

# MÉTODO CONCRETO E ESTRUTURA ACUSATÓRIA (O JUIZ, O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA “LEGALIDADE ABERTA”)\*

**ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA**

Sumário: I. Introdução. II. Delimitação do objecto. III. O conceito de Lei e suas possíveis consequências. IV. A interpretação “dominante” do art. 16.º. V. Interpretação *a contrario* do art. 16.º-4 como única via actualmente admissível. VI. Conclusão provisória. VII. Dificuldades aparentes. VIII. Continuação. IX. Fundamentação da solução/proposta. X. Conclusão. Bibliografia.

## **I. Introdução**

O Código de Processo Penal, pela sua novidade e, principalmente, pela sua inovação, está longe de ser hoje, decorridos que são quase cinco anos da sua entrada em vigor, um diploma que reúna o consenso de todos. O que não é de estranhar, uma vez que a ousadia e inovação das soluções que consagra, permite colocá-lo ao nível das melhores codificações de processo penal. A ponto de podermos dizer, sem reservas, que o *modus* processual de realizar os fins de política criminal que resultam do paradigma emergente, encontra-se mais avançado que a própria lei penal substantiva.

E daí que, todos aqueles que assistem a esta evolução se sintam constrangidos. É que este inovador instrumento de realização da justiça, antes de se comprometer com os oráculos e com os deuses, procurou servir os homens de uma sociedade em profundas transformações. Porém, e por isso mesmo, não esterilizou a reflexão, a semente da dúvida. Permita-se-nos dizer, inclusivamente, que esta é a seiva da nova árvore processual. Foi por dela termos bebido que resultou este estudo.

## **II. Delimitação do Objecto**

O objectivo deste estudo é identificar uma antinomia geradora de conflitos e consequências perversas e propor a sua superação através de uma solução de continuidade entre os princípios estruturantes e as finalidades do processo penal. Passemos então à sua exposição.

---

\* [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net). Trabalho apresentado ano lectivo 1991/1992 à Cadeira de Direito e Processo Penal do 4.º ano da Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Segundo o método concreto de determinação da competência do tribunal, consagrado entre nós no art.16º-3/4, o tribunal singular é competente para julgar processos respeitantes a crimes cuja pena máxima, abstractamente aplicável, for superior a três anos de prisão, quando o Ministério Público entender que, em concreto, não deve ser aplicada pena superior a três anos de prisão; e, nestes casos, o tribunal não pode aplicar pena que ultrapasse aquele limite máximo.

Ora, temos para nós que esta não é uma solução de continuidade com a estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação, do nosso processo penal. Não vamos reconduzir a nossa análise à problemática da inconstitucionalidade desta regra (viola o princípio da reserva do juiz e/ou do juiz natural?). Antes pelo contrário, esta exposição situa-se apenas ao nível das vantagens ou desvantagens de tal solução para a máxima realização das finalidades antinómicas do processo penal.

### **III. O Conceito de Lei e Suas Possíveis Consequências**

Em primeiro lugar, se por lei entendermos "não apenas o preceito do CP onde se prevêem os limites abstractos das sanções aplicáveis (...)", mas "também, e a igual título, o preceito do CPP que limite a convicção do juiz pelo máximo das sanções que ele pode aplicar, quando o ministério público (...) entenda que, no caso, aquele máximo não deve ser ultrapassado"<sup>1</sup>, então, como fazem os que levam esta ideia às suas últimas consequências, será legítimo questionarmo-nos sobre o seguinte:

1.º não estará sempre excluído o princípio da livre apreciação da prova em matéria de confissão do arguido, excepto se verificados os casos previstos no art. 344º-3/a/b)?

2.º não será aplicável, como pena de substituição, o regime de prova?

3.º não poderá o caso ser julgado em processo sumário?

4.º não serão inaplicáveis as medidas de coacção (proibição de permanência, de ausência e de contactos, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva) que têm como pressuposto específico a existência de fortes indícios de prática de crime doloso punível com prisão de máximo superior a três anos?

---

<sup>1</sup> FIGUEIREDO DIAS, "Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal", in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal Português*, 1988, p. 20 ss.

5º não será aqui possível ao Ministério Público, verificados os respectivos requisitos materiais e de consenso, suspender provisoriamente o processo (lançando mão desta solução de diversão com intervenção, possibilitada nas margens de oportunidade<sup>2</sup> da sua actuação estritamente objectiva e imparcial)?

6º não estará o tribunal de recurso limitado à aplicação de penas não superiores a três anos?

Estas interrogações justificam-se pelo elemento comum em todas as situações referidas: a impossibilidade de o crime ser punido pelo tribunal com pena de prisão superior a três anos, por força do art. 16º-4. Aqueles que respondam pela afirmativa a estas questões, invocarão o "mandamento jurídico-constitucional da máxima acusatoriedade possível do processo penal" e a sua conformidade com razões de "potenciar a economia processual numa óptica de celeridade e de eficiência"<sup>3</sup>. Nesta perspectiva, o limite máximo da moldura legal aplicável será, em concreto, reduzida a três anos.

