



Melissa Mendes Abreu

**LEGALIDADE *VERSUS* OPORTUNIDADE
NA PROMOÇÃO PROCESSUAL PENAL
QUE CAMINHO SEGUIR?**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
sob orientação da Exma. Sra. Doutora Cláudia da Cruz Santos

Abril de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



LEGALIDADE VERSUS OPORTUNIDADE NA PROMOÇÃO PROCESSUAL PENAL – QUE CAMINHO SEGUIR?

MELISSA MENDES ABREU

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos
em Direito, na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Forenses, sob orientação da Exma. Senhora
Doutora Cláudia da Cruz Santos

Abril de 2014

Somos todos escravos das leis, para que possamos ser livres

Marcus Cícero

Aos meus pais, o maior meu maior amparo,

AGRADECIMENTOS

Hoje escrevo o último capítulo da minha história e passagem pela Coimbra dos Doutores, onde aprendi o verdadeiro significado do peso da capa negra. O presente estudo representa a última etapa desta fase de estudos, mas vai mais longe ao representar, também, a minha partida de Coimbra, que ora tem mais encanto, rumo a novas experiências. São, por isso, para a nossa Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na pessoa dos estimados Professores, Funcionários e Colegas, que dirijo as minhas primeiras palavras de agradecimento, pelo que me ensinaram e pelo modo como marcaram a minha vida.

Um agradecimento, de igual modo, à minha orientadora, Mestre Cláudia Santos, excelente Professora que me proporcionou excelentes aulas de Processo Penal, sob uma perspetiva ainda não aprofundada.

Aos meus pais para quem qualquer palavra será sempre vaga e insuficiente para agradecer todo o apoio e segurança que me transmitiram, fazendo-me sentir sempre capaz.

À Mafalda Correia, a minha *casa*, e à Marta Esteves, cujo otimismo sempre me deu forças.

Ao Rafael, para cuja força, incentivo e paciência nos momentos em que a minha já escasseava, não tenho outra palavra que não de profundo agradecimento.

SIGLAS E ABREVIATURAS

al./als. – alínea/alíneas

art./arts. – artigo/artigos

CF – Constituição Federal Brasileira

cfr - confrontar

CP – Código Penal Português

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIAP – Departamento de Investigação e Ação Penal

DL – Decreto-Lei

EMP – Estatuto do Ministério Público

EUA – Estados Unidos da América

Ibid. – *ibidem* (no mesmo lugar)

id. – *idem* (o mesmo)

MP – Ministério Público

n./nn. – nota/notas

n.^o/n.^{os} – número/números

op. cit. – *opus citatum* (obra citada)

OPC – órgãos de polícia criminal

pág./págs. – página/páginas

s.p. – sem página

ss. - seguintes

StPO – *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal Alemão)

v.g. *verbi gratia* (por exemplo)

INTRODUÇÃO

Igualdade: o princípio jurídico-constitucional¹ basilar ao nível do tratamento dos cidadãos pela lei, segundo o qual todos são iguais perante aquela. Iguais, não o serão exatamente. Na verdade, entendemos que determina o preceito que se deve tratar de igual modo o que é igual, e de modo diferente o que é desigual, ou, parafraseando GOMES CANOTILHO, “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” sendo proibidas decisões arbitrárias, quanto ao juízo e critério de valoração, que existe quando “a disciplina jurídica [não se baseia] num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável². A igualdade é assegurada pelo tratamento adequado a cada situação, o mesmo tratamento adequado e não a mesma solução encontrada. Em sede da promoção processual penal, em Portugal, o princípio da legalidade é assegurado – ou é essa a convicção – pelo acolhimento do princípio da legalidade³, em oposição ao princípio da oportunidade.

Portugal abandonou a velha tradição inquisitória e foi adotado, pelo nosso Código de Processo Penal⁴, o modelo de acusação integrado por um princípio de investigação⁵,

* O Presente capítulo reproduz parte do Projeto da presente dissertação.

¹ Art. 13.º da CRP.

² GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, pág. 427-428.

³ Tal como resulta dos artigos 219.º, n.º 1 da CRP e 1.º do EMP: “O Ministério Público (...) exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade”. Do preceito normativo retiramos, portanto, duas conclusões importantes para a nossa exposição: o MP exerce a ação penal e orienta-se, em tal exercício, pelo princípio da legalidade.

⁴ O Código de Processo Penal de 1987.

⁵ Não nos cabe, no presente estudo, uma análise detalhada do modelo adotado pelo nosso CPP, relativamente à estrutura do processo penal. Não obstante, deixaremos umas breves notas a propósito do mesmo, para melhor enquadramento, seguindo as dadas palavras de FIGUEIREDO DIAS o modelo de acusação integrado por um princípio de acusação faz recair sobre o juiz o poder-dever esclarecer e instruir os factos que foram levados a julgamento, no único intuito de descoberta da verdade material. Trata-se de um modelo acusatório, uma vez que – como no modelo acusatório puro – há uma divisão entre a entidade que investiga e acusa (o Ministério Público) e a entidade que julga (o juiz). O princípio de investigação demonstra que o juiz não tem que se bastar com os contributos prestados ao processo pela defesa e acusação – que, como bem se entende, visa apenas alcançar os próprios interesses daqueles –, tendo, em nome das finalidades do processo penal, o poder-dever acima descrito de se esclarecer pelos seus próprios meios – *vide* artigos 340.º e 348.º do CPP (*in Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, 1989-9, págs. 46-52).

consagrado pela CRP de 1976, no seu artigo 32.º, n.º 5⁶, modelo que melhor traduz a procurada concordância prática dos interesses em conflito⁷, verificadas na finalidades – antagónicas – do processo penal⁸. É resultado da mudança de perspectiva sob o processo penal, agora tido como assunto da comunidade jurídica, com FIGUEIREDO DIAS⁹ se diga que o processo penal surge com um instrumento de contenção do poder do Estado, uma vez que este tende a expandir-se, se não tiver constrações.

De acordo com aquele modelo, cada fase – inquérito, instrução e julgamento – tem o seu *dominus* – MP, juiz de instrução, juiz de julgamento, respetivamente. Existe, portanto, uma figura responsável pela acusação – o Ministério Público – e uma outra responsável pela acusação – o juiz. Reconheceu-se ao CPP de 1987 uma delimitação bem definida das funções que entre o MP e o juiz¹⁰. Em 1976, no pós 25 de Abril que trouxe grandes alterações ao processo penal português, também se atribuiu ao MP o exercício da ação penal, previsto no atual n.º 1 do artigo 219.º¹¹. Quer o texto constitucional, quer o estatuto do MP estabelecem a sua competência para o exercício da ação penal, orientado pelo princípio da legalidade¹².

Desta feita, recebendo a notícia de crime¹³, sobre o Ministério Público, enquanto titular da ação penal¹⁴, impende a obrigação de abrir o inquérito (art. 262.º, n.º 2 do CPP) –

⁶ “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.” JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS: “reconhecimento do arguido como sujeito processual a quem é garantida a efetiva liberdade de atuação para exercer a sua defesa face à acusação que fixa o objeto do processo (...). O processo de estrutura acusatória procura assegurar a parificação do posicionamento jurídico da acusação e da defesa em todos os atos jurisdicionais, ou seja, a igualdade material de meios de intervenção processual (igualdade de armas) pelo menos nas fases jurisdicionais.” (*Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, págs. 729-730).

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, *ibid.*.

⁸ Traduzidas na realização da justiça e descoberta da verdade material, na proteção dos direitos fundamentais e no restabelecimento da paz jurídica. Uma vez que todas são finalidades do processo penal, de igual modo, tinha de ser – e era – propósito do processo penal encontrar uma estrutura que permitisse perseguir cada uma, com o mínimo de ofensa às restantes. Assim, a título meramente exemplificativo, não se pode procurar realizar a justiça e descobrir a verdade material a todo o custo, nomeadamente, violando os direitos fundamentais do arguido. De tal modo, que é, nesta matéria, essencial descobrir até que podemos ir para descobrir a verdade ou até que ponto podem ceder os direitos fundamentais dos cidadãos.

⁹ *Id. ibid.*, págs. 48-51.

¹⁰ Na verdade, juízes, uma vez que temos a intervenção de dois juízes: o de instrução – ou das liberdades – e o de julgamento (assim designado somente para distinguir daquele outro).

¹¹ Que, conjuntamente com os números subsequentes, dispõe acerca das funções e estatuto do MP.

¹² *Id.* n. 3.

¹³ Por conhecimento próprio, por intermédio de polícia criminal ou mediante denúncia, nos termos do art. 241.º e seguintes do CPP. Se diga, ainda, que a denúncia é obrigatória para alguns entes: as entidades policiais, para todos os crimes que conheçam, e os funcionários, no sentido dado pelo art. 386.º do CP, no

o dever de investigar –; deve, também, caso conclua pela existência de crime e recolha “indícios suficientes” de quem foi o seu autor, deduzir acusação (art. 238.º, n.º 1 do CPP) – o dever de acusar. Em suma: verificados que estejam os pressupostos da lei, o MP deixa de ter poder para tomar decisões, sobre ele impende um dever – de acusar ou arquivar –, sem mais. Porque se submete a atuação do Ministério Público à lei, quanto à promoção da ação penal? Em grande parte das jurisdições ocidentais vigora o princípio da legalidade por se entender que só assim é possível obviar situações de arbitrariedade no exercício da justiça penal e situações em que fatores que devam ficar alheios ao processo penal – fatores sociais, culturais, religiosos, entre outros – nele se imiscuam.

Esta era a crença: o princípio da legalidade, ao contrário do antagónico princípio da oportunidade, permitia que o direito penal fosse igual para todos, independentemente de quem o aplicasse e a quem fosse aplicado. O que se vem a observar em vários países é, contudo, o abandono do princípio ou, pelo menos, o abandono da sua pureza de sentido, sem exceções ou limites, começando-se a verificar a inserção do princípio da oportunidade (na Alemanha, por exemplo) como exceção àquele outro. A partir da década de 80, também em Portugal o princípio começa a cair por terra: a base da nossa promoção processual é o princípio da legalidade mas, devido não só aos múltiplos limites¹⁵ que foram surgindo, como também às exceções à ação pública¹⁶, já se não o pode afirmar com a mesma veemência. Atualmente o que verifica é que o princípio da legalidade acolhido pela generalidade dos países latinos, com a devida menção à exceção verificada na França, onde vigora o princípio da oportunidade, vigente também nos países da *Commun Law*¹⁷.

Os desenvolvimentos no âmbito do processo penal trouxeram consigo um esbatimento das fronteiras entre os princípios. O que almejamos produzir com presente Dissertação é uma reflexão crítica do princípio da legalidade, quanto à promoção processual, tendo por base a questão de saber em que termos poderemos ainda hoje afirmá-

que respeite a crimes que hajam conhecido no exercício e devido às suas funções (art. 242.º do CPP). Em ambas as situações, é obrigatória a denúncia mesmo que os obrigados desconheçam os agentes dos crimes.

¹⁴ Art. 1.º do EMP, a que se aludiu *supra*.

¹⁵ São limites ao princípio da legalidade na promoção processual o arquivamento do processo em caso de dispensa de pena (art. 280.º CPP), a suspensão provisória do processo (art. 281.º do CPP), a mediação (Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho) e a Lei-Quadro de Política criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio), todos a analisar *infra*.

¹⁶ Referimo-nos aqui às exceções concernentes à natureza dos crimes, a saber: natureza pública, semi-pública e particular, conforme veremos *infra*.

¹⁷ Como sucede nos EUA.

lo como a regra no nosso direito processual penal, dado o afloramento de diversos limites ou barreiras. Analisaremos a *ratio* de tais limitações – a alteração da teoria dominante sobre os fins da pena (concepções preventivas que melhor combinam com o princípio da teoria dominante sobre os fins das penas e as concepções preventivas que melhor combinam com o princípio da oportunidade); a compreensão de que não é possível nem desejável a punição de todos os cidadãos que cometem crimes¹⁸; a alteração do sentido do princípio da igualdade.

É nosso propósito, além do já exposto, realizar uma breve abordagem, nesta sede, não só dos Acordos sobre sentenças, da Lei da Mediação Penal¹⁹ e da Lei-Quadro da Política Criminal²⁰, como, também, dos institutos da Suspensão Provisória do Processo (artigo 281.º do CPP), do Arquivamento em Caso de Dispensa de Pena (artigo 280.º do CPP), com o ensejo de analisar se estaremos ainda perante limites ao princípio da legalidade – manifestações de uma “*legalidade aberta*”, como se dirá junto de COSTA ANDRADE²¹ - ou de verdadeiras concepções ao princípio da legalidade.

Em mente teremos sempre a questão de saber se será preferível um modelo que preveja um sistema de oportunidade como regra, como sucede nos EUA, e que confere ao MP um poder discricionário em absoluto, ou se o será um modelo que consagre a oportunidade com regra, como sucede em Portugal.

¹⁸ Ideia bem patente nos artigos 1.º e 7.º da lei-Quadro da Política Criminal: o Governo deve apresentar à Assembleia da República propostas de lei sobre os objetivos, prioridades e orientações de política criminal, cabendo-lhes a condução da política criminal.

¹⁹ Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho.

²⁰ Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio.

²¹ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consenso e oportunidade reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*, In O novo código de processo penal / Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 317-358.

BREVES NOTAS SOBRE O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não sendo nosso propósito, neste ensaio, desenhar pormenorizadamente os contornos da figura do Ministério Público, cumpre, entendemos nós, ao menos, esboçar grosseiramente esse sujeito processual penal, para melhor a integrar neste estudo.

O pós – 25 de Abril de 1974 e a democratização do sistema judicial trouxe consigo uma nova perspetiva do MP, quer relativamente a magistratura que consubstancia, quer quanto a estrutura organizacional e, ainda, quer às atribuições que lhe foram atribuídas, tendo-se tornado inegável a sua importância, como nunca o havia sido até então.

As sucessivas revisões da CRP²² foram, progressivamente, melhor desenhando as funções do MP²³. O Ministério Público dispõe, ao nível estatutário, de múltiplas e diversas atribuições, sendo que a Constituição prevê taxativamente o exercício da ação penal, a defesa da legalidade democrática e a representação do Estado (art. 219.º, ex 221.º da CRP). Ora sucede ser inegável que, não obstante todas as atribuições que quer o estatuto quer a própria CRP lhe conferem, a de maior destaque, a *primordial*²⁴, se revela em sede do processo penal, tendo o MP o papel de representante do Estado e de defensor da legalidade democrática, no exercício da ação penal.

O processo penal não é um processo de partes e isso mesmo resulta da estrutura jurídico-penal e jurídico-constitucional do MP. Não obstante a estrutura acusatória do nosso processo penal, não podemos ignorar que não se trata de um processo de partes, senão vejamos o disposto no art. 53.º do CPP: o MP colabora na descoberta da verdade e na realização do direito, sempre obedecendo a critérios estritamente objetivos²⁵.

²² Contam-se quatro: 1982, 1989, 1992 e 1997.

²³ Destacar que o MP só adquiriu autonomia pela revisão de 1989 e apenas com a revisão de 1992 a CRP estabeleceu a existência de estatuto próprio desta magistratura.

²⁴ CLUNY, António, *Pensar o Ministério Público Hoje*, Cadernos da Revista do Ministério Público, Lisboa: Edições Cosmos, 1997, pág. 35.

²⁵ Dispõe o n.º 2 o seguinte: “Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções a critérios de estrita objetividade.

Contrariamente aos modelos anglo-saxónicos, em que se contrapõe acusação e defesa, em Portugal o MP não assume a defesa ou a acusação do arguido^{26 27 28}.

Quando o ordenamento jurídico português implementa a estrutura acusatória no nosso processo penal, cindem-se as entidades investigadora/acusadora e a julgadora²⁹, muito devido à nova perspetiva sobre a pessoa do arguido e à necessidade de se colocar um travão aos poderes do Estado. Em consequência daquela divisão de competências em sede processual, o Ministério Público foi, progressivamente, tomando o monopólio da ação penal pública. Tendo em conta a atual estrutura do Ministério Público, facilmente percebemos que este quase dispõe do monopólio da ação penal, uma vez que a maioria dos crimes é de natureza pública. O que se denota é que a “aproximação dos estatutos do Ministério Público e do juiz (...) foi justificada pela exigência de objetividade e isenção que deve acompanhar o exercício da ação penal”³⁰. Concedeu-se o poder para o exercício da ação pública ao Ministério Público, tendo em conta, além do mais, a sua autonomia, para que se pudesse perseguir os delinquentes mesmo sem que haja queixa, no que respeita àqueles crimes que ponham em elevada danosidade social.

Nos dizeres de CLUNY³¹, a autonomia do Ministério Público versada no Estatuto desta magistratura, decorre a sua subordinação a critérios estritos emanados do princípio da legalidade e deve ser encarada como um pressuposto da independência dos tribunais, por lhe ser fundamental.

²⁶ Cfr, também, com os arts. 53.º, n.º 2, al. d) e 401.º, n.º 1, al. a): os preceitos correspondem ao mais claro afloramento daquela ideia ao evidenciam que, contrariamente à opinião pública, não tem o MP o papel de defensor do assistente, tanto que lhe compete interpor recursos mesmo que no exclusivo interesse do arguido. Assim, concretizando, o MP pode pedir a absolvição de um arguido ou interpor recurso com vista a obter uma pena mais branda.

²⁷ A propósito da imparcialidade do MP, que não acusa nem defende, e da sua obediência estrita a critérios objetivos, diz CLUNY (*Pensar*, pág. 53): “*Ministério Público não aceita causas, nem representa partes, edifica causas e sustenta-as como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas.*”

²⁸ Ainda a propósito da ideia de que o Ministério Público, não defendendo partes, pode agir em interesse exclusivo do arguido, atentar nas palavras de JORGE GASPAR: “*Em síntese, no exercício do poder de direção do inquérito não deve o Ministério Público esquecer o dever que tem de contribuir para o reforço da posição jurídica do arguido.*” (*Titularidade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido*, Separata da Revista do Ministério Público, n.ºs 87/88, pág. 50)

²⁹ Não foi esta alteração a única operada por esta nova conceção do processo penal, tendo-se afirmado, nomeadamente, o princípio da presunção de inocência do arguido até à condenação.

³⁰ Rodrigues, Anabela Miranda, “*As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a Matriz de um Processo Penal Europeu*”, Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, pág. 719.

³¹ CLUNY, António, *Pensar*, pág. 82.

