

Fundação
Luso-Americana
para o Desenvolvimento

**A JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO**
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL E NOS
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



em colaboração com
Procuradoria-Geral da República

Seminário realizado no auditório da
Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento
em Novembro de 1997

Fundação
Luso-Americana
para o Desenvolvimento

**A JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO**
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Em colaboração com
Procuradoria-Geral da República

Comunicações apresentadas num Seminário realizado na
FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO

Versão portuguesa

NOVEMBRO 1997

EDIÇÃO
Fundação Luso-Americana
para o Desenvolvimento

DESIGN
B2, Atelier de Design

CAPA
Salette Brandão

TRADUÇÃO/REVISÃO
AmeriConsulta, Lda.

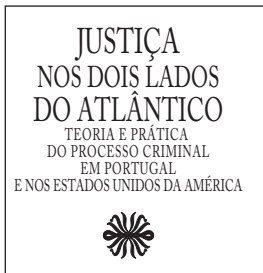
PRÉ-IMPRESSÃO E IMPRESSÃO
Textype – Artes Gráficas, Lda.

TIRAGEM
1000 exemplares

Lisboa, Outubro de 1998

ISBN
972-972 46-7-9

DEPÓSITO LEGAL
128 577/98



Índice

Oradores	5
Notas Introdutórias	
<i>por Rui Chancerelle de Machete e José Narciso da Cunha Rodrigues</i>	7

SESSÃO DE ABERTURA

<i>José Vera Jardim</i>	13
<i>Phillip Rivard-Rapoza</i>	18

INTRODUÇÃO

As Grandes Linhas do Sistema de Justiça Penal nos Estados Unidos e em Portugal

Um Resumo do Processo Penal Americano	
<i>por Peter J. Messitte</i>	23
O Sistema Judicial Português e a Justiça Criminal	
<i>por António Henriques Gaspar</i>	42

SESSÃO I

Os Direitos dos Arguidos da Detenção ao Julgamento

Independência do Poder Judicial – A Matriz e o Ideal do Sistema Judicial Americano: O Impacte de um Poder Judicial Independente nos Direitos dos Arguidos da Detenção ao Julgamento	
<i>por Francis J. Larkin</i>	63
Os Direitos do Arguido no Processo Penal Português	
<i>por José Gonçalves da Costa</i>	79

SESSÃO II

A Condenação do Arguido

A Doutrina, o Direito e a Prática da Aplicação da Pena nos Estados Unidos da América	
<i>por Phillip Rivard-Rapoza</i>	99
As Reacções Criminais no Ordenamento Jurídico Português e a sua Aplicação	
<i>por Carlos Rodrigues de Almeida</i>	121

SESSÃO III

Suspensão da Pena: Reinserção do Arguido e Protecção da Sociedade sem Privação da Liberdade

O Controlo da Suspensão da Pena pela Comunidade: Uma Alternativa à Prisão <i>por Elizabeth V. Tavares</i>	129
Medidas Substitutivas da Pena e Penas Alternativas <i>por Manuel Simas Santos</i>	145

SESSÃO IV

A Expulsão de Arguidos pelos Estados Unidos para Portugal

Síntese das Disposições da Lei da Imigração e da Nacionalidade Relativas à Deportação – Inovações Legislativas <i>por Paul G. Afonso</i>	167
Expulsão de Pessoas Condenadas <i>por Manuel Roberto Mota Botelho</i>	176

SESSÃO V

Os Princípios Constitucionais Enformadores do Sistema Criminal

Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal <i>por José de Faria Costa</i>	187
Constituição e Direito Penal <i>por Manuel da Costa Andrade</i>	198
Considerações sobre o Direito Processual Penal Americano <i>por Anthony J. Santoro</i>	209

PALAVRAS DE ENCERRAMENTO

<i>Phillip Rivard-Rapoza</i>	215
------------------------------------	-----

ANEXOS

Os Sistemas de Direito Penal Americano e Português: Uma Tentativa de Comparação <i>por Peter J. Messitte</i>	221
O Tribunal do Júri: Um Contacto Muito Directo e Pessoal <i>por Antone S. Aguiar, Jr.</i>	229
O Repatriamento de Emigrantes Portugueses pelos EUA e Canadá <i>por Maria de Lurdes Machado Faria</i>	244
A Expulsão de Estrangeiros nos Ordenamentos Jurídicos Norte-Americano e Português: Algumas Reflexões sobre o Caso dos Repatriados nos Açores <i>por António Pedro Caçarino Guerreiro Ataz</i>	262

Oradores

Rui Machete

*Presidente do Conselho Executivo
da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento*

Phillip Rivard-Rapoza

Juiz do Tribunal Superior de Massachusetts

José Narciso da Cunha Rodrigues

Procurador-Geral da República

José Vera Jardim

Ministro da Justiça

Peter J. Messitte

Juiz de Comarca, Comarca de Maryland

António Henriques Gaspar

*Procurador-Geral Adjunto, Conselho Consultivo
da Procuradoria-Geral da República*

J. Francis Larkin

Presidente da Southern New England School of Law

José Gonçalves da Costa

Juiz-Conselhiero, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Carlos Rodrigues de Almeida

Juiz de Direito

Elizabeth V. Tavares

*Consultora Jurídica do Comissário da Liberdade Condicional
do Estado de Massachusetts*

Manuel Simas Santos

Procurador-Geral Adjunto, Supremo Tribunal de Justiça

Paul G. Afonso

Advogado e especialista em Direito de Imigração

Manuel Roberto Mota Botelho

Procurador da República, Círculo Judicial de Ponta Delgada

José de Faria Costa

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Manuel Costa Andrade

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Anthony J. Santoro

Professor de Direito e Presidente da Roger Williams University

NOTA INTRODUTÓRIA

Rui Chancerelle de Machete

A primeira reunião, em Lisboa, do recém-constituído “Justice Across the Atlantic” assumiu um significado simbólico que em muito transcendeu um seminário, embora em si importante, de magistrados a professores e advogados norte-americanos e portugueses. O encontro serviu para testar a relevância do Direito como factor de conhecimento e aproximação de culturas. Para além da tecnicidade da dogmática jurídica e do cultivo do comparatismo como disciplina autónoma, o Direito, considerado objectivamente, é factor essencial da coesão social e, ao ser melhor conhecido, facilita a compreensão entre culturas e sociedades.

A maior familiaridade com a vida americana, que assim se conseguiu, permite ter um mais agudo entendimento do ambiente que rodeia as comunidades lusas nos Estados Unidos da América e das suas dificuldades de afirmação. Também não é elemento despiciendo quando nos defrontamos com o complexo e doloroso problema do repatriamento de emigrantes em função do seu cadastro criminal, mesmo quando radicados há longos anos nos Estados Unidos da América. A solução a prazo do problema da repatriação forçada dos portugueses passa pela compreensão da cultura e das soluções jurídicas nos domínios penal e da cidadania. Um quadro legal que seja claro para autoridades americanas e portuguesas e para o público em geral, permite que os emigrantes queiram naturalizar-se no país de acolhimento sem perder os laços afectivos que os ligam à sua terra de origem.

A circunstância de os juristas e advogados do outro lado do Atlântico serem luso-americanos constitui outro factor que faz superar em muito as fronteiras de um simples encontro cien-

tífico. Deu aos luso-americanos uma consciência clara do papel de liderança na orientação das comunidades luso-americanas que deve caber aos seus filhos mais preparados e instruídos. Abriu, igualmente, perspectivas para as vastas oportunidades de que dispõem as associações profissionais constituídas por luso-americanos na gigantesca tarefa de promover as relações entre as sociedades civis americana e portuguesa. O começo foi promissor. Se houver vontade forte e constante, novas realizações se seguirão, contribuindo cada vez mais para um maior conhecimento e aproximação entre as duas comunidades. A publicação dos trabalhos desta reunião pretende assinalar o que se fez e ser um testemunho sério do empenhamento para o futuro.

NOTA INTRODUTÓRIA

José Narciso da Cunha Rodrigues

A investigação histórica e o método comparativo desempenham um papel insubstituível no progresso do direito.

Não falo já da globalização e dos problemas trazidos por um universo em que os pontos nevrálgicos deixaram de ser policêntricos para serem difusos e onde a uniformização de tempo e espaço obrigam a procurar as raízes e a viajar por outros sistemas.

Falo da experiência comum.

Veja-se o exemplo dos Estados Unidos da América do Norte.

Os reflexos da história e da realidade norte-americana na evolução da filosofia política e na expansão de teoria do Estado foram enormes, podendo mesmo dizer-se que, em alguns domínios, como o das ciências criminais, não é, hoje, possível perscrutar caminhos sem um sólido conhecimento dos seus princípios e da sua *praxis*.

Não surpreende, por isso, o regresso do interesse pelos clássicos e o entusiasmo pelos estudos comparativos.

Outra vez pela mão de Alexis de Tocqueville, a Europa está a viajar para os Estados Unidos da América do Norte para observar a sua maneira de viver e as suas instituições.

Este caminho não é de sentido único. Também a América se abre ao direito europeu, interessada pelo conhecimento de soluções que o tempo fez divergir de raízes comuns.

As ciências criminais e, particularmente, o processo penal constituem uma área em que coincidem muitos dos elementos que tornam fecunda esta aproximação: desde os que se referem aos modelos de cultura, até aos que definem os princípios de organização do Estado e os sistemas.

Não haveria certamente matéria mais sugestiva para um primeiro contacto entre juristas dos dois países.

Bem andou, por isso, a Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento em tomar a iniciativa deste Seminário, a cuja organização a Procuradoria-Geral da República se associou com a consciência de participar numa tarefa de indiscutível interesse público.

A circunstância de muitos dos participantes americanos serem luso-descendentes confere à iniciativa um valor acrescentado, por permitir chaves de leitura que tornarão mais fácil o diálogo e mais frutuoso os resultados.

JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO

TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Sessão de Abertura

José Vera Jardim

Senhor Doutor Rui Machete, Presidente da Fundação Luso-Americana, Senhor Procurador-Geral da República, Senhor Juiz Rivard-Rapoza, Senhor Presidente do Supremo Tribunal Administrativo, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Senhor Deputado, Senhoras e Senhores Magistrados, minhas Senhoras e meus Senhores:

Ao aceitar, e com muito gosto, o convite feito pelo Doutor Rui Machete para estar presente nesta sessão inaugural, decidi ocupar uma parte do meu fim-de-semana com a releitura de um capítulo do livro de Tocqueville que já foi aqui citado várias vezes, sobre o papel dos legistas: assim chamava Tocqueville, em geral, os juízes.

A decisão foi muito positiva para mim, na medida em que a releitura daquele clássico da democracia na América, é sempre, para qualquer pessoa, uma revitalização do pensamento sobre a democracia, sobre a pessoa, uma revitalização do pensamento sobre a democracia, sobre a “*rule of law*” e sobre as diferenças entre a sociedade americana e as sociedades continentais europeias, designadamente a francesa que era, no início do Séc. XIX, aquela que mais serviu de comparação para Alexis Tocqueville.

Efectivamente, penso que o nosso conhecimento do sistema legal e judicial dos Estados Unidos é ainda muito incipiente, com excepção de todos aqueles que lêem, com muito prazer e grande utilidade, toda a teoria jurídica norte-americana mais recente, com o Rawls, Dworkin, Nozick e tantos outros que já foram aqui referidos e, porventura, também de alguns constitucionalistas que estudaram e aprofundaram a história constitucional norte-americana e a evolução da jurisprudência constitucional, sobretudo desde o célebre acórdão Madison que deu origem ao que se veio a designar por poder judiciário, na formulação do sistema legal dos Estados Unidos.

Contudo, a verdade é que o nosso conhecimento do sistema legal norte-americano é muito incipiente. Penso que isso radica na ideia de que, integrando-se nos sistemas anglo-saxónicos, bem diferentes dos de matriz continental, seria pouco útil a sua aprendizagem para os juristas continentais. Tal entendimento encerra algumas falácias, mas também alguma dose de verdade. Apesar de tudo, temos muito a aprender uns com os outros, a vários níveis.

Hoje, na Europa e na construção europeia, estamos a desenvolver uma concepção de sociedade e de relação entre a sociedade e o Estado que deve muito a toda a concepção que vigora nos Estados Unidos. Não podemos esquecer que o Estado norte-americano foi porventura a seguir ao Direito, o grande factor de unificação dos Estados Unidos. A Lei assumiu, naquele país, desde o início da construção da sociedade, um papel relevantíssimo e daí que muitos autores se refiram a toda a sociedade americana como uma sociedade com Direito e sem Estado, porque o Direito teve um papel de desenvolvimento e de integração da própria sociedade, num processo idêntico ao que nós vamos assistindo hoje, e desde há alguns anos, no processo de construção e consolidação da União Europeia. Penso portanto que, nesse aspecto como em muitos outros, nos aproximamos cada vez mais do paradigma americano.

Devo referir também o modelo de advocacia muito típica dos Estados Unidos (e que eu conheço relativamente bem) apoiado numa concepção não puramente litigiosa, mas de *legal counsel*, ou seja, uma concepção de advogado e de advocacia dirigida à prevenção dos litígios e que aconselha as partes para que, no meio da selva da legislação – e cada vez há uma pletera maior de legislação – possam orientar as suas acções, no sentido da legalidade.

Cada vez mais, na Europa, de um modo geral, e em cada Estado, particularmente, assistimos ao aparecimento de um conjunto de instituições típicas do sistema legal americano que se vão afirmando entre nós.

Dois ou três exemplos: as *class actions*; a importância crescente das jurisprudências constitucionais; a crescente influência do poder judicial na apreciação dos grandes conflitos sociais e económicos; a multiplicação dos órgãos independentes de regulação que não são órgãos tipicamente estaduais, para não citar muitas outras figuras como a *product liability* e tantas outras instituições e institutos que, a partir dos Estados Unidos, se têm alargado à Europa e ao Direito europeu.

Como todos sabemos, o advogado tem uma importância enorme na sociedade americana: alguém já chamou à sociedade americana uma sociedade de “lawyers”, precisamente pela influência decisiva que têm na integração da sociedade, da *rule of law* e da jurisprudência. Por isso, quando nós – e hoje esta linguagem é uma linguagem corrente nos países da Europa – falamos em menos Estado e menos intervenção estadual temos que, a meu ver, completar: menos Estado, mas mais Direito. Mais regra de Direito, para que a vida nas sociedades possa ser uma vida bem integrada, pacificada através da *rule of law* e da resolução de conflitos.

Neste seminário abordar-se-á um aspecto específico do Direito, designadamente do processo penal, o que para nós portugueses, tem neste momento uma utilidade adicional.

Como é sabido, encontramos-nos precisamente numa pré-discussão, que vai continuar durante vários meses, para uma preparação das alterações ao Código do Processo Penal. E não falta entre nós quem defenda algumas das concepções americanas, designadamente no processo penal. Algumas delas, aliás, foram entre nós recebidas, no direito já constituído, como disse o Senhor Procurador-Geral. Uma das que tem tido alguma consagração em vários países europeus, é precisamente, a *plea bargaining*, não no sentido estritamente americano que conhecemos dos filmes e do Perry Mason e enfim, de tudo aquilo que se passa nos tribunais (ou não se passa ...), como já alguém aqui disse, mas numa concepção mais mitigada que se tem afirmado nos últimos anos na generali-

dade dos países europeus, sobretudo para os processos da pequena criminalidade. Com efeito, nos Estados Unidos, vigora fundamentalmente um sistema de oportunidade que permite um conjunto de negociações no sentido da pacificação social no processo.

Cada vez mais temos de nos orientar para admitir, sobretudo nos casos da pequena criminalidade, formas mitigadas que, de algum modo, também estão relacionadas com *o plea bargaining*.

Um outro aspecto, que aliás vai ser aqui também discutido e analisado, é a instituição da *probation*, uma instituição tipicamente americana, já com mais de um século de vida, e que tem sido importada, sobretudo através da Grã-Bretanha. Temos na lei e também tentamos ter na acção, um conjunto de instituições e de modos de actuar que se aproximam bastante daquele instituto norte-americano.

Finalmente, devo referir a instituição do júri que desempenha um papel central na justiça penal norte-americana. É certamente uma das traves mestras do processo criminal norte-americano e que recorrentemente ganha novos “fora” de debate na Europa continental. A nossa experiência de júri, como todos sabemos, não tem tido grande êxito, por razões das mais diversas que não vem à colação aqui analisar, mas penso que, neste colóquio, alguma coisa podemos aprender sobre o papel do júri e a enorme relevância que tem no processo penal norte-americano.

Gostaria ainda de me referir ao crescente papel da vítima no direito processual norte-americano e que entre nós tem uma tradição já grande, como sabem, sobretudo através da possibilidade da constituição de assistente, no processo penal. É uma tradição bem portuguesa, mas também ganharemos em analisar esse relevantíssimo papel da vítima nas instituições penais e processuais penais norte-americanas e que, também por toda a Europa, tem vindo a desenvolver-se.

Uma última referência para um dos temas do seminário, já aqui também referido pelo Senhor Procurador-Geral e pelo Senhor Doutor Rui Machete, que é o problema da deportação, como pena acessória de certo tipo de condenações criminais. Trata-se, de uma

matéria que espelha o princípio de que o estrangeiro indesejável deve ser objecto de uma expulsão da comunidade nacional. Também em Portugal, tal como na generalidade dos países, temo-nos defrontado com situações deste tipo: com o facto de haver cidadãos estrangeiros com ligação, sobretudo, às comunidades das antigas colónias portuguesas, que têm sido objecto da medida de expulsão do território nacional. Através do sistema do indulto presidencial tem-se conseguido analisar um conjunto de situações que, no fundo, se traduzem naquilo que também já aqui foi referido, que é uma discrepância entre a condição jurídica de estrangeiro e a efectiva ligação à comunidade nacional de origem que, em muitos casos, como sabemos, é extremamente ténue. Como é natural, a pena de deportação assume aspectos excepcionalmente gravosos para alguém que, sendo nacional de um país, juridicamente perdeu – se alguma vez os teve verdadeiramente – os laços que o prendem a essa nacionalidade original e que se resumem, em muitos casos, ao vínculo jurídico. É uma matéria que também nos tem preocupado e penso que há que continuar a sua análise, numa perspectiva que é a nossa e é também, em grande parte, a perspectiva vigente nas instituições penais norte-americanas: a da reinserção social dos condenados e da procura de soluções que possam contribuir para o conseguimento dessa perspectiva de reinserção social.

Ladies and gentlemen, I hope this seminar will contribute to a better understanding between our legal communities. It is important that we gain a much broader perspective of the American legal system, not only for our professional benefit but also for the apprehension (a better understanding) of the American culture and the American people. I would say that nobody can understand the values of the American society without deep knowledge of its legal system. My congratulations to the Luso-American Foundation and Procuradoria-Geral da República for this initiative. I hope it will not be the last but the beginning of many others in the future. Thank you for your attention.

Phillip Rivard-Rapoza

Senhor Doutor Rui Machete, Senhor Ministro da Justiça, Dr. José Vera Jardim, Senhor Procurador-Geral da República, Conselheiro Cunha Rodrigues, ilustres convidados e colegas de ambos os lados do Atlântico:

O dia de hoje é um momento histórico para Portugal e para os Estados Unidos. Pela primeira vez na história das nossas duas nações, representantes dos nossos respectivos sistemas jurídicos irão estar reunidos na mesma sala e à mesma mesa para discutir questões de interesse e importância mútuos. O título do nosso programa, «Justice Across the Atlantic / A Justiça nos Dois Lados do Atlântico», expressa, na sua simplicidade, o muito que temos a aprender uns com os outros.

Gostaria de reconhecer desde já o papel decisivo desempenhado pelo Sr. Dr. Rui Machete em tornar esta conferência uma realidade. É em grande medida devido à sua visão e energia que temos aqui reunidos nesta sala representantes dos sistemas jurídicos e judiciais de ambos os nossos países. Sem a liderança do Sr. Dr. Machete, não estaríamos aqui hoje.

A importância desta conferência como iniciativa histórica é sublinhada pela presença do ministro da Justiça e do Procurador-Geral da República. Não só o Sr. Dr. Vera Jardim e o Sr. Conselheiro Cunha Rodrigues conferem um maior peso às nossas deliberações com a sua ilustre presença, como a sua participação sublinha a importância da iniciativa arrojada da Fundação Luso-Americana ao organizar este programa.

Tanto em Portugal como nos Estados Unidos, o direito influencia de uma maneira ou doutra todos os aspectos da vida do dia-a-dia, e não creio que haja qualquer área em que a vida no seu todo esteja mais representada. O facto de aqueles de entre nós que trabalhamos nos sistemas judiciais de Portugal e dos Estados Unidos estarmos aqui reunidos para conversar uns com

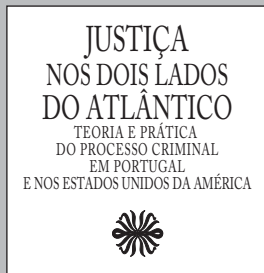
os outros significa que as pessoas que servimos irão beneficiar com isso e que estamos a promover a causa da justiça.

Este programa reveste-se de um significado especial não só para mim, mas também para muitos membros da delegação americana. Aqueles de entre nós que temos ascendência portuguesa sentimos especial apreço pela oportunidade que nos é dada de aqui estarmos presentes hoje. E devo dizer que é com bastante orgulho que estamos a participar nesta conferência. Somos, na nossa maioria, filhos ou netos de portugueses que emigraram para os Estados Unidos. Os nossos antepassados deixaram Portugal como camponeses, trabalhadores, agricultores e pescadores. Hoje, nós, os seus descendentes, regressamos como juizes, magistrados, funcionários judiciais e advogados dos Estados Unidos. Percorremos um longo caminho. Mas não fomos tão longe que tenhamos esquecido donde vieram as nossas famílias e onde estão as nossas raízes. Embora muitos de nós já não falemos português fluentemente, o nosso coração é português e é sangue português que corre nas nossas veias. Regressamos agora à nossa pátria para trocar ideias e pensamentos com os nossos homólogos portugueses. Mas, ao regressarmos, não são apenas colegas de profissão que encontramos, mas também pessoas com quem temos afinidades especiais, pessoas em relação às quais sentimos uma proximidade que sugere não só amizade, mas também laços familiares. Percorremos milhares de quilómetros e, afinal, damo-nos conta de que estamos em casa.

Mas a nossa delegação não é composta exclusivamente por luso-americanos. Inclui também muitos advogados e juizes cujos antepassados eram oriundos de outros países e trouxeram consigo outras tradições, enriquecendo desse modo a sociedade americana. A sua presença entre nós reflecte a grande consideração de que Portugal e os seus representantes luso-americanos gozam nos Estados Unidos. Se os luso-americanos da nossa

delegação representam cerca de dois milhões de americanos que reivindicam a ascendência portuguesa, os restantes delegados representam muitos mais milhões de americanos que vivem e trabalham entre nós e que, com a sua presença aqui hoje, confirmam a vitalidade e importância de Portugal e da comunidade luso-americana. Aqueles que trouxemos connosco são não só nossos amigos, mas também amigos de Portugal.

Há poucos aspectos do direito que afectem mais uma sociedade do que o direito penal, tal como é definido e aplicado. Espero que este programa ajude a informar melhor os portugueses e americanos que nele estão a participar sobre os nossos respectivos sistemas judiciais e que, ao fazê-lo, promova uma maior compreensão internacional dos assuntos jurídicos e judiciais. Todos nós devemos sentir-nos emocionados com as oportunidades que esta conferência representa, e aguardo com grande expectativa as actividades dos próximos dois dias.



Introdução

*As Grandes Linhas do Sistema de Justiça Penal
nos Estados Unidos e em Portugal*

UM RESUMO DO PROCESSO PENAL AMERICANO

Peter J. Messitte

Excelentíssimos e distintos participantes nesta conferência:

Sinto-me honrado por estar aqui convosco hoje para, em nome dos participantes americanos, poder apresentar um resumo do processo penal americano. Gostaria de começar por agradecer o convite que me foi dirigido assim como esta excelente iniciativa da FLAD.

Tenho relações muito agradáveis com Portugal, e Lisboa em particular, sendo esta a minha quarta visita. A primeira vez que cá estive foi com a minha esposa na nossa lua de mel, em 1965. A nossa lua de mel ainda não acabou e confesso que a minha lua de mel com Portugal também não.

I

A minha missão é dar-vos uma ideia geral do processo penal americano e é sempre boa ideia começar com uma definição de termos. Quando falo de processo penal, refiro-me aos direitos dos suspeitos e arguidos criminais; às limitações que são impostas à polícia e a outro pessoal ligado à justiça penal na investigação de crimes; e às fases e decretos de lei relacionados com os processos penais. O nosso sistema é muito semelhante ao vosso a este respeito. Isto é o que é referido, no vosso sistema, como direito adjectivo.

O nosso sistema também se assemelha ao vosso no que diz respeito ao direito substantivo, ou seja, a parte do direito que define qual a conduta que constitui um crime. Crimes como

homicídio, assalto, roubo, furto e violação são universalmente reconhecidos, embora as definições exactas e sentenças aplicáveis possam diferir de sistema para sistema.

Certas defesas também são universalmente reconhecidas, como é o caso do alibi ou da legítima defesa, da coerção ou da insanidade.

Uma vez que o objectivo desta minha intervenção não é apresentar uma dissertação sobre o procedimento penal, não pretendo discutir, em termos gerais, princípios de jurisdição, nem várias teorias do processo legal, nem vou tentar fazer comparações entre os procedimentos penal e civil em geral. Pretendo sim apresentar uma visão alargada do sistema de procedimento penal dos ESTADOS UNIDOS, ou seja, uma orientação. Começarei por dizer-vos algo sobre a organização do poder judicial americano e sobre as fontes da nossa lei, especialmente a lei do procedimento penal.

II

A) Os ESTADOS UNIDOS, como sabem, têm um governo central – com os poderes executivo, legislativo e judicial – tal como Portugal. Porém, os ESTADOS UNIDOS têm, para além do sistema federal, 50 governos estaduais (51 incluindo o Distrito da Colúmbia), cada um dos quais com uma divisão tripartida do poder, semelhante à do governo federal. Na nossa Constituição federal, a responsabilidade primária na feitura de leis que respondem às necessidades do dia-a-dia (e, de facto, todo o poder residual, no qual o governo federal não está autorizado a agir) pertence aos estados. Isto significa que cada um dos 50 estados americanos tem competência para decretar leis relacionadas com assuntos de direito civil, como o estado legal da pessoa, da família, contratos, prejuízos e regulamentos internos.

A competência do estado chega mesmo à determinação da maioria dos crimes, como por exemplo, homicídio, roubo, assalto, violação, etc., chegando também às leis de procedimento penal.

O governo federal tem, evidentemente, muitos poderes importantes em assuntos que estejam relacionados com os indivíduos, as empresas e com o país em geral. Este princípio aplica-se igualmente em assuntos civis e penais. Estatutos aprovados pelo Congresso afectam todas as pessoas, como por exemplo estatutos relacionados com a lei da imigração, a lei do trabalho, a lei da competição de preços e concorrências entre empresas e a lei federal de impostos. Geralmente, os crimes federais têm alguma ligação com o interesse global da nação e não apenas com um determinado estado. Trata-se geralmente de crimes que afectam áreas sobre as quais o governo federal tem poder para governar de acordo com a Constituição, tais como negócios bancários, comércio interestadual, importações e exportações. Incluídos igualmente estão crimes que afectam organismos do governo federal (tal como o Departamento de Transportes) ou crimes que ocorram em propriedades do governo federal.

B) Os tribunais estaduais e federais americanos apresentam a mesma organização geral. Em cada caso, o tribunal de primeira instância é o tribunal de julgamentos. Tipicamente, há um tribunal intermediário de recurso e, no topo do sistema, está o Supremo Tribunal do Estado, ou, no sistema federal, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Os nomes dos tribunais estaduais de primeira instância variam de estado para estado, mas são frequentemente chamados tribunais superiores. Tribunais estaduais de jurisdição de recurso intermediário são tipicamente chamados tribunais de recurso, como por exemplo, o Tribunal de Recurso de Oregon. Os tribunais das instâncias mais altas dos estados são tipicamente chamados o supremo tribunal do estado, como por exemplo, o Supremo Tribunal da Virgínia. No sis-

tema federal, todos os tribunais de primeira instância são chamados tribunais distritais (dos quais há 94 no país), os tribunais de recursos intermediários são chamados os tribunais de recursos dos Estados Unidos para os vários circuitos (há 13 destes) e o tribunal de mais alta instância é o Supremo Tribunal dos Estados Unidos. O anexo A do vosso panfleto informativo contém um quadro que demonstra, em linhas muito gerais, a organização judicial dos Estados Unidos.

