiciam os factos imputados (art. 141.º-4, *d*), *ex vi* 194.º-3) e até autorizado a consultá-los (194.º-6). Mas porque ao processo foi entretanto aplicado o segredo de justiça, o juiz de instrução poderá não realizar essa informação ou indeferir a pretensão do arguido de aceder aos autos para análise de tais elementos, se concluir pela verificação de algum dos perigos assinalados na alínea *b*) do art. 194.º-4. Já se o interrogatório tem lugar sem que o inquérito corra em segredo de justiça, designadamente porque o Ministério Público, *dominus* dessa fase processual, não o entendeu necessário, não deverá o juiz de instrução criminal restringir o conhecimento e acesso pelo arguido aos mencionados elementos do processo.

O alargamento da faculdade do acesso aos autos que agora é concedido ao arguido é, aliás, coerente e conseqüente com a completa reformulação do regime do segredo de justiça na fase do inquérito resultante da revisão do Código de Processo Penal⁴⁶. Ainda assim, sendo o problema da abertura do processo no âmbito dos incidentes relacionados com a aplicação de medidas de coacção apenas uma das projecções da questão mais ampla do segredo de justiça na fase do inquérito, o juízo positivo lançado sobre o novo regime do acesso neste domínio das medidas de coacção, não se estende à regra da publicidade, na sua dimensão interna, agora vigente na fase do inquérito, em que se foi longe demais⁴⁷.

5.3 Embora nos pareça equilibrada a solução encontrada para conciliar, neste específico âmbito das medidas de coacção, os interesses protegidos pelo segredo de justiça e os interesses da defesa, adivinham-se já os problemas práticos que o regime de possibilidade de acesso aos autos necessariamente comportará, sobretudo em sede de fundamentação do despacho judicial que indefira o pedido do arguido no sentido de consultar os elementos probatórios para exercer a sua defesa, com base no perigo que daí poderá resultar para a investigação e/ou para as vítimas ou participantes processuais. Na realidade, constituirá tarefa árdua conciliar esse dever de fundamentação, que por norma deve passar pela enunciação das circunstâncias concretas que fundam os

⁴⁶ Sobre a questão, cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno...», p. 563 e ss.

⁴⁷ Com este novo regime regra da publicidade do inquérito, conscientemente assumido nos trabalhos parlamentares como uma mudança de paradigma nesta fase processual (cf. *DAR*, I Série, n.º 108-X, 2.ª Sessão Legislativa, 20-07-2007, p. 54), parecem ter vingado os insistentes apelos de vários quadrantes para que se eliminasse ou restringisse fortemente o segredo de justiça no inquérito. É certo que a cobertura do segredo de justiça se assistiram a campanhas de desinformação da opinião pública, sobretudo em processos mediáticos, como também parece não ser errado concluir que o segredo de justiça dificulta uma reacção a eventuais desleixos na direcção e condução dos processos e até uma participação processual efectiva e muitas vezes pertinente do arguido, mas também do assistente, na fase do inquérito.

Para cada um desses efeitos secundários ou colaterais do segredo de justiça ainda seria possível lançar mão de remédios adequados e menos radicais que o da sua supressão pura e simples. Não pode ignorar-se que para a investigação criminal é absolutamente fundamental um domínio de reserva e segredo que, a ser posto em causa, poderá prejudicá-la de modo grave ou até deitá-la completamente a perder, sobretudo no âmbito da criminalidade organizada, complexa e transnacional. Nessa medida, são as finalidades últimas do processo penal, da descoberta da verdade material e da realização da justiça que poderão ficar seriamente comprometidas com este novo regime da publicidade na fase do inquérito. Razão mais do que suficiente para gerar uma desconfiança séria em relação a este novo paradigma e para justificar uma reavaliação do mesmo em momento não muito distante no tempo, devidamente amparada por uma análise comparativa dos seus resultados com os da lei revista.

referidos perigos, com o sentido último da decisão, que é precisamente o de evitar que o arguido tome conhecimento dessas mesmas circunstâncias.