CAPÍTULO I

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PROMOÇÃO PROCESSUAL PENAL EM PORTUGAL

Generalidades

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, adotaram, tradicionalmente, o princípio da legalidade, sem reservas³², no âmbito da promoção processual, sendo tido como pilar fundamental do Estado de Direito. A ideia que presidia na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus era a de que o princípio da legalidade era muito mais justo do que o da oportunidade, que conduzia a situações de desigualdade, arbitrariedade e juízos de conveniência, muito diferente daquele, que se alicerçava no princípio constitucional da igualdade³³ o que permitia alcançar decisões idênticas, fundamental para a segurança jurídica – também ela vista como fundamental – e que apenas é possível se a lei for aplicada de modo alheio a qualquer modo de discriminação.

Nesta matéria, quando nos referimos à legalidade não nos queremos apoiar daquele sentido empregue na afirmação de que todos os órgãos de soberania se encontram submetidos à lei³⁴, mas sim num outro: refere-se, antes, à obrigatoriedade que recai sobre o MP de promover a ação penal, mediante a notícia de crime e a reunião de elementos que se consubstanciem em *indícios suficientes*³⁵ para crer na verificação e um crime. Em alguns países onde vige este mesmo princípio, não toma, contudo, esta designação, utilizando a expressão *princípio da obrigatoriedade*³⁶, que para alguns autores é a mais precisa, uma vez que, em bom rigor, se o antagónico àquele princípio da oportunidade estiver regulado na lei, ele será, em certa medida, um princípio que respeita a legalidade³⁷.

³² Apesar desta clara maioria, não podemos mencionar aqui a França, que COSTA ANDRADE designa como a “pátria clássica da oportunidade na Europa”, matéria que trataremos *infra*, (*Consenso*, pág. 341).

³³ Nos termos no disposto no art. 13.º.

³⁴ ISASCA, Frederico, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Teresa Pizarro, AAFDL, 1992, pág. 97.

³⁵ São havidos como indícios suficientes aqueles dos quais resulte uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada uma pena ou medida de segurança, conforme o n.º 2 do art. 283.º.

³⁶ De que é exemplo Itália.

³⁷ TORRES, Mário Torres, *O princípio*, pág. 221

Como bem se percebe, podemos destacar dois momentos em que vige o princípio da legalidade: um primeiro, aquando da aquisição da notícia do crime em que, sem recurso a qualquer juízo de oportunidade, o MP – *dominus* da fase de inquérito³⁸ – tem o dever de abrir o inquérito; e um segundo, quando, findo o inquérito, se recolhidos indícios suficientes acerca da verificação do ilícito-típico e do seu agente, o MP deve proceder à acusação. Com os dados em cima da mesa, logo somos conduzidos para a conclusão de que o princípio da legalidade apenas pode ser afirmado quanto à ação pública, pois é notória, por evidente, uma exceção: os crimes particulares em sentido amplo. Atendendo ao vertido na norma do art. 262.º, n.º 2, a notícia do crime pelo MP³⁹ dá sempre lugar a abertura de inquérito⁴⁰, salvo “*exceções previstas neste Código*”, o que nos reporta, de imediato, para a matéria vertida nos artigos 49.º e 50.º do CPP. No que tange ao primeiro momento acima enunciado, os crimes particulares em sentido amplo constituem uma exceção, por ser imperativo, em ambos os casos⁴¹, a queixa do ofendido ou outras pessoas⁴². Nestes casos, mesmo mediante denúncia ao MP da prática de crime, aquele apenas poderá abrir o inquérito quando o titular do direito de queixa lhe der conhecimento do fato. É nosso entendimento que aqui o Ministério Público, não podendo obstar à participação do crime nem à consequente abertura do inquérito, mais não está do que a cumprir o princípio da legalidade. Não há lugar aqui a qualquer critério diverso do legal nem nenhum juízo de oportunidade levado a cabo pelo MP. Quanto ao segundo, enuncia-se como exceção ao princípio os crimes particulares em sentido estrito, uma vez que, nestes, mesmo quando o MP recolha indícios – podemos mesmo dizer – mais do que suficientes de que o arguido praticou o facto, recolha uma forte e diversificada prova, não pode acusar,

³⁸ Na generalidade dos ordenamentos jurídicos, como o alemão, o nosso ou o italiano, é ao Ministério Público que compete a direção da investigação. Atualmente, apenas os juízes de instrução francês, belga e espanhol têm esta atribuição. Nos casos em que é sobre o Ministério Público que impende o dever de investigar, o juiz (independentemente da designação que tome em casa ordenamento jurídico) tem como função garantir o controlo da legalidade das investigações encetadas por aquele (Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, “*As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu*”, Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, págs. 718 e 719).

³⁹ Cfr. arts. 241.º e ss. do CPP.

⁴⁰ Relembremos que o inquérito tem como propósito investigar a existência de um crime, apurar qual ou quais os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher as provas, com o fito de decidir acusar (cfr. art. 262.º, n.º 1 do CPP)

⁴¹ Entenda-se, nos crimes semi-públicos (art. 49.º) e nos crimes particulares em sentido estrito (art. 50.º)

⁴² Tem legitimidade para apresentar queixa, em regra, o ofendido, porquanto se consubstancia no titular dos interesses que a lei especialmente teve em vista com a incriminação (cfr. art. 113.º, n.º 1 do CP). No entanto, outras pessoas podem exercê-lo, nomeadamente, quando o ofendido morra sem apresentar queixa (n.º 2) ou quando o ofendido seja menor de 16 anos (n.º 3).

se o assistente⁴³ não deduzir queixa particular. Os crimes particulares em sentido estrito configuram uma exceção a todos os momentos do princípio, o que na prática se traduz numa obrigatoriedade de passividade e submissão à vontade do ofendido⁴⁴. Nestes casos, havendo queixa do ofendido, o MP abre o inquérito, no fim do qual notifica o ofendido que se haja constituído assistente para, *querendo*, deduzir acusação. O MP pode⁴⁵, apenas, realizada a acusação particular, aderir àquela acusação, ou acusar por parte daqueles ou outros factos, desde que não comportem uma alteração substancial daqueles⁴⁶.

A legalidade na atuação do Ministério Público, enquanto promotor do processo penal, revela-se como a via protetora da segurança jurídica, tanto mais que, de outro modo, a ameaça de um processo contra o delinquentes seria meramente possível ou hipotético, e não uma decorrência necessária. FRANZ VON LISZT encara a legalidade como ferramenta de proteção da liberdade dos cidadãos, combatendo as eventuais arbitrariedades do poder do Estado⁴⁷.

O princípio da igualdade como pedra angular do princípio da legalidade

A origem do princípio da legalidade encontra-se na teoria absoluta ou retributiva da pena, de que são principais representantes Kant e Hegel, apelando o primeiro fundamentos de ordem ética e o segundo a fundamentos de carácter jurídico. Para a teoria absoluta a todo o crime tem que corresponder uma pena, tendo esta como finalidade punir aquele que incorra numa infração penal. Então, o que sucede é como que uma retribuição do

⁴³ Deixamos aqui de lado a expressão *ofendido*, uma vez que apenas podem deduzir acusação particular os ofendidos que se hajam constituído assistentes (cfr. art. 50.º, n.º 1)

⁴⁴ Não será difícil perceber a *ratio* desta exceção: são crimes particulares aqueles um leque diminuto de crimes e pretendem proteger bens de índole iminentemente pessoal; trata-se da esfera mais íntima de direitos de cada cidadão, não estando em risco bens jurídico-penais da generalidade. A par da desnecessidade devido ao diminuto alarme social das condutas, sobressai uma outra razão: dado o carácter iminentemente pessoal *supra* aludido, forçar a ação penal poderá conduzir, em muitos casos, a denominada dupla vitimização do ofendido, que além do mal do crime sofre o mal do processo. Em alguns crimes, o Estado entende que o ofendido é quem deve decidir se quer o processo ou não (questão muito debatida na doutrina, cfr. SANTOS, Cláudia da Cruz, *A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, vol. III).

⁴⁵ Existe, no entanto, jurisprudência que entende que aquela possibilidade do art. 285.º, n.º 3, corresponde a um dever do MP.

⁴⁶ Cfr. art. 285.º, n.º 3 do CPP.

⁴⁷ PEREIRA, Cláudio José, *Princípio da oportunidade e a justiça penal negociada*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág. 31.

ordenamento jurídico por via de um mal justo, daquele comportamento injusto e contrário ao Direito do delinquente. A pena era tida como um castigo pelo mal cometido, perpetrado pelo Estado enquanto guardião da Justiça. KANT apoiava a aplicação da pena numa base de moral e de ética, havendo lugar a aplicação de uma pena pela razão única de ter havido uma infração, devendo o transgressor ser punido tão-só por ter infringido a lei, não deixando de atender quer a espécie quer à medida da pena. O autor entende que a pena a aplicar ao infrator, enquanto castigo por uma determinada conduta, deve a esta mesma corresponder, numa clara alusão à ideia de “olho por olho, dente por dente”, na senda da *lex talionis*⁴⁸. No entanto, com tal fundamentação, o autor renega quaisquer funções da pena de caráter preventivo, especial ou geral e desvaloriza por completo a utilidade ou inutilidade da pena, *in casu*, para o agente e para a sociedade, pois aquela decorre da simples verificação do ilícito, como uma inevitabilidade. Embora igualmente retribucionista, HEGEL vai escudar-se numa fundamentação de pendor mais jurídico do que moral: para o autor a pena justifica-se pela necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, vertida na norma que o delinquente violou. A pena opera como uma *retribuição* do fato praticado através de um castigo: ao *quantum* da negação do direito corresponderá o *quantum* da pena/castigo^{49 50}. SCHMIDT entendia pertencer ao Estado o “dever absoluto de realizar a prossecução e o castigo dos culpados⁵¹”.

SANTOS⁵² lança mão da afirmação comum de que “o crime é tão antigo como o próprio homem, sendo a vingança privada a primeira solução do conflito originado pela prática da infração”. A vingança privada era a forma de realizar a justiça. Quando se percebeu que não podiam os cidadãos proceder à feitura de justiça pelo seu próprio punho, foi necessário construir uma resposta alternativa – o Direito –, sendo o Estado o detentor exclusivo do pode-dever de punir o delinquente⁵³. Em virtude disso, ao Estado compete

⁴⁸ A origem da lei de talião remonta ao Código de Hamurabi (1780 a.C.), no reino da Babilónia, que previa que a punição devia ser igual ao crime: o mal do castigo corresponderia ao mal do crime.

⁴⁹ Conforme o sítio da internet, consultado dia 29 de Janeiro de 2013:
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7835

⁵⁰ “A “negação da negação” hegeliana” a que se refere COSTA ANDRADE (cfr. *Consenso*, pág. 339)

⁵¹ SCHEMIDT, Eberthard, “*Os fundamentos teóricos e constitucionais do direito processual penal*”, Bs. As., 1957, pág. 221.

⁵² SANTOS, Cláudia, *O Crime de colarinho branco (da origem do conceito e a sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, in *Studia Juridica* 56, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 17.

⁵³ NETO, Cândido Furtado Maia, *Princípio da oportunidade no exercício da ação pública: exceção permitida à luz da legalidade e da obrigatoriedade de respeito aos Direitos Humanos*, disponível no sítio:

agir sobre o delinquente, com vista não só a sua punição como à recuperação da sua veia criminosa. Mas compete-lhe mais: compete-lhe prover pela paz social e pela preservação da confiança geral na força do ordenamento jurídico e na efetivação da justiça. Num Estado em que a comunidade não confie na efetiva busca da realização da justiça e na efetiva perseguição dos criminosos, maior será a preponderância para procurar a justiça pelas próprias mãos, a rebelião dos povos. Na decorrência desta ideia de Estado-punidor se entrega a ação penal às mãos daquele.

Pelo que acabámos de expor já se antevê a razão de ser a igualdade esse princípio precioso nesta matéria: como poderiam os cidadãos aceitar submeter-se a uma lei se esta não fosse igual para todos? Só confiando na abstração de critérios discriminatórios de diversa índole, o cidadão confia na imparcialidade da lei e na justiça, porquanto, de outra feição, poderia alcançar diferentes percursos processuais, de acordo com o magistrado que lhes saísse em sorte! FIFUEIREDO DIAS⁵⁴ afirma que a promoção e prossecução da ação penal orientadas pelo princípio da legalidade “[põem] a justiça penal a coberto de suspeitas e de tentações de parcialidade e arbítrio. Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar da “conveniência” do seu exercício e omiti-lo por “inoportuno”, avolumar-se-ia o perigo do aparecimento de *influências externas da ordem mais diversa (...)*”.

Contudo, nos dias em que vivemos, aqueloutra crença encontra-se já ultrapassada: o mito da “justiça absoluta” foi reconhecido enquanto tal, como um mito! Foi superada a ideia de que ao Direito competia a perseguição de todos os crimes e a punição de todos os criminosos, tendo contribuído para esta mudança de perspetiva, por um lado, a constatação de que existe uma diferença substancial entre os números referentes à criminalidade real e os que são levados ao conhecimento das entidades competentes; por outro lado, hoje, encaramos as funções do Estado e do sistema penal de um modo substancialmente distinto ao verificado noutros tempos⁵⁵. Conforme o entendimento de COSTA ANDRADE⁵⁶, o

<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/principio-da-oportunidade/principio-da-oportunidade.pdf>, consultado em 28 de novembro de 2013.

⁵⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, 1989-9, pág. 93.

⁵⁵ CAEIRO, Pedro, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*, Revista do Ministério Público, n.º 84, 2000.

⁵⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consenso*, pág. 339.

direito atual é o reverso daquele que aspirava e acreditava na meta do *full enforcement*, sendo hoje encarado como a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, uma tutela subsidiária, com finalidades, predominantemente, preventivas de com vista a ressocialização do delinquente, de modo a alcançar a menor taxa de criminalidade, para que seja socialmente melhor aceite, sem descredibilizar a justiça. Além disso, sabemos hoje que a tão almejada igualdade, não tem um alcance literal: não cumpre o almejado princípio da igualdade o tratamento igual de todos os casos – diríamos, popularmente, que cada, *caso é um caso*, e que um tratamento igualitário pressupõe que se trate de igual modo as situações idênticas, e de modo diferente, os casos desiguais⁵⁷.

Consequências do Princípio da Legalidade

Já o dissemos, não poucas vezes, que o princípio da legalidade coloca nas mãos do MP a promoção do processo penal sempre que de notícia de crime e indícios suficientes da sua concreta verificação, se reúnam. Já dissemos, não menos vezes, que este princípio esbarra em exceções relacionadas com a natureza dos crimes: não é aberto inquérito na ausência de queixa do ofendido ou seus representantes, quando estejam em causa crimes semi-públicos, bem como não acusa o MP quando esteja mediante um crime de natureza particular, em sentido estrito. O princípio aplica-se, no seu conteúdo pleno, quando estejamos perante crimes de natureza pública, porquanto nestes crimes existe uma necessidade de proteger os interesses da sociedade, sendo causado um maior e significativo alarme social.

Porque não está em causa a movimentação da máquina processual por vontade e ação do ofendido, necessariamente terão que decorrer consequências para o detentor da ação pública que não decorrem quando seja aquele a intervir por vontade pessoal. São consequências do princípio a faculdade de denúncia conferida a todos, a denúncia obrigatória de certas entidades e a imutabilidade da acusação pública.

Da faculdade de denúncia conferida a toda e qualquer pessoa – art. 244.º do CPP – decorre que, nos crimes de natureza pública, todos podem fazer a denúncia junto do

⁵⁷ SANTOS, Cláudia da Cruz, *O crime*, págs. 201-202.

Ministério Público ou qualquer autoridade judiciária ou aos órgãos de polícia criminal. É, naturalmente, excluída a mesma faculdade para os crimes de natureza semi-pública ou particular, como bem se entende, pelo facto de a abertura de inquérito depender de queixa. Entendemos ser de fácil compreensão a *ratio* do preceito: de outro modo, esvaziava-se o sentido da distinção da natureza dos crimes, se fosse imperativo ser uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal a conhecer, por si, a existência de indícios de crime, de tal sorte seriam escassos os crimes de natureza pública a ser objeto de investigação.

Se para o cidadão comum a denúncia consubstancia uma mera faculdade, para outros, dado o papel que desempenham, trata-se de um dever legalmente imposto. Destarte, a denúncia é obrigatória para as entidades policiais, relativamente a todos os crimes que hajam conhecido, e para os funcionários⁵⁸, quanto a crimes que conheçam nos exercício e por causa das suas funções^{59 60}.

Mas a decorrência mais significativa – e, quiçá, menos óbvia – é a imutabilidade da acusação pública. No que aos crimes semi-públicos ou particulares respeita, o queixoso pode desistir da queixa e o assistente da acusação particular realizadas até à publicação da sentença em primeira instância⁶¹, devendo tal desistência ser homologada⁶². Apesar de se poder mostrar como uma faculdade do queixoso/assistente, a verdade é que o propósito de desistir do procedimento tem que ser notificado ao arguido, conforme o conteúdo versado no artigo 52.º, n.º 3 do CPP, para que aquele, se assim o entender, se oponha, sem carecer de qualquer fundamentação. Mas não quererá o arguido livrar-se daquele peso da acusação, daquele dedo apontado para si? Certamente que sim, mas mais certo é que o inocente quererá livrar-se de mais do que um dedo, quererá livrar-se, também, da desconfiança que sempre poderá impender sobre aqueles que, em algum momento, se viram arguidos de um processo. Desta feita, o arguido pode ter interesse de ver aquele processo continuar a correr termos, para ver reconhecida, publicamente, a sua inocência.

⁵⁸ Nos dizeres do art. 386.º do CP.

⁵⁹ Conforme nos dita o conteúdo do preceito normativo vertido no art. 242.º, n.º 1 do CPP.

⁶⁰ Mesmo nestes casos se esclareça, que o conhecimento da existência de crime não origina a abertura de inquérito senão quanto a crimes de natureza pública (n.º 3 do art. 242.º). Cfr. arts. 262.º, n.º 2 e 49.º e 50.º do CPP.

⁶¹ Isto mesmo decorre dos arts. 116.º, n.º 1 e 117.º do CP.

⁶² A homologação compete ao Ministério Público, ao juiz de instrução ou ao presidente do tribunal, conforme a desistência se haja verificado, respetivamente, no inquérito, na instrução ou no julgamento.

