



Thamirys Costa Quemel Lima

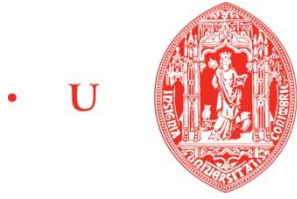
O JUIZ DE INSTRUÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO INQUÉRITO CRIMINAL

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

THAMIRYS COSTA QUEMEL LIMA

**O JUIZ DE INSTRUÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO INQUÉRITO CRIMINAL**

***THE INVESTIGATING JUDGE AND THE PROTECTION OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CRIMINAL INQUIRY***

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais.*

Orientadora: Professora Doutora Maria João Antunes.

Coimbra
2017

À minha amada família, o que de mais precioso tenho na vida, base de tudo o que sou e sei, pela força, carinho e apoio incondicionais.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por ter permitido esta conquista, dentre tantas outras, não somente em minha caminhada acadêmica, mas em todos os momentos da minha vida.

À minha amada bisavó Ormezinda Costa, pelo zelo e pela proteção com os quais esteve presente sempre que os momentos difíceis se fizeram quase insuportáveis. Com o seu amor e a sua luz, foi possível ultrapassá-los.

À minha mãe Semíramis Quemel, minha fortaleza de amor incondicional, a quem devo todas as minhas conquistas e aprendizados mais valiosos. Minha maior inspiração. Quem consegue me dar abrigo, não importa a distância.

À minha avó Edna Quemel, meu anjo da guarda, pela incansável batalha diária, pelo amor, doçura e dedicação incansáveis que sempre despendeu em prol dos que ama.

Ao meu avô Nagib Quemel, pelo amor incondicional, por todo o carinho e por ter compartilhado desse sonho.

À minha tia Sumaya Quemel, pelo amor imensurável, pelo carinho e por compartilhar de todas as minhas felicidades. O “destino” quis que nos tornássemos Mestres no mesmo ano.

Ao meu pai Glauco Quemel e minha tia Branca Quemel, que me ensinaram que os verdadeiros laços que levamos desse mundo estão assentados na afetividade e no carinho que temos para com aqueles que escolhemos chamar de família.

Aos meus queridos e amados irmãos Samantha Quemel, Glaucia Quemel e Lucca Quemel, com quem compartilho as minhas vitórias, e confidencio os momentos difíceis. Que cresçamos em união, como sempre estivemos.

À minha irmã, amiga de todas as horas, e companheira de luta, Tayana Bordalo, por todos os dias - que por vezes tornaram-se noites - os quais dedicamos à conclusão do curso de mestrado, que somente foi mais uma das etapas acadêmicas que atravessamos unidas. Ainda, por todo o cuidado e o amor que construímos e reafirmamos nesta caminhada. Que conquistemos o mundo juntas.

À minha família em Portugal, Larisse Campelo, Renata Colares e Trace Silva, por todo o carinho, paciência e dedicação com que me receberam e me guiaram. Sem vocês, nada disso seria possível.

Aos meus queridos amigos, Caio César Cavalcanti, Lia do Valle e Natália Moreno, pela generosidade com que compartilharam suas experiências e pelo auxílio valioso na elaboração desta dissertação.

Agradeço à minha orientadora, Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, pela paciência, dedicação e solicitude demonstradas ao longo da elaboração desta dissertação.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Escola do Saber, pela estrutura de ensino proporcionada, que de forma inolvidável marcou minha formação acadêmica.

RESUMO

Com efeito, a presente dissertação pretende abordar a temática do juiz de instrução e da proteção dos direitos fundamentais no âmbito do inquérito criminal, visando investigar se a garantia de intervenção do juiz de instrução no inquérito criminal é eficiente para assegurar e promover os direitos fundamentais dos visados atingidos pelas medidas de investigação. Para a análise da problemática, a dissertação pretende inquirir o tema proposto, quanto à primeira parte, através do estudo do instituto da reserva de juiz no inquérito criminal, desde a evolução dos sistemas processuais penais na Europa continental, identificando as características inerentes à atividade jurisdicional e o conceito de jurisdição, assim como os tipos de reserva de juiz estabelecidos no inquérito criminal. Como bem se representará na segunda parte desta explanação, o estudo será reforçado pela abordagem da temática das medidas restritivas de direitos fundamentais no âmbito da investigação, onde se examinará a amplitude da competência do juiz de instrução, bem como o tratamento dado pela legislação portuguesa a estas medidas, identificando a influência do princípio da proporcionalidade e as competências de urgência no inquérito criminal na constatação de *periculum in mora*. Por derradeiro, como contextualizado na terceira parte desta investigação, visitaremos a problemática das proibições de provas, concernente à produção probatória e a busca da verdade material, enquanto fim do processo, e quanto aos métodos ocultos de investigação, perquirindo, ao final, se às pessoas lesadas pelas medidas de ingerências em direitos fundamentais, no âmbito da investigação criminal, é garantido o acesso a uma tutela jurídica adequada e efetiva em assegurar a proteção desta esfera de direitos.

Palavras-chave: Juiz de Instrução; Direitos Fundamentais; Inquérito Criminal; Investigação; Medidas Restritivas de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate the question of the investigating judge and the protection of fundamental rights in the criminal investigation, in order to investigate whether the guarantee of intervention by the investigating judge in the criminal inquiry is efficient to ensure and promote the fundamental rights by the research measures. For the analysis of the problem, the dissertation intends to inquire about the proposed theme, regarding the first part, through the study of the reserve of the judge in the criminal investigation, from the evolution of the criminal procedural systems in continental Europe, identifying the inherent characteristics of the judicial activity And the concept of jurisdiction, as well as the types of reserve of judges established in the criminal investigation. As will be explained in the second part of this explanation, the study will be reinforced by the approach to the subject of restrictive measures of fundamental rights in the field of research, which will examine the breadth of the investigating judge's competence, as well as the treatment given by the Portuguese legislation to these measures by identifying the influence of the principle of proportionality and the powers of urgency in the criminal investigation in the finding of *periculum in mora*. Lastly, as contextualized in the third part of this investigation, we will visit the problematic of proof prohibitions, concerning probative production and the search for material truth, as an end of the process, and for the occult methods of investigation, people harmed by measures of interference in fundamental rights in the context of criminal investigation, access to adequate and effective legal protection to ensure the protection of this right is guaranteed.

Keywords: Investigating Judge; Fundamental Rights; Criminal Inquiry; Investigation; Measures of Interference in Fundamental Rights.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH - *Bundesgerichtshof*

BVerfG - *Bundesverfassungsgericht*

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

GG – *Grundgesetz*

JZ – *Juristen Schulung*

LOFTJ – Lei Orgânica de Funcionamento dos Tribunais Judiciais

NStZ – *Neue Zeitschrift für*

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

Sumário

Introdução	7
1ª PARTE.....	10
1- A RESERVA DE JUIZ NO INQUÉRITO CRIMINAL	10
1.1 Breve Evolução Histórica Acerca dos Sistemas Processuais Penais na Europa Continental	1
0	
1.2 O Juiz de Instrução.....	14
1.3 A Reserva de Juiz.....	18
1.4 O Conceito de Jurisdição	21
1.5 Os Tipos de Reservas de Juiz no Inquérito Criminal	26
2ª PARTE.....	32
2- As Medidas Restritivas de Direitos Fundamentais no Âmbito da Investigação	32
2.1 A amplitude de Competência do Juiz de Instrução no Inquérito Criminal	32
2.2 A Legislação Portuguesa Acerca das Medidas Restritivas e Direito no Inquérito Criminal	34
2.3 O Princípio da Proporcionalidade	36
2.4 As Competências de Urgência na Constatação de <i>Periculum in Mora</i>	42
2.5 A Natureza Jurídica das Competências de Urgência	46
2.6 A Validação Judicial das Medidas de Investigação em sede de Competências de Urgência	49
3ª PARTE.....	58
3- As Proibições de Prova	58
3.1 A Busca da Verdade e a Produção Probatória.....	58
3.2 As Proibições de Prova	62
3.3 Os Métodos Ocultos de Investigação	75
3.4 A Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais no Inquérito Criminal	79
Conclusão.....	86
Bibliografia	90

Introdução

A temática que envolve o juiz de instrução e a garantia dos direitos fundamentais no inquérito criminal revela a sua importância, sobretudo, ao considerarmos a qualidade que é consagrada àquele – a de garante dos direitos fundamentais – com o advento da separação das atividades de acusador e decisor, inerente ao sistema acusatório.

A fase de investigação tem ganhado destaque e maior relevo dentro do processo, face aos desafios impostos pelo crescimento da criminalidade organizada e pelo aperfeiçoamento das técnicas criminosas que, nos dias hodiernos, têm, cada vez, maior potencial de danosidade social. O que implicaria, entretanto, em uma possível transferência do núcleo essencial das decisões no processo, que estaria reservado à fase de julgamento, para a fase investigativa.

Aliado à onda dos avanços tecnológicos, a própria investigação reforça o seu aparato e a sua estrutura de atuação, com a disponibilidade de novos métodos investigativos – tão ocultos e tão silenciosos como demandado pela perspicácia das novas formas de criminalidade.

O problema principal que norteia a presente investigação centra-se em saber se o juiz, ao ser chamado a intervir no inquérito, possui condições suficientes para assegurar o desempenho da sua função de garante de direitos fundamentais e liberdades individuais, revelando-se eficiente na proteção destes direitos ou, se a sua atuação, nesta fase, seria meramente formal.

Destarte, enfrentaremos algumas das questões pertinentes ao tema proposto. A começar pela evolução histórica dos sistemas processuais penais na Europa Continental, onde observaremos as alternâncias entre os modelos inquisitório e acusatório, o que será essencial para adentrarmos na temática referente ao papel do juiz de instrução e da instituição da reserva de juiz no inquérito criminal, de forma a podermos compreender como se dá a atuação do juiz na fase de investigação e, quais os tipos de reserva de juiz no inquérito criminal.

Adiante, será indispensável tratarmos das questões concernentes às medidas restritivas de direitos fundamentais no âmbito da investigação. Para tanto, analisaremos a amplitude da competência do juiz de instrução nesta fase do processo, inquirindo se o juiz exerce jurisdição ao decidir sobre as questões atinentes à investigação, abordando as

principais teorias que envolvem o conceito de jurisdição para entendermos melhor qual seria, pois, a extensão e o conteúdo do poder de apreciação do juiz, considerando as medidas investigativas reservadas à sua competência no inquérito. Pontuaremos o tratamento conferido pela legislação portuguesa à temática das medidas restritivas de direitos no inquérito criminal e verificaremos, ainda, as influências do princípio da proporcionalidade, que figura como princípio geral do direito, e que exige a utilização dos seus critérios norteadores nas decisões que envolvem os direitos fundamentais, perquirindo se o juiz de instrução poderá conciliar o respeito ao princípio da proporcionalidade sem adentrar no campo de apreciação dos critérios de necessidade e oportunidade da medida, apreciação que, a priori, estaria reservada aos órgãos de polícia criminal e ao Ministério Público.

Outrossim, analisaremos as competências de urgência da polícia e do Ministério Público, para decidir sobre a realização de medidas de ingerências em direitos fundamentais, na verificação de perigo na demora e quais seriam as razões para a instituição destas competências, em caráter de exceção, no inquérito criminal. Destarte, verificaremos se a atuação policial ou do Ministério Público constitui uma atuação em nome do juiz, ou seria, antes, uma atuação no âmbito de sua própria competência, bem como, qual seria a natureza jurídica destas decisões e quais os seus efeitos, ao passo que nos empenharemos em analisar a natureza jurídica da validação judicial das decisões tomadas no âmbito destas competências e os seus respectivos efeitos.

Por fim, será imperioso tratarmos da dogmática das proibições de prova, onde realizaremos o confronto entre a busca da verdade – que representa um dos fins do processo – e a produção de provas no processo penal, verificando as regras atinentes à obtenção dos meios de prova. Adiante, trataremos especificamente das questões em torno das proibições de prova, inquirindo se, enquanto meios processuais de garantia de direitos fundamentais, constituiriam instrumentos verdadeiramente eficientes e adequados a proteção destes direitos. Abordaremos, nesta esteira, a temática dos métodos ocultos de investigação, os quais se revelam indispensáveis para a persecução e repressão da criminalidade organizada, sem olvidarmos, todavia, os males que a sua utilização pode provocar sobre os direitos fundamentais das pessoas. Ademais, adentraremos nas questões atinentes à tutela jurídica dos direitos fundamentais no inquérito criminal, com vista a saber se o direito de acesso aos tribunais, enquanto um dos pilares principais de um Estado

democrático recebe o tratamento adequado no âmbito das ingerências em direitos fundamentais na fase de investigação.

1ª PARTE

1- A RESERVA DE JUÍZ NO INQUÉRITO CRIMINAL

1.1 Breve Evolução Histórica Acerca dos Sistemas Processuais Penais na Europa Continental

A incapacidade de resolução dos conflitos pelos particulares faz surgir o procedimento judicial. Com a formação histórica do Estado, objetiva-se dar uma solução aos problemas de violência e do abuso de poder e, proibida a vingança entre particulares, o Estado acaba por trazer para si o monopólio do exercício da violência. Destarte, cria-se o um aparato judicial e policial com vistas a reprimir, julgar e punir criminosos¹.

O processo penal europeu continental, no decorrer histórico, deixa clara a sua tendência para a busca da verdade. Uma tendência que se verifica inclusive em períodos distintos, desde o século XVIII ao século XIX, na alternância entre o *jus commune* e a influência dos ideais iluministas de valorização do homem. Em que pesem as vastas mudanças no pensamento jurídico-penal, a busca pela verdade permaneceu como um dos principais fins a serem alcançados no processo penal.

Os sistemas processuais penais surgem como reflexo às necessidades do direito material. Com efeito, através dos tempos, sempre houve alternância entre liberdades e repressões, necessárias ou não conforme a criminalidade e a ameaça ao Estado em cada período histórico.

De acordo com o poder vigente à época, predomina determinado sistema, quer seja o acusatório, típico dos países democráticos, que reconhecem e que garantem as liberdades individuais, ou inquisitório, que se sobressai historicamente nos países em que os ideais de democracia não vigoram. Há, ainda, o sistema misto, que seria a convivência dos dois sistemas supracitados.

É mister frisar que a busca pela verdade é tratada de formas distintas em cada um destes sistemas. Como preleciona Maria João Antunes²: “Na estrutura processual penal inquisitória domina o interesse estadual e conseqüentemente a finalidade de realização da

¹ HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações Acerca da Função Jurisdicional e do Sistema Judicial. Julgar, 2. 2007. p. 13.

² ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. reimp. Coimbra, Almedina, 2016. p. 20

justiça e de descoberta da verdade material. (...) Na estrutura processual penal acusatória, o processo penal é visto como uma disputa entre o Estado e o indivíduo indiciado. A verdade que se obtém é uma verdade meramente formal, emergente de regras de repartição do ónus da prova, com respeito dos princípios da igualdade e armas e do dispositivo.”.

O Sistema Acusatório, historicamente, começa a apresentar seus primeiros sinais, como destaca Aury Lopes Jr³, com o Direito Grego, no qual a participação direta do povo era possível nas atividades de acusação e de julgamento. Havia o sistema de acusação direta, exercido pelo povo, nos crimes graves através de ação popular, bem como a acusação privada, esta aplicada aos crimes mais brandos.

É ainda no Direito Romano, da Alta República, que vêm a *lume* as duas formas do processo penal, a *cognitio* e a *accusatio*. A *cognitio* era destinada aos Magistrados, representantes do Estado, concedendo a estes o poder de esclarecer os fatos como lhes fosse conveniente. Da decisão dos magistrados cabia um recurso de anulação (*provocatio*) destinado ao povo, quando o condenado fosse cidadão, de modo que em nova decisão era necessário que o magistrado apresentasse todos os fundamentos necessários à sua nova decisão. Entretanto, no final do período da República, observou-se o declínio deste método.

Já a *accusatio*, surgida no último século da República, representava uma acusação que poderia ser exercida esporadicamente por qualquer cidadão do povo. Esta representou uma grande inovação, já que nos crimes públicos (*delicta publica*) a iniciativa da ação penal era exercida por um órgão estranho ao Estado ou por um representante voluntário da sociedade, o *accusator*.

Contudo, tal método de julgamento passou a ser falho diante das necessidades de coibição da criminalidade. Os julgadores passaram a adentrar cada vez mais na atividade dos acusadores privados, o que resultou na junção das funções de acusar e de julgar em um único órgão do Estado. Os processos já não eram mais públicos e os julgadores passaram a agir de ofício, procedendo com as investigações e proferindo sua decisão, o que era denominado como “procedimento extraordinário”.

Este foi o início da derrocada dos primeiros sinais de um sistema acusatório como é conhecido contemporaneamente, dando espaço aos primeiros traços do modelo

³ LOPES JUNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 157.

inquisitório. É com o Direito Canônico que o sistema inquisitório se revela mais fortemente, levando-se em consideração a Inquisição Espanhola.

De acordo com os ensinamentos de Paulo Rangel⁴, este sistema surge durante os regimes monárquicos, atingindo seu auge durante a constituição do Direito Canônico, como já mencionado, e vigendo em quase todo o continente europeu durante os séculos XVI, XVII e XVIII.

Como visto anteriormente, o sistema acusatório vai perdendo força gradativamente e abrindo espaço ao sistema inquisitório, ante a precária atuação das partes no processo, de modo que não era mais possível deixar a persecução criminal a cargo dos particulares, já que isso representava um grande óbice à crescente criminalidade que se instaurava naquele período. Cabia agora ao Estado o exercício desta atividade.

O sistema Inquisitório perdurou até o início do século XIX, com o advento da Revolução Francesa e da valorização das garantias individuais. Diante da queda da inquisição, gradativamente os ideais do sistema acusatório foram progressivamente tomando espaço novamente. Destarte, tornou-se indispensável a separação entre as atividades de julgar e de acusar, ficando estas a cargo de órgãos distintos.

O processo penal contemporâneo começa a ser desenhado ainda na primeira metade do século XIX, consoante a doutrina liberal. Na primeira metade do século XX a confiança no modelo legalista é enfraquecida, sobretudo devido às duas grandes guerras mundiais.

Após o término da 2ª Guerra Mundial, o processo penal retoma sua jornada iniciada no século passado e traz à tona a tarefa de conciliar a garantia dos direitos fundamentais e a persecução do crime grave e organizado. Esta tarefa acaba por traduzir-se na constitucionalização do processo penal⁵.

De fato, a Europa começa a traçar uma evolução comum no que diz respeito ao processo penal e aos direitos fundamentais. A repressão penal com vista à proteção da sociedade dá, agora, espaço ao objetivo maior de garantir os direitos do cidadão, face às arbitrariedades do Estado, sobretudo com o advento da Convenção Europeia dos Direitos

⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

⁵ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 14.

do Homem de 1950. O processo penal passa a ser pioneiro na proteção de direitos fundamentais frente às demais searas do direito.

Certamente há grande dificuldade em conciliar direitos fundamentais e a eficácia no combate ao crime, principalmente quando a tendência do direito penal aponta para ideais de celeridade e de eficácia, e quando os limites à investigação penal são vistos como contratempos que devem ser ultrapassados. Conforme menciona Castanheira Neves⁶: “(...) antes e acima da lei, em todas as constituições contemporâneas e no pensamento jurídico em geral. Não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica.”.

É ainda neste período pós-guerra que começam a surgir textos internacionais como a Declaração Universal de Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, a Carta Social Europeia, dentre tantos outros, pautados nos princípios de grandes revoluções, principalmente a francesa e a norte-americana, com o objetivo de gerar expectativas positivas para o futuro. Orientados pela ideia de dignidade da pessoa humana, e de um Estado de direito, instituem e constitucionalizam os direitos fundamentais e as garantias individuais.

A separação das atividades de investigador/acusador e de decisor jurisdicional representou um grande marco na evolução do processo penal europeu, bem como na maioria dos sistemas penais ocidentais. Esta, sem dúvida, é a principal característica do sistema acusatório que, porém, não é capaz de afastar o cunho inquisitório da fase de investigação.

Hodiernamente, o processo penal português é de estrutura acusatória e orientado, subsidiariamente, por um princípio de investigação, no qual se observa a repartição de funções da magistratura do Ministério Público e da magistratura judicial. Desta forma, ficam a cargo do Ministério Público as atividades de investigação e de acusação, tomando por base o inquérito criminal, do qual detém a direção. De outro lado, o juiz de instrução possui competência para dirigir a fase de instrução, exercendo o controle judicial a respeito da decisão de acusação ou não acusação decretada pelo *parquet*.

⁶ NEVES, Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os Modelos actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito, Rev. Leg. Jur., ano 130, 1998, p.292.

1.2 O Juiz de Instrução

Um ponto central a ser enfrentado é a questão do juiz de instrução. Em países como a França e a Bélgica, nos quais o processo penal possui raízes no sistema inquisitório, há uma forte tendência em se pensar na extinção da figura do juiz de instrução, ao passo que o Reino Unido, por exemplo, segue um direcionamento antagônico. Dada a incredibilidade do sistema acusatório, as reflexões se voltam para a possibilidade da atuação de um juiz para conduzir a fase de instrução.

Outro ponto que merece destaque é a grande relevância que a fase de investigação começa a ganhar e a tendência de regulamentação legal dos atos policiais de investigação criminal⁷. Isto porque, mais rotineiramente, os atos de investigação saem do campo de atuação policial para figurar na seara do processo penal.

Originariamente, o papel da fase de instrução e também, ao que parece, nos dias atuais, está atrelado ao exercício facultativo de controle judicial da decisão tomada pelo Ministério Público de acusação ou arquivamento⁸. O CPP prevê no art. 286º, n.º 1 que “a instrução visa à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”.

A fase de instrução é precedida pela investigação criminal dirigida pelo Ministério Público, que se manifesta acerca da existência do crime e da correspondente responsabilidade do investigado. Estas tarefas, destinadas à competência do parquet, devem ser exercidas orientadas pelo princípio da legalidade, consoante o disposto no art. 219º, n.º 1 e 2, e em observância a critérios de estrita objetividade, conforme o art. 53º, n.º 1 do CPP.⁹

⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 20.

⁸ DIAS Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: Para uma Nova Justiça Penal, Almedina, 1983, p. 225 e ss.; Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal. reimp. 1993. Coimbra, Almedina, 1988. p. 16. Neste sentido também: RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. BFDUC, 2001, p. 961; e ainda: ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação. In: Manuel da Costa Andrade et. al. (org.), *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1247 e ss.

⁹ BRANDÃO, Nuno. A Nova Face da Instrução. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 2 e 3/2008, p. 227-255. p. 4.

Como mencionado, cada vez mais, a fase de investigação ganha elevada importância. Com o desenvolvimento tecnológico a investigação criminal passa, também, a ganhar novos contornos. A maior sofisticação da criminalidade é acompanhada por novas técnicas investigativas que, todavia, são tão ou mais capazes de ferir gravemente os direitos fundamentais. Conforme Mata-Mouros¹⁰: “À especialização crescente do crime, que adquire sempre foros de maior grau de sofisticação, corresponde o desenvolvimento de novas técnicas de investigação que igualmente se tornam mais (sofisticamente) lesivas para os direitos das pessoas. Longe vão os tempos da crueza da tortura. Hoje os métodos são outros, mais discretos e silenciosos, mas quantas vezes, nem por isso, menos traiçoeiros.”.