#### **IV. A Interpretação "Dominante" do Art. 16.º**

Em segundo lugar, o problema da sobreposição ou prevalência do entendimento do Ministério Público sobre a juízo final do julgador da causa quanto à necessidade da pena não deixa de suscitar sérias dúvidas. E a principal é a seguinte: "saber se, no caso (decerto, excepcional) em que, no fim do julgamento, o juiz lograsse a convicção de que deveria aplicar uma sanção em medida superior à pré-determinada, deveria ter competência para a aplicar (...), ou seria preferível que limitasse a sua convicção pelo máximo de medida da sanção (três anos) que estava na sua competência normal aplicar".<sup>4</sup>

Esta última solução é a que mais se coaduna com o espírito da lei<sup>5</sup>. Contudo, a letra da lei não é concludente<sup>6</sup>, pois apenas dispõe que "o tribunal *não pode* (...)". Esta formulação

---

<sup>2</sup> Ou "princípio da legalidade aberta". Sobre este assunto, desenvolvidamente, J. FARIA COSTA, *Diversão (Desjudicialização) e Mediação?: Que Rumos?*, 1986, p. 21 ss.

<sup>3</sup> FIGUEIREDO DIAS, *op. loc. cit.*

<sup>4</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>5</sup> Como escreve o Prof FIGUEIREDO DIAS: "A Comissão decidiu-se, no art 16"-4, pela última alternativa e, quanto a mim, com excelentes razões político-criminais (...)" (*ibidem*). No sentido de que esta foi a opção seguida, COSTA ANDRADE, *Consenso e Oportunidade, in Jornadas, cit.*, p.338. Parece-nos, porém, não ser esta uma das "expressões paradigmáticas da busca do consenso como ambiente de pacificação e de reafirmação intersubjectiva e estabilizadora das normas". Tanto mais que não foi adoptada a proposta do Projecto (decalcado do Anteprojecto de FIGUEIREDO DIAS) no qual era exigida a não oposição do arguido ou do assistente à competência do tribunal singular. Para mais desenvolvimentos, *vide infra*, em nota.

parece sugerir a possibilidade de o tribunal singular remeter os autos ao colectivo logo que obtenha a convicção fundada de que, no caso, deve ser aplicada pena superior a três anos de prisão. Mas, se atendermos ao elemento histórico, facilmente concluiremos que essa não foi a intenção do legislador<sup>7</sup>.

Assim, a interpretação “dominante” é a de que se atribui, nestes casos, poder ao ministério público para fixar definitivamente a competência, material e funcional, do tribunal singular.<sup>8</sup>

#### **V. Interpretação *a contrario* do Art. 16.º-4 como única via actualmente admissível**

Em terceiro lugar, estamos em crer que, se o art. 16.º-4 não for pura e simplesmente revogado, a tendência será para uma sua interpretação que se afaste do subjectivismo radical, e se aproxime dos critérios interpretativos defendidos nos manuais de direito processual penal: uma interpretação axiológica e teleológica que parta da consideração das finalidades do processo e tome na devida conta o princípio da interpretação conforme a Constituição<sup>9</sup>. É que, a tarefa de harmonização de valores ou finalidades conflitantes deve obedecer ao princípio da concordância prática. E, quanto ao seu critério, “ele não estará na validação do interesse preponderante à custa do interesse de menor hierarquia— ao estilo da teoria do direito de necessidade jurídico-penal —, mas sim numa optimização dos interesses em conflito; o que conduz a submeter a limitação estritamente aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, bem como, no caso de se tratar de direitos fundamentais, a exigir que não seja afectado o seu conteúdo essencial.”<sup>10</sup>

Tal tendência justifica-se, pois a orientação actual conduz ao sacrifício da “lógica de justiça” a uma pura “lógica de produtividade”, invertendo-se a relação meio-fim. Senão vejamos este caso. Vamos pressupor que a pena julgada necessária pelo juiz é superior a três anos de prisão. De acordo com a solução dominante, só pode aplicar uma pena de três anos de prisão. Ora, a necessidade de tutela de bens jurídicos, plastificada na reafirmação contrafáctica das expectativas comunitárias na validade e vigência das normas violadas, e de ressocialização (ou até inocuidade) do delincente, dentro do limite máximo ditado

---

<sup>6</sup> E da própria Autorização legislativa (Lei n.º 43/86 de 26/9, art. 2.º-2, ponto 58) que se refere apenas à “possibilidade de fazer julgar pelo tribunal singular . . .”. Em sentido contrário poder-se-ia invocar que esta formulação legal se justifica pela possibilidade prevista no art. 359.º-2 de incompetência do tribunal.

<sup>7</sup> O projecto previa também, para esses casos, a hipótese de remissão, por despacho fundamentado, dos autos para o colectivo. Porém, acabou por ser retirada pela Comissão ao elaborar a versão final.

<sup>8</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. loc. cit.*

<sup>9</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, Lições*, com a colaboração de Maria João ANTUNES, 1988, p. 65.