C) Os casos penais nos Estados Unidos são tipicamente tratados da seguinte forma:

A decisão inicial em relação à culpa ou inocência do acusado é tomada no tribunal de primeira instância, o tribunal de julgamentos. Frequentemente, esta decisão é tomada por um júri, constituído por leigos, que estão prontamente disponíveis nos Estados Unidos. Em qualquer caso penal em que haja a possibilidade de uma pena de mais de seis meses de prisão, o arguido tem o direito constitucional de ter um júri. Dependendo da vontade do arguido, até o julgamento penal mais sério pode ser conduzido perante um juiz apenas. Normalmente, o júri ou juiz recebe as provas, ouve o testemunho e decide da culpa ou da inocência do acusado. Excepto em casos de pena de morte, apenas o juiz – não o júri – determina a sanção, sujeito evidentemente à pena máxima estabelecida pela lei ou por linhas directrizes de sentença que possam estar em vigor.

Depois de tomada a decisão no tribunal de julgamentos, há a possibilidade de revisão pós-julgamento ser realizado pelo próprio tribunal de julgamentos. Por exemplo, um arguido que seja considerado culpado pode requerer um novo julgamento. Para além disso, há a possibilidade de apelar para o tribunal de recurso intermediário, que está geralmente disponível para ouvir questões de direito. Depois há a possibilidade de recorrer para o supremo tribunal da jurisdição, embora – e isto é verdade

para os sistemas estaduais e federal – uma revisão destas fica sempre ao critério do supremo tribunal que pode escolher quais os casos a considerar.

Por sinal, como poderão já saber, nos Estados Unidos, a carreira de juiz não é uma carreira que se possa escolher. Os juízes são nomeados (no sistema federal e em alguns estados) ou eleitos (em cerca de metade dos estados) depois de serem reconhecidos e de exercerem funções de advogados particulares, promotores de justiça, ou professores de direito. Não há promoções automáticas para juízes, embora haja juízes de tribunais de instâncias mais baixas que são, de facto, nomeados para tribunais de instâncias mais altas. Todos os juízes têm título por muitos anos e muitos têm título de posse vitalícia, bem como de não-remoção e de irredutibilidade de salário.

D) Antes de descrever os passos do processo penal típico nos Estados Unidos, gostaria de fazer uma breve intervenção sobre as fontes das leis do procedimento penal no sistema americano.

Tal como em Portugal, a nossa Constituição nacional é a base legislativa mais importante.

As principais provisões constitucionais relativas ao processo penal encontram-se nas quarta, quinta, sexta, oitava e décima quarta emendas da Constituição dos Estados Unidos. Encontrarão o texto destas emendas no vosso panfleto informativo no anexo B. Se repararem bem na linguagem destas emendas, notarão muitas semelhanças entre as garantias do nosso sistema e as garantias do vosso. A nossa quarta emenda, por exemplo, proíbe buscas e apreensões injustas e estabelece os requisitos gerais de aprovação judicial baseados em causas prováveis antes da busca ou apreensão ser feita. Provas obtidas ilegalmente, incluindo provas obtidas no decurso de uma busca ilegal, não podem ser apresentadas e consideradas durante o julgamento. O artigo 32.º, n.º 6 da Constituição Portuguesa, estipula, *inter alia*, que pro-

vas obtidas através de interferências injustas em vidas privadas, em lares, correspondência ou telecomunicações, não podem ser consideradas. Mais tarde, mencionarei outros exemplos de semelhanças entre os dois sistemas.

Um ponto onde o sistema americano difere significativamente do português e da tradição do direito civil é o da codificação do processo penal. Não existe um código penal propriamente dito, quer a nível federal ou estadual.

Lembrem-se que, nos Estados Unidos, temos um governo federal e 50 governos estaduais, o que significa que temos diversos conjuntos de leis de procedimento penal. Estas leis têm muitas semelhanças entre elas mas, de um ponto de vista legal, são separadas e independentes.

Assim, numa acusação penal estadual, as bases das leis de procedimento penal incluem normalmente:

- 1) A constituição federal;
- 2) A constituição estadual;
- 3) A lei ordinária estadual;
- 4) Os estatutos do tribunal estadual; e
- 5) As decisões de direito consuetudinário adoptadas pelos tribunais estaduais.

No sistema federal, as bases incluem:

- 1) A constituição federal;
- 2) A lei ordinária do Congresso;
- 3) Os estatutos promulgados pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, sujeitos às emendas feitas pelo Congresso; e
- 4) As decisões de direito consuetudinário dos tribunais federais.

Em anos recentes, na maioria dos estados, as provisões legislativas têm constituído as bases dominantes das leis estaduais que

regulam o sistema de justiça penal, embora sejam frequentemente complementados pelas decisões adoptadas pelos supremos tribunais estaduais. Nos tribunais federais, as leis federais de procedimento penal adoptadas pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos (sujeitos a emendas por parte do Congresso) são as bases principais dos modelos aplicáveis.

O ponto mais importante a ter em conta é que, nos Estados Unidos, a constituição federal está sempre presente em qualquer altura de uma acusação penal, quer seja federal ou estadual. Os arguidos continuamente vêm aos tribunais federais e estaduais para contestar acções adoptadas pela acusação devido a questões constitucionais. O recurso pode basear-se num ataque realizado no acto de prisão em que estão presentes falta de causas prováveis, numa investigação ou apreensão consideradas injustas, num atraso do processo causado pela acusação que é considerado injusto, ou na omissão da acusação em revelar provas favoráveis ao caso do arguido.

Também referi que as decisões dos tribunais são uma fonte de lei e devo dizer mais alguma coisa a este respeito. É uma característica distinta do sistema legal americano o facto de nos mantermos fiéis ao conceito de pretendente obrigatório. Quando um tribunal de recurso (quer intermediário, quer supremo) no sistema federal ou estadual decide sobre uma lei, essa decisão torna-se obrigatória em todos os tribunais de instâncias mais baixas dentro da jurisdição daquele tribunal de recurso. Por exemplo, num determinado estado, a decisão do supremo tribunal daquele estado rege todos os tribunais de primeira instância naquele estado. No sistema federal, a decisão de um tribunal de recurso regional rege todos os distritos dentro daquele circuito, enquanto que a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos rege todos os tribunais federais. Por outro lado, e em relação a decisões que envolvem a constituição federal, a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos controla também as decisões dos tribunais estaduais.

Se não estou em erro, em Portugal, a utilização do conceito de jurisprudência obrigatória é utilizado quando recursos excepcionais são usados na feitura da lei (CPP, Artigo 437.º e seg.) ou para o interesse de unificação da lei (Id., Artigo 447.º). Penso igualmente que em Portugal a jurisprudência pode ser utilizada para colmatar lacunas no código penal.

A doutrina, isto é, a opinião dos autores de tratados, não é uma fonte de lei no sistema americano como o é em muitos sistemas de direito civil. No entanto, os pareceres dos autores de tratados são por vezes citados nos tribunais para ilucidar um determinado ponto ou pontos.

Os assuntos abordados até ao momento apresentam temática para uma discussão muito mais profunda do que a realizada até agora. Apesar de voltar a abordar algumas destas questões com mais pormenor no decurso desta apresentação, passo a apresentar alguns traços gerais do sistema penal dos Estados Unidos.

III

A maior parte dos direitos do arguido em procedimentos penais nos Estados Unidos é, como eu já disse, semelhante aos direitos reconhecidos em Portugal. Os nossos juízes têm a responsabilidade de verificar que a dignidade humana de cada cidadão é protegida contra intrusões arbitrárias por parte das autoridades, embora os nossos métodos de protecção possam diferir um pouco dos vossos.

O nosso sistema de justiça penal inclui o princípio do devido processo de lei, através do qual me refiro a procedimentos regulares conduzidos de acordo com a lei. A presunção de inocência está sempre presente. Reconhecemos o sistema adversário e o direito de um acusado apresentar uma defesa completa. Os nossos procedimentos penais estão sempre abertos e são públicos e, claro está, o tribunal tem de ter a jurisdição devida.

Nós exigimos causas prováveis de que um crime foi cometido antes que alguém possa ser preso ou acusado. As nossas leis protegem os cidadãos contra as buscas e apreensões ilegais e favorecem a autorização de um oficial da justiça antes de alguém ser preso (embora, evidentemente, as circunstâncias muitas vezes não permitam isto). Um acusado tem o direito de permanecer calado quanto está sob detenção e quando está a ser interrogado pelas autoridades (e tem de ser informado deste direito). Se forem obtidos testemunhos violando este direito, os mesmos não poderão ser usados. Se uma pessoa está sob detenção, tem de ser levada a um magistrado sem atrasos indevidos e tem direito a pagar uma caução (embora, em alguns casos, a prisão preventiva seja reconhecida), como é o caso em Portugal. Um acusado tem o direito de ser assistido por um advogado e tem de ser informado deste direito (se não puder pagar a um advogado particular ser-lhe-á nomeado um advogado público). O acusado também tem o direito de ficar livre de qualquer pena cruel ou desusada, se for considerado culpado.

Mas vejamos um caso penal típico nos Estados Unidos e vejamos como estes conceitos funcionam no dia-a-dia. Sugiro que consultem o vosso panfleto informativo, anexo C, que é um esquema dos passos de um processo penal típico nos ESTADOS UNIDOS.

IV

Primeiro, vamos ter em conta um caso no qual há uma razão para acreditarmos que foi cometido um crime. Um indivíduo pode ser detido se for apanhado em flagrante delito. Em alternativa, um crime pode ser investigado por autoridades policiais depois de apresentada uma queixa por um cidadão. Dependendo da gravidade do delito, pode ser dada uma citação judicial penal ao suspeito ou este ser detido preventivamente.

Um arguido detido preventivamente tem o direito de apresentar caução, a não ser que ele seja considerado um perigo de fuga ou um perigo para si próprio ou para os outros. Uma caução excessiva é proibida pela constituição federal.

Sem atrasos, o arguido tem de ser levado a um oficial judicial (magistrado ou juiz) para que seja estabelecido o montante da caução. Nessa altura, são lidas as acusações ao arguido e tipicamente é determinada a caução. O procedimento em Portugal, pelo que sei, não é muito diferente. Mas a partir deste ponto, encontramos um traço muito distinto no processo penal americano.

Os promotores de justiça americanos têm muita discricção para decidir quem vai ou não vai ser acusado. Um promotor de justiça não é obrigado a acusar a pessoa de crimes, se achar que não deve acusar. Permitimos isto por várias razões.

Primeiro, pode ser importante, na opinião do promotor de justiça, ter alguém que colabore na resolução de outros crimes. Por isso, em vez de acusar aquela pessoa dos crimes que ela cometeu, a pessoa passa a ser um colaborador. Depois também devido ao grande número de casos a serem julgados, nem todos podem ser julgados.

Do mesmo modo, foi reconhecido pelo nosso Supremo Tribunal que o promotor de justiça pode optar por aquilo a que chamamos “plea bargaining”, ou seja, a negociação da admissão de culpa. Neste caso, o promotor de justiça pode concordar em retirar certas acusações ou em reduzir algumas das acusações contra o indivíduo se o indivíduo aceitar declarar-se culpado. Isto aplica-se mesmo que o arguido seja considerado culpado do crime mais grave, se o caso fosse a tribunal. Cerca de 90% dos casos nos sistemas federal e estadual nos Estados Unidos são resolvidos desta forma.

Geralmente, para crimes menos graves, o promotor de justiça pode simplesmente fazer uma alegação por si próprio e depois citar o arguido num documento chamado uma “infor-

mação” e requerer que ele apareça para responder às acusações. No caso de estarem envolvidas acusações mais graves, muitos estados e o governo federal apresentarão os factos a um grande júri, que é tradicionalmente um corpo composto por 16 a 23 cidadãos que determinam se há ou não causas prováveis para avançar com o caso. Se o júri principal acha que há causas prováveis, faz o que se chama uma “acusação escrita” contra o arguido. O arguido é citado judicialmente, sendo frequentemente detido, altura em que ele tem o mesmo direito de pagar caução como se tivesse sido preso em flagrante delito.

Geralmente depois, o governo revela algumas das provas relativas ao processo de acusação que tem em seu poder contra o arguido. Nem todas as provas da acusação podem ser apresentadas durante um julgamento criminal nos Estados Unidos. No nosso sistema federal (e que é seguido por muitos estados), o arguido tem o direito de inspeccionar declarações que ele próprio fez a oficiais de justiça; pode também obter resultados de testes científicos conduzidos pela acusação, determinadas provas físicas que estejam na posse da acusação e qualquer outra indicação que a acusação possa ter relacionada com o cadastro do arguido. Talvez a obrigação mais importante do promotor de justiça (derivada do caso *Brady vs. Maryland* do Supremo Tribunal dos Estados Unidos) é que tem de revelar, dentro de um período de tempo razoável e a pedido do arguido, qualquer prova que seja favorável ao arguido relacionada com a questão de culpabilidade do crime.

Após responder ao pedido de revelação do arguido, o governo tem direito a uma revelação recíproca das provas tangíveis na posse do arguido, bem como aos resultados de quaisquer testes e experiências científicas que o arguido possa ter feito.

O arguido não é obrigado a revelar a natureza da sua defesa antes do julgamento a não ser que esta seja de alibi ou de insanidade.

Normalmente, nesta altura, são apresentadas moções, com o pedido do arguido para que o tribunal decida questões relativas ao processo. Estas moções podem incluir pedidos para novas revelações, pedidos para excluir provas obtidas ilegalmente, pedidos para que os co-autores dos crimes tenham julgamentos separados, pedidos baseados em defeitos em acusações escritas ou informações e pedidos para arquivar o processo. Se para decidir sobre o mérito de uma moção o tribunal tiver de resolver questões de facto, haverá uma audiência – que será realizada antes da audiência final em matéria de culpa ou inocência.

Notarão que este processo é parecido à fase de instrução da tradição de direito civil, mas é também diferente em vários aspectos importantes. O juiz não tem um papel activo nos procedimentos. Não analisa nenhuma das questões nem questiona nenhuma testemunha. A decisão das questões preliminares que devem ser levantadas e forma como o caso deve ser preparado para julgamento é inteiramente feita pelos interessados. Por exemplo, os peritos são escolhidos pelos interessados, não pelo juiz. O juiz não recebe nenhum ficheiro sobre o arguido.

Nesta altura, na grande maioria dos casos, se as acusações já não tiverem sido retiradas por falta de provas, o arguido decidirá declarar-se culpado. Isto é, declarar-se-á culpado. Frequentemente isto é o resultado dos acordos entre o arguido e o advogado, que já discuti anteriormente. Ele declarar-se-á culpado de um crime menos grave e algumas acusações contra ele serão retiradas. A declaração de culpa dá-se perante o juiz que tem de ter a certeza de que a declaração de culpa é consciente e voluntária e que há bases factuais para a aceitação da declaração. Se o arguido se declara culpado, o caso voltará, dentro de pouco tempo, ao juiz para determinação da sentença.

Se o arguido se declarar inocente, o caso seguirá para julgamento. O juiz que preside ao julgamento é normalmente o mesmo da fase de pré-julgamento. (No sistema federal, o caso é sempre este.)

O julgamento no sistema americano é um acontecimento singular que pode durar dias ou semanas. O julgamento pode ser perante um juiz ou um júri, mas neste caso, o júri é chamado pequeno júri, para o distinguir do grande júri. O pequeno júri é diferente do grande júri, que conforme o anteriormente referido é composto por 16 a 23 membros e que, no início do caso, decide se existem indícios para avançar com o processo. O arguido tem o direito constitucional federal de apresentar qualquer questão de natureza criminal grave perante um pequeno júri, que geralmente é composto por 12 jurados. Nos Estados Unidos, não temos aquilo a que se chama o sistema misto de jurados, que consiste na mistura de juízes profissionais e leigos.

O júri decide, de facto, se o arguido é culpado ou não, depois de ouvir o depoimento das testemunhas e de rever quaisquer provas documentais. O júri não decide questões de direito. Apenas o juiz o faz.

Temos novamente presentes características distintas no sistema americano que são muito importantes:

- O juiz americano adopta uma posição relativamente passiva durante o julgamento (isto é, de facto, verdade quer em casos civis quer em casos penais). Ele raramente chama e interroga testemunhas, o que é deixado ao critério das partes interessadas, ou seja, do promotor de justiça e do advogado de defesa. Ao mesmo tempo, há leis relativamente formais relativas às provas apresentadas que o juiz faz cumprir durante o julgamento. As provas têm que ser relevantes, essenciais e competentes. Privilégios no que diz respeito à não prestação de testemunho são acordados para esposas, advogados, médicos e outras pessoas, dependendo das circunstâncias. O juiz informa e instrui o júri acerca da lei, antes de o júri tomar qualquer decisão.

A este propósito, nos Estados Unidos os arguidos criminais frequentemente optam por não testemunhar nos seus julgamentos, sendo comunicado aos membros do júri (os juízes já sabem) que este facto não os deverá influenciar negativamente. Por outro lado, se o arguido decide testemunhar, terá de fazê-lo sob juramento; isto é, sujeito às penas aplicáveis no caso de perjúrio. Se não estou em erro é comum para um arguido testemunhar num caso criminal nos sistemas de direito civil, mas segundo a informação que tenho, o arguido não é obrigado a testemunhar sob juramento.

- O ónus da prova no que diz respeito à culpa do arguido depende sempre do promotor de justiça e as provas por ele apresentadas têm de convencer o júri (ou o juiz, se é um julgamento sem júri) da culpa do arguido “para além de uma dúvida razoável.” Isto significa mais do que a culpa possível ou provável. Tem de haver algumas certezas em relação à culpa do arguido para que ele possa ser condenado.
- O veredicto do júri que declara o arguido como culpado tem de ser unânime, isto é, todos os membros do júri têm de estar de acordo. Se os membros do júri não chegam todos à mesma conclusão, então o juiz dispensa o júri e, a pedido do promotor de justiça, o caso pode ser julgado novamente com um novo júri.
- Não é necessária nenhuma decisão fundamentada no que diz respeito à culpa ou inocência do arguido.

Se, depois do julgamento, o júri ou o juiz considerarem o arguido culpado, o próximo passo será a sentença, tal como nos casos em que o arguido se declara culpado. Excepto nos casos menos graves, a sentença não será determinada no mesmo dia em que se determina a culpa do arguido. Excepto em casos de

pena de morte, a sentença é dada apenas pelo juiz que presidiu ao julgamento. Em casos nos quais a pena de morte é uma sentença possível (como devem saber, a maioria dos estados americanos reconhece a pena de morte), o júri decide se a pena de morte deve ou não ser aplicada.

Frequentemente, durante a fase de preparação da sentença, um funcionário do tribunal prepara um relatório para o juiz, contendo os antecedentes do arguido que permitam uma sentença mais justa. É feita uma cópia do relatório para o promotor de justiça e para o arguido antes da data em que será lida a sentença.

Na maior parte dos estados, o juiz tem o poder para dar a sentença do crime até ao máximo que está estipulado pelos estatutos. No sistema federal, é um pouco mais complicado. Há directrizes obrigatórias que têm de ser seguidas, baseadas nos crimes cometidos pelo arguido anteriormente e na gravidade dos crimes pelos quais está a ser condenado.

Uma sentença pode envolver liberdade condicional ou pode envolver prisão seguida de liberdade condicional. Durante o período de liberdade condicional, podem ser impostas condições ao criminoso, tais como a restituição dos objectos roubados ou o pagamento do dinheiro obtido ilegalmente ou frequentar centros de recuperação para drogados.

Um arguido tem o direito constitucional de recorrer da sua condenação ou da sentença para um tribunal de instância mais alta.

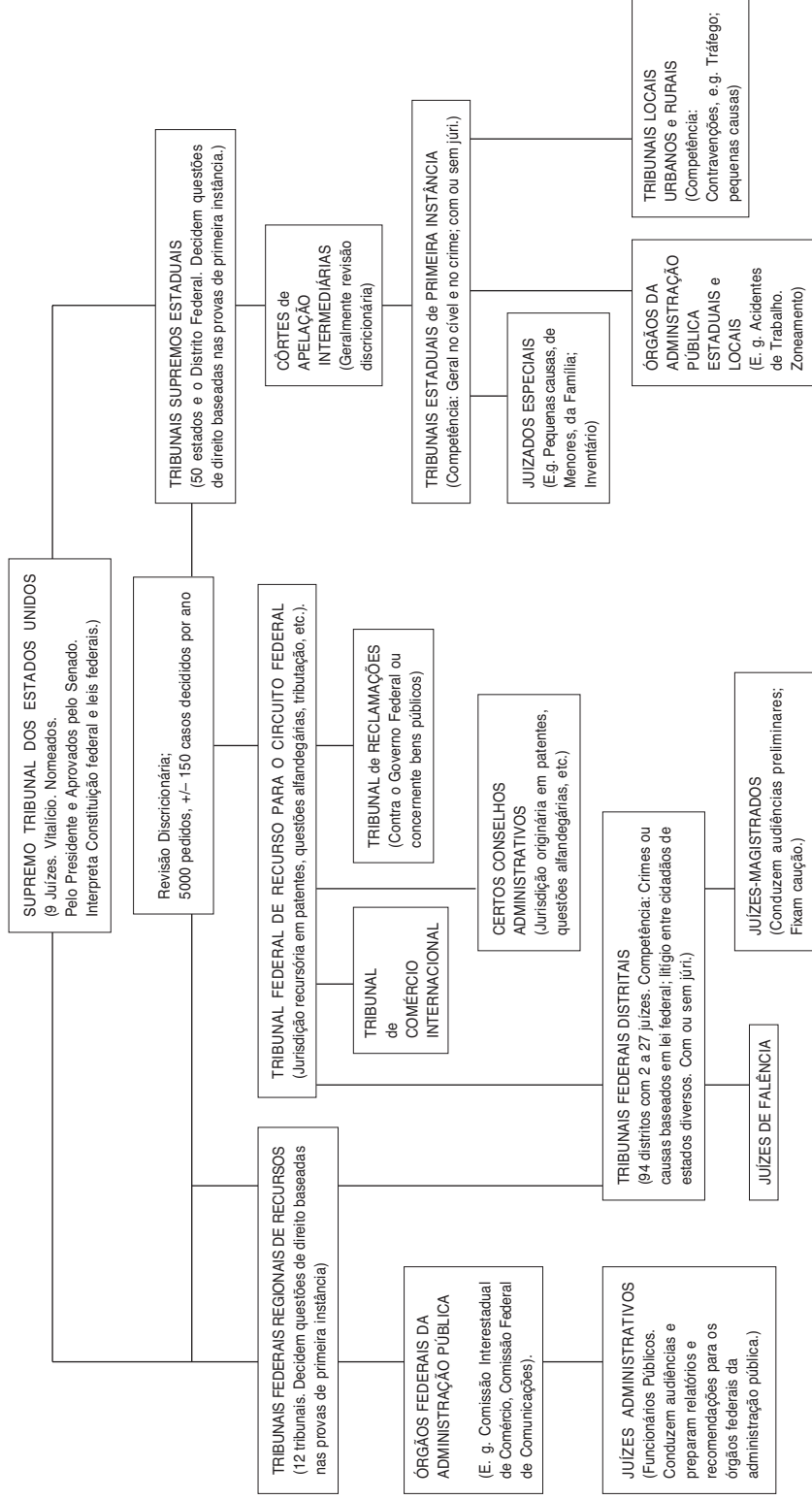
Além disso, a solução *habeas corpus* é possível em certos casos depois de se terem esgotado todos os recursos directos. O *habeas corpus* está também disponível em qualquer altura do processo contra prisão ou detenção ilegal.

Nos últimos anos, têm sido concedidos mais direitos às vítimas, nomeadamente mais informações e maior participação em julgamentos.

Vou parar por aqui pois julgo que é o máximo que me é permitido dentro do tempo disponível. Apesar da minha intervenção ter sido breve, espero ter-vos dado uma ideia geral do que é o sistema de justiça penal americano. Nas próximas sessões, ouvirão certamente mais pormenores que vos ajudarão a entender melhor alguns destes conceitos. Tenho a certeza de que o meu grande amigo, o Juiz Phillip Rapoza, vos esclarecerá acerca das políticas sentenciais nos Estados Unidos.

E eu, evidentemente, espero ansiosamente aprender convosco, colegas portugueses, como funcionam as vossas instituições.

A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA AMERICANA



ANEXO "A"

ANEXO “B”

EMENDAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS

Artigo IV

Não será infringido o direito do povo à inviolabilidade da sua pessoa, casas, papéis e haveres, contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandato a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas que tiverem de ser apreendidas.

Artigo V

Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou de infâmia, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, excepto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço activo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indemnização.

Artigo VI

Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

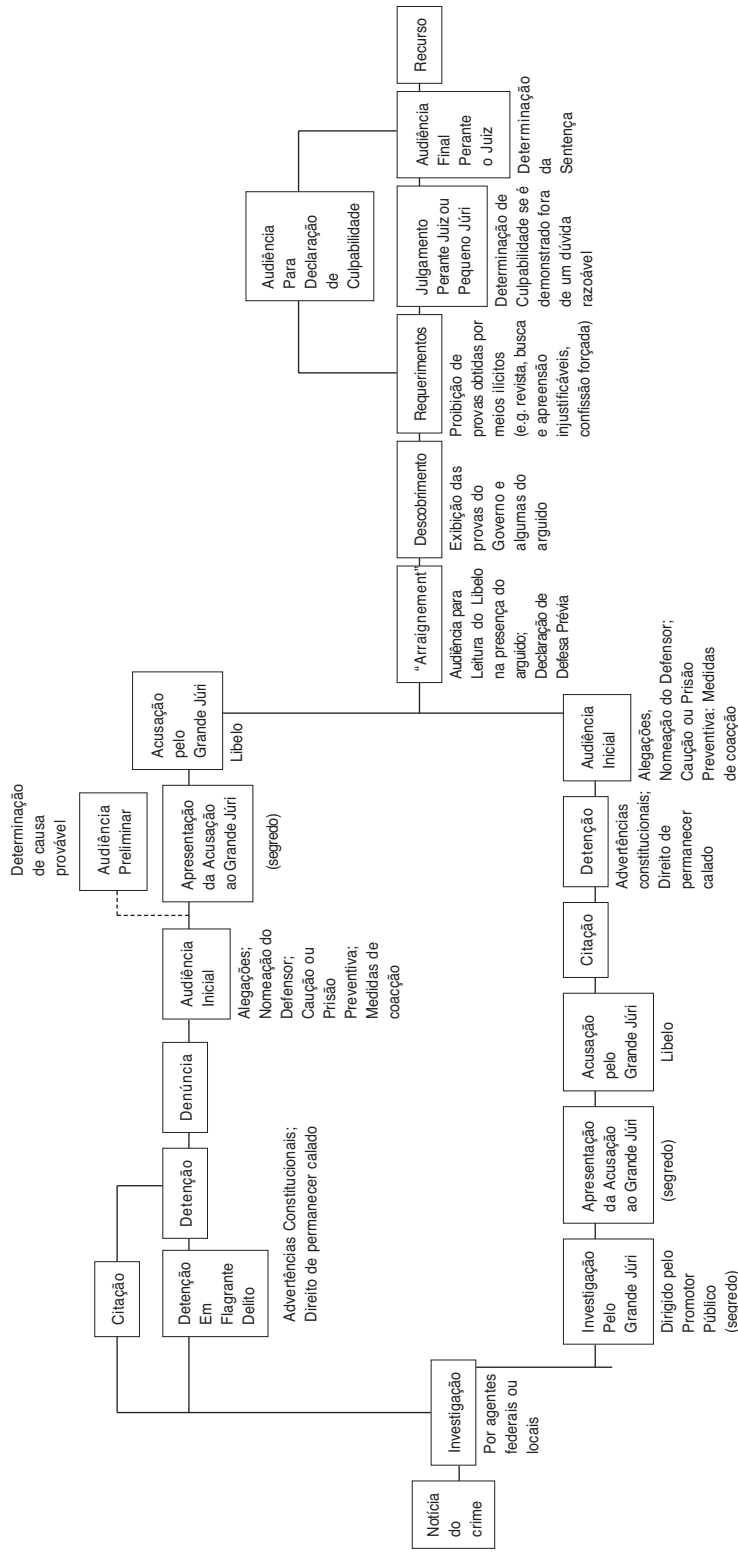
Artigo VIII

Não se exigirão fianças exageradas, não se imporão multas excessivas, nem se infligirão penas cruéis e desusadas.