Destarte, a maior regulamentação legal da fase preliminar do processo torna-se imprescindível, tanto para garantir uma prova válida em julgamento, quanto, principalmente, para proteger os direitos e as garantias individuais das pessoas. O aumento da sofisticação criminosa também requer que os instrumentos que visam garantir os direitos fundamentais sejam acurados, o que conduz a uma inevitável processualização do inquérito. Portanto, se torna indispensável que as decisões, nessa fase, sejam tomadas por um terceiro imparcial.

Desta forma, a intervenção do juiz no inquérito como o garante de direitos fundamentais é considerada um ponto fulcral na transição entre sistemas processuais penais. A questão é disciplinada no ordenamento jurídico português nos artigos 20º, 1 e 5, e 32º, 4 da Constituição da República.

O juiz de instrução atua como garante das liberdades, sobretudo na fase de inquérito, durante a qual se tornam mais comuns e, por vezes, mais graves as lesões aos direitos fundamentais das pessoas – principalmente os que se prendem às liberdades – por estar munido de independência e imparcialidade atribuídas pela CRP e pelo seu estatuto, porquanto seja o único sujeito processual capaz de atuar na proteção destes direitos e liberdades¹¹.

O Código de Processo Penal Português de 1987, bem como a Constituição da República Portuguesa, consagram o processo penal de estrutura acusatória, integrado por

¹⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 21.

¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva de Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo Penal. In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra. Coimbra Editora, 2009. p. 49.

um princípio subsidiário de investigação, como já mencionado. Deste modo, o juiz possui o poder-dever de esclarecer e de instruir autonomamente o fato posto a julgamento, a fim de criar os fundamentos da sua decisão¹².

Assim sendo, torna-se indispensável que a entidade que investiga seja distinta daquela que julga; é também cediço que à busca da verdade sejam impostos limites a fim de que, em nome desta, não haja relativização nos direitos fundamentais das pessoas. O conflito entre a busca da verdade e a proteção aos direitos fundamentais é um grande desafio à realização da justiça. Daí decorre a necessidade de controle desses limites por um órgão alheio à instauração, ao objetivo e ao resultado da investigação, devendo ser imparcial. Conforme Mata-Mouros¹³: “Não se trata propriamente de verificar a legalidade da investigação. Independentemente da discussão sobre a adequação, ou não, da existência de um tal controlo, a verdade é que aquela sindicância pode esperar pela instrução ou o julgamento. Trata-se, sim, de evitar o irreparável. Evitar a verificação de prejuízos injustificados de direitos fundamentais.”.

Por possuir independência e imparcialidade asseguradas constitucionalmente, o juiz é o único sujeito da relação processual apto a exercer a função de garante dos direitos fundamentais das pessoas.

Um dos grandes desafios que aqui se encontra é a manutenção do equilíbrio entre as funções eminentemente antagônicas que o juiz é chamado a exercer: a investigação e a prolação de uma decisão. Neste sentido, ao juiz cabe, ao mesmo tempo, a garantia dos direitos fundamentais das pessoas e assegurar a eficácia do processo. Entretanto, o problema mostra-se ainda mais profundo, ultrapassando a questão do equilíbrio entre uma investigação eficaz e a proteção dos direitos fundamentais, e passando à problemática da própria justificação e da fundamentação que dá ensejo à supressão destes direitos¹⁴.

O artigo 32º, 4, da CRP e o artigo 17º do Código de Processo Penal versam sobre a competência do juiz da instrução. Este deverá atuar na fase de inquérito a fim de praticar, ordenar ou autorizar atos instrutórios que envolvam ingerências nos direitos fundamentais,

¹² ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. reimp. Coimbra, Almedina, 2016. p. 21-22.

¹³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 23.

¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva de Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo Penal. In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra. Coimbra Editora, 2009. p. 49-50.

sempre a requerimento do Ministério Público. Portanto, o juiz possui, aqui, como tarefa precípua o controle dos atos do Ministério Público (órgão responsável pela direção da fase de inquérito, assistido pelos órgãos de polícia criminal) que possam vir a afrontar os direitos e as liberdades do arguido. Atua nesta fase como juiz das liberdades, e não como juiz da investigação¹⁵.

Segundo Pinto Albuquerque¹⁶: “A concepção do legislador português sobre a estrutura da fase preparatória foi influenciada pela primeira lei de reforma do processo penal alemã, a *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts*, de 9.12.1974, que consagrou a ideia introduzida no direito alemão logo em 1921 (...), de atribuição da direcção de todo o processo preparatório do Ministério Público, conferindo ao juiz de instrução (*Untersuchungsrichter*) o papel restrito de juiz de averiguações (*Ermittlungsrichter*), isto é, de um magistrado que procede a actos de instrução em situações de emergência, mas cuja tarefa essencial é a de controlar os actos do Ministério Público que contendam directamente com direitos e liberdades do arguido.”.

Ocorre que, da forma como está posta, a atuação do juiz na fase de inquérito revela-se demasiadamente formal. Isto, primeiramente, porque ele permanece alheio à investigação e adstrito às informações prestadas pelos investigadores, o que dificultará, dessa forma, a proteção dos direitos, liberdades e garantias daqueles a quem as medidas restritivas de direitos visam atingir.

O juiz somente pode atuar na fase preliminar se assim for chamado, para avaliar a legalidade das intervenções requeridas, o que acaba por restringir demasiadamente a sua perspectiva geral acerca da investigação.

Nesta senda, a questão principal centra-se em saber se o juiz, ao ser chamado a intervir no inquérito, possui condições suficientes para assegurar o desempenho da sua função de garante de direitos fundamentais e liberdades individuais, ou se a sua atuação, nesta fase, seria meramente formal.

A Constituição Portuguesa traz em seu bojo um acervo de direitos e garantias fundamentais ao arguido, sendo inegável o fato de que os particulares necessitam de defesa, face à Administração Pública. Destarte, garante a tutela jurisdicional em prol da

¹⁵ ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. reimp. Coimbra, Almedina, 2016. p. 81.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*. Coimbra. Almedina, 2003. p. 995.

defesa dos direitos dos cidadãos, conforme disposto no artigo 268º, n.º 4, da CRP.

Contudo, há de se questionar se ao lado de tais garantias constitucionais se encontra uma estrutura jurisdicional capaz de efetivamente protegê-las. Restando investigar se a garantia do juiz das liberdades é eficiente na proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, uma vez que o direito à tutela jurisdicional em prol da defesa dos direitos e dos interesses das pessoas, bem como o direito a um processo justo, deve prevalecer desde o inquérito.

1.3 A Reserva de Juiz

O estudo dos direitos e garantias fundamentais está ligado diretamente aos princípios da reserva de lei. Da leitura dos artigos 18º, 2º, 203º, 266º e 270º da CRP depreende-se que a reserva de lei, em matéria de ingerências em direitos fundamentais, vincula a Administração Pública e os Tribunais.

O art. 20º da CRP garante a todos os cidadãos a tutela jurisdicional de seus direitos e interesses. O art. 27º, n.º 1 assegura o direito à liberdade e à segurança e estabelece no n.º 2 que a privação da liberdade somente pode se dar quando há a prática de ato punido por lei com pena de prisão ou diante de aplicação de medida de segurança.

O art. 32º, n.º 4 da CRP determina a reserva de juiz na instrução do processo penal. Ainda o art. 17º do CPP, assim como o art. 79º da LOFTJ estabelecem a competência do juiz para proceder à instrução criminal e ao exercício das funções jurisdicionais relativas ao inquérito.

Entende-se, portanto, que existem reservas constitucionais de juiz e reservas legais de juiz, as quais não se diferenciam tão somente pela hierarquia das normas. As reservas constitucionais de juiz versam sobre questões inerentes aos direitos fundamentais e garantias. Já as reservas legais de juiz, previstas em lei ordinária, dizem respeito a questões de delimitação de competência.

Entretanto, a reserva de juiz no ordenamento jurídico português não deixa claro o seu total sentido e função, nem seu total campo de aplicação. Resta a dúvida se o juiz, ao se ater a matérias legalmente reservadas a ele, estaria realmente exercendo jurisdição ou

apenas atuando de forma meramente formal. O Tribunal Constitucional entende que a reserva de jurisdição se perfaz por meio da reserva de juiz¹⁷.

Há dois níveis de reserva de jurisdição: a reserva absoluta e a reserva relativa, que se distinguem na doutrina portuguesa através do critério das duas palavras, conforme o entendimento do Tribunal Constitucional, em acórdãos como o n.º 365/1991¹⁸.

A reserva absoluta está atrelada ao conceito de monopólio de juiz, atendo-se às questões em que são delegadas aos tribunais a primeira e a última palavra. Já a reserva relativa se dá quando aos tribunais é reservada apenas a última palavra, conforme o sentido dado pelo art. 20º da CRP.

No mesmo sentido, preleciona Gomes Canotilho¹⁹. Para o doutrinador, a reserva de jurisdição implica a reserva de juiz quanto a certas questões. Depreende-se, a rigor, que a depender da matéria, é delegada ao juiz tanto a última quanto a primeira palavra. É o que ocorre relativamente às penas restritivas de liberdade e às penas criminais em geral.

Já em sentido estrito, para o aludido autor, a reserva de juiz não pode ser confundida com a reserva da via judiciária. Isto porque, em determinadas matérias, é permitida a intervenção de outros poderes, especialmente administrativos, ao passo que ulteriormente seja assegurado o acesso ao poder judiciário. Destarte, no que respeita a reserva de juiz, ao tribunal é legítima a intervenção já no início; na reserva de tribunal, a intervenção dos juízes é realizada maioritariamente em recurso. O que significa dizer que na reserva de juiz há uma reserva total da função jurisdicional em determinadas matérias. De outra banda, na reserva de tribunal há uma reserva parcial, vez que não há intervenção do juiz logo no início.

¹⁷ V. Ac. TC n.º 620/07, Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070620.html>. “(...) a reserva de jurisdição concretiza-se através de uma *reserva do juiz*, no sentido de que, dentro dos tribunais, só os juízes poderão ser chamados a praticar os actos materialmente jurisdicionais (...). Um outro princípio inerente à reserva de jurisdição consubstancia-se na exigência de que o órgão jurisdicional ao qual possa ser atribuída a função de julgar se encontre rodeado das necessárias garantias de independência e imparcialidade. (...) Por isso, há-de concluir-se (...) que tribunais hão-de ser visualizados como sendo só aqueles órgãos de soberania que, exercendo funções jurisdicionais, sejam suportados por juízes que desfrutem totalmente de independência funcional e estatutária, não bastando, pois, a mera atribuição de poderes às entidades da Administração para, na resolução dos assinalados casos concretos, poderem decidir sem sujeição a ordens ou instruções.”

¹⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 44.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1983. p. 664 e 665.

Contudo, a discussão suscitada pela doutrina portuguesa quanto à reserva de juiz – absoluta ou relativa – não é capaz de determinar por si só qual o âmbito de apreciação do juiz quando decide acerca de medidas restritivas e direito.

A doutrina alemã traz uma grande contribuição para os estudos do tema da reserva de juiz no inquérito criminal²⁰. Há duas grandes correntes sobre a natureza das reservas de juiz que merecem análise. Primeiramente, há a corrente que trata a reserva de juiz como uma expressão de jurisdição. Esta corrente, considerando que a tutela dos tribunais pode se dar através de uma intervenção do juiz tanto posteriormente quanto anteriormente à medida que lhe dá origem, traça um paralelo entre garantia de acesso à tutela jurisdicional do art. 19º, IV da GG com o momento ulterior à tutela, e a reserva de juiz abarcada pelos arts. 13º, II, e 104º, II e III, também da GG, com o momento anterior à tutela.

Diante destas duas garantias constitucionais, o direito à tutela jurisdicional relaciona-se à última palavra, enquanto que a reserva de juiz, se refere tanto à última palavra e à primeira palavra. Neste sentido, segundo a referida corrente, a reserva de juiz seria uma forma de tutela preventiva, e a tutela jurisdicional possuiria natureza de controle judicial posterior.

Quanto à segunda corrente, esta relaciona as decisões proferidas no campo da reserva de juiz com a atividade administrativa, negando que na reserva de juiz haja incidência da última palavra. Para esta corrente, a distinção entre a tutela de jurisdição e a reserva de juiz centra-se no fato de que a primeira atribui ao juiz o poder de revisar a atuação pública de órgãos oficiais, enquanto que a segunda permite o concurso da decisão do juiz diante de ingerências em direitos fundamentais²¹.

²⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 50-51.

²¹ Mata-Mouros ressalta adeptos da corrente, como Roxin, que classifica toda a atuação do juiz de instrução no inquérito como uma atividade administrativa (*Verwaltungstätigkeit*), ao explicar que o juiz não poderá apreciar a utilidade da medida proposta pelo parquet, afirmando que não há violação da independência do juiz quanto às opções do Ministério Público, já que o juiz neste caso não exerce jurisdição, mas sim atividade administrativa. Destaca ainda o autor Malte Rabe von Kühlewein, o qual não aceita definir a reserva de juiz em contraponto à tutela jurisdicional e, para tanto, ressalta três motivos: primeiramente porque considera uma metodologia duvidosa; em segundo lugar, a noção de primeira e última palavra não seria capaz de delimitar a reserva de juiz, uma vez que diante das providências cautelares a tutela jurisdicional não configura como última palavra; ademais, definir o conceito de tutela jurisdicional utilizando-se do recurso das duas palavras não seria suficientemente capaz de abarcar todas as formas de reserva judicial, de modo que quando o juiz é chamado a atuar no inquérito quando a polícia já iniciou um procedimento, somente tem o poder da última palavra. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 52-53.

Desde já é necessário, portanto, frisar que a delimitação da natureza da reserva de juiz perpassa necessariamente pela comparação entre a atividade administrativa e a atividade jurisdicional, de modo que, para delimitar o conceito de reserva de juiz tendo por referência o conceito de jurisdição, faz-se imprescindível que revisitemos os percalços que trazem a busca deste conceito.

1.4 O Conceito de Jurisdição

O surgimento das instâncias formais de controle faz pressupor que a aceitação das decisões judiciais requer a confiança da sociedade nestas instâncias, ou seja, a própria noção de jurisdição deve ser permeada pela ideia de confiança.

A confiança na jurisdição nasce, somente, no âmago da sociedade quando se apoia na ideia de imparcialidade, através de um terceiro imparcial, devendo a decisão proferida por este ser correta ou, não o sendo, garantir a possibilidade de recurso para a correção da respectiva decisão.

Para que uma decisão seja considerada correta, é necessário que seu fundamento seja verdadeiro. Sendo a busca pela verdade material um dos princípios processuais penais, tem-se que somente através dela é que se torna possível a aplicação normativa correta. Segundo este princípio, o processo penal não pode se ver conformado diante de deduções fictícias e distantes da realidade. Portanto, o juiz deve ter como objetivo primeiro a reconstrução da verdade dos fatos com a maior aproximação da realidade possível, a fim de prestar um provimento jurisdicional mais próximo da ideia de alcance da justiça.

Entretanto, é necessário ressaltar que, embora a busca pela verdade seja importante para suscitar a ideia de confiança na jurisdição, os limites para a busca desta verdade também se revelam igualmente indispensáveis para atingir o seu fim. É neste sentido que surgem normas como as da proibição de prova, e de recusa do juiz, uma vez que uma decisão normativamente correta não pode permitir que, em nome da descoberta da verdade, sejam relativizados direitos fundamentais.

A neutralidade do juiz também é primordial no que diz respeito à ideia de confiança. A CRP consagra o princípio da imparcialidade no art. 266º, n.º 2; na mesma senda, a Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo 10º, o Pacto

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no art. 14º; bem como no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A CRP, em seu art. 202º, deixa claro que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo e que aos tribunais cabe a administração da justiça. Faz-se oportuno adentrar nas principais correntes a respeito do conceito de jurisdição.

Primeiramente, quanto às teorias materiais, destacam-se três concepções: a concepção tradicional, a noção de jurisdição enquanto decisão de um conflito e a jurisdição como determinação do que é direito²².

No que diz respeito à concepção tradicional, a delimitação do conceito de jurisdição parte dos ramos de direito tradicionais, quais sejam o direito civil e o direito penal. Ocorre que esta concepção não acompanhou a dinâmica do surgimento de novos procedimentos.

Outra concepção dentro das teorias materiais refere-se à noção de jurisdição enquanto decisão de um conflito. De acordo com a mesma, jurisdição seria toda decisão prolatada por um terceiro imparcial em meio a um conflito jurídico. Entretanto, esta concepção acaba por não abranger todos os processos judiciais. O alcance da jurisdição não abrange tão somente a resolução de conflitos e nem todas as decisões sobre conflitos constituem decisões jurisdicionais.

Ademais, ressalta-se a jurisdição como determinação do que é direito. De acordo com esta concepção, a jurisdição tem como papel determinar qual é o direito, conforme a ordem jurídica estabelecida. Contudo, ela falha ao tentar definir os limites entre jurisdição e administração. É preciso entender que tanto a atividade judiciária quanto a administrativa realizam o direito e, também, prosseguem interesses públicos. Além do mais, nem toda decisão judicial tem por característica o caso julgado.

Cumpram agora ressaltar as teorias formais sobre o conceito de jurisdição. Em uma noção formal, jurisdição é definida como a totalidade das funções desempenhadas pelos tribunais, conforme a Constituição ou pela lei ordinária, ainda que compreendam funções

²² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 58-59.

materialmente administrativas²³, de modo que toda a atuação dos tribunais seja tida como jurisdicional. As teorias formais dividem-se em aceção ampla e aceção restrita.

Conforme a aceção ampla, o conceito de jurisdição abarca a totalidade das atividades que são atribuídas em lei a um juiz. Claramente, esta aceção acaba por se revelar demasiadamente abrangente e perde sua utilidade. Inclusive, a própria CRP no já anteriormente explanado art. 202º delimita três áreas de atuação do juiz²⁴. Outrossim, a aceção ampla também ignora que o juiz desempenha outras funções além das jurisdicionais, designadamente administrativas.

Quanto à aceção restrita a jurisdição abrangeria apenas as competências dos tribunais conforme as matérias definidas pela Constituição. Ademais, esta aceção acaba por excluir da noção de jurisdição matérias essenciais que não foram contempladas com normas constitucionais.

Diante da incapacidade de delimitação do conceito de jurisdição pelas teorias materiais e formais surgem as teorias funcionais. A classificação das funções do Estado por meio da tripartição de poderes mostra-se insuficiente, ao passo que os limites entre as variadas funções estatais se confundem entre si. Destarte, a doutrina passa a interessar-se em não mais elaborar uma teoria geral acerca dessas funções, mas sim em analisá-las, tendo em consideração cada constituição específica²⁵.

Nesta senda, as atividades administrativas e judiciárias superam as diferenças quanto às suas matérias. O que passa a interessar é a forma por meio da qual o juiz é chamado a desenvolver o seu papel, considerando o procedimento em si para saber se a decisão, realmente, foi tomada de modo jurisdicional.

Jorge Miranda²⁶ destaca os princípios peculiares da tutela jurisdicional e, portanto, imprescindíveis para delimitar suas características e diferenciá-la dos outros poderes

²³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 60.

²⁴ A saber: 1) assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, visando a justiça administrativa; 2) a repressão da violação da legalidade democrática, referindo-se a justiça criminal; 3) a resolução de conflitos públicos e privados, referindo-se à justiça civil. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 61.

²⁵ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 64.

²⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed., Coimbra. Coimbra Editora, 2007. 323-324.

inerentes ao Estado. Os principais e que, aqui, merecem destaque são: o princípio da independência judicial; o princípio da imparcialidade; o princípio da neutralidade.

Primeiramente, no que diz respeito ao princípio da independência judicial, este está disposto constitucionalmente no art. 203º, afirmando que os tribunais são independentes e estão sujeitos somente à lei. Destarte, o juiz somente está submetido à lei, devendo este, também, ser independente no que tange à sua esfera pessoal e, ainda, contar com sua inamovibilidade, conforme disposto no art. 216º da CRP. É neste sentido que entende o Tribunal Constitucional²⁷.

O reforço do princípio da independência do juiz é uma tendência que se generaliza e ganha destaque com a revalorização da função jurisdicional, o que acaba por conferir maior garantia de sua imparcialidade e surge como exigência imprescindível da proteção dos direitos fundamentais das pessoas e dos direitos de defesa do arguido²⁸.

Sobre o princípio da imparcialidade, exige-se que o juiz não apresente qualquer interesse por nenhuma das partes, de modo que venha tão somente a se interessar pela

²⁷ V. Ac. TC n.º 443/91. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910443.html>. “De facto, impõe a Lei Fundamental que os tribunais sejam órgãos independentes e que apenas estejam sujeitos à lei (artigo 208.º), sendo os respectivos juízes inamovíveis e não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei (artigo 221.º, n.º 1). Esta imposição, aliada à reserva, cometida constitucionalmente aos tribunais, do exercício das funções jurisdicionais, aponta, por isso mesmo, para que os órgãos de soberania tribunais só possam ser aqueles que, exercendo tais funções, o façam gozando os seus juízes de garantias de independência funcional e estatutária. De onde não poder bastar a conferência de dependência na decisão a tomar *nos casos concretos* ou ainda que a lei disponha que a entidade da Administração na resolução daqueles casos deva estar unicamente sujeita à lei. Como se assinala no referido Acórdão n.º 71/84, «para que determinado órgão possa ser qualificado como tribunal não basta, nem pode bastar, que lhe haja sido cometida uma competência materialmente incluída na função jurisdicional. É que, se assim fosse, esvaziar-se-ia completamente de conteúdo a [...] reserva da função jurisdicional aos tribunais, na medida em que todo e qualquer órgão em tribunal se converteria pela mera atribuição de uma competência materialmente jurisdicional» Concluir-se-á, desta sorte, que para além do conteúdo finalístico da função jurisdicional a prosseguir e do que se pode classificar como uma «objectiva ou material» independência, os tribunais, para que estes órgãos como tal possam ser parametrizados constitucionalmente, necessário será que possuam a independência subjectiva caracterizada pela sua irresponsabilidade e inamovibilidade.”; V. Ac. TC n.º 179/92. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920179.html>. “A Constituição atribui aos órgãos de soberania tribunais a competência para exercerem a administração da justiça. Mas, para além disso, estatui que os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei, faz a respectiva elencação e rege que os respectivos juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. Perante a postura da Lei Fundamental, há que conceder que esta concebe os tribunais como órgãos servidos por juízes que, para além de deverem actuar independentemente e com única sujeição à lei, ainda têm de dispor, de modo objectivo, de um estatuto funcional do qual resulte, inequivocamente, uma total independência hierárquica, afastando, pois, qualquer subordinação funcional, mesmo quando fora das ocasiões em que têm de proferir decisões, para que, assim, nem sequer possa haver sobre eles o «perigo» de influência quando chegadas aquelas ocasiões”.

²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva de Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo Penal. In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 49.

busca da verdade, sem sair de sua posição de *super partes*. Quanto à atividade jurisdicional a CRP não faz alusão ao princípio da imparcialidade, porém este princípio decorre inevitavelmente do art. 20º, n.º 1, que traz o direito de acesso aos tribunais, bem como do art. 6º, 1 da CEDH que trata acerca do direito a um processo equitativo, e menciona a necessária independência e imparcialidade do tribunal. Cumpre ressaltar que o art. 266º, n.º 2 da CRP impõe o princípio da imparcialidade no que concerne a atividade administrativa.

Outrossim, o princípio da neutralidade não pode ser confundido com a imparcialidade. A neutralidade do juiz é, sem dúvidas, o elemento primordial que caracteriza a função jurisdicional. A administração possui um lastro maior de atuação em relação à jurisdição no que concerne a decisão, de forma que, ao perseguir seus objetivos, acaba por manter certa parcialidade. De outra banda, o processo judicial prossegue a realização da justiça e do direito, o que permeia de neutralidade a imparcialidade da função jurisdicional.