<sup>10</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, p. 23.

pela medida da culpa, só se satisfazem, do ponto de vista do juiz, com uma pena superior a três anos. Resulta, desde logo, um défice de protecção da ordem social e jurídica.

Dir-se-á que o Ministério Público, como entidade autónoma, que actua segundo estritos critérios de objectividade e imparcialidade, colaborando com o juiz na descoberta da verdade e na realização do direito<sup>11</sup>, poderá interpor recurso na relação sem ser no exclusivo interesse do arguido, nos termos do art. 401º-1/a, não estando, portanto, os poderes decisórios do juiz limitados à proibição da *reformatio in pejus*.

Mas, sem procurarmos subterfúgios em argumentos de realidade processual, estamos em crer que o problema é outro: será o próprio juiz do tribunal singular quem, no momento em que se apercebe que os limites que lhe são impostos não satisfazem as necessidades referidas, se declara incompetente, invocando que não pode aplicar a pena necessária (porque não pode aplicar pena superior a três anos de prisão), e remete os autos para o colectivo, com base nos artigos 16.º-4 *a contrario*, 32º-1 e 33º. Até porque essa será a solução mais coerente com as exigências de celeridade e economia processual. E isto porque o Ministério Público já não terá que recorrer com fins de agravamento da pena para se colmatar o défice atrás referido<sup>12</sup>.

Poderá obviamente recorrer, tal como (e com) o arguido, no exclusivo interesse deste. Mas note-se que este recurso nada tem a ver com aquele que era interposto "para remediar mesmo" uma situação intolerável. É claro que a defesa do arguido poderá agora contar com o reexame da matéria de facto (ressalvada a possibilidade de Revista Ampliada) e, logicamente, com a renovação da prova. Pois, o recurso interposto no STJ, competente para o efeito, visa, exclusivamente, o reexame de matéria de direito<sup>13</sup>.

Mas é também razoável supor ou presumir que o arguido, tendo sido condenado pelo tribunal singular em uma pena inferior à necessária (v. g., três anos em vez de cinco), não recorra de tal decisão. E assim se esvai de sentido aquela crítica. A sua garantia de defesa, nos recursos interpostos no seu exclusivo interesse, é a proibição da *reformatio in pejus* (art. 40.º), que é eficaz seja qual for o tribunal e o tipo de recurso. E goza ainda naturalmente, por exemplo, da revisão da sentença, quando transitada em julgado, se forem descobertos novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que forem apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação (mas desde que a revisão não vise apenas corrigir a medida concreta da sanção aplicada)<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Art. 53º-1 CPP (os artigos doravante citados são do Código de Processo Penal - CPP).

<sup>12</sup> Até porque as decisões do tribunal colectivo, porque o é, gozam de maior credibilidade e confiança do que aquelas que forem aplicadas, nestes casos, pelo juiz singular, dando portanto origem a menos conflitualidade processual.

<sup>13</sup> Cf. artigos 432º e 433º, 428.º, 430.º, 410.º.

<sup>14</sup> Cf. arts. 443º-3, 463º-2 e 449.º-1/d.

Esta via apresenta um inconveniente: a suspensão provisória do processo não será admissível. O que, como veremos adiante, poder-se-ia invocar como argumento válido a favor da actual solução legal. Contudo, as exigências de justiça não devem ser preteridas em função de exigências de pura produtividade. E, note-se, mesmo na via da interpretação *a contrario* nunca estará excluída a possibilidade de suspensão da execução da pena de prisão. O que, apesar de não ser a solução ideal, sempre garante aqueles mínimos exigidos pelo ideário do paradigma emergente.

## **VI. Conclusão Provisória**

Como ficou exposto, o mandamento constitucional da máxima acusatoriedade possível e da maximização das garantias de defesa do arguido não exige o sacrifício (a transacção) das finalidades de descoberta da verdade material, de realização da justiça e do restabelecimento da paz jurídica. Pelo contrário, há continuidade entre ambas. Mas há mais.

Como vimos, onde não há continuidade, mas conflito, é na solução perfilhada pela perspectiva dominante. Pois, cria-se um recurso "inútil", por não ser interposto no exclusivo interesse do arguido, mas apenas na necessidade de "remediar" uma solução jurídico-socialmente intolerável. Paradoxalmente, concluimos que a solução dominante é conflituosa e desprovida de continuidade relativamente às "excelentes razões político-criminais" que a justificam: potenciar a economia processual, numa óptica de celeridade e de eficiência. É que, também nós perfilhamos a máxima de que "não há pior injustiça que a justiça tardia", ou seja, de que a probabilidade de justeza e de eficácia de uma decisão varia na razão inversa do tempo que medeia entre a prática do crime e a realização do processo penal<sup>15</sup>.

Daí que, corrigimo-nos, não seja uma "'lógica de produtividade" a sacrificar "uma lógica de justiça". Ainda é mais grave: é uma "lógica de cega produtividade" que não deixa qualquer espaço às "exigências (lógica) de justiça".