Artigo XIV

Secção I. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum Estado fará nem executará lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará nenhuma pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o processo legal regular (*due process of law*), nem negará a pessoa alguma dentro de sua jurisdição a igual protecção das leis.

O PROCESSO PENAL AMERICANO



ANEXO "C"

O SISTEMA JUDICIAL PORTUGUÊS E A JUSTIÇA CRIMINAL

António Henriques Gaspar

I. O conceito de “justiça criminal” que tradicionalmente se centrava no juiz – ou seja, no modo de julgar e sancionar –, evoluiu, perante a emergência de novas realidades, para uma noção mais alargada, os sistemas de justiça penal, noção que traduz a natureza cada vez mais complexa da acção de “aplicar justiça” nos casos (nas causas) criminais.

A justiça penal – no sentido de modo de aplicação da justiça e o seu funcionamento – tem hoje de ser compreendida globalmente, numa perspectiva sistémica, através da actuação de diversos organismos e agentes desde as fases preliminares (inquérito, instrução, processos preliminares), passando pela decisão de aplicação (sentença), até à execução, aos modos de dar cumprimento e tornar eficaz uma decisão penal.

Os *sistemas de justiça penal* são organizados e estruturados para prosseguirem essencialmente a finalidade de aplicar a justiça. Mas, a par deste objectivo central, não podem ser esquecidas todas as outras finalidades que os sistemas (cada sistema) necessariamente têm também de prosseguir – as garantias fundamentais, a prontidão (o prazo razoável) e a eficácia, na optimização dos meios e dos recursos disponíveis.

Neste contexto, porém, quando se considera a perspectiva sistémica, o acento deve ser colocado nos órgãos e agentes do sistema enquanto meios ao serviço da justiça penal e na modelação e estruturação do processo e na coordenação eficaz da interacção das respectivas competências, em ordem à efectivação da finalidade própria – uma justiça penal segura, pronta e eficaz, mas também garantística e humana: a realização da jus-

tiça do caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos e da comunidade.

II. Cada sistema, participando embora de traços fundamentais comuns de uma mesma base cultural, é naturalmente organizado tendo em vista as realidades próprias e a definição nacional sobre os imperativos de política criminal a realizar, bem como as respectivas tradições institucionais.

O modelo português de justiça penal foi concebido para procurar responder às exigências impostas pelos objectivos complexos e com momentos de tensão dialéctica próprios da aplicação da justiça penal – a eficácia e o rigor, numa estrutura e num ambiente garantístico e em tempo razoável.

No combate aos diversos níveis de criminalidade – e partindo de um princípio fundamentador, *o princípio da legalidade* – prevêm-se e ensaiam-se modos de resposta diversificados, quer ao nível mesmo da estrutura processual, quer no plano das reacções concretas.

Fazendo uma segmentação horizontal, e, nesta, uma decisiva distinção entre criminalidade grave e a pequena criminalidade massificada (e em alguma medida também uma perspectiva própria de tipos de média criminalidade) geradora psicológica de sentimentos de insegurança.

Tratando-se de realidades distintas, quer quanto à sua explicação criminológica quer quanto ao grau de danosidade social que provocam, a reacção social e a reacção formal não poderão deixar de ser diferentes.

A reacção à pequena criminalidade (e a alguma criminalidade média) através do sistema de justiça penal, isto é, dentro do processo penal, deve responder a três ordens de exigências fundamentais – maximização da eficácia, para prevenir o alastramento de um sentimento colectivo de ausência de tutela e insegurança; optimização das reacções, no sentido em que se

deverão prevenir casos de reincidência, bem como o início de uma carreira delinquente; e o alívio da justiça, através da elasticidade dos tipos de reacção formal.

A esta perspectiva haverá que acrescentar – tão premente aqui – a realização da justiça pronta e eficaz.

A reacção informal ou rápida permite desdramatizar o processo sem a estigmatização ritual, mas também possibilita uma resposta temporalmente adequada, apta a aplicar a justiça penal de modo a conter a reacção criminal em níveis toleráveis, sem afectar a manutenção de um sentimento colectivo de confiança e segurança.

O tratamento da criminalidade grave, diversamente, deve ocorrer num quadro sistemático sedimentado, quer quanto ao modo de intervenção das várias instâncias de controlo, quer quanto ao tipo de reacções formais.

As exigências particulares estão mais a montante e a jusante de que propriamente nas reacções típicas ou no modo – sistemático – da sua aplicação.

Todavia, nesta matéria, haverá ainda que distinguir entre o crime grave, ocasional ou pluri-ocasional, onde a dificuldade de identificação do agente e da reconstituição processual dos factos pode não assumir especial relevância, e os novos tipos ou formas de grande criminalidade organizada ou emergente, revelando a utilização de novos, poderosos e sofisticados meios.

O crime organizado, pela natureza das actividades e pela organização que lhe aumenta a eficácia na proporção em que dificulta a investigação, constitui uma realidade a cujo combate o sistema de justiça penal tem de responder adequadamente.

Pense-se nas organizações que traficam droga e lavam dinheiro, contaminando as economias, desde logo através do sistema financeiro e das actividades empresariais de finalidade lícitas, na corrupção ou no comércio ilegal de armas.

Mas também na criminalidade emergente, da era pós-industrial, que acompanha a evolução das sociedades actuais, fruto da aceleração dos progressos técnicos, nomeadamente no domínio da electrónica e da crescente predominância do económico sobre o social e o político.

III. Confrontados com todas estas exigências, os sistemas de justiça penal devem construir respostas adequadas – eficazes, razoavelmente prontas, mas igualmente com garantia dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições e em instrumentos internacionais.

Nesta resposta, o sistema de justiça não pode hoje ser essencialmente centrado na figura do juiz, mas deve operar através da intervenção de várias instâncias e agentes, actuando em colaboração, coordenação e interacção, mas também com freios e contrapesos, na direcção do objectivo do combate à criminalidade através da justiça penal aplicada de modo processualmente correcto.

O sistema português procura responder a estas exigências organizando-se segundo um modelo processual que compreende duas fases estruturantes: a fase preliminar – o inquérito – sob a direcção e na dependência do Ministério Público, e a fase de julgamento, da competência dos tribunais comuns organizados nesta matéria segundo regras próprias de competência territorial.

O inquérito, sob a titularidade do Ministério Público – com estatuto e poderes de verdadeira magistratura (requisitos essenciais da formulação do modelo processual penal português) –, constitui, assim, a fase normal de investigação e preparação da decisão de acusação, independentemente do tipo de crime e da moldura da pena correspondente.

Desta forma, conferiu-se unidade e racionalidade ao processo, clarificam-se os papéis das autoridades judiciais – MP

e juiz de instrução – e dos órgãos de polícia, reforça-se a eficácia do sistema e a tutela dos direitos fundamentais ao nível das fases preliminares.

Sinteticamente poderão individualizar-se os seguintes vectores gerais do modelo português de processo penal:*

* Cfr. a exposição de motivos da proposta de revisão do Código de Processo Penal e Lopes da Mota, “La Phase Préparatoire du Procès – La Procedure Portugaise”, comunicação apresentada na Escola da Magistratura francesa, não publicada.

- construção e concepção no respeito e desenvolvimento do quadro axiológico consagrado na Constituição e em convenções internacionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, visando a conciliação, de forma eficiente, das finalidades do processo com a protecção dos direitos fundamentais;
- estruturação de um sistema assumindo uma distinção essencial entre pequena criminalidade e a criminalidade grave, entre soluções de consenso e de conflito, com a correspondente diversidade de tratamento processual;
- participação de um programa político-criminal recolhendo soluções de diversão (desjudiciarização, informalidade da reacção), participação, oportunidade e consenso relativamente a crimes de pequena gravidade – casos da suspensão provisória do processo (suspensão contra imposição de injunções e regras de conduta – art. 281.º), do arquivamento do processo em casos de verificação dos pressupostos para a dispensa ou suspensão de pena (art. 281.º), do processo sumaríssimo (aplicação da pena proposta pelo MP com o acordo do arguido – art. 392.º) e homologação pelo MP da desistência de queixa aceite pelo arguido com o conseqüente arquivamento do processo (art. 51.º);
- estruturação do julgamento com base na obrigatoriedade de presença do arguido, na oralidade e na imediação das provas;

- efectivação de um duplo grau de jurisdição, com recurso para os tribunais da Relação ou para o Supremo Tribunal de Justiça;
- estabelecimento de uma via de recurso própria para a fixação de jurisprudência e a favor da unidade do direito.

O modelo do processo penal português caracteriza-se por uma clara estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação, com delimitação nítida de funções entre o MP, o juiz de instrução e o juiz do julgamento, e por uma conformação estatutária (catálogo de direitos e deveres) da posição processual do arguido.

O Ministério Público constitui um órgão do Estado com consagração constitucional, encarregado de representar o Estado, *exercer a acção penal* e defender a legalidade democrática e os interesses postos por lei a seu cargo (nomeadamente, e no essencial, a representação judiciária do Estado em processo civil, a defesa dos interesses dos menores, dos trabalhadores, do ambiente, dos consumidores e do património cultural).

Na prossecução das atribuições constitucionais de exercício da acção penal, o Ministério Público actua integrado nos tribunais, com competência para a prática no processo de actos que, embora não materialmente jurisdicionais (no sentido de definição do direito aplicável com força de caso julgado), têm natureza quasi-jurisdicional, porquanto, sendo actos próprios do processo definindo direitos e imposições, têm um efeito verdadeiramente conformador – as decisões de acusação ou de arquivamento.

Dotado de autonomia e estatuto próprio, constitucionalmente reconhecidos, o Ministério Público assume inequivocamente a natureza de órgão de justiça pela sua organização, estatuto e funcionamento sujeitos a princípios privativos das magistraturas – traduzindo uma concepção e estruturação como magistratura própria, orientada por um princípio de separação e paralelismo em relação à magistratura judicial e com estatuto idêntico.

A autonomia do Ministério Público representa a característica mais relevante do seu estatuto, que se afirma e é pressuposta pelo modelo de processo penal português.

Referida legalmente com relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, caracteriza-se pela vinculação a critérios de legalidade, objectividade e isenção e exclusiva sujeição dos magistrados e agentes do MP às directivas, ordens e instruções emitidas pelos órgãos e magistrados de nível hierárquico superior, de acordo com a lei.

Este estatuto projecta-se de forma estruturante no processo penal pela definição de regras precisas na caracterização da posição do MP no âmbito do processo – princípio da estrita objectividade da intervenção (art. 3.º), que tem como pressupostos e efeitos a aplicação aos magistrados do MP das disposições relativas a impedimentos, recusas e escusas do juiz (art. 54.º), a obrigação do MP investigar a “charge” e à “décharge” (art. 262.º), e a atribuição de legitimidade ao MP para recorrer no exclusivo interesse da defesa (art. 401.º).

O MP detém atribuições de quase monopólio da acção penal (princípios da oficialidade e acusatório), apenas condicionadas pela intervenção do ofendido na qualidade de assistente, embora numa posição de subordinação processual, relativamente a um número muito limitado de crimes em que é necessária acusação particular – de que são exemplos paradigmáticos os crimes de difamação e de injúrias.

Dispondo de autonomia em relação aos demais poderes do Estado, exerce as suas competências no processo penal ao abrigo de qualquer influência externa que pudesse perturbar o poder-dever de iniciativa e a obrigatoriedade de promoção do exercício da acção penal no respeito pelo princípio da legalidade (agora com expressa referência constitucional) e segundo critérios de estrita objectividade.

O modelo de processo penal português insere-se, de alguma forma, num contexto mais global de aumento da intervenção

das magistraturas nas estratégias formais de enfrentamento da criminalidade como exigência e garantia de eficaz coordenação – tema objecto de debate muito actual – e de crise de alguns modelos do juiz de instrução (casos de Itália, Alemanha e mesmo de França, como mostram as intenções de reforma anunciadas na passada semana), e também do reforço do estatuto de imparcialidade do juiz, como juiz das liberdades e dos direitos fundamentais (no inquérito) e de julgamento.

IV. A atribuição dos poderes de direcção do inquérito ao Ministério Público não significa que deva ser o Ministério Público a realizar a investigação, que pode constituir, por regra, tarefa própria das polícias.

O Ministério Público necessita de ser coadjuvado por órgãos de polícia criminal, devidamente apetrechados em meios humanos, técnicos, materiais e logísticos para investigarem a criminalidade, nomeadamente a que exige meios de resposta adequados e permanentemente capazes para enfrentar a crescente dificuldade e a sofisticação técnica e estratégica das organizações criminosas.

Esta concepção motiva uma dupla consequência estruturante de todo o processo na fase de inquérito: a atribuição da direcção do inquérito ao Ministério Público, com natureza e poderes inequívocos de autoridade judiciária, e atribuição de funções de polícia judiciária às polícias (órgãos de polícia criminal), com o estatuto processual de auxiliares do Ministério Público, actuando no processo sob a sua orientação e na sua dependência funcional (arts. 56.º e 263.º CPP).

A realização da investigação sob a direcção e orientação da autoridade judiciária constitui o corolário da necessidade de reforço da isenção e objectividade das polícias (atributos incondicionalmente associados de forma mais expressiva ao estatuto das magistraturas), em conformidade com as orientações das instâncias internacionais – da ONU e do Conselho da Europa.

A dependência funcional das polícias no inquérito – correspondendo a uma posição intermédia entre a total autonomia e a total dependência, funcional e hierárquica – vale no plano processual; no plano organizacional as polícias têm naturalmente as suas hierarquias e organização próprias.

O CPP adopta um conceito amplo de órgão de polícia criminal (art. 1.º, n.º 1, c)), que abrange todo e qualquer corpo dotado de autoridade policial, chamado à prática de qualquer acto com reflexo na lei de processo, bastando a aquisição da notícia do crime para obtenção daquela qualidade.

A Polícia Judiciária constitui o órgão de polícia criminal com funções estatutárias exclusivas de auxiliar da administração da justiça, estando organizada hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça e é fiscalizada pelo Ministério Público.

Tendo como atribuições a prevenção e investigação criminal, e a coadjuvação das autoridades judiciais, presume-se deferida a esta polícia a competência exclusiva para a investigação em todo o território de uma série de crimes enumerados na lei, e ordenados em função da sua gravidade, repercussão social e dificuldade previsível de investigação.

Presume-se, assim, deferida na PJ, sem prejuízo da dependência funcional do Ministério Público, a competência para a averiguação de crimes de falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos, valores equiparados e respectiva passagem; de fraude e desvio na obtenção de subsídio, subvenção ou crédito; de corrupção; contra a segurança do Estado; de perturbação de serviços de transporte por ar, água e caminho de ferro; contra a paz e a humanidade; de sequestro, escravidão e rapto; de roubos em instituições de crédito ou repartições de fazenda pública; executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo proibidas e objectos armadilhados (art. 4.º da LOPJ).

V. O estatuto e competência das polícias no inquérito e a coordenação de funções com o Ministério Público definem um modelo articulado e coerente, que se pode caracterizar pela enunciação sintética de algumas regras essenciais.

Obtida a notícia de um crime, por conhecimento próprio ou denúncia – a notícia de um crime dá sempre lugar a inquérito –, as polícias adquirem o estatuto processual de órgão de polícia criminal. O momento da aquisição da notícia tem efeito processual de especial relevo na medida em que assinala a passagem da actividade (preventiva) de polícia administrativa à actividade (repressiva) de polícia judiciária, auxiliar do Ministério Público, a partir de então vinculada a idênticas regras de procedimento processual penal (arts. 247.º e 262.º, n.º 2).

O inquérito compreende o conjunto das diligências necessárias à descoberta do crime, dos seus autores e da sua responsabilidade e à descoberta e conservação de provas, em ordem à decisão sobre a acusação. Compreende, assim, tarefas materiais de investigação *stricto sensu* ou de documentação e registo da prova, sendo consequentemente inadmissível o desenvolvimento de actividades de investigação criminal fora do âmbito do processo.

Em matéria de prova vigora o princípio da legalidade dos meios de prova (testemunhal, por declarações, por reconhecimento, reconstituição do facto, pericial, por documentos) e dos meios de obtenção e aquisição da prova (exames, revistas e buscas, apreensões, escutas telefónicas), regulamentando-se as consequências da sua violação por via de um sistema exigente de proibições de prova.

No inquérito, as polícias actuam na dependência funcional do Ministério Público, praticando actos por delegação, que pode ser expressa, tácita ou presumida (como sucede, como se referiu, com a PJ, relativamente a crimes de especial gravidade ou exigindo meios mais sofisticados de investigação científica), ou assistindo o Ministério Público na realização de actos não delegados.

Por iniciativa própria, as polícias devem adquirir a notícia do crime e transmiti-la ao Ministério Público no mais curto prazo (actividade de informação); impedir as suas consequências (actividade preventiva, como recuperar objectos furtados ou libertar uma pessoa sequestrada); levar a efeito as medidas cautelares e urgentes relativas a meios de prova, com poderes mais alargados tratando-se de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, para evitar perigo na demora; proceder a detenções em flagrante delito por qualquer crime a que corresponda pena de prisão e fora de flagrante delito, mediante mandato, por crimes puníveis com pena de prisão superior a três anos; e levar a efeito as diligências materiais de investigação necessárias à descoberta do crime e dos seus agentes e a assegurar os meios de prova.

A actividade de iniciativa própria da polícia tem, pois, natureza e características processuais claras: é obrigatória, preliminar, temporária e auxiliar.

VI. O modelo português de processo penal atribui ao juiz de instrução, na fase de inquérito, uma função de juiz das liberdades e de garantia dos direitos fundamentais. Não lhe cabe a iniciativa de actos processuais visando a realização das finalidades do inquérito, ou seja, investigar a existência do crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas.

A intervenção do juiz é de protecção e garantia quando estejam em causa actos do processo em projecção nos direitos fundamentais do arguido.

Neste quadro, a lei distingue, porém, entre actos que devem ser praticados pelo juiz de instrução e actos que o juiz de instrução deve ordenar ou autorizar.

O juiz de instrução procede ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, decide sobre a aplicação de medidas de

coacção, designadamente sobre a prisão preventiva e ordena ou autoriza actos com implicações determinantes em matéria de aquisição da prova, como buscas domiciliárias, apreensões de correspondência ou escutas telefónicas.

VII. Na fase de encerramento do inquérito, isto é, concluído o inquérito, compete ao Ministério Público, no exercício de poderes decisórios sobre a acção penal, vinculado a critérios estritos de legalidade e objectividade, proferir despacho de encerramento, arquivando o processo ou deduzindo acusação, ou optando por soluções de tratamento informal, se estiverem reunidos os respectivos pressupostos legais.

O arquivamento do inquérito e a formulação de acusação correspondem às soluções formais tradicionais do sistema processual.

Se resultarem do inquérito indícios suficientes da prática do crime e dos seus agentes, ou seja, se da prova recolhida em inquérito resultar uma maior probabilidade de condenação que de absolvição, o Ministério Público deve deduzir acusação contra o arguido, fixando, deste modo, o objecto do processo, isto é, os factos que o tribunal é chamado a decidir e que, salva a excepcional possibilidade de alteração em termos muito rigorosos e limitados (com a concordância do arguido), definem os limites dos poderes de cognição do tribunal.

O processo é arquivado se tiver sido recolhida prova da inexistência de crime, de o arguido o não ter praticado ou se não for legalmente admissível o procedimento – morte do arguido, amnistia, prescrição ou ilegitimidade do Ministério Público quanto a crimes cujo procedimento depende de queixa ou acusação particular.

O processo é também arquivado se no inquérito não tiver sido possível recolher indícios suficientes de verificação do crime ou da identidade dos seus agentes.

O processo arquivado pode ser reaberto se surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos do despacho de arquivamento.

VIII. Como já se referiu, o modelo de tratamento da pequena criminalidade admite algumas soluções desjudiciarizadas ou de consenso: a possibilidade de arquivamento do processo em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória do processo (ou suspensão mediante injunções e regras de conduta) e o processo sumaríssimo.

O Ministério Público pode ordenar o arquivamento do processo, com a concordância do juiz de instrução, se estiverem presentes os pressupostos da dispensa de pena (art. 280.º CPP), ou seja, quando ao crime corresponder pena de prisão não superior a 6 meses e se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e à aplicação da medida não se opuserem exigência da recuperação do delincente e de prevenção geral (art. 75.º CP).

Esta faculdade é conferida igualmente ao juiz de instrução, com a concordância do Ministério Público e do arguido, se já tiver sido deduzida acusação.

Se o crime for punível com pena de prisão não superior a três anos ou com sanção diferente da prisão, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir suspender o processo (art. 281.º CPP), pelo prazo máximo de dois anos, mediante a imposição de injunções e regras de conduta se houver concordância do arguido e do assistente, se o arguido não tiver antecedentes criminais, se não houver lugar a medida de segurança de internamento, se a culpa for de carácter diminuto e se for de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

Se o crime for punível com pena de prisão não superior a seis meses, ainda que com multa, ou só com pena de multa, e

se o procedimento não depender de acusação particular, o Ministério Público pode requerer a aplicação da pena por acordo com o arguido, em processo sumaríssimo (art. 392.º CPP), quando entender que ao caso deve ser aplicada só a pena de multa ou medida de segurança não detentiva (como a medida de inibição de conduzir veículos automóveis).

O Ministério Público dispõe também, em certa medida, da faculdade de conformação do proceso, através da fixação, na acusação, do limite concreto da pena em cinco anos em casos aos quais, em abstracto, corresponda pena de limite superior (art. 16.º, n.º 3 CPP). Este poder de conformação tem como único objectivo o julgamento pelo tribunal singular de casos que, em abstracto, seriam da competência do tribunal colectivo, assim contribuindo para a simplificação processual.

IX. A decisão do Ministério Público de acusar ou de arquivar o processo findo o inquérito está sujeita a vários controlos.

Para este efeito foi prevista no processo uma fase facultativa, entre a fase de inquérito e a fase de julgamento – a instrução –, que visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não o caso a julgamento (art. 286.º CPP).

É dirigida pelo juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal agindo na sua dependência funcional, e constituída, obrigatoriamente, no mínimo, por um debate instrutório, que visa permitir uma discussão oral e contraditória perante o juiz sobre se, no decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento.

Vigorando, também, aqui, o princípio da investigação, o juiz deve investigar autonomamente os factos, ordenando a realização dos actos que entender por convenientes, partindo da indicação que deve constar do requerimento para abertura da instrução.

Encerrado o debate instrutório, o juiz profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia.

Não sendo requerida instrução, prevêem-se ainda, em segundo nível, o funcionamento de procedimentos de controlo interno do Ministério Público, estabelecendo-se que o imediato superior hierárquico do magistrado que proferiu a decisão, reapreciando os fundamentos do arquivamento, pode determinar que seja formulada acusação ou que as investigações prossigam, indicando, neste caso, as diligências a efectuar e o prazo para a sua realização (art. 278.º CPP).

X. Deduzida acusação pelo Ministério Público (ou pelo assistente), ou, tendo havido instrução, proferido o despacho de pronúncia, o processo é remetido para julgamento no tribunal competente segundo as regras territoriais de repartição de competência: o caso vai ser submetido ao seu juiz legal ou natural.

Os tribunais competentes para o julgamento dos crimes são, na ordem portuguesa, os tribunais comuns, de competência genérica (julgam crimes e outras causas), ou de competência específica, isto é, com competência limitada às causas criminais.

A gravidade dos crimes, apreciada essencialmente pelo critério derivado da natureza das penas aplicáveis, determina o modo de composição do tribunal para o julgamento: – tribunal singular (até cinco anos); tribunal colectivo, composto por três juízes (superior a cinco anos e crimes dolosos quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa) e tribunal do júri (cuja constituição depende de requerimento do Ministério Público, do assistente ou do arguido para os casos de crimes contra a paz e humanidade, contra a segurança do Estado, ou de crimes cuja pena máxima for superior a oito anos).

O tribunal do júri é composto pelos três juízes que constituem o tribunal colectivo e por quatro jurados efectivos e quatro suplentes.

O júri intervém na decisão sobre as questões da culpabilidade e da determinação da sanção.

A selecção dos jurados efectua-se através de um procedimento complexo, duplo sorteio, que se processa a partir dos cadernos eleitorais e que compreende as fases de sorteio de pré-selecção de jurados, inquérito para determinação dos requisitos de capacidade, sorteio de selecção dos jurados, audiência de apuramento e despacho de designação.

A lista de jurados vale unicamente para o processo para o qual tiver sido obtida.

XI. A discussão das causas criminais (perante o tribunal singular, colectivo ou tribunal do júri) decorre, por princípio, em audiência pública. A exclusão ou restrição da publicidade só pode ter lugar nos casos em que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto, e não abrange, em caso algum, a leitura da sentença.

Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos aos princípios do contraditório. A apresentação das provas e a discussão decorrem segundo regras de oralidade e imediação e a audiência é contínua, decorrendo, por imposição da lei, sem qualquer interrupção ou adiamento até ao encerramento, salvas as imposições decorrentes de razões físicas, ou de excepcionais motivos processuais decorrentes da impossibilidade de presença de pessoa indispensável, da necessidade absoluta de prova superveniente ou da essencialidade de resolução de questão incidental. O adiamento não pode, todavia, exceder trinta dias. Se não for possível retomar a audiência neste prazo, perde eficácia a produção de prova já realizada.

A valoração das provas está, por princípio, limitada às provas produzidas em audiência: não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal,

quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência. Podem, porém, ser apreciadas as provas contidas em actos processuais cuja leitura em audiência seja permitida nos casos expressamente indicados na lei (arts. 356.º e 357.º do CPP).

A sentença deve conter, para além de outros elementos, adequada fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, dos motivos de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

XII. O sistema português admite um grau de recurso na reapreciação das decisões criminais.

Coincide, nesta matéria, com os princípios e exigências decorrentes de vinculações internacionais.

O recurso não é, porém, unitário, já que difere o tribunal de recurso conforme a composição e a competência do tribunal de que se recorre.

Em regra, das decisões proferidas por tribunal de primeira instância, bem como das sentenças proferidas pelo tribunal singular, interpõe-se recurso para o tribunal da Relação.

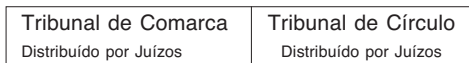
Dos acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri e pelo tribunal colectivo o recurso é interposto para o Supremo Tribunal de Justiça.

Os poderes de apreciação do tribunal de recurso não são, porém, de natureza idêntica num e noutro caso. Enquanto o tribunal da Relação conhece de facto e de direito, podendo proceder à renovação da prova, o recurso para o Supremo Tribunal por regra visa exclusivamente o reexame da matéria de direito, apenas podendo determinar o reenvio do processo para novo julgamento nos casos de insuficiência, contradição ou erro notório na apreciação da prova pelo tribunal recorrido.

