

Investigação Criminal, Sistema Acusatório e Ministério Público: Semelhanças e Diferenças Entre os Códigos de Processo Penal Português e Brasileiro¹

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira²

RESUMO

Este artigo aborda os Códigos de Processo Penal português e brasileiro segundo uma metodologia comparativa. Analisa os seus modelos de investigação criminal e de atribuição de funções do Ministério Público. Aponta semelhanças e diferenças entre esses modelos num contexto de estrutura acusatória do processo penal. Avalia as modificações propostas no anteprojeto de Código de Processo Penal brasileiro. Sugere a necessidade de conhecer melhor o Ministério Público português.

Palavras-chave: *Modelos de Sistema Acusatório. Regime de Produção. Elementos de Prova. Código de Processo Penal Brasileiro.*

1 INTRODUÇÃO

O estudo de direito comparado já não desfruta do mesmo prestígio de outrora. Entretanto, não se pode desprezar o aproveitamento dos saberes produzidos por esse método de interpretação, por alguns

¹ Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

² Promotor de Justiça no MPCE – Ministério Público do Estado do Ceará, Professor na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, e na DeVry FANOR – Faculdades Nordeste, ambas em Fortaleza, Brasil, e Doutorando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. E-mail: marcusamorim@mpce.mp.br

considerada verdadeira ciência, cuja abordagem contextualizada de problemas comuns a vários sistemas jurídicos, além de útil nas investigações históricas referentes à ciência do direito, pode contribuir para a descoberta de soluções de interesse geral. A experiência comunitária de países europeus, e mesmo com menor engajamento, também sul-americanos, e que apresentam uma tendência de aprofundamento, interrompida, é bem verdade, por alguns retrocessos, vem propiciando o resgate desse método de abordagem do direito positivado como uma interessante estratégia de alinhamento com a moderna dinâmica das relações globais. Em matéria de política criminal, a contínua mutabilidade das organizações criminosas e a porosidade de suas ações delituosas, como tal entendida a facilidade de travessia das fronteiras nacionais, acarretando, assim, dificuldades de aplicação da norma penal, e a cada vez mais frequente intercomunicabilidade de sujeitos e condutas, não apenas recomenda, preferimos dizer, até exige a utilização das ferramentas teóricas do direito comparado para a descoberta de caminhos seguros e proveitosos para a permuta de experiências e compartilhamento de desafios envolvendo as agências nacionais do sistema de justiça criminal.

Neste trabalho, buscamos apontar alguns tópicos de relevo, tanto no sentido de uma aproximação como de distanciamento, entre os sistemas processuais penais português e brasileiro, sob uma perspectiva a partir da posição ocupada pelo Ministério Público em duas de suas funções mais significativas e ao mesmo tempo tradicionais nos tempos que correm: a investigação criminal e a acusação oficial no processo criminal.

Em certa medida, as mais importantes diferenças entre as legislações processuais penais portuguesa e brasileira resultam da trajetória histórico-política que algumas instituições, como o Judiciário, as polícias e o Ministério Público, percorreram ao longo do tempo. Nesse aspecto, no último quarto do século pretérito, as duas nações, cada um a seu modo, trilharam caminhos que estavam orientados

no sentido de democratização das instituições estatais e culminaram com o restabelecimento de regimes democráticos. Entretanto, enquanto o vigente Código de Processo Penal brasileiro surgiu em 1941, e portanto, veio a lume num período em que o país vivia sob um regime autoritário, o seu correspondente português foi promulgado em 1987, já sob o manto da Constituição da República Portuguesa, de 1976, um verdadeiro pilar, no plano jurídico, do estado de coisas que se consolidou após a Revolução dos Cravos.

O Código de Processo Penal brasileiro revelou-se inspirado, naquilo que toca a sua estrutura fundamental, no similar italiano do regime fascista, e por isso, desde seu nascedouro possuía viés marcadamente autoritário, pouco ou em nada afeito à proteção de direitos fundamentais, quer do acusado, quer do ofendido. A intervenção punitiva do Estado, notadamente no que tocava à produção de prova, tinha suas ações concentradas na figura do juiz. O Ministério Público, apesar de titular da ação penal pública, estava restrito à função de acusador oficial. Registre-se que a criminalidade, àquela época, tinha características bem diversas. O Brasil era um país rural, ainda com baixos índices de crimes violentos. O combate à criminalidade organizada e a repressão de crimes virtuais ainda não haviam entrado na pauta de debates.

Todo esforço de codificação se destina à sistematização das normas sobre determinada matéria, a fim de conferir maior rigor lógico e facilitar a aplicação da lei. Em 1941, o Código de Processo Penal brasileiro vinha substituir a legislação do Império, cujo Código datava de 1832. A mesma mudança de cenário político que se desenhou naqueles tempos também se configurou algumas décadas mais tarde. Depois de um breve período de vida democrática e a reincidência em regime autoritário, desta feita, pelas mãos das forças armadas, a nação brasileira vivenciou uma transição mais tranquila para a democracia, e que teve na Constituição de 1988 um de seus momentos mais marcantes. Todavia, os operadores jurídicos ainda

se veem na contingência de lidar com o mesmo Código de Processo Penal e sua ideologia retrógrada. Apesar do esforço interpretativo para adaptar o texto do antigo Código ao novo regime constitucional, que transformou a proteção dos direitos fundamentais em escudo e elegeu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como missão, há evidentes limites do sistema legal que impedem, no âmbito do processo penal, a concretização plena do modelo de intervenção do Estado em matéria criminal projetado pelos princípios e normas constitucionais. As sucessivas leis extravagantes ou de alteração do texto original do Código se mostraram uma tentativa, muitas vezes com resultados não mais do que parciais, de atualização do ordenamento processual penal e de reformulação do antigo Código. E o excesso de legislação às margens do Código, com o decorrer dos anos, fez esvanecer a força sistematizadora que preenche a alma de um texto único.

Em Portugal, o surgimento do atual Código de Processo Penal, em 1987, deu-se em contexto absolutamente diverso. O país já vivia sob a tutela de uma nova Constituição, de 1976. O mesmo esforço de codificação que motivou a ação do legislador brasileiro na década de 1940 aqui impulsionou o parlamentar português. Nesse cenário, o vigente Código de Processo Penal português vem marcado pelas cores de um garantismo penal mais realista, num panorama de criminalidade difusa.

No ambiente de uma comunidade de países europeus, o Código português buscou incorporar novas ideias de instrumentalização da persecução penal e modelos de organização funcional do aparelho repressivo do Estado, presentes nos ordenamentos dos países comunitários com os quais Portugal mantém relação mais próxima, adaptando-os todos, porém, às tradições locais. Seu objetivo está concentrado no oferecimento de uma legislação capaz de fazer frente às feições atuais de uma criminalidade cada vez mais transnacional e sofisticada. Esta, aliás, uma deficiência do Código brasileiro,

haja vista as profundas mudanças socioeconômicas que o Brasil e o mundo atravessaram nestes últimos setenta anos e que justificam a elaboração de um anteprojeto de um novo Código, a ser salientado no derradeiro capítulo deste ensaio.