## **VII. Dificuldades Aparentes**

Muitos dirão que todas estas considerações só têm alguma razão de ser relativamente a casos muito contados, decerto excepcionais. Não o negamos por agora. E dirão, ainda, que revela uma atitude reprovável de desconfiança relativamente ao Ministério Público. Que

---

<sup>15</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, cit.*, p. 24.

este é um sujeito processual, dotado de autonomia e independência, que obedece exclusivamente a critérios de estrita objectividade e imparcialidade, com vista à descoberta da verdade e da realização do direito. E daí que o processo penal não seja um "processo de partes", mas um "processo de sujeitos". Pois que o Ministério Público não está interessado em obter uma condenação, mas uma decisão justa. E que, portanto, só quando não subsistirem quaisquer dúvidas razoáveis (de que, no caso concreto, deve ser aplicada uma pena não superior a três anos de prisão), o Ministério Público recorrerá a esta regra de determinação da competência. E, por último, este problema será tanto mais supérfluo, se atendermos aos termos do art. 359.º-2.

Não pretendendo esta exposição de ideias "socavar a atitude de objectividade do Ministério Público", não deixa porém de ter consciência das realidades. Não das realidades ligadas ao mundo extra-processual, que apenas poderiam interessar numa excursão sobre a constitucionalidade do art. 16.º, mas das realidades intra-processuais. Estas dizem-nos que o entendimento<sup>16</sup> de um juiz, tendo em conta todos os elementos de prova de que dispõe, há-de ser, certamente, mais verídico, correcto e exacto (e por isso mesmo é o tribunal que decide por sentença após uma audiência contraditória, oral, contínua e concentrada, em que se produziu a única prova, em regra, judicialmente válida), do que o entendimento do Ministério Público. E nem por isso este deixa de ser parcial e objectivo na formulação dos seus juízos. Não é uma crítica velada ao Ministério Público, não é um sinal de descrédito ou de desconfiança. É sim um olhar para as realidades intra-processuais e daí retirar conclusões óbvias.

Depois, o art. 359.º-2 limita-se a estabelecer uma medida em que se possibilita ao juiz, por razões de celeridade e economia processual, oferecer uma solução de consenso. Mas tal não impede que o Ministério Público, o assistente e o arguido prefiram optar pela via do conflito<sup>17</sup>. O Código não rouba o conflito, apenas oferece soluções de consenso<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> E falamos também em "entendimento do juiz" para que não seja confundida a nossa crítica com aquela outra de BROCADO COELHO, de que nos dá conhecimento o Prof. FIGUEIREDO DIAS na obra citada na nota 1.

<sup>17</sup> Sem querermos aprofundar aqui o tema da alteração substancial dos factos, não compreendemos porque razão o Código não consagrou idêntica possibilidade de consenso em plena fase de instrução (art. 303.º-3), optando antes, paradoxalmente (se tivermos em mente o art. 359.º-2), em nome do mandamento da máxima acusatoriedade possível e maximização das garantias de defesa do arguido, por impor a obrigatoriedade de abertura de inquérito pelos novos factos ao Ministério Público. Também neste sentido, FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos no Processo Penal Português*, 1992, p. 178 ss.

<sup>18</sup> Gostaríamos de sublinhar também que o art. 16.º não consagra qualquer solução de possibilidade de consenso, contrariamente ao Projecto. O que é de estranhar pois normalmente o Ministério Público limita os poderes do juiz se houver concordância de outros: por ex., a vinculação temática do tribunal depende não apenas da acusação deduzida pelo Ministério Público, mas também do requerimento para a abertura de instrução efectuado pelo assistente ou pelo arguido nos termos do art. 287.º; nas margens de oportunidade, designadamente no arquivamento do processo ("diversão simples"), é requerida a concordância do juiz de instrução e, se já tiver sido deduzida a acusação, também a concordância do arguido (art. 280.º); enquanto na suspensão provisória do processo ("diversão com intervenção") é requerida a concordância (cumulativa) do juiz de instrução, do arguido e do assistente (art. 281.º).

Em suma, estes motivos, embora possam dilatar a discussão, não a encerram peremptoriamente. Pelo contrário vêm ainda dar mais fundamento à solução por nós preconizada: a substituição n.º 4 do art. 16.º.º por uma disposição que permita, em tais casos, suspender provisoriamente o processo.

### **VIII. Continuação**

Porém, toda a nossa construção poderá correr o risco de cair por terra por falta de fortes alicerces. Dir-se-á que toda esta crítica é infundada pois o art. 16.º-4 também limita os poderes decisórios do Tribunal da Relação. Deste modo, tal recurso não seria "inútil" pois nem sequer seria viável. Ou seja, a pena máxima aplicável seria sempre de três anos. E, para justificar esta solução, recorre-se ao argumento de que a *reformatio in pejus* também pode conduzir as situações de não satisfação das exigências de protecção da ordem jurídica.