Uma outra dificuldade com que a prática se confrontará nesta matéria é a relativa à compatibilização do disposto na alínea *d*) do art. 141.º, n.º 4, com o previsto na alínea *b*) do art. 194.º, n.º 4. Ambas referem-se à comunicação ao arguido dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, reportando-se a primeira à informação que o juiz deve prestar ao arguido durante a inquirição e a segunda à fundamentação do despacho de aplicação da medida de coacção, valendo ainda para a consulta desses elementos no decurso do interrogatório e no prazo para a interposição de recurso (art. 194.º-6). Só que enquanto a primeira daquelas alíneas determina que a comunicação no interrogatório não deverá realizar-se se puser em causa a investigação ou dificultar a descoberta da verdade, já a segunda é menos restritiva e só nega a comunicação na fundamentação do despacho de aplicação e o acesso directo ao processo se com isso se puser gravemente em causa a investigação ou se impossibilitar a descoberta da verdade.

A distinção é absolutamente incompreensível e, se levada à letra, poderá dar azo à estranhíssima situação de, na inquirição, o juiz estar impedido de informar o arguido dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, mas não poder deixar de os enunciar, sob pena de nulidade, na fundamentação do despacho de aplicação da medida de coacção, dado que a sua revelação poria em causa, mas não gravemente em causa, a investigação ou dificultaria, mas não ao ponto de a impossibilitar, a descoberta da verdade. Ora, se a lei só veda a comunicação, na fundamentação do despacho aplicador da medida, dos elementos do processo que indiciam os factos imputados se daí resultar um perigo grave para a investigação ou a impossibilidade de descoberta da verdade, então, por maioria de razão, deverá ser também esse o critério de decisão a seguir nas informações a prestar pelo juiz na inquirição.

Em suma, a regra de que ao arguido deve ser dado conhecimento dos elementos do processo que indiciam os factos imputados deverá, por razões de uniformidade e de lógica sistemática, ser excepcionada através de um único critério, o previsto na alínea *b*) do n.º 4 do art. 194.º: a comunicação não deverá ocorrer se puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas.

Esse dever de comunicação dos elementos do processo indiciadores dos factos imputados projecta-se em quatro vertentes distintas: *i*) informação na inquirição (art. 141.º-4, *d*)); *ii*) consulta de tais elementos do processo durante essa inquirição (art. 194.º-6); *iii*) fundamentação do despacho de aplicação da medida de coacção (art. 194.º-4, *b*)); e *iv*) consulta desses elementos do processo no prazo previsto para a interposição do recurso (art. 194.º-6). A circunstância de dever ser um só o critério que permite derrogar o cumprimento deste dever de comunicação, designadamente o previsto na segunda parte do art. 194.º-4, *b*), não significa, todavia, que a decisão do juiz de instrução tenha de ser necessariamente a mesma em todas aquelas dimensões em que tal obrigação se reflecte. Esse dever gera na esfera do arguido um direito à informação e um direito de acesso (total ou parcial) aos autos, sendo obviamente distinto o *grau do perigo* que para a investigação e para os participantes processuais ou vítimas do crime poderá resultar da satisfação de cada um desses direitos.

Compreende-se sem dificuldade que se a mera enunciação de quais os elementos do processo em que se funda a imputação poderá não pôr gravemente em causa a investigação, não impossibilitar a descoberta da verdade e nem criar perigo para as vítimas ou participantes processuais, já o mesmo poderá não suceder se for franqueado ao arguido o acesso aos autos para consulta directa desses elementos e conhecimento do seu conteúdo. E se assim for, o juiz de instrução *não deve autorizar a consulta* desses elementos do processo pela defesa, mesmo que os tenha comunicado ao arguido. O que vale por dizer que será ainda compatível com o novo regime legal a decisão do juiz de instrução que, no decurso do interrogatório ou posteriormente no prazo para a interposição do recurso e com fundamento em algum dos perigos elencados na alínea *b*) do art. 194.º-4, nega ao arguido o acesso aos autos por ele requerido para consulta dos elementos do processo determinantes da aplicação da medida de coacção, apesar de antes, na inquirição ou no despacho de aplicação da medida, lhe ter enunciado esses elementos.