Na previsão legal do direito de queixa (cfr. os artigos 116.º e 117.º do CP e os artigo 51.º do CPP), é excluída semelhante possibilidade para os crimes públicos⁶³, pois para este vige a *supra* aludida imutabilidade da acusação pública, segundo a qual o Ministério Público não poder retirar a sua acusação, desde que o tribunal é chamado a decidir sobre ela. Colocamos a questão: o que sucederia com o tão aclamado e fundamental princípio da legalidade, se o Ministério Público pudesse, sem mais, por termo ao processo que aquele mesmo princípio o obrigou a promover? E mais perguntamos: que critérios presidiriam tal desistência? Certamente não seriam os da estrita legalidade, porquanto tais critérios haveriam originado uma decisão de acusar. O que verificamos é que, admitindo-se a possibilidade de desistir da queixa, por razões de conveniência, pessoal ou de serviço, podia o Ministério Público obstar à efetivação do princípio da legalidade. Voltaríamos, deste modo, ao ponto de partida: a descrença na imparcialidade e na ideia de que a justiça é cega, levaria ao desacreditar na efetiva realização da justiça e conduziria à feitura da justiça pelas próprias mãos.

Controlo da atuação do Ministério Público

Nenhum dever pode existir no vazio, sem controlo. O mesmo se diga quanto aos *supra* aludidos poderes do Ministério Público, cuja atuação é passível de ser controlada – e nem outra coisa seria de admitir. De que valeria um dever a cargo do Ministério Público, se não se pudesse sindicá-la a sua inobservância? Talvez devêssemos, nesse caso, apartarmos da designação “dever” e preferir uma outra, como faculdade ou dever. A atuação do Ministério Público rege-se pelo seu estatuto, pela CRP e pelos demais diplomas legais, nomeadamente – como mais nos aproveita – no código de processo penal. Nesta sede, o que se nos apraz questionar é: e se o Ministério Público incumprir o imposto pelo princípio da legalidade, não abrindo o inquérito ou não acusando, reunindo indícios (porventura, mais do que) suficientes?

Perante uma injustificada inação do Ministério Público, quatro mecanismos de controlo pode ser acionados. Antes de mais, e porque tal subserviência a critérios de

⁶³ Notar o preceituado na parte inicial do n.º 1 do art. 51.º do CPP: “*Nos casos previstos nos artigos 49.º e 50.º*”.

legalidade emerge, também, das normas estatutárias do próprio Ministério Público, o magistrado que tenha agido à margem daquele princípio pode responder disciplinarmente, pela violação dos seus deveres profissionais.⁶⁴ Não obstante haver sido aberto procedimento disciplinar, poderá ainda haver lugar a procedimento criminal⁶⁵, pela verificação dos pressupostos legais do artigo 369.º do CP, que versa sobre o crime de “Denegação da justiça e prevaricação”, segundo o qual “*O funcionário que, no âmbito de inquérito processual (...) conscientemente e contra direito, promover ou não promover, conduzir, decidir ou não decidir, ou praticar ato no exercício de poderes decorrentes do cargo que exercer, é punido (...).*” Ora se, *contra legem*, o magistrado do Ministério Público não promover a ação penal e/ou não acusar reunidos os necessários pressupostos, incorre violação de um dever punida ao abrigo daquele art. 369.º do CP.

Quando o Ministério Público procede à investigação do crime que lhe chegou ao conhecimento e, findo o inquérito, ou opta por não deduzir acusação, quer por não ter recolhido indícios suficientes quer por ter recolhido prova bastante de o crime não se ter verificado, de o arguido não ser o agente ou o procedimento não ser legalmente admissível⁶⁶, ou, pelo contrário, acusa a fim de analisar e comprovar judicialmente aquela decisão de arquivar⁶⁷, o assistente ou o arguido⁶⁸ podem requer a abertura da instrução. O requerimento de abertura de instrução consubstancia, portanto, um meio judicial de controlo da atuação do Ministério Público, da competência de um juiz⁶⁹ – o juiz de

⁶⁴ O procedimento disciplinar – que não nos cumpre analisar em pormenor – encontra-se prevista no EMP, nos artigos 162.º e ss.. Não obstante não nos competir nem ser nosso propósito aprofundar a matéria relacionada com as infrações disciplinares do magistrados do MP, arrogamo-nos deste espaço para lançar umas *brevíssimas* notas. O processo disciplinar, cujo fito é efetivar a responsabilidade disciplinar (art. 191.º, n.º 1 do EMP), apesar de escrito não obedecer a especiais formalidades (n.º2) e é confidencial até à decisão final (art. 193.º do EMP), procurando-se, deste modo, obstar a que recaiam sobre os magistrados infundadas suspeitas, criando desconfiança na magistratura, que se almeja livre de qualquer suspeição. Em resultado do procedimento, podem ser aplicadas, nomeadamente, penas de multa, de transferência e, até, de demissão (cfr. artigos 166.º a 171.º do EMP)

⁶⁵ Vejamos o conteúdo do art. 165.º, que dita, sob a epígrafe “*Autonomia da jurisdição disciplinar*”, o seguinte: “*1 – O procedimento disciplinar é independente do procedimento criminal. 2 – Quando em processo disciplinar se apurar a existência de infração criminal, dá-se de imediato conhecimento à Procuradoria-Geral da República.*”

⁶⁶ Ver n.ºs 1 e 2 do art. 277.º do CPP.

⁶⁷ Art. 186.º, n.º1 do CPP: “A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento.”

⁶⁸ O assistente fá-lo-á relativamente aos factos pelos quais o MP não tenha deduzido acusação e o arguido, por seu lado, requererá a abertura de instrução quanto aos factos pelos quais o MP ou o assistente tenham deduzido acusação – Cfr. art. 287.º, n.º 1 do CPP.

⁶⁹ A instrução é da competência do juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal – Cfr. n.º 1 do art. 288.º do CPP.

instrução – por via do qual aquele determina o concreto conteúdo desta fase⁷⁰, podendo os demais sujeitos processuais assistir aos atos de instrução requeridos por qualquer um deles e promover pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas questões que julguem importantes para a descoberta da verdade⁷¹.

Sucede, contudo, casos em que não foi requerida a abertura de instrução e já não se está em tempo para o fazer mas ainda subsiste um meio de controlo: a intervenção hierárquica, regida pelo artigo 278.º do CPP. Para poder lançar mão desta última chance de controlar a atividade do MP, tem que ter havido arquivamento do inquérito: note-se que é faculdade que aproveita apenas o imediato superior hierárquico do magistrado do Ministério Público e ao *assistente* ou denunciante com faculdade de se vir a constituir assistente e pode vir a determinar-se que seja formulada *acusação* ou que as investigações prossigam⁷². Ao assistente apenas interessa um meio de reação que obste à frustração do processo – logo, só lhe interessa contra o arquivamento do processo –, mas, de qualquer modo, a lei é clara quando refere apenas a possibilidade de ver ser formulada acusação outrora negada e não, de igual modo, o arquivamento.

A atuação do MP e dos OPC na investigação criminal

Seria impensável supor possível deixar nas mãos do Ministério Público a integral investigação de todos os crimes, de cada passo da tramitação processual, de cada tarefa que devessem levar a cabo. Um mito, pois claro! O Ministério Público não tem a possibilidade de fazer sem ser coadjuvado. Os artigos 48.º e seguintes do CPP tratam, precisamente, a matéria respeitante às funções e papel no processo do Ministério Público e do Órgãos de Polícia Criminal.

O Ministério Público, como decorre igualmente do seu Estatuto, tem a legitimidade para promover o processo penal (art. 48.º CPP), salvo os casos de crimes particulares em sentido amplo (cfr. parte final do art. 48.º e os arts. 49.º e 50.º do CPP). Nesta tarefa,

⁷⁰ Ao juiz de instrução – o seu *dominus* – compete determinar as diligências necessárias, sendo obrigatório apenas o debate instrutório, no qual podem participar o MP, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado (art. 289.º, n.º 1 do CPP).

⁷¹ Cfr. n.º 2 do art. 289.º do CPP.

⁷² Isso mesmo se encontra previsto no n.º 1 do art. 278.º do CPP.

levada a cabo de acordo com o princípio da legalidade na sua dupla vertente (isto é, abrindo inquérito sempre que receba a notícia de um crime – art. 262.º, n.º 2 do CPP – e deduzindo acusação, conforme tendo recolhido os indícios suficientes de se ter praticado um certo crime por determinado agente – art. 283.º, n.º 1 do CPP⁷³), dizia, então, que nesta tarefa o Ministério Público atua orientado por critérios de estrita objetividade, colaborando com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito (art. 53.º do CPP).

Ora, aquela magistratura não possui meios para, por si só, satisfazer todas as necessidades processuais, pelo que o CPP permite que o MP seja coadjuvado pelos OPC⁷⁴, que têm a competência para auxiliar as autoridades judiciárias⁷⁵ no que respeita à prossecução das finalidades do processo penal (art. 55.º do CPP), atuando, para tanto, sob direção daquelas e na sua dependência funcional, mantendo a sua autonomia técnica.

SANTOS⁷⁶ coloca a questão de saber se, de facto, a fase de inquérito será verdadeiramente dominada pela ideia de legalidade e igualdade, partindo para a análise dos papéis desenhados quer para o Ministério Público quer para os OPC, durante a investigação em sede do processo penal. A autora traça umas linhas orientadoras da atuação dos OPC, buscando-as no texto constitucional, concluindo pelo seguinte:

- apenas são admissíveis as medidas de polícia tipificadas (art. 272.º CRP): a lei determina quais as medidas de que podem lançar mão os OPC, de outro modo estes não podem adotar outras por os conceber como mais próprios;
- a atuação dos OPC deve obedecer ao princípio da proibição do excesso (cfr. art. 18.º, n.º 2 da CRP) e, dessa forma, afastar o emprego de medidas mais gravosas quando outras sejam menos ofensivas para os direitos fundamentais e ainda assim adequadas e bastantes para a proteção do bem jurídico.

⁷³ Cfr. ainda o art. 276.º, n.º 1 do CPP porquanto faz referência aos dois modos, chamemos-lhes, “ordinários” de encerramento do inquérito: por via da acusação e por via do arquivamento (por se ter recolhido prova “bastante” de não se ter verificado nenhum ilícito típico, por o arguido não o ter praticado, pelo procedimento não ser legalmente admissível (n.º 1 do art. 277.º) mas, de igual modo, o MP encerra o processo quando não recolhe os “indícios suficientes” de o crime se ter verificado ou de quem foram os agentes (n.º 2 do art. 277.º).

⁷⁴ Que, de acordo com a al. c) do art. 1.º do CPP, corresponde “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinadas [no CPP]”.

⁷⁵ Que corresponde ao juiz, juiz de instrução e ao Ministério Público, respetivamente quanto aos atos que cabem na sua competência (art. 1.º, al. b) do CPP).

⁷⁶ SANTOS, Cláudia da Cruz, *O Crime*, págs. 235-236, cujas palavras seguiremos de perto, bem como a bibliografia aí citada.

A competência dos OPC reconduz-se a determinados atos para os quais, expressamente, o legislador lhe conferiu poder bem como, igualmente, aqueles outros atos que MP pode delegar (nos termos do art. 270.º): isto é, todas as diligências e investigações relativas ao inquérito, com exceção de algumas, que o legislador entendeu serem da competência somente da magistratura (cfr. n.º 2 daquele preceito). Tal permite uma só conclusão: os OPC têm competências de tal modo extensas que quase se confundem com as do MP, possuindo um vasto campo de atuação em sede de inquérito, onde se realizam as diligências necessárias para apurar os “indícios suficientes” necessários para deduzir acusação de um arguido por certo crime. É de notar, no entanto, que os OPC devem sempre informar a autoridade que se encontrem a coadjuvar – no inquérito é o MP –, que podem “levantar” a delegação realizada. Esta delegação de funções é necessária: já o dissemos e repetimos que não é possível o Ministério Público realizar todas as diligências por si só, pelos seus meios (mormente, os humanos), e discute-se se tal seria a situação ideal, de facto – afinal, a investigação criminal é um ato da competência e responsabilidade do MP. Como bem nota SANTOS⁷⁷, ainda que o MP estivesse preparado, com todos os meios ao seu dispor, a verdade é que há um conjunto de conhecimentos (v.g. estratégias de investigação) e de recursos (logísticos) que são atributos (quase) exclusivos dos OPC, tecnicamente, porventura, melhor preparados para a prática de muitos atos de investigação. Além do mais, de modo objetivo por não ser nosso objeto deste estudo, é possível, à luz da norma do art. 270.º, n.º 4 do CPP, o Ministério Público fazer uma delegação genérica nos OPC, sendo certo que estes terão sempre que comunicar ao MP a notícia do crime (denúncia obrigatória, cfr. art. 242.º, n.º 1, al. a) do CPP) e que o este sempre poderá requer a realização de outras diligências ou avocar o processo. A Circular n.º 8/87 da Procuradoria-Geral da República, de 21 de Dezembro, veio concretizar a ideia por detrás da delegação de poderes e do papel do MP enquanto titular do inquérito, devendo este ser entendido “como o poder de dispor material e juridicamente da investigação, no sentido de: (a) emitir diretivas e instruções quanto ao modo como deve ser realizada; (b) acompanhar e fiscalizar os vários atos; (c) delegar ou solicitar a realização de diligências; (d) presidir ou assistir a certos atos ou autorizar a sua realização; (e) avocar, a todo o tempo, o inquérito”. FARIA COSTA⁷⁸ no perigo de o Ministério Público, devido à falta de meios, não ter a possibilidade de intervir, procedendo à competente orientação e direção do inquérito e se

⁷⁷ *Id.*, págs. 241-242.

⁷⁸ *Id.*, pág. 243.

tornar num “mero classificador de processos”. É aqui que o princípio da legalidade (e, conseqüentemente, entendemos nós, o princípio da igualdade) periga: os OPC têm uma enorme margem de liberdade na sua atuação. SANTOS⁷⁹ realça o facto de esta margem de liberdade, acaba por permitir, às entidades policiais, emitir juízos de valor levando a contrariar tudo quanto se quis proteger com o princípio da legalidade em sede de promoção processual: a punição de uns e não de outros! Serão a legalidade e a igualdade valores utópicos? A verdade é uma: nem todos os crimes serão perseguidos e punidos! Não por mera discricionariedade de quem tem o “poder de decidir”⁸⁰, mas porque seria, tão-só, impossível sem “afundar” os nossos tribunais num mar de processos. De todo o modo, o receio de eventuais desigualdades existe.

Afirmamos, por ser verdade, que o Ministério Público tem o dever de promover o processo penal perante a notícia de um crime. No entanto, não podemos esquecer que o cidadão se dirige, em primeiro lugar e via de regra, “à polícia” e não ao DIAP! Nem todos os polícias têm a real noção de que estão mediante um crime, sendo leigos, muitas das vezes, tanto quanto as vítimas que os procuram. Trata-se da primeira fase de “seleção” de crimes que verão a luz da acusação e serão perseguidos criminalmente. Logo ali, numa qualquer esquadra, uma espécie de triagem. Sendo certo que sobre os OPC recai a obrigatoriedade de denúncia (art. 242.º, n.º 1, al. a) do CPP), não é menos certo que este dever tem muito de teórico, uma vez que não lhes será difícil contornar esta obrigação. Entendemos ainda que, tal como entende GASPAR, o Ministério Público tem “a responsabilidade de transmitir aos órgãos de polícia criminal a necessidade e a obrigatoriedade da utilização de critérios estritos de objetividade e imparcialidade”⁸¹.

Revisitando a ideia central que subjaz ao princípio da legalidade, recebendo a notícia de um crime, o MP abre inquérito e investiga; reunindo os indícios suficientes de o crime ter-se verificado às mãos de um certo agente, deduz acusação (ressalvados sempre, para o primeiro momento, os crimes particulares em sentido amplo, e do segundo

⁷⁹ *Id.*, pág. 244.

⁸⁰ Entre aspas, pois não se trata meramente de um poder de decidir, trata-se de encontrar os indícios suficientes para avançar para uma acusação e de procurar formas divertidas de encerrar o processo, aliviando a carga de processos nas secretarias dos tribunais!

⁸¹ GASPAR, Jorge, *A Titularidade*, pág. 48.

momento, os crimes particulares em sentido estrito. A intervenção do MP deveria iniciar-se onde cessou a atividade da polícia, desenvolvendo-se com o apoio dos OPC⁸² Supondo que o MP recebeu a notícia de um crime e desenvolveu a adequada investigação, no fim do inquérito e de acordo com os resultados obtidos, cabe ao MP decidir se se reúnem os elementos essenciais para se concluir que poderá, de facto, ter-se verificado um crime praticado por determinado agente, de acordo com a prova produzida. Que juízo é este? E o que são *indícios suficientes* (arts. 277.º, n.º 2 e art. 283.º, n.º 1 do CPP)?

O arquivamento por falta de recolha de indícios suficientes, nos termos do art. 277.º, n.º 2, é distinto do arquivamento em sentido estrito (nos termos do n.º 1 do mencionado preceito): quando àquele existe uma análise dubitativa sobre os pressupostos de acusação, neste existe uma apreciação negativa dos mesmos⁸³. Isto significa, que o arquivamento se deve às dúvidas que o MP não conseguiu transpor. O nosso CPP entende tratar-se de indícios suficientes aqueles que se traduzam numa *possibilidade razoável* de vir a aplicar uma pena ou medida de segurança, ao arguido (cfr. art. 283.º, n.º 2 do CPP). Ora, o Ministério Público realiza uma seleção dos dados participados às polícias e comunicados por estas àquele. Como bem observa GASPAR, para realizar este juízo de prognose, o MP terá, ele próprio, de realizar uma tarefa que se reconduz ao exercício positivo da ação penal⁸⁴. É, portanto, o Ministério Público que preenche o conceito de *indícios suficientes*, dando-lhe a devida utilidade⁸⁵. Para a realização de tal tarefa, o age de acordo com o princípio da livre apreciação da prova (indiciária) recolhida, nos termos do art. 127.º do CPP e que não deve ser confundida com discricionariedade (não estivesse o MP vinculado a critérios de estrita objetividade e, principalmente ao princípio da legalidade). GERMANO MARQUES DA SILVA entende que o arquivamento é sempre uma decisão de natureza meramente processual, atuando o Ministério Público apartado de qualquer juízo de mérito⁸⁶. Contudo, a norma do n.º 2 do art. 283.º, implica que o MP realize um juízo acerca dos elementos probatórios recolhidos. Concordamos plenamente com GASPAR⁸⁷ que entende que à decisão do MP subjaz uma decisão de mérito, porquanto aquele “verifica os factos e aprecia a culpa, aprecia as causas de justificação e

⁸² CLUNY, *Op. cit.*, pág. 58.

⁸³ GASPAR, Jorge, *Op. Cit.*, pág. 59.

⁸⁴ *Id.*, pág. 63.

⁸⁵ *Id.*, pág. 64.

⁸⁶ Citado por GASPAR, Jorge, *Op. cit.*, págs 77-78.