Mas, o argumento será falacioso. Para começar, não é admissível comparar o recurso interposto no exclusivo interesse do arguido com o recurso que não é interposto no seu exclusivo interesse. No primeiro o arguido goza da garantia da *reformatio in pejus* em todos os tipos de recurso. Já no segundo tal garantia não funciona. Nem poderia funcionar. O legislador ao consagrar a possibilidade de o recurso não ser interposto no exclusivo interesse do arguido teve em vista aqueles casos em que a decisão do tribunal de 1ª instância é manifestamente insuficiente para tutelar a ordem jurídica. E incumbiu o Ministério Público de interpor tais recursos. O Ministério Público rege a sua actuação por critérios de estrita objectividade e imparcialidade. Pelo que tem o dever de interpor recursos das decisões quando estas não são toleráveis. E por esta mesma razão a *reformatio in pejus* fica aqui desprovida de sentido. As garantias de defesa do arguido não prevalecem aqui sobre as exigências de protecção da ordem jurídica.

Quanto à sugerida limitação dos poderes do tribunal de recurso, pensamos que é, antes de mais, perniciosa. Perniciosa porque só vai dar mais razão àquele juiz que remete os autos para o colectivo, declarando-se incompetente. Ou seja, porque vai criar obstáculos à celeridade processual. Perniciosa porque a negar-se rotundamente esta possibilidade, sempre seria irremediável a desprotecção dos bens jurídicos e a consequente infidelidade do público ao direito.

É verdade que, segundo pensamos, a solução da nossa lei terá por objectivo principal a possibilidade de suspensão provisória do processo ou da execução da pena. Não ignoramos os seus fundamentos. Resumindo, é hoje transparente que a aplicação de reacções penais institucionais não conduz, como regra, à reafirmação da validade das



normas. Ou seja, em vez de corrigirem ou curarem os detidos, produzem o paradoxal resultado de dessocializarem por completo os condenados. E tudo isto à custa do erário público. É hoje sabido que mesmo que o condenado procure reintegrar-se, a própria sociedade atribui-lhe o papel do criminoso ou do louco. Mesmo a partir do momento em que recai sobre um indivíduo uma acusação, a sociedade cria expectativas quanto à sua personalidade criminógena ou doente. São os próprios meios de comunicação que descobriram um novo filão para satisfazer a curiosidade "voraz" do público. Poder-se-ia quase dizer que a sociedade procura "bodes expiatórios", "auto-santificando-se" pela censura dos criminosos.

Neste sentido, a prisão não é vista actualmente como a melhor forma de executar uma pena. É a própria ideia de disciplina corporal como forma de correcção espiritual que está em crise. A prisão, diz-se, e muito bem, apenas priva o condenado da sua liberdade física. E, embora o objectivo seja alcançar a correcção espiritual, a verdade é que "nada funciona". Ou, para dizer de outro modo, os resultados não coincidem com os objectivos. Daí a crise de confiança social na validade das normas e o cepticismo geral que recai sobre o moldes actuais das instituições penais.

Ora, tendo como pano de fundo esta compreensão, o legislador consagrou uma solução que permite ao juiz suspender provisoriamente o processo e aplicar a pena de suspensão da execução da prisão<sup>19</sup>. Se esta última já seria possível mesmo sem a solução encontrada, a primeira estaria de todo excluída pois o crime seria punível com pena superior a três anos de prisão. Ao consagrar o método concreto, nos termos já expostos, o legislador procurou realizar ao máximo o princípio da não intervenção moderada e as ideias de diversão. Ou seja, evitar ao máximo que o arguido percorra os corredores das instâncias formais de controlo. Se possível, logo com a suspensão provisória do processo. Senão com a suspensão da execução da prisão. E isto mesmo para os casos de crimes pertencentes à categoria da grave criminalidade.

Estamos conscientes da validade dos objectivos prosseguidos. Também não ignoramos que é a pequena e média criminalidade que "enferruja" os tribunais e superlota as prisões e demais instituições de encarceramento. De igual modo o erário público aí gasto de pouco servirá a cruzada contra a criminalidade. Pelo contrário. O crime passional ou ocasional,

---

<sup>19</sup> Não nos referimos ao regime de prova pois vai ser convertido, com as devidas adaptações, em 3.ª modalidade de suspensão da execução da pena. Estamos em crer que o regime de prova será, na prática, substituído pela suspensão provisória do processo. Sobre isto, FIGUEIREDO DIAS, *Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão da execução da prisão*, RLJ, Ano 124°, n.º 3804. Ver também o *Projecto de Revisão do Código Penal*. Actualmente, a suspensão provisória do processo funciona já como um "regime de prova antecipado" (FARIA COSTA, *Diversão*, cit.).

cometido por agentes perfeitamente socializados, não pode levar a que a reacção do sistema formal de controlo seja ainda mais perversa que o próprio crime cometido.

Daí que também nós sejamos adeptos da tese que diz que o melhor lugar para socializar aquele tipo de delinquentes é a sua casa: com a sua família, a sua profissão, enfim, no seu meio. Daí que a suspensão provisória do processo e a suspensão da execução da prisão sejam os meios mais indicados para permitir que o arguido ou o condenado prossiga a sua vida normal, produzindo, consumindo e procriando. Só que agora sob constante controlo pois ele sabe que não pode voltar a "pisar o risco ". Trata-se de meios que permitem a correcção do espírito e, conseqüentemente, a disciplina do corpo. A constante ameaça que tais expedientes exercem sobre o arguido ou sobre o condenado é, em nosso entender, mais eficaz para combater esta criminalidade, em especial a reincidência.