A despeito do largo hiato temporal entre os dois Códigos de Processo Penal, e a inversão genealógica entre os Códigos e as respectivas Constituições, de se ver que, em maior ou menor grau, os ordenamento processuais penais, na atualidade, em ambos os países, devem ser compreendidos como um reflexo dos valores ligados ao Estado de direito democrático e de um regime de garantias de direitos fundamentais, e por conseguinte, a interpretação de suas normas há de ser condizente com o arcabouço constitucional que lhes dá morada. Os dois países se acham atualmente ao abrigo de Constituições democráticas, mas o Código de Processo Penal brasileiro tem carga genética autoritária. Isso exige dos aplicadores um esforço hermenêutico quase hercúleo para tentar compatibilizar a vetusta norma processual com os valores e princípios constitucionais contemporâneos, dentro dos limites semânticos da norma legal, uma dificuldade que se percebe de menor vulto no direito português. Como lembra CANOTILHO:

na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p.230).

Trata-se da aplicação do princípio hermenêutico-constitucional da interpretação da lei em conformidade com a constituição, decorrente da força normativa do texto constitucional. Entretanto, esse esforço, no Brasil, já tem perdido fôlego. O Código de Processo Penal brasileiro já foi explorado em tudo aquilo que sua estrutura normativa

podia proporcionar, tanto que tramita no Congresso Nacional um anteprojeto de Código de Processo Penal.

Nessa direção, a Constituição da República Portuguesa – CRP consagra que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”, e ainda, que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art.32º, n.º1 e 2, CRP). Por seu turno, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH, de 1950, estabelece que

qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (art.6º, n.º1, CEDH, 1950).

De igual maneira, a Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art.5º, LIV, CRFB). O processo penal moderno é, afinal, uma matriz de respeito à dignidade da pessoa humana quando tal pessoa é submetida à ação do aparelho repressivo do Estado, na atividade de aplicação da sanção penal.

2 MODELOS DE SISTEMA ACUSATÓRIO

A busca por um modelo ideal de organização do sistema de justiça criminal, capaz de assegurar um julgamento justo àquele que o Estado aponta como infrator da lei penal, traz consigo a formulação de uma estrutura de persecução que permita uma separação de atribuições tanto mais nítida quanto possível entre os órgãos incumbidos da função de julgar e de acusar. Para FERRAJOLI:

precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal sistema procesal que concibe al juez como un

sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (FERRAJOLI, 1995, p.564).

Nesse segmento de ingerência do Estado na vida dos cidadãos, Brasil e Portugal construíram suas próprias histórias, mas, ainda assim, com diversos capítulos em comum. Se, no Brasil, a Carta Magna não faz referência direta a um modelo de sistema acusatório, e por isso, a doutrina jurídica vem se esforçando desde sempre em identificar suas características no bojo das competências constitucionais dos atores do aparelho de justiça, a Constituição da República Portuguesa, por sua vez, estabelece as linhas gerais do sistema, ao prescrever que "*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*" (art.32º, n.º5, CRP). Obviamente, o mandamento constitucional se fez valer na confecção do texto do Código português, mas isso não significa que o texto português tenha se igualado a um padrão universal de modelo acusatório, pois que isto não existe. A legislação portuguesa, como vem dito na exposição de motivos do Código,

procurou temperar o empenho na maximização da acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para efeito de acusação como de julgamento; o que representa, além do mais, uma sintonia com a nossa tradição jurídico-processual penal. (CPPP, Exposição de Motivos).

Eis a explicação para as diferenças no tratamento conferido pelas legislações de países como Portugal e Brasil aos mesmos institutos jurídicos. E sem descurar da tradição que cada país possui no *modus faciendi* da justiça criminal é que o estudo de direito comparado, ressaltamos, permite um melhor enquadramento dos problemas práticos

e a produção de soluções por intermédio da experiência estrangeira.

As arquiteturas dos Códigos de Processo Penal brasileiro e português se distanciam, basicamente, em razão do papel conferido aos agentes do sistema de justiça criminal na conformação do desenho de um modelo acusatório particular, e a definição desse conjunto de atribuições vai orientar o alinhavar de toda a tessitura da legislação, desde a estrutura dos ritos procedimentais até a produção de elementos de prova. Decerto, um procedimento será tanto mais simplificado quanto desnecessária, à vista da natureza do crime ou de outros requisitos, a atuação do órgão de acusação, e ao mesmo tempo, menores as dificuldades do julgador para conhecer a causa em profundidade bastante para oferecer-lhe condições de entregar uma prestação jurisdicional correta e justa. Sob o mesmo influxo, a intervenção do juiz na produção de prova será mais tímida ou contundente a depender do papel que ele desempenha no processo criminal, isto é, a proximidade que a lei lhe permite ter da tarefa de produção de prova. Neste tópico, abordaremos a feição, a partir da Constituição, do Ministério Público e do juiz dentro de cada sistema acusatório. O conjunto de desdobramentos dessas diferentes conjunturas na atividade de produção de prova será alvo de nossa atenção logo a seguir.

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro adquiriu estatura institucional nunca antes alcançada, vindo a ser retirado da condição de simples auxiliar da atividade jurisdicional. O legislador constituinte atribuiu a este órgão a missão de protagonista da nova experiência democrática e de soldado dos direitos fundamentais do cidadão, dando-se-lhe importante papel na almejada construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I, CRFB). O Ministério Público passou a ser tido como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art.127, *caput*, CRFB). Embora um órgão do Estado,

a atuação do Ministério Público está direcionada para a tutela dos interesses maiores da sociedade, reconhecidos no núcleo valorativo da Constituição. Tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e, com destaque, a independência funcional (art.127, §1º, CRFB). Por força deste último, a atuação do membro do Ministério Público no plano jurídico-processual está livre das amarras da obediência hierárquica. O dever do representante do Ministério Público consiste em permanecer compromissado com a lei, aqui entendida em seu sentido mais amplo, e portanto, inclui as normas oriundas das instâncias internas da própria instituição. Mas isso não implica dizer que a ação empreendida em qualquer âmbito, processual ou extraprocessual, não esteja passível de algum mecanismo de controle. Todavia, tal controle se dá pelas vias normais da lei, através de recursos ou outros meios de impugnação judicial, sem prejuízo da responsabilização direta do agente ministerial pela prática de algum ilícito. De qualquer modo, em nenhuma hipótese o membro do Ministério Público brasileiro pode estar sujeito a alguma ordem superior no sentido de adotar tal ou qual decisão que refira ao exercício das funções institucionais. O membro do Ministério Público desfruta as mesmas garantias e privilégios legais do juiz, porém, pertence a um órgão com organograma e carreira em separado do Judiciário.

Além de dispor de autonomia administrativa e financeira (art.127, §§2º a 6º, CRFB), o Ministério Público brasileiro, como reflexo do evidente propósito de instrumentalizar o desempenho de seu papel constitucional, possui diversas atribuições, nos mais variados segmentos da ciência jurídica. Em matéria penal e processual penal, merecem destaque: (a) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (b) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, nos termos da lei complementar respectiva; (c) exercer o controle externo da atividade policial, também na forma de lei complementar; (d) requisitar diligências investigatórias e a

instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; e ainda, numa redação bastante generalizante, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada, outrossim, a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art.129, I, VI, VII, VIII e IX, CRFB).

A Constituição portuguesa, por seu turno, coloca para o Ministério Público a competência de

representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como [...] participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática (art.219º, n.º1, CRP).