5.4 Neste âmbito do procedimento para aplicação de medidas de coacção, importa ainda enunciar as alterações introduzidas ao nível *da forma e do conteúdo* do despacho de aplicação, que se deverá seguir ao contraditório prévio a que nos temos referido.

Em consonância com as modificações ao art. 141.º-4, o novo art. 194.º-4 especifica, com um detalhe superior ao do anterior art. 194.º-3, os termos em que terá de ser fundamentado o despacho de aplicação da medida de coacção⁴⁸. Esse despacho deve conter (a)) a descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo; (b)) a enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, salvo nos casos de perigo mencionados; (c)) a qualificação jurídica dos factos imputados⁴⁹; e (d)) a referência aos factos concretos que preenchem os pressupostos de aplicação da medida, incluindo os previstos nos artigos 193.º e 204.º. Além disso, não podem ser considerados para fundamentar a aplicação ao arguido de medida de coacção quaisquer factos ou elementos do processo que lhe não tenham sido comunicados durante a inquirição (art. 194.º-5)⁵⁰.

Se, apesar do teor mais lacónico da lei revista, a generalidade das exigências referidas deviam já, em regra, ser cumpridas na fundamentação do despacho⁵¹, é no regime de invalidade previsto para a sua violação que a nova lei aparentemente comporta uma inovação neste domínio. No regime anterior, de acordo com a doutrina e jurisprudência maioritárias, o incumprimento do dever de fundamentação constituía simples irregularidade⁵². Determina-se agora que a invalidade em causa terá a natureza de nulidade. A alteração é, todavia, mais simbólica que substancial⁵³, dado que sendo o

⁴⁸ Aproximando-se do regime alemão, previsto no § 114 do StPO: cf. CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, n.º m. 20, p. 248.

⁴⁹ No sentido de que, em princípio, a fundamentação de direito por remissão ou adesão à promoção do Ministério Público não viola o dever de fundamentação decorrente dos art. 97.º-4 e 194.º-3, e do art. 205.º-1 da CRP, cf. o Ac. do TRL de 17-01-2007 (Proc. n.º 9118/2006-3) e os Acs. do TC n.ºs 223/98, 189/99, 147/2000 e 396/2003.

⁵⁰ Por força da conjugação do art. 141.º-4, *in fine*, e do art. 194.º-5, deverá existir uma congruência entre o auto de interrogatório, na parte respeitante à descrição dos factos e elementos de prova indicados nas alíneas c) e d) do art. 141.º-4, e os factos e elementos do processo assinalados nas alíneas a), b) e d) do art. 194.º-4 que deverão constar da fundamentação do despacho de aplicação da medida.

⁵¹ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 2.ª ed., Verbo, 1999, 174.4., p. 255 e ss., MOURAZ LOPES, «Dos Actos do Ministério Público e do Juiz no Inquérito», p. 208, e os Acs. do TRC de 12-07-2000 (Proc. n.º 2139/00) e do TRG de 14-11-2005 (Proc. n.º 1953/05-1).

⁵² Cf., na jurisprudência, os Acs. do TRP de 22-08-1995 (Proc. n.º 9510779) e de 20-08-1995 (Proc. n.º 9510782), o Ac. do TRL de 27-05-2003 (Proc. n.º 0038665), o Ac. do TRG de 14-11-2005 (Proc. n.º 1953/05-1); e na doutrina GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 174.2., p. 257, e «Sobre a Liberdade no Processo Penal...», p. 1379.

⁵³ Como nota GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 131.4., p. 82, “não existe grande diferença entre o regime das nulidades relativas (dependentes de arguição) e o das irregularidades”. Por isso não parece correcta a conclusão de ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça

despacho de aplicação da medida de coacção proferido pelo juiz no termo do interrogatório judicial, na presença do arguido e seu defensor, como acontecerá na generalidade dos casos, o vício de fundamentação, mesmo constituindo nulidade relativa e não mera irregularidade, continuará a dever ser arguido no próprio acto⁵⁴, como prevê o art. 120.º-3, a). Só nas situações menos frequentes em que o despacho é comunicado ao arguido e defensor em momento posterior ao da sua prolação o regime de nulidade se mostrará mais generoso que o da irregularidade, pois o interessado terá 10 dias para arguir a nulidade (105.º-1) e já não apenas os 3 dias previstos para a arguição da irregularidade (123.º-1).