Parece-nos, porém, que a solução legal não conseguiu alcançar aquele ponto óptimo. E, adiantamos desde já que, melhor seria que o art. 16.º-4 fosse substituído por outra norma. Esta limitar-se-ia a dizer que em tais casos seria possível ao juiz suspender provisoriamente o processo. Esta será a única vantagem que o legislador terá querido com a limitação dos poderes decisórios do tribunal. Senão vejamos.

### **IX. Fundamentação da Solução/Proposta**

No que respeita à livre apreciação da confissão, o problema nem sequer se colocaria. O juiz, pura e simplesmente, apreciaria, segundo a sua livre convicção, a confissão do arguido. Doutro modo, teríamos que justificar por vias tão dúbias quanto tortuosas que o princípio da livre apreciação da prova não está excluído.

Depois, não se levantariam quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de o caso seguir os trâmites do processo sumário. As medidas de coacção, cuja aplicação tem como pressuposto formal a existência de fortes indícios de prática de crime doloso punível com prisão com máximo superior a três anos, não estariam à partida excluídas, possibilitando-se antes que o juiz pudesse delas lançar mão se assim as exigências do caso o justificassem.

Por último, não seríamos obrigados a ter que defender que o Ministério Público pode limitar inclusive os poderes decisórios do Tribunal de Relação. Ou, o que é o mesmo, que o Ministério Público pode sobrepor-se, consoante o entendimento do caso, ao próprio legislador, ditando, sem mais, qual o limite máximo da moldura da pena aplicável.

Além destas vantagens, as exigências de protecção da ordem jurídica não estariam à partida limitadas. A substituição do art. 16.º-4 por uma disposição que permitisse ao Ministério Público suspender provisoriamente o processo, nos termos do art. 281.º, impõe-se a todos os títulos.

A substituição n.º 4 do art. 16.º por uma disposição semelhante à do art. 281º, é a solução exigida pelo princípio da concordância prática, no sentido da continuidade entre o método concreto da determinação da pena e a estrutura acusatória de um processo penal integrado por um princípio de investigação, que maximiza as garantias de defesa do arguido e satisfaz simultaneamente as necessidades de protecção da ordem social, conservando a fidelidade do público ao direito; e, sem conceder um milímetro a um processo de estrutura inquisitória ou mitigada, antes o fazendo recuar, por aprofundar a credibilidade do processo penal, tal como ele é concebido nos nossos dias.

Por outro lado, permite-se uma correcta compreensão da função do método concreto de determinação da competência do tribunal singular num processo de estrutura acusatória, integrado por um princípio de investigação. Não será um método que lança suspeitas sobre a autonomia, imparcialidade e objectividade do Ministério Público, e, portanto, sobre a sua própria Constitucionalidade. Depois, só assim esta regra de competência será apta a servir os fins do processo e estará desprovida de interesse para eventuais tentações de subversão dos princípios em que assenta o Ministério Público<sup>20</sup>.

E tudo isto porque, nestes casos, se permite apenas ao tribunal singular aplicar penas superiores a três anos de prisão<sup>21</sup> e se consagra a possibilidade de suspensão provisória do processo. Senão vejamos.

Primeiro, se já são de recusar aquelas perspectivas que querem levar às últimas consequências o conceito de lei, então depois ruirá toda a arquitectura legal que montaram, pois ficam desprovidas de alicerce: é que o crime passará a ser punível com pena superior a três anos de prisão sem que sobre isso seja sequer legítimo levantar dúvidas. Aquelas perspectivas e as soluções que preconizam ficarão assim com mero interesse heurístico.

Segundo, o "contra-tempo do recurso remédio"<sup>22</sup> que o Ministério Público terá de interpor para alcançar uma decisão justa, que proteja a ordem social e jurídica (ou, pelo menos, presumivelmente mais necessária que a pena de três anos de prisão ), é

---

<sup>20</sup> Presa fácil para sistemas, como o alemão, cujo critério de determinação da competência é extremamente vago: "o especial significado do caso" (!).

<sup>21</sup> Uma leitura rápida das penas aplicáveis aos crimes previstos no Capítulo II do Título V do Livro II do Código Penal (Dos crimes contra a autoridade pública) permite-nos concluir que o tribunal singular pode aplicar penas superiores a três anos de prisão, por força do art. 16.º-2/a. Veja-se o disposto nos arts. 386.º, 389.º, 390.º, 392.º-2/4/5 e 394.º. Ou será que nestes casos a competência pertence ao tribunal colectivo, em virtude da competência residual do tribunal singular? É o próprio art. 14.º que responde pela negativa, ao ressaltar os casos que devem ser julgados pelo tribunal singular.