O Ministério Público representa o Estado, muito embora com funções variadas, tanto quanto o Judiciário, e também por isso, tem-se a organização das carreiras como uma única magistratura. Os membros do Ministério Público português *“são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”* (art.219º, n.º4, CRP). Reflexo de tal subordinação hierárquica é o poder do Ministro da Justiça consistente em *“requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço”* ou *“solicitar ao Procurador-Geral da República inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal”* (art.80, alíneas “c” e “e”, Lei n.º47/1986). No entanto, para amenizar tão forte vinculação, *“os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-lo com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica”* (art.79, n.º2, Lei n.º47/1986). Difícil, imagina-se, seria encontrar fundamento jurídico suficientemente sólido para justificar uma recusa à obediência hierárquica. No Brasil, a ligação do Ministério Público ao Executivo, no

plano estritamente normativo, subsiste tão somente na nomeação do chefe da instituição, feita pelo Presidente da República ou Governador de Estado, conforme o caso, a partir de uma lista tríplice formada em eleição direta entre os membros do Ministério Público.

A opção do constituinte português quanto à colocação do Ministério Público tem implicações em sua atuação na persecução penal. Em muitos países, antes de proceder a dedução da pretensão punitiva em juízo, o órgão acusatório busca informações sobre a prática de um delito em algum trabalho investigatório. No Brasil, o inquérito é um procedimento administrativo dirigido pela polícia judiciária (civil, nos Estados, ou federal, pela União), um conjunto de órgãos administrativamente vinculados ao Executivo. Não comporta contraditório, isto é, o investigado vem tratado apenas objeto da investigação. Todavia, o indiciado, juntamente com o ofendido, pode requerer diligências, cuja efetuação permanece ao alvitre da autoridade policial (art.20, CPPB). Em Portugal, tem-se situação semelhante. Note-se, como lembra CARVALHO, que

a fase do inquérito tem manifestações, ainda que tênues, do princípio do contraditório, das quais se destaca a faculdade que o arguido e o assistente têm de intervir nessa fase processual oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhes afigurarem necessárias (art.61º, n.º1, al. G. e 69º, n.º2, al. A) (CARVALHO, 2010, p.18).

A justificativa para essa interferência é a prevalência do interesse maior do desvelamento da verdade.

Nos termos da legislação brasileira, a autoridade policial responsável pela condução das investigações conta com uma larga margem de discricionariedade para definir as suas etapas e efetuar as diligências que entender convenientes para a elucidação dos fatos, visando a descoberta de evidências da existência do crime e de indícios de sua autoria. Além disso, tem obrigação de preservar o sigilo da investigação e não pode dispor dos autos do inquérito. Em qualquer hipótese,

o resultado da investigação deve ser encaminhado ao titular da ação penal – Ministério Público ou ofendido, conforme o caso. De suma importância, trata-se de um procedimento investigatório que, apesar de configurar o modelo padrão de atuação de órgãos do Estado para dar início à persecução penal, não constitui uma via exclusiva de investigação criminal. Há algum tempo a doutrina e os tribunais brasileiros aceitam a investigação criminal procedida diretamente por outras instituições, aí incluído o próprio Ministério Público.

No tocante ao inquérito policial, compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade das polícias, com o objetivo de fiscalizar a legalidade dos atos investigatórios e zelar pela eficiência da atividade policial. Entretanto, não existe uma subordinação funcional direta das polícias ao Ministério Público. Diante do desagrado de um trabalho investigativo feito pela polícia, resta ao membro do Ministério Público tão somente requisitar novas diligências no âmbito do inquérito policial – ou então, proceder a uma investigação criminal direta. A exceção tem revelado que este vem sendo um ponto de atrito envolvendo as duas instituições.

Na legislação processual penal portuguesa, o inquérito já é uma fase processual, antecedente à instrução, se houver. Neste ponto, outra distinção de magna importância se faz revelar: o Ministério Público, porque componente da carreira da magistratura, é o órgão com competência para dirigir o inquérito (art.53, n.º2, alínea “b” e art.263, n.º1, CPPP). Os órgãos de polícia criminal até possuem atribuição, em caráter cautelar, para colher, por iniciativa própria, notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, podendo chegar a deter pessoas, para além de praticar os atos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (art.55º, n.2, c/c arts.249º, 251º, 252º e 252º-A, CPPP). O controle da investigação criminal, na fase do inquérito, a residir no órgão do Ministério Público é uma das notas características mais relevantes do sistema acusatório português (art.56 e art.263, n.º2, CPPP). Em contrapartida, essa atribuição traz

consigo a necessidade de que o Ministério Público esteja adequadamente aparelhado para cumprir seu papel, dirigindo efetivamente, se não todos, a maior parte dos inquéritos existentes, sob pena de desvirtuação do sistema. Nos dizeres de SOUTO DE MOURA (2008, p.144), o exagero à faculdade de delegação de diligências, chegando a um ponto em que os órgãos de polícia criminal passem a encarar a presença do Ministério Público como uma excrescência, é um risco. Com efeito, são variados os atos que o Ministério Público português pode realizar no inquérito, todos eles destinados ao atingimento da finalidade desta etapa processual, a saber, a investigação da existência de um crime, a determinação de seus agentes e sua responsabilidade e a descoberta e coleta de provas, a fim de que possa decidir sobre a acusação (art.262º, n.º1, CPPP). Alguns atos investigatórios, excepcionalmente, são direcionados pela lei ao juiz de instrução, por força da imperiosa necessidade de garantia de direitos fundamentais (art.269º, CPPP), e aos órgãos de polícia criminal, por delegação do próprio Ministério Público (art.270º, CPPP).

Em consequência à inclusão do inquérito como etapa processual, destaca-se, dentre as pessoas investigadas, a figura do arguido. O arguido é aquele contra quem há uma pretensão punitiva em juízo. A situação jurídica de arguido se configura já durante o inquérito, desde que o Ministério Público esteja convencido de que existe fundada suspeita de que uma pessoa tenha praticado o crime. Nesse cenário, o Ministério Público há de proceder a interrogatório do investigado na condição de arguido, e para tanto, deve, em regra, comunicar-lhe a realização do ato com antecedência de vinte e quatro horas (art.270, n.º1 e 2, e art.58º, alínea “a”, CPPP). O arguido, definitivamente, é um sujeito processual num processo que, todavia, não têm partes. Em situação diferente, o suspeito é *“toda a pessoa relativamente a qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”* (art.1º, alínea “e”, CPPP). Na lição de PINTO DE ALBUQUERQUE (2011, p.178), *“é um*

arguido que ainda não foi reconhecido formalmente como tal", mas também assistido por direitos e deveres processuais, assim como o arguido. Sobremodo,

desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei (art.60º, CPPP).

O arguido pode requerer ao Ministério Público a efetuação de diligências durante o inquérito. Se o pedido não for atendido, não é o caso de dirigir-se ao juiz de instrução, mas de reclamar com o superior hierárquico do magistrado do Ministério Público.

No Brasil, a doutrina reconhece as figuras jurídicas do suspeito ou indiciado, em referência a um inquérito policial, sem contar, claro, do réu, no processo criminal. O indiciamento é um ato exclusivo da autoridade policial. Entretanto, a legislação não define as circunstâncias em que tal ação deve ser realizada, limitando-se a mencionar o indiciado em algumas passagens do texto normativo. De um modo geral, deve ocorrer quando a autoridade policial identifica a existência de indícios suficientes de autoria contra o investigado. Uma vez efetuado o indiciamento, alguns direitos, como o de permanecer calado diante de indagações feitas em interrogatório ou de fazer-se acompanhar de advogado, pode ser invocados pelo indiciado. Desde sempre esta falha na regulação do indiciamento ocasiona vários problemas. O Código de Processo Penal português, ao contrário, demonstra uma clara preocupação em delinear o *status* jurídico do arguido, quando alguém se vê constituído como tal já mesmo no inquérito, e reconhecer-lhe direitos e garantias processuais (art.61º, CPPP), aí incluída a de escolher defensor para si (arts.62º a 67º, CPPP). Caso ele próprio não o faça, a nomeação de defensor para o réu, no Brasil, só ocorre após a instauração do processo criminal (art.261, c/c art.396-A, §2º, CPPB).