⁸⁷ *Id.* e bibliografia seguida, pág. 79.

de exclusão da culpa, pondera as questões de facto e de direito e aparece, no processo penal «com a objetiva intencionalidade de verdade e justiça igual, similar, ou inteiramente análoga ao posicionamento perante os referentes valorativos (legalidade, objetividade, imparcialidade) do juiz»”. Em suma, o MP, quando valora os elementos de prova que alcançou pelo inquérito, formula um juízo idêntico ao do juiz na sua atividade decisória. Citando CLUNY⁸⁸, “ao magistrado que toma conhecimento de um determinado delito não compete, unicamente, averiguar os factos, quem foi o infrator, as circunstâncias, as razões e os objetivos do mesmo e, depois, enquadrá-los na lei, determinando assim a incriminação. Compete-lhe, ainda, apreciar a validade das provas recolhidas antes da sua intervenção, corrigir se possível as suas irregularidades e, fundamentalmente, **ajuizar, seletiva mas rigorosamente, sobre os elementos probatórios** que devam dar corpo ao inquérito a fim de fundamentar – no **estrito cumprimento dos requisitos legais** – a decisão de acusar ou não. A decisão de acusar deve basear-se já num juízo muito próximo do que preside à decisão do juiz”⁸⁹. O mesmo autor explica exemplarmente, que na verdade, mesmo na seleção e das concretas circunstâncias que integrarão a acusação, existe um juízo prévio acerca da culpa do arguido⁹⁰. Quando o art. 283.º, n.º 2 refere uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada pena ou medida de segurança ao arguido como pressuposto de uma acusação a se efetivada pelo Ministério Público, está a impor-lhe um juízo acerca das circunstâncias que determinem a aplicação de uma pena ou medida de segurança – de que outro modo poderia o MP concluir por aquela possibilidade? Não só o raciocínio como o próprio objeto do juízo é, no essencial, o mesmo sobre o qual recairá, *à posteriori*, o do juiz⁹¹. Para tanto, percebe-se que o MP deve procurar recolher todos os elementos que conduzam a um melhor juízo de probabilidade, recolhendo todos os indícios, e agindo no sentido da descoberta da verdade, diligenciado da melhor forma para alcançar estes propósitos, sob pena, por exemplo, de vir a ser arguida a nulidade referente à insuficiência do inquérito por não terem sido realizadas diligências essenciais à descoberta da verdade (art. 120.º, n.º 2, al. d) do CPP).

Claro está que não sendo o Ministério Público advogado nem do assistente nem do arguido, o seu juízo norteia-se pela defesa da legalidade democrática e não pela defesa dos

⁸⁸ CLUNY, António, *Pensar...* pág. 48-49.

⁸⁹ Negrinho nosso.

⁹⁰ *Id.*, pág. 50.

⁹¹ *Id.*, pág. 51.

interesses do assistente ou arguido, e sem se poder confundir com as pretensões do queixoso ou da vítima, pois deve resultar do que consiga apurar pela investigação que levou a cabo⁹². Mantendo-nos na retaguarda do pensamento de CLUNY, afirmamos com este autor que devemos olhar para a fase de inquérito como mais do que uma fase de recolha e transporte de provas para outra fase, consubstanciando, afinal, ele próprio uma “prova” dos fundamentos de que o MP se socorreu para acusar ou arquivar.

O que nunca pode ser esquecido ao longo do que ficou exposto – a seleção dos factos trazidos pelas polícias, a escolhas dos meios de prova, a apreciação da prova produzida – é o princípio da legalidade, sob pena de uma discricionariedade equivalente a arbitrariedade e, em suma, uma insegurança perante as consequências de uma mesma prática criminosa.

O Princípio da Oportunidade

No lado oposto ao visitado princípio da legalidade, desenha-se um outro, o princípio da oportunidade, que se acha fácil distinguir daqueloutro: de acordo com este princípio, a promoção processual penal dependeria de critérios de oportunidade – por oposição aos critérios de estrita legalidade –, podendo ser chamados a colação razões atinentes à prioridade, prevalência ou conveniência da investigação de certos crimes perante outros. Este é o princípio que vigora, nomeadamente, nos EUA, França, Inglaterra e Bélgica. Concretizando, chegando ao Ministério Público a notícia de crime, dispunha aquele de um leque de critérios para aferir da – chamemos-lhe assim – *sorte* de tal conhecimento; e recolhendo todos os indícios necessários para se convencer de que pode haver um crime e de que foi o seu agente, pode o Ministério Público decidir se é conveniente – ou mesmo *cómodo* –, naquele momento, prosseguir para a acusação do arguido pelos factos. Numa situação assim determinada, ao menos, uma questão há a que lançar ao debate: como se hierarquizarão os ilícitos-típico? Seria, parece-nos óbvio, por razões da consideração do magistrado do Ministério Público que tomasse em suas mãos o caso concreto, conduzindo-nos a uma resolução casuística do problema, em que ora prevaleceriam critérios adstritos à danosidade social de um comportamento desviante, ora

⁹² *Id.*, pág. 54 e 57.

sobressairiam critérios políticos. Perigava, consideramos nós, de modo vergonhoso, a segurança jurídica e a igualdade, perante a lei e a justiça, de tratamento de todos os cidadãos. Nos sábios dizeres de JORGE GASPAR⁹³ “(...) é que da falta de objetividade nas investigações resulta o desvirtuar da legalidade no instante da decisão final sobre o resultado daquelas, pois a vem suscitar sobre factos oportunisticamente recolhidos”.

O que se verifica, sem margem para duvidar, é que o nosso ordenamento jurídico consagra o princípio da legalidade na promoção processual penal. No entanto, apesar da firmeza nesta afirmação, na década de 80 foi perdendo o fulgor de outrora, abrindo a porta à oportunidade. O que se veio a verificar é que existe uma relevante e indiscutível destrição entre a construção – e bondade – teórica da aplicação de critérios objetivamente legais e a sua aplicação efetiva, na prática – a distinção entre a *law in books* e a *law in action* a que alude COSTA ANDRADE⁹⁴. O princípio da oportunidade “traz em si a ideia de que o MP (...) deve poder até certo ponto decidir se é oportuno ou não, se é conveniente ou não avançar com uma ação penal”⁹⁵.

Analisando o direito comparatista⁹⁶, constata-se que o princípio da oportunidade se reflete em diversos ordenamentos: ora como regra, ora como exceção⁹⁷. Nos ordenamentos jurídicos onde vigore a oportunidade, enquanto regra, de que é exemplo paradigmático os EUA, o princípio da legalidade não encontra qualquer reflexo. Aqui o Ministério Público tem um poder absolutamente discricionário de promover a ação penal quando e como melhor lhe aprouver, podendo, nomeadamente, desistir livremente da acusação, mas pode ir mais além, e, por exemplo, não agir contra um agente criminoso que colabore com a justiça. Além disso, sendo um poder inteiramente discricionário, o Ministério Público tem nas suas mãos toda a concreta conformação e destino do processo, até o transmitir ao juiz. O Ministério Público tem o poder de lançar mão dos critérios que, em concreto, entenda serem os mais adequados e *oportunos*, o que parece reportar-nos para uma completa arbitrariedade e insegurança da sociedade perante a justiça. Noutra mão, temos os ordenamentos jurídicos onde o princípio da oportunidade é uma exceção à regra da

⁹³ GASPAR, Jorge, *Titularidade*, pág. 51.

⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Consenso*”, pág. 340.

⁹⁵ ISASCA, Frederico, *Apontamentos*, pág. 98.

⁹⁶ Conforme faremos *infra*.

⁹⁷ Cf. GUARIGLIA, Frabricio O., “*Facultades Descrecionales del Ministerio Público*”, *Doctrina Penal* – 130454, Año 13 (1990), pág. 187 a 189 (que seguiremos na exposição deste ponto).

legalidade, como o alemão, onde tão-só se opera uma limitação do deste princípio, nos casos expressamente previstos na lei⁹⁸.

Um dos argumentos que entendemos estar na base do afastamento do princípio da oportunidade na generalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, relaciona-se com a necessidade de proteger as expectativas e a segurança jurídica, correlacionada com um fundamento de igualdade. Mas já concluímos não estarmos ante uma legalidade culminada numa ideia de obediência – porventura, cega – à lei e a alteração do entendimento da igualdade⁹⁹, permite-nos olhar com bondade para a oportunidade, abandonando esta o estigma de tentador de imparcialidades. E não podemos olvidar a vantagem de que logra o princípio da oportunidade: este permite “livrar” o sistema dos casos para os quais é possível obter uma resposta satisfatória e adequada fora da barra do tribunal.

⁹⁸ É por isso que, como é forçoso repetir, alguns autores demonstrar preferência pela expressão “princípio da obrigatoriedade”, ao invés de “legalidade”, pois em bom rigor, poderemos dizer, no caso alemão, que se trata da observância do princípio da legalidade: só nos casos *previstos na lei* se abre a possibilidade de introduzir elementos discricionários.

⁹⁹ Que formalmente, consubstanciava um rigorosamente indistinto tratamento das pessoas, independentemente do concreto situacionismo.

CAPÍTULO II

AS CONCEÇÕES DO DIREITO COMPARADO

Brasil

“No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. (...) O Estado tem o dever de punir.”

Afrânio Silva Jardim¹⁰⁰

No Brasil vigora também o princípio da legalidade, como regra, ao nível da promoção da ação penal pública, ainda que se reconheça de modo pacífico a presença de rasgos de oportunidade, exceções ao supracitado princípio. Ainda que no CPP Brasileiro não exista nenhum normativo que verse, expressamente, sobre o princípio da legalidade, a generalidade da doutrina aceita-o, entendendo-o contido no artigo 24.º do CPP Brasileiro¹⁰¹¹⁰². No Brasil, como em Portugal, o responsável pela ação pública – o Ministério Público – tem que promover a ação penal, abstraindo-se de critérios de oportunidade ou conveniência, desde que se verifique a probabilidade forte¹⁰³ de aquele crime ter-se verificado, nas mãos de um determinado agente.

Em 1988, a aprovação da Constituição Federal veio destabilizar este entendimento, mais ou menos pacífico, e agitar a discussão. A CF de 1988¹⁰⁴ veio atribuir aos membros do *parquet*¹⁰⁵ independência funcional, tratou a criação dos Juizados Especiais¹⁰⁶ e instruiu

¹⁰⁰ JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 12.

¹⁰¹ Que dispõe que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público”.

¹⁰² Não existe, conclui-se, no Brasil, um conteúdo normativo de caráter indubitável, como é o caso do contido na norma dos artigos 262.º, n.º 2 e 283.º, n.º 1 do nosso CPP.

¹⁰³ CAMPOS, Cilisia Eline, *Obrigatoriedade da ação penal e ministério público*, podendo ser consultado no sítio http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627, e cujos ensinamentos aqui seguimos de muito perto.

¹⁰⁴ Que, note-se, que foi a primeira CF a prever a matéria atinente ao Ministério Público num capítulo autónomo.

¹⁰⁵ Expressão de origem francesa que se refere ao magistrado do Ministério Público ou ao próprio.

a justiça consensual. Sucede, ademais, que mesmo dentre os autores brasileiros que entendem vigor o princípio da legalidade, alguns acham-no incompatível com a CF de 1988¹⁰⁷, porquanto esta veio não só ampliar as funções do MP como, ainda, dispor acerca o independência funcional dos seus magistrados, o que, dizem – mal se compatibiliza com a obrigatoriedade decorrente do princípio da legalidade.

Alemanha¹⁰⁸

Como já tivemos ensejo de o dizer, na Alemanha vigora o princípio da oportunidade enquanto exceção ao princípio da legalidade que, utilizado para agir em sede da pequena e média criminalidade. Assim, não obstante dizermos ser o sistema alemão presidido pelo princípio da legalidade, o seu enfoque são as infrações mais graves¹⁰⁹.

Como manifestações da oportunidade no ordenamento jurídico-penal alemão, encontramos na StPO as figuras do arquivamento contra injunções e regras de conduta¹¹⁰, a do *Strafbefehrsverfahren*¹¹¹ e as *Verständigungen*¹¹².

Na senda do abandono da firmeza de um princípio legalista, surge a figura do arquivamento contra injunções e regras de conduta¹¹³. Já antes, no § 153 da StPO, se previa a possibilidade de, mediante um delito¹¹⁴ praticado com culpa leve e não persistindo razões atinentes ao interesse público para justificar a necessidade de punição, o MP arquivar o

¹⁰⁶ Lei n.º 9.099/95 de 26 de setembro.

¹⁰⁷ É disso exemplo João Porto Silvério Júnior (cfr. CAMPOS, Cilisia Eline, *Obrigatoriedade da ação penal e ministério público*, podendo ser consultado no sítio http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627)

¹⁰⁸ Seguimos aqui de perto as considerações de COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia – O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, págs. 471 e ss.

¹⁰⁹ Na prática, observamos que se promoveu a descriminalização de certas condutas, a conversão de alguns delitos em meras contra-ordenações, a clara preferência pela pena de multa (preterindo-se a pena de prisão), a extinção das contravenções e, finalmente, o aumento o número de infrações cujo respetivo procedimento criminal fica dependente da vontade da vítima (Cfr. *Criminologia...*”, pág. 493.)

¹¹⁰ Ou, em alemão, *Auflagen und Weisungen*, prevista no § 153 a), introduzido na StPO em 1975.

¹¹¹ Regulado nos § 407 e ss da StPO e que se traduz à letra por “processo de ordem penal” (Cfr. “Criminologia...”, pág. 495).

¹¹² Nome que designa os acordos tratados entre juiz, MP e acusado, como se melhor nos referiremos a eles *infra*.

¹¹³ Ainda que não resulte num arquivamento, a dependência da observância de regras de conduta e injunções assemelha-se ao instituto da suspensão provisória do processo, prevista no art. 281.º do CPP.

¹¹⁴ O sistema jurídico-penal alemão distingue entre delitos (*Vergehen*) e crimes (*Verbrechen*), correspondendo, respetivamente, às infrações menos e mais graves.

processo. Com esta figura do § 153 a) da StPO, o Ministério Público pode arquivar, não obstante existir interesse público na punição do infrator, quando tal necessidade seja satisfeita pelo cumprimento das regras de conduta e injunções. Seria uma resposta à pequena criminalidade, menos *agressiva* e *estigmatizante* para os delinquentes que praticassem pequenos crimes, preservando-se, ainda assim, a resposta repressiva de condutas que careçam de punição. KAUSCH, contudo, era uma das vozes dissidentes que colocava em causa a validade constitucional deste instituto: considerava o autor violar, principalmente, os princípios do Estado de Direito, da divisão de poderes e do monopólio da função jurisdicional a cargo dos tribunais, porquanto o MP tinha o poder em suas mãos de não só arquivar o processo mas, aqui sim, aplicar regras de conduta e injunções, de algum modo semelhantes a penas^{115 116}.

Já no tocante ao *Strafbefehlsverfahren*¹¹⁷ esta verifica-se quando, avultando a necessidade de obter uma condenação dos infratores, esta se basta com uma multa, evitando-se o julgamento – e, novamente, o seu pendor estigmatizante sobre o agente – ou, nas sapientes palavras de COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS, “*algumas cerimónias degradantes*”¹¹⁸. Apesar de o arguido poder recorrer e impugnar este processo e, por conta disso, não estar arredada a possibilidade de existir um acordo prévio – de modo a obviar a sua frustração –, este acordo não passa por uma negociação, cabendo ao arguido aceitar ou não a pena.

Na Alemanha pugnava, também, pelo menos alguns autores, pela vigência de uma figura semelhantes de alguma forma semelhante à *negociation* norte americana. As *Verständigungen*¹¹⁹ são negociações nascidas daquelas que já se verificavam no processo civil e no processo do trabalho, em que o juiz, MP ou réu negociavam uma

¹¹⁵ KAUSCH questionou se, por esta via, o MP não se converteu, então, num juiz que atua em momento prévio ao juiz da causa. Perfilando idêntico pensamento, encontramos NAUCKE (Cfr. PALERMO, Pablo Galain, *Suspensão, op. cit.*, pág. 618 e n. 14).

¹¹⁶ Em Portugal, uma discussão semelhante foi gerada pela introdução da suspensão provisória do processo, por via da qual o MP *determina* a suspensão do processo sempre que, verificados outros pressupostos, o arguido cumpra certas regras de conduta e injunções, como o pagamento de uma indemnização ao lesado, não exercer certas profissões ou frequentar programas ou atividades determinados (Cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 281.º do CPP)

¹¹⁷ Uma das modalidades de processo sumário que a StPO prevê.

¹¹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da/FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Criminologia*, pág. 495.

¹¹⁹ Em bom rigor, esclareçamos que esta não é a designação correta mas sim *uma das* designações possíveis, cuja aplicação dependerá da maior ou menor simpatia com que é referida.

moldura penal mais branda ou outra acusação, em troca da confissão do réu¹²⁰. Os acordos encontraram reflexo no StPO¹²¹, os acordos em que se em que estejam presentes o Tribunal, o Ministério Público e o acusado. É a estes sujeitos que é atribuída a competência para participar nas negociações e contribuir para a concreta configuração do acordo, que só existe se o acusado confessar, e que pode prever uma moldura *especial* face à moldura legal prevista para o crime em causa (n.º 3 do §257c). Não temos o ensejo de aprofundar a questão dos acordos no sistema alemão, não obstante, digamos que este sistema tem, logo à partida e quanto ao que nos releva, uma diferença substancial: não é nas mãos do MP que o processo está, também o juiz participa nesta negociação. Ora, na *plea bargaining* a discussão é a dois – MP e acusado – e arbitrariedade de que eventualmente padeça a atuação do MP não está sujeita a qualquer controlo.

Há autores que até reconhecem as vantagens dos *acordos*, libertando o Juiz de um número razoável de processos e fomentando a ressocialização do acusado, mas não esquecem as desvantagens, nomeadamente, serem tidos em primeira linha critérios alheios aos interesses dos arguidos ou das vítimas, *v.g.*, razões atinentes à progressão na carreira que leve o juiz a mostrar melhores números quanto a processos levados a bom porto¹²². Entendemos poder resumir a crítica de SCHÜNEMANN com umas das suas afirmações: “os acordos transformam o processo penal, concebido até agora como um conflito de valores decidido pelo juiz, terceiro imparcial, numa regulação de conflitos regida por critérios de poder e não por critérios jurídicos – reflexo evidente de que no sistema jurídico-penal alemão vigora o princípio da oportunidade como exceção ao princípio da legalidade. WEIGEND entendia tratar-se de um mecanismo arbitrário^{123 124}.”