<sup>22</sup> Não se confunda a conotação da expressão de recurso-remédio para este efeito com a ideia de CUNHA RODRIGUES, segundo a qual todo o recurso é um "remédio jurídico" (CUNHA RODRIGUES, *Recursos, in Jornadas, cit.*).

perfeitamente evitado, pois, se o Ministério Público se conforma com a decisão do tribunal singular (e é de presumir que o faça), nem sequer interpõe recurso no exclusivo interesse do arguido. E insistimos neste argumento pois ainda não descortinámos quais as razões que justificam a limitação dos poderes decisórios do Tribunal da Relação<sup>23</sup>. Acresce que, só a eliminação do 16.º-4 permite evitar a morosidade processual ainda resultante da solução que parte de uma interpretação *a contrario* dessa norma. Pois ganha-se o tempo de um processo! Ou seja, o tempo que o tribunal singular demora a conhecer e declarar a sua incompetência para aplicar penas de prisão superiores a três anos e a remeter os autos para o colectivo. É que, em processo penal, “tempo é justiça!”

Terceiro, não é sequer oponível (e já não o era antes, como vimos) à nossa solução o argumento da diminuição das garantias de defesa do arguido na interposição de recurso. O tribunal competente é o Tribunal de Relação, que conhece de facto e de direito, admitindo ainda renovação, verificados certos requisitos, se não houver renúncia à matéria de facto. E é claro que a garantia da proibição da reforma para pior é plenamente eficaz.

Quarto, se não se exigisse ao Ministério Público, como condição de recurso a esta regra, a convicção absoluta da certeza da limitação, no caso concreto, da necessidade da pena não superior a três anos de prisão, alargar-se-ia em muito a competência do tribunal singular. É que o Ministério Público passaria a recorrer a esta regra mais frequentemente, levando o tribunal singular a decidir, com regularidade, sobre aquelas “zonas cinzentas” ou “cifras negras da determinação da medida pena”, que medeiam a distinção estrutural entre média e grave criminalidade.

Quinto, e dando finalmente alguma atenção ao juiz de instrução, a sua função de controlo da actividade do Ministério Público seria agora substancialmente enriquecida, pois, tendo em conta os requerimentos de abertura de instrução, a sua decisão de pronúncia seria não apenas negativa ou positiva, mas antes neste último caso, poderia, desde logo, pronunciar-se também (e tem condições para isso sem que seja necessário transformar a instrução num suplemento autónomo de investigação) pela competência do tribunal colectivo, nos casos em que fosse notória a presença de elementos determinantes da criminalidade grave - praticando um acto, em nosso entender, materialmente judicial (e não policial), que se coaduna inteiramente com os princípios que regem esta fase. Depois, este controlo seria ainda mais justificado pela necessidade da sua concordância à

---

<sup>23</sup> Dir-se-ia que o entendimento do Ministério Público reduz, em tais casos, o limite máximo da moldura legal aplicável. Mas já vimos que assim não pode ser sob pena de estarmos a sacrificar irremediavelmente as prementes exigências de justiça.

suspensão provisória do processo. É que, a actual solução parece, pura e simplesmente, "amputar" a fase da instrução, esquecendo as vantagens indesmentíveis que esta fase oferece em termos de economia, celeridade e eficiência processual. Pelo que, sem quereremos estar a atribuir uma função de complemento autónomo de investigação ao juiz de instrução, sempre nos parece que esta fase é essencial para "decantar" e "separar as águas". Será extremamente enriquecida se não for exigida ao Ministério Público aquela rigidez para lançar mão do método concreto.

Sexto, nem se diga, contra tudo o que ficou exposto, que o actual art. 16.º comunica com a solução do art. 392.º. O argumento de que ambas as disposições se fundam numa exigência comum de limitação dos poderes do juiz, por razões de economia, celeridade e eficiência processual, e por isso se justificam mutuamente, é, manifestamente, improcedente. O art. 392.º é uma regra de determinação da forma do processo, segundo a qual, terá lugar o processo sumaríssimo quando: 1º se tratar de crime punível com pena de prisão não superior a seis meses, ainda que com multa, ou só com pena de multa; 2º o procedimento não depender de acusação particular; 3º o Ministério Público entender que ao caso deve ser concretamente aplicada só pena de multa, ou medida de segurança não detentiva; 4º o tribunal não rejeitar o requerimento do Ministério Público de a aplicação ter lugar em processo sumaríssimo (arts. 392.º-1, 394.º-3).

O processo sumaríssimo é uma das "expressões paradigmáticas da busca do consenso como ambiente de pacificação e de reafirmação intersubjectiva e estabilizadora das normas"<sup>24</sup>. Trata-se de uma forma de processo, caracterizada pela celeridade e informalidade, e pensada para combater, eficazmente, a pequena criminalidade, onde é menor o grau de danosidade social e o alarme colectivo provocado pelo crime, tentando reduzir ao mínimo a estigmatização social do delincente, potenciando o consenso, e, deste modo, oferecendo hipóteses acrescidas ao princípio político-criminal da ressocialização do agente<sup>25</sup>.

