

Obituário da instrução em processo penal



DR. RUI PATRÍCIO

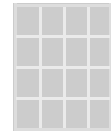
Advogado

A instrução criminal em Portugal está morta, morta e enterrada. Paz à sua alma, e dediquemos-lhe uma oração, pois uma fase processual que parecia essencial no Código de Processo Penal (CPP) de 1987 merece, pelo menos, uma oração quando se confirma o óbito. Aliás, era uma fase do processo penal que parecia tão essencial que até tinha, e tem (embora não pareça), um lembrete na Constituição da República Portuguesa (CRP), já que no artigo 32.º da mesma (esse artigo que tem por epígrafe “*garantias de processo criminal*”) o n.º 4 reza que “*toda a instrução é da competência de um juiz*”. Ora, como bem notaria La Palisse, se a Constituição só fala de coisas importantes e se se deu ao trabalho de falar na instrução, então é porque a instrução é importante. Claro que sim, mas é bom não esquecer que as Constituições rivalizam com o Inferno em matéria de boas intenções, e eu ainda estou para saber qual deles está

mais cheio delas. Em tempos que já lá vão, achei que a instrução era de facto essencial, a tal ponto que, quando alimentei projetos de tentar prosseguir carreira académica de investigação depois do mestrado, pensei dedicar o doutoramento ao direito constitucional à instrução. Coisas da juventude, ou, como titularia Balzac, *Ilusões Perdidas*. A idade tem as suas vantagens, e 45 anos de idade e 22 de andanças pelos meandros do Código de Processo Penal e dos Tribunais dão bem para ver que a concretização daquele meu projeto teria sido exercício poético.

Está morta, sim, e debaixo de sete palmos de terra. E não o digo – descansem – por causa da prática judicial em muitos processos, por exemplo em alguns muito conhecidos, alguns deles em que até intervim ou intervenho na qualidade de Advogado. Não, não vou falar disso – descansem –, não vou falar de casos concretos,

**“ORA, COMO
BEM NOTARIA
LA PALISSE, SE
A CONSTITUIÇÃO
SÓ FALA
DE COISAS
IMPORTANTES
E SE SE DEU
AO TRABALHO
DE FALAR NA
INSTRUÇÃO,
ENTÃO É PORQUE
A INSTRUÇÃO
É IMPORTANTE”**



“ABENÇOADA INSTRUÇÃO CRIMINAL EM PORTUGAL. TÃO PURA, TÃO BEM INTENCIONADA, TÃO SOBERANA. E FREQUENTEMENTE TÃO INÚTIL, PELO MENOS PARA O ARGUIDO. DE TAL FORMA QUE ÀS VEZES A MELHOR ESTRATÉGIA DE DEFESA É FUGIR DELA A SETE PÉS. MAIS DO QUE FUGIR DE UMA MORTA, TRATA-SE DE FUGIR DE UMA MORTA PERIGOSA, DAQUELAS QUE DE TEMPOS A TEMPOS APENAS SE ERGUEM PARA ATORMENTAR.”

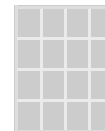
nem sequer vou – com melhor ou pior distanciamento crítico – analisar estas ou aquelas instruções, para tentar mostrar que muitas vezes a instrução não serve para nada a não ser para dar caução de boa conduta ou amável selo branco aos inquiridos que a precederam e que culminaram em acusações. Não o farei por três razões: (i) uma, porque em Portugal os Advogados e outros agentes do judiciário não devem falar de casos concretos, deixando essa atividade à profusa opinião de quem pouco ou nada sabe da matéria, sejam os opinantes de generalidades, sejam os jornalistas interessados (e às vezes *engagé*) nestes assuntos; (ii) outra, porque no espaço de um artigo leve como este, de mera opinião, não cabe a análise de muitos casos concretos que evidenciam instruções que de instrução verdadeira e própria (espaço de garantia, de liberdade, de exercício crítico, rigoroso e imparcial) têm coisa nenhuma; para isso seria preciso um livro, tanto mais que esse exercício de análise deveria ser cumulado com outro, que procurasse e avaliasse as razões sociológicas, psicológicas, jurídicas e políticas que levaram a que muitas vezes (não todas, faça-se a justiça de o dizer e tenha-se o espírito crítico suficiente para evitar