A ORGANIZAÇÃO

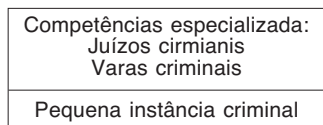
1.ª Instância

Hierarquia e Território



MP.
DPR. e PR

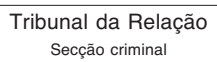
DIAPs



Juízes de Direito

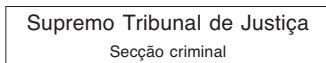


2.ª Instância



Juízes Desembargadores

MP. PGD
PGAS-PR

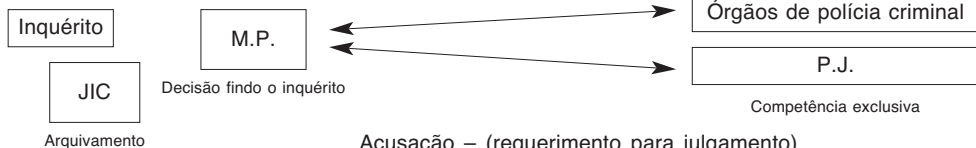


Conselheiros

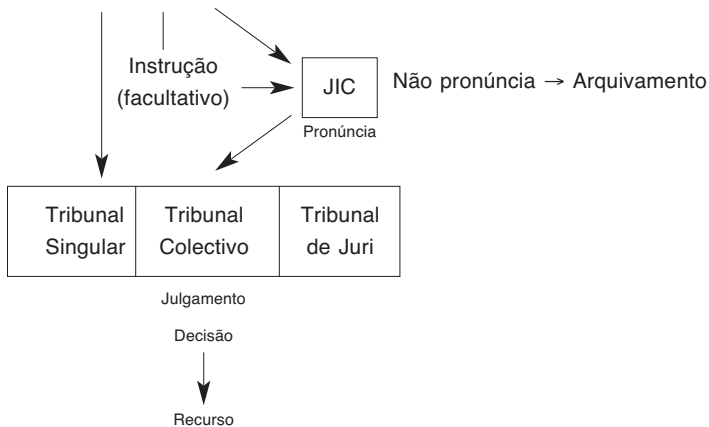
MP.
PGA.s

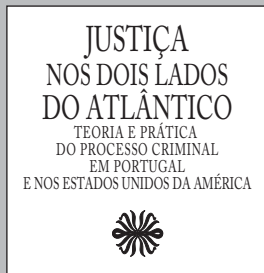
O PROCESSO PENAL

Facto → Sistema (Instâncias formais de controlo)



Acusação – (requerimento para julgamento)





Sessão I

Os Direitos dos Arguidos da Detenção ao Julgamento

INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIAL – A MATRIZ
E O IDEAL DO SISTEMA JUDICIAL AMERICANO:
O IMPACTE DE UM PODER JUDICIAL INDEPENDENTE
NOS DIREITOS DOS ARGUIDOS
DA DETENÇÃO AO JULGAMENTO

Francis J. Larkin

Gostaria de começar por dizer que é para mim um enorme prazer e uma grande honra estar a participar nesta conferência e quero agradecer pessoalmente a todos aqueles cujos esforços incansáveis a tornaram possível.

Este encontro está a ser realizado num momento muito oportuno. À medida que as fronteiras nacionais se vão tornando menos significativas nesta era de comunicações globais e viagens internacionais cada vez mais rápidas, é importante que advogados e juristas de diferentes nações troquem impressões, partilhem informações, aprendam a compreender-se melhor uns aos outros e a conhecer melhor os sistemas jurídicos uns dos outros. Este tipo de cooperação irá revelar-se importante para o desenvolvimento e aperfeiçoamento constantes dos nossos sistemas de direito e de justiça. E penso que é particularmente importante para os nossos dois países – os Estados Unidos e Portugal –, que estão ligados por tantos antecedentes históricos ao nível das suas populações, património e cultura.

Nos Estados Unidos, orgulhamo-nos de poder dizer que a nossa nação é uma nação de leis, e não de homens ou de mulheres. Esta afirmação reflecte o nosso empenhamento no primado do direito e, também, a ordem que isso traz a um regime livre e democrático. Sei que no vosso país se verifica um empenhamento semelhante. E, nos nossos dois países, sabemos que há poucos assuntos tão importantes como o primado do direito

na criação e manutenção de instituições democráticas. Estou certo de que esta conferência nos irá ajudar grandemente a compreender melhor as instituições da justiça de ambos os países.

Poderá parecer um pouco insólito eu iniciar uma comunicação sobre os “direitos dos arguidos” falando sobre os juízes e, em particular, sobre um aspecto que é a faceta mais fundamental da natureza do juiz – a sua “independência”. No entanto, o conceito de “independência judicial” é tão importante para mim que já me tenho referido a esse conceito como “O ideal e o Norte do sistema judicial americano”. E porquê? Vou tentar explicar-vos em poucas palavras.

É evidente que todos aqueles de entre nós que estamos ligados ao sistema de justiça americano nos sentimos tremendamente orgulhosos daquele documento excepcional que é a Constituição dos Estados Unidos. Gladstone, aquele célebre primeiro-ministro inglês, descreveu-a uma vez como a declaração mais importante “jamais produzida pela mente e pelo coração do homem.”

E é na Constituição, através da *Bill of Rights* – de que voltarei a falar um pouco mais adiante –, que muitos dos direitos dos arguidos em processo crime têm a sua origem e se fundamentam. Mas o aspecto fundamental que quero focar é que esses direitos não valem por si sós. Para produzirem efeito e não serem simplesmente retórica oca, esses direitos têm de se traduzir em aplicação concreta no contexto de um caso específico. E é essa a função dos juízes.

Ninguém põe em dúvida que o maior contributo dos Estados Unidos para a teoria política foi a ideia de consagrar direitos explicitamente numa constituição. E, se a imitação é a maior lisonja, temos muito de que nos orgulhar, porque os direitos consagrados na nossa Constituição foram copiados – quase literalmente – e inscritos nas constituições de países de todo o mundo, desde a Europa à África do Sul.

Infelizmente, esses mesmos “direitos” – ou melhor, o mesmo palavreado – têm aparecido nas “constituições” de alguns dos regimes mais repressivos da história do homem. No auge dos mais sádicos *gulags* russos, a Constituição da União Soviética era quase uma cópia textual da Constituição americana. As “constituições” alemãs do tempo de Hitler e dos nazis usavam uma linguagem extraordinariamente semelhante.

O que não tinham era um poder judicial independente – homens e mulheres de carácter e coragem – com as tradições e a força moral necessárias para dar significado à linguagem dessas constituições. Por conseguinte, mais uma vez, essa linguagem era oca e não passava de retórica árida, não valendo de nada, quanto ao espírito ou quanto à letra, aos cidadãos desses regimes repressivos quando os seus governos cruéis agiam contra eles, muitas vezes a pretexto de um “processo criminal”. É este o ponto de partida importante a ter presente ao discutirmos os direitos dos arguidos nos Estados Unidos.

Dentro de momentos, irei falar sobre alguns dos direitos específicos de que os arguidos gozam no sistema jurídico americano. Mas, para já, e tal como já referi, muitos desses direitos estão consagrados na nossa *Bill of Rights* – um aditamento à Constituição americana tal como fora redigida inicialmente, que vários estados consideraram uma condição necessária para ratificarem aquele documento.

Em termos gerais, muitos desses direitos implicam e são informados pela doutrina do “processo legal justo”, que está subjacente a uma parte importante do nosso direito. No nosso sistema, por processo legal justo entende-se o processo ou procedimentos que é necessário cumprir antes de uma pessoa poder ser legalmente privada “da vida, da liberdade ou dos seus bens”, palavras igualmente veneráveis da nossa Constituição. No direito penal, são as normas do processo legal justo que estipulam os procedimentos que o governo tem de observar antes de poder

castigar – executar, meter na prisão ou multar – um indivíduo. Embora o julgamento de um processo crime não seja de modo algum um “jogo”, poderá considerar-se que as normas do processo legal justo são as “regras do jogo” que o governo tem de cumprir para poder impor um castigo.

Devo dizer-vos também desde já, que hoje em dia um número cada vez maior de pessoas considera que o governo “foi demasiado longe” no que se refere à protecção dos direitos daqueles que são acusados de crimes, ignorando totalmente os direitos das suas vítimas. Aqueles que criticam as normas do processo legal justo argumentam que a maior parte das pessoas acusadas de crimes são efectivamente culpadas e que não se devia permitir que escapem a um castigo devido a um “pormenor técnico” da lei. O seu raciocínio é que a “justiça”, afinal, exige que as pessoas que cometem crimes sejam castigadas.

Por outro lado, os defensores das normas do processo legal justo apresentam uma série de argumentos a favor dos direitos das pessoas acusadas de crimes. Em primeiro lugar, o nosso sistema de justiça assenta no pressuposto – aliás, na “presunção” – de que uma pessoa é inocente até se ter provado a sua culpabilidade. Assim, o ónus da prova numa acção penal recai inteiramente sobre o Estado, que tem de provar a culpabilidade do réu sem que subsistam dúvidas importantes (*beyond a reasonable doubt*). No nosso sistema, o acusado não é obrigado a ajudar o Estado – de qualquer forma ou por qualquer meio – a assegurar a sua própria condenação. Por conseguinte, existem salvaguardas, tais como a protecção contra a “auto-incriminação” – de que irei falar dentro de momentos –, destinadas a assegurar que, para além do testemunho do próprio acusado, o Estado obtenha provas independentes com vista a conseguir uma condenação.

Uma segunda razão dessas salvaguardas processuais é a possibilidade de se condenar injustamente uma pessoa inocente.

Nenhum sistema de justiça é infalível, por isso acreditamos firmemente que devemos tomar todas as precauções necessárias para assegurar que, em condições ideais, os inocentes sejam sempre libertados e os culpados sejam sempre condenados. De um modo geral, a maior parte dos que defendem as normas do processo legal justo argumentam que é melhor dez indivíduos culpados – por vezes, esse número é cem – saírem em liberdade, do que um inocente ser injustamente enviado para a prisão.

Um último argumento a favor da protecção dos direitos dos acusados é um argumento político. Desde tempos imemoriais, que os governos, nos seus momentos mais sinistros, têm usado o sistema de justiça criminal como meio de reprimir determinados grupos da sociedade. Ao longo da história, os governos têm usado o sistema de justiça criminal contra dissidentes religiosos, étnicos e políticos, um defeito de que o meu próprio país não está inteiramente livre. O argumento, portanto, é que se um governo pode usar a lei contra um grupo impopular hoje, poderá muito bem vir a usá-la contra um grupo a que eu pertença amanhã. Por conseguinte, é essencial que os cidadãos – e um poder judicial independente – permaneçam vigilantes, de modo a assegurar que os castigos por actividades criminosas nunca sirvam de pretexto para perseguir um indivíduo ou um grupo devido às suas convicções religiosas ou políticas. Assim, só garantindo que o governo obedeça às “regras do jogo”, por assim dizer, é que podemos ter a certeza de que não haverá perseguição religiosa ou política a pretexto de salvaguardar “a lei e a ordem”, invocando-se os instrumentos do procedimento criminal.

Chegado a este ponto, gostaria de vos falar sobre algumas salvaguardas processuais específicas – os “direitos” – que são garantidas aos arguidos pela Constituição dos Estados Unidos e sobre as interpretações do nosso Supremo Tribunal. Vamos examinar três áreas por vezes controversas do nosso direito constitucional que se destinam a salvaguardar os direitos dos arguidos

em processo crime, nomeadamente, a proibição de “buscas e apreensões” ilegais, o direito a assistência por advogado (ou seja, o direito a que seja nomeado um defensor oficioso a título gratuito se o arguido não tiver meios financeiros para nomear o seu próprio advogado), e a protecção contra a auto-incriminação. Aquilo que pretendo ao concentrar-me nestas três áreas é tentar dar-vos uma ideia dos antecedentes destas salvaguardas processuais, da base filosófica de cada uma delas, e da complexidade das questões que cada uma delas envolve hoje em dia.

Busca e apreensão

Costuma dizer-se que “a casa de um homem é o seu castelo”. Embora este velho adágio seja decerto “politicamente incorrecto” por não mencionar a casa de uma mulher, baseia-se na premissa conceptual de que, nos termos da *common law* britânica, até o lar mais humilde do reino devia ser um refúgio contra o mundo exterior. O menor dos súbditos do rei tinha direito ao refúgio da sua própria casa. Foi com base neste princípio – e por virtude deste imperativo – que o 4.º aditamento foi introduzido na nossa *Bill of Rights*. O 4.º aditamento diz o seguinte:

“O direito do povo à inviolabilidade da sua pessoa, da sua casa, dos seus documentos e dos seus haveres contra buscas e apreensões ilegítimas não será violado, não podendo ser emitidos mandados a não ser com causa provável, apoiados por juramento ou declaração solene, e indicando especificamente o local onde deverá ser efectuada a busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidos.”

Há vários aspectos do 4.º aditamento para os quais devemos chamar a atenção desde já. Em primeiro lugar, este aditamento proíbe

apenas as buscas e apreensões “ilegítimas” (*unreasonable*), o que implica que as que forem legítimas (*reasonable*) serão permitidas. Aquilo que é “legítimo” ou não é uma questão que competirá aos tribunais resolver. Em segundo lugar, os mandados de busca só devem ser emitidos “com causa provável”, um outro conceito bastante vago, mas importante, que sugere que deverá haver uma probabilidade demonstrável e bastante evidente de se encontrar na cena do crime aquilo que o governo diz lá estar.

Algumas decisões recentes do nosso Supremo Tribunal revelam um desejo crescente de substituir o conceito de “legitimidade” (*reasonableness*) pelo critério constitucional da causa provável. Por exemplo, o Tribunal confirmou a legitimidade de buscas ao porta-moedas do aluno de uma escola, operações de controlo de alcoolemia, análises obrigatórias para controlo de consumo de drogas a empregados dos caminhos-de-ferro no seguimento de um acidente ferroviário e buscas aleatórias a passageiros em autocarros interestaduais. Poderá argumentar-se que essas buscas não satisfariam o critério da “causa provável”, mas foram permitidas de qualquer maneira porque o Tribunal as considerou “legítimas” nos termos do 4.º aditamento.

O terceiro requisito é que o mandado, a ser emitido, indique “especificamente” o local onde se pretende efectuar a busca e as coisas a serem apreendidas. Estas três condições são suficientemente ambíguas para causarem problemas ao Supremo Tribunal na interpretação do 4.º aditamento, pelo que a determinação daquilo que a lei efectivamente exige tem mudado de tempos a tempos consoante as alterações da composição do Supremo Tribunal e a evolução da tecnologia e dos costumes.

Antes de passar aos aspectos técnicos destes requisitos, gostaria de me desviar um pouco do assunto para responder a uma pergunta que poderá estar a surgir na mente de alguns dos presentes. Suponho que algumas pessoas estarão a perguntar a si mesmas porque é que os autores da nossa Constituição, especialmente aque-

les que formularam o 4.º aditamento da *Bill of Rights*, estavam aparentemente tão preocupados com os direitos dos arguidos em processo crime. Seriam eles uma série de liberais consumados, um tanto ou quanto indulgentes em relação ao crime – uma acusação frequente contra os juízes hoje em dia, nos Estados Unidos?

Muito pelo contrário. Ao abordarmos esta área do direito, é importante não esquecermos que esses homens eram “revolucionários” e que tinham experiência directa de um governo tirânico. Sabiam perfeitamente o que pode acontecer quando o governo começa a ignorar os direitos dos seus cidadãos e estavam decerto familiarizados com os mandados gerais do Rei Jorge III de Inglaterra, pouco antes de ter eclodido a Guerra da Independência. Esses “mandados gerais” autorizavam as tropas britânicas, sem qualquer fundamento visível e simplesmente por capricho de um oficial, a efectuar buscas nas casas de indivíduos suspeitos de serem patriotas para procurar pólvora e chumbos que pudessem ser utilizados pelos rebeldes. Por outras palavras, os autores da Constituição não eram idealistas românticos incapazes de prever as consequências dos seus actos. Eram antes, num sentido muito real, pragmatistas que, ao procurarem um ponto de equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e a necessidade de lei e ordem, decidiram que, numa sociedade livre, esses direitos eram mais importantes – muito mais importantes.

No entanto, tendo dito isto, deverei acrescentar que o nosso direito constitucional está constantemente a mudar de modo a ir ao encontro das necessidades de novas gerações de americanos. É possível que os valores subjacentes à protecção contra buscas e apreensões, tão importantes para os *Founding Fathers*, não sejam os valores de muitos americanos dos nossos dias – pelo menos é isso que parecem dizer algumas sondagens de opinião pública recentes. Voltarei a este aspecto um pouco mais adiante mas, para já, gostaria de voltar à questão das “buscas e apreensões” e da “legitimidade”.

Tal como referi anteriormente, o conceito de “legítimo” e “ilegítimo” é um conceito que está permanentemente a evoluir, sendo essa evolução reflexo e fruto do progresso tecnológico. Um exemplo clássico disso são as “escutas telefónicas” ou, como se costuma dizer em gíria americana, “*the planting of a bug*”. Trata-se de um exemplo paradigmático da forma como o progresso da tecnologia pode afectar a aplicação do 4.º aditamento. A questão fulcral que se pôs logo à partida foi se uma escuta constituía uma “busca” ou uma “apreensão” na acepção do 4.º aditamento.

É evidente que para responderem a esta questão, os juízes (Justices) do Supremo Tribunal não se podiam basear na “intenção inicial” dos autores da Constituição em relação a esse tipo de casos, já que na altura em que a Constituição foi escrita não existia essa tecnologia (nem os seus antecedentes mais rudimentares). A diversidade de decisões do Tribunal ao longo dos anos revela até que ponto essa questão desconcertava os juízes. A primeira vez que o Supremo Tribunal se viu confrontado com essa questão foi em 1928, no famoso caso de *Olmstead v. United States*,¹ em que o Tribunal decidiu que uma escuta não era uma “busca” porque não havia invasão física do domicílio do arguido Olmstead. Catorze anos mais tarde, em *Goldman v. United States*,² as autoridades utilizaram um dispositivo de escuta num gabinete adjacente para ouvir as conversas do arguido Goldman através das paredes. Reportando-se ao caso *Olmstead*, o Tribunal decidiu mais uma vez que a busca e apreensão das conversas de Goldman eram válidas uma vez que não houvera qualquer intromissão física. No entanto, no caso *Katz v. United States*,³ que terminou em 1969, o Supremo Tribunal decidiu que uma escuta numa cabina de telefone pública constituía efectivamente uma busca e apreensão ilegal, revogando a decisão anterior do caso *Olmstead*. Hoje em dia, as leis federais (e as leis estaduais que lhes correspondem) só

¹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

² *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942).

³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

permitem escutas telefônicas com autorização do tribunal, exigindo-se mais uma vez a demonstração de causa provável.

Mas todas essas decisões – *Olmstead*, *Goldman* e *Katz* – vieram, fundamentalmente, pôr em causa a questão da finalidade subjacente do 4.º aditamento. Se admitirmos que o aditamento se destina a proteger bens, então a posição assumida nos casos *Olmstead* e *Goldman* é defensável. Se, por outro lado, considerarmos que a finalidade do aditamento é proteger a privacidade das pessoas, então é evidente que a posição assumida no caso *Katz* é preferível. Do ponto de vista do jurista americano, o ponto essencial é que à medida que o progresso tecnológico vai criando formas sempre novas de invadir a nossa privacidade, os tribunais têm de se manter vigilantes com vista a assegurar que os agentes da autoridade, na sua ânsia de combater o crime, não adoptem uma mentalidade de “*Big Brother*” susceptível de destruir as garantias fundamentais e a finalidade do 4.º aditamento.

O direito a assistência por advogado

O direito a assistência por advogado foi incluído na *Bill of Rights* devido à prática britânica de recusar ao acusado o direito a assistência por um consultor jurídico em determinados casos, mesmo que o acusado tivesse meios financeiros para isso. E durante grande parte da nossa história constitucional, a garantia do direito a assistência por advogado previsto no 6.º aditamento apenas significava que o acusado tinha direito a assistência jurídica se tivesse dinheiro para pagar os honorários do seu advogado.

O passo decisivo no sentido do direito a assistência por advogado foi o famoso caso de *Gideon v. Wainwright*,⁴ que decorreu no Supremo Tribunal dos Estados Unidos em 1963. Gostaria de vos falar um pouco sobre os antecedentes e factos deste

⁴ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

caso. O arguido, Clarence Gideon, era acusado de um delito (*felony*) – um crime grave – na Flórida, e como era indigente, pediu que fosse nomeado um defensor oficioso pelo tribunal. Na altura, nos termos da legislação da Flórida, o juiz só podia nomear um advogado para arguidos indigentes em casos sujeitos a pena de morte. Assim, o juiz do processo recusou o pedido de Gideon. Gideon procedeu à sua própria defesa, mas foi condenado e enviado para a prisão. Da sua cela, Gideon escreveu pelo seu próprio punho ao Supremo Tribunal, pedindo aos juízes que revissem o seu caso, tendo o Tribunal acedido a uma nova audiência do caso.

Após deliberação, o Tribunal decidiu por unanimidade que a cláusula do processo legal justo do 14.º aditamento exigia que os estados assegurassem assistência jurídica gratuita aos arguidos indigentes em todos os casos de crime grave que não estivessem sujeitos a pena de morte. No seu novo julgamento, já com a assistência de um advogado nomeado pelo tribunal, Gideon foi considerado inocente. Alguns anos mais tarde, o Tribunal ampliou a sua decisão de modo a incluir os casos de infracção menor sujeitos a pena de prisão. Ao interpretar o significado do 6.º aditamento e invocar considerações de tratamento justo, o Supremo Tribunal alterou o significado de “direito a assistência por advogado” de uma forma fundamental. Em vez de simplesmente se abster de recusar a um arguido que tivesse meios para contratar um advogado o direito à assistência de um advogado em tribunal, o Tribunal decidiu que o estado tem o dever de assegurar assistência jurídica àqueles que não têm recursos para contratar o seu próprio advogado.

Em consequência destes casos, no nosso sistema, ninguém é obrigado a enfrentar uma acusação de infracção criminal grave sem a presença de um advogado, quer este seja contratado pelo próprio arguido ou nomeado pelo tribunal.

⁵ Escobedo
v. *Illinois*, 378
U.S. 478 (1964).

O Supremo Tribunal continuou a desenvolver a questão das situações em que o arguido tem direito a assistência jurídica no caso de *Escobedo v. Illinois*.⁵ Neste caso, julgado em 1964, Danny Escobedo, um homem ainda novo, foi acusado do homicídio do seu cunhado. Escobedo foi detido, interrogado, e mais tarde libertado pela polícia embora continuasse a ser o principal suspeito. Quando foram descobertas novas provas que o implicavam no homicídio, Escobedo foi novamente detido. Entretanto, a sua família contratara um advogado que foi visitá-lo à prisão, mas a polícia impediu deliberadamente Escobedo de falar com o advogado. Quando Escobedo pediu para falar com o seu advogado, foi-lhe dito que este ainda não tinha chegado.

Ao mesmo tempo, disseram ao advogado de Escobedo que não poderia falar com o seu cliente enquanto a polícia não tivesse acabado de o interrogar. Escobedo acabou por confessar, tendo a sua confissão sido usada contra ele para o condenar por homicídio.

Ao anular a condenação de Escobedo, o Supremo Tribunal sublinhou a importância da assistência por um advogado desde as fases iniciais do processo criminal e não só em tribunal. O Tribunal observou que “o direito à assistência por advogado não teria qualquer valor se se iniciasse num período em que se obtêm poucas confissões”. Por outras palavras, o Tribunal assumiu a posição de que os conselhos de um advogado são fundamentalmente necessários no período entre a detenção e a pronúncia, que é a altura em que se faz a maior parte das confissões. O Tribunal decidiu que no momento em que se passa da fase de investigação geral de um crime que não está resolvido para uma fase em que já há um suspeito específico, esse suspeito deve ser informado do seu direito de permanecer calado. Caso contrário, estar-se-á a negar ao acusado o direito a assistência por advogado garantido pelo 6.º aditamento.

Em 1966, na controversa decisão do caso *Miranda v. Arizona*,⁶ o Supremo Tribunal confirmou a sua decisão no caso Escobedo, declarando explicitamente aquilo que a polícia tinha de fazer ao efectuar uma detenção. O Tribunal decidiu que, quando uma pessoa é detida pela polícia, ou a sua liberdade de movimentos é restringida de qualquer outra forma, a polícia tem de informar o acusado de todos os seus direitos constitucionais antes de o interrogar. Segundo o Tribunal, esses direitos incluem o direito de permanecer calado, o direito a assistência por um advogado contratado por si ou nomeado pelo tribunal, e o direito de ser informado de tudo aquilo que possa vir a ser usado contra si em tribunal.

⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

A decisão do caso *Miranda* é talvez a decisão mais controversa da história da nossa justiça criminal desde que foi introduzido o “princípio da não admissibilidade” – um princípio que, por virtude de violação dos direitos de um criminoso, exclui do julgamento de processos crime provas que noutras circunstâncias seriam admissíveis. Aqueles que criticaram essa decisão, principalmente a polícia, argumentaram que ela tornava praticamente impossível obter confissões dos criminosos, e sendo as confissões tradicionalmente uma fonte tão importante de provas, passaria a ser muito mais difícil conseguir condenações. Estudos realizados revelaram que os piores receios da polícia não se concretizaram. Mesmo assim, apesar do seu reduzido impacte, a decisão do caso *Miranda* continua a ser controversa 30 anos depois de ter sido proferida e apesar de as consequências adversas que se receavam ao nível do cumprimento da lei nunca se terem manifestado.

Auto-incriminação

A imunidade em relação à auto-incriminação já se encontrava consagrada na *common law* quando o 5.º aditamento da *Bill of Rights* – que continha essa disposição – foi acrescentado à

Constituição. Nos termos do direito inglês, os indivíduos acusados de crimes não podiam ser obrigados a depor contra si mesmos em tribunal. Esta imunidade reflecte, em parte, a relutância em obrigar os indivíduos a fornecerem os meios necessários à sua própria destruição. Ou seja, uma sociedade civilizada deve opor-se a que os indivíduos sejam obrigados a condenar-se a si mesmos à prisão ou à morte. O conceito reflecte também uma abordagem “inquisitiva” da lei: o conceito fundamental da “presunção” da inocência do arguido, de todos os arguidos.

Tal como já referi anteriormente, com o benefício desta presunção, o acusado não tem de fazer nada para provar a sua inocência. O ónus da prova recai inteiramente sobre o governo e, tal como vimos, o Estado tem de provar a culpabilidade sem que subsistam dúvidas importantes e sem que o arguido o ajude de qualquer forma que seja a provar as acusações feitas contra ele. Por último, a imunidade reflecte a preocupação quanto à fiabilidade das confissões, especialmente se houver quaisquer indícios de ter sido usada coerção. É evidente que a Constituição permite que um acusado confesse mas, para a sua confissão poder valer como prova, terá de haver uma “renúncia inteligente” ao direito de permanecer calado. Basta dizer que há inúmeros casos em que se põe em causa que a chamada “renúncia” tenha sido voluntária.

No nosso sistema, o arguido em processo crime usufrui ainda de muitos outros direitos, mas não poderei referi-los todos em pormenor por uma questão de tempo. No entanto, poderei mencionar os seguintes: a proibição de se ser acusado de um crime ao abrigo de leis *ex post facto*, isto é, leis que tornam crime actos cometidos antes da sua promulgação; a proibição de “*bills of attainder*”, ou seja, leis que visam estipular a culpa de um determinado indivíduo e impor-lhe uma pena; a proibição de “*entrapment*”, isto é, de ciladas preparadas por agentes públicos para forçar um indivíduo a denunciar-se; o direito

absoluto de sair sob fiança na maior parte das infracções criminais; a obrigatoriedade de pronúncia por um *Grande Júri* antes de um indivíduo poder ser acusado de um crime grave; e, em relação ao próprio julgamento de processos crime, o direito a um “julgamento rápido”, o direito a um “julgamento público” e, evidentemente, o venerável direito a um “julgamento por um júri” constituído por pares do arguido.

A concluir, gostaria de retomar o aspecto fundamental que foquei logo à partida. As disposições constitucionais não valem por si sós. Em última análise, o seu valor e impacte dependem em grande parte da interpretação que lhes for dada pelos juízes ao julgarem casos específicos. Assim, tal como vimos, foi só depois de o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ter adoptado determinadas interpretações fundamentais das garantias previstas na Constituição em matéria de procedimento criminal que as verdadeiras repercussões da *Bill of Rights* para os arguidos se tornaram inteiramente claras – um avanço que só foi possível graças a um poder judicial independente, com coragem e carácter.

A concluir, gostaria apenas de dizer que na área dos direitos do arguido em processo crime, o direito constitucional americano tem um carácter evolutivo. Isto significa, também, que a resolução de questões constitucionais raramente é definitiva. A realidade é que o direito se modifica em consequência das transformações da sociedade – por vezes essa modificação toca em aspectos fundamentais mas, mais frequentemente, trata-se de uma modificação gradual. À medida que as opiniões de uma sociedade sobre aquilo que é “justo” vão mudando, essas opiniões são gradualmente incorporadas no seu sistema de direito, acabando por se traduzir em decisões do seu sistema judicial. É isto, sem dúvida, que tem acontecido nos Estados Unidos, especialmente no que se refere ao nosso órgão último de arbitragem judicial – o Supremo Tribunal dos Estados Unidos.