Assim, a lei prescinde da audiência formal de Julgamento, evitando a sujeição a tal cerimónia degradante. A simplificação desta forma de processo pode resumir-se do seguinte modo: "O Ministério Público requererá ao juiz a aplicação da concreta sanção não privativa da liberdade ao arguido: se este concordar com ela, o juiz condena imediatamente no pedido, sem possibilidade de recurso; se não concordar, o caso será tramitado pela forma comum."<sup>26</sup> O que importa notar, para o efeito deste estudo, é que, para além de prever a possibilidade de rejeição do requerimento pelo tribunal, a eficácia

---

<sup>24</sup> COSTA ANDRADE, *Consenso e Oportunidade*, cit., p. 338.

<sup>25</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Código de Processo Penal. Introdução*, 1992, p. 11.

<sup>26</sup> *Idem*, *ibidem*.

óptima desta forma processual depende da concordância do arguido. Na regra do actual art. 16.º, que joga na zona de indefinição entre grave e média criminalidade, a limitação dos poderes do tribunal não requer, nem prevê, qualquer solução de consenso, dando a entender, inclusivamente, que a instrução é, pura e simplesmente, "amputada"<sup>27</sup> (e não apenas facultativa).

Poder-se-ia forçar o argumento, alegando que o grau de oportunidade conferido ao Ministério Público pelo art. 16.º é superior ao do art. 392º, pela necessidade de assegurar todas as garantias de defesa ao arguido. Ora, será ocioso repetir o que atrás ficou dito. Pertinente será antes afirmar que, só com a substituição proposta do 16.º-4 passará a existir comunicação entre ambas as normas. E isto, porque, como está demonstrado, só deste modo o art. 16.º poderá também dizer-se fundado em razões de celeridade, de eficiência e de economia processual, sem esquecer as exigências justiça.

## **X. Conclusão**

Em suma, e por último, estamos em crer que só a substituição do art. 16.º -4 por uma norma que possibilite, em tais casos, o recurso à suspensão provisória do processo, estará em perfeita conformidade com o princípio da concordância prática. E só assim haverá efectiva continuidade entre a estrutura acusaria do processo penal, integrada por um princípio de investigação, e o método concreto. É que permite-se potenciar a economia numa óptica de celeridade e eficiência processual, sem abdicar das exigências de realização da justiça.

Vejamos bem para que a ideia não fique "turva". Ou optamos pela interpretação dominante e aceitamos que as exigências de realização da justiça serão irremediavelmente sacrificadas em certos casos. Ou optamos pela interpretação *a contrario* do art. 16.º-4 e as exigências de diversão, de celeridade e eficiência processual serão preteridas.

Este é o conflito. Nenhuma das soluções é boa. Apenas nos limitamos a dizer que, se o art.16.º-4 não for alterado a via que será seguida nos casos-problema coincidirá com a interpretação *a contrario* pois as exigências de justiça sempre não-de prevalecer no entendimento do juiz. A alteração que propomos permite superar esta antinomia e realizar da melhor forma todas as finalidades. Basta para tanto que se permita, como excepção, que, em tais casos, o processo possa ser provisoriamente suspenso, sem que tal implique a impossibilidade de aplicar penas superiores a três anos de prisão.

Esta é a solução que nós defendemos. Aliás, é o Prof. FIGUEIREDO DIAS que parece olhar já para esta via ao alertar que "não há rigorosamente nada na Constituição que o

---

<sup>27</sup> Também neste sentido CUNHA RODRIGUES fala na opção deliberada do legislador pela "eutanásia" do juiz de instrução.

impedisse"<sup>28</sup>, referindo-se à hipótese de o tribunal ter competência para aplicar uma pena superior a três anos de prisão, quando o juiz lograr a convicção da sua necessidade face às exigências do caso concreto. Ora, esta possibilidade, complementada com aquela outra de suspensão provisória do processo, constitui a solução que oferece mais vantagens político-criminais para a máxima realização possível das finalidades do processo penal, porque é a única que alcança a continuidade perfeita entre o método concreto de determinação da competência do tribunal singular e a estrutura acusatória do processo penal, integrada por um princípio de investigação. A solução/proposta que apresentámos é exigida pelo princípio da concordância prática, ou melhor, limita-se a levar este princípio até às suas últimas consequências.

Não pretendemos com este estudo dar respostas definitivas. Da sua pertinência não nos cabe a nós julgar. Se tiver, pelo menos, o mérito de contribuir para um aprofundamento da compreensão da nova lei processual, ficaremos satisfeitos com a consolação íntima de que a semente da dúvida encontrou em nós terreno fértil.

## **Bibliografia**

AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal Português*, 1988

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Velhas e novas questões sobre a pena de suspensão da execução da prisão*, RLJ, Ano 124°, n.º 3804

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, Lições*, com a colaboração de Maria João ANTUNES, 1988

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal Português*, 1988

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, Coimbra

Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Código de Processo Penal. Introdução*, 1992

José de FARIA COSTA, *Diversão (Desjudicialização) e Mediação?: Que Rumos?*, 1986

Manuel da COSTA ANDRADE, *Consenso e Oportunidade*, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal Português*, 1988

CUNHA RODRIGUES, *Recursos*, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal Português*, 1988

---

<sup>28</sup> Sobre os Sujeitos Processuais, cit., p. 20.