A passividade do juiz no que concerne à iniciativa do procedimento é crucial para a garantia da sua neutralidade. A sua atuação deve sempre depender da iniciativa das partes. O juiz não pode tomar iniciativas dentro do processo correndo o perigo de apresentar interesse em seu resultado²⁹.

Tem-se aí a diferença elementar entre o juiz de instrução e as outras instâncias formais de controle que atuam na fase de inquérito, segundo Paulo Dá Mesquita³⁰, uma vez que o juiz não possui interesse e tampouco competência para a repressão criminal, atuando somente quando é solicitado e como garante em última instância dos direitos fundamentais.

O princípio da imparcialidade está intimamente ligado à igualdade entre as partes. O princípio da Igualdade no processo penal coloca as partes em situação de paridade de armas, ou seja, coloca autor e réu em igualdade de instrumentos para que os dois tenham iguais chances de manifestação dentro do processo, para que, desta forma, possam defender seus direitos e interesses em equilíbrio.

Em suma, a concepção funcional do conceito de jurisdição pode ser definida como uma função decisória dotada de autoridade e, conseqüentemente, vinculativa e

²⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 73.

³⁰ MESQUITA, Paulo Dá. Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 173.

independente, diante de determinado procedimento em situações nas quais exista uma querela em matéria de direitos ou ainda que esses direitos tenham sido maculados³¹.

A reserva de juiz pode também ser encarada como um instrumento de separação de poderes³². Conforme o estudo em tela, faz-se pertinente a análise da separação de funções dentro do inquérito, que permeia a investigação e a proteção de direitos.

O temor sobre as possíveis ingerências em direitos fundamentais por parte do ministério público ou das autoridades policiais não é capaz, sozinho, de justificar a intervenção de um juiz no inquérito, mesmo porque tais interferências em direitos fundamentais não ocorrem somente na seara do processo penal.

1.5 Os Tipos de Reservas de Juiz no Inquérito Criminal

Conforme as lições de Mata-Mouros³³, as reservas de juiz no inquérito criminal se dividem em: normas de atribuição de competência para a realização de atos processuais e normas de atribuição de competência para a realização de atos não processuais. Para o estudo em questão é imprescindível saber o real objetivo de cada ato realizado no processo.

A referida autora³⁴ explicita ainda os ensinamentos de Amelung sobre o tema, o qual classifica as medidas processuais em genuínas (*echte*) e não genuínas (*unechte*). De acordo com o jurista alemão, é preciso saber se o ato processual a ser praticado no inquérito criminal, que pode vir a interferir nos direitos fundamentais das pessoas, tem como objetivo possibilitar o prosseguimento do processo ou não. Se a resposta for afirmativa, estar-se-á diante de uma medida genuína; senão, diante de uma medida não

³¹ A respeito do assunto, a autora realiza uma síntese acerca das características da função jurisdicional, quais sejam: 1- independência relativamente aos outros poderes e órgãos do estado; 2- neutralidade pessoal do titular da decisão, portanto do juiz, tanto relativamente a cada uma das partes no conflito a resolver como também relativamente a outras instâncias e instituições do Estado; 3- neutralidade processual através de garantias especiais de um processo justo e isento com observância dos direitos de justiça fundamentais; 4- direito de última palavra (decisória) dos tribunais em questões jurídicas. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 77.

³² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. 78.

³³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 81.

³⁴ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 82. apud AMELUNG, Knut. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. JZ, 1987, 15/16. p. 739 e ss.

genuína. Desta forma, pode-se entender melhor como a fundamentação da aplicação de uma medida restritiva de direitos depende do objetivo que almeja alcançar.

Ainda considerando os atos que possibilitam o curso do processo, é possível distinguir os que têm por fim a garantia da produção probatória, os que visam assegurar a execução da pena e aqueles que objetivam afastar qualquer entrave ao processo.

No mesmo sentido, Cavaleiro de Ferreira³⁵ distingue os meios de coação com finalidade processual daqueles que possuem finalidades distintas. Para o autor, os primeiros prendem-se a garantir o fim do processo ou a assegurar a produção probatória, ao passo em que as outras medidas possuem objetivos distintos.

Dentro do tema da reserva de juiz existem diversos critérios e classificações que podem auxiliar na melhor compreensão do seu conceito. Dentre os quais se destacam a dimensão de organização, a de conteúdo e a temporal³⁶.

Quanto à dimensão de organização, é possível encontrar nas normas penais diferentes tipos de competências distribuídas no inquérito. Existem medidas que somente podem ser ordenadas pelo juiz (reserva exclusiva); medidas que podem ser ordenadas pelo juiz e pelo parquet ou pela polícia (reserva parcial); e medidas que só podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou pela Autoridade Policial (ausência de reserva judicial).

Ainda no que tange à dimensão de organização, podem-se, também, distinguir as reservas de juiz singular e as reservas colegiais. A lei portuguesa somente estabelece um caso de reserva colegial no âmbito do inquérito criminal, conforme o art. 135º do CPP, que confere ao tribunal superior a competência para decidir sobre os incidentes de quebra profissional onde o incidente tiver sido suscitado.

Consoante à dimensão de conteúdo, deve-se levar em consideração o objeto da decisão judicial a ser proferida, podendo distinguir-se a reserva para atos materiais, atos estes a serem praticados pelo juiz, e a reserva de atos decisórios. A reserva de atos materiais está abarcada pela legislação processual penal a exemplo dos arts. 177º, 3, e 179º, 3, ambos do CPP. Já a reserva de atos decisórios refere-se ao art. 179º, 1 (ordem e autorização judicial); art. 281º, 1 (concordância judicial); art. 174º, 6 (confirmação ou

³⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Curso de Processo Penal, Lisboa, vol. II. reimp. da Universidade Católica. p. 360.

³⁶ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 85.

convalidação judicial) todos do CPP.

Outrossim, quanto à dimensão temporal, esta se dá diante do momento da decisão, e pode ser diferenciada entre reservas prévias e reservas subsequentes. Nas primeiras, é obrigatória a intervenção do juiz antes da prática da medida, ao contrário das reservas subsequentes, nas quais a intervenção do juiz se dá após o início da realização da medida.

Após estas classificações, importa agora ater-se às teorias sobre o sentido da reserva de juiz e a justificativa para a sua previsão no inquérito criminal. Conforme assinala Mata-Mouros³⁷, existem duas principais teses que explicam a reserva de juiz no inquérito criminal, quais sejam: a tese da gravidade da ingerência nos direitos fundamentais e a tese da compensação pela ausência de contraditório.

No que tange à tese da gravidade da ingerência sobre os direitos fundamentais, tem-se que quanto maior a gravidade da ingerência, maior deve ser o controle judicial prévio da medida. Destarte, a intervenção do juiz para determinar medidas de ingerências em direitos fundamentais no inquérito se torna indispensável, devido à elevada gravidade destas medidas, que não poderiam ser determinadas pelo poder público sem antes serem autorizadas por um juiz independente e imparcial. A apreciação pelo poder judicial, após a execução das medidas, acarretaria um grande prejuízo aos direitos fundamentais das pessoas.

Contudo, esta tese não é capaz de explicar o total sentido da reserva de juiz no inquérito. A própria CRP prevê que os únicos casos de reserva de juiz em processo penal são os de restrição de liberdade, segundo os arts. 27º, 2, 28º, 1, atos instrutórios que se prendam diretamente com direitos fundamentais, conforme o art. 32º, 4 da CRP e a entrada no domicílio dos cidadãos, de acordo com o art. 34º, 2.

A referida tese não é capaz, por exemplo, de explicar a exceção do art. 34º, 3 quanto à entrada em domicílio nos casos de flagrante delito e criminalidade especialmente violenta ou organizada, sem que se necessite de prévia autorização judicial. Ou ainda, não seria capaz de explicar a própria situação de flagrante delito do art. 27º, 3, g, que também não necessita de controle judicial posterior.

De outra banda, surge a tese da compensação pela ausência de contraditório. É

³⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 90.

cedição que, durante a investigação no inquérito criminal, podem ser ordenadas e executadas medidas que interferem nos direitos fundamentais das pessoas, sem que seja necessária a presença do contraditório, configurando como exceção a este princípio disposto no art. 32º, 5 da CRP.

Cumpra ainda ressaltar o caráter não obrigatório destas medidas, de modo que a sua efetivação acaba por depender do juízo da sua utilidade para garantir o prosseguimento da investigação, o que, entretanto, não justifica o motivo da reserva de juiz. De outro lado, as ingerências sobre direitos fundamentais e o efeito surpresa das medidas investigativas é capaz de explicar a necessidade da reserva de juiz no inquérito criminal, incidindo como forma de compensação pela ausência de contraditório.

Outra teoria que aqui merece destaque é a da tutela jurídica preventiva, desenvolvida por Prechtel³⁸. Segundo o autor alemão, o juiz não possui uma qualidade especial em relação aos órgãos de polícia criminal. Aliás, os próprios investigadores possuem, naturalmente, maior conhecimento acerca da investigação, e poderiam esclarecer os fatos no inquérito de forma mais incisiva.

Percebe-se ainda que a atuação Ministério Público diante do inquérito se dá, sobretudo, no sentido de garantir o prosseguimento das investigações, ao contrário do juiz, que acaba por primar pela valoração das limitações jurídicas.

O autor prossegue em suas considerações afirmando que a intervenção do juiz no inquérito criminal, devido à posição institucional que ocupa e por estar permeado por neutralidade e independência, representa uma verdadeira garantia acrescida e de natureza preventiva de proteção dos direitos fundamentais, atenuando os riscos de erro e aumentando a possibilidade de correção dos procedimentos.

Devido ao avanço tecnológico das investigações - principalmente no que respeita os meios ocultos de investigação - são cada vez mais comuns e mais graves as lesões nos direitos fundamentais das pessoas. Com a ausência de contraditório e com fundamento tão somente nas informações policiais percebe-se a necessidade de tutela dos direitos fundamentais pelo juiz, ao passo em que estes direitos restariam prejudicados caso a

³⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 82. apud PRECHTEL, Günter. *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter – eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richter im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, München, Verlag V. Florentz GmbH, 1995.

decretação e a execução das medidas dependesse exclusivamente do Ministério Público.

Seria este, portanto, segundo a teoria em análise, o motivo pelo qual se estabeleceu a intervenção de um juiz – neutral, independente e imparcial – no inquérito criminal: uma divisão de atividades entre as várias entidades a fim de evitar erros nas decisões que se prendam aos direitos fundamentais das pessoas.

Destarte, no campo prático, a teoria se traduz no sentido de que toda vez que previamente à aplicação da medida restritiva de direitos fundamentais não haja atenção ao contraditório, cabe ao juiz decidir acerca da execução da medida.

Realizada a explanação das principais teses acerca do sentido da reserva de juiz no inquérito criminal, cumpre agora avaliar qual seria, portanto, o real sentido da implementação desta garantia, visto que nenhuma das teorias apresentadas possibilita explicar, por completo, a razão de ser da reserva de juiz no inquérito criminal.

A tese da gravidade da ingerência nos direitos fundamentais claudica quando se verifica no ordenamento jurídico pátrio a previsão de medidas restritivas de direitos fundamentais que são capazes de lesionar gravemente estes direitos, e que, entretanto, não se encontram sob o véu de proteção da reserva de juiz, como os casos supracitados no âmbito da lei constitucional.

Outrossim, no que concerne à tese da compensação pela ausência de contraditório, esta não abarca as situações de exceção de competência em decorrência do *periculum in mora*, nas quais a reserva de juiz incide tão somente após o início da medida de ingerência.

Pode-se perceber, portanto, após todas as questões expostas acerca da natureza, do conceito e dos tipos de reserva de juiz, bem como sobre o conceito de jurisdição, que a previsão da garantia de reserva de juiz no inquérito criminal e a atividade por este desenvolvida – no tocante à decisão sobre ingerências em direitos fundamentais – não abarca todas as características primordiais da atividade jurisdicional.

A CRP em seu art. 32º, 4, como já mencionado, institui a reserva de juiz no inquérito criminal, reservando a este a prática de atos instrutórios relativos aos direitos fundamentais e, no mesmo sentido, o art. 202º, 2, também da CRP, prevê a competência dos tribunais para assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. No entanto, o próprio procedimento que permeia essas decisões permite afirmar

que estas não possuem natureza de jurisdição, considerando as teorias funcionais a respeito do conceito.

É inegável a necessidade de se estabelecer uma reserva de juiz no inquérito criminal, tendo em consideração a natureza dos direitos que visam ser tutelados por esta garantia.

Ao longo de todo o exposto percebe-se que, em que pese todos os motivos aqui já apresentados para explicar a necessidade da intervenção do juiz no inquérito criminal, ainda pendem outras razões que motivam a existência da garantia, que deverão ser explanadas adiante nesta investigação.

2ª PARTE

2- As Medidas Restritivas de Direitos Fundamentais no Âmbito da Investigação

2.1 A amplitude de Competência do Juiz de Instrução no Inquérito Criminal

A necessidade de realização de medidas de investigação no inquérito criminal conduz a certos questionamentos sobre a atuação do juiz de instrução. Qual seria, pois, a extensão e o conteúdo do poder de apreciação do juiz, considerando as medidas investigativas reservadas à sua competência no inquérito? Poderia o mesmo não autorizar a execução da medida por esta carecer de utilidade e oportunidade?

Uma primeira solução³⁹ para saber a amplitude do poder de apreciação do juiz no inquérito parte da concepção que subdivide a competência decisória ilimitada e a competência decisória limitada.

A respeito da competência decisória ilimitada, a amplitude do poder de apreciação do juiz se estende, inclusive, sobre a utilidade e oportunidade da medida sobre a qual é chamado a apreciar durante o inquérito.

Pendem alguns argumentos contra esta perspectiva. Primeiramente, destaca-se o argumento de que não há hierarquia entre a atividade do juiz e as atividades do Ministério Público e da polícia, de forma que uma competência decisória ilimitada denotaria uma espécie de superioridade da função jurisdicional.

A apreciação da legalidade das medidas de ingerência seria suficiente para alcançar os seus objetivos, considerando a existência da reserva de juiz, enquanto garantia à proteção dos direitos fundamentais, em contraponto aos atos lesivos do Estado contra estes direitos.

Outrossim, em que pese a previsão da reserva de juiz no inquérito, os órgãos de investigação criminal possuem competência própria de iniciativa, os quais devem analisar a conveniência e oportunidade da medida e, somente então, deve ocorrer intervenção judicial subsequente.

³⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 189.

No que respeita a competência decisória limitada, a amplitude de apreciação judicial se refere somente à conformidade legal da medida, devendo avaliar se a mesma atende aos critérios legais, aos pressupostos e princípios da atividade administrativa, importando, também, observar a sua proporcionalidade. Diante desta perspectiva, o juiz é chamado a decidir se a medida *pode* ser realizada, mas não se ela *deve* ser realizada. A utilidade ou oportunidade da medida somente deverá ser avaliada caso estes critérios prejudiquem a sua legalidade.

Existem críticas também acerca desta perspectiva. A própria CRP prevê, no âmbito das reservas de juiz, a necessidade de apreciação da adequação e da utilidade da medida, como no caso da decisão acerca da privação de liberdade. Devido à natureza dos direitos protegidos pela reserva de juiz – direitos fundamentais – as medidas que os restringem também presumem a reserva de lei, com vista a limitar o poder de restrição destes direitos.

Ademais, mesmo sob a ótica da competência decisória limitada, o juiz deverá apreciar a proporcionalidade da medida, que se perfaz na análise dos critérios de necessidade e de adequação. Ao juiz cabe decidir sobre ingerências em direitos fundamentais, constituindo uma exceção a competência para a prática de atos no inquérito criminal (órgãos de polícia criminal sob a direção do ministério público), porquanto as intervenções nos direitos fundamentais estejam dentro dos limites da legalidade.

Na doutrina portuguesa é assente a opção por não conferir ao juiz de instrução poder próprio e ilimitado de apreciação das medidas de ingerências em direitos fundamentais no inquérito criminal. Destarte, o poder decisório do juiz deveria se limitar à apreciação da conformidade legal da medida. É cediço que a direção do inquérito está reservada ao Ministério Público, de forma que o juiz, alheio à investigação, deveria se ater somente em analisar os pressupostos formais da medida e, caso observados, julgá-la procedente⁴⁰.

O que nos conduz a já suscitada questão, de saber se é possível a realização da medida, sendo oportuno frisar que a legalidade deve ser analisada através de um controle jurisdicional, não cabendo ao juiz, neste primeiro momento, o controle do mérito.

⁴⁰ MESQUITA, Paulo Dá. Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária. Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 176.

2.2 A Legislação Portuguesa Acerca das Medidas Restritivas e Direito no Inquérito Criminal

As medidas que implicam em restrições nos direitos fundamentais estão sujeitas à reserva de lei, conforme consta da interpretação do art. 18º, n.º 2, da CRP. A norma contida no art. 203º da CRP traduz o dever reservado ao juiz de instrução de verificar os pressupostos invocados para a autorização da medida, ao passo que a sua decisão deverá ser pautada necessariamente pela lei.

As normas acerca das medidas restritivas de direito revelam-se, por vezes, incongruentes e não denotam um regime geral que as regule. O art. 193º do CPP prevê expressamente que a aplicação de todas as medidas de coação e de garantia patrimonial deve respeito ao princípio da proporcionalidade, o que, todavia, foi negligenciado no que tange às outras medidas restritivas de direitos fundamentais no âmbito dos meios de provas ou meios de obtenção de provas, não estando explicitado na lei o atendimento ao princípio da proporcionalidade na aplicação de outras destas medidas.

A respeito das revistas e buscas, no que tange os artigos 174º, n.º 1 e n.º 2, e 177º, n.º 1, ambos do CPP, o único critério que difere a busca domiciliária das demais parece assentar no regime de controle da medida que, no primeiro caso, deve ser precedida de despacho judicial e presidida pelo juiz. Ademais, a lei não deixa clara a total abrangência dos pressupostos necessários para a realização de uma busca. Para tanto, somente define que basta a verificação de indícios de que no local se encontram objetos relacionados ao crime ou que possam servir de prova.

Certamente o princípio da proporcionalidade, devido a sua abrangência, também deverá permear a autorização de uma medida de busca domiciliária em relação a uma busca não domiciliária, ao passo que, neste mesmo sentido, a realização desta medida no domicílio de um visado que não configure como suspeito nos autos, tornará os pressupostos tão ou mais exigíveis à sua autorização do que se comparada com uma busca no domicílio do suspeito⁴¹.

Portanto, ainda que não esteja expressamente previsto em lei, a atenção ao princípio da proporcionalidade se faz imprescindível diante da autorização de medidas de ingerências em direitos fundamentais.

⁴¹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 239.

Ainda no tocante às incongruências verificadas na lei quanto às medidas restritivas de direitos, temos a questão, que não parece ter explicação aparente, do grau de exigência de pressupostos para a autorização de medidas restritivas de direitos fundamentais que figuram como meios de obtenção de provas.

O art. 34º da CRP consagra no mesmo patamar os direitos fundamentais à inviolabilidade domiciliar, de correspondência e das telecomunicações. Ocorre que o CPP traz maiores exigências para a autorização da medida de apreensão de correspondência do que para a autorização da medida de interceptação telefônica. O art. 179º, nº 1, “c”, do CPP exige como pressupostos para a autorização da medida de apreensão de correspondência a verificação de “fundadas razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”; Já o art. 187º, nº1, do mesmo Código, dispõe que a autorização para a realização da medida dependerá da existência de “razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”.

Ainda nesta esteira, podemos citar os diferentes parâmetros para a autorização da busca, da apreensão de correspondência, e das escutas telefônicas, no que tange a limitação dos crimes que vinculam estas medidas. O art. 187º do CPP, que trata das escutas telefônicas, restringe o catálogo de crimes sobre os quais podem incidir a medida àqueles dispostos nas alíneas do nº 1; enquanto que o art. 179º, limita a aplicação da medida de apreensão de correspondência aos crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos. Relativamente às buscas, não há restrição a um rol de crimes.

Em que pesem as incongruências da norma ordinária, o juiz não pode olvidar dos preceitos constitucionais, devendo sempre utilizar-se da ponderação imposta pelo princípio da proporcionalidade. É neste sentido que Reis Novais⁴² atenta para a necessidade da coerência do sistema legal, principalmente no que respeita o sacrifício aos direitos fundamentais e a instituição da reserva de lei, ao passo que quanto maior a possibilidade de violação destes direitos, maior e mais densa em seu conteúdo deverá ser a previsão legal justificadora da necessidade de aplicação da medida.

⁴² “se é certo que ao legislador deve ser, por razões democráticas e de separação de poderes, reconhecida a competência para escolher as medidas que considere mais adequadas para prosseguir os seus fins – e que o juiz não pode substituir as correspondentes opções do legislador pela suas próprias -, não é menos certo que, no domínio das restrições aos direitos fundamentais, quanto maior é o sacrifício da liberdade mais premente deve ser o interesse público justificador da restrição.” NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora. p. 200.

O processo penal exige constante equilíbrio entre as exigências da comunidade e o respeito às liberdades e garantias individuais, o que constitui um eterno conflito para o legislador e para o aplicador da lei. Neste sentido, recomenda Figueiredo Dias⁴³, sobre a importância de uma regulamentação legal minuciosa referente às ingerências em direitos fundamentais, bem como o estrito controle judicial nas funções dos órgãos Estatais, inclusive daqueles que desempenhem atividade administrativa que interfira nas garantias constitucionais dos cidadãos. Não basta, portanto, a previsão legal, mas esta deve, ainda, conter densidade suficiente no seu conteúdo.

2.3 O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, em sua atual configuração, nasce na segunda metade do século XIX, no âmbito jurídico germânico do período pós-guerra.⁴⁴ Conceitualmente, constitui um princípio geral de direito, abarcado pela Constituição da República, que impõe limites aos atos do poder público (e do poder privado, em alguns casos), impondo que as ingerências em direitos devam revelar idoneidade e necessidade não prossecução dos fins Estatais.

Este princípio possui aplicabilidade em todos os ramos do direito, sendo referência no conceito de Estado de Direito. Como bem se apresentará a sua importância ao estudo em tela, analisaremos o princípio a partir de duas esferas em que ganhou importância constitucional, quais sejam as restrições de direitos fundamentais, conforme o

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. p. 74-75. Ainda sobre a questão, assinala: “(...) o ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes já deve ser outro, e diferente, para a grande e nova criminalidade organizada. Aqui, as “vítimas”, na acepção ampla (...) têm um direito indeclinável a uma proteção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com uma dupla e inultrapassável limitação, em todo e qualquer caso. Logo, a que resulta do respeito pelo *núcleo irreduzível da dignidade humana* que pertence também ao criminoso mais brutal e empedernido. (...) chegaremos, em breve prazo, a uma situação insuportável: a de nos vermos confrontados com a existência de seres humanos – os terroristas primeiro, os criminosos especialmente perigosos e brutais depois, em seguida sabe-se lá quem mais... – aos quais é retirada pura e simplesmente a proteção do Direito e são degradados à condição inumana de “inimigos” ou de “excluídos”. Casos como o de Guantanamo Bay talvez dêem a compreender que não se trata nesta afirmação de previsão catastrófica e destituída de fundamento.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Separata de “Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.”* Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 812-813.

⁴⁴ VICENTE, Laura Nunes. *O Princípio da Proporcionalidade – Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2014. p. 11. Disponível em: http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf.

art. 18º, nº 2, da CRP, bem como princípio que rege toda a atividade administrativa, contido no art. 266º, nº 2, da CRP⁴⁵.