O encerramento do inquérito, nos dizeres do Código de Processo Penal português, é efetuado pelo Ministério Público, num prazo de seis meses, mas esse prazo pode estender-se, em situações específicas, até dezoito meses, contados a partir do momento da constituição de alguém como arguido (art.276º, n.º1 e 2, CPPP). Se o Ministério Público entender que inexistem indícios suficientes da verificação do crime, de que não se praticou qualquer delito, de que não há provas bastantes contra o arguido, ou de não ter sido ele o autor do crime, ou ainda, por qualquer motivo legal, ser inadmissível o procedimento, procederá, por despacho, ao arquivamento do inquérito (art.277º, n.º1 e 2, CPPP). A decisão do Ministério Público, convém dizer, comporta impugnação. Por força do princípio hierárquico,

no prazo de vinte dias a contar da data em que a abertura de instrução já não puder ser requerida, o imediato superior hierárquico do membro do Ministério Público pode, por sua iniciativa ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente, determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar e o prazo para o seu cumprimento” (art.278º, n.º1, CPPP).

Depois de esgotado esse prazo, “o inquérito só pode ser reaberto se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados pelo Ministério Público no despacho de arquivamento” (art.279º, n.º1, CPPP). Os prazos para conclusão do inquérito policial, no Brasil, são ridiculamente reduzidos. Numa realidade apropriada para a década de 1940, a lei determina que, em regra, tendo havido indiciamento, a autoridade policial deve confeccionar relatório conclusivo em dez dias, se o indiciado estiver preso, ou trinta, se solto (art.10, CPPB). Após o encerramento, os autos do inquérito policial são remetidos ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme o caso.

O Ministério Público português também é responsável pela oferta de proposta de suspensão provisória do processo, um instituto de

cariz despenalizador, com objetivos de prevenção geral e especial, em vários aspectos semelhantes à suspensão condicional do processo existente no ordenamento brasileiro (art.89, Lei n.º9099/95). Reconhece-se como um direito subjetivo do arguido, ou seja, trata-se de um poder-dever do Ministério Público apresentar a proposta, desde que preenchidos os requisitos legais referentes às suas hipóteses de cabimento. Ao juiz de instrução compete efetuar o controle da legalidade da decisão do magistrado do Ministério Público. Havendo a concordância do arguido, ele se submete a uma série de regras de conduta estabelecidas na proposta, pelo prazo de dois anos a cinco anos, a depender da natureza do crime, algo que no Brasil é conhecido como período de prova. Há situações previstas em lei em que a suspensão é interrompida e o processo retoma seu curso. Mas, se isto não acontecer, uma vez findo o período de prova, o Ministério Público arquiva o processo, que não mais pode ser reaberto (arts.281º e 282º, CPPP). De modo diferente, no Brasil, a suspensão condicional do processo é oferecida juntamente com a peça inicial da acusação, ou excepcionalmente, em momento posterior do processo, e se o período de prova transcorrer normalmente, o juiz da causa profere uma sentença terminativa através da qual declara a extinção da punibilidade do acusado.

Se não for o caso de arquivamento do inquérito, havendo indícios suficientes da existência do crime e de quem foi seu autor, o Ministério Público português deduz acusação (pública) contra tal pessoa ou, se não lhe compete tal providência, notifica o assistente para apresentar acusação (particular). O assistente também pode aderir à acusação do Ministério Público (arts.283º a 285º, CPPP). No Brasil, adota-se uma terminologia diferente. O Ministério Público oferece denúncia (ação penal pública) ao passo que o ofendido, seu representante legal ou sucessor ajuíza uma queixa (ação penal de iniciativa privada). Outro ponto importante é que a Constituição Federal brasileira estabelece, como verdadeiro direito fundamental do cidadão, a possibilidade de

ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, nas situações de inércia do Ministério Público (art.5º, LIX, CRFB e art.29, CPPB). Tem-se aqui um resquício de um sistema acusatório tradicional, no qual a acusação é particular e o Ministério Público, então, se apresenta como uma instituição do Estado com funções fiscalizatórias.

A estrutura do sistema acusatório português conta com intervenção judicial de duas maneiras bastante distintas. Durante o inquérito e a instrução atua o juiz de instrução. Para o julgamento da causa, tem-se os tribunais. A função do juiz de instrução é tutelar os direitos fundamentais dos eventuais investigados, notadamente o arguido, a considerar que, no inquérito, não se dispõe de um contraditório consolidado. A legislação portuguesa alimenta a crença, de resto, bastante disseminada, de que o contato prematuro do juiz com a produção de prova põe em risco a preservação de sua imparcialidade. Desse modo, atos realizados pelo próprio juiz, como o interrogatório do arguido, ou por ele autorizados, a exemplo de autorização para interceptação telefônica ou ordem de busca e apreensão domiciliar (arts.268º e 269º, CPPP), são submetidos a ponderação, para efeito de avaliação da prova colhida e julgamento da conduta do arguido, por outros órgãos judiciais. Esta suposta influência da atividade de coleta de prova pelo juiz na formação de seu convencimento como julgador é também tema polêmico no Brasil. Mas, diversamente do que ocorre em Portugal, por conta da regra de prevenção, não somente o juiz atua na tutela de direitos fundamentais em qualquer momento pré-processual como também, se assim o fizer, torna-se prevento para julgar a causa. Há, pois, um contato permanente do julgador com o procedimento de investigação, e por isso, com a produção de elementos de prova antes mesmo de proceder-se a acusação.

Como se percebe, o processo penal português estabelece três etapas distintas da persecução penal em juízo, numa forma de atividade processual padrão que chama de processo comum. A primeira delas é o inquérito, dirigido pela magistratura do Ministério

Público. A segunda vem a ser a instrução, requerida pelos demais sujeitos processuais e realizada sob a responsabilidade de um juiz de instrução. Ela serve para comprovar judicialmente o acerto da decisão de acusação ou de arquivamento. É disciplinada como uma fase não obrigatória, mas nela já cabe o exercício do contraditório. Se não houver nenhum requerimento para a instrução, e tendo sido feita a acusação, passa-se do inquérito diretamente para a terceira e última etapa, que é o julgamento. No Brasil, o único procedimento que guarda uma pálida semelhança com esse modelo padrão do sistema português é aquele dos crimes de competência do Tribunal do Júri Popular. Com efeito, ao cabo da fase instrutória, o juiz da causa decide se deve sujeitar o réu a julgamento perante os julgadores leigos, através do ato nominado de decisão de pronúncia.

O processo penal português é um processo sem partes. A primeira etapa (inquérito) é conduzida pelo Ministério Público e as demais (instrução, julgamento) pelo juiz ou tribunal. Tendo em devida conta as características primordiais do inquérito português, sempre obrigatória no processo comum, como a direção a cargo do Ministério Público e a ausência de contraditório, observa-se que há uma estreita margem de participação do arguido. Daí porque a instrução, prevista como um estágio facultativo do processo, na prática, tornou-se frequente nos processos criminais em que se pode aplicar, isto é, nos comuns. No antigo Código de Processo Penal português, de 1929, havia uma instrução, primeiro, preparatória, e depois, contraditória, de tal modo que a mudança não se mostrou, com o decorrer do tempo, tão efetiva no sentido de abreviar tanto quanto possível a conclusão do processo.