o terrorismo da generalização) a instrução seja um exercício vazio e retórico, e quantas vezes de retórica pobre; (iii) outra ainda, porque para mostrar que a instrução entre nós morreu, e de morte matada, não preciso de recorrer à prática e a exemplos de processos, basta passar os olhos para o que era e é a instrução no nosso CPP (cujo regime está nos artigos 286.º a 310.º), pois em 1987 já nasceu enfermiça e o tempo e as revisões do Código trataram de acabar com ela no plano legislativo. O plano da prática só lhe confirmou a morte, acalçou a terra que tem em cima e contribuiu para lhe limpar a ossada, tornando-a hoje um esqueleto, um monte de ossos – como diria o outro, limpinhos, limpinhos.

A instrução criminal – a que o Código de 1929 chamava contraditória – serve, dizia e diz o Código em vigor, para a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar o inquirido. Ou seja, a instrução é (deveria ser) o momento de garantia e avaliação judiciais da atividade anterior do Ministério Público e dos órgãos de polícia criminal, o momento em que um Juiz – com tudo o que isso tem (teria) de fundamental, garantístico e simbólico – syndica a atividade dos

titulares da ação penal. Ora, a atividade judicial tem, tem que ter, entre o mais, duas características essenciais: a imparcialidade, por um lado, e a possibilidade de revisão por Tribunal superior. E logo aqui a instrução nasceu enfermiça em 1987. Em matéria de imparcialidade, estivemos mal desde o início, pois o artigo 40.º do CPP ou outro nunca vedaram a participação em instrução a Juiz que, na fase do inquirido, tenha intervindo no processo, nomeadamente aplicando medidas de coação ou autorizando meios de obtenção de prova – para os quais, uns e outros, embora em diferentes medidas, tem que corroborar um juízo de indicição e em certos casos de indicição forte. Depois dessa intervenção, depois dessa corroboração, temos garantida aquela imparcialidade, seja numa perspetiva material, seja numa perspetiva de aparência (tão importante como a primeira, pois a justiça não tem apenas que ser feita, tem que parecer ser feita, como bem ensina o fundamental brocardo anglo-saxónico)? Parece-me que não, e sem grandes dúvidas.

Quanto à possibilidade de revisão (e de controlo por um Tribunal superior), as coisas também nasceram tortas, pois desde cedo o Juiz de instru-



ção pôde decidir os atos de instrução requeridos na instrução, mormente pelo arguido acusado, sem recurso. E ainda continua a ser assim (veja-se o artigo 291.º, n.º 2, do CPP). Ou seja, depois de uma fase essencialmente inquisitória (o inquérito), onde o contraditório é muito limitado (e às vezes apenas “decorativo”), abre-se uma fase que se proclama ser contraditória, mas os atos de instrução requeridos podem ser indeferidos e essa decisão não é passível de controlo por um Tribunal superior. E a isto somava-se a impossibilidade de recurso da decisão final da instrução no que respeita às questões de mérito, quando essa decisão confirmava a acusação. E ainda hoje é assim (veja-se o artigo 310.º do Código).

Ou seja, o arguido acusado pode tentar contraditar a acusação requerendo a instrução, mas os atos que requer para o efeito podem ser indeferidos sem controlo jurisdicional de Tribunal superior e, bem assim, a decisão final da instrução a confirmar a acusação também não é passível de recurso. E aquele indeferimento e esta confirmação podem ser – e tantas vezes são, desde logo por força das regras de organização dos Tribunais – da autoria de um Juiz que interveio antes no inquérito, aplicando medidas de coação e/ou autorizando meios de obtenção de prova, fazendo para o efeito juízos de indicição, às vezes de indicição forte. Mesmo que não levemos em conta certos casos de “ativismo judicial” (em que o Juiz, no inquérito e/ou na instrução, se comporta como verdadeiro ou desejado titular da ação penal), isto bastaria (e sobriaria) para questionarmos se temos na lei uma instrução verdadeira e própria, isto é, um momento em que, com todas as garantias, é possível sindicar a atividade anterior do Ministério Público e dos órgãos de polícia, especialmente nos casos de acusação, pois nesses casos a instrução visaria averiguar do bem fundado da submissão a julgamento, sendo certo que essa submissão é fortemente compressora de direitos, liberdades e garantias (aliás, na pureza dos princípios e na bem intencionada retórica da Constituição

e da lei, o Juiz de instrução criminal é o Juiz dos direitos, das liberdades e das garantias). De facto, cumpre questionar, e de forma séria e forte.