Portanto, conforme traz a própria CRP no art. 18º, nº 2, todas as medidas de ingerências em direitos fundamentais devem respeito ao princípio da proporcionalidade. Este princípio pode ser subdividido em três subprincípios⁴⁶, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Quanto ao princípio da adequação, as medidas restritivas de direitos devem constituir uma proteção a outros direitos, figurando como meio adequado para atingir os objetivos traçados em lei. Consiste em um controle eminentemente empírico da “relação de adequação medida-fim”⁴⁷. De maneira que a questão se concentra em saber se a medida restritiva de direito possui capacidade de atingir o seu objetivo e, ademais, se a medida proposta é eficiente para atingir os resultados visados.

No que respeita o princípio da necessidade, a aplicação das medidas restritivas deve se revelar necessária por não haver outros meios menos prejudiciais aos direitos capazes de prosseguir os objetivos pretendidos pela lei. Destarte, ao Estado cabe a aplicação das medidas menos lesivas e menos onerosas possíveis aos direitos dos visados.

Por fim, no que tange o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, as medidas restritivas de direitos devem ser proporcionais aos fins obtidos, de maneira que os sacrifícios aos direitos que se impõem em decorrência da aplicação da medida sejam normativa e axiologicamente admissíveis.

Como ressalta Mata-Mouros⁴⁸, a doutrina alemã enxerga o princípio da proporcionalidade em sentido estrito a partir da análise das pretensões dos órgãos de polícia criminal e do ministério público, quais sejam: o interesse coletivo da perseguição penal, e as consequências das medidas nos direitos dos visados.

⁴⁵ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 204.

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007. p. 170.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos. Coimbra, Almedina, 1974. p. 270.

⁴⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. p. 259. apud PRECHTEL, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter – eine kritische Betrachtung der Mitwirkung des Richter im Ermittlungsverfahren, insbesondere zur Bedeutung des § 162 StPO*, München, Verlag V. Florentz GmbH, 1995. p. 289 e ss.

As exigências da comunidade traduzem o interesse geral na persecução penal, pautadas nos critérios de eficiência e justiça. Tal interesse assenta-se na relação entre a censura social do crime e a sanção esperada. Quanto às consequências das medidas no âmbito dos direitos dos visados, é preciso ter em conta que, por mais que haja um clamor comunitário na persecução penal, estes interesses não podem legitimar a eliminação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁴⁹

O princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado de Direito, e visa evitar prejuízos advindos da arbitrariedade do Estado, com atenção à dignidade da pessoa humana. Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰: “Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito (...). De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vincula igualmente, (...) a um poder de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões de direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal (...)”.

No mesmo sentido é o entendimento da jurisprudência constitucional portuguesa⁵¹.

⁴⁹ Neste sentido, ressalta Costa Andrade: “(...) exige-se a vigilância e a capacidade de renúncia bastantes para prevenir o perigo de contágio e generalização. Para, em obediência aos princípios de proporcionalidade e subsidiariedade, manter o processo penal “comum”, imune aos meios mais drásticos e invasivos, a que só a iminência e urgência dos valores ameaçados podem emprestar a indispensável legitimação. Como o Tribunal Constitucional Federal (27-02-2008) precisa, há meios de investigação portadores de um potencial de devassa e lesividade que só deverão poder ser utilizados para proteger “bens jurídicos de transcendente importância” (*überragend wichtige Rechtsgüter*) do indivíduo (vida, integridade e liberdade) ou da comunidade. Deste lado, há-de tratar-se de bens jurídicos cuja ameaça contende “com fundamentos ou a subsistência do Estado ou com os fundamentos da própria existência do Homem.”. ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 124.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. BFDUC 81. 2005: 325-386. p. 327-328.

⁵¹ “Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada acção aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.” Ac. TC nº 200/2001. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010200.html>.

Hodiernamente, o princípio da proporcionalidade possui a função precípua de impor limites à atuação dos poderes e controlar o exercício as funções. Justamente por isso ganhou maior expressividade no âmbito dos direitos fundamentais. O que não quer dizer que atua tão somente na proteção destes direitos, uma vez que possui uma gradação na sua aplicação (proporcionalidade máxima X proporcionalidade-razoabilidade⁵²), a depender das situações em que os direitos protegidos estejam mais atrelados à limitação das liberdades e garantias, em contraponto aos interesses do Estado.

A CRP autoriza a interferência em direitos fundamentais, em caráter excepcional, a fim de contribuir aos propósitos da investigação criminal, devendo os órgãos de polícia criminal o Ministério Público e o juiz de instrução criminal, prezar pelos limites impostos pelo art. 18º, nº 2.

Como anteriormente explanado, a direção do inquérito criminal está reservada ao Ministério Público, de modo que a apreciação do juiz de instrução não pode incidir sobre a utilidade ou oportunidade da medida de investigação, já que a escolha de mérito está destinada ao *parquet*, atendendo a repartição de funções dentro do processo penal.

Ocorre que, ao juiz de instrução cabe analisar o respeito da medida aos critérios de proporcionalidade, princípio que possui maior incidência e intensidade no âmbito dos direitos fundamentais. Ora, como poderia o juiz de instrução conciliar o respeito ao princípio da proporcionalidade sem adentrar no campo de apreciação dos critérios de necessidade e oportunidade da medida?

Destarte, impõe-se a análise da jurisprudência constitucional portuguesa no âmbito das medidas restritivas de direitos fundamentais. No Ac. nº 155/2007 estava em causa a conformidade constitucional do art. 172º, nº 1 e do art. 126º, nº 1 e nº 2, alíneas “a” e “c”, e nº 3, ambos do CPP. No que julgou inconstitucional a primeira norma, por violação do disposto nos artigos 25º, 26º e 32º, nº 4, da CRP, bem como a segunda norma, por violação do disposto no artigo 32º, nº 4, da CRP⁵³. No caso em tela, o Tribunal

⁵² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 206.

⁵³ “Constatado, porém, que determinados direitos, liberdades e garantias fundamentais são restringidos pelas normas cuja constitucionalidade vem questionada, há que decidir sobre a compatibilidade dessa restrição com a Constituição. Ora, não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e materiais) de validade. Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for *autorizada pela Constituição*

Constitucional procurou entender se a Constituição autoriza a restrição dos direitos fundamentais que estavam em causa - a integridade física, a liberdade geral de atuação, a reserva da vida privada e a autodeterminação informacional – com vistas à prossecução das finalidades específicas do processo penal.

Ademais, julgou se as referidas normas do CPP constituíam habilitação legal suficiente para dar ensejo às restrições de direitos em análise ou, se seria necessária outra lei específica que regulamentasse a recolha coativa de material genético e a sua análise sem consentimento, com a previsão do respectivo regime de pressupostos e procedimentos.

Por fim, cumpriu ao Tribunal analisar se a medida em causa poderia ser determinada pelo Ministério Público ou se dependeria de autorização judicial prévia.

Diante da primeira questão, entendeu pela admissibilidade constitucional da restrição, tendo em vista a prossecução dos interesses atinentes ao processo penal, na medida em que se respeitam as exigências constitucionais, “a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional.”.

Para a segunda questão, asseverou que, em que pesem as previsões dispostas nos artigos 172º, n.º 1, e 61º, n.º 3, “d”, ambos do CPP, bem como o art. 6º, n.º 1, da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, o problema não se concentrar na falta de habilitação legal, o que se observa, na verdade, é a problemática da falta de densidade normativa que a lei que permite as restrições em direitos fundamentais necessita para a sua aplicação.

Por derradeiro, concluiu que a medida em causa, por confrontar direitos, liberdades e garantias fundamentais, deveria, obrigatoriamente, ter passado pelo crivo judicial prévio do juiz de instrução, não sendo suficiente para a proteção destes direitos a intervenção judicial posterior a requerimento do Ministério Público após a decisão deste de realização da medida, uma vez que esta decisão à posteriori não pode suprir a proteção

(artigo 18º, n.º 2, 1ª parte) (ii) estiver suficientemente *sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado* (artigo 18º, n.º 2, 1ª parte e 165º, n.º 1, alínea b), (iii) visar a *salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido* (artigo 18º, n.º 2, *in fine*); (iv) for *necessária* a essa salvaguarda, *adequada* para o efeito e *proporcional* a esse objectivo (artigo 18º, n.º 2, 2ª parte); (v) tiver *carácter geral e abstracto*, não tiver *efeito retroactivo* e não *diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* (artigo 18º, n.º 3, da Constituição).” Ac. TC nº 155/2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.

demandada pelos direitos à integridade física ou à reserva da vida privada, que foram violados com a incidência da medida.

Em matéria de restrições em direitos fundamentais há forte crítica doutrinária aos posicionamentos do Tribunal Constitucional. Reis Novais⁵⁴ critica a inconstância da jurisprudência constitucional ao tratar do tema. José de Melo Alexandrino⁵⁵ critica a dissensão da jurisprudência na matéria em análise, principalmente no que respeita às restrições ao direito de liberdade.

Inegável reconhecer que os critérios impostos pelo princípio da proporcionalidade acabam por aproximar a apreciação do juiz de instrução à avaliação da oportunidade e necessidade da realização da medida, o que estaria, a priori, reservado à atuação dos órgãos de polícia criminal e do Ministério Público.

A ausência de análise subjetiva da medida por parte do juiz pode implicar em graves violações aos direitos fundamentais das pessoas. Tome-se o exemplo trazido pela doutrina⁵⁶, diante da aplicação de uma medida restritiva de liberdade, na qual estejam presentes todos os pressupostos formais para a sua autorização. Todavia, a medida recai sobre uma mulher em estado avançado de gravidez. Como poderia o juiz de instrução exercer a função de garante de direitos fundamentais, como consagrado constitucionalmente, ao analisar, neste caso, tão somente os requisitos formais que, de fato, dariam ensejo à autorização da medida?

Destarte, é cada vez mais incidente a noção de razoabilidade como parâmetro a seguir na aplicação do princípio da proporcionalidade. A falta de razoabilidade de uma medida pode ser verificada sempre que o sacrifício aos direitos do visado confrontem os valores e princípios do Estado de Direito. O controle de uma medida através dos critérios de razoabilidade pressupõe a análise individualizada de cada caso concreto, primando pelo respeito à liberdade individual. Contudo, a avaliação de uma medida pelos critérios de razoabilidade acaba por ser um exercício relativo, uma vez que fica a depender de cada uma das situações de ingerências que se apresente no campo prático. Ademais, não se pode

⁵⁴ NOVAIS, Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 36-38.

⁵⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 690-691.

⁵⁶ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra. Almedina, 2011. p. 265.

olvidar que as medidas de ingerências em direitos fundamentais são, em regra, ordenadas *inaudita altera pars*.

O controle jurisdicional das medidas restritivas de direitos na investigação criminal não descarta a necessidade de um aparato legal que estabeleça os critérios do exercício deste controle, de forma que a reserva de juiz não prescinde a reserva de lei, devendo a legislação ser nítida ao estabelecer o conteúdo das normas.

A utilização dos critérios do princípio da proporcionalidade revela-se, por vezes, insuficiente para a adequada tutela dos direitos fundamentais no inquérito criminal pelo juiz de instrução. A despicienda densificação legal destes critérios acaba por revelar-se prejudicial à decisão jurisdicional, levando em consideração que este se pautará pelos fatos apresentados pelo Ministério Público diante da investigação, sem oportunidade de ouvir os lesados.

2.4 As Competências de Urgência na Constatação de *Periculum in Mora*

O clamor por uma investigação penal mais eficiente e que seja levada a cabo em tempo razoável demanda diligências que, por vezes, necessitam de ser realizadas sem controle judicial prévio, já que o procedimento para a obtenção de uma autorização judicial exigiria um lastro temporal prejudicial à investigação.

Neste sentido, e somente em casos de urgência, a lei prevê a possibilidade de atuação de ofício dos próprios órgãos de polícia criminal em algumas matérias em que a prévia decisão estaria reservada à competência do juiz de instrução. Os arts. 174º, n.º 5 e 177º, n.º 4, do CPP trazem estas exceções. O art. 17º da CRP atribui ao juiz de instrução o exercício de todas as funções jurisdicionais do inquérito. De outra banda, o art. 55º, n.º 2 outorga aos órgãos de polícia criminal a competência para levar a cabo os atos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova.

Qual seria, porém, a razão para a previsão destas exceções? Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵⁷ afirmam que o estado de necessidade investigatório pode legitimar a violação de domicílio, por exemplo. Contudo, esta questão não representa o motivo para as

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007. p. 543.

referidas exceções. Mesmo porque, no primeiro caso - como explicam os autores supracitados - o que se tem é a prática de um ato lesivo que se justifica pela necessária proteção a um direito, enquanto no segundo - o das exceções -, o que se quer saber gira em torno da atribuição de competência, quando esta é transferida do juiz da instrução para os órgãos de investigação criminal.

Guedes Valente⁵⁸ nos traz um caso prático, do qual se extrai a situação em tela e no qual se passa por cima da competência do juiz para assegurar a ordem pública. Como já mencionado, a competência de exceção policial ocorre nos casos em que a intervenção judicial pode prejudicar a investigação, de modo que, como requisito para a atuação policial faz-se necessário que seja impossível a autorização judicial em tempo hábil, ou seja, que se faça presente o *periculum in mora*.

Conforme ressalta António Henriques Gaspar⁵⁹, a garantia dos direitos fundamentais exige o respeito à proibição de arbítrio, ou seja, as medidas tomadas pelo Estado que envolvem a prevenção e a investigação dos crimes mais graves, como o terrorismo e a criminalidade complexa e organizada, devem obedecer tanto à reserva de juiz, quanto à reserva de lei. É, assim, imprescindível que estejam previstos em lei os casos de exceção, nos quais há a transferência da competência destas medidas para os órgãos de polícia criminal.

O conceito acerca de *periculum in mora* não está claramente delimitado na legislação processual penal portuguesa. Contudo, podemos observar ao longo do CPP, algumas normas que trazem alguma noção deste instituto.

Mata-Mouros⁶⁰ faz um apanhado geral acerca destas normas. Primeiramente, o art. 174º, n.º 5, “a” do CPP faz referência à verificação de fundados indícios na prática iminente de crime que possam resultar em grave risco à vida ou à integridade física, no que tange à intervenção em direitos fundamentais dos órgãos de polícia criminal, sem a prévia autorização judicial. No mesmo sentido se encontra o art. 251º, n.º 1 do referido código.

⁵⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Revistas e Buscas*. Coimbra, Almedina, 2003. p. 76.

⁵⁹ GASPAR, António Henriques. *Os novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais (um difícil equilíbrio)*. In: RPCC. Vol. 15, n.º 2. 2005. p. 265.

⁶⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. p. 109-110.

O art. 252º, n.º 2, embora não empregue, explicitamente, o termo em análise, utiliza um vocábulo equivalente, ao mencionar que, nos casos de apreensão de correspondência ao juiz, o próprio órgão de polícia criminal pode atuar sempre que surjam fundadas razões de que as informações podem ser úteis à investigação, e que correm o risco de se perder “em caso de demora”.

Fazendo alusão expressa ao perigo na demora – embora não delimitando o seu conceito – podemos encontrar normas como o art. 154º, n.º 5, “b”, que trata do despacho que ordena a perícia; o art. 172º, n.º 3, sobre a sujeição a exame; o art. 178º, n.º 4, a respeito das apreensões; o art. 249º, n.º 2, “c”, acerca das providências cautelares quanto aos meios de prova; o art. 257º, n.º 1, “c”, relativamente à detenção fora de flagrante delito; o art. 258º, n.º 2, em referência aos mandados de detenção; o art. 264º, n.º 4, quanto à competência para os atos de inquérito (detenção, interrogatório e os que se prendam à aquisição e conservação dos meios de prova); o art. 268º, n.º 2, sobre os atos a praticar pelo juiz da instrução; e por fim, o art. 270º, n.º 3, sobre os atos que podem ser delegados pelo Ministério Público nos órgãos de polícia criminal.

De uma análise das normas acima citadas, é possível evidenciar que todas possuem um objetivo e um pressuposto em comum⁶¹. Neste diapasão, pode afirmar-se que a transferência de competência nestas tutelas de urgência, tem como pressuposto a inacessibilidade ao juiz, o qual seria o titular regular no exercício da competência para decidir sobre direitos fundamentais no inquérito, quando este não se encontrar em condições de intervir de imediato. Já como fim em comum, a competência de urgência visa evitar o perigo na demora que poderia advir de uma intervenção judicial, podendo evitar, por exemplo, a perda da prova ou em a ocorrência de um crime.

O art. 202º da CRP reserva aos tribunais a competência para o exercício da função jurisdicional. A partir do princípio constitucional inscrito nesta norma – reserva de função jurisdicional dos tribunais –, é possível questionar a constitucionalidade da transferência de competências do juiz para o Ministério Público ou órgão de polícia criminal em casos de urgência, nos quais se verifica o *periculum in mora*.

⁶¹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. 111.

De fato, se as decisões do juiz de instrução no inquérito são encaradas como jurisdição, as competências de urgência exercidas pelo Ministério Público ou órgão de polícia criminal também devem ser compreendidas como exercício da função jurisdicional por parte destes agentes, o que violaria o princípio da reserva de função jurisdicional dos tribunais, importando em usurpação de poder e na conseqüente nulidade do ato.

Cumprido ressaltar que a transferência de competência, nestes casos, somente poderia confrontar o referido princípio constitucional, ao considerar-se que os atos praticados pelo juiz, no inquérito criminal, que se prendem com direitos fundamentais, sejam compreendidos enquanto exercício da jurisdição. Noutra via, para quem considera que o juiz não exerce materialmente função jurisdicional, não restaria observada a inconstitucionalidade da transferência de competências em casos de perigo na demora.

Costa Andrade nos chama a atenção para uma tendência cada vez maior da legislação processual penal para a “policialização da investigação”⁶². Isto porque, embora as competências de urgência sejam compreendidas enquanto exceção, é evidente que o legislador tende a alargar o rol destas competências em prol de uma investigação mais eficiente. Entretanto, esta propensão pode se revelar prejudicial no tocante à proteção dos direitos fundamentais das pessoas ou, ainda, quanto às próprias regras de competência. Ademais, pode acarretar na discricionariedade exacerbada quanto à interpretação do conceito de *periculum in mora* e a relativização dos princípios da imparcialidade e da neutralidade.

Apesar de os meios coercivos e os “métodos ocultos de investigação”⁶³ constituírem ferramentas que colaboram para com a investigação, não se pode olvidar os perigos de erro e do abuso de sua utilização. Por este mesmo motivo é que as decisões acerca de ingerências estão reservadas ao crivo da autorização judicial. Ademais, por ser detentor de imparcialidade e de neutralidade, o juiz não possui interesses ou qualquer responsabilidade quanto ao resultado das investigações, diferentemente do Ministério Público, que dirige o inquérito criminal, e dos policiais que realizam a investigação.

⁶² ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos Ocultos de Investigação - *Pladöyer* para uma Teoria Geral. In: Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 529.

⁶³ ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 104.

Outro problema que permeia as competências de urgência é a própria dificuldade de delimitação do conceito de perigo na demora. Como anteriormente assinalado, a verificação do perigo na demora é pressuposto para as competências de urgência. Ocorre que, devido à imprecisão do conceito do referido instituto, a interpretação e a utilização do mesmo acaba por ficar a cargo da discricionariedade dos próprios investigadores que, obviamente, já concluíram pela necessidade de realização da medida. Isto é, de forma subjetiva os investigadores poderiam livremente definir a sua própria competência, bem como desrespeitar o sistema de repartição de funções e o controle judicial das decisões⁶⁴.

2.5 A Natureza Jurídica das Competências de Urgência

Muitas questões⁶⁵ ainda surgem em torno das competências de urgência. Primeiramente, a atuação policial ou do Ministério Público constituiria uma atuação em nome do juiz, ou seria, antes, uma atuação no âmbito de sua própria competência? Se o Ministério Público não atua em nome próprio, qual seria a natureza jurídica destas decisões e quais os seus efeitos? As decisões tomadas em caráter de urgência estariam condicionadas a uma validação judicial posterior?

Cumprе ressaltar que as várias normas acerca das competências de urgência não possuem uniformidade de regime, existindo, por exemplo, decisões que necessitam de validação judicial posterior sob pena de nulidade, e outras que, embora prevejam a necessidade de validação judicial, não preveem qualquer sanção ou remédio para o seu desrespeito (arts. 174º, 177º e 251º, no primeiro caso, e 178º, n.º 4 e n.º 5, no segundo caso), entre outras situações. Costa Andrade⁶⁶ explana esta falta de harmonia das normas, sobretudo quanto aos meios ocultos de investigação: “O caos revela-se também e sobretudo na circunstância de não ser possível encontrar no direito português um princípio de *sistema*, menos ainda de um sistema equilibrado e, como tal, alinhado segundo as exigências decorrentes da Constituição da República. Tomado no seu conjunto, o direito

⁶⁴ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011.. p. 118.

⁶⁵ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011.. p. 121.

⁶⁶ ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 109.

português dos meios ocultos de investigação caracteriza-se pelas lacunas e descontinuidade, incongruências e inconsistências e, sobretudo, por insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e político-criminais.”.

Atendo-se às questões acima suscitadas, observa-se, desde já, que o primeiro questionamento a ser respondido é o de saber se o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal agem em nome próprio ou em nome do juiz aquando da determinação de medidas restritivas de direitos fundamentais em razão de perigo na demora. Mata-Mouros⁶⁷ frisa que a doutrina e a jurisprudência portuguesas não se debruçaram na análise da natureza jurídica da competência de urgência, algo, porém, que a doutrina alemã não deixou de fazer. Esta última preocupou-se em identificar a natureza jurídica das relações entre os órgãos de investigação e o juiz nestes casos através de duas vertentes: o estabelecimento da competência-regra e da competência-exceção e, de outra banda, sob a análise da delegação de competências, a representação ou o mandato.

Quanto à vertente da competência-regra e da competência-exceção, sob a perspectiva do direito policial, a reserva de juiz é vista como exceção, de modo que a competência de urgência exercida pela polícia, nos casos de perigo na demora, seria a competência-regra, atuando em nome próprio e prescindindo de controle judicial posterior. Em relação ao Ministério Público, a reserva de juiz também é vista como exceção, representando uma ruptura na titularidade do inquérito conferida ao *parquet*, que, igualmente, age em nome próprio, sem necessidade de validação de suas decisões pelo juiz.

No entanto, a própria CRP impõe que a reserva de juiz no inquérito criminal constitui regra, sendo as intervenções dos órgãos de polícia criminal e do ministério público exceções que se dão somente em casos de urgência, nos quais se verifica o perigo na demora. Destarte, a competência primária ou, a competência-regra, pertence ao próprio juiz de instrução. Neste sentido, ressalta Anabela Miranda Rodrigues⁶⁸: “Uma categoria conceitual nova no nosso direito processual penal (...) consciência muito nítida de que a sua consagração representa um risco, assumido pelo Código, de utilização abusiva dessas medidas (...) levou a apertar os critérios que legitimam a intervenção das polícias nesses

⁶⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra, Almedina, 2011. p. 127.

⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Inquérito no Novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra, Almedina, 1988, p. 71

casos – restringe-se a tomada de medidas a actos urgentes (art. 251º, n.º 1 e 252º, n.º 2) – e a introduzir o limite da intervenção homologadora da autoridade da autoridade judiciária (art. 251º, n.º 2 e art. 252º, n.º 3).”.