¹²⁰ LANGER, Máximo, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, Harvard International Law Journal, 2004, pág. 40.

¹²¹ A 28 de Maio de 2009, a StPO é revista e é-lhe aditado o § 257c.

¹²² SCHÜNEMANN, *Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo in* Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, Bernd Schünemann, traduzido por Silvina Bacigalupo, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, págs. 294 e ss.

¹²³ WEIGEND, *The Decay of Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, Crimes, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honor of Professor Mirjan Damaska, 2008 (*in* <http://pt.scribd.com/doc/64815488/Crime-Procedure-and-Evidence>, acedido em 14 de Janeiro de 2014), pág. 46-47.

¹²⁴ O autor entendia que nem todos os arguidos tinham poder para conformar o resultado de uma negociação, por, *v.g.*, pouco (ou mesmo nada) terem para oferecer a uma negociação se tiverem sido detidos em flagrante delito ou se tiverem confessado num momento anterior ao da negociação – se a sua posição na discussão já é mais débil do que dos demais intervenientes, se pouco (ou nada!) dar como moeda de troca, pior fica a sua situação.

Estados Unidos da América¹²⁵

O sistema norte-americano constitui o exemplo paradigmático de um sistema jurídico que acolhe o princípio da oportunidade no exercício e promoção da ação penal. Nos EUA, somente no que tange ao formalismo legal de escolha e recolha das provas que sustentam a acusação, se acham critérios de legalidade. O Ministério Público tem uma atuação plena e totalmente discricionária, verificando-se tal faceta quer numa fase inicial – *preliminary screening*¹²⁶ – como na fase posterior de acordo – *arraignment*¹²⁷ – orientando-se o *prosecutor* de acordo com critérios de oportunidade.

O poder discricionário do MP é conhecido logo naquela fase preliminar, quando contata com o caso pela primeira vez. Neste momento, *prosecutor* apura se concorda com a atuação da polícia e, conseqüentemente, acusa ou se, diversamente, não a acolhe e não acusa. Diferentemente do que acontece entre nós, onde sendo pelo MP recebida a notícia do crime não mais pode furtar-se à promoção da ação penal. Atendendo ao facto de o MP é eleito por sufrágio, logo somos transportados para certas considerações: a atuação do MP pode estar impregnada de propósitos algo apartados da ideia de realização de justiça, dirigindo-se, por um lado, às exigências de justiça e, por outro, a fazê-lo como o mínimo belisque económico. Assim sendo, poderão sair incólumes certos infratores.

Isso mesmo se estende, claro está, à fase da *plea bargaining*¹²⁸, a negociação em que são partes o MP e a defesa, com vista a obtenção da confissão em *troca* de uma punição mais leve. Este instituto pode traduzir-se numa situação de desigualdade e injustiça, porquanto se poderá dizer que o resultado das negociações depende não de considerações de justiça, mas do domínio dos negociadores, dada a posição do arguido – que caso não chegue a acordo, pode vir a enfrentar uma dura pena – e a do MP – cuja posição se mostra de superioridade. Desta negociação resultará, portanto, uma confissão do acusado a que corresponderá uma atitude do Ministério Público de colaboração, procurando ou obter uma

¹²⁵ Continuamos a seguir COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS, em *Criminologia*, pág. 478 e ss..

¹²⁶ Neste momento, recebida a notícia de crime o MP decide se aceita ou não o processo.

¹²⁷ A fase da *plea bargaining*.

¹²⁸ *Grosso modo*, esclareçamos. Cfr. ALBERGARIA, *Plea Bargaining – Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra: Almedina, 2007, pág. 20 (nn. 19-21)

alteração quantitativa ou qualitativa da acusação – *charge bargaining* –, ou sugerindo uma pena a aplicar ao agente – *sentence bargaining*. Ora, este acordo mostra-se muito desigual e a posição do arguido, fragilizada. Afinal o poder da negociação concentra-se na mãos do MP, que pode até pressionar o arguido no sentido de aceitar um acordo para evitar uma condenação (supostamente) superior. COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS chamam a atenção para a *overcharging*: num primeiro contato, o MP traçaria um longo e duro percurso na barra do tribunal, culminando em formas de responsabilidade drásticas, aproveitando-se da insegurança e receios do arguido, para obter o seu acordo numa acusação mais benévola, um “*mal menor*”¹²⁹. Os mesmos autores chamam a atenção ainda para outro problema: os arguidos que não cheguem a acordo com o MP, são tidos como “perturbadores”, podendo vir a ser punidos com uma pena mais gravosa, o que mais uma vez destaca a pressão psicológica que é exercida sobre os arguidos e faz levantar questões: quantos inocentes assumirão uma culpa que não têm com receos de vir a ser punida com uma pena pesaraosa?

O instituto da *plea bargaining* traz consigo, de igual modo, vantagens, acarretando uma económica financeira e de tempo e eficiência. Além disso, foi a resposta encontrada para o aumento da criminalidade.

Os supra aludidos autores¹³⁰ elencam um núcleo restrito de características observadas na prática, no que respeita à aplicação do instituto da *plea bargaining*. Afirmam que a conduta do MP é norteadada pelo objetivo de ganhar (ou não perder) os casos, pelo que é este um dos critérios, concluindo, de que lançam mão para tomar a decisão de aceitar promover o processo ou não. Chamam ainda a atenção para o papel importante, neste momento, da vítima: esta deve expressar-se de modo claro, esclarecedor e firme – os autores – e bem – referem, inclusivamente, o conceito de *vítima ideal*. Objetivamente no respeitante à fase da *plea bargaining*, observa-se um conjunto de fragilidades: o MP está muito mais predisposto a oferecer e aceitar acordo quando se encontre em dificuldades, *v.g.*, quanto à matéria de prova¹³¹. COSTA ANDRADE/FIGUEIREDO DIAS não esquecem ainda aqueles crimes que geram grande envolvimento

¹²⁹ *Op. cit.*, pág. 486.

¹³⁰ *Op. cit.* págs. 488 e ss.

¹³¹ Basta pensarmos em situações em que o MP tenha prosseguido a sua investigação por recurso a meios *menos lícitos* – dizemo-lo com simpatia – ficando numa situação delicada se o arguido não aceitar o acordo, porquanto não terá, em sede de julgamento, provas sólidas para apresentar e obter a condenação daquele.

da sociedade e que conduzam a “*reivindicações de ‘law and order’*”¹³². Por outro lado, o MP ganha um enorme poder quanto, inclusive, à pena a aplicar: perante um caso que poderia conduzir a penas excessivas e desproporcionadas, por via do instituto, poderá o *prosecutor* manipular o objeto da acusação, de forma a conseguir uma condenação – *ao fim e ao cabo* – mais adequada e justa. Ora, a bondade é notória, bem como o espaço que se abre a arbitrariedades e, novamente, reforça o poder do MP numa negociação com os arguidos¹³³. Por este instituto, tendo em conta dominação do processo pelo MP, não será difícil entender que pode muito bem punir mais certos tipos de condutas e de agente, punindo menos aquele cidadão que tem *bom nome na praça pública* e mais o outro que já delinuiu.

Nos casos de elevado impacto social e na opinião pública, a *guilty plea* – a confissão – é precedida da *plea bargaining*. A razão facilmente se aponta: nestes casos é preciso mostrar à sociedade que não bastou ao infrator a mera confissão para logo obter uma pena o benefício de uma pena mais leve. Para tanto, o *prosecutor* tende a optar por fazer cumprir todo o ritual da máquina processual penal, para que seja apreensível que aquela não só funciona, como é transparente (e não uma justiça feita quase a dois – *prosecutor* e defesa)¹³⁴. Como FARIA COSTA bem observa, a confissão do infrator só é relevante, se às autoridades não for relevante a continuação da tramitação normal do processo, sendo as regras deste jogo de cariz verdadeiramente oportunista, tanto mais que o que impera é a conveniência ou a estratégia da justiça penal¹³⁵.

Do que fica dito extrai-se o seguinte: o MP pode negociar tanto o objeto do processo, como a incriminação propriamente dita¹³⁶, casuisticamente, com a defesa. O que

¹³² *Op. cit.* pág. 490.

¹³³ Vale a pena pensar uma pouco mais neste assunto. Imaginemos que certa pessoa é detida pelas autoridades policiais e acusada de certo crime, sendo, no entanto, inocente. Contudo, estando no sítio errado e à hora errada, foi fácil formar uma acusação contra ele. A moldura penal respetiva é de 10 a 25 anos. Para piorar a situação, no passado, aquela pessoa havia sido condenada por um crime idêntico. Qual a sua credibilidade, hoje, em tribunal? Não muita – dirão alguns que nenhuma. Ora, não será difícil o MP conseguir “assustar”, pressionar e, até, coagir esta pessoa – inocente, lembre-se – de que o melhor caminho é aceitar um acordo, porquanto, de outro modo, poderá ficar 25 anos preso.

¹³⁴ Ideia colhida de FARIA COSTA, António de, *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?*”, Separata do vol. LXI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N. 84, 2000.

¹³⁵ *Vide* FARIA COSTA, António de, *Diversão*.

¹³⁶ O que, obviamente, terá implicações na escolha do tipo e medida da pena.

sobressai, entre nós, é que este instituto¹³⁷ corretamente aplicado, com o primor necessário no tratamento das condutas e intervenientes, pode constituir um inegável benefício para a justiça norte-americana: o arguido é punido, porventura, com uma pena mais favorável do que a que obteria não fora o acordo e sem ter que passar pelos inconvenientes de um julgamento, podendo até vir a ser acusado por um crime com menor pendor estigmatizante; o “sistema” poupava tempo, dinheiro e libertavam-se de mais um processo; as vítimas e a sociedade obteriam a aclamada justiça. No entanto, parte-se de um pressuposto que não se pode garantir: que seria bem aplicado! E o que será uma “boa aplicação” do sistema de negociação? A não sujeição do arguido a quaisquer pressões e risco de coação pelo MP, no sentido de aceitar um acordo altamente desfavorável para si; a movimentação da esfera judiciária mesmo ante uma figura de poder ou bom nome, não devendo relevar o estatuto económico-social quer do arguido quer da vítima. Parece-nos um instituto perigoso, porquanto permitirá a subsistência de gravosas injustiças: inocentes condenados e culpados perigosos condenados a penas demasiado leves. Citando CLUNY, “trata-se, pois, de uma verdade pactuada e consensual, obtida em função de princípios que já pouco têm a ver com a previsão de uma punição abstratamente igual para os mesmos factos, quando ocorridos em circunstâncias idênticas e que a lei tipifica e considera ilícitos”¹³⁸. A doutrina não olvidou os perigos da *plea bargaining*, mormente a falta de transparência quanto aos critérios aplicados à *negociation*, notando a necessidade de uma espécie de conferência (“*pre-plea conferences*”), para que o acusado conhece os dados e provas de que o Ministério Público dispusesse, para, só então, poder decidir com mais segurança se pretende aquela negociação ou se, pelo contrário, prefere enfrentar a barra dos tribunais¹³⁹

140 .

Sendo verdade que se trata de um instituto com inúmeras vantagens, nomeadamente, uma menor incerteza quanto à decisão judicial, não são, de igual modo,

¹³⁷ Que terá surgido como resposta ao aumento da criminalidade e conseqüente aumento de processos que caem na malha da justiça. Os norte-americanos não ignoraram, como não poderiam ignorar, que seria impossível tratar cada processo com exata igualdade de armas, sendo necessário fazer uma “escolha”, que realizaram por via da oportunidade introduzida por via do instituto da negociação.

¹³⁸ CLUNY, António, *Pensar*, pág. 39.

¹³⁹ Vide ALBERGARIA, *op. cit.*, pág. 132 e bibliografia que aí se indica.

¹⁴⁰ Há autores que vão mais longe e entendem que também a vítima deveria ter um papel ativo, devendo ter uma palavra a dizer quanto às negociações, nomeadamente, o seu resultado (alguns autores, dizem ainda não ser despidendo que lhes fosse conferido direito de veto quanto àquele) – Cfr. RODRIGUEZ GARCÍA, *Justicia*, pág. 88 e bibliografia que aí se indica (nn. 267-269)

inegáveis as suas desvantagens, porventura, com consequências mais gravosas para a necessária e devida justiça.

França

Não poderíamos deixar de fora do nosso estudo o sistema jurídico francês, o exemplo europeu de mais peso, no que toca a esta dicotomia legalidade *versus* oportunidade. Não deixa de ser curioso, no nosso ponto de vista, que vigore na França o princípio da oportunidade: lembremos que dissemos acima¹⁴¹ que, por um lado, o princípio da legalidade encontra fundamento no princípio da legalidade – *basilar*, dissemo-lo –, que teve a sua origem na França pós-revolucionária, que combatia as formas de desigualdade social.

Ainda que sob o princípio da oportunidade, os franceses alicerçam-se em distintos critérios, o que não se traduz numa prática menos casuística ou mais generalizada. Entre os franceses, o critério de maior destaque, peso e distinção inspirado *raison d'État*. Na égide dos interesses do Estado, cada magistrado do MP competente por uma determinada área pode determinar que certas condutas sejam perseguidas criminalmente, ou, pelo contrário, não devam ser punidas. Para tanto, o procurador, no uso dos seus poderes, escudando-se dos pretensos interesses do Estado ou por entender que não tem a conduta impacto social significativo, pode decidir o futuro de um processo, sem que lhe seja necessário enunciar qualquer apreciação de natureza jurídica^{142 143}.

Como se dizia acima, os critérios podem ser distintos dos postulados nos EUA, contudo são casuisticamente deduzidos, merecendo-nos as mesmas críticas que o sistema norte-americano nos mereceu, mormente o instituto da *plea bargaining*.

¹⁴¹ *Vide*, pág.15.

¹⁴² CLUNY, António, *Pensar*, pág. 41.

¹⁴³ A este propósito, CLUNY cita o caso do envolvimento do filho de um “importante” político francês, cujo procurador responsável “usando o seu poder estatutário e lega e invocando o princípio da oportunidade, reconhecendo embora a existência de todos os requisitos para prosseguir a ação penal, decidiu não a exercer por ter considerado que politicamente não era do interesse do Estado” (Cfr. *Pensar*, pág. 40)

CAPÍTULO III

LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO

Generalidades

Não obstante a as reflexões de igualdade sobre a qual assenta o princípio da legalidade, veio a constatar-se que uma igualdade que permitisse exigir-se o igual tratamento das mais variadas pessoas nas múltiplas situações, conduziria a um enaltecimento das desigualdades. O direito constitucional ao tratamento igualitário não sai beliscado pela solução diversificada, presentes que estejam considerações distintas entre os agentes.

O que verificamos é que se o princípio da legalidade vigorasse na sua pureza, mediante a notícia do crime e apurados os indícios suficientes em sede de fim de inquérito, o caminho a seguir só poderia ser um, em cada situação: abrir inquérito e acusar ou arquivar. Mas tal não acontece, bem o sabemos. E nos debruçamos aqui sobre a questão – já tratada – das exceções ao princípio, atinentes à natureza do processo¹⁴⁴. O que se pretende perceber é se, apartados tais casos, o MP é, de facto, obrigado a agir.

Neste capítulo pretendemos abordar os casos em que reunidos que estejam aqueles pressupostos e independentemente da natureza do crime, o MP não prossegue com as investigações ou não acusa. Como bem entende – julgamos nós – PIZARRO¹⁴⁵, a regra é a oferecida pelo princípio da legalidade, conforme ditado pelas normas dos artigos 262.º, n.º 2 e 283.º, n.º 1 do CPP, existindo, não obstante, casos em que se confere ao MP uma “certa margem de liberdade” no que concerne à questão de acusar ou arquivar¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Desta feita, não está aqui em análise aquela exceção regra geral de que a notícia de crime sempre dá origem à abertura de inquérito e de que a reunião (ou não) de indícios suficientes sempre resulta (ou não) na abertura de inquérito, relacionada com a natureza semi-pública ou particular dos crimes, o que faria sempre depender a ação do MP de uma prévia queixa e/ou acusação particular. Sabemos que o Direito Penal substantivo só permite a perseguição de certas infrações quando a respetiva queixa tiver sido oferecida pelo ofendido ou quando este acuse.

¹⁴⁵ ISASCA, Frederico, *Apontamentos*, pág. 101.

¹⁴⁶ Estamos, claro está, a deter-nos aqui ao supra aludido e assim designado segundo momento do princípio da legalidade, respeitante à tomada de decisão no fim do inquérito.

Ambicionamos tocar neste capítulo nos pontos fundamentais que permitem alcançar uma corrente de fuga à legalidade estrita. No centro da teorização teremos os institutos de diversão da suspensão provisória do processo e arquivamento por dispensa de pena, a mediação penal¹⁴⁷, uma breve abordagem quer da lei-quadro da política criminal¹⁴⁸ como dos acordos sobre sentenças.

Fala-se em concessões ao princípio da oportunidade, ideia não perfilado por CAEIRO¹⁴⁹, que acusa o atirar para o campo da oportunidade todos e quaisquer meios que se consubstanciem numa abordagem distinta do “normal”. Também COSTA ANDRADE¹⁵⁰ entende ser excessivo chamar a oportunidade para o plano dos mecanismos de diversão com intervenção, preferindo a ideia de que constituem desvios ao princípio da legalidade, designando-os de manifestações de uma “legalidade aberta”¹⁵¹.

Observa-se que os institutos que serão objeto de análise – conforma supracitado – e que consubstanciam uma forma de reação distinta da imposta por critérios de estrita legalidade, têm um âmbito de aplicação restrito à pequena criminalidade. FARIA COSTA observa com total pertinência que o que se visa com tais institutos é “evitar o estrangulamento”¹⁵² do sistema jurídico-penal, o qual se encontra saturado de casos cuja mais correta solução não terá que passar pela regular tramitação processual, nem pela barra dos tribunais. O autor faz notar, além do que já ficou dito, que é necessário – e é propósito – fazer relevar tanto a finalidade de reabilitação do delinquente como a sua estigmatização¹⁵³. Ora, por recurso a estas figuras alternativas à justiça da barra dos tribunais, é possível, cremos nós, obstar à preponderância da estigmatização agravada que aquela consubstancia.

Os institutos que passamos a analisar demonstram a quebra do tradicional monopólio do princípio da legalidade no que à promoção processual respeita, representando um certo coeficiente de oportunidade.

¹⁴⁷ Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

¹⁴⁸ Lei n.º 17/2006, de 23 de maio.

¹⁴⁹ CAEIRO, Pedro, *Legalidade*, s.p..

¹⁵⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consenso*, pág. 352.

¹⁵¹ Ideia que revisitaremos adiante.

¹⁵² *Op. cit.* s.p..