Em relação ao *conteúdo* da decisão de aplicação, a nova lei determina ainda que durante o inquérito, o juiz *não pode aplicar medida de coacção mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade*. Toma-se, assim, posição expressa sobre uma questão que vinha dividindo doutrina e jurisprudência, essencialmente em três correntes: num extremo, perfilhado por parte considerável da jurisprudência, entendia-se que o juiz de instrução não estava adstrito à promoção do Ministério Público, podendo aplicar medida de coacção diferente da requerida, mesmo que mais grave⁵⁵; no outro extremo, considerava-se que o juiz de instrução se encontrava estritamente vinculado à medida de coacção pedida pelo Ministério Público, não podendo aplicar qualquer outra⁵⁶; e numa posição intermédia, que agora parece conhecer letra de lei, defendia-se que o juiz de instrução podia aplicar medida de coacção distinta da requerida, desde que não fosse mais grave⁵⁷.

Interno...», p. 561, de que a nulidade se coaduna bem mais com as garantias de defesa que a mera irregularidade no regime em vigor.

⁵⁴ Ac. do TRG de 14-11-2005 (Proc. n.º 1953/05-1): “Não tendo o recorrente arguido a invalidade no próprio acto (o arguido e seu defensor estavam presentes quando foi proferido o despacho – cfr. art. 123.º, n.º 1 do CPP), requerendo que a Sra. Juíza *a quo* concretizasse as razões de facto que fundamentavam a sua decisão, ficou sanada a irregularidade cometida”. Cf. ainda, na mesma direcção, o Ac. do TC n.º 147/2000.

⁵⁵ Cf. GIL MOREIRA DOS SANTOS, *O Direito Processual Penal*, p. 282, nota 357, o Ac. do TRL de 09-02-2005 (Proc. n.º 700/2005-3) e o Ac. do TRG de 20-06-2004 (Proc. n.º 1631/04-1).

⁵⁶ ODETE MARIA DE OLIVEIRA, «As Medidas de Coacção no novo Código de Processo Penal», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, p. 170 e s., MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 12.ª ed., Almedina, 2001, art. 194.º, 2., p. 437, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», p. 1265.

⁵⁷ PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, p. 190 e ss., DAVID CATANA, in: Teresa Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II, AAFDL, 1993, p. 94 e ss., MARIA FERNANDA PALMA, «Acusação e Pronúncia num Direito Processual Penal de Conflito entre a Presunção de Inocência e a Realização da Justiça Punitiva», in: Manuel Guedes Valente (coord.), *I*

Atenta a indefinição jurisprudencial que, ao cabo de vinte anos de vigência do Código de Processo Penal e apesar dos mecanismos legais de uniformização de jurisprudência⁵⁸, subsistia sobre esta questão, afigura-se pertinente a sua clarificação através de norma legal expressa, que cremos ter ido no melhor sentido. Com efeito, o limite estabelecido à amplitude do poder de decisão do juiz de instrução em nada fere a independência judicial e é antes sistemática e teleologicamente fundado, radicando na estrutura acusatória do processo penal e no significado autêntico do papel de *juiz das liberdades* que o juiz de instrução criminal deve exercer na fase do inquérito⁵⁹ e em especial no contexto das medidas de coacção.

6. De acordo com o regime legal revisto, o despacho proferido pelo juiz de instrução sobre o requerimento apresentado pelo Ministério Público com vista à aplicação de uma medida de coacção deveria considerar-se recorrível, tanto no caso de aplicação, como no caso de não aplicação da medida de coacção requerida⁶⁰.

A recorribilidade do despacho de aplicação da medida de coacção encontrava-se expressamente prevista no art. 219.º, pretendendo impor um prazo célere para a sua apreciação no tribunal de recurso. A inadmissibilidade de interposição de recurso pelo arguido estaria, aliás, ferida de inconstitucionalidade, por violação do art. 32.º-1 da

Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, p. 128, e ANTÓNIO TOLDA PINTO, *A Tramitação Processual Penal*, 2.ª ed., Coimbra Editoria, 2001, p. 438 e ss. Foi esta também a posição defendida em 1999 por Figueiredo Dias, perante a Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, no quadro da discussão com vista à revisão do CPP (*apud* MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa...», p. 1265, nota 42). Na jurisprudência, cf. o Ac. do TRL de 01-02-2006 (Proc. n.º 12262/20005-3).