A questão do direito a assistência por advogado de que já falámos ilustra bem este aspecto. Antes da decisão do caso Gideon, de 1963, muitas pessoas bem-intencionadas não viam nada de injusto em exigir que um arguido indigente se encarregasse da sua própria defesa sem a assistência de um advogado. Mas hoje em dia, a maior parte das pessoas decerto concordaria com o falecido juiz do Supremo Tribunal, Hugo Black, autor da decisão do caso Gideon, que escreveu que “em processos crime, os advogados são uma necessidade e não um luxo”. No entanto, à medida que a nossa sociedade continua a evoluir e a composição do Supremo Tribunal se vai modificando, questões que se consideram “resolvidas”, como o direito a assistência por advogado, são continuamente levantadas em contextos e circunstâncias diferentes. Assim, a definição dos direitos dos arguidos em processo crime nunca é definitiva, pois está em permanente evolução. Embora algumas pessoas possam considerar que esta realidade é lamentável, a verdade é que ela constitui uma característica fundamental do sistema jurídico americano. E a evolução do direito constitucional está bem patente em praticamente todos os aspectos desse domínio.

OS DIREITOS DOS ARGUIDOS NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

José Gonçalves da Costa

Juiz do STJ, docente no CEJ

1. A Constituição e os direitos do arguido

A Constituição da República Portuguesa consagra um conjunto coerente de grandes princípios em matéria de direitos, liberdades e garantias fundamentais – dignidade da pessoa humana, como uma das bases da República, Estado de direito democrático e social; consequente inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas; direito à liberdade e à segurança; inpedência dos tribunais – que necessariamente se projectam na conformação do modelo do processo penal e na regulamentação das suas várias fases e actos¹.

Mas a Constituição traça ainda um amplo quadro de garantias da defesa do arguido em processo daquela natureza.

Estabelece (no primeiro número do art. 32.º: *garantias de processo criminal*), um princípio geral, que comete ao processo penal a função de assegurar «todas as garantias de defesa, incluindo o recurso». Para, seguidamente, fixar, com a mesma preocupação de salvaguarda dos direitos do arguido, regras sobre a estrutura do processo, a subordinação de certos actos ao princípio do contraditório, a instrução, a afirmação do princípio do *juiz natural*, proibição de certos métodos de prova, o estatuto do arguido, detenção e sua apreciação judicial, prisão preventiva (a sua natureza excepcional), *habeas corpus*.

¹ Arts. 1.º, 2.º, 25.º, 27.º, 34.º e 203.º.

V. ainda os arts. 8.º, 18.º, 20.º, 202.º-2, 205.º-1 e 206.º.

1.1. *O processo penal: estrutura acusatória; princípio do contraditório; instrução; princípio do juiz natural; métodos proibidos de prova*

Segundo a Constituição (*art. 32.º*), o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório; toda a instrução é da competência de um juiz (o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática de actos instrutórios que se não prendam directamente com direitos fundamentais); nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior (*princípio do juiz natural*); são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

1.2. *Estatuto do arguido: garantias de defesa*

A lei fundamental consagra o princípio segundo o qual todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo, conseqüentemente, ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (*art. 32.º-2*).

E atribui ao arguido o direito de escolher defensor e ser por ele assistido em todos os actos do processo, remetendo para a lei ordinária a especificação dos casos em que a assistência por advogado é obrigatória (*art. 32.º-3*).

² V. o art. 27.º.

1.3. *Detenção; prisão preventiva²*

Também por imperativo constitucional, a detenção há-de ser submetida, no prazo máximo de 48 horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada: o juiz deve conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa (*art. 28.º-1*).

A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados (*n.º 3 do mesmo artigo*).

É atribuída natureza excepcional à prisão preventiva: não deve ser decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei (*-n.º 2*); estará sujeita a prazos na lei estabelecidos (*-n.º 4*).

2. O Código de Processo Penal e o estatuto do arguido

O antigo Código de Processo Penal tinha uma estrutura basicamente inquisitória. Em 1945³ foi introduzida uma estrutura acusatória, com limitações. Desenvolvimentos posteriores, especialmente após 1974, deram origem a uma extensa variedade de textos legais, nem todos compatíveis. Esta situação e a publicação de um novo código penal em 1982 tornaram necessária a elaboração de um novo código de processo penal. Entrou em vigor em 1987.

³ Decr.-Lei 35 007 (13-X).

O actual Código de Processo Penal, como se diz no seu preâmbulo (III-7), e em cumprimento do que estabelece a Constituição (*cit. art. 32.º-5*), perspectivou um processo «de estrutura basicamente acusatória», mas «procurou temperar esse empenho de máxima acusatoriedade com um princípio de investigação oficial, válido tanto para o efeito de acusação como de julgamento», em «sintonia» com a tradição jurídico-processual penal portuguesa.

Relativamente ao estatuto do arguido, realça-se naquele texto introdutório (III-10) «o cuidado e uma certa solenidade com que se rodeia a sua constituição formal», acrescentando-se que o regime do Código «redunda num inquestionável aumento e consolidação dos direitos processuais do arguido», que o «res-

peito intransigente» pelo princípio acusatório levou à «adopção de soluções que se aproximam de uma efectiva 'igualdade de armas', bem como à preclusão de todas as medidas que contendam com a dignidade pessoal do arguido».

Como se sublinha no mesmo texto, submetem-se as medidas de coacção aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade; permite-se, pelo alargamento do espectro de tais medidas, uma maior maleabilidade na escolha das soluções concretamente aplicáveis, com respeito pelos referidos princípios da proporcionalidade e da necessidade, e a realização efectiva do princípio constitucional da subsidiariedade da prisão preventiva, em homenagem ao qual foi extinta a categoria dos crimes *incaucionáveis*.

2.1. *O CPP e os direitos processuais do arguido*

Quando «globalmente considerado», o regime que o CPP vigente veio estabelecer apresenta-se, na verdade, como garante do aumento e consolidação dos direitos processuais do arguido – que se afirma no referido texto preambular.

O Código tem até sido e continua sendo acusado, injustamente, de excessiva preocupação com a defesa dos direitos do arguido. É uma crítica assente sobretudo no confronto com o evidente menor empenhamento na salvaguarda dos interesses das vítimas de crimes.

Se, na sua globalidade, o referido regime se apresenta como assegurando melhor a protecção dos direitos do arguido, alguma falta de coerência desse sistema garantístico se evidencia, nomeadamente no que se refere à efectiva realização da igualdade material de “armas”, quando se considerem determinadas soluções que o Código consagra. É o caso, *v.g.*, do primeiro interrogatório não judicial de arguido detido⁴, realizado, pelo ministério público, sem a assistência de defensor se o arguido a não solicitar.

⁴ Código de Processo Penal, art. 143.º. As disposições adiante citadas sem indicação do respectivo diploma pertencem àquele código (CPP).

Outro exemplo – a possibilidade de, por delegação, durante o inquérito ou em actos de instrução, os interrogatórios do arguido serem realizados por órgãos de polícia criminal⁵, deixando aquele, mesmo quando preso (com a diminuição inerente), se não é acompanhado de defensor (a assistência de defensor não é obrigatória!), à mercê de *critérios* policiais de interrogatório, quantas vezes com flagrante desrespeito por direitos fundamentais, como o de não responder a perguntas sobre os factos imputados⁶, e com recurso a métodos proibidos de prova⁷.

⁵ Art. 144.º-2.

⁶ Art. 61.º-1, c.

⁷ Como os previstos no art. 126.º-1.

Um exemplo mais – o da possibilidade de a notificação da acusação ter lugar sem que o arguido tenha defensor.

A assistência por um defensor é, nesse momento, na grande maioria dos casos, indispensável, para que o arguido possa conhecer o sentido e alcance da acusação e decidir sobre o interesse da sua defesa em provocar, requerendo instrução, a comprovação judicial da decisão de acusar.

Mesmo face à lei vigente já haveria de entender-se obrigatório providenciar no sentido de ao arguido ser nomeado defensor sempre que a informação disponível sobre o seu grau de instrução e esclarecimento revelasse a necessidade da assistência de defensor para aquela tomada de consciência. E a lei que temos fornece apoio para esse entendimento e a consequente prática. Só que a respectiva previsão legal⁸ é sistematicamente esquecida.

⁸ Art. 64.º-2.

Mas o CPP vai ser revisto. E o respectivo projecto prevê a inserção de uma norma⁹ a tornar obrigatória a nomeação de defensor, no encerramento do inquérito, sempre que contra o arguido tenha sido deduzida acusação, e ele não tiver advogado constituído ou defensor nomeado.

⁹ N.º 3 do art. 64.º.

O mesmo projecto afasta a possibilidade, atrás referida, de interrogatório do arguido por órgão de polícia criminal em acto de instrução.

2.2. Constituição de arguido

Assume a qualidade de arguido, se antes não foi constituído como tal, «todo aquele contra quem for deduzida acusação num processo penal» (*art. 57.º-1*).

Mas, sem prejuízo disso, é obrigatória a *constituição de arguido* logo que (*CPP, art. 58.º-1*):

- a) correndo *inquérito*¹⁰ contra pessoa determinada, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal¹¹;
- b) tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coacção ou de garantia patrimonial;
- c) um *suspeito*¹² for detido (para ser submetido a julgamento em processo sumário, para ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação de uma medida de coacção);
- d) for levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele auto lhe for comunicado.

É ainda obrigatória a constituição de arguido sempre que, durante inquirição feita a pessoa que não tem aquela posição no processo, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido (*art. 59.º-1*). Mas o simples *suspeito* do cometimento de um crime tem direito a ser constituído, a solicitação sua, como arguido, se estiverem a ser efectuadas diligências com vista a comprovar a imputação, que pessoalmente o afectem (*art. 59.º-2*).

A constituição de arguido opera-se através de uma comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado, por uma autoridade judiciária ou por um órgão de polícia criminal, de que, a partir desse momento, deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação, com a explicação que se mostrar necessária, dos direitos e deveres processuais que, em razão daquela qualidade, passam a caber-lhe (*art. 58.º-2*).

¹⁰ O *inquérito* (CPP, arts. 262.º ss.), que se realiza sob a direcção do ministério público – titular da acção penal –, é a «fase geral e normal de preparar a decisão de acusação ou de não acusação» (texto preambular, III-7; art. 262.º-1). Salvo quando a legitimidade do ministério público – para promover o processo depender de *queixa* ou de *acusação particular* (arts. 49.º ss.), a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito (art. 262.º-2: *princípio de oficialidade*).

¹¹ As "definições legais" de *autoridade judiciária* e *órgão de polícia criminal* constam do art. 1.º-1 (als. *b e c*).

¹² *Suspeito*: art. 1.º-1, al. *e*.

A omissão ou violação das referidas formalidades relativas à constituição de arguido tem como consequência que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas contra ela (*n.º 3 do cit. art. 58.º*).

A qualidade de arguido conserva-se durante todo o processo (*art. 57.º-2*).

2.3. Posição processual do arguido

O *arguido* – como o seu defensor – tem a qualidade de sujeito do processo penal (*CPP, livro I, título III: arts. 57.º ss.*).

Como sujeito do processo, que é, «sempre e fundamentalmente», co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos», não é «objecto de uma 'inquirição' oficial que lhe seja feita»; pertencem-lhe certos direitos fundamentais:

*Direito de presença, direito de audiência, direito ao silêncio, direito de assistência de defensor, direito a interposição de recursos.*¹³

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

A constituição de arguido opera-se precisamente, além do mais, como vimos, através da indicação e, se necessário, explicação daqueles direitos e deveres.

2.4. Direitos processuais do arguido

O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo, e salvas as excepções da lei, dos direitos de (*art. 61.º-1*):

- a) Estar presente aos actos que directamente lhe disserem respeito (*direito de presença*).

¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, p.431; JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal*, I, p. 400 ss.

¹⁴ São previstas, v.g., nos arts. 86.º-1 (parte final) e 3, a, 87.º-6 (parte final), 150.º-3, 325.º-4 e 5, 334.º-1 e 2, e 352.º.

Há excepções, que resultam, directa ou indirectamente, da lei, nomeadamente a proibição de assistir a diligências de prova, de que não seja sujeito ou objecto, durante o inquérito e, antes do debate instrutório, na instrução¹⁴.

- b) Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte (*direito de audiência*).
- c) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar (*direito ao silêncio*)

O silêncio do arguido não pode fundamentar uma presunção de culpa: ele presume-se inocente (*Constituição, art. 32.º-2*).

Deste direito, como dos demais direitos que lhe assistem, deve ser informado antes do interrogatório, com a explicação que se mostrar necessária (*art. 61.º-1, g*).

- d) Escolher defensor ou solicitar ao tribunal (ou à competente autoridade judiciária) que lhe nomeie um (*direito a um defensor*).

O arguido pode constituir advogado em qualquer altura do processo (*art. 62.º-1*).

Nos casos em que a assistência de defensor seja, por lei, obrigatória, e o arguido o não tiver constituído ou o não constituir, o juiz nomeia-lhe defensor (*art. 62.º-2*). É um dever que a lei lhe impõe: fará a nomeação ainda que o arguido lhe a não solicite, e mesmo que declare não querer defensor.

A nomeação há-de recair, de preferência, em advogado, e quando tal não seja possível, em advogado estagiário (*art. 62.º-2*).

Na impossibilidade de alguma destas soluções, será nomeada outra pessoa, mesmo que sem formação jurí-

dica. Mas essa pessoa há-de ter as capacidades necessárias para assegurar devidamente a defesa. De contrário, não é satisfeita a exigência da norma que determine a assistência de defensor.¹⁵

Em alguns casos de assistência obrigatória de defensor, a nomeação é feita pelo ministério público (*art. 62.º-3*).

- e) Ser assistido por defensor em todos os actos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele (é ainda a afirmação do *direito a um defensor*).

Esta comunicação ocorre *à vista* quando o imponham razões de segurança, – mas em condições de não poder ser ouvida pelo encarregado da vigilância (*n.º 2 do art. 61.º*).

- f) *Intervir no inquérito e na instrução*, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias.

Mas não vincula a autoridade judiciária que dirige o inquérito – o ministério público «pratica os actos e assegura os meios de prova necessários...» (*art. 267.º¹⁶*) – ou a instrução – os actos a praticar são aqueles que o juiz de instrução «entenda dever levar a cabo» (*art. 289.º¹⁷*) – salvo quando pretenda, na instrução, ser interrogado pelo juiz (será, então, interrogado sempre que o solicitar: *art. 292.º-2*).

- g) *Ser informado*, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem¹⁸.
- h) Recorrer, nos termos da lei, das decisões que lhe forem desfavoráveis (*direito de recurso*).

O CPP consagra o princípio da recorribilidade (*art. 399.º*): é permitido recorrer das decisões cuja irreCORribilidade não estiver prevista na lei.

O ministério público tem legitimidade para recorrer no exclusivo interesse do arguido (*art. 402.º-1, a*); e este para recorrer de decisões que o afectem (*id., al. b*).

¹⁵ Com a consequência prevista no art. 119.º, c. De todo o modo, há violação do disposto no art. 32.º-1 e 3 da Constituição.

¹⁶ V. ainda os arts. 262.º e 263.º-1.

¹⁷ O juiz de instrução, embora devendo ter em conta a indicação, constante do requerimento de abertura de instrução, de actos a praticar, meios de prova e factos que o requerente espera provar, «investiga autonomamente o caso submetido a instrução» (art. 288.º-4); «indefere os actos requeridos que não interessarem à instrução ou servirem apenas para protelar o andamento do processo, e pratica ou ordena officiosamente aqueles que considerar úteis» (art. 291.º-1). V. ainda os arts. 286.º-1 e 290.º.

¹⁸ Este dever de informação está consagrado mais concretamente nos arts. 58.º-2, 141.º-4, 143.º-2, 144.º-1 e 343.º-1.

Os direitos que ficam referidos são reconhecidos ao arguido em função desta qualidade. Mas a enumeração (*do art. 61.º*) não é taxativa: outros direitos “especiais” (porque é arguido) lhe confere a lei.

Assim, *v.g.*, sempre que preste declarações «deve encontrar-se livre na sua pessoa, salvo se forem necessárias cautelas para prevenir o perigo de fuga ou actos de violência» (*art. 140.º-1 e 325.º-1*); pode requerer instrução, relativamente a factos pelos quais tenha sido acusado (*art. 287.º-1, a*); sempre que, durante o julgamento, se afastar ou for afastado da sala de audiência, deve ser informado pelo presidente, sob pena de nulidade, do que se tiver passado durante a sua ausência (*art. 332.º-7*).

2.5. Defensor

Vimos já que o arguido pode constituir advogado em qualquer altura do processo ou solicitar que lhe seja nomeado um defensor. E que, quando a lei impuser a assistência de defensor, se o arguido o não constituiu, deve o juiz nomear-lhe um. Em certos casos, vimos também, a nomeação é feita pelo ministério público.

A assistência de defensor é obrigatória (*art. 64.º-1*):

- a) No primeiro interrogatório judicial de arguido detido;
- b) No debate instrutório (que integra sempre a instrução) e na audiência, – salvo tratando-se de processo que não possa dar lugar a aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento;
- c) Em qualquer acto processual, se o arguido for surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa ou menor de 21 anos, ou ainda quando se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída;
- d) Nos recursos;

- e) Quando da recolha de um depoimento para “memória futura”¹⁹;
- f) Nos demais casos que a lei determinar.

Sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou conveniência de o arguido ser assistido, “pode” o tribunal – se tal se mostrar necessário, *deve* – nomear defensor ao arguido, oficiosamente ou a pedido (*art. 64.º-2*).

O arguido pode constituir mais que um defensor, mas em cada acto só um deles pode intervir²⁰. Este entendimento não tem sido pacífico, mas é agora consagrado no projecto de revisão já referido (*art. 62.º-4*).

Sendo vários os arguidos no mesmo processo, podem ser assistidos por um único defensor, salvo se isso «contrariar a função da defesa» (*art. 65.º*).

O defensor exerce os direitos que a lei reconhece ao arguido, salvo os que ela reservar pessoalmente a este (*art. 63.º-1*).

Mas o arguido pode retirar eficácia ao acto que o defensor tenha realizado em seu nome, desde que o faça, por declaração expressa, antes de ser proferida decisão relativa ao mesmo acto (*n.º 2 do mesmo artigo*).

2.6. O processo sumário e o processo sumaríssimo

Quando for efectuada por autoridade judiciária ou entidade policial detenção em *flagrante delicto* por crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a três anos, o caso é julgado em *processo sumário* – se o detido não tiver ainda completado, ao tempo do facto, 18 anos (*arts. 381.º ss.*).

Esta última condição é eliminada pelo projecto de revisão atrás mencionado.

A lei prevê um *processo sumaríssimo* para o caso de crime punível com pena de prisão não superior a seis meses, ainda

¹⁹ Inquirição de testemunha que, em razão de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, está previsivelmente impedida de ser ouvida na audiência de julgamento: o seu depoimento, reduzido a auto, poderá assim ser tomado em conta no julgamento (durante a instrução, pode também proceder, nos aludidos termos e com a mesma finalidade, a tomada de declarações do assistente, das partes civis, de peritos e consultores técnicos, e acareações) (*arts. 271.º e 294.º*).

²⁰ Parecem apontar neste sentido, *v.g.*, os *arts. 61.º-1, d e e, 62.º-1 e 2, 63.º, 64.º-1 e 2, 67.º, 297.º, 302.º-2 e 4, 330.º, 334.º-3 e 360.º-1*.

que com multa, ou só com pena de multa, quando o procedimento não depender de acusação particular e o ministério público entender que apenas deve ser aplicada pena de multa ou medida de segurança não detentiva: se o arguido aceitar as sanções propostas, o juiz profere despacho de concordância com o requerimento do ministério público (*arts. 392.º ss.*).

O mesmo referido projecto de revisão prevê uma nova forma de processo especial: o *processo abreviado*.

Quando o crime for punível com pena de multa ou com prisão de máximo não superior a cinco anos, se, em face da notícia do crime ou após um inquérito sumário, o ministério público considera haver provas simples e evidentes do crime e de quem foi o seu agente, pode deduzir acusação para julgamento em processo abreviado, se não tiverem decorrido mais de 60 dias desde o cometimento do facto (*arts. 391.º-A ss.*).

O arguido pode requerer ao juiz de instrução a realização de debate instrutório, oral e contraditório.

O julgamento é mais condensado e menos formal que em processo comum. A sentença pode ser proferida oralmente e ditada para a acta.

2.7. O arguido e o inquérito

Uma importante garantia de defesa do arguido é a resultante da norma constitucional, já mencionada, nos termos da qual a detenção há-de ser submetida, no prazo máximo de 48 horas, a apreciação judicial.

O interrogatório é feito exclusivamente pelo juiz de instrução, com assistência obrigatória do ministério público e de defensor (*art. 141.º*).

Se não for interrogado pelo juiz de instrução «em acto seguido à detenção», o arguido detido é apresentado ao ministério público, que pode ouvi-lo sumariamente. O arguido só terá

assistência de defensor se a solicitar. O ministério público, se não libertar o detido, providenciará para que seja presente ao juiz de instrução (*art. 143.º*).

2.8. *Suspensão provisória do processo: art. 281.º*

Se o crime for punível com pena de prisão não superior a três anos ou com sanção diferente de prisão, o ministério público pode decidir-se pela suspensão do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido e do assistente, quando se verificarem certas condições: ausência de antecedentes criminais do arguido, carácter diminuto da culpa, suficiência do cumprimento de certas injunções ou regras de conduta para satisfazer as exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

A suspensão do processo pode ir até dois anos. Se o arguido cumprir as obrigações assumidas, por exemplo o pagamento de indemnização ou outra reparação em razão do crime, o ministério público arquiva o processo; caso contrário, o processo continua.

2.9. *O arguido e a instrução*

O arguido pode requerer abertura de instrução relativamente a factos pelos quais o ministério público ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação (*art. 287.º*). Provoca desse modo a comprovação judicial daquela decisão (*art. 286.º*).

Sempre que o solicitar será interrogado pelo juiz (*art. 292.º*).

Tem direito a estar presente no debate instrutório, um debate oral e contraditório que integra necessariamente a instrução. Esse acto deverá mesmo ser adiado, uma vez, se o arguido não tiver renunciado àquele direito e estiver impossibilitado de comparecer «por grave e legítimo impedimento» (*art. 300.º*).

No debate, é obrigatória a assistência de defensor (*art. 64.º-1, b*), importando a sua ausência nulidade insanável (*art. 119.º, c*). Ao designar data para este acto, o juiz nomeia defensor ao arguido, se ainda não estiver constituído no processo (*art. 297.º-3*).

Se dos actos de instrução ou do debate instrutório resultar alteração dos factos descritos na acusação ou no requerimento para a abertura da instrução, o juiz comunica a alteração ao defensor, interroga o arguido sobre ela, se possível, e concede-lhe um prazo para preparação da defesa, salvo se a alteração determinar a incompetência do juiz de instrução (*art. 303.º-1 e 2*).

Mas se resultar, dos actos de instrução ou do debate, fundada suspeita da verificação de factos que representem alteração substancial da acusação ou do requerimento de abertura da instrução (o Código fornece o respectivo conceito no art. 1.º-1, *f*), o ministério público abre inquérito quanto a esses factos (*-n.º 3*).

É nula a decisão instrutória na parte em que pronunciar o arguido por factos que constituam alteração desta natureza, devendo a nulidade ser arguida no prazo de cinco dias a contar da data da notificação da decisão (*art. 309.º*).

É irrecurável a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do ministério público (*art. 310.º-1*). Mas o arguido pode recorrer da decisão instrutória concordante com a acusação do assistente ou com o requerimento de abertura de instrução apresentado pelo assistente relativamente a factos pelos quais o ministério público não deduziu acusação (*art. 399.º*). É também recorrível o despacho que indeferir a arguição da mencionada nulidade (*art. 310.º-2*).

2.10. *O arguido e a audiência de julgamento*

A presença do arguido na audiência é obrigatória (*art. 332.º-1*).

Todavia, o julgamento pode ter lugar na sua ausência quando ao caso corresponder processo sumaríssimo mas o procedimento

tiver sido reenviado para a forma comum e o arguido não puder ser notificado do despacho que designa dia para a audiência ou faltar injustificadamente (*art. 334.º-1*).

Sempre que o arguido se encontrar praticamente impossibilitado de comparecer, por idade, doença grave ou ausência no estrangeiro, pode requerer ou consentir que a audiência se realize na sua ausência (*n.º 2 do mesmo artigo*).

Quando a comparência do arguido é obrigatória, se não for possível notificá-lo do despacho que designa dia para a audiência ou executar a sua detenção ou prisão preventiva, que deva ter lugar, ele será notificado editalmente para se apresentar em juízo, sob pena de ser declarado contumaz (*arts. 335.º a 337.º*). Esta declaração implica para o arguido a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial que venham a ser celebrados e certas proibições que o tribunal pode decretar. Caducalogo que ele se apresentar em juízo ou for detido.

O instituto da contumácia, inovação do Código em vigor, não provou. O projecto da já mencionada revisão prevê alterações do respectivo regime, no sentido de o tornar eficaz.

No mesmo projecto, alargam-se, numa aproximação a soluções do anterior Código (de 1929), as possibilidades de julgamento na ausência do arguido, salvaguardando-se, porém, o seu direito de defesa.

O arguido, mesmo quando detido ou preso, assiste à audiência «livre na sua pessoa», salvo se forem necessárias determinadas cautelas para prevenir perigo de fuga ou actos de violência (*art. 325.º*). Esta regra, do CPP, sempre resultaria da proibição proclamada no n.º 2 do art. 25.º da Constituição, em consonância com o art. 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (na parte referente a «tratos cruéis, desumanos e degradantes» e com resolução do I Congresso das Nações Unidas para a prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (regra 33: «meios compulsórios»), proibindo o uso de algemas,

talas, etc., durante os interrogatórios do arguido, nomeadamente na audiência de julgamento.

Como no sistema do anterior Código, a produção da prova inicia-se pela audição do arguido, se ele se dispuser a prestar declarações.

Após a identificação, o presidente do tribunal informa o arguido de que tem o direito de prestar declarações, referentes ao objecto do processo, em qualquer momento da audiência, e de que não é obrigado a prestá-las, nem o seu silêncio o pode prejudicar (*art. 343.º*).

Se o arguido se dispuser a prestar declarações, os juízes e os jurados podem fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados, mas ele pode recusar-se a responder, sem que essa atitude o possa prejudicar (*art. 345.º-1*).

O ministério público, o advogado do assistente e o defensor podem solicitar ao presidente a formulação de perguntas ao arguido, sobre aqueles factos, mas o arguido pode recusar-se a responder, sem que essa recusa o possa desfavorecer (*n.º 2 do mesmo artigo*).

Importante inovação do CPP vigente é a do relevo atribuído à confissão (*art. 344.º*), que o texto preambular refere como reflexo da busca do consenso, da pacificação e da reafirmação estabilizadora das normas, assente na pacificação (*II-6, b*): quando livre, integral e sem reservas, e referente a crime não punível com prisão superior a 3 anos implica, em regra, a renúncia a produção de prova sobre os factos imputados, que se considerarão provados.

Ressalvadas as provas contidas em actos processuais cuja leitura em audiência seja permitida, só as provas produzidas ou examinadas nesta podem valer em julgamento, nomeadamente para formação da convicção do tribunal (*art. 355.º*).

O tribunal pode considerar alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, desde que comu-

nique a alteração ao arguido, se não resultar de alegação da própria defesa, e lhe conceda, se o requerer, tempo para a preparação da defesa (*art. 358.º*).

Se da prova resultar alteração substancial daqueles factos, o tribunal só pode tomá-la em conta para o efeito de condenação no processo em curso se o ministério público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos – se da alteração não resultar a incompetência do tribunal; não ocorrendo aquele acordo, a comunicação da alteração ao ministério público vale como denúncia, para procedimento pelos novos factos (*art. 359.º*).