¹⁵³ O que, de igual forma, contribui para a sua reabilitação, associada à ideia de que a pessoa que delinuiu tem um lugar na sociedade, razão pela qual vale a pena não voltar a praticar infrações, pôr-se do lado do direito e não contra ele, de vez.

Suspensão provisória do processo¹⁵⁴

Exemplo de um mecanismo de diversão com intervenção¹⁵⁵, a *suspensão provisória do processo* foi introduzida no nosso ordenamento jurídico com a revisão do CPP de 1987 (cfr. art. 281.^o¹⁵⁶) e concretiza-se pela afirmação de alternativa ao despacho de acusação. Se durante o inquérito o Ministério Público reunir os indícios suficientes quanto ao existência de crime e do seu agente, não obstante o princípio da legalidade, pode aquele não deduzir acusação e, *diversamente*, não o fazer e suspender provisoriamente o processo. Ainda que tal instituto seja frequentemente associado ao princípio da oportunidade, o professor de Coimbra COSTA ANDRADE lança mão da expressão “legalidade aberta¹⁵⁷ ¹⁵⁸”, porquanto, quando o MP aplica tal figura, na verdade, atua de acordo com as vinculações e dentro dos limites legalmente impostos no respetivo preceito normativo, isto é, encontra-se codificada tanto os casos em que se aplica, como a forma de o fazer (não subjazem quaisquer critérios discricionários do MP).

Quando pode ter lugar, então, a aplicação da Suspensão Provisória do Processo? *Grosso modo*¹⁵⁹, quando o crime for punível com pena até 5 anos prisão ou uma sanção diferente desta, se obtenha o consenso alargado dos sujeitos processuais – Ministério Público, arguido, assistente e juiz de instrução – e mediante a aplicação de injunções e/ou regras de conduta¹⁶⁰.

¹⁵⁴ A este propósito seguimos de pertos os doutos ensinamentos de FIDALGO, Sónia, *O Consenso no Processo Penal: Reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo*, in Revista portuguesa de ciência Criminal, Ano 18, fasc. 2 e 3 (abr-set. 2008), págs. 277-315.

¹⁵⁵ Estamos em presença de um mecanismo de diversão com intervenção, porquanto está na dependência da cominação pelo MP de injunções e/ou regras de conduta.

¹⁵⁶ A atual redação é o resultado das redações dadas pelas sucessivas redações.

¹⁵⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consenso*, pág. 352.

¹⁵⁸ Expressão que COSTA ANDRADE usa para designar a natureza dos critérios que justificam não só a suspensão provisória do processo como o instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena, a tratar no ponto que se segue.

¹⁵⁹ *Grosso modo* uma vez que é necessário observar, também, os pressupostos das diversas alíneas do n.º 1 do art. 281.º do CPP, v.g., ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza e ausência de grau de culpa elevado (cfr. al. b) e c), respetivamente, do 1 do art. 281.º).

¹⁶⁰ Uma nota apenas quanto à mais recente alteração deste preceito realizada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que introduziu o n.º 3. O legislador veio precisar que um caso em que sempre será necessário aplicar a injunção de proibição de conduzir veículos com motor: quando o crime em causa preveja como pena acessória aquela proibição.

A vigência do instituto gerou controvérsia desde o seu início, pelo que, após a aprovação do CPP¹⁶¹, foi pedida fiscalização preventiva da constitucionalidade. Pelo acórdão n.º 7/87¹⁶², publicado a 9 de novembro de 1979, o Tribunal Constitucional entendeu inconstitucional a atribuição ao MP da habilitação para aplicar o instituto e da imposição ao arguido das tais regras de conduta e injunções sem que em tal intervenha o juiz de instrução¹⁶³. Em virtude de tal posição sufragada pelo TC, foi alterada a redação original do art. 281.º do CPP, passando a exigir-se a anuência do juiz de instrução.

Já aqui fizemos alusão à ideia de *consenso alargado*¹⁶⁴ e nesse momento referimo-nos à concordância do assistente¹⁶⁵. Nós seguimos FIDALGO quando refere a alínea a) do art. 281.º, n.º 1 do CPP exige a concordância do assistente^{166 167}; contudo, temos dúvidas quanto à sua correção: não podemos ignorar, como COSTA ANDRADE não ignorou¹⁶⁸, a importância da participação da vítima, porventura caindo por terra a ideia inicial de que a vítima tivesse um papel de destaque na busca de soluções de consenso. Ora, não tendo esta vítima as características que lhe permita constituir-se assistente, não poderá ter qualquer intervenção na aplicação do instituto.

São funções das regras de conduta e injunções a reparação da vítima, a reparação do Estado e a ressocialização¹⁶⁹. Uma nota aqui apenas para nos referirmos à cláusula aberta da al. m) do n.º 2 do art. 281.º, para mencionar o facto de o Tribunal Constitucional ter sido chamado a pronunciar-se acerca da sua constitucionalidade. O TC não sufragou a tese da inconstitucionalidade, porquanto é preciso considerar o contexto de aplicação do

¹⁶¹ Datado de 4 de dezembro de 1986, pelo Decreto n.º 754/86.

¹⁶² Neste acórdão, foi pedida a apreciação do “artigo 281.º, [por] ao permitir ao MP, nos casos nele previstos, a suspensão do processo, [parecer] violar os mesmos preceitos do n.º 4 do artigo 32.º e do n.º 1 do art. 224.º, na medida em que subtrai à competência do juiz de instrução a disponibilidade do processo”.

¹⁶³ Desta feita, o TC pronunciou-se “pela inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 2 do [artigo 281.º], na medida em que neles se não prevê qualquer intervenção de um juiz – por violação dos artigos 32.º, n.º 4, e 206.º da Constituição

¹⁶⁴ Como veremos, trata-se de um consenso distinto do necessário para que se possa aplicar o instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena.

¹⁶⁵ A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, introduziu o n.º 9, passando a prever uma situação em que não é necessária concordância do assistente, referindo-se aos casos de furto que ocorram em estabelecimento comercial, durante o período em que aquele se encontra aberto ao público, mediante duas condições: tenham sido furtadas coisas móveis de valor diminuto e tenham sido recuperadas imediatamente. De todo o modo, assim não ocorrerá tratando-se de um crime perpetrado por duas ou mais pessoas.

¹⁶⁶ FIDALGO, Sónia, *O consenso*, *op. cit.*, pág. 283.

¹⁶⁷ Nem poderia ser diferente, uma vez que o texto da norma é claro (“a) concordância do arguido e do assistente”).

¹⁶⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consenso*, *op. cit.*, pág. 348.

¹⁶⁹ TORRÃO, Fernando, *in*: FIDALGO, Sónia, *O consenso*, pág. 286.

preceito, o qual exige a concordância do arguido, não pode contender com a dignidade daquele e estão sujeitas a um controlo realizado pelo juiz de instrução¹⁷⁰.

Finalmente, não podemos virar a página a este instituto sem nos referirmos aos casos especiais, dos números 7 e 8 do art. 281.º do CPP^{171 172}, atinente aos crimes de violência doméstica e contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, respetivamente. Consubstanciam, tais normas, casos especiais de suspensão provisória na medida em que aqui não é necessário observar a prescrição do n.º 1, com exceção das al. b) e c)¹⁷³. Quanto aos processos por violência doméstica (n.º 7), além de atender àquelas alíneas, é necessário o requerimento livre e esclarecido da vítima, com a concordância do juiz de instrução e do arguido. Já nos crimes do n.º 8, especialmente prevê-se a aplicação do instituto se o Ministério Público entender ser favorável aos interesses da vítima. São casos especiais também por isso: aqui releva, não a concordância ou interesse do assistente, mas da vítima. Sucede deste modo, devido aos bens jurídicos prevaricados. Para os casos de violência, podemos esclarecer a *ratio* da norma neste sentido: tratando-se de um crime público (desde 2000), poderia ser desencadeado um processo à revelia da vontade da vítima, que por via deste instituto se pode opor à tramitação de um processo nos moldes normais, uma vez que tem o poder para, ela própria, requerer a aplicação do instituto e fazer parar a máquina processual. O mesmo se diga quanto à previsão do n.º 7 do art. 281.º que, não obstante, não poder ser acionada pela própria vítima, impõe que se atenda aos seus interesses, em primeira linha. Desta feita, os casos de suspensão provisória em *sentido próprio*¹⁷⁴ respondem, primordialmente, aos interesses dos arguidos, com vista

¹⁷⁰ FIDALGO, Sónia, *O Consenso*. págs. 287-288.

¹⁷¹ Na redação dada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, uma vez que até então os casos especiais se encontravam previstos, respetivamente, nos n.ºs 6 e 7.

¹⁷² Os preceitos representam novidades trazidas pela revisão do CPP de 2007, sendo o n.º 7 uma novidade integral, quando os crimes que prevê passaram a ter natureza pública. Já o n.º 6 apenas sofreu uma alteração quanto à sua redação, tendo-se expressamente passado a referir à violência doméstica e tendo o legislador clarificado quais os pressupostos. Até 2007, havia diferentes posições jurisprudenciais quanto à questão de saber se se aplicariam tão-só os pressupostos do n.º 6 ou também os do n.º 1 do art. 281.º do CPP.

¹⁷³ Portanto, nos casos de processos por violência doméstica ou contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores é necessário continuar a atender à existência de anterior condenação anterior por crime da mesma natureza e a anterior aplicação deste instituto por tais crimes.

¹⁷⁴ FIDALGO, Sónia, *O Consenso* pág. 290.

a sua ressocialização possível; pelo contrário, os casos especiais colocam no topo das prioridades os interesses das vítimas¹⁷⁵.

Arquivamento em caso de dispensa de pena

Também o arquivamento em caso de dispensa de pena constitui um mecanismo de diversão, desta feita, com simples, porquanto o conflito é solucionado pelo MP ou OPC, sem mais. O MP poderá aplicar o instituto verificados os requisitos: a possibilidade expressa de dispensa de pena e verificados os seus pressupostos¹⁷⁶. Pode ser aplicado o arquivamento por dispensa de pena num de dois momentos: no fim do inquérito e na fase de instrução. No primeiro caso, é aplicado pelo MP – *dominus* do inquérito – e apenas exige a concordância do juiz de instrução¹⁷⁷; na segunda situação, é da competência do juiz de instrução – *dominus* do inquérito –, exigindo-se a concordância do MP e do arguido¹⁷⁸.

Este instituto tem uma íntima relação com o princípio da unilateralidade da culpa, do qual decorre e que dita, *grosso modo*, que não há pena sem culpa, mas pode haver culpa e não haver pena¹⁷⁹.

A aplicação deste instituto implica que o processo respeite a crimes não puníveis com pena de prisão superior a seis meses ou pena de multa não superior a 120 dias, se, cumulativamente, quer a ilicitude que o facto carregue quer a culpa do agente sejam diminutas; o dano se encontre reparado; não existam razões de prevenção que justifiquem a necessidade inultrapassável de aplicação de uma pena e, finalmente, o MP e juiz de

¹⁷⁵ Poderíamos, quanto a este tema, alargarmo-nos num extenso debate sobre, *v.g.*, a bondade deste instituto, quando confrontados com questão de saber se ele é efetivamente eficaz, atendendo ao facto de o agressor, nos crimes de violência doméstica, ter um ascendente sobre a vítima, que pode, afinal, não decidir requerer a suspensão do processo de modo livre e inteiramente voluntário. Também poderíamos procurar perceber como se afere, em concreto, o “interesse” do menor que seja vítima dos crimes elencados no preceito.

¹⁷⁶ De acordo com o art. 74.º do CP.

¹⁷⁷ Não se exige a concordância do arguido uma vez que este ainda não foi acusado. No entanto, há autores (*v.g.*, FIGUEIREDO DIAS) que questionam se, dada a publicidade do processo desde o seu início, não seria mais adequado que o arguido se pudesse opor à aplicação do instituto logo no final do inquérito.

¹⁷⁸ Como dissemos *supra*, para a aplicação do arquivamento em casos de dispensa de pena exige-se um consenso mais restrito do que o visto para o arquivamento em caso de dispensa de pena, dispensando-se a concordância do assistente.

¹⁷⁹ Cfr., *v.g.* art. 40.º, n.º 2 do CP.

instrução concordem nesta medida¹⁸⁰. Do que se expôs resulta este mecanismo de diversão irá aplicar-se sempre à chamada pequena criminalidade¹⁸¹ e, além disso, parece-nos de elevada importância o facto de ficarem arredadas da aplicação da dispensa de pena quer a reparação dos danos quer as razões de prevenção, afinal de contas que justiça seria aquela que possibilitasse que um ofendido tivesse que se conformar com os danos que sofrera e uma sociedade que ficasse em alerta e se sentisse insegura?¹⁸²

Em comum com o instituto analisado supra, tem o facto de se tratar de um instituto que pressupõe consenso (de pelo menos alguns) dos sujeitos processuais e consubstanciar um mecanismo de diversão.

Mediação Penal¹⁸³

A mediação constitui a expressão única da justiça restaurativa em Portugal. A justiça restaurativa tende a ser menos punitiva e mais equilibrada, mais convidativa à reconciliação da vítima e agente. Constitui uma forma mais positiva quer para a vítima¹⁸⁴ quer para o agente¹⁸⁵, de realizar a justiça tão almejada, porquanto mantêm o conflito no poder daqueles, os principais beneficiários da resolução do conflito. Um procedimento que obriga a que quer a vítima quer o agente criminoso, juntos, busquem uma solução para a qual ambos contribuem, acordada de modo a, efetivamente, reparar a vítima.

¹⁸⁰ O que fica dito é o que resulta do art. 280.º, n.º 1 do CPP que nos remete para o art. 74.º do CP.

¹⁸¹ É a conclusão a retirar da parte inicial do n.º 1 do art. 74.º, na parte em que se refere às penas pelas quais são punidos os crimes que admitem a dispensa de pena.

¹⁸² Pois não se pode esquecer que foi praticado um ilícito e que o agente agiu com culpa!

¹⁸³ A este propósito ver também SANTOS, Cláudia da Cruz, *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 18, Janeiro-Março de 2008, pág. 137-166.

¹⁸⁴ A vítima não só não é sujeito processual (a menos que seja, simultaneamente, ofendido e se constitua assistente), como, não poucas vezes, é um objeto de resolução do conflito, de procura da verdade, sendo vítima, também, do próprio processo – a chamada vitimização secundária. Além disso, desta forma é possível reparar todos os danos que sofreu com o crime que a vitimou de modo mais eficaz do que almejaria alcançar pela via tradicional do processo penal.

¹⁸⁵ Quanto ao agente da infração, permite evitar o confronto com o sistema penal tradicional mas possibilita, também, alcançar uma solução para o crime menos estigmatizantes e com uma vertente mais voltada para a ressocialização.

A mediação penal, introduzida em Portugal em 2007¹⁸⁶, tem um âmbito de aplicação restritivo, uma vez que apenas é possível quanto aos crimes particulares em sentido amplo¹⁸⁷ e, quanto aos crimes semi-públicos, apenas quando respeitem a crimes contra as pessoas ou contra o património (art. 2.º, n.º 2 da referida lei). Não releva, não obstante o que ficou dito, a natureza do crime se àquele puder ser aplicada uma pena superior a cinco anos; o crime seja contra a liberdade ou autodeterminação sexual ou crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência¹⁸⁸; se o ofendido tiver menos do que 16 anos de idade, o processo aplicável seja o sumário ou sumaríssimo (n.º 3 do art. 2.º da Lei).

Mas a questão que nos é mais sensível é da remessa a que alude o artigo 3.º, que permite vislumbrar a mediação como instrumento de diversão do processo, uma vez tratar-se de um meio alternativo à tramitação comum do processo penal. Previamente a qualquer consideração acerca daquele preceito, reforçamos a ideia de que a mediação tem como requisito fundamental a voluntariedade: vítima e arguido/agente criminoso têm que participar voluntariamente¹⁸⁹, sem esquecer, igualmente, que no cerne do nosso estudo, aqui, estão as brechas que se abriram à oportunidade na promoção processual.

Em qualquer momento do inquérito, fase de que é *dominus*, o Ministério Público, tendo recolhidos os indícios da prática de um crime e de que o arguido foi o seu agente pode remeter o processo para mediação, designando um mediador, a quem faculta as informações essenciais acerca do arguido, do ofendido e do objeto do processo, que serão notificados desta remessa. Só posteriormente, o mediador irá junto do arguido e ofendido para obter o seu consentimento – livre e esclarecido – quanto à participação na mediação, verificando, neste momento, se aqueles reúnem a condições para isso mesmo. Se algum destes requisitos não for preenchido, o mediador informa o MP, prosseguindo processo penal. Em vez de deduzir acusação, o Ministério Público opta por remeter o processo para

¹⁸⁶ Pela aprovação da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

¹⁸⁷ Portanto, crimes que dependam de queixa ou de acusação particular. Isto mesmo resulta do n.º1 do art. 2.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

¹⁸⁸ Quanto a estes, uma nota: o legislador aqui foi além do necessário, porquanto logo no n.º 1 do art. 2.º, que regula o âmbito de aplicação da lei, se exclui a possibilidade de recorrer à mediação quando estejam em causa crimes públicos e, aqueles crimes são de natureza pública.

¹⁸⁹ De tal modo, podem aqueles revogar o seu consentimento, em qualquer momento e sem penalizações de qualquer natureza. Além disso, o encontro que o mediador estabelece com aqueles permite aferir se concordaram participar num procedimento de mediação de forma livre e esclarecida.

mediação, consubstanciando por isso um afloramento de critérios de oportunidade (vs. legalidade), no sistema jurídico-penal português.

Lei-quadro de política criminal¹⁹⁰

Na crítica que teceu à lei, COSTA ANDRADE considera que falhou, em vários aspetos, o seu objetivo. Critica a lei por, por um lado, ter-se centrado na problemática da celeridade processual e, por outro lado, ter coartado da sua previsão questões fundamentais, v.g., os problemas da criminalização e da ressocialização¹⁹¹, que entende não ter encontrado ali “verdadeiro eco”. O autor entende, ainda, quanto ao que mais nos interessa, que a lei revela um “apego intransigente” no que respeita ao princípio da legalidade¹⁹² quanto à promoção processual, não obstante ter sido uma das principais ideias quanto àquele diploma.