Em seu formato atual, a instrução, requerida pelo arguido ou assistente (art.287°, n.º1, CPPP), não possui uma ritualística específica. É simplesmente formada por um conjunto de atos que o juiz reputa cabíveis para o caso concreto, organizados segundo o modo que ele julgar mais conveniente para a apuração da verdade (art.291°, n.º1, CPPP). Entretanto, o juiz de instrução deve interrogar o arguido

não somente quando julgar necessário, mas também quando este o solicitar (art.292º, n.º2, CPPP). Na instrução, torna-se obrigatória apenas a realização de uma audiência de debate instrutório, oral e contraditório, na qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e seu advogado, mas não as partes civis. Eles podem assistir aos atos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade (art.289º, CPPP). A instrução se destina a comprovar judicialmente a decisão de deduzir acusação tomada pelo Ministério Público ou arquivamento do inquérito de modo a submeter a causa ou não a julgamento (art.286º, CPPP).

Havendo decisão de pronúncia do arguido (art.308º, CPPP), ou se não se procedeu a instrução, mas somente a acusação, os autos são encaminhados ao tribunal. Então, o presidente decide sobre nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa de que possa desde logo conhecer. Neste momento processual também cabe rejeição imediata da acusação (art.311º, CPPP). Em seguida, designa-se data para audiência de julgamento, que deve ser contínua e no qual o arguido pode apresentar contestação, acompanhada do rol de testemunhas (art.315º, n.º1, e art.328º, n.º1, CPPP). A audiência de julgamento comporta produção de prova, determinada pelo tribunal, oficiosamente ou a requerimento (art.340º, CPPP). Finda a produção de prova, o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor recebem a palavra para apresentação de alegações orais nas quais devem expor suas conclusões, de fato e de direito, que porventura hajam extraído da prova colhida (art.360º, CPPP). Finalmente, o tribunal delibera e profere a decisão que vai compor a sentença, da qual são todos desde logo intimados (arts.365º a 380º, CPPP).

Em qualquer sistema acusatório, com maior ou menor grau de independência do órgão de acusação, a quem podemos chamar gene-

ricamente de Ministério Público, ou com intervenção mais intensa ou tênue do juiz, há também, de algum modo, a participação da vítima. No direito brasileiro, a vítima é a titular da ação penal em alguns poucos casos. Se ela não é parte principal na relação processual, pode pedir admissão no processo como assistente da acusação, a cargo do Ministério Público, nas ações penais públicas. A figura do assistente cumula as feições de auxiliar, com o propósito de reforçar a acusação (art.271, CPPB) com o de interessado na obtenção de condenação, visando uma futura indenização por danos causados na ação criminosa. A ação civil de reparação dos danos se realiza em apartado, e a depender da organização judiciária local, em outra unidade judiciária. Em Portugal, há uma separação nítida entre as figuras do assistente (arts.68° a 70°, CPPP) e de parte civil (arts.71° a 84°, CPPP), com propósitos bem definidos. E o pedido de indenização civil fundado na prática de um crime é deduzido, em regra, no processo penal respectivo (art.71°, CPPP). Em Portugal, já existe, inclusive, lei específica a tratar da mediação penal, envolvendo a vítima e o arguido, em determinados casos (Lei n.º21/2007).

Muito embora o processo penal seja, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei, o juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais. Também o Ministério Público, sempre que entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão, todavia, sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas (art.86, CPPP). Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Português julgou inconstitucional a regra de que, ao final do inquérito, o arguido, o assistente e o ofendido

podem consultar todos os elementos do processo que se encontre em segredo de justiça (art.89º, n.º6, CPPP). A Corte decidiu que tal preceito não atende o comando constitucional segundo o qual a lei deve definir e assegurar a adequada proteção do segredo de justiça (art.20º, n.º3, CRP) (Acórdão TCP n.º48/2008).

Neste ponto, a legislação portuguesa, por força da interpretação do Tribunal Constitucional, torna o inquérito uma etapa semelhante ao procedimento pré-processual brasileiro no que diz respeito ao sigilo que envolve a investigação criminal. Ressalve-se que, no Brasil, o advogado tem prerrogativa de consultar os autos do inquérito policial. Lembra PINTO DE ALBUQUERQUE:

A regra da publicidade interna viola frontalmente a estrutura acusatória do processo. Para a CRP, a regra é a inversa [...] A lei tem que determinar quais os actos durante a fase preparatória (anterior ao julgamento) do processo que estão subordinados ao princípio do contraditório (e a publicidade interna). É, pois, claro que a regra para a CRP é do segredo interno na fase preparatória do processo e a exceção, a determinar pela lei, é a publicidade interna" (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2011, p.262).

Contra as deficiências que conduzem à lentidão do sistema de justiça criminal, o Código de Processo Penal português prevê a deflagração de um incidente chamado de aceleração do processo (arts.108º e 110º, CPPP). De um modo geral, a tendência de simplificação da forma dos atos processuais, acompanhada da redução dos prazos legais, em qualquer legislação, objetiva a configuração daquilo que a Constituição Brasileira, desde a Emenda Constitucional n.º45/2004, conhece como "*duração razoável do processo*" (art.5º, LXXVIII, CRFB), cujos contornos, segundo a melhor doutrina, à minguia de previsão de prazos que impeçam toda e qualquer possibilidade de prolongamento do processo, são feitos em cada caso concreto. Entretanto, se a Carta Magna brasileira assegura a todos, no âmbito administrativo ou judicial, a duração de um processo por tempo razoável, inserindo-a,

assim, no portfólio de direitos fundamentais, a legislação processual não conta com meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, e desse modo, diante das conhecidas deficiências estruturais do sistema de justiça, normalmente não há como atender, de modo satisfatório, ao preceito constitucional. É claro que, para além da justiça de uma decisão judicial, há expectativa de que a intervenção do sistema de justiça criminal seja expedita, e por conseguinte, eficiente. Parte-se, afinal, do pressuposto de que os órgãos do sistema têm a disposição os recursos humanos e materiais adequados e bem alocados para o cumprimento de seu mister. Ocorre que a realidade insiste em desafiar a lógica do legislador.

De acordo com o Código de Processo Penal português, o Ministério Público, o arguido, o assistente ou a partes civis podem requerer a aceleração do processo quando os prazos previstos em lei para a duração de cada etapa processual tiverem sido excedidos. O pedido é decidido pelo Procurador Geral da República, se o processo estiver sob a direção do Ministério Público; ou pelo Conselho Superior da Magistratura, se o processo estiver a tramitar perante um juiz ou tribunal (art.108º, CPPP). Este último tópico foi questionado pela Presidência da República junto ao Tribunal Constitucional sob o argumento de que haveria malferimento à independência dos tribunais (art.208º, CRP). Mas a Corte entendeu que a regra é constitucional, explicitando que o Conselho Superior da Magistratura possui poder disciplinar justamente sobre os magistrados judiciais (art.222º, CRP) e que o tal incidente foi pensado apenas para os tribunais judiciais (Acórdão TCP n.º7/87).