Mas há mais, e ainda sem necessidade de olharmos para casos concretos. Desde logo, há mais na possibilidade legal de a decisão instrutória poder ser “fundamentada” (as aspas são minhas e são empenhadamente intencionais) por remissão para o despacho final do inquérito (veja-se o artigo 307.º, n.º 1, do CPP), assim se podendo aligeirar (ou pura e simplesmente anular) uma garantia essencial da função jurisdicional, ou seja, a fundamentação. Aliás, sem fundamentação, como bem lembram a CRP (artigo 205.º, n.º 1) e o CPP (artigo 97.º, n.º 5), não há realmente função jurisdicional. Ora, pode acontecer que – conjugando todas as possibilidades legais que o Código confere – o mesmo Juiz que interveio no inquérito e que, desde então, já considera suficientemente indiciada certa versão das coisas venha a ser o Juiz de instrução no mesmo caso, aí indeferindo, sem controlo superior, os atos da instrução e aí proferindo, por remissão para a acusação, um despacho que a confirma, também sem possibilidade de recurso e, assim, de controlo por um Tribunal superior. O que é tanto mais grave quanto mais levarmos em conta que a decisão instrutória, tal como a decisão de acusação, se baseia apenas em indícios, numa ideia de probabilidade, e sabemos todos, pelo menos os que têm mínima experiência da vida e procuram olhá-la com os olhos abertos e com espírito crítico, como “indício” e “probabilidade” são conceitos que compartilham várias das propriedades de uma coisa que se usava muito para brincar quando eu era miúdo: a plasticina.

Com a agravante de – como também diz hoje expressamente a lei e a jurisprudência tende a sublinhar e a aplaudir – a maior parte das questões processuais decididas em instrução não poder voltar a ser conhecida em julgamento (veja-se os artigos 311.º, n.º 1, 338.º, n.º 1, e 368, n.º 1, do CPP). Como bem sabem muitos Advogados

experimentados, reagir a uma acusação requerendo a instrução é muitas vezes não só inútil como possivelmente contraproducente. De facto, como às vezes acontece com o fiel cão que se vira ao dono ou às visitas, nem sempre a instrução é o melhor amigo do arguido. Antes, amiúde, pelo contrário.

E, a fechar este círculo infernal, como último prego no caixão da instrução, devemos levar em conta a alteração introduzida no Código de Processo Penal no ano de 2007 (em mais uma revisão fortemente influenciada pela ressonância pública de casos concretos), que veio esclarecer que a proibição de recurso da decisão instrutória de confirmação da acusação era total, ou seja, abrangia não só as questões de mérito, mas também as nulidades e outras questões prévias ou incidentais (veja-se a parte final do n.º 1 do artigo 310.º do CPP). Se até então se tendia a entender que pelo menos quanto a estas era possível recurso, nessa revisão do Código – expressão, como outras revisões e reformas, de tempos de musculação do processo penal e também de medo das garantias, *rectius*, da impopularidade das garantias – o legislador (ou seja, o poder político) veio dizer, *urbi et orbi*, que o Juiz de instrução é em tudo absolutamente soberano, tão soberano que nada do que decida – e mesmo que tenha sido o Juiz do inquérito, e mesmo que nada fundamente, mas tão-só “remeta”, “se arrime” ou “corrobore” – é passível de ser controlado por outro Tribunal.

Abençoada instrução criminal em Portugal. Tão pura, tão bem intencionada, tão soberana. E frequentemente tão inútil, pelo menos para o arguido. De tal forma que às vezes a melhor estratégia de defesa é fugir dela a sete pés. Mais do que fugir de uma morta, trata-se de fugir de uma morta perigosa, daquelas que de tempos a tempos apenas se erguem para atormentar. •