Observa-se ao nível do princípio da legalidade, no entanto, a imposição da conjugação das prioridades e orientações com o princípio da legalidade, notório no artigo 5.º, n.º 1 da Lei-Quadro, claramente decorrente dos números (muito) distintos entre a “criminalidade real” e a criminalidade efetivamente perseguida. E porque são tão distintos tais números? A resposta é simples. O sistema jurídico não consegue conhecer, investigar e julgar todos os casos que consubstanciem a violação de um tipo legal de crime. É, de resto impensável! Para o autor resultam do diploma dois factos: nem todos os crimes são objeto de um processo penal e sancionados e os que são resultam de uma “escolha” resultante ou “do acaso ou das pré-compreensões e emoções pessoais dos agentes do MP e das OPC. Aquele autor afirma ainda que a Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio parte de dados empiricamente observados: existem áreas ocultas da criminalidade que não chega ao conhecimento do MP ou OPC; mesmo quanto aos crimes que acede às instâncias de

¹⁹⁰ A propósito da qual seguiremos COSTA ANDRADE, na sua crítica feita *in Lei-Quadro da Política criminal (leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3938, ano 135.º, Maio-Junho 2006.

¹⁹¹ COSTA ANDRADE considera que o afastar da matéria da ressocialização, um esquecimento e desinteresse que não se percebe, tanto mais que é um dos aspetos centrais em toda a discussão centrada no processo jurídico-penal.

¹⁹² Vejamos o conteúdo do art. 2.º, que rege quanto aos limites da política criminal: “A definição de objetivos, prioridades e orientações, nos termos da presente lei, não pode: a) Prejudicar o princípio da legalidade (...)”.

controlo nem todos são, efetivamente, são efetivamente sancionados, “morrendo” muitas das vezes na fase de inquérito ou instrução (nas mãos do MP, portanto); finalmente, observa-se que os crimes que sofrem o *input* no sistema formal de controlo e a “mortes” antecipadas dos processos resultam, em muitos casos, de “estereótipos e posições relativas de poder”¹⁹³. Observados estes dados, a reação impôs-se e os autores da lei tinham duas vias: ou agiam no sentido de encontrar mecanismos para contrariar a seleção operada e as cifras negras, porquanto afetaria o princípio da legalidade, ou encaravam a seleção como algo necessário, porventura desejável, obstando à rutura do sistema jurídico. O legislador procurou, no entanto, conciliar as duas soluções, procurando obstar a decisões arbitrárias, uma violação descarada do princípio da legalidade que permitiria ao MP decidir, de acordo com as suas emoções, decidir da seleção dos crimes que viriam a ser reconhecidos enquanto tal, formalmente¹⁹⁴.

O diploma, mormente o seu artigo 6.º, demonstra a realidade que não se pode negar: a justiça não tem capacidade para receber em suas instâncias de controlo todos os crimes e dar a todos a mesma atenção, porquanto nem todos têm as mesmas exigências de punição. O referido artigo 6.º versa sobre orientações voltadas para a busca de soluções para a pequena criminalidade, procurando dar-lhe a resposta mais adequada: menos estigmatizante e mais voltada para a ressocialização¹⁹⁵.

Acordos sobre sentenças¹⁹⁶

Quando falamos em abrir a porta a critérios de oportunidade na promoção do processo penal e olhando, de uma lado ao direito comparado e, do outro, a certos

¹⁹³ Nomeadamente, baseados na condição social, económica, cultural e étnica.

¹⁹⁴ COSTA ANDRADE fala numa “seleção transparente, legal e democraticamente legitimada, assumida e controlada, em vez da seleção opaca e obscura”.

¹⁹⁵ De algum modo, não obstante a crítica de COSTA ANDRADE de que não se encontra verdadeiro “eco” das necessidades de ressocialização dos agentes, a verdade é que os institutos previstos na norma (suspensão provisória do processo, arquivamento em caso de dispensa de pena e processo sumaríssimo) têm, também, esse propósito: impedir que o arguido esteja acorrentado a um processo por mais tempo do que necessário, coartando a possibilidade de uma mais fácil reintegração na sociedade, pelo lado do bem, do direito.

¹⁹⁶ Neste ponto seguiremos os ensinamentos de FIGEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal – Um caso exemplar das relações entre o Direito Processual penal e o Direito Constitucional*, in Estudos em homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. II – Studia Juridica 106, Ad Honorem 6, de Fernando Alves Correia, João Loureiro & Jónatas Machado, 259-280. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, bem como a bibliografia aí citada.

mecanismos, perguntamo-nos se não estará em falta a criação de mecanismos de verdadeiro consenso que divirjam da tramitação “normal” de um processo penal, como resposta eficaz à criminalidade crescente. FIGUEIREDO DIAS atreveu-se a questioná-lo e a propô-lo em *Acordos sobre sentenças em processo penal*. A nós não nos cabe explorar o estudo das medidas de consenso que devam (ou não) ser introduzidas no nosso direito penal, mas não podemos ignorar que, a existir, tal mecanismo poderia comportar, conforme a sua concreta conformação, uma potente fuga ao princípio da legalidade e uma expressão gigante da oportunidade.

FIGUEIREDO DIAS entende que entre nós não existem verdadeiros mecanismos de consenso, porquanto o arguido apenas se pode conformar ou não com certa proposta. Na verdade, não há uma negociação, há ou não uma adesão à proposta do MP. O autor fala da necessidade, para que possamos ver os mecanismos existentes como espaços de consenso, de “estruturas comunicativas não ritualizadas”: falta a participação dos sujeitos intervenientes numa discussão do problema e do caminho a seguir para a sua solução, havendo uma verdadeira contribuição de todos para aquela. Não é o que temos nem na suspensão provisória do processo, nem no processo sumaríssimo, nem a mediação penal¹⁹⁷.

Fora da consensualidade almejada sempre estariam considerações atinentes à culpabilidade, entendendo o autor que outra coisa sempre ofenderia o princípio do Estado de direito, por lesar a função jurisdicional – a prova dos factos e a subsunção jurídica a um tipo legal de crime não pode ser negociada¹⁹⁸. Um eventual acordo teria de assentar na confissão do arguido, uma tal que convencesse o Tribunal, que sempre teria o poder de decidir, de acordo com a convicção formada, se aceita e/ou se requer produção de prova¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Não é inocente não tocarmos no arquivamento do processo por dispensa de pena: é o instituto que carece de um consenso mais restrito, só se carecendo da concordância do arguido se já estivermos na fase de instrução, uma vez já lhe ter sido deduzida uma acusação. Desta feita, aqui a *vontade* do arguido é ainda menos relevante e a “adesão” é-lhe imposta, se nisso concordarem o MP e juiz de instrução.

¹⁹⁸ Para nós, poder-se-ia falar ainda do perigo de o processo penal vir, desta forma, a ser presidido por uma total arbitrariedade, podendo ser dado mais peso a questões como a posição social do arguido, do que os danos, propriamente ditos e a sua extensão, que ele causou com a sua conduta. FIGUEIREDO DIAS relembra ainda o princípio da oficialidade da investigação, concluindo que se o arguido se pudesse manifestar concordância ou não quanto á culpabilidade teríamos em mãos os mesmos problemas que apontámos à *plea bargaining*.

¹⁹⁹ Esta confissão seria feita nos mesmos termos previstos no art. 344.º do CPP.

FIGUEIREDO DIAS faz notar que a confissão do arguido demonstra pendor atenuante bastante²⁰⁰ para justificar que, nas negociações, se fixasse um “limite máximo de pena que o tribunal” nunca ultrapassaria e um limite mínimo, quando MP “ [considere verificarem-se], no caso, circunstâncias que (...) [conduzam a] exigência pública de um mínimo de culpa e de prevenção”²⁰¹. O acordo sufragado poderia ser precedido de negociações, mas entende o autor que, em respeito do princípio da publicidade²⁰², o conteúdo e o resultado daquele sempre teriam de ser tornados públicos na audiência. Este acordo seria amplamente participado, porquanto todos os interessados poderiam participar dele.

²⁰⁰ O autor demonstra o favorecimento do favorecimento do direito e nós chamamos a atenção para a demonstrada vontade do arguido de colaborar com a justiça, pagar a sua “dívida” para com a sociedade e vítima e, ainda, a sua intenção de se colocar do lado do Direito, do “bem”.

²⁰¹ *Id. Ibid.*, pág. 60.

²⁰² Cfr. art. 206.º da CRP.

CONCLUSÃO

Legalidade: esta é a nossa convicção acerca do princípio que melhor nos serve. Entendemos que o princípio que melhor se adequa à tarefa do MP de promover o processo. Como ideia base deste pensamento entendemos encontrar-se o princípio da igualdade: como alcançaríamos soluções idênticas para idênticas situações jurídicas, se não existisse um “guião” legalmente previsto para o MP? Correríamos o risco de cair no arbítrio de um poder inteiramente nas mãos do MP, não obstante as concretas formas de reagir a um inquérito que não satisfaça.

O papel do Ministério Público tem por base o propósito da defesa da legalidade democrática, umas das suas atribuições impostas quer pelo texto Constitucional quer pelo próprio texto Estatutário daquela magistratura. “O Ministério Público, quando determina a abertura de inquérito, fá-lo (...) de molde a permitir ao Tribunal, por via do exercício da ação penal, a sua função também jurisdicional, também constitucional de reprimir a violação da legalidade democrática” (art. 205.º da CRP)²⁰³. CLUNY faz notar que, de facto, o princípio da legalidade resulta dos princípios constitucionais da universalidade dos direitos, da igualdade de todos perante a lei e do acesso ao direito e aos tribunais^{204 205}. Quer o EMP quer o CPP fazem impender sobre o MP o dever de agir segundo critérios de estrita objetividade, de legalidade estrita e de imparcialidade, devendo afastar-se de quaisquer critérios oportuisticamente encarados (v.g., ideologia política, religião, condição económica, reconhecimento público, meio social). Na verdade, na fase de inquérito o poder que o MP detém é, simultaneamente, o dever, porquanto aquele não pode discricionariamente decidir-se pela acusação ou pelo arquivamento, estando vinculado a critérios de legalidade e de objetividade. Noutros países, v.g., nos EUA, vigora o princípio da oportunidade, não existindo em tais sistemas a autonomia do MP – este assume-se como parte e como defensor de interesses autónomos e apartados dos previstos na lei²⁰⁶. Diremos que nos EUA ganha aquele delinvente que mais colabore com a justiça e que melhor capacidade para dialogar tiver, pois afinal a justiça realiza-se muitas das vezes nos

²⁰³ CLUNY, António, *Pensar...*, *Op. cit.*, pág. 36.

²⁰⁴ CLUNY, *Op. cit.*, pág. 36-37.

²⁰⁵ Cfr. os arts. 12.º, 13.º, 20.º, 27.º, 202.º e 203.º da CRP.

²⁰⁶ CLUNY, *Op. cit.*, pág. 38.

gabinetes do MP e não na sala de audiências. Ora, um sistema assim resulta numa situação em que importa menos a perigosidade do delinquente do que a sua capacidade de diálogo e de negociação daquele! Cremos que sistema Português se mostra mais equilibrado do que os descritos para os EUA, França ou Itália, porquanto ao MP compete apenas a ação penal pública – uma vez que fica fora das suas competências a promoção da processual quanto a crimes particulares em sentido amplo, uma vez que estes respeitam a bens jurídicos pessoais, cuja perseguição interessa mais aos ofendidos do que à comunidade em geral.

COSTA ANDRADE e FIGUEIREDO DIAS²⁰⁷ reconhecem ao MP dois papéis: como instância formal de controlo, sendo a entidade que acusa ou arquiva o processo; como instância de seleção, é quem recebe as participações das polícias e escolhe as que serão investigadas, funcionando como um *gate-keeper*, que os autores ainda referem ser o principal responsável “mortalidade” criminal, uma vez que logo à partida, decidem se aquela denúncia terá desenvolvimento ou não, resultando do que fica dito.

Hoje em dia é inegável que se olha para o princípio da legalidade de um outro prisma: a rigidez de outrora não chegou aos nossos dias, ou não seriam possíveis os mecanismos de diversão do arquivamento em caso de dispensa de pena ou da suspensão provisória (arts. 280.º e 281.º do CPP). A verdade é que, já há muito tempo, entre os sistemas europeus ocidentais, se começam a aceitar concessões ao princípio da oportunidade, à discricionariedade do MP e às negociações entre este e o arguido. A verdade é que hoje, na generalidade daqueles sistemas jurídicos, vigora o princípio da legalidade como regra, mas o da oportunidade como exceção. A constatação era óbvia: não é possível uma “justiça absoluta”²⁰⁸, principalmente tendo sido superada aquela ideia de que as penas eram um fim em si mesmo, que visavam a perseguição de todos os crimes e de todos os delinquentes. O direito penal tem, isso sim, um papel subsidiário na tutela de bens jurídicos e tem em vista a prevenção de crimes, por forma a manter a criminalidade em taxas suportáveis para a comunidade²⁰⁹. COSTA ANDRADE observa que se vem a verificar um esbatimento das fronteiras entre legalidade e oportunidade, verificando-se uma recíproca aproximação, observando-se nos países onde vigora o princípio da legalidade a implementação de soluções para certas áreas da criminalidade (mormente, a

²⁰⁷ COSTA ANDRADE, Manuela da/FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Criminologia*, pág. 471.

²⁰⁸ CAEIRO, Pedro, *Op. cit.*, s.p.

²⁰⁹ *Id. ibid.*

pequena e média criminalidade) por via de mecanismos de diversão, celeridade e oportunidade (acrescentemos, de consenso, também)²¹⁰. Constata-se que o princípio da legalidade que sempre conheceu desvios, conhece também exceções.

Os mecanismos de diversão do arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo são vistos, por muitos autores, como verdadeiras exceções ou mesmos exceções ao princípio da oportunidade. Mas como bem nota CAEIRO²¹¹, há uma tendência para conotar como “oportunidade” qualquer mecanismo que se afaste da tramitação processual “normal” ou quando haja uma maior liberdade na configuração do processo. COSTA ANDRADE, já tivemos ensejo de o dizer, entende de modo distinto, vendo-os como manifestações de uma «legalidade aberta». No capítulo que dedicamos à “mitigação” do princípio da legalidade por estas ideias de oportunidade, abordámos, timidamente, ainda, a mediação, os acordos sobre sentenças e a lei-quadro de política criminal. Todos os institutos e mecanismos assentam numa mesma ideia: a procura de uma solução mais adequada para enfrentar a pequena e média criminalidade, com base no pressuposto que muitos destes delinquentes seriam melhor reabilitados por outra via que não a “comum” sem fazer colapsar o sistema jurídico e sem deixar de prosseguir as finalidades do processo penal.

A favor da legalidade podemos lançar mão de muitos argumentos que já fomos referindo, mas que sintetizamos assim²¹²:

- se o MP tivesse o poder de decisão acerca da decisão de arquivar ou acusar, diminuiria a intimidação da lei penal: havia apenas uma *possibilidade* de, perante a prática de um crime, vir a ser perseguido o criminoso, não surgindo como consequência *necessária* de um comportamento desviante;
- protegemos o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei;
- alguns autores invocam ainda a salvaguarda da independência das jurisdições e das instâncias, submetidas apenas à lei;
- afasta suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio: se fosse o MP fazer juízos sobre a conveniência da investigação, poderiam aquela magistratura

²¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consenso*, pág. 342.

²¹¹ CAEIRO, Pedro, *Op. cit.*, s.p.

²¹² Juntando a nossa voz à de TORRES, Mário, *O princípio*, pág. 232 e bibliografia aí citada.

ficar sujeita a influências exteriores, perigando a confiança da comunidade no ordenamento jurídico (e perigando, igualmente, a autonomia do MP).

De qualquer modo não se ignoram as vantagens que o princípio da oportunidade pode trazer à justiça penal. BARREIROS²¹³ elenca as seguintes vantagens do princípio:

- aliviar os Tribunais da sobrecarga de processos de “duvidoso interesse social” ou cuja perseguição traz mais prejuízos do que vantagens;
- libertar os tribunais da obrigação de conhecer crimes a cuja promoção não pôde o MP furtar-se, podendo o processo penal ser usado para servir interesses meramente pessoais;
- apenas este princípio permite uma escolha à priori dos factos que preenchem certos requisitos de punibilidade efetivamente desejável. Por um lado, permitia colocar no topo da problemática o interesse social da punição, apurado pela teoria dos fins das penas, excluindo-se as bagatelas penais, que apenas entorpecem o sistema jurídico-penal; por outro lado, evitava que se perseguissem crimes conseguindo um maior prejuízo com a punição do que com a impunidade.

Quando os mecanismos do arquivamento em caso de dispensa de pena e da suspensão provisória foram inseridos no CPP (1987), FIGUEIREDO DIAS afirmava que o princípio da legalidade deveria ser o ponto de partida da problemática, contudo, aquele princípio seria, ao menos, mitigado pelo princípio da oportunidade e, realçava, que o poder discricionário colocado nas mãos do MP não poderia ser encarado como um “sinónimo de arbítrio, mas concessão de uma faculdade que deve ser utilizada em direção ao fim que a própria lei teve em vista ao concedê-la”²¹⁴.

A afirmação de que o princípio da legalidade é o melhor caminho não pode olvidar os seus problemas: não se pode afirmar aquele princípio na sua pureza, pois tal reconduzir-nos-ia à ideia de que todos os crimes seriam submetidas a julgamento: as polícias recebiam as denúncias, davam-nas a conhecer ao MP que abriria inquérito, investigaria e, sendo caso disso, acusaria todos os delinquentes. Não é assim, já o vimos supra, as cifras negras demonstram que existe uma morte prematura de grande parte dos crimes. Como refere

²¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, citado in TORRES, Mário, *Op. cit.*, pág. 233-234.

²¹⁴ *Id. ibid.* pág. 234-235.

CAEIRO²¹⁵, trata-se de um mito de “justiça absoluta” que cai ao dar-se conta de que existe uma diferença de considerar entre os valores correspondentes à criminalidade real e à conhecida pelas instâncias. Sucede que este diferencial se deve, desde logo, junto da primeira instância de controlo do crime: as polícias²¹⁶. TORRES toca nesta variante que não nos podia escapar ao escrutínio: sem fiscalização, as polícias demonstram ter um papel fundamental numa fase prévia à da investigação do MP, porquanto como o dissemos, a generalidade das pessoas dirigem-se “à polícia” queixar-se das condutas que as vitimaram. É então, desde logo, operada uma seleção, pela polícia, dos casos que serão dados ao conhecimento do MP. Como se pode ver, as polícias têm um papel, que se dirá, determinante. O autor explica que aquela “maior margem de discricionariedade da polícia resulta do facto de ela, por princípio, interagir apenas com «leigos» - os denunciadores ou suspeitos –, em posição de domínio e à margem de vigilância dos demais intervenientes processuais que vão progressivamente povoando o cenário”²¹⁷. Isto é, as polícias atuam “sozinhas”, de modo que o que realmente fazem no que respeita às queixas/denúncias que recebe fica, digamos, entre quatro paredes²¹⁸. O autor refere que é à polícia que cabe a decisão de comunicar ou não o caso ao MP, estando longe dos critérios de pura legalidade, fazendo notar que, no seu entendimento, não se trata de escolher entre um sistema de legalidade (cuja bandeira é a punição de todos os crimes, às luz da igualdade de tratamento entre os cidadãos) e um sistema de oportunidade (que deixaria algumas infrações por punir), tratando-se, isso sim, de assumir que a ideia de que a “justiça absoluta” (CAEIRO²¹⁹) não passa de um mito, sendo impossível de alcançar, tornando-se imperativo assumir que é inevitável e um mal necessário proceder à seleção dos casos que chegam à cognição do tribunal. E não podemos deixar de concordar, porquanto não há ingenuidade que nos deixe salvar qualquer ideia de legalidade estrita, sendo necessário assumir que o MP conhecerá todos os crimes e, quanto aos conheça, não os poderá perseguir do mesmo modo, sendo importante ter critérios pelos quais se orientem de modo a operar uma seleção justa e, ainda assim, tangente ao princípio da legalidade.