Depois de apresentado o requerimento, o tribunal ou órgão do Ministério Público a quem o processo estiver afeto é chamado a instruir o pedido com os elementos que entender pertinentes no prazo de três dias. Então, a decisão é tomada, sem outras formalidades especiais, e haverá de consistir em: indeferir o pedido por falta de fundamento bastante ou porque os atrasos verificados se encontram

justificados; requisitar informações complementares, a serem fornecidas no prazo máximo de cinco dias; mandar proceder a inquérito, em prazo que não pode exceder quinze dias, sobre os atrasos e as condições em que se verificaram, suspendendo a decisão até à realização do inquérito; propor ou determinar as medidas disciplinares, de gestão, de organização ou de racionalização de métodos que a situação justificar. Da decisão é notificado o requerente e imediatamente comunicado o tribunal ou órgão do Ministério Público, assim como as entidades com jurisdição disciplinar sobre os responsáveis por atrasos que se tenham verificado (art.109º, CPPP). Como não há instituto similar na legislação brasileira, o eventual prejudicado com a lentidão do processo judicial pode tão somente dirigir-se ao órgão interno de correição (Corregedoria da Justiça) ou ao Conselho Nacional de Justiça, e então, solicitar providências administrativas.

2 REGIME DE PRODUÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA

As colunas do sistema acusatório português sustentam variados pisos do direito processual penal, como as regras procedimentais, a disciplina dos atos processuais e da declaração de nulidade, aplicação de medidas cautelares e execução das penas. Neste último caso, por exemplo, compete ao Ministério Público português *“promover a execução das penas e das medidas de segurança e, bem assim, a execução por custas, indemnização e mais quantias devidas ao Estado ou a pessoas que lhe incumba representar judicialmente”* (art.469º, CPPP). Saliente-se, enfim, o regime de produção de elementos de prova, um dos pontos mais destacados da distinção de funções entre os órgãos de acusação e de julgamento.

A amplitude da produção de prova depende do tipo de processo a ser adotado. O direito processual penal português conhece o processo comum e os especiais (sumário, abreviado e sumaríssimo). O processo sumário é aplicável quando há alguém detido em flagrante delito

por crime punível com pena de prisão não superior a cinco anos, ou quando, mesmo sendo o crime com sanção acima desse patamar, o Ministério Público entender que não se deve aplicar pena superior a esses cinco anos (art.381º, CPPP). Nesse caso, o detido é apresentado imediatamente ou tão logo possível ao Ministério Público, a quem cabe, se julgar conveniente, interrogar superficialmente o detido, e então, se considerar necessárias diligências de prova essenciais à descoberta da verdade, notifica o arguido e as testemunhas para comparecimento, ou apresenta o detido desde logo ao tribunal competente para julgamento (art.382º, CPPP). Não há, pois, inquérito. O processo será abreviado em caso de crime punível com pena de multa ou de prisão não superior a cinco anos. Havendo provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, em face do auto de notícia ou após realizar inquérito sumário, deduz acusação para julgamento (art.391º-A, CPPP). Finalmente, nesta última hipótese, o Ministério Público, por iniciativa do arguido ou depois de o ter ouvido e quando entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas de liberdade, requer ao tribunal, com a concordância do assistente, se for o caso, que a pena ou medida de segurança seja aplicada em processo sumaríssimo (art.392º, CPPP). Percebe-se, desse modo, a importância do papel desempenhado pelo Ministério Público na definição do tipo de processo a ser seguido.

Quanto mais simples o tipo de processo, em comparação com o processo comum, tanto menos se tem dilação probatória. Em todo caso, a ordem de produção da prova segue este roteiro: declarações do arguido, apresentação dos meios de prova indicados pelo Ministério Público, pelo assistente e pelo lesado, e por derradeiro, pelo arguido e pelo responsável civil (art.341º, CPPP). Mas sempre que entender necessário à descoberta da verdade, isto é, mediante decisão fundamentada, o juiz pode alterar a ordem da prova (art.323º, alínea

“a”, CPPP). Portanto, a sequência é ordenada em função dos sujeitos do processo, diversamente do que acontece na legislação brasileira, em que a ordem é estabelecida, em cada espécie de procedimento (comum, que é subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, e especiais) de acordo com a natureza do elemento de prova, e nesse contexto, procede-se a interrogatório do réu, em regra, apenas ao final da etapa de colheita de provas.

O Código de Processo Penal português disciplina alguns meios de prova: testemunhal, declarações do arguido, do assistente e das partes civis, acareação, reconhecimento, reconstituição do fato, perícias em geral e documentos. Ainda, trata daquilo que acertadamente são chamados de meios de obtenção de prova, a saber, exames, revistas e buscas, apreensões e as escutas telefônicas. Nesse tocante, a terminologia empregada pela lei brasileira é confusa e inadequada.

As declarações do arguido podem ser prestadas diretamente ao magistrado do Ministério Público (art.272º, CPPP), ao órgão de polícia criminal a quem se tenha delegado tal providência, ou ao juiz de instrução (arts.141º, 143º e 144º, CPPP). Nesta hipótese, o procedimento de inquirição é assistido pelo Ministério Público, pelo assistente e, por certo, pelo defensor. Em regra, não se admite nenhuma interferência, a não ser para arguição de nulidade. Entretanto, o juiz pode permitir que sejam suscitados pedidos de esclarecimento das respostas dadas pelo arguido. Ao final, também é admissível requerer ao juiz que formule ao arguido perguntas relevantes para a descoberta da verdade (art.141º, CPPP). Pinto de Albuquerque (2011, p.404) ressalva que “não podem estar presentes os defensores de co-arguidos, nem os representantes dos assistentes e das partes civis”, e acrescenta que “esta proibição legal prevalece sobre a regra da publicidade externa do inquérito”.

No Brasil, não há regras específicas a disciplinar a confissão espontânea do réu. A consequência do ato, sempre lembrada pelo juiz ao réu no início de seu interrogatório, e de natureza divisível e retra-

tável, haverá de ser o reconhecimento de uma causa de diminuição de pena. O conteúdo das declarações do acusado será posto pelo julgador em comparação com os outros elementos de prova contidos no processo criminal, verificando-se aí se existe compatibilidade e concordância (arts.197 e 200, CPPB). A legislação portuguesa seguiu outro caminho. Com um espírito bem mais pragmático, a confissão do arguido, desde que feita de livre vontade, isto é, sem qualquer coação, com total discernimento e voluntariedade, também integral e sem reservas, implica renúncia à produção de prova relativa aos fatos contra si imputados, e por conseguinte, consideração destes como provados, assim como passagem de imediato às alegações orais e redução das taxas de custos judiciários à metade (art.344°, CPPP).

O Código de Processo Penal português, por conta de sua modernidade, disciplina a coleta de elementos de prova através de interceptação de comunicações telefônicas (arts.187° a 190°, CPPP), diferentemente do que ocorre no Brasil, onde se tem uma lei específica para tratar da matéria (Lei n.º9296/96). Em comum, o reconhecimento de que a medida atinge gravemente os direitos fundamentais de intimidade e privacidade das comunicações, algo que explica o rigor nas formalidades, sob pena de nulidade (art.190°, CPPP). Por isso, ambas as legislações restringem sua admissibilidade a certas hipóteses, exigem prévia autorização judicial, em decisão fundamentada e motivada na imperiosa necessidade da medida, preveem a intervenção do Ministério Público, tanto na iniciativa de requerimento como para acompanhar a execução da diligência, esta, por sua vez, atribuída à polícia judiciária, e finalmente, determinam a destruição de qualquer material coletado que se revele irrelevante para o processo. Entretanto, em Portugal, a providência somente é cabível durante o inquérito ao passo que, no Brasil, é admissível tanto no transcurso da investigação criminal quanto do processo judicial.