Após as alegações orais da acusação e da defesa, que se seguem à produção da prova, é dada oportunidade ao arguido de alegar o que considerar de útil à sua defesa: o tribunal ouvi-lo-á «em tudo o que disser a bem dela» (*art. 361.º*).

2.11. *Medidas de coacção e de garantia patrimonial*

A primeira das normas do CPP sobre as medidas de coacção e de garantia patrimonial (*art. 191.º*) consagra o *princípio da legalidade*: «a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei».

A aplicação de tais medidas depende da prévia constituição como arguido da pessoa que delas for objecto (*art. 192.º*), e é subordinada pelo mesmo código à observância dos princípios de *necessidade* (*art. 204.º*) e de *adequação e proporcionalidade* (*art. 193.º*).

A aplicação da medida de prisão preventiva, que só pode ter lugar se houver «fortes indícios» da prática de crime punível com prisão de máximo superior a três anos, há-de ainda respeitar o princípio de *subsidiariedade*: só pode ser aplicada quando

se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção (caução, apresentação periódica, suspensão do exercício de funções, etc.) (*art. 193.º-2*).

O arguido pode interpor recurso da decisão que aplicar ou mantiver alguma das medidas em referência (*art. 219.º*).

E pode beneficiar ainda das providências de *habeas corpus* em virtude de *detenção ilegal* (inovação introduzida pelo vigente CPP: *arts. 220.º s.*) e de *habeas corpus* em virtude de *prisão ilegal* (*arts. 222.º ss.*).

JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Sessão II

A Condenação do Arguido

A DOCTRINA, O DIREITO
E A PRÁTICA DA APLICAÇÃO DA PENA
NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Phillip Rivard-Rapoza

I

A minha missão hoje é apresentar em linhas gerais a teoria, direito e prática da imposição de penas em processos crime nos Estados Unidos. Mas antes de começar, há um aviso que tenho de fazer. É habitual na maioria dos tribunais dos Estados Unidos suspender a sessão às quatro e meia da tarde. Embora me custe um bocado pensar isso, suspeito que esta prática surgiu por se ter concluído que era difícil conseguir alguma coisa de jeito do juiz a partir dessa hora. Atendendo a que neste momento são cinco horas, estou um pouco preocupado com aquilo que poderão esperar de mim, mas, se não esperarem muito, posso garantir que não vos irei desiludir.

A minha comunicação segue-se a uma outra sobre os direitos dos arguidos desde a detenção até ao julgamento, e é isso também que acontece no mundo real, já que as questões relacionadas com a imposição de penas só se levantam depois de concluído o processo criminal. É evidente que só há que considerar a imposição de uma pena no caso de ter havido uma condenação ou uma admissão de culpa.

Mas há uma outra razão mais subtil pela qual é apropriado falarmos sobre a imposição de penas depois de termos analisado os direitos dos arguidos. Foi por essa ordem que, historicamente, se desenrolou nos Estados Unidos o debate jurídico e público sobre essas duas questões.

Durante as décadas de 1960 e 1970, viveu-se nos Estados Unidos um processo que veio mais tarde a ser denominado a «Revolução Warren», designação que se ficou a dever ao facto de Earl Warren ser na altura juiz presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A Revolução Warren caracterizou-se por um tipo de activismo judicial ao nível do supremo que deu origem a uma série de decisões históricas que alteraram para sempre o panorama do direito penal americano. Casos como *Miranda v. Arizona*, que já aqui foram mencionados por outros oradores, levaram a uma série de alterações não só ao nível das práticas da polícia, mas também da jurisprudência americana. Além disso, as decisões do tribunal presidido por Warren geraram um debate público generalizado, desde as escolas até aos tribunais, sobre uma das mais importantes questões constitucionais.

Mas a Revolução Warren, tal como a maior parte das insurreições, não durou eternamente. Ideias que a princípio pareciam radicais institucionalizaram-se, e conceitos que a dada altura foram mal recebidos em termos constitucionais vieram mais tarde a ser incorporados na nossa jurisprudência constitucional. Tal como sempre acontece no direito, aquilo que começou por ser um conjunto de novas ideias, a dado momento passou a fazer parte da nossa tradição jurídica. Como tal, essas ideias já gozam actualmente de uma certa autoridade em vez de provocarem controvérsia, e a agitação constitucional que geraram já deixou em grande medida de existir.

Ao aproximar-se uma nova década, o centro de gravidade do debate jurídico passou das questões relacionadas com os direitos dos arguidos para considerações sobre aquilo que acontece ao arguido de um processo crime depois de ter sido condenado ou ter admitido a sua culpa. A imposição de penas surgiu, assim, na década de 1980, como a questão mais discutida do direito penal, uma situação que ainda se mantém na década actual.

Quando o debate jurídico deixou de incidir na análise dos direitos do arguido passando a concentrar-se na sua responsabilização, a fase de punição do processo criminal assumiu uma maior importância. Existe uma percepção crescente de que a imposição de uma pena ao arguido é mais do que um simples pós-escrito do processo criminal. É efectivamente o seu capítulo final e, tal como acontece em muitas histórias, a história do criminoso é muitas vezes avaliada pela forma como termina. Mas a definição de fim apropriado tem variado consoante o ponto de vista da pessoa que faz essa avaliação. Por um lado, há a preocupação de impor penas proporcionais ao delito cometido e de assegurar uma certa consistência na imposição de penas aos arguidos, de modo que indivíduos em situações semelhantes sejam tratados de forma semelhante. Por outro lado, há a afirmação de que a discricionariedade judicial se tornou uma espécie de liberdade judicial que permite ignorar injunções legislativas claras no sentido de crimes graves serem severamente punidos. E, cada vez mais, ouvem-se outras vozes contestando toda a teoria do carácter reabilitativo das penas e insistindo em que cada arguido «receba o que merece» ou um «castigo justo», através da imposição de uma pena proporcional ao crime cometido.

Qualquer que seja o ponto de vista, o vigoroso debate sobre a imposição de penas actualmente em curso reflecte uma consciência básica e fundamental da importância social da punição criminal: o que é que nós, como sociedade, devemos fazer com aquelas pessoas que se comportaram dum forma insocial, se não anti-social? Esse debate reconhece que a forma como punimos os delinquentes, aqueles que se recusam a agir de acordo com as regras da sociedade, reflecte a visão que temos de nós mesmos como sociedade. Isto significa que podemos ser caracterizados não só por aquilo que as nossas leis permitem ou proíbem, mas também pela forma como decidimos castigar os delin-

quentes. Neste sentido, como sociedade, somos definidos não só pelo nosso código penal mas também pelas práticas que adotamos em matéria de imposição de penas. Esse código e essas práticas dizem-nos não só como tratamos os outros, mas também aquilo que pensamos de nós mesmos.

O debate é igualmente alimentado pelo facto de termos consciência de que qualquer análise do processo criminal que examine este processo até ao momento da condenação do arguido mas termine aí é, por definição, incompleta. Não só é uma realidade que o procedimento criminal não é um acontecimento ou processo isolado, como o público está cada vez mais consciente dessa realidade. O procedimento criminal é uma sequência de acontecimentos que, na maioria dos casos, culmina com a determinação de uma pena pelo tribunal.

Embora a imposição da pena faça parte da sequência de acontecimentos que constitui o processo criminal, é também aquele acontecimento dessa sequência que tem mais probabilidade de chamar a atenção do público. Uma acção criminal envolvendo sérias questões jurídicas e uma argumentação jurídica complicada poderá ser considerada importante pela comunicação social e pelo público apenas devido à pena imposta ao arguido no fim do processo criminal. Com efeito, a pena imposta ao delinquento é muitas vezes o único aspecto do caso de que o público tem conhecimento e que discute. Torna-se aquele acontecimento do processo criminal através do qual o público avalia não só o caso em questão, mas todo o sistema de justiça criminal. A imposição de uma pena num caso largamente divulgado pode, portanto, tornar-se um paradigma de como as pessoas avaliam a eficácia do sistema judicial.

No plano prático, a importância da imposição de penas como tópico de análise é sublinhada pelo facto de quase 90% de todos os casos criminais, a todos os níveis e em todos os Estados Unidos terminarem com uma condenação ou com uma admis-

são de culpa, havendo a acrescentar que 72% de todos os criminosos condenados recebem uma pena de prisão. No ano passado, foram condenados a uma pena de prisão mais de 1 000 000 de americanos. Quanto mais não seja, as decisões em matéria de imposição de penas têm repercussões para um elevado número de pessoas, nomeadamente, os arguidos, as suas famílias e os seus amigos.

Para compreenderem melhor aquilo que vou dizer mais adiante sobre a imposição de penas, será útil analisarmos brevemente os mecanismos do processo de imposição de penas. Sabendo que o meu bom amigo, o juiz Peter Messitte, já vos falou um pouco sobre este assunto, serei breve.

O primeiro aspecto que quero focar é que, nos Estados Unidos, todos os julgamentos de processos crime, desde infracções menores a homicídios, são presididos por um único juiz. A prática portuguesa segundo a qual o julgamento dos crimes mais graves é presidido por um colectivo de juízes não é habitual entre nós¹. O juiz que preside ao julgamento do arguido é o juiz que lhe irá impor a pena no caso de ele ser condenado². Do mesmo modo, o juiz perante o qual o arguido admite a sua culpa será o juiz que lhe imporá a pena.

O momento em que a pena é imposta dependerá do tribunal, do caso e das circunstâncias que o rodeiam. Assim, nos casos em que o Ministério Público e a defesa cheguem a acordo sobre a pena específica a aplicar a um arguido que admite a culpa, há uma maior probabilidade de o juiz impor a pena ime-

matado brutalmente o seu pai e a sua madrasta. Embora tenha vindo a ser absolvida por um júri de doze homens, o seu julgamento foi presidido por um colectivo de três juízes.

² Há uma excepção a esta regra nos estados em que há pena de morte. Nestes estados, depois de o júri ter concordado por unanimidade que o arguido é culpado de um crime sujeito a pena de morte, é necessário realizar um outro processo para determinar se deverá ser imposta ou não a pena de morte. Nesta audiência, o júri examina agravantes e atenuantes que poderão não ter sido consideradas admissíveis no julgamento, mas que podem ser levadas em conta na determinação da pena. Tal como no caso da condenação inicial, o veredicto do júri de doze indivíduos sobre a imposição da pena de morte também tem de ser unânime.

¹ Em Massachusetts existem alguns precedentes históricos para os crimes graves serem julgados por um colectivo de juízes. Inicialmente, todos os casos de homicídio eram julgados pelo Supremo Tribunal Judicial (*Supreme Judicial Court*), e embora este seja a última instância de recurso do estado, constituía-se como tribunal com competência para os casos de homicídio. A dada altura, a competência para os casos de homicídio passou para um Tribunal Superior, que é a mais alta instância judicial do estado. Foi neste tribunal que, durante um período de cerca de vinte anos no final do século passado e princípio deste século, os casos de homicídio foram julgados por um colectivo de três juízes. Foi durante esse período que a infame Lizzie Borden de Fall River foi levada a julgamento por ter

diatamente após a admissão de culpa. Do mesmo modo, após um veredicto de culpado pelo júri num caso simples, o juiz poderá decidir impor a pena ao arguido imediatamente.

É frequente o juiz decidir não impor a pena ao arguido imediatamente. Nestes casos, o juiz poderá pedir ao departamento de liberdade condicional para investigar os numerosos factores que poderão afectar a pena final. Entre esses factores referem-se, por exemplo, os antecedentes pessoais e registo criminal do arguido, os seus antecedentes familiares, informações prestadas por pessoas que o conhecem, as repercussões do crime para a vítima e uma série de outros aspectos que o juiz considera importantes para determinar a pena. O relatório entregue ao juiz também é transmitido, sujeito a autorização do tribunal, ao Ministério Público e à defesa. Do mesmo modo, o juiz pode ordenar que um arguido condenado seja examinado por um ou mais psiquiatras para efeito de elaboração de um relatório sobre o seu estado, com vista a ajudar o tribunal a determinar a pena apropriada.

A audiência de condenação é um procedimento aberto ao público e à imprensa. Tanto o Ministério Público como a defesa têm a oportunidade de submeter à apreciação do juiz circunstâncias agravantes e atenuantes que, a seu ver, sejam susceptíveis de fundamentar a pena por eles recomendada. As alegações da condenação são apresentadas oralmente, embora o Ministério Público e a defesa possam também apresentar por escrito memorandos fundamentando as respectivas posições.

Na audiência de leitura da sentença, o juiz poderá permitir que sejam apresentadas provas testemunhais. Estas consistem normalmente em depoimentos de testemunhas abonatórias, em que pessoas que conhecem o arguido informam o juiz das qualidades do arguido susceptíveis de favorecer a leniência. Este tipo de provas pode também ser apresentado ao tribunal sob a forma de cartas ou declarações juradas.

Por último, há um número cada vez maior de jurisdições em que a legislatura estadual aprovou leis permitindo que as vítimas de crimes se dirijam ao juiz que impõe a pena apresentando-lhe o seu ponto de vista sobre a forma como o crime em questão as afectou a si ou à sua família. Mesmo nos casos em que depôs em tribunal sobre as circunstâncias que rodearam o delito pelo qual o arguido foi condenado, a vítima continua a ter a oportunidade de se dirigir ao tribunal no momento da imposição da pena. Assim, uma vítima de violação que tenha deposto em tribunal sobre a forma e circunstâncias da agressão que sofreu pode, na altura da imposição da pena, explicar ao juiz como é que o incidente a afectou ou modificou a sua vida. Os arguidos, por seu turno, não têm automaticamente o direito de se dirigir ao tribunal no momento da imposição da pena, podendo fazê-lo apenas através do seu advogado. O direito de alocação, ou seja, o direito de o arguido se dirigir directamente ao tribunal, tem sido reconhecido tradicionalmente nos casos sujeitos a pena capital, mas, em todos os outros casos, esse direito é concedido ou não exclusivamente segundo o critério do juiz.

Há uma diferença significativa entre os sistemas português e americano no que se refere à forma como as penas são promulgadas ou anunciadas em processos crime. Tanto quanto entendi, em Portugal, o tribunal tem de explicar as razões pelas quais impôs uma determinada pena. Isto não acontece nos Estados Unidos, onde não é necessário o juiz apresentar, oralmente ou por escrito, as razões que o levaram a impor uma determinada pena³. Embora em determinadas circunstâncias não seja invulgar um juiz americano explicar brevemente os motivos que o levaram a impor uma determinada pena, o tribunal normalmente não se pronuncia muito acerca da pena que decidiu impor.

O facto de os juízes americanos não terem de explicar a razão das penas que impõem tem contribuído para a preocupação e, nalguns sectores, o descontentamento, manifestados recente-

³ Existe uma excepção a esta regra em algumas jurisdições, nomeadamente, a obrigação de se apresentar uma fundamentação por escrito quando um juiz impõe uma pena superior ou inferior à moldura penal permitida pelas directrizes relevantes aplicáveis ao delito em apreciação.

mente em relação ao processo de imposição de penas. Num sistema contraditório, é inevitável que algumas das pessoas directamente afectadas discordem da pena imposta pelo tribunal. Algumas poderão considerar que uma determinada pena é demasiado dura, ao passo que outras poderão queixar-se de que é demasiado leniente. Para algumas pessoas, o facto de uma decisão errada ser apresentada sem qualquer explicação sugere uma certa indiferença judicial, se não arrogância. No mínimo, é um tanto ou quanto irónico os juízes não terem de dar qualquer explicação sobre aquilo que para o arguido poderá ser a decisão mais importante de todo o seu processo, se não da sua vida.

Falando como juiz, posso assegurar-vos que determinar a pena é uma das decisões mais difíceis que o juiz tem de enfrentar, e o processo de decisão é muitas vezes um processo solitário. Esta decisão é fruto de uma avaliação moral que o juiz faz no seu íntimo sem a ajuda de mais ninguém. O isolamento do juiz ao determinar a pena é talvez a razão pela qual, tanto quanto sei, nunca houve nenhum filme de Hollywood que mostrasse um juiz a decidir sobre a pena que deveria aplicar. Se houvesse, seria um filme sobre um homem profundamente absorto, sentado sozinho no seu gabinete, pois é aí que é tomada a decisão. As outras fases do processo crime – depoimentos das testemunhas, contra-interrogatório, deliberações do júri e até o anúncio da pena – têm um carácter público, ou pelo menos envolvem outras pessoas cuja interacção pode ser representada no cinema. Mas o processo interior pelo qual um juiz chega àquilo que considera ser uma pena justa é um processo exclusivamente pessoal e íntimo. É um processo que se aproxima mais de um solilóquio de Shakespeare do que de um guião de Hollywood.

Esta realidade – que o juiz que impõe a pena em muitos aspectos dita a lei – tem levado muitas pessoas a ver o processo de condenação como um processo que, fundamentalmente, não obedece a quaisquer leis – não no sentido de produzir resultados contrá-

rios à lei, mas no sentido de cada juiz ter a liberdade de fazer o que bem entende, sem ter de dar explicações e sem ter de se justificar perante ninguém. Tem sido dito frequentemente que é irónico que numa sociedade que considera ter «um governo das leis e não um governo dos homens», a decisão sobre a pena a impor seja tomada por um único homem, exclusivamente ao seu critério.

II

No entanto, o processo de imposição de penas é moldado e condicionado por determinados princípios fundamentais estabelecidos na Constituição dos Estados Unidos. A Constituição é a autobiografia nacional dos Estados Unidos. É a nossa forma de explicarmos quem somos e contém os nossos valores fundamentais como sociedade.

Há três disposições na Constituição federal que desempenham um papel decisivo na definição dos parâmetros do processo de imposição de penas. São elas o 5.º, 6.º e 8.º aditamentos, que fazem parte da *Bill of Rights* adoptada em 1791.

Sem as considerar necessariamente por ordem, o 6.º aditamento, afirma claramente que «em todos os processos criminais» – expressão que tem sido interpretada no sentido de incluir os processos de condenação –, o arguido usufruirá do direito (1) a um julgamento rápido ou à resolução da questão apresentada a tribunal, (2) a um julgamento ou audiência pública sobre o caso ou matéria a ser apreciada, (3) a ser acareado com as testemunhas de acusação e a apresentar as suas próprias testemunhas e (4) a ser assistido por advogado». Assim, a imposição da pena verifica-se geralmente pouco depois do julgamento do caso apreciado, sendo a pena imposta pelo juiz que julgou o processo. Além disso, a imposição da pena é um processo aberto ao público. Um outro aspecto igualmente funda-

mental é que no caso de o arguido não ter meios próprios para pagar os honorários de um advogado, o estado nomeará um advogado oficioso. Ao conceder ao arguido, no momento da imposição da pena, os mesmos direitos de que ele usufruiu durante o julgamento, o 6.º aditamento assegura que o arguido seja tratado de uma forma justa em todas as fases do processo criminal.

O 5.º aditamento condiciona o processo de imposição de penas de uma forma semelhante. Estipula que «ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou dos seus bens sem um processo legal justo». Embora tenha a sua origem na Magna Carta de 1215, a expressão «processo legal justo» foi utilizada pela primeira vez numa lei promulgada pelo estado de Massachusetts em 1692. A finalidade principal do conceito de «processo legal justo», então tal como hoje, é procurar assegurar que o governo actue de uma forma justa e íntegra antes de impor um ónus a qualquer cidadão. Assim, é necessário conceder determinados direitos fundamentais à pessoa contra a qual o estado pretende empreender uma acção, de modo a assegurar que este não cometa abusos contra os seus próprios cidadãos.

Neste aspecto, tem-se considerado normalmente que o 5.º aditamento se aplica aos processos de condenação. Ao alargarem a aplicação deste aditamento a este tipo de audiências, os tribunais têm definido, caso a caso, os factores que um juiz pode levar em conta ao impor uma pena ao arguido de um processo crime. Assim, a pena imposta ao arguido não pode pretender castigá-lo seja por um outro delito, seja pela conduta de terceiros (*Berrigan v. United States*, 397 U.S. 909 (1970)). Do mesmo modo, constitui violação do processo justo legal e é, portanto, incorrecto, um juiz levar em conta factores relacionados com a sua experiência pessoal ou factores que não estejam consubstanciados nos autos processuais (*Commonwealth v. Lebron*, 23 Mass. App. Ct. 970, 972 (1987); *Commonwealth v. Howard*, 42 Mass. App. Ct. 322, 326-328 (1997)).

O 5.º aditamento contém ainda uma outra disposição relevante que estipula que «ninguém poderá ser sujeito a uma dupla ameaça contra a sua vida ou integridade física pelo mesmo crime». Além de proteger o arguido contra um segundo processo criminal depois de ele ter sido absolvido ou condenado por um determinado crime, esta cláusula também o protege contra a imposição de múltiplas penas pelo mesmo delito.

Por último, o 8.º aditamento estipula que «não poderão ser exigidas cauções excessivas, nem impostas multas excessivas, nem infligidas penas cruéis ou incomuns». Até 1972, considerou-se que este aditamento específico garantia uma protecção básica contra castigos corporais e outras sanções mais cruéis. Por exemplo, em 1879, o Supremo Tribunal estipulou que alguns tipos de castigos corporais mais chocantes, nomeadamente, a fogueira, a crucificação e o suplício da roda eram penas «cruéis e incomuns» em si mesmas. (Veja-se, *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879)). O Supremo Tribunal confirmou posteriormente que outros tipos de penas mais comuns, como o enforcamento, fuzilamento e electrocução não o eram. (*Inre Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890)). Até 1972, a jurisprudência do 8.º aditamento limitou-se a estes casos.

Em 1972, no caso de *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), o Supremo Tribunal estipulou que a forma como a pena capital era imposta pelos tribunais era tão «arbitrária» e «caprichosa» que isso a tornava uma pena «cruel e incomum». Pouco depois, o Supremo Tribunal tornou claro que a decisão que tomara no caso *Furman* dizia apenas respeito ao processo pelo qual a pena de morte era imposta e não à pena em si. Assim, no caso *Gregg v. Georgia*, 429 U.S. 1301 (1976), o Tribunal afirmou claramente que ainda não decidira que a pena de morte era uma pena cruel e incomum em si mesma.⁴

O grau de êxito de tentativas posteriores de restabelecer a pena capital evitando arbitrariedade na sua aplicação tem variado.

⁴ Desde 1977, foram executados nos Estados Unidos 432 condenados. A primeira pessoa a ser executada depois da decisão do Supremo Tribunal no caso *Gregg* foi Gary Gilmore. O caso Gilmore chamou a atenção da nação para a questão da pena capital, quando Gilmore insistiu na sua própria execução, invocando uma lei estadual que permite que o condenado escolha a forma de execução. Em 17 de Janeiro de 1977, Gilmore foi executado por um pelotão de fuzilamento, por dois homicídios pelos quais fora condenado no estado de Utah.

No caso *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976), o Supremo Tribunal estipulou que a obrigatoriedade da aplicação da pena de morte em casos de homicídio era «cruel e incommum», na medida em que não leva em conta as «circunstâncias específicas» de cada caso. Do mesmo modo, no caso *Sumner v. Shuman*, 483 U.S. 66 (1987), o tribunal estipulou que a imposição automática da pena de morte era inconstitucional, mesmo no caso de um recluso que estivesse a cumprir uma pena de prisão perpétua por homicídio e que viesse posteriormente a ser condenado por um homicídio cometido na prisão.

Atualmente, a pena de morte está prevista em 38 estados, tendo a legislação relevante sido considerada constitucional.⁵ Dois dias antes de partirmos para Lisboa, as duas câmaras da legislatura de Massachusetts votaram a favor de uma proposta de lei destinada a introduzir a pena de morte, uma disposição que o governador já afirmou que iria assinar. A promulgação desta lei irá decerto gerar uma controvérsia considerável, mas se for correctamente redigida levando em conta as disposições constitucionais relevantes, é nítido que a lei tem condições para sobrevir a uma contestação de constitucionalidade.⁶

⁵ Em 1997, foram executados nos Estados Unidos 74 condenados, 37 dos quais no estado do Texas. Desde 31 de Dezembro de 1997, há 3200 a aguardar a execução em todo o país, 500 dos quais só na Califórnia.

⁶ Pouco depois do encerramento, em 4 de Novembro de 1997, da Conferência que realizámos em Lisboa, a versão final da lei da pena de morte foi novamente analisada pela legislatura de Massachusetts, tendo sido rejeitada por um voto.

III

Aquilo que disse até agora descreve em linhas gerais os limites constitucionais que nenhum juiz pode ultrapassar ao impor uma pena. Mas, dentro desses parâmetros constitucionais, o direito que o juiz tem de aplicar a pena exclusivamente ao seu critério tem sido, até agora, considerado inviolável. Tradicionalmente, portanto, a discricionariedade tem sido o aspecto fundamental do processo de condenação. O Supremo Tribunal Judicial de Massachusetts definiu muito claramente

o papel da discricionariedade no caso *Commonwealth v. Celeste*, 358 Mass. 307, 310 (1970), ao afirmar o seguinte:

Quando o juiz está a impor a pena verifica-se uma situação muito diferente da que se passa durante o julgamento. Depois de o arguido ter sido condenado, o juiz pode levar em conta muitos factores que não seriam admissíveis como prova durante o julgamento da acção. O juiz pode levar em conta testemunhos indirectos, o comportamento do arguido, a sua vida familiar, a sua situação de emprego e vários outros factores. Não existem quaisquer limites formais ao tipo de informação que o juiz pode apreciar antes de fixar a pena. O juiz goza de grande latitude de decisão, desde que esta não exceda os limites legais.

Celeste, supra – 310

A linguagem utilizada pelo tribunal no caso *Celeste* reflecte o modelo tradicional da imposição de penas nos Estados Unidos, ou seja, o da *pena indeterminada*. Num sistema deste tipo, cada crime previsto no código penal está associado a uma pena máxima que corresponde ao limite da pena que o juiz poderá impor ao arguido. Compete exclusivamente ao juiz determinar a duração da pena. Assim, se a pena máxima estipulada pela legislatura para o crime de fogo posto for de 20 anos, depois de o arguido ser condenado, o juiz presidente poderá impor-lhe uma pena até 20 anos de prisão. O juiz poderá, ao seu critério, impor uma pena mais curta e, se considerar apropriado, poderá nem sequer impor uma pena de prisão, decidindo em vez disso suspender a pena e determinar que o arguido seja posto em liberdade condicional durante um determinado período. Se o arguido vier posteriormente a cometer um novo crime ou violar as condições da sua liberdade condicional, poderá ser levantada a suspensão da pena e ser-lhe aplicada a pena inicial.

A razão tradicionalmente invocada é que só exercendo total discricionariedade é que o juiz poderá ter liberdade de decisão suficiente para fazer justiça. Ao contrário do Micado na ópera de Gilbert e Sullivan com o mesmo nome, o juiz não pode declarar simplesmente: «Que a pena se ajuste ao crime». O juiz consciencioso sabe que a pena também tem de se ajustar ao criminoso e que, para ser individualizada, a pena tem de ser pensada de modo a reflectir isso.

Ao determinar a pena apropriada, o juiz também tem de levar em conta os objectivos fundamentais da condenação, que, em termos gerais, se enquadram em quatro categorias: (1) *dissuasão* de outros delinquentes; (2) *restrição* ou isolamento do delincente a quem é imposta a pena; (3) *reabilitação* ou reforma do arguido; e (4) *retribuição* ou imposição de um castigo justo proporcional ao delito cometido.

A discricionariedade judicial é frequentemente apontada como sendo a característica fundamental de um poder judicial livre e independente. Mas aquilo que para algumas pessoas é um aspecto fundamental da função judicial, para outras é um convite ao abuso judicial.

No domínio da imposição de penas, o modelo tradicional da discricionariedade total tem sido alvo de críticas vigorosas. Marvin Frankel, um juiz federal, foi precoce neste aspecto, tendo escrito, em 1972, um livro intitulado *Criminal Sentences: Law Without Order*, que veio a influenciar grandemente o movimento no sentido de se definirem directrizes para a imposição de penas ao nível do sistema judicial federal. Nesse livro, Frankel afirmou em termos muito claros a posição fundamental daqueles que pretendem restringir ou limitar a discricionariedade judicial no processo de condenação, ao escrever: «O ponto que eu quero focar é o seguinte: os poderes quase absolutos conferidos aos juízes quanto à determinação das penas são aterradores e intoleráveis numa sociedade que se diz empenhada no pri-

mado do direito». Esta opinião, escrita pela mão do juiz Frankel, tornou-se em breve numa espada que brandia sempre que era oportuno insistir em que se imprimisse uma certa lógica e regularidade ao processo de imposição de penas.