Noutra esteira, surge a vertente da delegação de competências. Para os defensores desta tese, existe uma alteração nas regras de competência quando as o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal determinam e realizam ingerências em direitos fundamentais no inquérito, o que, em regra, seria de competência do juiz da instrução. Esta alteração se daria por delegação, de forma que a transferência de competência implicaria em uma atuação em nome próprio. Esta delegação de competência decorreria da lei e, no momento em que o sujeito competente para a atuação estivesse impossibilitado de exercê-la, esta se daria por meio do órgão delegado, que atuaria na mesma esfera de competência do órgão delegante.

É importante afirmar que o art. 111º, n.º 2, da CRP, veda a delegação de poderes dos órgãos de soberania a outros, admitindo-a apenas quando a própria norma constitucional fizer autorização expressa. Ressalta-se que o próprio art. 32º, n.º 4, da CRP faz uso do termo “delegar”, ao afirmar que o juiz é competente para dirigir a instrução, podendo delegar a outros órgãos a prática de atos que não estejam ligados a direitos fundamentais.

Por derradeiro, há a vertente que trata a natureza das competências de urgência sob a ótica da representação por meio de mandato. Diante desta acepção, os órgãos de polícia criminal e o Ministério Público atuariam enquanto representantes do juiz nas tutelas de urgência no inquérito, sob a forma de mandato. Conforme se depreende do art. 1.157º do Código Civil, considerando-se o direito privado, no contrato de mandato, uma parte se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos em nome da outra. Ou seja, o mandatário não age em nome próprio e, por isso, não adquire competência própria, de forma que o mandante também não perde sua competência.

Por esta concepção, o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal não agiriam em nome próprio e não retirariam a competência reservada ao juiz, atuando nas competências de urgência, verificado o perigo na demora, como representantes ou mandatários do juiz diante de sua impossibilidade de intervenção.

Outra perspectiva acerca da natureza das competências de urgência reside no instituto da substituição, que merece análise no estudo em tela. Mata-Mouros nos fala acerca da figura da substituição citando os ensinamentos de Paulo Otero⁶⁹. Para o autor, a substituição se dá quando um órgão da administração substituto age no lugar de outro órgão da administração, substituindo-o na atuação em matérias de competência originária deste último.

Destarte, na substituição há uma subrogação, e o substituto exerce uma sucessão temporária de todos os poderes assumindo a mesma posição em relação ao substituído. O substituto goza ainda de autonomia decisória. A substituição, portanto, parece ser a figura jurídica que melhor explica a natureza das competências de urgência exercidas pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal.

2.6 A Validação Judicial das Medidas de Investigação em sede de Competências de Urgência

Como já mencionado, a lei prevê como competência-regra a atuação do juiz de instrução nas decisões que se prendam com direitos fundamentais, estando reservadas aos órgãos de investigação criminal as competências de urgência, por meio da transferência de competência nos casos de perigo na demora.

A figura jurídica da substituição⁷⁰ pode ser encarada, sob seus efeitos, de duas formas: por um lado, pode apresentar efeitos definitivos, ou seja, os atos praticados pelo substituto não carecem de validação posterior do substituído; por outro, pode apresentar efeitos provisórios, de forma que os atos praticados pelo substituto estarão condicionados à validação ulterior do substituído, sob pena de não produzir efeitos.

Para saber qual destas hipóteses se amolda melhor à validação judicial das medidas tomadas em competência de urgência pelos órgãos de investigação criminal, é necessário antes investigar qual seria a natureza desta validação judicial. Ora, seria a

⁶⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 141. apud OTERO, Paulo. O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional. Lisboa, LEX 1995. II. p. 387.

⁷⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 144. apud OTERO, Paulo. O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Enquadramento Dogmático-Constitucional. Lisboa, LEX 1995. II. p. 507-508.

validação judicial, nestes casos, um controle ou uma determinação? A decisão possuiria efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*⁷¹?

Essas decisões judiciais constituem uma materialização da reserva de juiz, de modo que se torna imprescindível compreender a natureza da validação judicial, para finalmente podermos encará-la enquanto um desdobramento do exercício jurisdicional ou enquanto exercício de uma atividade administrativa.

Entretanto, resta ainda adentrar na questão da exigência de validação judicial das decisões tomadas pelos órgãos de investigação criminal. Como anteriormente demonstrado, as normas processuais penais não possuem um regime geral de regulamentação de sua amplitude.

O termo validação, conferido pela lei portuguesa, remete à noção de que ao juiz incumbe exercer um controle de legalidade posterior diante das medidas tomadas pelos investigadores em caráter de urgência. O que, por si só, não satisfaz as questões acima propostas – de saber se tal controle judicial se dá somente no sentido de validação ou não da medida ou, além, poderia determinar a revogação da mesma.

A lei portuguesa prevê a necessidade de validação judicial subsequente de todas as decisões tomadas pelos investigadores criminais dentro das competências de urgência. No entanto, como já assinalado, não há um regime uniforme que regule o alcance da validação judicial e que justifique o porquê do tratamento desigual em situações que se prendem igualmente com ingerências em direitos fundamentais, uma vez que nenhuma dispensa a intervenção judicial posterior. Neste sentido, Mata-Mouros⁷² elenca: “(...) sempre em sede de medidas restritivas de direitos fundamentais, encontramos situações muito divergentes: casos de necessidade de validação sob pena de nulidade; casos de necessidade de validação sem expressa referência às consequências para a sua omissão; casos de necessidade de validação sob pena de não servir de prova; casos de caducidade se a medida não for convalidada ou confirmada pelo juiz e mesmo casos de validação por omissão; por último, casos em que se impõe uma mera comunicação ao juiz com expressa cominação com a sanção de nulidade.”

⁷¹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. 145.

⁷² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 151.

Numa perspectiva que encara a validação judicial posterior das medidas restritivas de direitos fundamentais tomadas em competências de urgência como uma determinação, não seria necessário o controle judicial sobre a atuação dos órgãos de investigação criminal, possuindo, destarte, efeitos *ex nunc*. Neste sentido, a apreciação judicial não teria como objeto o controle da legalidade da medida tomada. Tal perspectiva importaria em uma análise eminentemente inquisitória acerca da situação, já que admite que o arguido tenha seus direitos fundamentais relativizados em prol do interesse público.

Em contraponto, sob uma perspectiva que enxerga a validação judicial nestes casos como uma decisão de controle, a decisão judicial posterior à medida deveria se ater à legalidade da mesma e se ocupar em verificar se realmente ocorreu perigo na demora, produzindo efeitos *ex tunc*.

Para tentar responder a esta problemática, faz-se necessário recorrer ao tratamento dado pela legislação e pela jurisprudência constitucional portuguesa, sobretudo no que respeita à detenção e ao regime de buscas e de apreensões.

O art. 28º, n.º 1 da CRP orienta o procedimento de apreciação judicial em caso de detenção, que deverá ser submetida à apreciação judicial em até quarenta e oito horas para a sua validação ou não. Deste modo, visa reduzir os riscos de ilegalidade da privação de liberdade, dando ao capturado oportunidade de defesa. Anabela Miranda Rodrigues⁷³ ressalta a importância e a necessidade de validação judicial da detenção, visto que esta pode ser determinada não só no âmbito de apreciação do juiz, mas também dos órgãos de investigação criminal nas competências de urgência. Contudo, a lei não deixa claro se a decisão do juiz ao apreciar a validade de uma detenção, possui o condão de controle de legalidade da medida, o que não deixa de ressaltar a jurisprudência constitucional, conforme o Ac. nº 565/2003⁷⁴.

⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Inquérito no Novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra, Almedina, 1988, p. 73.

⁷⁴ (...) certo é que a entrega do cidadão detido aos serviços judiciais significa a *cessação* de uma situação legal de *poder administrativo* sobre a pessoa privada de liberdade, mostrando-se, por isso, cumprida a garantia que a norma constitucional pretende consagrar. (...) a finalidade da intervenção do juiz de instrução, neste primeiro interrogatório, ultrapassa a apreciação da legalidade da detenção efectuada e a consideração das respectivas “causas” *no momento* em que ela se efectivou, pois reside, também, na aplicação de uma medida de coacção, caso em que a decisão tem a ver com um *juízo de prognose* sobre a necessidade da prisão preventiva e, logicamente, com a dinâmica da instrução. Ac. do TC nº 565/2003. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030565.html>.

Nota-se a tendência em considerar que a validação judicial de medidas tomadas pelos órgãos de polícia criminal produz efeitos *ex nunc*. No que respeita a detenção, o juiz atua no sentido de analisar a necessidade da prisão, decidindo acerca da sua manutenção. Caso decida por não manter a prisão, poderá libertar o arguido ou aplicar-lhe uma medida não restritiva de liberdade. Entretanto, a intervenção judicial não parece primar pelo controle de legalidade da decisão policial.

Anteriormente, enquanto tratávamos da posição jurisprudencial acerca da reserva de juiz, pudemos constatar que a problemática de saber se a direção do inquérito criminal pelo Ministério Público violaria a garantia da reserva de juiz já foi superada. O Tribunal Constitucional⁷⁵ considera que não existe violação da referida garantia, frisando o entendimento de que a intervenção do juiz de instrução no inquérito criminal constitui uma garantia de proteção à liberdade e aos direitos fundamentais das pessoas, além de resguardar a legalidade das provas produzidas nesta fase.

No tocante às buscas domiciliárias, o Tribunal Constitucional analisou, no Ac. n.º 7/1987⁷⁶, dentre outros, a conformidade constitucional dos seguintes artigos do CPP: art. 174.º, n.º 3 e n.º 4 (revistas e buscas autorizadas pelos órgãos de polícia criminal sem intervenção judicial prévia); art. 177.º, n.º 2 (buscas domiciliárias sem determinação judicial anterior).

Primeiramente, concluiu que as buscas domiciliárias realizadas durante a investigação, nos casos de criminalidade violenta ou organizada, desde que verificado o pressuposto do perigo na demora, não é inconstitucional, uma vez que o direito à vida e à integridade física constituem limites à inviolabilidade domiciliar. Por outro lado, decidiu pela inconstitucionalidade da remissão feita pelo art. 177.º, n.º 2 à alínea “c” do n.º 4 do art. 174.º, por considerar que diante do art. 34.º, n.º 2, deve sempre prevalecer a garantia da reserva de juiz.

Adiante, no Ac. TC n.º 247/2007 foram analisadas as situações da falta de comunicação judicial da busca, bem como a ausência de manifestação expressa a respeito da validação da busca. Neste acórdão, o Tribunal Constitucional entendeu pela

⁷⁵ Vide Ac. do TC n.º 67/2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060067.html>.

⁷⁶ Vide Ac. do TC n.º 7/1987. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>.

conformidade constitucional da decisão recorrida, considerando que “a apresentação do expediente (relativo à busca) ao juiz de instrução, juntamente com os arguidos (detidos) para 1º interrogatório judicial (...) foi efectuada num prazo razoável (...) atentas as circunstâncias do caso, apreciadas de acordo com os critérios da razoabilidade e do bom senso (...)”⁷⁷.

Neste caso, procedeu-se à apresentação dos detidos no prazo legal de quarenta e oito horas. O art. 174º, n.º 6 aduz que as buscas devem ser comunicadas (em se tratando dos casos elencados no n.º 5, “a” do mesmo artigo) imediatamente ao juiz de instrução, entendendo a decisão pela razoabilidade do prazo de quarenta e oito horas, já que não faria sentido o legislador prever um prazo menor para a comunicação da busca do que para a apresentação do arguido à autoridade judicial para o seu primeiro interrogatório. Ora, a privação de liberdade é sempre mais grave do que a restrição de direitos.

Quanto à ausência de manifestação expressa sobre a validação da busca, se posicionou no sentido de que “a nulidade (da diligência) prevista no art. 174º, n.º 5, do CPP não resulta da não validação da mesma pelo juiz, mas da sua não comunicação (...) e esta, em face do que se deixa dito, considera-se efectuada com a apresentação do expediente ao juiz juntamente com os arguidos detidos para serem interrogados, designadamente, sobre os indícios recolhidos na busca.”.

Frisou ainda que a intervenção do juiz ao autorizar e validar buscas domiciliárias constitui uma “dimensão essencialmente garantística” o que confere legitimidade à intervenção do Estado, dentro de uma reserva constitucionalmente prevista, por se tratar de um direito fundamental.

O Ac. TC n.º 285/2007 se posicionou acerca das mesmas questões suscitadas no acórdão anterior, não reconhecendo a violação dos artigos 32º n.º 8 e 34º n.º 1 e n.º 2, ambos da CRP, pela interpretação da decisão recorrida no que se refere aos artigos 174º n.º 4 alínea a), n.º 5 e 177º n.º 2, do Código de Processo Penal. Como destaca a Conselheira Maria João Antunes na declaração de voto, a questão gira em torno de saber: “(...) se a interpretação daquelas disposições legais, no sentido de a *apreciação pelo juiz de instrução, em ordem à validação da busca domiciliária*, se bastar com a *aceitação e*

⁷⁷ Vide Ac. TC n.º 274/2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070274.html>.

valoração das provas nela recolhidas para validar a detenção dos arguidos e manter os mesmos em prisão preventiva, respeita ou não a exigência constitucional de *reserva de juiz*: ao juiz cabe ordenar e autorizar a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade, bem como *apreciar, em ordem à sua validação*, as buscas domiciliárias que, *excepcionalmente* – para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos –, sejam ordenadas pelo Ministério Público ou efectuadas por órgão de polícia criminal. Concretamente, trata-se de saber se este controlo exercido *a posteriori*, por motivos constitucionalmente justificados, com a finalidade, entre outras, de “acautelar as garantias de defesa do arguido” (artigo 32º, nº 1, da Constituição), como é destacado no ponto 6.2. deste acórdão, exige ou não uma “pronúncia judicial autónoma e expressa” (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 278/07), reportada ao momento em que foi efectuada a diligência, no sentido de que se justificava tal meio de obtenção da prova (artigo 174º, nº 2, do Código de Processo Penal) e de que se tratava de caso em que é legalmente admissível não haver ordem ou autorização judicial prévia (artigo 177º, nº 2, do Código de Processo Penal). No fundo, trata-se de saber se a “função de tutela que é própria da *Richtervorbehalt*” se cumpre, quando o juiz, ele próprio, não *subjectiviza a fundamentação e a diligência* ocorrida (COSTA ANDRADE, “Formas ocultas de investigação”, texto que serviu de base à intervenção no Colóquio Luso-Alemão “Que futuro para o direito processual penal”, Escola de Direito da Universidade do Minho, Março de 2007).”

A importância desta declaração de voto se revela quando expressa a imprescindibilidade de validação judicial autónoma da busca ordenada pelos órgãos de investigação criminal, considerando a reserva de juiz no inquérito criminal enquanto garantia dos direitos fundamentais.

Tratando-se de ingerências em direitos fundamentais, é necessário que haja, primeiramente, fundamento para a realização da diligência (pelos órgãos de polícia criminal) e, ademais, que reste comprovado que a prova obtida possui conexão com o fundamento que lhe conferiu legitimidade⁷⁸.

⁷⁸ CUNHA, José Manuel Damião da. Dos Meios de Obtenção da Prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal. II Congresso de Processo Penal, Memórias. Coimbra, Almedina, 2006. p. 76.

Não podemos deixar de ressaltar o contributo da doutrina⁷⁹ e da jurisprudência constitucional alemã para o tema da confirmação (o termo é utilizado em substituição à ideia de validação) das medidas pelo juiz, concentrando-se em saber se a apreciação realizada por parte deste deve incidir sobre o momento da atuação policial, ou sobre o momento da decisão judicial.

A doutrina posiciona-se em duas vertentes: primeiramente, a confirmação judicial apresentaria efeitos *ex nunc*, não havendo controle judicial sobre o passado; em posicionamento oposto, a confirmação judicial apresentaria efeitos *ex tunc*, sendo encarada como um ato de tutela jurisdicional e de controle judicial.

Sobre a primeira perspectiva, a confirmação judicial não denota qualquer controle sobre as práticas do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal, constituindo uma ordem dirigida para o futuro (efeitos *ex nunc*). Destarte, o juiz é chamado a intervir somente no que respeita o futuro da medida tomada pelos investigadores no âmbito do perigo na demora, não devendo, porém, pronunciar-se sobre a legalidade da mesma. Desta forma, a confirmação não se prende em assegurar a tutela jurisdicional ao visado, constituindo decisão própria e primária que caminha em paralelo à decisão dos órgãos de investigação criminal e que a substitui, assumindo natureza de autorização ou determinação.

Nesta senda, os autores entendem que a reserva de juiz e a confirmação judicial possuem a mesma classificação dogmática, de modo que a atuação dos investigadores em caso de perigo na demora é admitida em razão da negação da natureza jurisdicional da decisão proferida pelo juiz, que possui natureza mais próxima da atividade administrativa, conforme sustentam estes doutrinadores.

Rabe von Kühlewein⁸⁰ sustenta que não há qualquer relação entre a reserva de juiz e a garantia de acesso à tutela jurisdicional, não admitindo que a reserva de juiz visa o exercício de controle da atuação dos investigadores e asseverando que a decisão de confirmação pressupõe uma apreciação *ex nunc* de caráter administrativo.

⁷⁹ Mata-Mouros ressalta os principais posicionamentos da doutrina alemã. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 159 e ss.

⁸⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 161. apud KÜHLEWEIN, Rabe Von. *Der Richtervorbehalt im Polizei – und Strafprozessrecht*, Bonn, Peter Lang, 2001. p. 89.

De outra banda, surge a vertente que enxerga na confirmação judicial uma garantia do direito à tutela jurisdicional efetiva. Para esta corrente, a confirmação judicial se traduz em uma decisão de controle das medidas tomadas pelos investigadores na observância do perigo na demora. Ao juiz estaria reservada a apreciação da medida e a consequente declaração de legalidade ou não, por meio de uma decisão com efeitos *ex tunc*.

Amelung⁸¹ destaca que a reserva de juiz visa a garantia de um controle preventivo, exercido através de um sujeito dotado de independência e de neutralidade, com vistas a proteger os direitos fundamentais do visado. Destarte, a reserva de juiz consiste em uma manifestação especial da garantia da tutela jurisdicional efetiva. Ainda no que se refere a esta vertente, considera-se que o juiz é o destinatário primário da competência primária para decidir acerca das ingerências em direitos fundamentais no inquérito, mesmo quando se verifique o perigo na demora.

Importa ressaltar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão referente à decisão do *BVerfG* de 20.2.2001. Mata-Mouros nos traz a tradução do caso em resumo, bem como a tradução do sumário da decisão daquele Tribunal⁸², documentos importantes a este estudo.

De uma análise da referida decisão é possível destacar que o *BVerfG* assinalou que a reserva de juiz consubstancia-se em um reforço ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Asseverou, também, a exigência de interpretação restritiva do conceito de perigo na demora, considerando o caráter excepcional destas medidas, bem como a função da reserva de juiz de proteção aos direitos fundamentais. Ademais, a

⁸¹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 162. apud AMELUNG, *Die Entscheidung des BVerfG zur Gefahr im Verzug i.S. des Art. 13 II GG*, *NStZ*, 2001. p. 338.

⁸² “1. a) O conceito de *Gefahr im Verzug* no art. 13º, 2 GG deve ser interpretado restritivamente; a decisão judicial de uma busca constitui a regra, a decisão não judicial a exceção; b) *Gefahr im Verzug* tem de ser fundado em factos, resultantes do caso concreto. Não chegam as meras especulações, considerações hipotéticas, ou simplesmente as presunções extraídas da experiência criminalística diária independentes da verificação de factos; 2. Os tribunais e os funcionários de polícia têm de encontrar, na medida do possível, medidas de precaução jurídicas e efectivas de forma a fazer preservar na prática do dia a dia a competência regra do juiz prevista na Constituição. 3. a) Interpretação e aplicação do conceito de *Gefahr im Verzug* estão sujeitas a um controlo jurídico ilimitado. Os tribunais devem, porém, considerar na sua apreciação a especial situação decisória em que agiram os órgãos não judiciais com as limitações de conhecimento que tinham ao tempo da decisão; b) Uma eficaz apreciação judicial subsequente da consideração de *Gefahr im Verzug* pressupõe que, tanto o resultado como as bases da decisão, devem ser apresentadas ao mesmo tempo da realização da busca.” MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 175.

decisão sustenta que a presença do perigo na demora pressupõe uma redução na proteção do direito à inviolabilidade do domicílio, posto que a determinação e a execução da diligência são realizadas pelos investigadores, os quais não gozam de independência e neutralidade, ao contrário do juiz.

Sendo questionável, todavia, se a reserva de juiz no inquérito criminal verdadeiramente se materializa como garantia aos direitos fundamentais do visado ou se constitui mera formalidade, o certo é que a garantia da tutela jurisdicional, abarcada pela CRP, é exercida posteriormente, centrando-se em fatos passados. À decisão de validação judicial das decisões sobre ingerências em direitos fundamentais cabe o mesmo tratamento dogmático reservado a qualquer outra no âmbito da reserva de juiz no inquérito criminal, sendo livre a margem de apreciação, tanto na reserva primária (decisão precedente da autorização da medida restritiva de direitos), quanto na reserva secundária (validação posterior das medidas tomadas pelos investigadores em razão do perigo na demora)⁸³.

Ressalta-se, ademais, a tendência de admissão da transferência da competência do juiz em autorizar medidas restritivas de direitos, visto que não é considerada conteúdo nuclear da atividade jurisdicional, de modo que, frente à lei portuguesa, a decisão emanada diante das medidas de ingerências em direitos fundamentais no inquérito criminal não constitui materialmente jurisdição, aproximando-se mais da atividade administrativa.

Por fim, salienta-se que o conceito de perigo na demora pressupõe interpretação restritiva, justamente pelo caráter excepcional das medidas tomadas fora do âmbito judicial, bem como pela função atribuída à reserva de juiz de garantia da proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

⁸³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 184.

3ª PARTE

3- As Proibições de Prova

3.1 A Busca da Verdade e a Produção Probatória

Tanto o processo penal continental europeu, quanto o latino-americano, possuem como fim principal o alcance de três metas. Como preleciona Claus Roxin⁸⁴, estas metas consistem em: uma decisão “materialmente correta” acerca da punibilidade do visado, “obtida em conformidade com o ordenamento jurídico processual”, com vistas a garantir a “paz jurídica”.

A busca da verdade encontra-se intimamente atrelada à noção de alcance da justiça. Os ideais de justiça são reforçados pela atuação do poder punitivo Estadual que busca a punição do verdadeiro culpado pela prática criminosa, evitando punir ou mesmo praticar ingerências sobre os direitos fundamentais das pessoas que não tiveram conexão com o delito. Destarte, ao Estado cabe garantir os meios processuais adequados para o alcance da justiça e, para tanto, é necessário que este poder seja limitado.

A eterna dicotomia entre atender os interesses da comunidade na repressão da criminalidade em concomitante respeito aos direitos e liberdades individuais e a limitação do arbítrio, revela-se, também, no campo da busca da verdade – e do alcance da justiça – com ainda maior intensidade, o que impõe a delimitação mais precisa do âmbito de atuação funcional do juiz de instrução. É mister, portanto, analisar qual a repercussão da busca da verdade nas técnicas processuais e investigação.

A atividade jurisdicional se desdobra ora em atividade cognoscitiva, ora em atividade de investigação no processo penal, demandando a elaboração de decisões e a realização de valoração no âmbito probatório. Os poderes instrutórios do juiz e a organização do regime probatório no ordenamento jurídico estão atrelados diretamente ao tratamento dado à verdade no processo.

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 2.

É notável, no processo penal português, a importância atribuída à busca da verdade. O Decreto-lei nº 35.0007, de 13 de outubro de 1945 primou pela separação das atividades de acusação e de julgamento, as quais, por norma, no Código de Processo Penal de 1929, eram reunidas e atribuídas tão somente ao juiz.