⁵⁸ Cf. NUNO BRANDÃO, «Contrastes Jurisprudenciais: Problemas e Respostas Processuais Penais», *in*: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1289 e ss.

⁵⁹ Cf., por outros, na doutrina e jurisprudência, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC, 2001, pp. 946 e s. e 959 e ss., e o Ac. do TRL de 01-02-2006 (Proc. n.º 12262/20005-3).

⁶⁰ A nosso ver, na lei anterior não se negava ao Ministério Público o poder de interpor recurso de um despacho que não aplicasse a medida de coacção promovida. Possibilidade que decorria do princípio geral da recorribilidade das decisões judiciais, previsto no art. 399.º, e da própria natureza de remédio jurídico e não apenas de garantia de defesa que a figura do recurso assume no processo penal português. A irrecorribilidade deve decorrer de modo expreso e inequívoco da lei e não pode fundar-se em leituras implícitas e interpretações *a contrario*, como parte da doutrina (*v. g.*, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 188., p. 295 e s.) sustentava para defender a inadmissibilidade do recurso do despacho de não aplicação ou de revogação de medida de coacção.

Constituição, que, de acordo com a jurisprudência constitucional, garante ao arguido o direito ao recurso, pelo menos em um grau, “quanto a decisões penais condenatórias e ainda quanto às decisões penais respeitantes à situação do arguido face à privação ou restrição da liberdade ou de quaisquer outros direitos fundamentais”⁶¹.

A revisão mantém, naturalmente, o direito ao recurso da decisão de aplicação da medida de coacção (art. 219.º-1) e determina que no prazo previsto para a sua interposição o arguido e o seu defensor podem consultar os elementos do processo que a fundaram, salvo nos casos enunciados (art. 194.º-4, b), e -6).

Todavia, com a nova redacção dada ao art. 219.º, a *decisão que indeferir a aplicação, revogar ou declarar extinta* uma medida de coacção passa a ser *irrecorrível* (art. 219.º-3). Como temos visto, as soluções legais em matéria de medidas de coacção visam assegurar um equilíbrio, tantas vezes difícil e precário, entre a necessidade de protecção dos direitos fundamentais do cidadão presumido inocente sujeito e objecto do processo penal e o interesse na realização da justiça penal.

A irrecorribilidade do despacho de não aplicação de medida de coacção acentua a natureza do recurso como garantia de defesa em detrimento da sua matriz original de remédio jurídico⁶² e desfaz aqui o equilíbrio sempre almejado no contexto das medidas de coacção, que representam um mal, mas um mal necessário, por emergirem, como afirma Frederico Isasca, “como condição indispensável, embora num quadro de excepionalidade, à realização da justiça”⁶³. Sendo certo que onde haja carência de um exercício de concordância prática, como aqui acontece de forma paradigmática⁶⁴, a destruição do equilíbrio raramente representa uma boa solução.

⁶¹ Ac. do TC n.º 265/94. Desenvolvidamente, MARIA JOÃO ANTUNES / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO, «A Reforma do Sistema de Recursos à luz da Jurisprudência Constitucional», *RPCC*, 2005, n.º 4, p. 609 e ss.

⁶² JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, «Recursos», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988, p. 386 e s.

⁶³ FREDERICO ISASCA, «A Prisão Preventiva e Restantes Medidas de Coacção», p. 103.

⁶⁴ E é de concordância prática que aqui se trata por, como nota CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 30, n.º m. 2, p. 243, num Estado de Direito constituir obrigação do Estado tanto a prossecução eficiente da justiça penal, como a protecção da liberdade pessoal do cidadão. Na mesma direcção, MARIA JOÃO ANTUNES, «O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido sujeito a Medida de Coacção», p. 1248 e ss.