A posição sustentada pelo juiz Frankel foi também a posição que assumiu recentemente um Grupo de Trabalho para questões de justiça do estado de Massachusetts, em cujo relatório se afirma:

«A imposição de penas em Massachusetts é aleatória, confusa e arcaica, havendo uma miscelânea de opções. Mais importante, os juízes de Massachusetts não recebem qualquer orientação sobre aquilo que devem levar em conta ao impor uma pena, a não ser no caso de crimes sujeitos a penas obrigatórias. Em consequência disto, existe uma desproporcionalidade considerável nas penas impostas por vários delitos e não há uniformidade entre as penas impostas pelo mesmo crime».

Grupo de Trabalho para questões de justiça (1991)

Chegado a este ponto, gostaria de falar sobre as duas principais preocupações suscitadas pela grande latitude da discricionariedade judicial no processo de imposição de penas: (1) a desproporcionalidade e (2) a disparidade.

«Desproporcionalidade» é o termo utilizado para designar a imposição de uma pena que não é proporcional ao delito e aos antecedentes pessoais e criminais do arguido. Quando a pena é desproporcional, a sua severidade (e, por vezes, leniência) não é compatível com o crime imputado, o perfil do arguido ou a finalidade específica visada com a aplicação da pena.

«Disparidade» é o termo utilizado para designar a circunstância em que a pena é imposta e o arguido é punido de uma forma que difere significativamente da de outros arguidos em situações semelhantes. Quando as penas impostas a arguidos em situações comparáveis são demasiado diferentes, considera-se

que o «sistema» judicial não é sistema nenhum. Pelo contrário, nesse caso, a imposição de penas gera uma série de inconsistências que apenas estão ligadas entre si pelo facto de terem uma origem comum no conceito de discricionariedade judicial.

Mais recentemente, têm sido apresentados outros dois argumentos em prol da limitação da discricionariedade judicial na imposição de penas. O primeiro relaciona-se com a preocupação de que, na ausência de qualquer disposição exigindo que os juízes considerem alternativas ao encarceramento, a tendência para se continuarem a verificar taxas de encarceramento crescentes se irá manter. Argumenta-se que a detenção e encarceramento nem sempre são a melhor maneira de lidar com delinquentes condenados por infracções pouco graves, e que há outras sanções igualmente eficazes, menos restritivas e menos dispendiosas, ou sanções intermédias, que os juízes deviam ser obrigados a contemplar. O segundo argumento contra a discricionariedade judicial (que, em termos ideológicos, contradiz de certa maneira o argumento anterior) é que os juízes, ao exercerem livremente a discricionariedade judicial, têm sido demasiado clementes na forma como têm tratado arguidos acusados de determinados crimes. A suposta relutância de muitos juízes em punir com vigor suficiente casos como, por exemplo, os que envolvem a posse de drogas ilegais levou à reivindicação de penas mínimas obrigatórias para crimes que reflectam uma política social importante, como por exemplo o controlo do tráfico ilegal de drogas ou armas.

IV

As numerosas críticas à discricionariedade judicial e ao carácter indeterminado das penas deram origem a uma acção no sentido de serem criados novos modelos de imposição de penas baseados na teoria das *penas determinadas*.

O principal exemplo do aparecimento de um sistema de penas determinadas ou reguladas por oposição ao sistema de penas indeterminadas ou não reguladas são as directrizes federais relativas à imposição de penas.

Tal como se estipula no direito federal, a finalidade das directrizes relativas à imposição de penas era: (1) consagrar os objectivos da imposição de penas, que estão definidos como sendo a dissuasão, a restrição, a reabilitação e a aplicação de um castigo justo; (2) permitir que os objectivos da imposição de penas sejam realizados com segurança e imparcialidade, evitando-se uma disparidade injustificada no tratamento de delinquentes com características semelhantes e condenados por um comportamento criminoso idêntico, e, simultaneamente, assegurar uma flexibilidade judicial suficiente para se poderem levar em conta factores agravantes e atenuantes; e (3) reflectir, na medida do possível, o progresso dos conhecimentos sobre o comportamento humano naquilo em que dizem respeito ao processo criminal. (28 U.S.C. §991(b)).

As directrizes federais relativas à imposição de penas e directrizes estaduais semelhantes destinam-se a levar em conta não só a natureza e gravidade do comportamento criminoso do delincente, mas também os seus antecedentes criminais. Para esse efeito, as penas estão representadas por uma grelha com dois eixos. Distribuí, para ilustrar o que estou a dizer, um exemplo de uma grelha de molduras penais, que foi apresentada em conjunto com uma proposta de directrizes sobre essa matéria que está neste momento pendente na legislatura de Massachusetts⁷. Embora haja diferenças significativas entre as directrizes federais e a proposta de directrizes do estado de Massachusetts, irei aqui tratá-las em conjunto.

No eixo vertical da grelha são apresentados os delitos imputados aos arguidos. No eixo horizontal, apresentam-se, sob a forma de uma sequência, os antecedentes criminais do arguido,

⁷ Apresenta-se uma «Grelha de molduras penais» no Apêndice A da presente comunicação.

caso aplicável. A fim de determinar a moldura penal que um juiz poderá impor a um determinado arguido, começa-se por se localizar o delito do delinquente no eixo vertical. Do mesmo modo, depois de se determinar a categoria de antecedentes criminais do arguido, terá de se localizar a sua posição no eixo horizontal. O ponto de intersecção entre o tipo de delito e a categoria de antecedentes criminais determina a moldura penal que o juiz poderá impor ao delinquente. A «célula» da grelha indica, portanto, se o arguido está ou não sujeito a uma pena de prisão ou a uma sanção intermédia. Além disso, determinará o período durante o qual o arguido estará sujeito à pena.

No caso de o juiz responsável pela aplicação da pena decidir que há agravantes ou atenuantes que justificam a imposição de uma pena superior ou inferior à moldura penal indicada na grelha (ou, no caso das directrizes federais, se o juiz identificar um factor que não tenha sido levado em conta nas directrizes), então terá de justificar por escrito o motivo que o levou a aplicar uma pena diferente. As penas que se afastem das indicadas nas directrizes estão sujeitas a recurso de revisão.

Para além das directrizes relativas à imposição de penas, a forma mais comum de restringir a discricionariedade judicial são as penas obrigatórias. Estas consistem geralmente num nível de punição mínimo obrigatório abaixo do qual não é permitido a qualquer juiz fixar a pena. Do mesmo modo, existem disposições que proíbem a suspensão de determinadas penas, o que significa que a pena, qualquer que seja a sua duração, terá de ser cumprida na prisão. A título de exemplo posso referir que no estado de Massachusetts existem mais de sessenta crimes para os quais a legislatura estipulou uma pena mínima específica. Essas penas vão desde a prisão perpétua obrigatória, sem possibilidade de liberdade condicional no caso de homicídio qualificado, passando por uma pena de prisão mínima de 15 anos por posse de 200 gramas ou mais de heroína e por

uma pena de prisão mínima de 10 anos por atentado ao pudor e ofensas corporais com dolo de perigo contra um deficiente mental, até um mínimo de 1 ano de prisão por posse ilegal de arma de fogo.

As penas obrigatórias limitam efectivamente a discricionariedade judicial, mas muitas pessoas pensam que, ao fazê-lo, vão longe de mais. Segundo algumas pessoas, trata-se sem dúvida de uma cura para um mal real, mas é uma cura que mata o doente. É legítimo perguntar-se se os abusos de discricionariedade que é possível comprovar exigirão que se retire toda a discricionariedade a todos os juízes em todas as situações que envolvem determinados crimes. Com efeito, poderá dizer-se que a discricionariedade não foi retirada do processo criminal, mas antes transferida do juiz para o Ministério Público, na medida em que a condenação ou não de um arguido a uma pena de prisão obrigatória passa a estar nas mãos do representante do Ministério Público que elabora a acusação. Como o juiz não pode rejeitar uma acusação envolvendo disposições obrigatórias relativamente à pena a impor sem fundamentação legal, o que se passa efectivamente é que a decisão final quanto à natureza da pena deixa de estar nas mãos do juiz, passando a estar nas do Ministério Público.

Para além das directrizes relativas à imposição de penas e às penas obrigatórias, têm sido sugeridos vários outros mecanismos destinados a limitar a discricionariedade judicial na imposição de penas. Um deles, denominado a regra das «três faltas e o jogador vai fora» por referência ao desporto americano do baseball, consiste em aplicar ao arguido uma pena obrigatória maior se ele tiver sido condenado anteriormente em três ocasiões, por determinados crimes. Há também um outro conceito, denominado «A Verdade da Pena», regra que já foi introduzida em vários estados. Tal como foi promulgada em Massachusetts, esta regra proíbe o juiz de suspender uma pena

de prisão que tenha obrigatoriamente de ser cumprida numa prisão estadual, embora lhe permita suspender penas impostas por crimes menos graves que são normalmente cumpridas numa prisão local. Em relação às penas de encarceramento numa prisão estadual, a regra da «Verdade da Pena» também exige que o arguido cumpra um período de prisão mínimo, fixado pelo juiz, antes de poder sair em liberdade condicional ou ser libertado. Esta política é totalmente diferente do regime legal que existia anteriormente, que permitia que os reclusos saíssem em liberdade condicional ou fossem libertados depois de terem cumprido de um a dois terços da pena mínima, consoante a natureza do crime imputado.

Tenho de concluir. Embora a hospitalidade portuguesa não tenha limites, o tempo que me foi atribuído é limitado. Ao reflectir sobre o ponto em que se encontra hoje o sistema de justiça criminal americano no que se refere à imposição de penas, diria que parecemos estar a avançar para um sistema misto em que os juízes mantêm essencialmente a discricionariedade mas dentro de determinados parâmetros definidos pela legislatura. Embora se vá continuar a dar relevo à responsabilização judicial, a tendência é para se orientar ou restringir, mas não eliminar, a discricionariedade judicial. O que está nitidamente a surgir é um «direito» da imposição de penas que reflecte uma análise ponderada da função judicial de imposição de penas. Desde que sigamos a advertência de H.L.A. Hart, o conhecido filósofo do Direito e consideremos que o castigo é «um assunto sobre o qual se deve reflectir, raciocionar e argumentar, e não apenas algo que deva ser deixado ao sabor de sentimentos e emoções», então as nossas perspectivas de virmos a avançar neste campo estarão garantidas.

Grelha de molduras penais

Apêndice A

EXEMPLO DE DELITO		MOLDURAS PENAIS				
9	Homicídio	Prisão perpétua	Prisão perpétua	Prisão perpétua	Prisão perpétua	Prisão perpétua
8	Homicídio privilegiado (voluntário) Estupro de menor com uso de força Estupro agravado Furto qualificado à mão armada com arrombamento	96-144 meses	108-162 meses	120-180 meses	144-216 meses	204-306 meses
7	Roubo à mão armada (arma de fogo) Estupro Ofensa corporal grave	60-90 meses	68-102 meses	84-126 meses	108-162 meses	160-240 meses
6	Homicídio privilegiado (involuntário) Roubo à mão armada (sem arma de fogo) Ofensas corporais com dolo de perigo e condução sob o efeito do álcool, drogas ou noutro estado impróprio (lesões graves)	40-60 meses	45-67 meses	50-75 meses	60-90 meses	80-120 meses
5	Furto sem arma Perseguição em violação de medida cautelar Furto qualificado sem arma com arrombamento Furto (50 000 dólares ou mais)	12-36 meses SI – IV SI – III SI – II	24-36 meses SI – IV SI – III SI – II	36-54 meses	48-72 meses	60-90 meses
4	Furto na pessoa Ofensas corporais com dolo de perigo e condução sob o efeito do álcool, ou noutro estado impróprio (lesões pouco graves) Furto por arrombamento (residência) Furto (10 000 – 50 000 dólares)	0-24 meses SI – IV SI – III SI – II	3-30 meses SI – IV SI – III SI – II	6-30 meses SI – IV SI – III SI – II	20-30 meses	24-36 meses
3	Ofensas corporais com dolo de perigo (ausência de lesões ou lesões de pouca importância) Furto por arrombamento (não em residência) Furto (250 – 10.000 dólares)	0-12 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I	0-15 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I	0-18 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I	0-24 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I	6-24 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I
2	Ofensas corporais Furto inferior a 250 dólares	SI – III SI – II SI – I	0-6 meses SI – III SI – II SI – I	0-6 meses SI – III SI – II SI – I	0-9 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I	0-12 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I
1	Condução com carta apreendida Comportamento desordeiro Vandalismo Escala de antecedentes criminais	SI – II SI – I Sem r. criminal/R. crim. mín.	SI – III SI – II SI – I R. criminal médio	SI – III SI – II SI – I R. criminal grave	0-3 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I Violento ou recidivante	0-6 meses SI – IV SI – III SI – II SI – I Grande periculosidade

Tipos de penas

Pena de prisão

Pena ao critério do juiz (prisão/sanção intermédia)

Sanção intermédia

Sanções intermédias

Detenção durante 24 horas

SI – III Apresentação diária

SI – II Fiscalização normal

SI – I Pena pecuniária

Os números em cada célula representam a moldura penal que o juiz pode impor como pena máxima (ou seja, que não pode exceder).

A pena mínima corresponde a 2/3 da pena máxima e constitui o prazo inicial para apreciação da concessão de liberdade condicional.

AS REACÇÕES CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E A SUA APLICAÇÃO*

Carlos Rodrigues de Almeida

As reacções criminais integram, mas não esgotam, o universo das consequências jurídicas da prática de actos ilícitos. Para além das penas e das medidas de segurança, típicas do direito penal, e das coimas, características do direito de mera ordenação social, existem outras sanções atípicas de diferente natureza. Sendo, porém, o crime a forma mais grave de violação do ordenamento jurídico, caracterizado pela lesão de um bem jurídico-penal, compreende-se facilmente que a reacção criminal seja também a sanção estadual mais severa. Tal maior severidade tem a ver com a possibilidade, característica do direito penal, de utilizar a privação de liberdade ambulatoria como sanção, possibilidade que não existe nos outros âmbitos do ordenamento.

Se qualquer reacção criminal pressupõe, pelo menos, a prática de um acto típico e ilícito, a pena, a primeira e mais importante das suas modalidades, requer ainda que exista culpa do agente. Por sua vez, a medida de segurança pressupõe a existência de um fundado receio de que o agente venha a cometer outros factos da mesma espécie, ou seja, pressupõe a perigosidade do agente.

Porém, nem todas as reacções criminais têm uma natureza unívoca. O Código Penal prevê a “pena relativamente indeterminada”, que parece reunir as duas características assinaladas, sendo, até ao limite tolerado pela medida da culpa, uma autêntica pena e, na parte em que a ultrapassa, uma verdadeira medida de segurança. Trata-se de uma reacção criminal reservada a delinquentes por tendência, alcoólicos e toxicodependentes (arts. 83.º a 90.º do CP).

Com excepção da pena relativamente indeterminada, não podem ser aplicadas ao mesmo agente, pelo mesmo facto, cumu-

* O presente texto, pela sua simplicidade e concisão, foi elaborado com a preocupação exclusiva de propiciar uma primeira aproximação à problemática em causa a pessoas, nomeadamente de outra nacionalidade, que não tenham tido qualquer contacto prévio com o ordenamento jurídico português.

lativamente, penas e medidas de segurança privativas da liberdade. É, no entanto, admissível a aplicação cumulativa de penas e medidas de segurança não privativas da liberdade.

Atento o princípio da humanidade e a desnecessidade político-criminal, o direito português recusa a pena de morte e a pena de prisão perpétua (arts. 24.º, n.º 2, e 30.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), sendo temporárias todas as penas de prisão. Da mesma forma, também não existem penas fixas, sendo sempre variáveis. A lei estabelece um limite mínimo e um limite máximo entre os quais o juiz, de acordo com critérios estabelecidos legalmente, determina a concreta duração da pena.

As penas principais, ou seja, aquelas que estão previstas na norma sancionadora como correspondente à prática de cada crime e que podem ser aplicadas independentemente de outras, são a prisão e a multa.

A pena de prisão, que consiste na privação da liberdade ambulatoria, não tem formas diversificadas, é uma pena única, e não acarreta efeitos jurídicos necessários e automáticos que ultrapassem a sua própria execução, é uma pena simples. Tem como limite mínimo geral 1 mês e como limite máximo geral 20 anos, podendo, nos casos especialmente previstos, atingir os 25 anos (art. 41.º do CP).

A pena de multa é uma sanção de natureza patrimonial. Pode ser a única pena prevista para a punição de um tipo de crime, caso em que é uma pena autónoma, pode surgir como pena alternativa à pena de prisão ou pode substituir a pena de prisão prevista na norma sancionadora. Até 1995 a pena de multa era, também em muitos casos, complementar da pena de prisão, modalidade em que tende a desaparecer depois da última revisão do Código Penal.

Não é, porém, em geral, uma multa em quantia. Como regra, a multa é fixada em dias, correspondendo a cada dia um determinado valor. A multa varia, em geral, entre os 10 e os 360

dias, podendo, em casos especiais, atingir os 900 dias. Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre 200\$00 e 100 000\$00 (art. 47.º do CP).

O juiz, de acordo com os critérios gerais de determinação da pena, fixa o concreto número de dias de multa a aplicar ao caso e, atenta a situação económica do condenado, determina o valor diário dessa multa. O cumprimento da pena de multa é assegurado através da utilização subsidiária da pena de prisão. Sempre que a multa não seja paga, voluntária ou coercivamente, ou substituída por trabalho, há lugar ao cumprimento de prisão. Se se tratar de multa directamente imposta, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços. Se se tratar de uma multa de substituição da pena de prisão é cumprida a pena de prisão que a multa substituída.

Para além das penas principais atrás referidas, o Código Penal prevê penas de substituição. Destinam-se, salvo quanto à admoestação, a substituir a pena de prisão de curta e média duração e, assim, limitar o campo de aplicação da privação da liberdade. Como penas de substituição o Código admite a suspensão da execução da pena de prisão, a prestação de trabalho a favor da comunidade, a admoestação e a própria multa, numa das suas vestes a que já se fez referência. Para além disso, como forma de minorar os efeitos criminógenos da prisão, admite-se que esta pena, quando tenha duração não superior a 3 meses, seja executada em períodos correspondentes a fins-de-semana, a chamada prisão por dias livres, ou em regime de semidetenção, permitindo assim que o condenado prossiga a sua actividade profissional normal, a sua formação profissional ou os seus estudos.

De acordo com o art. 50.º do Código Penal “o tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura

do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

A suspensão é por tempo determinado, entre 1 e 5 anos, podendo ser condicionada ao cumprimento de deveres, à observância de regras de conduta ou acompanha de regime de prova. Enquanto os deveres se destinam a reparar o mal do crime, as regras de conduta e o regime de prova têm em vista facilitar a reintegração do agente na sociedade.

A pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 58.º) visa substituir a pena de prisão não superior a 1 ano, consistindo “na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou a entidades privadas cujos fins o tribunal considere de interesse para a comunidade”. Tem uma duração fixada entre 36 e 380 horas.

A admoestação, que é uma solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal, visa substituir a pena de multa não superior a 120 dias (art. 60.º do CP).

Indicadas as penas principais (prisão e multa) e aquelas que as podem substituir (suspensão da execução da prisão, trabalho a favor da comunidade, multa e admoestação), importa agora fazer referência às penas acessórias, que são as que só podem ser aplicadas em conjunto com uma outra pena.

Embora nenhuma pena envolva como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, o Código Penal e a legislação penal extravagante consagram a existência de penas acessórias. Tais penas traduzem-se na proibição de exercício de determinados direitos ou profissões. Como penas acessórias o Código Penal prevê a proibição de exercício de função (art. 66.º do CP) e a proibição de conduzir veículos motorizados (art. 69.º do CP).

A proibição de exercício de função, por um período entre 2 e 5 anos, aplica-se a cargos públicos, funcionários públicos, agentes da administração e profissões ou actividades cujo exer-

cício dependa de título público ou de autorização ou homologação de autoridade pública.

A proibição de conduzir veículos motorizados por um período fixado entre 1 mês e 1 ano aplica-se a quem for punido por crime cometido no exercício da condução com grave violação das regras do trânsito rodoviário ou por crime cometido com utilização de veículo e cuja execução tenha sido por este facilitada de forma relevante.

Tendo, como já se referiu, as penas duração variável, a determinação da sua concreta medida é o resultado de um complexo processo que procura ser racional e sindicável em sede de recurso.

Esse procedimento tem três fases distintas.

Numa primeira o juiz determina a pena abstracta. Ela consta, em geral, da disposição da parte especial que prevê e pune a conduta. Porém, por vezes, é preciso fazer funcionar circunstâncias modificativas que no caso se verifiquem.

Determinada a pena abstracta há que identificar e valorar os factores que, não fazendo parte do tipo de crime, sejam relevantes, à luz dos vectores de culpa e prevenção, para a determinação da pena concreta.

De facto, a aplicação de penas no nosso sistema visa o reforço da confiança na vigência da norma violada e a pacificação da comunidade abalada pelo crime, devendo também, na medida em que tal seja permitido pela consecução desses fins, propiciar a reinserção social do condenado. A pena não pode, contudo, em caso algum, exceder a medida da culpa (art. 40.º do CP).

Identificados e valorados esses factores determinar-se-á a pena concreta tendo em conta os critérios assinalados.

No caso de o agente ter praticado uma pluralidade de crimes antes de a condenação pelo primeiro deles ter transitado em julgado, haverá que determinar uma pena única, a qual tem como limite mínimo a duração da pena mais alta concretamente aplicada e como limite máximo a soma de todas as penas parcelares, não podendo exceder os 25 anos.

Tendo a multa aplicada duração não superior a 120 dias ou tendo a prisão duração não superior a 3 anos, haverá, num terceiro momento, que optar, em função de critérios de prevenção, pela aplicação ou não de uma pena de substituição.

Finalmente, resta-nos fazer uma breve referência às medidas de segurança. Também elas se encontram sujeitas ao princípio da legalidade, pressupondo a prática de um acto ilícito típico e a existência de perigosidade. Encontram-se jurisdicionalizadas e devem ser proporcionais à gravidade do facto e à perigosidade do agente.

Como medida de segurança privativa de liberdade, o Código Penal prevê o internamento de inimputáveis em estabelecimentos de cura, tratamento ou segurança se, “por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie” (art. 91.º, n.º 1, do CP), podendo o internamento, no caso de “o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a 5 anos”, ter uma duração mínima de 3 anos (n.º 2).

A execução do internamento pode ser suspensa se com ela se puder esperar conseguir alcançar o controlo da perigosidade do agente (art. 98.º do CP).

Para além do internamento dos inimputáveis o Código Penal prevê três outras medidas de segurança. Trata-se porém, de medidas não privativas da liberdade.

Pode haver a interdição temporária, em princípio entre 1 e 5 anos, de actividades profissionais, comerciais ou industriais (art. 100.º do CP), pode ser cassada a licença de condução de veículos motorizados (art. 101.º do CP) e interdita a concessão de licença a quem dela não seja titular (art. 102.º do CP).

Tais medidas podem ser aplicadas cumulativamente com a pena ou a medida de segurança de internamento impostas ou autonomamente, neste caso a inimputáveis que, por esse facto, tenham sido absolvidos.

JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Sessão III

*Suspensão da Pena:
Reinserção do Arguido e Protecção da Sociedade
sem Privação da Liberdade*

O CONTROLO DA SUSPENSÃO DA PENA PELA COMUNIDADE: UMA ALTERNATIVA À PRISÃO

Elizabeth V. Tavares

Gostaria de manifestar a minha sincera gratidão e apreço à Fundação Luso-Americana por me ter convidado a mim e aos meus ilustres colegas para participarmos nesta experiência extraordinária. Muito obrigada.

Ao analisarmos a história da profissão de *probation officer* (agentes responsáveis por indivíduos em liberdade condicional), compreendemos como é que as funções tradicionais desses agentes e a situação actual evoluíram. Durante o último século, os *probation officers* e a polícia desempenharam um papel decisivo no sentido de criar comunidades mais seguras. Os departamentos da polícia e de liberdade condicional desempenharam, desde o início, um papel equivalente, na medida em que ambos os organismos estavam fundamentalmente interessados em identificar e controlar as pessoas que tinham infringido a lei.

No princípio da década de 1840, grande parte da actividade do departamento da polícia de Boston consistiu em deter pessoas e levá-las a tribunal por comprarem bebidas alcoólicas ao domingo e por estarem embriagadas em público. Nessa altura, a polícia dos Estados Unidos passava muito tempo a responder a preocupações sociais, tais como perturbações da ordem pública. Na década de 1840, grande parte do trabalho da polícia relacionava-se com questões de ordem social, como embriaguez pública e vadiagem. As práticas utilizadas pela polícia para lidar com problemas relacionados com a embriaguez pública contribuíram consideravelmente para o aparecimento da fiscalização da liberdade condicional em Boston, em 1841. John Augustus, um sapateiro de profissão, é

considerado o fundador da liberdade condicional. Procurando responder ao problema do abuso de bebidas alcoólicas, John Augustus aparecia no tribunal, oferecendo-se para pagar a caução dos arguidos e assumir a responsabilidade pela reabilitação desses indivíduos. Foi a legislatura de Massachusetts que, em 1878, promulgou a primeira lei sobre liberdade condicional dos Estados Unidos. O primeiro *probation officer* foi um elemento do departamento da polícia de Boston, que tinha por função recomendar a liberdade condicional para as pessoas de «quem seria razoável esperar-se que viessem a corrigir-se sem serem punidas». Em 1880, a legislatura de Massachusetts aprovou a primeira contratação de *probation officers* a nível estadual. Em 1890, a legislatura estipulou que os *probation officers* deixariam de pertencer à polícia, passando a ficar sob a alçada do poder judicial, tal como continua a acontecer ainda hoje. Ao longo dos vinte anos seguintes, outros estados publicaram leis semelhantes.

No princípio do século XX, verificou-se uma mudança paradigmática ao nível do papel do governo, durante o período que os historiadores designam por Era Progressista, e a fiscalização da liberdade condicional assumiu uma orientação humanitária, passando a concentrar-se principalmente na reforma dos indivíduos. Mas os novos *probation officers* contratados ao abrigo da legislação relevante eram reformadores interessados em superar problemas sociais e problemas de alcoolismo ou toxicodependência e elementos das forças policiais cuja actividade incidia principalmente na vigilância e controlo. Infelizmente, os *probation officers* e agentes da polícia viram-se a trabalhar num clima em que prevaleciam a indefinição de funções, as divergências filosóficas e a incompatibilidade entre a política e a prática.

No período entre 1900 e princípio da década 1930 registou-se um aumento da afluência de imigrantes às zonas urbanas, com o subsequente aumento da procura de habitação e

emprego. Os imigrantes, com as suas línguas e costumes diferentes, tendiam a estabelecer-se perto uns dos outros, formando bolsas étnicas nas zonas mais pobres das cidades. Os bairros de imigrantes passaram a caracterizar-se por taxas de criminalidade mais elevadas. Os reformadores progressistas acreditavam que um governo eficaz conseguiria integrar todas as raças numa só nação e que, se os imigrantes fossem americanizados, deixariam de sentir necessidade de se entregar a actividades criminosas, o que permitiria em grande medida eliminar o crime. Assim, conceberam um sistema correcional que incidia principalmente no tratamento individualizado, e não na punição.

A fim de reformar os criminosos e restringir a punição aos delinquentes habituais, muitas legislaturas adoptaram as ideias dos reformadores progressistas, que acreditavam fundamentalmente que a sua filosofia permitiria criar comunidades activamente orientadas para a resolução de problemas. Outros estados promulgaram leis sobre a liberdade condicional em que se definiam como principais funções dos *probation officers* manter registos exactos, investigar e fiscalizar o delincente ao nível da comunidade. Este movimento no sentido da promoção de um comportamento ordeiro por parte dos indivíduos que se encontravam em liberdade condicional continua a ser aquilo que define actualmente a função do *probation officer*.