Mas há duas importantes diferenças de tratamento do tema. A primeira delas é de natureza subjetiva, isto é, diz respeito a quem

pode ser atingido pela interceptação. Em termos da legislação portuguesa, observa-se que estão sujeitos à medida apenas o suspeito ou arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, e ainda, vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido. Existe, inclusive, vedação expressa de interceptação da comunicação entre o arguido e seu advogado, salvo se o juiz se convencer de que o teor da conversa é objeto ou elemento de crime (art.187, n.º4 e 5, CPPP). Na lei brasileira, tem-se nada mais do que uma vaga menção à necessidade de existirem indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a despeito da exigência de descrição, com clareza, da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (art.2º, I e § único, Lei n.º9296/96). Essa imprecisão do texto normativo permite, na prática da aplicação da lei, uma maior variedade de argumentos para fazer incidir a interceptação sobre qualquer pessoa, bastando a referência a qualquer espécie de participação em evento criminoso.

A segunda diferença é de conteúdo objetivo e tem que ver com o tempo de duração da interceptação. Em Portugal, a interceptação pode ser autorizada pelo prazo de até três meses, renovável por períodos sujeitos aos mesmos limites, desde que permaneçam presentes os requisitos de admissibilidade (art. 187, n.º6, CPPP). No Brasil, a diligência está limitada ao período máximo de quinze dias, mas também renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade desse meio de prova (art.5º, Lei n.º9296/96). Nesse ponto, PRADO tece críticas a ambas as legislações. Tomando como parâmetro o prazo constitucional para os estados de sítio ou de emergência, defende a ideia de que, no Brasil, o prazo de quinze dias somente poderia ser renovado uma única vez, e não sucessivamente, como vem entendendo os tribunais brasileiros. De igual modo, entende exagerado o

prazo estipulado pelo legislador português, porque mais extensivo do que a restrição imposta aos direitos fundamentais aqui implicados no regime constitucional de emergência (PRADO, 2009).

3 ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As reflexões engendradas através dos estudos de direito comparado, fortalecidas pelo constante intercâmbio jurídico entre Portugal e Brasil, mostram que os diferentes de ponto de vista sobre os melhores caminhos a trilhar na atuação de seus sistemas de justiça criminal podem ser bastante enriquecedores para ambos. Não é à toa, portanto, que o Anteprojeto do novo Código de Processo Penal brasileiro, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, promove uma aproximação ainda mais intensa entre esses dois ordenamentos, tanto na estrutura do modelo acusatório como na disciplina da coleta de elementos de prova. Em temas como o papel do juiz no sistema acusatório, a permanência da acusação particular sem prejuízo daquela feita pelo Ministério Público, a ação civil para reparação de danos causados através da conduta criminosa, diversificação das medidas cautelares para além da prisão provisória, o texto da exposição de motivos do Anteprojeto faz menção expressa a Portugal como paradigma normativo. Em razão da sumariedade deste trabalho, abordaremos apenas alguns tópicos de realce na planejada codificação brasileira, em contraste com a legislação portuguesa em vigor.

Sob a regra de que o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos pelo próprio Código, passa a ser vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art.4º). Com base nesse enunciado, cria-se a figura do juiz de garantias, equivalente ao juiz de instrução português e responsável pelo controle da legalidade da investigação

criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. O conceito de investigação criminal, convém dizer, é ampliado pela lei, de tal modo que o inquérito policial, embora continue a usufruir o *status* de procedimento investigatório padrão, é tido como de fato o é, significa dizer, uma de suas espécies. Essa nova conceituação sedimenta o reconhecimento da legalidade da investigação criminal direta do Ministério Público. Também a condição de investigado recebe melhor tratamento, suprimindo a deficiência da legislação atual, tornando-se similar ao estatuto jurídico do arguido. Preservou-se o controle judicial sobre o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento de investigação criminal feito pelo Ministério Público. Durante os trabalhos da comissão de juristas formada para elaboração do anteprojeto, chegou-se a redigir um dispositivo segundo o qual a decisão sobre o arquivamento caberia exclusivamente ao Ministério Público, portanto, idêntico ao modelo português.

No capítulo denominado “Intervenção Civil”, o Anteprojeto estabelece uma diferenciação entre o assistente (arts.75 a 78) e parte civil (arts.79 a 82), sob a mesma inspiração do legislador português. No entanto, não se chegou a um grau mais elevado de conjunção entre as dimensões civil e penal de responsabilização. Permanece a tramitação de duas ações judiciais em separado. Com efeito, no Código de Processo Penal português, em que um mesmo juiz aprecia ambos os pleitos, estabelece-se que *“o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos em lei”* (art.71º, CPPP), e desse modo, consagra-se o princípio da adesão. A aplicação desse princípio na legislação brasileira, decerto, implicaria graves alterações nos regimes de competência judicial.

Especial relevo ganha a vítima do crime. De mero assistente da

acusação ou acusador particular, a vítima é conceituada, em sentido bastante amplo, como

a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais (art.88).

Ser-lhe-ão assegurados diversos direitos, não apenas de conteúdo processual (art.89). Tem-se aqui a consolidação da tendência de redirecionamento da atuação do sistema punitivo para a busca de restauração do *status quo ante* e proteção da vítima, sem prejuízo da aplicação do castigo ao infrator da norma penal.

O Anteprojeto é bem mais pormenorizado no tocante ao regimento do interrogatório do réu, tal como feito pelo Código de Processo Penal português, considerado, sobretudo, como instrumento de exercício do direito de defesa, e não propriamente um meio de prova. O propósito de tal minudência, evidentemente, consiste numa tentativa de evitar arbitrariedades ou qualquer espécie de coação ou indução na liberdade do acusado no que respeita ao conteúdo de suas declarações. Exemplo disso é a previsão da presença obrigatória de defensor, inclusive, ainda durante a investigação criminal e de realização presencial, salvo situações excepcionais (arts.63 a 74). Em Portugal, há também regra para a presença do defensor (art.144º, n.º1, CPPP). O Anteprojeto, repetindo comando já existente, estatui que o interrogatório será dividido em duas partes: sobre a pessoa do interrogando e acerca dos fatos contra si imputados. Em Portugal, o arguido é obrigado a dizer a verdade no que diz respeito a seus antecedentes criminais (Acórdão TCP n.º7/2007), podendo calar-se, todavia, quanto aos fatos constantes na imputação. No Brasil, a legislação atual e o Anteprojeto são omissos a esse respeito.

A duração da prisão preventiva, tendo em vista a verificação

de constantes abusos, desde sempre tem sido um sério problema no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro, corroborando decisivamente para a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Entretanto, as recentes alterações empreendidas pela Lei n.º 12403, de 2011, que acrescentou outras medidas cautelares preferenciais à prisão e relegou a custódia preventiva como medida extrema de acautelamento da persecução penal, não tratou da limitação temporal da prisão preventiva. Apesar de recente, e de dificuldades para uma segura aplicação, já se percebe que a lei vem surtindo efeitos práticos, com a paulatina diminuição da população carcerária. Então, coube ao Anteprojeto estabelecer prazos de duração da prisão preventiva, a considerar que a Lei n.º 7960, de 1989, já o faz em relação à prisão temporária, e que a prisão em flagrante delito tem vida efêmera.

Nesse sentido, o Anteprojeto determina que a prisão preventiva não ultrapassará 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, e ainda, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível. No caso de prorrogação, não se computa o período anterior cumprido. Acrescentam-se outros 180 (cento e oitenta) dias se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário e mais 60 (sessenta) dias no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos (art.546). E qualquer que seja o seu fundamento legal, a prisão preventiva que exceder a 90 (noventa) dias será obrigatoriamente reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem, ou não, os motivos determinantes da sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar. Se, por qualquer motivo, o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão será considerada ilegal (art.550).