²¹⁵ CAEIRO, Pedro, *op. cit.*, s.p.

²¹⁶ TORRES, Mário, *op. cit.*, pág. 236.

²¹⁷ TORRES, Mário, *op. cit.*, pág. 236 e bibliografia aí citada.

²¹⁸ O autor, seguindo COSTA ANDRADE/FIGEIREDO DIAS, tece algumas considerações sobre a atuação da polícia, nomeadamente, que a polícia, recebendo a denúncia, não as tem por fundadas e ignora, não tomando conta delas; afirma também que muitas vezes as polícias não alcançam sucesso, tão-pouco, na fase da identificação, localização e, se for caso disso, detenção do denunciado, não sendo, em muitos casos, tentada sequer.

²¹⁹ CAEIRO, Pedro, *op. cit.*, s.p.

Os limites ao princípio da legalidade proliferam, sem nunca o fazer cair por terra – julgámos que não olvida o legislador que é o princípio adequado a realizar a justiça, de forma igualitária e sustentada na segurança jurídica da sociedade. Esta visão das coisas não impede de melhor adequar o princípio à realidade das coisas, daí que o legislador tenha mecanismos e medidas de descriminalização, de consenso, de diversão como resposta à pequena e média criminalidade, de limitação das penas detentivas²²⁰. CAEIRO observa que esta mudança de perspetiva do princípio da legalidade, diremos nós, mais versátil e moldável (à realidade que se nos é colocada de frente), explica que se chame “oportunidade” a qualquer raciocínio que fuja à habitual tramitação do processo²²¹. O autor chama de “velho equívoco” aquela ideia que se espera ultrapassada de que o MP não pode fazer juízos, como se sempre o fizesse estivéssemos mediante afloramentos do princípio da oportunidade. Mas tal não é exatamente assim e hoje percebemos que o MP também aplica direito, o que lhe exige formulação de juízos. Senão vejamos²²², v.g.:

- O MP tem o dever de abrir inquérito sempre haja tomado conhecimento da prática de um crime (Cfr. art. 262.º, n.º 2 do CPP): esta tarefa implica um duplo juízo – por um lado, é necessário que o agente do MP aceite aquela comunicação como “notícia” para efeitos daquela norma e, por outro lado, é necessário subsumir os factos relatados a um ou mais tipos de ilícito. Estes juízos não se baseiam em critérios de oportunidade, antes indo buscar o seu fundamento à lei: é a lei que fundamenta aqueles juízos, é da lei que se retira o dever de abrir o inquérito e é a lei que impõe o dever de realizar uma investigação sob critérios de objetividade e legalidade (de resto, a não observância destas regras, pode acarretar responsabilidade disciplinar e criminal²²³;
- O MP acusa quando reúna indícios suficientes de se aquele agente (ou agentes) tenha praticado aquele ilícito típico (ou vários) – a lei responde à questão de saber o que são *indícios suficientes* no n.º 2 do art. 283.º do CPP (quando resulte “possibilidade razoável de ao arguido vir a ser

²²⁰ *Id. Ibid.*, s.p.

²²¹ CAEIRO, Pedro, *Legalidade*, *Op. cit.*, s.p..

²²² Seguindo CAEIRO, *Op. cit.*, s.p..

²²³ Constituindo-se o agente do MP no crime de denegação da justiça e prevaricação, previsto no art. 369.º do CP.

aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança”). Uma vez mais CAEIRO demonstra que também aqui não há qualquer juízo de oportunidade realizado naquele raciocínio levado a cabo pelo MP, podendo a sua decisão de acusar ou arquivar ser objeto de controlo (hierárquico e judicial²²⁴).

Então o que dizer dos critérios de que lança mão o MP quanto à prioridade de investigação de certos crimes em detrimento de outros? Respondamos que o MP é uma das entidades com papel ativo na definição da política criminal, mas que responde às instruções (genéricas) emanadas pelo Procurador-Geral da República, mas que aquela magistratura, tendo em conta a sua autonomia e estrutura hierarquicamente organizada, responde e determina de modo a dar a melhor resposta e maior eficácia à sua função²²⁵.

Mas então *quid jûris* quanto aos casos em que se reúnem todos os indícios de que aquele determinado agente praticou um certo crime e, não obstante, o MP não deduz acusação? Estaremos, desta feita, perante um juízo de oportunidade levado a cabo pelo agente daquela magistratura? Falámos, claro, dos institutos do arquivamento em caso de dispensa de pena e da suspensão provisória do processo. A valoração da prova conduz à conclusão que A praticou o crime X, mas o MP não acusa nem pratica ato equivalente – há aqui uma liberdade de apreciação e de decisão do MP? A nossa convicção é de que não. Não é, sem mais, um poder, uma faculdade, do MP. O MP só destes mecanismos pode lançar mão quando se reúnam certas condições²²⁶, que visam restringir a sua aplicação apenas a certo tipo de criminalidade – à pequena e média criminalidade – sob pena de prejudicar a confiança da sociedade na validade das leis e da justiça penal. Além disso, em ambos os mecanismos, se requer um certo nível de consenso (mais alargado na suspensão provisória do processo): o MP não impõe estes mecanismos aos demais sujeitos processuais, uma vez que pelo menos o juiz de instrução²²⁷ em que concordar na sua

²²⁴ É possível o controlo hierárquico nos termos do art. 278.º do CPP, a realizar pelo superior hierárquico do magistrado do MP que haja tomado a decisão. Judicialmente, pode requer-se a abertura de instrução, que visa, exatamente, a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (art. 266.º CPP) .

²²⁵ CAEIRO, Pedro, *Legalidade, s.p.*.

²²⁶ Para que a suspensão provisória do processo possa ter lugar, é necessário, *v.g.*, que o crime não seja punido com pena de prisão superior a 5 anos ou não seja punido com pena de prisão (excluindo, desde logo, a “grande criminalidade”) e não haver um grau de culpa elevado.

²²⁷ No arquivamento em caso de dispensa de pena, o MP só necessita a anuência do juiz de instrução, porquanto este instituto só requer a concordância, também, do arguido quando já tenha havido acusação, fase

aplicação. Ora, se o MP necessita da concordância dos demais sujeitos processuais, não se pode falar, rigorosamente, em poder discricionário nas suas mãos! Além disso, aquilo a que poderemos chamar de “margem de apreciação do MP” encontra a sua *ratio* em fundamentos político-criminais definidos, que CAEIRO²²⁸ ilustra assim:

- O instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena, propõe-se a excluir das malhas da justiça os casos que, em abstrato, sejam merecedores de punição jurídico-penal, mas quando, concretamente aferidos – com base nos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e da culpa – se conclua pela desnecessidade da aplicação de uma pena;
- No que à suspensão provisória do processo respeita, dir-se-á que se aplicará àqueles casos em que subsistam razões de carência punitiva, contudo é de evitar o julgamento e condenação, uma vez que estaremos perante agentes não perigosos, entendendo-se que as exigências de prevenção geral e especial não requerem a efetiva aplicação e cumprimento de uma pena.

Acerca do instituto do § 153a do StPO e estabelecendo paralelo com o semelhante instituto português da suspensão provisória do processo, PALERMO²²⁹ vem dizer que considera que o instituto agride princípios do Direito Penal, *v.g.*, quando se contradiz porquanto, por uma lado, se aplica quando não existe interesse em punir o agente mas, por outro lado, aplica outras medidas²³⁰ relativamente ao facto cometido.

CAEIRO continua a explicitar os fundamentos que subjazem ao raciocínio levado a cabo pelo MP: em causa estão objetivos de uma intervenção mínima, evitar o julgamento e, eventualmente, a condenação de agentes pouco perigosos, a não estigmatização do agente, mais gravosa, em muitos casos, do que a pena que lhe caberia, e a economia processual. Tudo isto, sem deixar que prevaleçam necessidades do sistema ou dos agentes que delinquiram sobre a necessidade que a sociedade tem de proteção e segurança jurídica,

de que já será *dominus* o juiz de instrução e não o MP (pelo que aqui a questão do seu poder ou liberdade não se colocar).

²²⁸ CAEIRO, Pedro, *Legalidade.*, s.p..

²²⁹ GALAIN PALERMO, Pablo, *Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal*, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, **por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009**, pág. 627.

²³⁰ Medidas essas que o CPP elenca no n.º 2 do art. 281.º. São aplicáveis, nomeadamente, as seguintes regras de conduta ou injunções: indemnização do lesado, não frequentar certos meios ou lugares, residir ou não residir em certas zonas ou regiões, frequentar certos programas ou atividades.

bem como sem deixar de afirmar a validade das normas junto daquela. O autor conclui que não existem critérios de oportunidade que repousem na escolha de o MP de divertir o processo ou não: o interesse público não é apurado pelo MP, o interesse público resulta da verificação das circunstâncias da previsão legal – verificados que estejam aqueles pressupostos, então está acautelado o interesse público²³¹. Assim entendido o problema, como nós o entendemos juntamente com o Autor, quando o MP verifique existência dos requisitos legais dos institutos, tem o poder-dever de os aplicar ao caso²³². Deste modo, aplicar ou não aplicar os institutos resulta da lei, da observância ou não dos respetivos pressupostos, pelo que a decisão de acusar resulta também da lei: o MP acusa quando, mediante a prática de um crime por certa pessoa, não se reúnam as condições de aplicabilidade dos institutos de diversão. Se o MP aplica ou não aplica os institutos, acusa ou não acusa o arguido, de acordo com pressupostos que vai buscar à lei, só podemos concluir que age na senda do princípio da legalidade, que rege e orienta os mecanismos de diversão, bem como todo o processo penal. Claro está que o MP realiza juízos, mas não se trata de juízos discricionários, baseados nas convicções de cada um dos seus agentes, mas sim, uma convicção orientada e com um fundamento que se recolhe da lei. É por esta razão que COSTA ANDRADE prefere colocar estes institutos sob a alçada de uma “legalidade aberta”²³³ ao invés de os rotular de mecanismos de oportunidade. E assim o preferimos nós também. Entendemos com o Autor que, na sua atuação, o MP atua de acordo com as vinculações e dentro dos limites legalmente previstos, não prosseguindo um programa político-criminal distinto e autónomo do codificado na lei substantiva.

O princípio da legalidade encontra-se sempre salvaguardado pela vinculação, constitucional, legal e estatutária, do Ministério Público a critérios de legalidade e objetividade. Tal princípio decorre da igualdade de tratamento de todos os cidadão perante a lei e de o crime consubstanciar uma ofensa a bens jurídicos cuja perseguição é, não só um assunto dos lesados, mas também do interesse da sociedade. Afastamo-nos de uma sistema semelhante ao que vigora nos EUA, porquanto consideramos que um sistema assim desenhado não promove a segurança jurídica, constitucionalmente prevista como valor fundamental. Não desconhecemos as suas vantagens, nomeadamente, economia de

²³¹ CAEIRO, Pedro, *Legalidade...*, *Op. cit.*, s.p..

²³² *Id. ibid.*

²³³ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consenso*, pág. 352.

tempo e dinheiro, racionalidade e eficiência, proporcionando um filtrar os casos que chegam aos tribunais de modo a não os mergulhar num sem número de processos e dignidade punitiva duvidosa, visando dar uma resposta à massificação da justiça e ainda proporcionando uma resposta de maior equidade e mais justa²³⁴. No entanto, não nos convencem estes argumentos: sacrificar igualdade de tratamento, a imparcialidade das decisões e a segurança jurídica não nos parece fazer parte do nosso percurso. São muitos os perigos, face às vantagens elencadas: haveríamos de ter (mais) inocentes condenados e criminosos perigosos pouco tempo presos, porquanto estes beneficiariam de uma pena menor se colaborassem com a justiça. Isto é, os culpados mais perigosos teriam um interesse em colaborar com a justiça e esta, a fim de resolver um maior número de casos e em menos tempo e com recurso a menos meios, teria também interesse em colaborar com aquele arguido. Contas feitas, a justiça ofereceria ao arguido uma pena inferior àquela que a justiça tradicional lhe ofereceria por aquele ter sido colaborante – ambos sairiam a ganhar, ao menos aparentemente. Dissemo-lo aparentemente, pois a pena cumpre certas finalidades: castigar o delinquente, possibilitar a sua ressocialização e afastá-lo do crime. Ora se não se aplica a devida pena, cumprem-se as suas finalidades? Entendemos que nem sempre, pelo menos. Como se consegue afastar um delinquente do crime, se ele percebe que se colaborar poderá usufruir de benesses (isto, está claro, se for algum dia, capturado)? E a sociedade, como reage? Porventura, desacredita-se na justiça e na validade das normas. Hoje, em Portugal, sabemos que se alguém praticar um crime a máquina judiciária irá funcionar no sentido de castigar os infratores. Se tivéssemos um sistema jurídico semelhante ao norte-americano, tal seria apenas uma mera possibilidade.

Por estas razões, não podemos deixar de terminar como começámos esta conclusão: o caminho a seguir deverá sempre ser o da legalidade, com as “devidas vénias” aos critérios de oportunidade, mas apenas como uma exceção à regra.

²³⁴ COSTA ANDRADE/FIGEUIREDO DIAS, *Criminologia*, pág. 487.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERGARIA, Pedro Soares de, “Plea Bargaining – Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.”, Coimbra: Almedina, 2007.
- CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema”, *Revista do Ministério Público*, n.º 84, 2000.
- CAMPOS, Clisia Eline, “Obrigatoriedade da ação penal e ministério público”, in http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627 (consultado em 28 de novembro de 2013)
- CLUNY, António, “Pensar o Ministério Público”, *Cadernos da Revista do Ministério Público*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, “Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo” In *O novo código de processo penal / Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 317-358
- “Lei-Quadro da Política Criminal (leitura crítica da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3938, ano 135, Maio-Junho 2006, págs. 262-277.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Criminologia – O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena”, Coimbra: Coimbra Editora, 1992
- FIDALGO, Sónia, “O Consenso no Processo Penal: Reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo”, in *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, fasc. 2 e 3 (abr-set. 2008), págs. 277-315.
- FIGUEIREDO DIAS, “Direito Processual Penal”, *Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, coligidas por Maria João Antunes, 1989-9.

- “Acordos sobre a sentença em processo penal – Um caso exemplar das relações entre o Direito Processual penal e o Direito Constitucional”, In *Estudos em homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II – *Studia Juridica* 106, *Ad Honorem* 6, de Fernando Alves Correia, João Loureiro & Jónatas Machado, 259-280. Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- GALAIN PALERMO, Pablo, “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- GASPAR, Jorge, “Titularidade da investigação criminal e posição jurídica do arguido”, *Separata da Revista do Ministério Público*, N. 87/88.
- GOMES CANOTILHO, J.J., “Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, 2.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- GUARIGLIA, Frabricio O., “Facultades Descrecionales del Ministerio Público”, *Doctrina Penal – 130454*, Año 13 (1990), pags. 181-191.
- ISASCA, Frederico, “Apontamentos de Direito Processual Penal”, Teresa Pizarro, AAFDL, 1992
- JARDIM, Afrânio Silva, “Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade”, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LANGER, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, págs. 729-730.
- NETO, Cândido Furtado Maia, “Princípio da oportunidade no exercício da ação pública: exceção permitida à luz da legalidade e da obrigatoriedade de respeito aos Direitos Humanos”, disponível no sítio: <http://br.monografias.com/trabalhos->

pdf902/principio-da-oportunidade/principio-da-oportunidade.pdf (consultado em 28 de novembro de 2013).

PEREIRA, Cláudio José, *Princípio da oportunidade e a justiça penal negociada*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um processo penal europeu – 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, pág. [709]-724.

SANTOS, Cláudia da Cruz, “O crime de colarinho branco : da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal”, In *Studia Jurídica* 56. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

— *A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, vol. III.

— “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojeto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 18, Janeiro-Março de 2008, pág. 137-166.

SCHEMIDT, Eberthard, “Os fundamentos teóricos e constitucionais do direito processual penal”, Bs. As., 1957.

SCHÜNEMANN, *Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo in Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Bernd Schünemann, traduzido por Silvina Bacigalupo, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pags. 288-302.

TEIXEIRA, Carlos Adérito – “Princípio da Oportunidade. Manifestações em sede processual penal e a sua conformação jurídico-constitucional”, Coimbra. Almedina, 2000

WEIGEND, *The Decay of Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, Crimes, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context: Essays in Honor of Professor Mirjan Damaska, 2008 (in <http://pt.scribd.com/doc/64815488/Crime-Procedure-and-Evidence>, acedido em 14 de Janeiro de 2014).

Índice

Agradecimentos.....	4
Siglas e Abreviaturas.....	5
Introdução	7
Breves Notas sobre o Papel do Ministério Público.....	11

CAPÍTULO I

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA PROMOÇÃO PROCESSUAL PENAL EM PORTUGAL

Generalidades.....	13
O princípio da igualdade como pedra angular do princípio da legalidade.....	15
Consequências do Princípio da Legalidade.....	18
Controlo da atuação do Ministério Público.....	20
A atuação do MP e dos OPC na investigação criminal.....	22
O Princípio da Oportunidade	28

CAPÍTULO II

AS CONCEÇÕES DE DIREITO COMPARADO

Brasil	31
Alemanha	32
Estados Unidos da América	35
França.....	39

CAPÍTULO III

LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO

Generalidades	40
Suspensão provisória do processo.....	42
Arquivamento em caso de dispensa de pena.....	45
Mediação Penal	46
Lei-quadro de política criminal	48
Acordos sobre sentenças	49
Conclusão.....	52
Bibliografia	62