O referido Decreto possibilitou, portanto, a separação das fases de julgamento e de acusação, uma vez que a reunião destas duas atividades em uma só figura – o juiz – eivaria a sua imparcialidade. A legislação anterior ao decreto não abarcava um eficiente alicerce à estrutura investigativa, de modo que o advento da nova norma viabilizou a instrução no processo penal, sendo obrigatória nos crimes de natureza mais grave, contudo conservou a direção da investigação ao juiz.

Hodiernamente, o processo penal português, concebido em um contexto político diverso daquele, também consagrou, com o advento do Decreto-lei nº 78 de 1987, a busca da verdade, diante de uma ampla atuação do juiz, uma vez que estabeleceu a estrutura acusatória do processo, permeada por um princípio subsidiário de investigação. O art. 340º, n.º 1 do CPP deixa clara a opção pela adoção do princípio da investigação oficial e traz, expressamente, a noção de busca da verdade.

A “descoberta da verdade” e “a boa decisão da causa” de que trata o artigo supracitado, constituem elementos essenciais para que se possa compreender a estruturação do processo penal português. A descoberta da verdade é expressamente consagrada ao longo de várias normas no CPP. Como já explanado, os fins do processo penal, nomeadamente a realização da justiça, com a utilização de meios idôneos para assegurar a paz jurídica, são essenciais à compreensão da estrutura básica processual. Todavia, a prossecução de todos estes fins de forma concomitante não parece possibilitar a satisfação de cada um deles na sua totalidade.

Conforme preleciona Figueiredo Dias⁸⁵, o processo penal português tem por finalidades principais a realização da justiça e a descoberta da verdade ou, tão somente, a realização da justiça, uma vez que a descoberta da verdade constitui um pressuposto para o alcance daquela, consoante os ensinamentos do doutrinador. No mesmo sentido,

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Criminal*. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. 43.

Castanheira Neves⁸⁶ ressalta a importância da verdade e da justiça, cabendo ao tribunal os poderes de direção e controle do processo, bem como a iniciativa instrutória.

A verdade no processo encontra-se subordinada aos valores processuais. O regime de produção probatória é estruturado com vista à descoberta da verdade sobre os fatos apresentados pela investigação. A atuação do juiz depende diretamente da forma pela qual toma conhecimento acerca dos fatos e das circunstâncias do crime. Solucionar a verdade sobre as alegações que deram ensejo ao processo é a sua tarefa precípua, de forma que, para a boa e justa decisão do juiz, é imprescindível que este forme um estado de certeza.

A verdade a ser alcançada no processo pelo juiz, através da demonstração dos fatos carreados aos autos, pode ser objetiva ou subjetiva. É de cunho objetivo quando efetivamente verdadeira e correspondente à realidade; em contrapartida, diz-se da verdade subjetiva quando esta não reflete a realidade dos fatos. Contudo, embora errônea, esta verdade não pode ser considerada falsa, pois quando o juiz profere uma decisão, cerca-se de certeza, forma que aquela decisão deve refletir exatamente esta certeza. Isto é, a formação de um juízo de certeza é imprescindível à boa decisão do juiz.

Para Germano Marques da Silva⁸⁷, não se trata da verdade, necessariamente, mas sim de uma convicção de verdade. Isto porque há um grande abismo entre o que efetivamente aconteceu no mundo naturalístico, ao considerar-se todas as minúcias dos fatos históricos, e os fatos dados como provados. Para o doutrinador, a noção de verdade constitui “ideal e critério regulador” do processo, possuindo primordial utilidade para definir quais os critérios para a investigação e os meios de prova dos quais o juiz disporá.

A instrução probatória é procedimento primordial do processo penal, uma vez que este é o momento em que as partes podem se utilizar dos meios probatórios a fim de atestar a verdade dos fatos alegados; é a partir dela que o juiz formará o seu conhecimento dos fatos, bem como seu convencimento pela culpabilidade ou não do imputado. Desta forma, a produção de provas ensejará diretamente as suas decisões.

O termo *prova* advém do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, decorrendo desta o verbo *provar*, advindo do latim *probare*, que por sua vez significa ensaiar, verificar, examinar,

⁸⁶ NEVES, António Castanheira. Sumários de Processo Penal. reimp. (1967-1968). Coimbra, 1968. p. 18.

⁸⁷ SILVA, Germano Marques da. Produção e Valoração da Prova em Processo Penal. CEJ, 2006. p. 37-38

reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com certa coisa, convencer alguém de algo ou demonstrar. No mesmo sentido da análise etimológica do termo, no contexto jurídico, *provar* significa a exposição da veracidade ou autenticidade de um fato com o objetivo de demonstrar nitidamente ao juiz a realidade acerca da casuística⁸⁸.

Castanheira Neves⁸⁹ ressalta que o processo prossegue fatos reais, porém não se pode extrair um sentido desta realidade, uma vez que “só com esse sentido eles são reais”. Para Germano Marques da Silva⁹⁰, o vocábulo possui três acepções. A princípio, relaciona-se à atividade probatória que constitui os atos que dão ensejo à decisão do órgão decisor no processo; em segundo lugar, o fato provado no resultado final do processo; por derradeiro, os meios probatórios tendentes a formar a convicção do juiz.

Os ideais de alcance da justiça no processo pressupõem a observância da desigualdade material entre as partes, em decorrência do aparato e do poder Estatal e em contraponto à posição do imputado diante do processo⁹¹. Destarte, o próprio Estado, na busca desse equilíbrio, necessita reduzir o poder que lhe é inerente. Num processo contornado pela publicidade, que cumpra a sua função social, impõe-se que o juiz supra as deficiências inerentes aos litigantes, com vista a superar a desigualdade material, de modo que as condições especiais das partes não exclua o “caráter vinculativo” dos poderes do juiz na necessária descoberta da verdade, ao passo que este necessite intervir na produção probatória⁹².

A prova, portanto, consiste na demonstração lógica da realidade, através dos instrumentos previstos em lei, visando formar a certeza acerca das alegações e a convicção para o deslinde da demanda no espírito do julgador.

Importante salientar que produção probatória exige, sobretudo, a observância de critérios éticos. Destarte, a investigação deve ser alicerçada por meios probatórios lícitos, a fim de formar uma convicção idônea para a decisão do julgador.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 23.

⁸⁹ NEVES, António Castanheira. *Sumários de Processo Penal*. reimp. (1967-1968). Coimbra, 1968. p. 251.

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008. p. 143-144.

⁹¹ EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*. 13. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

⁹² BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 159.

3.2 As Proibições de Prova

Diante do tema a que esta investigação se propõe em analisar, não podemos deixar de explanar a problemática das proibições de prova, que se impõe, precipuamente, em decorrência dos ideais basilares de um Estado de Direito, o qual deve primar pela proteção das liberdades individuais e da dignidade humana⁹³.

As proibições de prova representam “limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal”⁹⁴. Isto porque constituem garantias processuais contra as agressões provenientes da prossecução penal, a fim de evitar ingerências em direitos fundamentais em nome da produção probatória, constituindo uma forma de tutela destes direitos⁹⁵.

O processo penal, enquanto “verdadeiro direito constitucional aplicado”⁹⁶, deve obedecer aos imperativos constitucionais. Em que pese não haver uma hierarquia entre as normas constitucionais, é cediço que a CRP confere certa relevância a determinados direitos que se achem em conflito. De forma que, por exemplo, é natural que em um caso onde se choquem os direitos à vida e à privacidade, o primeiro terá prevalência sobre o

⁹³ Neste sentido, assinala João Conde Correia: “As proibições de prova são regras essenciais à caracterização do processo penal de um Estado de direito e é como tal que devem ser tratadas. Não se trata de simples caprichos do legislador ou excentricidades da doutrina, mas de prescrições fundamentais, que devem ser, religiosamente, observadas no dia a dia dos nossos tribunais. Como referiu (...) WINFRIED HASSEMER, os problemas do processo penal de um Estado de direito estão, normalmente, não na *lex lata*, mas na forma como o Estado, de facto, trata os cidadãos suspeitos da prática de um crime” CORREIA, João Conde. In: A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *Revista do CEJ*, n.º 4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006, p. 202.

⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 1ª ed. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 117.

⁹⁵ Neste sentido, Manuel da Costa Andrade: “Mais que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E, por isso, como referenciais e fundamentos autónomos duma tutela que transcende o horizonte do processo penal”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 1ª ed. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 117. p. 181. Na mesma esteira, Germano Marques da Silva ressalta: “um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos é a proibição de prova”. SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008. p. 138.

⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. In: *Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia. número especial do BFDUC, vol. I, Coimbra, [s.n.] 1994, p. 551. Em consonância com este entendimento, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam o estabelecimento pelo legislador constitucional de uma “constituição processual criminal” – In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 515, em anotação ao art. 3.

segundo. Quando se trata da dogmática da produção de provas no processo penal, devemos considerar que existem variados interesses que devem ser salvaguardados por meio de uma ponderação – e, aqui, se socorrendo do princípio da proporcionalidade –, ao passo que se pode falar na existência de uma hierarquia axiológica dos direitos fundamentais protegidos pela CRP. Esta ponderação⁹⁷ permite chegar a uma solução legítima – e lícita – nos casos em que há conflito entre direitos fundamentais.

Como já explanamos, um dos fins do processo penal é a descoberta da verdade – que integra o fim maior de realização da justiça –, e é em nome desta que se desdobra a investigação, no sentido da produção de um arsenal probatório para a averiguação da verdade dos fatos. Porém, a própria prossecução da justiça deve obedecer aos critérios impostos por um Estado de Direito para ser aceitável⁹⁸.

O processo penal obedece ao princípio da liberdade de prova, conforme disposto no art. 127º do CPP, por intermédio do qual se considera que todos os meios de prova pautados na lógica e na razão são aptos e admissíveis para contribuir com a investigação da verdade, uma vez que a descoberta da verdade, com já explanado, constitui um dos fins do processo penal, e a sua busca integra um dever ético e jurídico.

O *ius puniendi* reservado ao Estado enseja a persecução penal com vista a punir os verdadeiros culpados pela prática criminosa. Em contrapartida, é também de interesse e, mais do que isso, um dever ético e jurídico de um Estado de Direito, que possui a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana como valores inerentes, a garantia e a proteção das liberdades individuais dos cidadãos, face às agressões provenientes de uma investigação e da prossecução penal como um todo⁹⁹. Os direitos concernentes à preservação da integridade moral e física das pessoas, a inviolabilidade da vida privada, do

⁹⁷ Sobre esta questão, Manuel da Costa Andrade: a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com direitos fundamentais. COSTA ANDRADE, in *Sobre as proibições de prova em processo pena.* reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 30.

⁹⁸ Para Germano Marques da Silva: “A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, e nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”. SILVA, Germano Marques da. *Constituição Portuguesa Anotada*, de Jorge Miranda e Rui de Medeiros. tomo I, Coimbra, Coimbra Editora. p. 361.

domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que somente podem ser ultrapassados pela lei, impõem limites à descoberta da verdade¹⁰⁰.

Neste sentido, Eduardo Correia assinala que a inadmissibilidade da prova se dá “quando a violação das formas da sua obtenção ou da sua produção entra em conflito com os princípios cuja importância ultrapassa o valor da prova livre”¹⁰¹ e que, por razões éticas, não pode permitir que a descoberta da verdade ultrapasse estes limites¹⁰².

Hodiernamente, as proibições de prova são encaradas a partir de uma perspectiva voltada para os seus efeitos e o para o resultado do processo¹⁰³. É despicienda a ótica voltada para o momento da investigação, tendo em consideração, principalmente, as proibições de prova assentes em intervenções restritivas de direitos fundamentais.

Os desafios de se conciliar os anseios da sociedade, que clama por segurança e por uma reprimenda penal célere e eficaz, também causam reflexos no campo das proibições de prova, que se revelam no âmbito da investigação. Nas considerações de Costa Andrade: “Tanto do lado da justiça criminal como do lado da prevenção de perigos, a “luta” contra o crime deslocou-se em boa medida para o chamado *Vorfeld* (campo avançado). (...) de um lado, não se espera que o perigo se concretize para pôr em campo acções de prevenção. Trata-se antes de clarificar o campo avançado do perigo para nem sequer deixar o perigo acontecer e, concretamente, impedir a ocorrência de crimes ainda não individualizados e só possíveis num futuro determinado.”. Problemática que se desenvolve, sobretudo, devido “aos desafios da criminalidade organizada e ao recurso crescente dos meios *ocultos* de investigação. Que, mesmo quando partem do *processo penal*, acabam por descobrir “crimes” que podem vir a acontecer ou perigos que podem vir

¹⁰⁰ Nesta esteira é o entendimento do Tribunal Constitucional no Ac. n° 274/2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070274.html>.

¹⁰¹ CORREIA, Eduardo. *Les preuves en droit pénal portugais*. In: RDES, ano XIV, Coimbra, 1967, p. 40.

¹⁰² CORREIA, Eduardo. *Les preuves en droit pénal portugais*. In: RDES, ano XIV, Coimbra, 1967, p. 35.

¹⁰³ Nesta esteira, ressalta Germano Marques da Silva: “A prova proibida é nula, o que significa que é inválida, bem como os actos que dela dependerem e que possa afectar (122º). O efeito primeiro desta invalidade é que a prova não pode ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir, para fundamentar qualquer decisão. (...) São configuráveis pelo menos três situações diversas. A proibição de prova é descoberta antes da sua admissão no processo, depois de admitida, mas antes de valorada e depois de valorada. No primeiro caso a proibição há-de comportar a não admissão da prova; no segundo a sua não valoração e no terceiro, a viciação da decisão por violação da lei.” SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008. p. 138. p. 144.

a actualizar-se. E determinam uma presença cada vez maior da *investigação de campo avançado*.”¹⁰⁴

Ademais, novas questões surgem em torno da problemática no que diz respeito ao tema em tela. Enquanto meios processuais de garantia de direitos fundamentais, as proibições de prova constituiriam instrumentos verdadeiramente eficientes e adequados a proteção destes direitos? Ainda, quais seriam os vícios na autorização/realização de uma medida de investigação restritiva de direitos que dão ensejo à proibição de provas?

O art. 32º, n.º 8, da CRP afirma que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. O CPP traz, no art. 125º, a admissibilidade das provas que não sejam “proibidas por lei” e, no art. 126º, prevê a nulidade das provas obtidas através de “métodos proibidos de prova”. As proibições de prova ganham relevo máximo de tutela dos direitos fundamentais, sendo previstas também em textos internacionais, nomeadamente nos arts. 5º e 12º da DUDH, nos arts. 3º e 8º da CEDH e no art. 7º do PIDCP.

As proibições de prova, tanto no âmbito da CRP quanto do CPP, estão correlacionadas ao regime de nulidades de prova. Não raro, observamos a incongruência normativa também no que diz respeito a esta matéria. Como exemplo, no tocante às buscas, é possível observar que não há uma uniformidade no regime sancionatório da autorização/realização destas medidas em situações de proibições de prova. É o que se depreende da análise do regime das buscas, no qual as sanções perpassam desde a nulidade insanável, à nulidade sanável, até à nulidade de prova e à simples irregularidade. Não está clara, por exemplo, a razão da opção pelo legislador ordinário em estabelecer a nulidade do ato no que concerne à falta de comunicação imediata ao juiz das buscas realizadas pelo órgão de polícia criminal, conforme o art. 174º, n.º 5 e n.º 6, do CPP, ao passo que a realização da busca no período noturno, sem o consentimento do visado e fora do estado de flagrante delito, resulta em nulidade de prova, consoante o art. 126º, n.º 3, do CPP. No segundo caso, estar-se-ia diante de uma violação dos limites constitucionais, que consequentemente, necessitaria de maior proteção em relação ao primeiro caso, mas, nem

¹⁰⁴ ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 130.

por isso, é prevista sanção tão ou mais rigorosa. Ao longo desta explanação, demonstraremos os estreitos laços entre o regime de proibição de provas e o regime de nulidades.

Importante salientar as diferenças entre as regras de produção de prova e regras de proibições de prova. As primeiras possuem o condão de estipular ordenações que viabilizem assegurar a realização da prova, disciplinando os processos e meios para a sua obtenção. De outro lado, as proibições de prova estabelecem limites à descoberta da verdade¹⁰⁵. Em que pese a diferença consagrada pela doutrina entre os dois institutos, na prática estas diferenças não se revelam de tão fácil percepção. Primeiramente, é necessário distinguirmos, no tocante às proibições de prova, a proibição de realização da proibição de valoração. Sendo de grande utilidade no contexto do presente estudo, apresentamos o contributo da doutrina e da jurisprudência alemãs sobre as teorias formuladas acerca das proibições de prova¹⁰⁶.

A temática das proibições de prova foi inicialmente estudada sob o conceito de *Beweisverbote*. Em uma linha evolutiva, o conceito desembocou em três searas: a proibição de aquisição de prova (*Beweiserhebungsverbot*), a proibição de valoração da prova (*Beweisverwertungsverbot*) e a proibição de utilização (*Beweisverwendungsverbot*). Dentre as variadas teorias desenvolvidas acerca da dogmática das proibições de prova, apresentaremos aquelas que alcançaram relevo na análise da problemática.

Beling¹⁰⁷ ensaiou os primeiros apontamentos no estudo do tema, diante dos quais a ideia de proibições de prova residia na não valoração de nenhuma prova obtida mediante violação de uma norma jurídica. Isto devido à noção de que o Estado não pode deixar de enfrentar consequências quando viola as normas que ele mesmo criou. Destarte, nas concepções mais atuais da tese formulada por Beling, as sentenças fundamentadas em violações de uma norma jurídica merecem impugnação por meio de recurso. No mais, havendo violação de alguma norma que proíba a valoração da prova, deve-se procurar demonstrar a relação de causalidade com a sentença, a fim de ensejar a sua revogação por

¹⁰⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. 1ª ed. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2013. p. 85.

¹⁰⁶ Mata-Mouros realiza em sua obra uma síntese acerca das principais teorias acima referidas, as quais são imprescindíveis para o tema em análise. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 310 e ss.

¹⁰⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 310.

causa da utilização de prova ilícita. A referida teoria é criticada por ser demasiadamente restritiva e não possibilitar a autonomização das proibições de prova.

A segunda teoria, que aqui merece destaque, é a teoria da esfera jurídica¹⁰⁸. Tendo origem no *Bundesgerichtshof* a teoria da esfera jurídica ou do âmbito de direitos (*Rechtskreistheorie*) considerava o grau da lesividade no direito do recorrente, fazendo com que a interposição de um recurso dependesse da relevância da lesão aos direitos do recorrente, decorrente da valoração da prova mediante a violação de uma proibição de prova. A teoria, portanto, delimitava a legitimidade da interposição do recurso de revista, tratando da valoração da prova apenas de forma indireta. Esta teoria, entretanto, encontra-se superada. A mesma claudica ao considerar tão somente as disposições de tutela do arguido, ignorando o direito a um processo organizado em consonância com os ideais de justiça, ao mesmo tempo em que olvida que nem todas as ingerências nos direitos fundamentais do arguido são capazes de ensejar proibições de prova.

Adiante, apresenta-se a teoria da gravidade¹⁰⁹ (*Schweretheorie*). Segundo esta perspectiva, a proibição de valoração da prova obedece ao critério da gravidade da ingerência nos direitos do visado causada pela obtenção da prova, de modo que, sendo grave a ilegalidade, não poderá haver valoração da prova. A presente teoria é criticada, pois o §136º StPO recomenda que a proibição de valoração incida sobre a utilização de qualquer meio proibido, não importando a gravidade da ingerência. Entretanto, não se pode olvidar que quanto maior a gravidade da violação da lei, mais carecem de proteção os direitos do visado.

Outra teoria acerca da dogmática das proibições de prova foi desenvolvida por Peters¹¹⁰, que não considera as regras concernentes à produção de provas por não constituírem proibições de prova. Peters realiza uma comparação entre as proibições de perseguição de prova (*Beweisverfolgungsverbote*), e as proibições de processo de prova (*Beweisverfahrensverbote*), de modo que a observância da violação destas proibições

¹⁰⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 311. apud GRÜNWARD, Gerald. *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft*. 1993. p. 156 e do mesmo autor, *Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ*, 1966, 15/16, p. 490.

¹⁰⁹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 313. apud ROGALL, Klaus. *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. ZStW* 91, 1979, 1. p. 24.

¹¹⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 313.

enseja a não valoração das provas. As proibições de perseguição de prova resultam na inadmissibilidade da produção da prova, como aquelas obtidas pela utilização da tortura ou ofensa à integridade física; no que se refere às proibições de processo de prova, as provas aqui obtidas podem ser consideradas no processo caso respeitem alguns pressupostos, como o consentimento do visado, de modo que sem o atendimento a estes pressupostos, há um vício no processo. No entanto, esta teoria, também, não foi capaz de traçar a generalidade dos casos de proibições de prova.

Outra teoria que ganha relevo é a da dupla função dos atos processuais (*doppelfunktionellen Prozesshandlungen*)¹¹¹. Conforme esta teoria, somente se observa a incidência de proibições de prova quando a lei processual penal as determina, levando a cabo a separação do direito material e do direito processual. Ocorre que, esta distinção não auxilia em saber se uma proibição de prova é adequada, tampouco se pode afirmar que somente uma violação no âmbito processual denota um regime geral de proibições de prova.

O Tribunal Constitucional Federal alemão¹¹² é responsável pela criação da teoria dos três graus ou das três esferas. Esta teoria trata as proibições de prova partindo da diferenciação entre três esferas da vida privada. Primeiramente, a esfera da intimidade, que compreende a inviolabilidade da dignidade humana; a esfera da privacidade, que engloba o livre desenvolvimento da personalidade, abarcado constitucionalmente, mas que deve ser ponderado mediante as exigências da sociedade; e, por último, a esfera social, onde as restrições de direitos são socialmente toleradas e não necessitam de tutela autônoma. Entretanto, esta teoria é de difícil aplicação prática, uma vez que nem sempre é possível delimitar uma fronteira entre as três esferas da vida privada.

Adiante, a teoria da ponderação (*Abwägungslehre*)¹¹³, traz a ideia de que não se pode estabelecer um regime de proibições de prova preestabelecido normativamente, de modo que a ponderação acerca da valoração das provas deve ser observada diante de cada

¹¹¹ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 314 apud ROGALL, Klaus. *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*. ZStW 91, 1979, 1. p. 24-25.

¹¹² Segundo Mata-Mouros, a referida teoria pode ser observada, em especial, na decisão deste Tribunal de 31 de Janeiro de 1973. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 314.

¹¹³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 315 apud ROGALL, Klaus. *Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebung – und Beweisverwertungsverbote*. NSiZ, 1988, 9. p. 385 e p. 392.

caso concreto, considerando-se os direitos individuais e o interesse da prossecução penal, à exceção de duas situações em que se nota, desde logo, o efeito-à-distância, quando se verifique a necessidade da valoração da prova secundária e quando a proibição de valoração ocorra por violação grosseira da lei. Em que pese a admissibilidade do Tribunal Constitucional Federal alemão das situações de efeito-à-distância – *Fortwirkung* - (matéria que o direito norte-americano trata sob a denominação de *fruit of the poisonous tree doctrine*¹¹⁴) a tendência jurisprudencial procura ainda uma teoria que garanta “expressão e corpo a um paradigma normativo assente na admissibilidade do princípio do efeito-à-distância, mas reconduzido a limiares político-criminalmente sustentáveis e dogmaticamente legitimáveis”¹¹⁵. Como um dos maiores críticos desta teoria, Störmer¹¹⁶ argumenta que a ponderação é eivada de insegurança, o que acaba por enfraquecer as posições jurídicas subjetivas que são resguardadas pelas proibições de prova.