A legislação portuguesa, por seu turno, estipula prazos bem mais dilatados, melhor condizentes com a complexidade de alguns crimes, e que variam de quatro meses a um ano e seis meses, podendo vir

a ser prolongados em diversas situações, a depender da natureza do crime, podendo chegar a três anos e quatro meses, quando o procedimento tratar de alguns crimes patrimoniais, aí incluído o de branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro) (art.215°, CPPP). E o Código português também ordena que o arguido sujeito a prisão preventiva seja posto em liberdade tão logo que a medida venha a extinguir-se, salvo se a permanência no cárcere deva manter-se por outro processo (art.217°, CPPP).

4 CONCLUSÃO

Através do estudo de direito comparado, pode-se perceber como o Código de Processo Penal português reflete, à sua maneira, os valores democráticos e as garantias dos direitos do cidadão consagrados na Constituição da República. Cada povo tem seus próprios desafios na construção de uma justiça penal mais equânime no trato do cidadão e eficaz na aplicação da norma penal. As preocupações dos estudiosos se mostram cada vez mais direcionadas para a estrutura do sistema judicial. De pouca serventia, afinal, a presença de um direito material sintonizado aos anseios da comunidade se o sistema de justiça, por razões várias, não operacionaliza esse direito de modo adequado. No campo da política criminal, isso significa a estruturação de um sistema de justiça criminal que, a um só tempo, permita a atuação desenvolva dos órgãos de repressão, como as polícias e, em certa medida, também o Ministério Público, sem prejuízo da tutela efetiva, pelo Judiciário, dos direitos fundamentais do cidadão que venha a ser investigado ou acusado pela prática de crime. O atingimento desse equilíbrio compõe uma receita que só pode ser formulada por cada povo dentro de sua experiência histórica. Porém, mediante comparação com ideias estrangeiras é possível identificar com mais clareza aqueles institutos ou procedimentos que podem ser reformados e aperfeiçoados.

O processo penal português não tem partes, e no entanto, conta com sujeitos que exercem direitos e deveres processuais em variados níveis de alcance. Trata-se de um processo que inicia sem acusação e pode prosseguir, na fase de inquérito, mesmo sem que se aponte o nome de alguém a ser responsabilizado. As relações que se estabelecem no âmbito do processo criminal proporcionam modos diferenciados de interação entre os sujeitos processuais. O modelo acusatório português, integrado por um princípio de investigação, impõe uma participação ativa do juiz, que não é, portanto, um mero espectador da produção de elementos de prova. Mas certos princípios de qualquer sistema acusatório, como os da igualdade ou paridade de armas, possuem sentido diverso daquele conhecido no Brasil, pois não se vê formada uma relação triangular envolvendo o juiz, o magistrado do Ministério Público e o arguido.

O exercício da magistratura é repartido entre o Ministério Público e Judiciário. São duas instâncias de uma organização cujo espírito vem unificado, diferenciando-se somente na distinção de atribuições feita pela lei, nem sempre de modo eficaz. Por isso, o inquérito, que se constitui a primeira fase do processo criminal português, é dirigido pelo Ministério Público, responsável também pela apresentação da acusação perante o juiz. Apesar de resguardados certos direitos em prol do arguido, esta etapa não comporta o exercício do contraditório. Neste aspecto, o inquérito português é bastante assemelhado ao inquérito policial ou qualquer outra espécie de investigação criminal adotada na legislação brasileira, porém, e este é o ponto fundamental de separação, no Brasil, o inquérito não se constitui uma fase processual, mas um procedimento administrativo pré-processual, preparatório ao exercício da ação penal. Nesse tocante, o Ministério Público brasileiro não tem ingerência direta, muito menos efetivo controle, sobre a investigação criminal procedida pelos órgãos de polícia judiciária.

No inquérito português, a constituição de alguém em arguido não implica que ele tenha direito a produção de prova. Essa atividade é incumbência dos órgãos de polícia judiciária, sob a direção do Ministério Público. Com isso, quer-se que, no inquérito, sejam recolhidos os elementos de prova suficientes não somente para a apresentação de uma acusação formal perante o juiz, como também para o julgamento da causa. Na instrução, se houver, e na fase de julgamento, poderá o arguido exercer o contraditório e o direito de prova.

O Código de Processo Penal português, com suas características próprias de formatação do sistema acusatório, coloca o Ministério Público em posição privilegiada na persecução penal. Ao mesmo tempo em que é responsável pela direção do inquérito, assumindo, assim, o protagonismo da investigação criminal, também deduz a acusação e tem função importante na produção de elementos de prova. Em elogio à organização do Ministério Público português, LEMOS JÚNIOR (2003, p.17) reconhece a sua concepção “como a que melhor atende aos reclamos de uma justiça democrática, dada sua condição de magistratura autônoma, sua objetividade e a exclusiva dependência à verdade e à justiça, desde o início do processo”. Enfim, é um Ministério Público que merece ser melhor conhecido em sua organização e vocações institucionais, nomeadamente na área criminal, podendo servir como inspiração para seu co-irmão brasileiro na elaboração de políticas institucionais na área de investigação criminal.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, SISTEMA ACUSATÓRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO: SIMILITUDES E DIFERENÇAS ENTRE OS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO

ABSTRACT

This paper approaches the Portuguese and Brazilian Criminal Procedure Codes according to a comparative methodology. It analyzes its models of criminal investigation and functions of the Public Prosecution Service. It points out similarities and differences between these models in a context of accusatory structure of the criminal process of law. It evaluates the modifications proposed in the draft Brazilian Criminal Procedure Code. It suggests the need to know better the Portuguese Public Prosecutor's Office.

Keywords: *Accusative System Models. Production Regime. Elements of Proof. Code of Brazilian Criminal Procedure.*

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. et al. Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – *Estudo Comparado*. In: CARVALHO, L. G. Gradinetti Castanho de (Org.). **Processo Penal do Brasil e de Portugal**: Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Paula Marques de. **Manual Prático de Processo Penal**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

DIAS, João Paulo *et ali*. O Ministério Público em Portugal. In: **O Papel do**

Ministério Público: Estudos Comparados dos Países Latino-Americanos. (Coord.) João Paulo Dias. Coimbra: Almedina, 2008, pp.27-69.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal.** Tradução. Andrés Ibáñez *et al.* Madri: Trotta, 1995.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. O Papel do Ministério Público, Dentro do Processo Penal, à Vista dos Princípios Constitucionais – Uma Visão Fundada no Direito Processual Penal Português. In: **Revista do Ministério Público**, ano 24, n.93, 2003, p.7-46.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal:** À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

PRADO, Geraldo. **Limite às Interceptações Telefônicas:** a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil e a Alteração Introduzida no Código de Processo Penal Português (Lei n.º48/2007). In: CARVALHO, L. G. Gradinetti Castanho de. (Org.). **Processo Penal do Brasil e de Portugal:** Estudo Comparado: As Reformas Portuguesa e Brasileira. Coimbra: Almedina, 2009, pp.95-146.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **As Relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a Matriz de um Processo Penal Europeu. Modelos de Polícia e Investigação Criminal:** A Relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. In: CONGRESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 1., 2008, Porto. **Actas...** Porto: ASFIC/PJ, 2008, pp.151-58.

SOUTO DE MOURA. **O Inquérito e as Relações MP/PJ. Modelos de Polícia e Investigação Criminal:** A Relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. In: CONGRESSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, 1., 2008, Porto. **Actas...** Porto: ASFIC/PJ, 2008, pp.139-48.