Por fim, destacamos a teoria do fim da proteção da norma (*Schutzzwecklehre*), mediante a qual a possibilidade de valoração da prova depende do fim que a norma de proibição visa assegurar. Destarte, se o fim de proteção da norma foi frustrado em decorrência da medida, o seu resultado não poderá ser objeto de proibição de valoração. Em contrapartida, caso a valoração do resultado decorrente da aplicação da medida puder prejudicar ainda mais o direito protegido, ensejará uma proibição de prova¹¹⁷. Esta tese, por sua vez, também é refutada, com base dificuldade da sua aplicação prática, principalmente, no que tange a própria delimitação do fim de proteção da norma.

¹¹⁴ Sobre o tema: MORÃO, Helena. O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, RPCC, Ano 16, nº 4, Outubro-Dezembro 2006, p. 575 e ss. Na mesma linha: ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 122.

¹¹⁵ BGH de 18.4.1980, acerca do “caso Traube”, onde este Tribunal foi favorável a tese de efeito-à-distância das proibições de valoração da prova, por não ser constitucionalmente relevante o fato de saber se houve persecução criminal da pessoa que teve direitos fundamentais violados pela recolha de provas obtidas no âmbito de escuta ilegal. ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Almedina, Coimbra, 1998. Nota de rodapé da p. 149. Sobre o famoso caso, Costa Andrade também tece comentários, reportando-se à temática dos métodos ocultos de investigação. ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 105.

¹¹⁶ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 317 apud STÖRMER, Rainer. *Dogmatische Grundlängen der Verwertungsverbote. Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts*, Marburg, N.G. Elwert Verlag Marburg. 1992. p. 191.

¹¹⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 319 apud ROGALL, Klaus. *Zur Lehre von den Beweisverboten – Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand. FS Gerald Grünwald, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft*. 1999. p. 525.

Diante de todas as teorias aqui explanadas, Gössel¹¹⁸ assinala a existência de duas vias acerca da fundamentação das proibições de prova construídas pela doutrina e pela jurisprudência alemãs. Primeiramente, a via autônoma, de que se ocupa a doutrina, consistente na aceção de proibição de provas levando em consideração a natureza da prova e ignorando suas consequências no âmbito do processo penal. De outro lado, a via não autônoma, da qual se vale a jurisprudência, que define a proibição de provas a partir da sua função no processo.

Ultrapassada a exposição das teorias trazidas pelo direito alemão sobre a fundamentação da proibição de provas, precisamos agora adentrar em outras questões pertinentes a esta investigação e que nos auxiliam a melhor compreender a razão de ser das proibições de prova e, além disso, entender a razão justificadora da anulação da prova.

Certamente, tanto a apreciação e a declaração judicial de ilegalidade posterior à realização de medidas de ingerências em direitos fundamentais, quanto a anulação da prova em decorrência da observância das proibições de prova, são insuficientemente capazes de impedir as violações dos direitos dos visados em uma investigação. O que nos faz perquirir qual seria o sentido prático da anulação da prova e da declaração de ilegalidade de uma medida no processo.

No entendimento de alguns doutrinadores, as proibições de prova possuem o chamado “efeito dissuasor”, com vista à disciplinar os órgãos de investigação criminal e prevenir a violação de direitos fundamentais em prol da investigação. Nesta esteira, Germano Marques da Silva¹¹⁹ alerta para a importância da proibição de prova quando esta assume seu efeito dissuasor, pretendendo evitar as violações dos direitos das pessoas advindos da atuação judiciária, dos órgãos de polícia criminal e, inclusive, dos particulares. Destarte, as proibições de prova retiram a eficácia das provas recolhidas sob o manto da ilegalidade, as quais não poderão surtir efeitos no processo. A tese do efeito dissuasor, importada do direito norte-americano, não parece ter abrigo à luz do direito português, principalmente ao considerarmos que não resta demonstrado que existe qualquer relação entre a vedação das provas ilícitas e a quantidade de atos que, em prol da investigação

¹¹⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 325. apud GÖSSEL, Karl-Heinz. *Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren*. NJW, 1991, 13. p. 649-650.

¹¹⁹ SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008. p. 121.

criminal, atentam contra a lei para a obtenção de provas. É preciso, ainda, considerar que cabe ao direito material, e não às normas processuais, coibir as práticas ilícitas através do estabelecimento das sanções em abstrato.

Além disso, as proibições de prova possuiriam o condão de preservar a legitimidade do Estado para punir, uma vez que, neste entendimento, o Estado entraria em contradição consigo próprio ao violar as regras de direito que instituiu. Concepção que, todavia, é refutada, principalmente pela dificuldade em se demonstrar que a prática de ingerências não autorizadas no processo pelos órgãos do Estado produza efeitos negativos na prevenção de crimes, ademais, por regra, quando há o desrespeito por alguma norma processual, o Estado não chega a ultrapassar limites éticos¹²⁰.

Numa perspectiva moderna, as proibições de prova são encaradas como proteções aos direitos e liberdades individuais do lesado. Para Germano Marques da Silva¹²¹ a lei se serve das proibições de prova “para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos”. Todavia, a dogmática das proibições de prova tem sido encarada pelo legislador sob a perspectiva de reforço do aparato dos meios de investigação em detrimento de um equilíbrio entre estes e os a proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, Costa Andrade assinala que: “(...) o direito das proibições de prova configura seguramente um dos campos do processo penal onde mais forte e urgente se fazem sentir os imperativos de inovação e adaptação. É onde, por causa disso, as intervenções dos legisladores se têm mostrado mais insistentes e contínuas. Invariavelmente na mesma direção e no mesmo sentido: no sentido do alargamento e reforço do arsenal de meios de investigação. Tem sido, com efeito, notória a institucionalização de meios cada vez mais invasivos e com crescente lastro de “deslealdade”, traduzida no recurso privilegiado a meios ocultos de investigação. Tudo a fazer emergir novas linhas de equilíbrio entre a segurança (a *Funktionstätigkeit der Straf-rechtspflege*, a *law and order*) e a liberdade (a autonomia, os direitos processuais), com a balança a inclinar-se cada vez mais para o primeiro dos lados.”¹²²

¹²⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 330.

¹²¹ SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008. p. 130.

¹²² ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 124.

Existem, ainda, outros pontos problemáticos acerca da temática das proibições de prova. Principalmente, pelo fato de que a proibição da prova, por ocorrer em um momento tardio no processo, não seria capaz de fornecer a tutela adequada aos direitos violados por uma medida restritiva, já que não conseguiria, desta forma, evitar a consumação desta violação.

Não podemos deixar de salientar as razões para a declaração de ilegalidade da medida de investigação. O art. 20º da CRP consagra o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos. Importante frisar que todas as medidas coercivas no processo penal têm repercussão nos direitos fundamentais dos visados. Como visto previamente, a proibição de valoração de uma prova não implica necessariamente na proteção dos direitos individuais das pessoas que foram alvos da investigação criminal – as quais, inclusive, nem precisam figurar como sujeitos no processo para sofrer lesões em seus direitos.

Os interesses dos visados por uma medida restritiva de direitos na declaração da sua ilegalidade podem ser os mais variados. Ademais, a cessação de uma medida de ingerência não exclui a possibilidade de decretação da sua ilegalidade, assim como a tutela preventiva dos direitos fundamentais não afasta a possibilidade de tutela efetiva dos tribunais.

Entretanto, a tutela jurisdicional efetiva não está direcionada a qualquer situação de prossecução de um interesse protegido por lei, estando adstrita à verificação dos pressupostos processuais de legitimidade e interesse em agir; é ainda necessário que se verifique o interesse fundado do requerente ou o interesse digno de proteção legal¹²³, que possuem o condão de evitar que os tribunais se ocupem de casos sem legitimidade para a apreciação da tutela jurisdicional.

Neste contexto, devemos analisar as proibições de prova em comparação à tutela jurisdicional efetiva de direitos. A declaração de ilegalidade de uma medida restritiva em direitos fundamentais possibilita a consequente proibição de valoração, pautada pela lesão destes direitos. As dificuldades, aqui, se apresentam quando, da mesma forma que a proibição de valoração da prova pode não deixar margem para a proteção de um direito,

¹²³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 336-337.

extinguindo a razão de garantia deste direito, também a declaração de ilegalidade da medida pode não ser suficiente para tutelar os direitos lesados, de maneira que não será possível restabelecer a situação jurídica do lesado antes da violação.

As diferenças inerentes aos institutos da proibição de provas e da tutela jurídica efetiva centram-se, sobretudo, no que diz respeito ao momento processual em que ocorrem e o objeto sobre o qual recaem. A valoração da prova, por ocorrer no momento do julgamento, parece não servir da melhor maneira à tutela jurídica dos direitos fundamentais violados por uma medida de investigação restritiva de direitos, o que, no entanto, não pode negligenciar a exclusão do processo anteriormente ao julgamento dos meios de prova obtidos ilegalmente ou de forma abusiva. Destarte, a exclusão das provas ilegais de maneira antecipada reflete a tutela efetiva dos direitos violados e, ao mesmo tempo, proporciona uma proteção à defesa do visado, donde conseguimos perceber os efeitos práticos da declaração de ilegalidade de uma medida de investigação restritiva de direitos no resultado do processo¹²⁴.

Segundo entendimento do STJ¹²⁵, sobretudo no que respeita o Ac. de 16 de Junho de 2004: “O regime das provas nulas, que se traduz na desconsideração ou impossibilidade de produção ou de valoração das provas afectadas por vício que produz a nulidade, constitui, no rigor, um regime de exclusão; o concreto meio de prova afectado é excluído do processo e, por isso, não pode ser considerado nem valorado pelo tribunal. É um regime marcado pela influência da doutrina da "*exclusionary rule*" do modelo de processo penal de matriz saxónica. Neste, com efeito, é excluída a prova obtida através de procedimentos constitucionalmente desconformes ("*exclusion of evidence*")"; dito de outro modo, não é admitida em julgamento a prova que seja obtida em contrário de tais procedimentos (cfr., v. g., Jerold H. Israel e Wayne R. LaFave, "Criminal Procedure, Constitucional

¹²⁴ Neste sentido, ressalta Mata-Mouros: “Desta forma se rebate o argumento, tantas vezes repetido, que afirma não ter a declaração de ilegalidade de uma medida efeito ou influência no resultado do processo, não devendo, pois, negar-se ao visado o procedimento de tutela jurídica com esse argumento. Sendo importante para o resultado do processo a questão da legalidade da valoração judicial da prova será, pois, também de ponderar se a proteção do visado não fica melhor assegurada se a respectiva ilegalidade for declarada tão cedo quanto possível, bem como se o tribunal de julgamento não ficará menos sobrecarregado mediante a observância da decisão proferida no processo incidental de declaração da ilegalidade (ou legalidade) da medida. No fundo, a questão é a de saber se as decisões incidentais não deveriam passar a ter efeito vinculativo na decisão da questão principal. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. nota de rodapé 848, p. 346-347.

¹²⁵ Ac. de 16 de Junho de 2004. Disponível em: <https://blook.pt/caselaw/PT/STJ/342863/?q=relator:%20Henrique%20Gaspar>.

Limitations", p. 256 segs.; esta regra foi afirmada pela "Supreme Court" em 1914 na decisão *Weeks v. United States* - cfr. v. g., acórdão do Tribunal Constitucional nº 198/2004, de 24 de Março de 2002, no "Diário da República", II série, de 2 de Junho do 2004).”

Esta perspectiva nos conduz a uma ótica da temática das proibições de prova voltada para o resultado probatório constante nos autos, com fins de prosseguimento da tutela de direitos¹²⁶.

A investigação e a obtenção de meios de prova possuem grande potencialidade lesiva nos direitos fundamentais das pessoas e, estas lesões, podem culminar em prejuízos aos visados, tanto no momento da obtenção da prova, quanto anteriormente à sua valoração. Por recaírem sobre objetos distintos, os institutos das proibições de prova e da tutela jurídica de um direito não se excluem, tampouco, se substituem, de modo que a proibição de valoração de uma prova, não afasta a possibilidade de declaração da ilegalidade de uma medida, e vice-versa. Ressalte-se, por exemplo, os casos em que as medidas restritivas de direitos com vista à obtenção de meios de prova não cumpram o seu objetivo, onde a proibição de valoração da prova não seria capaz de proteger os direitos violados, mas ainda permaneceria o interesse do lesado na declaração de ilegalidade da medida; no mesmo sentido, considerem-se os terceiros atingidos pelas medidas de investigação que resultaram em ingerências em seus direitos, de forma que, a estes, é reservado o direito à tutela jurídica dos direitos violados; por fim, salientam-se os casos de arquivamento do inquérito, nos quais as provas recolhidas não chegam a ser valoradas, porquanto sequer atingem a fase de julgamento¹²⁷.

Ao final desta explanação acerca das proibições de prova, podemos fazer algumas considerações. Em que pese o esforço da doutrina alemã na elaboração das várias teorias sobre o instituto, não foi possível estabelecer uma sistemática estanque a respeito das regras gerais e dos efeitos inerentes às proibições de prova. No mesmo sentido, a doutrina portuguesa parece não ter logrado êxito ao tentar definir um sistema geral da dogmática das proibições de prova, levando em consideração que a própria legislação não auxilia a

¹²⁶ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 351.

¹²⁷ Alguns dos exemplos trazidos por Mata-Mouros. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 348.

tarefa e demonstra-se eminentemente incongruente quanto aos efeitos do instituto nas variadas categorias de proibições.

Ademais, embora sejam consideradas meios de proteção aos direitos fundamentais, as proibições de prova são abordadas, sobretudo, a partir de uma perspectiva voltada para os seus efeitos no processo e para o seu resultado. Destaca-se, aqui, a posição adotada pelo STJ, que levada a cabo, não permite que o lesado pela medida restritiva de direitos possa ser restituído, ao passo que somente considera os efeitos *intra* processuais destas medidas.

Desta forma percebemos que as proibições de prova possuem limitações quanto à sua função de proteção de direitos fundamentais e, por vezes, não promovem a tutela adequada aos direitos fundamentais dos visados por uma medida restritiva de direitos na investigação criminal. Importante salientar, como anteriormente mencionado, que as proibições de prova não excluem a declaração de ilegalidade destas medidas.

A seu turno, a anulação de uma prova também revela a sua insuficiência na tutela jurisdicional efetiva de direitos fundamentais lesados por medidas restritivas de direitos, levando em conta que o lesado em seus direitos, ainda que extinta a medida, possa conservar interesse na sua declaração de ilegalidade.

3.3 Os Métodos Ocultos de Investigação

A globalização e o avanço das tecnologias, principalmente no que se refere aos sistemas de comunicação no final da década de sessenta¹²⁸, possibilitou o surgimento de novas formas de criminalidade, sobretudo no que tange à criminalidade organizada. Destarte, as novas modalidades criminosas, exercidas de forma tão mais graves e, tão mais engenhosas - como o terrorismo, o *cibercrime*, o tráfico de estupefacientes, etc. - aumentam as sensações de impunidade e de insegurança na sociedade que, em

¹²⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, Criminalidade Organizada – que política criminal?, Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano IV, nº 6, 2003. p. 30.

contrapartida, passa a exigir maior eficácia no combate a estes crimes, o que perpassa, necessariamente, pela ideia de enrijecimento do aparato Estadual e da reprimenda penal¹²⁹.

É neste contexto que se intensifica a utilização dos métodos ocultos de investigação, ao passo que os métodos convencionais de investigação criminal tornaram-se insuficientes, face às novas categorias de criminalidade.

Os métodos ocultos de investigação compreendem os meios de obtenção de prova tais como: “intromissões nas telecomunicações nas diversidades de formas e manifestações, agentes encobertos e “homens de confiança”, observação oculta, videovigilância, “buscas on-line”, gravação de imagem ou com câmaras ou microfones ocultos (“gravações ambiente”), IMSI-Catcher (IMEI), GPS, etc.”¹³⁰

Estes meios de investigação constituem ingerências “nos processos de acção, interação e comunicação” dos visados pela investigação criminal sem que estes, todavia, estejam cientes da intervenção, de modo que prossigam a agir e a se comunicar normalmente¹³¹.

Os meios ocultos de investigação revelam-se indispensáveis para a persecução e repressão da criminalidade organizada. Todavia, não podemos olvidar o potencial lesivo que possuem sobre os direitos fundamentais das pessoas.

O direito ao silêncio, a não auto inculpação e à recusa de testemunho ou depoimento são, por vezes, relativizados neste tipo de investigação. E, desta forma, tornam propícia a obtenção fraudulenta de provas, sobretudo no que diz respeito a confissões não livres, assim como potencializam a violação da intimidade e das relações de confiança, transpondo os limites à descoberta da verdade material.

¹²⁹ Conforme ressalta Anabela Miranda Rodrigues: “À “magna carta do delinquente” a sociedade opõe a “magna carta do cidadão”, o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime e de repressão da violência.”. RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos desafios, velhos rumos in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003. p. 211.

¹³⁰ ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 104-105.

¹³¹ Como observa Costa Andrade: “(...) os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas – normalmente o suspeito – a “ditar” inconstitucionalmente para o processo “confissões” não esclarecidas nem livres.”. ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 105-106.

Em razão de desconhecerem as medidas investigativas, os visados pelos métodos ocultos de investigação não possuem a oportunidade de defesa e de tutela de seus direitos, não podendo, por exemplo, suscitar a sua ilegalidade em virtude da falta de pressupostos legais. Em comparação com as medidas de coação, mais especificamente a prisão preventiva, diferentemente do que ocorre no âmbito da investigação por meios ocultos, esta é passível de ser contestada a qualquer tempo. Já quanto às ingerências em direitos por efeito da utilização de métodos ocultos de investigação, os visados, provavelmente, só tomarão ciência da sua realização, após a extinção da medida, a qual já terá surtido efeitos na sua esfera de direitos fundamentais. Ademais, a própria realização de medidas restritivas de direitos pressupõe determinada suspeita quanto ao cometimento de um crime pelo visado. Destarte, se a própria realização da medida eleva o grau de suspeita, como poderia o visado reclamar a falta deste pressuposto exigido pela lei para a realização da medida investigativa?¹³²

Outro problema apresentado refere-se, mais uma vez, à falta de congruência normativa ao tratar da temática dos meios ocultos de investigação. Por um lado, temos a previsão de alguns métodos ocultos de investigação no CPP, como as escutas telefônicas, ao passo que outros destes métodos encontram-se distribuídos em lei extravagante, como a videovigilância (Lei n.º 1/2005), os agentes encobertos (Lei n.º 101/2001), os exames de ADN (Lei n.º 5/2008) etc. Outros, ainda, sequer encontraram previsão normativa no ordenamento jurídico português. Comumente, também, verificam-se situações em que os pressupostos para a utilização de um meio oculto são mais criteriosos em relação a outros métodos que resultariam em uma lesão menos prejudicial aos direitos do visado, violando diretamente o princípio da proporcionalidade¹³³.

¹³² ANDRANDE, Manuel da Costa. *Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 107-108.

¹³³ ANDRANDE, Manuel da Costa. *Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 109.

Costa Andrade¹³⁴, nas críticas tecidas à reforma do CPP pela Lei n.º 48/2007, propõe algumas soluções para os problemas que envolvem a dogmática dos métodos ocultos de investigação.

Primeiramente, a reserva de lei impõe que os métodos ocultos não só estejam positivamente previstos, mas que, também, a previsão normativa torne possível demarcar o bem jurídico ou o direito fundamental passível de sofrer a ingerência pela utilização da medida, com a clara determinação dos aspectos formais e técnicos destes métodos.

Ademais, é necessário que a lei delimite o catálogo de crimes passíveis de sofrer tais ingerências, devendo prezar por um rol restrito, no qual os métodos mais gravosos aos direitos fundamentais devem estar correlacionados a crimes de natureza mais grave, respeitando os parâmetros da proporcionalidade. A utilização destas medidas deve estar pautada pela fundada suspeita da ocorrência do delito e pela observância de fatos concretos que liguem o visado à conduta delituosa. Deve, igualmente, respeitar o princípio da subsidiariedade, tanto quanto à preferência pela utilização de meio descobertos, quanto à utilização de métodos ocultos menos gravosos, sempre que seja possível atingir os fins da investigação através da utilização dos métodos com menor potencialidade lesiva.

O autor prossegue em suas considerações afirmando que a aplicação dos métodos ocultos exige atenção ao princípio da proporcionalidade, tanto em sentido amplo, quanto em sentido restrito. Destarte, a interferência nos direitos fundamentais não pode ser desproporcional aos fins da investigação, devendo realizar-se uma ponderação de valores e interesses concernentes à dignidade dos bens jurídicos e da justa realização da investigação criminal.

Ressalta que a abordagem dos métodos ocultos de investigação deve conciliá-los com a garantia do direito à inviolabilidade da intimidade, estabelecendo a medida de tutela do direito à recusa de depoimento, uma vez que, diante da dificuldade de assegurar a tutela adequada destes direitos no momento da obtenção da prova, ficam relegados à sorte das proibições de valoração da prova.

Por derradeiro, recomenda que a competência do juiz de instrução, dada a garantia de reserva de juiz, deve sempre ser respeitada de forma a assegurar a tutela preventiva dos

¹³⁴ ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 112 e ss.

direitos fundamentais dos visados, dado o elevado risco de danosidade, nestes direitos, provenientes da utilização dos métodos ocultos de investigação, o que reclama a intervenção de um juiz cercado de neutralidade e independência.

3.4 A Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais no Inquérito Criminal

O Direito ao acesso aos tribunais é, ao mesmo tempo, uma garantia e um direito fundamental, e representa um dos pilares principais de um Estado democrático, por constituir o principal meio de defesa destas sociedades. O amparo aos direitos fundamentais em uma sociedade depende diretamente dos meios de defesa que concede aos cidadãos para que confrontem a violação destes direitos, ao passo que constituem a “armadura institucional”¹³⁵ que serve à sua defesa.

A CRP no art. 20º assegura o direito de acesso aos tribunais e, no mesmo sentido, o art. 202º reserva à competência dos tribunais a administração da justiça e a proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos do cidadão, assim como a repressão à violação da legalidade democrática.

A declaração expressa dos direitos não é suficiente para a sua proteção, sendo imperativo que a legislação estabeleça os meios jurídicos e os procedimentos para a sua garantia, uma vez que a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais constitui umas das características vitais de um Estado de Direito¹³⁶. Em visão oposta, Luigi Ferrajoli¹³⁷ critica

¹³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2004. p. 14.

¹³⁶ Neste sentido: “O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica (...). Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos.” MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed., Coimbra. Coimbra Editora. 2007. p. 320.

¹³⁷ O autor ressalta: “*Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada*”

a procedimentalização dos direitos fundamentais, levando em conta que a dependência de um direito a um procedimento acaba por resultar de uma confusão entre direitos e as suas garantias. Para o autor, os direitos fundamentais consistem em expectativas positivas ou negativas, que constituem obrigações de prestação ou proibições de lesões. As obrigações seriam as garantias primárias e as proibições, as garantias secundárias de reparar a violação das garantias primárias, de forma que, segundo os apontamentos do jurista italiano, ambas as garantias são violadas e, por vezes, não encontram sequer previsão legal.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional aponta para uma proteção dos direitos fundamentais que se perfaz “sobretudo em situações de violação pelo legislador do princípio da igualdade de tratamento, em termos que podem conduzir mesmo a sentenças integrativas, que estendem os efeitos legais a situações não previstas na lei”¹³⁸, dedicando-se este Tribunal não somente à fiscalização da conformidade constitucional das leis ordinárias, mas também analisando a constitucionalidade das decisões e interpretações oriundas do tribunal comum¹³⁹.

Em que pese este tratamento dado pela jurisprudência constitucional, a falta de previsão normativa de uma ação constitucional que abarque a defesa da violação de direitos fundamentais é ainda ponto merecedor de críticas. Neste sentido, Gomes Canotilho assinala, referindo-se à ausência de previsão desta tutela: “como um dos sinais ilustrativos de que à riqueza e completude do catálogo de direitos fundamentais, reportado pela Constituição de 1976, não corresponde uma estrutura procedimental/processual adequada e eficaz para conferir plena realização prática a esses direitos.”¹⁴⁰

Para outra parte da doutrina, a falta de previsão normativa de uma ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais não é prejudicial à tutela destes direitos, uma vez que o direito de acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem supriria esta lacuna normativa. Neste sentido posiciona-se Jorge Miranda¹⁴¹.

por la legislación.”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantías, La Ley del Más Débil*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006. p. 43.

¹³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2004. p. 375-376.

¹³⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdiccional Efectiva*. BFDUC, vol. LXXIX, 2003. p. 72.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição e Défice Procedimental, Estudos sobre os Direitos Fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. p.72.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. *O Tribunal Constitucional em 2006, O Direito*. Lisboa, A 139, nº2. 2007. p. 481-486;

Entretanto, as decisões do Tribunal Constitucional, em sua maioria, tendem a centrar-se nas ingerências em direitos fundamentais que tenham como fundamento a inconstitucionalidade da lei ordinária, negligenciando aquelas intervenções restritivas que não possuem como pressuposto a inconformidade com a norma constitucional¹⁴². Ressalte-se que são nestas situações em que se verifica a maioria das violações em direitos fundamentais no âmbito da investigação.

Cumprido, neste momento, ressaltar as vias de tutela dos direitos fundamentais violados pelas medidas de investigação. Como vias de tutela não especificadas no ordenamento jurídico, temos a via de recurso (tutela primária) e a ação de responsabilidade civil (via de tutela secundária); ao passo que, como vias de tutela especificadas na lei, apresentam-se o incidente de apreciação das medidas de coação, o *habeas corpus* e a impugnação judicial da apreensão de bens¹⁴³.

A respeito do recurso, concernente à via de tutela primária não especificada, o art. 401º, n.º 1, “d”, do CPP prevê a recorribilidade das medidas de investigação restritivas de direitos, enquanto tutela dos direitos fundamentais das pessoas lesadas, servindo tanto aos que figuram como sujeitos no processo, quanto aos terceiros atingidos por estas medidas. A apreciação dos tribunais criminais caminha, sobretudo, no sentido da impugnação das medidas de coação, com destaque às medidas restritivas ou de liberdade, e da anulação de prova. Raros são os casos em que as decisões tratam acerca da proteção dos direitos lesados na investigação criminal. As exigências do n.º 2 do art. 401º, no tocante ao interesse de agir enquanto pressuposto processual do recurso, não delimita claramente a legitimidade do acesso ao recurso. Mais uma vez, nos deparamos com a questão do condicionamento da tutela dos direitos fundamentais violados ao resultado do processo,

¹⁴² Nesta esteira, assinala Reis Novais: “(...) pelo menos no domínio sensível dos direitos fundamentais, esta lacuna significa que ficam sem tutela do Tribunal Constitucional todas as intervenções restritivas cuja contestação não tenha por base a inconstitucionalidade de uma norma ordinária: o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as normas restritivas de direitos fundamentais, não já as intervenções ablativas nas liberdades e direitos fundamentais praticadas pela Administração e pelo poder judicial. Mas esse domínio, isto é o da violação pontual e concreta dos direitos fundamentais sem que na base e na causa do acto lesivo esteja uma norma inconstitucional é, com segurança, aquele em que se verifica a esmagadora maioria das situações reais de lesão inconstitucional dos direitos fundamentais.” NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria, Coimbra, Coimbra Editora, 2006. p. 160.

¹⁴³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 382 e ss.

donde se revelam as consequências negativas da não previsão de uma tutela autônoma para a proteção dos direitos lesados pelas medidas restritivas no curso da fase investigativa¹⁴⁴.

Mata-Mouros¹⁴⁵, em análise ao Ac. do Tribunal Constitucional n.º 81/2007, de 6 de Fevereiro de 2007¹⁴⁶, ressalta que esta decisão revela que o resultado dos julgamentos destes recursos fica intrinsecamente dependente do resultado do processo principal. No caso em tela, o recorrente requereu o “desentranhamento da sua fotografia, utilizada no processo, entre outros, para efeito de identificação de suspeito de ilícitos investigados nos autos”, conforme consta no acórdão do TC. O requerente era terceiro que sequer havia intervindo no processo. Ocorre que a Polícia Judiciária anexou a fotografia do requerente em um apenso, onde havia outras fotografias de figuras públicas retiradas da *Internet* e de outros veículos de informação, para serem utilizadas na identificação de suspeitos sob investigação, figurando, portanto, como um elemento de prova no processo. O juiz de instrução, neste caso, indeferiu o desentranhamento da fotografia, por entender que a mesma não havia sido obtida ilegalmente e, tampouco, a sua utilização na investigação seria ilegítima.

Da decisão do juiz de instrução foi interposto recurso ao Tribunal da Relação de Lisboa que, igualmente, denegou as razões apresentadas pelo requerente, por entender que o apenso constituía meio de prova útil à investigação, realizando um juízo de proporcionalidade entre o direito à imagem e a “necessidade de promover e assegurar o exercício da acção da justiça em ordem a garantir a concretização pelo Estado.” Desta decisão, foi interposto recurso ao Tribunal Constitucional, no qual foi ventilada a hipótese de inconstitucionalidade material da aplicação das normas dos arts. 186º, do CPP, e 79º, n.º 2, do Código Civil, por violar o disposto no art. 18º, da CRP no que respeita aos critérios de necessidade e proporcionalidade.

Em julgamento do recurso, o Tribunal Constitucional entendeu que “ainda que se reconheça que a manutenção da imagem do recorrente nos autos *afecta o direito à imagem* deste, que nessa medida não controla o seu emprego – como não controlou a sua utilização

¹⁴⁴ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 384-388.

¹⁴⁵ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. 388-390.

¹⁴⁶ Ac. do TC n.º 81/2007, de 6 de Fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070081.html>.

no inquérito –, tal manutenção pode ser justificada no caso concreto, à luz de um juízo de ponderação, pela protecção dos *interesses dos arguidos* “contra os quais” ela foi utilizada, para sua identificação (e, em particular, das suas garantias de defesa) e pelo próprio *controlo e prova da eventual ilegalidade* do meio de identificação e de prova, pelo menos, enquanto o processo penal em que este foi utilizado ainda não tiver decisão transitada em julgado.”. Destarte, o Tribunal Constitucional negou provimento ao recurso, entendendo que a manutenção da fotografia nos autos atendia às “exigências de polícia ou de justiça”.

A doutrina e a jurisprudência portuguesas voltaram suas atenções à questão da prisão preventiva, no que concerne a apreciação dos recursos das decisões que ordenam a prisão preventiva após a reapreciação trimestral (art. 213º, do CPP) que manteve ou revogou a medida. A reforma do CPP, introduzida pela lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, estabeleceu no n.º 5 do art. 213º que “A decisão que mantenha a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação é susceptível de recurso nos termos gerais, mas não determina a inutilidade superveniente de recurso interposto de decisão prévia que haja aplicado ou mantido a medida em causa.”. O referido artigo, portanto, somente se dirige aos recursos incidentes sobre as medidas de coação da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação e, meramente no que respeita a decisão de manutenção destas medidas.¹⁴⁷

A ação de responsabilidade civil representa a via de tutela secundária não especificada. Os danos patrimoniais e não patrimoniais praticados pelo Estado e pelas entidades públicas civilmente responsáveis pelos atos e omissões de seus órgãos, funcionários e agentes, que venham a atingir direitos, liberdades e garantias, são suscetíveis de indenização por meio de ação de responsabilidade, conforme assegura o art. 22º da CRP.

Constitui via de tutela secundária, pois está projetada para o futuro, visando à reparação dos danos causados pelos atos da Administração. Os pressupostos para o exercício desta tutela residem na constatação do dano e na verificação do nexo causal entre este e o ato administrativo.

¹⁴⁷ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 399-401.

No que se refere às vias de tutela regulamentadas em lei, o art. 20º, n.º 5 da CRP determina que para assegurar os direitos, garantias e liberdades pessoais, a lei deve prever os procedimentos a fim de obter a tutela efetiva em face de ameaça ou da violação destes direitos. Destacamos, primeiramente, o incidente de apreciação das medidas de coação. Nesta seara, revelou-se maior empenho do legislador sobre a regulamentação, no que respeita, sobretudo a prisão preventiva. Neste ponto, a reforma trazida pela lei 48/2007 também surtiu efeitos, como ressalta Paulo Dá Mesquita¹⁴⁸: “A reforma (...) acentuou o princípio do pedido de um incidente que se estrutura num segmento de jurisdição autónoma relativamente ao juízo principal de mérito. Pelo que a promoção para ser válida tem de conter todos os elementos necessários para a decisão judicial (previstos no art. 194º, n.º4), já que o objeto do incidente relativo à aplicação da medida coactiva requerida na fase de inquérito é fixado pela promoção do Ministério Público. A reforma aprofundou a acusatoriedade e contraditoriedade do incidente (...)”.

Acerca do *habeas corpus*, a CRP eleva o remédio constitucional à qualidade de direito fundamental em seu art. 31º, estando também previsto nos arts. 220º a 224º do CPP. Destarte, enquanto direito fundamental, possui a função de tutelar a liberdade individual e também e se assume enquanto garantia de proteção deste direito. Constitui um procedimento autónomo, e não uma via recursal. Outrossim, possui o condão de declarar o direito fundamental violado, assim como possibilita a reintegração da liberdade pessoal, com vistas a anular a prisão ilegal.

Por fim, no que respeita a impugnação judicial da apreensão de bens no âmbito da investigação, a reforma do CPP, introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, instituiu a impugnação judicial da apreensão de bens perante o juiz de instrução no âmbito da investigação, no art. 178º. Em que pese ser importante via de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, a previsão do instituto não deixou de sofrer críticas¹⁴⁹,

¹⁴⁸ MESQUITA, Paulo dá. Algumas Notas sobre Garantia Judiciária, Investigação, o que o Arguido Disse e a Prova do Crime na Reforma de 2007 do Código de Processo Penal. in A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia. Coimbra, Coimbra Editora, 2008. p. 38-39.

¹⁴⁹ Como expõe Mata-Mouros, um dos críticos da reforma neste ponto é Pinto de Albuquerque, que em anotação ao art. 178º considera a alteração como: “não consentânea com a direção do inquérito pelo Ministério Público. O legislador teve em mente a propriedade de bens perecíveis e de fácil deterioração, cuja apreensão pode tornar-se uma medida de facto definitiva com o decurso de tempo e a consequente inutilização prática do bem. Mas se o propósito do legislador foi o de proteger a propriedade, fê-lo de modo que contraria a distribuição de poderes na fase de inquérito e tornando o juiz numa instância de recurso do MP”. MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 409. APUD ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código

principalmente no que se refere à noção de processo penal permeada pela divisão de competências. A referida tutela jurisdicional de impugnação, portanto, enfrenta os problemas concernentes à amplitude da competência de apreciação do juiz de instrução, de forma que, dificilmente, se desconstitui enquanto prova a apreensão de bens¹⁵⁰.

Considera-se, todavia, que a regra de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais no âmbito da investigação deve ocorrer de forma preventiva, tomando em conta o momento da autorização das medidas restritivas de direitos os interesses dos visados. O que se percebe, entretanto, é a dificuldade e, por vezes, a inexistência de uma tutela adequada para a proteção dos direitos lesados.

Em que pese a forte atenção voltada para as medidas privativas de liberdade, bem como para as apreensões de bens, onde o acesso à tutela adequada é garantido pela previsão do incidente de apreciação das medidas de coação, do *habeas corpus* e da impugnação da apreensão de bens, as outras medidas de ingerências em direitos fundamentais no âmbito da investigação não encontram amparo de vias de tutela específicas na legislação, de modo que o legislador ordinário deixa de apresentar uma estrutura procedimental que assegure a proteção destes direitos, como impõe o art. 20º, n.º 5 da CRP.

de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

¹⁵⁰ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011. p. 410.

Conclusão

O estudo que se desenvolveu ao longo desta dissertação concentrou-se em investigar se a garantia de intervenção do juiz de instrução no inquérito criminal é eficiente em assegurar a proteção adequada aos direitos fundamentais dos visados por medidas de ingerências.

Primeiramente, após as questões expostas acerca da natureza, do conceito e dos tipos de reserva de juiz, assim como a análise do conceito de jurisdição, conclui-se que as atividades desenvolvidas por este no âmbito do inquérito criminal, no tocante às decisões sobre as ingerências em direitos fundamentais, não congrega todas as características essenciais da atividade jurisdicional, aproximando-se, por vezes, das características da atividade administrativa, ao considerar-se o sentido funcional do conceito de jurisdição.

Em prol da prevenção da criminalidade organizada, a reserva de juiz tem figurado no âmbito da investigação além da finalidade de proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Mais que isso, tem servido a aumentar a eficiência do combate das novas formas de criminalidade pelo Estado, com o reforço do aparato investigativo, contrariando a noção de juiz de instrução enquanto garante das liberdades e dos direitos individuais.

Paralelamente a esta problemática, evidenciamos, na segunda parte desta explanação, os entraves normativos no domínio das medidas restritivas de direito, uma vez que as leis que tratam desta temática revelam incongruência e falta de densidade para estabelecer um sistema coerente que possibilite a correta aplicação destas medidas, ao passo que ficam relegadas à sorte da discricionariedade do julgador e, por vezes, como nos casos de competências de urgência, à discricionariedade policial e do Ministério Público. A ausência de parâmetros legais acaba por prejudicar o controle judicial destas decisões.

Por se tratar de ingerências em direitos fundamentais, mais elevada é a necessidade da coerência do sistema legal, ao passo que, quanto maior a possibilidade de violação destes direitos, maior e mais densa em seu conteúdo deverá ser a previsão legal justificadora da necessidade de aplicação da medida, para, desta forma, estipular os critérios norteadores ao julgador, de modo que a pura e simples previsão legal não é suficiente se não estiver aliada a uma densificação em seu conteúdo. A reserva de juiz deve

estar sempre em caminho consonante à reserva de lei, que deve, a seu turno, expressar uniformidade e nitidez ao estabelecer os critérios normativos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, a partir dos critérios de idoneidade, necessidade e razoabilidade, acaba por impor ao juiz de instrução a análise do mérito sobre a aplicação das medidas de ingerências em direitos fundamentais, análise que estaria reservada à competência policial e do Ministério Público.

O estudo das competências de urgência exercidas pelos órgãos de polícia criminal e pelo Ministério Público, para a aplicação de medidas restritivas de direitos em caso de perigo na demora, permitiu clarificar os parâmetros que as decisões judiciais devem obedecer. As dificuldades acarretadas pela discricionariedade exacerbada quanto à interpretação do conceito de *periculum in mora* nos conduz ao alargamento das competências de urgência, que embora sejam exceções, revelam uma propensão cada vez maior da sua utilização. Em decorrência da imprecisão do conceito do referido instituto, a sua interpretação e utilização acaba por ficar a cargo da discricionariedade dos próprios investigadores que, certamente, antes, concluíram pela necessidade de realização da medida. Isto é, de forma subjetiva, os investigadores possuem demasiada liberdade para definir a sua própria competência, o que representa um desrespeito ao sistema de repartição de funções e do controle judicial das decisões.

Da análise dos métodos ocultos de investigação, percebemos que, em que pese constituírem ferramentas que colaboram para com a investigação, os perigos do abuso e do erro na sua aplicação confrontam os direitos fundamentais dos visados por essas medidas, considerando que o seu elevado potencial de danosidade por desrespeitarem o direito à intimidade e à liberdade das relações. Ademais, carecem de determinação normativa e, de maneira que a aplicação dos métodos ocultos de investigação, por vezes, ocorre à margem da ilegalidade.

Quanto à dogmática das proibições de prova, pudemos observar que tanto a apreciação e a declaração judicial de ilegalidade posterior à realização de medidas de ingerências em direitos fundamentais, quanto à anulação da prova em decorrência da observância das proibições de prova, são insuficientemente capazes de impedir as violações dos direitos dos visados em uma investigação.

Mesmo com o esforço da doutrina alemã na elaboração das várias teorias acerca das proibições de prova, não foi possível estabelecer uma sistemática estante a respeito das suas regras gerais e dos seus efeitos. No mesmo sentido, a doutrina portuguesa parece não ter logrado êxito ao tentar definir um sistema geral da dogmática das proibições de prova, levando em consideração que a própria legislação não auxilia a tarefa e demonstra-se, mais uma vez, eminentemente incongruente quanto aos efeitos do instituto nas variadas categorias de proibições.

As proibições de prova demandariam um reforço muito maior do legislador, pois a sua estrutura dogmática demanda maior uniformidade normativa. Vimos, ainda, que embora sejam consideradas meios de proteção aos direitos fundamentais, as proibições de prova são abordadas, sobretudo, a partir de uma perspectiva voltada para os seus efeitos no processo e para o resultado deste, não permitindo que o lesado pela medida restritiva de direitos possa ser restituído, ao passo que somente considera os seus efeitos *intra processuais*.

A seu turno, a anulação de uma prova também revela a sua insuficiência na tutela jurisdicional efetiva de direitos fundamentais lesados por medidas restritivas de direitos, levando em conta que o lesado em seus direitos, ainda que extinta a medida, possa conservar interesse na sua declaração de ilegalidade.

Desenvolvemos, ainda, esforço em analisar se, aos visados pelas medidas restritivas de direitos na investigação, é reservada a tutela jurídica adequada a proteger estes direitos. Atentamos que, embora reforçada a atenção voltada às medidas privativas de liberdade, bem como para as apreensões de bens, onde o acesso à tutela adequada é garantido pela previsão do incidente de apreciação das medidas de coação, do *habeas corpus* e da impugnação da apreensão de bens, as outras medidas de ingerências em direitos fundamentais no âmbito da investigação não encontram amparo de vias de tutela específicas na legislação, de modo que o legislador ordinário deixa de apresentar uma estrutura procedimental que assegure a proteção destes direitos.

Embora o art. 20º, n.º 5 da CRP estabeleça o direito à tutela jurídica através do acesso aos tribunais, este direito necessita da adequada atenção da legislação ordinária, para que se estabeleçam os meios jurídicos e os procedimentos para a sua garantia, uma

vez que a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais constitui umas das características vitais de um Estado de Direito.

Diante de toda a explanação a que nos propusemos, concluímos que o papel de garante de direitos fundamentais reservado ao juiz de instrução no inquérito criminal não se perfaz com eficiência. Na realidade, o papel do juiz de instrução é, cada vez mais, voltado aos interesses do Estado na repressão e no combate à criminalidade, atuando de modo meramente formal ao lado dos órgãos de polícia criminal e do Ministério Público.

A crescente tendência de transferência do núcleo das decisões do processo para a investigação tende a debilitar a atuação do juiz que, a seu turno, dá espaço para uma atuação mais incisiva da polícia e do Ministério Público, passível de ferir gravemente os direitos fundamentais do arguido, que acaba por tornar-se mero objeto processual, violando frontalmente a estrutura acusatória.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa. Coimbra. Almedina, 2003.

ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Almedina, Coimbra, 1998

ALEXANDRINO, José de Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2004.

ANDRANDE, Manuel da Costa. Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos Ocultos de Investigação - Pladöyer para uma Teoria Geral. In: Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, número especial do BFDUC, vol. I, Coimbra, [s.n.] 1994.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. 1ª ed. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal. reimp. Coimbra, Almedina, 2016.

ANTUNES, Maria João. 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.

BARROS, Marco Antônio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANDÃO, Nuno. A Nova Face da Instrução. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 2 e 3/2008.

- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. I, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição e Défice Procedimental, Estudos sobre os Direitos Fundamentais. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed., Coimbra. Almedina, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos. Coimbra, Almedina, 1974.
- CORREIA, Eduardo. Les preuves en droit pénal portugais. In: RDES, ano XIV, Coimbra, 1967.
- CORREIA, João Conde. In: A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. Revista do CEJ, n.º4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006.
- CORREIA, João Conde. *in* “A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, Revista do CEJ, n.º4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006.
- CUNHA, José Manuel Damião da. Dos Meios de Obtenção da Prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal. II Congresso de Processo Penal, Memórias. Coimbra, Almedina, 2006.
- CORREIA, Fernando Alves. Os Direitos Fundamentais e a sua Protecção Jurisdicional Efectiva. BFDUC, vol. LXXIX, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. reimp. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. *in* Para uma Nova Justiça Penal, Almedina, 1983.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Que Futuro para o Direito Processual Penal? Separata de “Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias , por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.” Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantías, La Ley del Más Débil*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Curso de Processo Penal, Lisboa, vol. II. reimp. da Universidade Católica.
- GASPAR, António Henriques. Os novos Desafios do Processo Penal no Século XXI e os Direitos Fundamentais (um difícil equilíbrio). In: RPCC. Vol. 15, n.º 2. 2005.
- HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações Acerca da Função Jurisdicional e do Sistema Judicial. *Julgar*, 2. 2007.
- LOPES JUNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima. Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra. Almedina, 2011.
- MESQUITA, Paulo dá. Algumas Notas sobre Garantia Judiciária, Investigação, o que o Arguido Disse e a Prova do Crime na Reforma de 2007 do Código de Processo Penal. in *A Reforma do Sistema Penal de 2007. Garantias e Eficácia*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MESQUITA, Paulo Dá. Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed., Coimbra. Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2006, *O Direito*. Lisboa, A 139, n.º. 2007.
- MORÃO, Helena. O Efeito-à-distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português, RPCC, Ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro 2006.
- NEVES, António Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os Modelos actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, 1998.
- NEVES, António Castanheira. Sumários de Processo Penal. reimp. (1967-1968). Coimbra, 1968.

- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria. Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra, Coimbra Editora.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013..
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli., Curso de Processo Penal. 13. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 17 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva de Juiz nas Fases Anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo Penal. In XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Coimbra. Coimbra Editora, 2009.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade Organizada – que política criminal?, Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL. Ano IV, nº 6, 2003.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. O Inquérito no Novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra, Almedina, 1988.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos desafios, velhos rumos in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Traduzido por: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. BFDUC 81. 2005: 325-386.
- SILVA, Germano Marques da. Constituição Portuguesa Anotada, de Jorge Miranda e Rui de Medeiros. tomo I, Coimbra, Coimbra Editora. 2005.

SILVA, Germano Marques da. Curso de processo penal. vol. II, 5ª ed. Lisboa: Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques da. Produção e Valoração da Prova em Processo Penal. CEJ, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Revistas e Buscas. Coimbra, Almedina, 2003.

VICENTE, Laura Nunes. O Princípio da Proporcionalidade – Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2014. Disponível em: http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/premios/pub_1_ms/numero1_pms.pdf. (Acesso em: 20/03/2017)

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional

(Disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt.)

-N.º 620/07

-N.º 443/91

-N.º 155/2007

-N.º 565/2003

-N.º 67/2006

-N.º 7/1987

-N.º 274/2007

-N.º 81/2007

-N.º 200/2001

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

(Disponível em: www.dgsi.pt.)

-Proferido em 16 de Junho de 2004