Durante este período, os agentes da polícia tinham como função principal fazer rondas nos bairros. A mensagem transmitida tacitamente à polícia era que a sua função consistia em manter essas pessoas «diferentes», ou seja, os imigrantes, longe das «pessoas de bem». Quando eram cometidos crimes nesses enclaves de imigrantes, era frequente a polícia nem sequer responder, ou fazê-lo com uma violência dirigida indiscriminadamente contra todas as pessoas envolvidas, incluindo as vítimas. A atitude que a polícia começava a adoptar era que não podia fazer nada a não ser deter os delinquentes. A atitude de «nós prendemo-los e depois os tribunais que

resolvam o assunto» passou a ser a atitude habitual da polícia a partir do momento da detenção. Como a polícia não podia controlar as decisões posteriormente tomadas pelo Ministério Público ou pelos juízes, adoptou uma atitude de isolamento em relação a outros organismos da justiça criminal. Durante este período, verificaram-se vários incidentes ao nível da interacção entre a polícia e os *probation officers* em que agentes da polícia detiveram, por um crime posterior, indivíduos que se encontravam em liberdade condicional. A polícia e o departamento responsável pela liberdade condicional criaram hábitos de isolamento burocrático. Um dos motivos de discórdia decorria do facto de cada um destes organismos ter ideias próprias acerca daquilo que deveriam ser as funções do outro. A polícia considerava que os *probation officers* eram assistentes sociais benevolentes, cuja principal preocupação era manter fora da prisão os indivíduos que a polícia detinha, e que, de um modo geral, a liberdade condicional era ineficaz. Os *probation officers*, por seu turno, consideravam que a polícia era demasiado agressiva, e que a sua única preocupação era meter pessoas na prisão. A principal crítica da polícia em relação aos *probation officers* era que estes não partilhavam de boa vontade a informação de que dispunham sobre os processos dos delinquentes. Enquanto os *probation officers* se dedicavam principalmente à reabilitação e reinserção dos delinquentes na vida comunitária, a polícia, por outro lado, dava especial relevo à vigilância e à necessidade de remover os delinquentes da comunidade. Cada um destes grupos profissionais responsabilizava o outro por estar a criar comunidades pouco seguras.

Os anos 50 foram um período tumultuoso para o sistema prisional americano. Registou-se uma série de motins devido à superlotação, má gestão e falta de recursos das prisões. As legislaturas começaram a estudar alternativas para o encarceramento, nomeadamente, a liberdade condicional. O público em geral queria que os problemas das prisões fossem resolvidos, mas não havia quaisquer

soluções concretas, e aquelas que foram encontradas não mereceram aprovação ou apoio porque não se queria utilizar o dinheiro dos contribuintes para resolver esses problemas.

Considerava-se que o alargamento da liberdade condicional era uma panaceia – não só se determinou que a liberdade condicional era menos dispendiosa do que o encarceramento (actualmente, o custo por arguido é de 1500 dólares, ao passo que o custo de um recluso é de 37 000 dólares), como era considerada uma medida mais humana. A realidade era que o volume de processos de indivíduos em liberdade condicional era elevado e que a vigilância e fiscalização dos delinquentes com vista à sua reabilitação era limitada. Além disso, os próprios funcionários raramente tinham a formação profissional necessária para avaliar a infinidade de questões que os arguidos levantavam. Durante este período, a polícia, em parte devido ao seu isolamento em relação aos *probation officers*, continuava a considerar que os esforços de reabilitação por parte destes funcionários eram um fracasso. Normalmente, a polícia não tinha conhecimento dos êxitos do sistema de liberdade condicional, o que perpetuava a sua convicção de que a liberdade condicional era totalmente ineficaz.

A década de 1960 foi uma década turbulenta devido ao número de jovens que faziam parte do grupo de risco em termos de criminalidade. Registou-se, nos Estados Unidos, um aumento das taxas de criminalidade, especificamente relacionado com o consumo de drogas. Os *probation officers* viram-se assoberbados por carecerem de estratégias apropriadas para lidar com os delinquentes acusados de crimes relacionados com o consumo de drogas. A acção do sistema de justiça criminal, e da polícia, em particular, era acompanhada atentamente pelo público devido à forma por vezes arbitrária como lidavam com as minorias. Mas tanto os *probation officers* como a polícia eram criticados pelas práticas que utilizavam no combate ao crime, sendo uns e outros criticados por não participarem activamente no desenvolvimento dos recursos

das comunidades. Os sistemas de liberdade condicional foram alvo de críticas vigorosas por se considerar que o elevado número de processos estava a contribuir para a ineficácia da liberdade condicional. Embora houvesse efectivamente um elevado número de delinquentes sob a supervisão dos *probation officers*, os seus departamentos não estavam a desenvolver esforços suficientes para melhorar os seus registos e as suas práticas de investigação e fiscalização. Durante este período, tornou-se claro que os organismos responsáveis pela liberdade condicional não dispunham de um sistema adequado de gestão e classificação, o que significava que o nível de fiscalização por parte dos *probation officers* era igualmente deficiente para todos os delinquentes. Esses organismos não estavam, manifestamente, a contribuir para a criação de comunidades mais seguras.

Nos anos 60 e 70 as autoridades policiais encontraram-se na situação de ter de fazer cumprir leis relacionadas com questões ligadas ao Vietname e aos direitos civis que muitas pessoas na sociedade consideravam moralmente erradas. A polícia estava a deter pessoas por se manifestarem contra a guerra e tinha, também, a difícil tarefa de escoltar os autocarros escolares de crianças pertencentes a minorias que passaram a frequentar escolas que, até essa altura, apenas haviam sido frequentadas por brancos, acções estas que iam contra os desejos de camadas numerosas da comunidade. De um modo geral, os organismos da justiça criminal, entre os quais se incluíam a polícia e os departamentos de liberdade condicional, não estavam preparados para as transformações radicais que caracterizaram os anos 60. Em 1967, o presidente Johnson decidiu que fossem criadas várias *task forces* presidenciais para examinar as questões do crime e agitação entre os jovens. A solução que o governo federal encontrou para dar resposta aos relatórios dessas *task forces* foi afectar verbas reduzidas à resolução desses problemas, o que gerou um maior isolamento burocrático e levou a que se mantivesse o clima de não colaboração entre os vários organismos da justiça criminal.

No princípio dos anos 80, registou-se um movimento no sentido da profissionalização de toda a comunidade da justiça criminal. Nessa altura, ao nível das autoridades responsáveis pela liberdade condicional, passou a atribuir-se mais importância à gestão e definição de objectivos relacionados com o controlo de riscos. Foram criados sistemas de gestão e classificação de processos e sistemas de gestão da informação, tendo sido também definidos critérios mensuráveis de práticas profissionais para os *probation officers*. Embora tenham sido criados os instrumentos de gestão necessários, os *probation officers* passaram a ter de despende uma parte considerável do seu tempo em tarefas burocráticas. Entretanto, a polícia, apesar dos grandes progressos em termos de sistemas de informação, ficou reduzida a uma função de reacção em relação ao crime, passando a patrulhar as ruas de carro. Em finais da década de 1980, começaram a sentir-se os benefícios da melhor formação dada aos agentes. Por exemplo, trabalhos de investigação sobre o impacte da educação na polícia revelaram que os agentes com uma boa formação têm menos probabilidade de usar a violência, sendo menor o número de queixas apresentadas contra eles. No princípio da década de 1990, apesar do aumento acentuado de crimes violentos, os sistemas da liberdade condicional e da polícia estavam em posição de atribuir mais importância ao profissionalismo, instituir uma gestão eficaz e gerir melhor os recursos fiscais.

Actualmente, os serviços responsáveis pela liberdade condicional em Massachusetts são administrados pelo gabinete do *Commissioner of Probation*, que superintende todos esses serviços. O tribunal de primeira instância (*trial court*) é o órgão administrativo que superintende o sistema judicial de Massachusetts. O juiz presidente do tribunal federal de distrito é quem nomeia o *Commissioner of Probation* e autoriza a promulgação das normas ou procedimentos estabelecidos por este último. Existem departamentos de liberdade condicional em

cada um dos 69 tribunais de comarca (*district courts*); em cada um dos 12 tribunais superiores (*superior courts*); em cada um dos 11 tribunais de família e sucessões (*probate and family courts*); e em cada um dos 8 tribunais de menores (*juvenile courts*). Estão actualmente a ser criados novos tribunais de menores, prevendo-se que este processo esteja concluído em Julho de 1998. Cada tribunal tem jurisdição sobre casos específicos, embora o tribunal superior e o tribunal de comarca possam ter simultaneamente jurisdição sobre crimes semelhantes.

O gabinete do *Comissioner of Probation* é constituído por quatro departamentos. Temos a Divisão Jurídica, que funciona principalmente como consultora jurídica do *Commissioner of Probation*; a Divisão de Serviços de Campo, que é responsável pela assistência técnica e formação de cerca de 1600 *probation officers*, e a Divisão de Investigação/Pessoal, que mantém as estatísticas relativas aos delinquentes apresentados a juízo. Por exemplo, em Massachusetts, há aproximadamente 60 000 indivíduos em liberdade condicional, sujeitos a uma forma qualquer de fiscalização; 79% dos indivíduos pronunciados são consumidores de drogas e/ou álcool, e sabemos que são aplicadas cerca de 50 000 medidas cautelares por ano, 1000 por semana e 200 por dia (48,9% das quais dizem respeito a pessoas que tinham uma relação sentimental e 34% a ex-cônjuges). Por último, temos a Divisão de Serviços de Informação, que é responsável por manter uma base de dados contendo informação sobre a situação judicial dos indivíduos que se encontram em liberdade condicional, sendo atribuído a cada um deles um número de ficheiro central. Estando o sistema informatizado, esse número permite ao *probation officer* identificar a situação do delincente em relação a qualquer tribunal do estado de Massachusetts, incluindo o seu registo criminal de menor, bem como determinar se o indivíduo foi objecto de uma medida cautelar (um mandado de protecção por motivo de violência doméstica). Temos também

acesso a um sistema que permite obter informação a partir dos registos criminais estaduais. O sistema está neste momento a ser alargado de modo a incluir uma base de impressões digitais.

O *Commissioner of Probation* está autorizado a estabelecer as normas de funcionamento dos sistemas de liberdade condicional. Ao serem contratados, os *probation officers* têm de frequentar um curso de formação de oito dias e recebem um exemplar das Normas do *Probation Officer*. Estas normas incluem normas de fiscalização, normas relativas à classificação do risco/necessidades e normas relativas à suspensão da liberdade condicional. (Isto não é uma lista exaustiva de todas as normas estabelecidas pelo *Commissioner of Probation*).

As normas de fiscalização prevêm três tipos de fiscalização, nomeadamente, a fiscalização de casos de risco/necessidade, de casos OUI (condução sob o efeito de drogas e/ou álcool) e de casos administrativos. Cada um destes casos é objecto de um tipo de fiscalização diferente, de acordo com necessidades específicas.

As normas relativas à classificação do risco/necessidades ajudam o *probation officer* a avaliar o risco que o indivíduo em liberdade condicional representa para a comunidade e identificam as suas necessidades. Para avaliar esse risco, o *probation officer* examina categorias de riscos e atribui um número com base numa tabela. Para esse efeito, analisa o registo criminal ou antecedentes do indivíduo durante os cinco anos anteriores, bem como qualquer período anterior de liberdade condicional sujeita a fiscalização nos últimos cinco anos; determina a idade que o indivíduo tinha quando cometeu o primeiro delito, quaisquer mudanças de residência verificadas nos doze meses anteriores, a sua situação de emprego nos doze meses anteriores, eventual alcoolismo ou toxicodependência e a atitude do indivíduo durante a liberdade condicional. É atribuído um valor numérico a cada uma das categorias de risco e a soma desses valores determina o nível de fiscalização. O *probation officer*

procura determinar as necessidades do indivíduo em liberdade condicional com base em oito categorias, nomeadamente, educação, situação de emprego, antecedentes da sua situação conjugal/familiar, relações com indivíduos do mesmo grupo social, consumo ou abuso de álcool, toxicod dependência, aconselhamento, capacidade para funcionar independentemente e gestão das finanças pessoais. O grau de risco é classificado, sendo-lhe atribuído um nível de fiscalização. Por exemplo, um nível de fiscalização mínimo terá uma classificação de 21-27. Uma classificação deste tipo exige que o *probation officer* estabeleça um contacto qualquer com o indivíduo que está em liberdade condicional de 90 em 90 dias e sugere que este representa um risco mínimo para a comunidade. Um nível médio de fiscalização, que corresponderá a uma classificação de 13-20, determina que esse contacto seja estabelecido de 30 em 30 dias, e que sejam verificadas mensalmente a residência do indivíduo, a sua situação de emprego e quaisquer condições especiais impostas pelo tribunal em relação à liberdade condicional. Se a classificação de risco de um indivíduo se situar entre 0-13, isso significa que ele representa um risco máximo para a comunidade e que tem de ter uma entrevista com o *probation officer* de 14 em 14 dias, sendo igualmente efectuadas as verificações anteriormente referidas.

Como parte da avaliação do risco/necessidades, o *probation officer* tem de elaborar um perfil de cada delinvente que tenha sido posto em liberdade condicional e cuja supervisão pelo departamento de liberdade condicional tenha sido determinada pelo tribunal. Tem, também, de elaborar um plano de fiscalização que contemple pelo menos uma das categorias de necessidade identificadas. Embora a função principal do *probation officer* seja assegurar o cumprimento das ordens do tribunal, no caso de alguns indivíduos que se encontram em liberdade condicional, tem também de desempenhar funções de aconselhamento. No entanto, por vezes, o indivíduo é encaminhado para organismos

apropriados com vista à resolução de necessidades específicas, como alcoolismo, toxicodependência ou problemas psicológicos.

Quando um delinquente é apresentado a tribunal, este pode condená-lo a uma pena suspensa que, normalmente, é uma pena de liberdade condicional. O arguido é obrigado a assinar as condições da liberdade condicional, em que se estabelece a forma como se deverá comportar enquanto estiver nessa situação. As condições da liberdade condicional estipulam, por norma, que o indivíduo deverá obedecer às leis locais, estaduais ou federais ou à decisão do tribunal; que deverá apresentar-se ao *probation officer* designado nas datas e locais que este fixar; que terá de notificar imediatamente o seu *probation officer* no caso de mudar de residência ou emprego; e que não deverá sair do estado de Massachusetts sem a autorização expressa do *probation officer*, autorização esta que poderá ser concedida sob condição de o indivíduo aceitar a extradição. Além disso, o tribunal poderá impor à liberdade condicional outras condições especiais que considere necessárias, desde que estas se relacionem com o crime em causa.

Commonwealth v. Power, 420 Mass 410 (1985). «Considerou-se haver uma relação aceitável entre a condição especial da liberdade condicional que proíbe um criminoso condenado de tirar financeiramente partido do seu crime, falando sobre ele ou sobre a sua experiência como fugitivo, e a finalidade legítima da sentença, e que isso não representava uma violação inconstitucional dos direitos concedidos ao arguido pelo 1.º aditamento.»

O estado de Massachusetts tem uma lei extremamente forte sobre os direitos das vítimas, que permite à vítima de um crime ser mantida a par de todos os procedimentos relacionados com o seu caso. A finalidade desta lei é conferir à vítima um papel significativo no sistema de justiça criminal. É frequente, como condição especial da liberdade condicional, o tribunal ordenar que o arguido pague uma indemnização, que é normalmente cobrada pelo departamento de liberdade condicional e posteriormente paga

à vítima. Durante o ano fiscal de 1997, os departamentos de liberdade condicional do Tribunal Superior cobraram indenizações no valor de 2 314 931 dólares, os dos tribunais de comarca cobraram 9 716 988 dólares, e os dos tribunais de menores cobraram 559 652 dólares. Neste mesmo ano fiscal, o montante total cobrado pelo conjunto desses tribunais, incluindo pensões de alimentos, indenizações, multas, custas judiciais, despesas verificadas em relação às testemunhas da vítima, honorários de advogados oficiosos, despesas dos serviços de liberdade condicional, e multas por condução sob efeito do álcool foi de 46 896 824 dólares.

As leis gerais do estado de Massachusetts autorizam os *probation officers* a prender indivíduos que estejam sob a sua supervisão, com ou sem mandado de captura. Além disso, por lei, os *probation officers* também têm alguns poderes policiais em relação aos indivíduos que se encontram sob a sua supervisão. Embora, em termos táticos, não recebam formação nas áreas da detenção, busca ou apreensão, e um regulamento os proíba de usar armas de fogo no desempenho das suas funções, os *probation officers* trabalham em parceria com a polícia, podendo ordenar que os agentes detenham indivíduos em liberdade condicional, efectuem buscas a esses indivíduos e apreendam armas que se encontrem na sua posse. Esta é uma área dos serviços de liberdade condicional de Massachusetts que está a evoluir e em que se verifica uma grande necessidade de formação e orientação.

Os indivíduos que se encontram em liberdade condicional e sob supervisão podem, portanto, permanecer na comunidade, com a sua família. No entanto, devido à sua situação, têm menos direitos constitucionais. Por exemplo, o *probation officer* pode visitar um indivíduo que se encontra em liberdade condicional a qualquer hora aceitável, em sua casa, sem pré-aviso, fazendo-se acompanhar de um polícia. O indivíduo pode ser detido sem mandado de captura se o *probation officer* considerar que ele violou uma condição da liberdade condicional. Além disso,

pode ser objecto de uma busca, desde que isso esteja previsto nas condições da liberdade condicional e se baseie numa suspeita razoável de ter havido uma violação dessas condições.

A segurança do público e a reabilitação do delincente são os objectivos fundamentais da fiscalização da liberdade condicional. Se o indivíduo que está em liberdade condicional adoptar posteriormente comportamentos que ponham em causa ter havido da sua parte um verdadeiro empenhamento em modificar a sua atitude ou comportamento, o *probation officer* terá de avaliar o risco que ele representa para a segurança do público. Os regulamentos relativos à suspensão da liberdade condicional estipulam que, ao tomar conhecimento do envolvimento de um indivíduo que esteja em liberdade condicional num crime posterior ou da violação de uma das condições da liberdade condicional, o *probation officer* tem de averiguar o caso e dar notificação da revogação da liberdade condicional. Os serviços de informação do gabinete do *Commissioner of Probation* envia a todos os tribunais um relatório sobre as actividades posteriores do delincente. Por exemplo, se o tribunal A for responsável pela fiscalização do sr. Jones, que está em liberdade condicional, e este for pronunciado no tribunal W (no outro extremo do estado), dentro de 24 horas, o tribunal A será notificado do novo crime e informará o *probation officer* responsável de que o indivíduo sob a sua supervisão não está, tecnicamente, a cumprir as condições da liberdade condicional por ter sido objecto de uma nova acusação/detenção. Ao receber esta notificação, o *probation officer* notifica o indivíduo da revogação da liberdade condicional, informando-o de que deverá apresentar-se no tribunal A ou, se o seu comportamento for notório e representar um risco iminente para a segurança do público, poderá emitir um mandado de captura e determinar que o indivíduo se apresente imediatamente no tribunal A.

No caso *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973), o Supremo Tribunal dos Estados Unidos estipulou que uma audiência de

revogação da liberdade condicional não é um processo criminal e que, nos termos da Constituição, o indivíduo em liberdade condicional não era obrigado a nomear um advogado, mas que os estados podiam exigir a presença de um advogado. Embora este tipo de processo não seja de natureza criminal, é garantido ao indivíduo em liberdade condicional um processo sumário, na medida em que tem direito a ser notificado por escrito da pretensa violação, a tomar conhecimento das provas apresentadas contra si, a depor e a apresentar testemunhas e provas documentais, bem como o direito de ser acareado com as testemunhas de acusação (a não ser que o responsável pela audiência determine especificamente haver justa causa para não permitir a acareação), a ser ouvido por uma instância neutra e independente e a receber uma declaração escrita dos investigadores contendo as provas e motivos apresentados como fundamento da revogação da liberdade condicional. Os factos apresentados pelo *probation officer* terão de ser consubstanciados pela maioria das provas apresentadas. Serão admitidos testemunhos indirectos desde que haja indícios de fiabilidade. (*Commonwealth v. Brown*, 395 Mass 1006 (1985)). Em 1990, no caso *Commonwealth v. Durling*, 407 Mass 1006 (1985), o Supremo Tribunal do estado de Massachusetts determinou que, numa audiência de revogação da liberdade condicional em que o departamento de liberdade condicional pretenda basear-se em testemunhos indirectos, o juiz, de acordo com as circunstâncias do caso, tem de levar em conta o direito que o processo justo legal confere ao indivíduo de ser acareado com as testemunhas e de as contra-interrogar, e concluiu que, se as provas apresentarem indícios substanciais de fiabilidade, os princípios do processo justo legal não proibem a sua utilização no processo. Neste tipo de casos, o *probation officer* pretende levar por diante a revogação da liberdade condicional e pede ao tribunal para apreciar a matéria antes de tomar uma decisão sobre os factos que levaram à notificação da revogação da liberdade condicional.

Em alguns casos, o departamento de liberdade condicional decide pedir uma audiência de suspensão da liberdade condicional após determinar a natureza do delito imputado. O Supremo Tribunal do estado de Massachusetts estipulou que se um indivíduo em liberdade condicional for considerado inocente de um delito posterior, o departamento de liberdade condicional poderá solicitar uma audiência de suspensão da liberdade condicional e vir a conseguir a sua revogação. O tribunal considera que, num processo criminal, a culpa tem de ser provada sem que subsistam dúvidas importantes, ao passo que numa audiência de revogação da liberdade condicional, o critério utilizado é o da preponderância da prova, um critério civilista. (*Commonwealth v. Holgrem*, 421 Mass 224 (1995)). Em 1989, o tribunal estipulou que, no caso de provas obtidas ilegalmente, em que as autoridades policiais que tinham obtido essas provas não sabiam, nem tinham motivo para saber, que o indivíduo cujos bens haviam sido apreendidos se encontrava em liberdade condicional, todas as provas que constituíssem uma violação dos direitos e garantias constitucionais do suspeito (*Miranda rights*) seriam admissíveis numa audiência de revogação da liberdade condicional, embora não o fossem num processo criminal. (*Commonwealth v. Olsen*, 405 Mass 491; *Commonwealth v. Vincente*, 405 Mass 278.) A finalidade da liberdade condicional é permitir a reabilitação do arguido sob supervisão do *probation officer*. O facto de existirem provas de que um indivíduo em liberdade condicional não está a cumprir as condições da mesma pode ser um indício de que não se reabilitou e continua a representar uma ameaça para o público.

Sendo funcionários dos tribunais, os *probation officers* não podem evitar nem devem subestimar a sua função judicial. A sua principal obrigação é fiscalizar e fazer cumprir as decisões dos tribunais. De acordo com aquilo que for determinado pelo tribunal, os *probation officers* têm como principal função resolver confi-

tos de uma forma justa e imparcial. O seu papel é um papel de mediação entre o indivíduo que se encontra em liberdade condicional e o tribunal. São responsáveis não só por assegurar que a decisão do tribunal seja cumprida em termos técnicos, mas também por explicar plenamente ao indivíduo a pena que lhe foi imposta e ajudá-lo a cumprir as obrigações que daí decorrem. Devem igualmente assegurar a mediação entre a vítima e o indivíduo que se encontra em liberdade condicional. O *probation officer* tem de ser visto como um verdadeiro mediador, cuja função é a justiça entre as partes. Dessa forma, a indemnização, as responsabilidades financeiras e outras sanções impostas ao arguido tornam-se uma obrigação muito mais significativa. O *probation officer* deve ser um mediador entre o delinvente e a comunidade. Aquilo que pretendemos assegurar é justiça para a comunidade. A liberdade condicional desempenha um papel fundamental ao procurar assegurar que haja efectiva reparação, por parte do indivíduo, pelos danos causados à comunidade.

À medida que a colaboração entre os agentes responsáveis pela liberdade condicional, a polícia, o Ministério Público, o clero, as pessoas que trabalham com jovens, professores, profissionais da segurança social, pais, jovens e outros parceiros se vai desenvolvendo, a eficácia da polícia e dos agentes responsáveis pela liberdade condicional torna-se evidente. O diálogo e a partilha de informação entre as comunidades e os organismos da justiça criminal são um instrumento funcional no cumprimento das condições da liberdade condicional impostas pelo tribunal. Estando informada sobre as condições da liberdade condicional, a polícia pode assegurar que o delinvente seja responsabilizado pela sua violação e dar conhecimento da mesma aos *probation officers*. A aplicação das condições da liberdade condicional está a tornar-se um instrumento extremamente eficaz ao nível da prevenção do crime, e a função de fiscalização desempenhada pelos *probation officers* é já uma realidade bem evidente.

MEDIDAS SUBSTITUTIVAS DA PENA E PENAS ALTERNATIVAS

Manuel Simas Santos

I

No âmbito deste Seminário “A Justiça nos Dois Lados do Atlântico”, foi-me distribuído o tema “Medidas Substitutivas da Pena e Penas Alternativas”.

Antes de entrar na dilucidação desses termos e do seu significado no sistema legal português, importa reter que a evolução das concepções da política criminal, a partir do fim da 2.^a Grande Guerra – e especialmente, desde os anos sessenta, introduziu muitas ideias novas no espaço da reforma penal. E foi em 1963 que Eduardo Correia publicou, entre nós, o seu Código Penal, Projecto da Parte Geral que apresentava propostas político-criminais bem avançadas quanto a um novo entendimento das reacções criminais.

Mas, como se reconhece no preâmbulo do Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de Setembro, só com o Movimento do 25 de Abril de 1974, e consequente abandono de uma sociedade autoritária e repressiva, foi possível retomar tal projecto¹.

¹ Como se reconhece no Preâmbulo do Código, “O presente Código Penal baseia-se fundamentalmente nos projectos elaborados em 1963 (“Parte geral”) e em 1966 (“Parte especial”), da autoria de Eduardo Correia.

Aquele texto (“Parte geral”), correspondendo a uma visão unitária, coerente, marcadamente humanista e em muitos aspectos profundamente inovadora, foi saudado pelos mais proeminentes cultores da ciência do direito penal nacional e estrangeira. (...)

Pena foi que não tivesse sido mais rápida a aprovação desse projecto, pois muitas das suas disposições teriam um carácter altamente precursor – relativamente ao direito alemão e a outros projectos estrangeiros –, colocando-nos assim, como escrevia Canat, «a la pointe même du progrès». (...) No entanto, e não obstante todo o esforço desenvolvido, o projecto inicial passou por várias vicissitudes, nunca tendo encontrado o espaço político necessário à sua consagração legal. A este facto não será estranho o fim e textura do próprio sistema punitivo do Código, que assenta, adianta-se, em coordenadas que mal caberiam nos quadros de uma compreensão marcadamente repressiva.

A necessidade de fazer uma adequação da legislação ordinária ao novo espírito legislativo resultante do 25 de Abril fez com que o último Governo provisório fomentasse a ideia de tornar o projecto em viva realidade normativa de que o País tanto carecia. Tal impulso não esmoreceu, bem ao contrário, na vigência do I Governo Constitucional. (...) Na vigência do IV Governo Constitucional tentou-se decididamente realizar todo o plano arquitectural do ordenamento penal português. Novamente foi apresentada uma proposta de lei (relativa à “Parte geral”)

à Assembleia da República, absolutamente coincidente com a enviada pelo I Governo Constitucional. No que toca à “Parte especial”, foi esta também revista no Ministério da Justiça, resultando do seu trabalho um articulado que igualmente se enviou à Assembleia da República, sob a conveniente forma de proposta de lei. Todavia, aquele não foi o momento propício da cena política portuguesa para se encontrar o mínimo de consenso sempre necessário às grandes empresas legislativas. Porém, exprima-se lateralmente, muitas das traves mestras de um movimento legislativo mais vasto foram então lançadas. Nesta esteira, publicaram-se dois diplomas legislativos de forte incidência prática e dogmática na estrutura global do sistema penal português: o da reforma da organização prisional (Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto) e o direito de mera ordenação social (Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho). Integrando aquele movimento, apresentou-se ainda uma proposta de lei concernente à “legislação especial aplicável a jovens delinquentes dos 16 aos 21 anos”.

² Se bem que só com a Revisão de 1982 (Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro) tenha sido dada ao n.º 2 do art. 18.º a sua actual redacção, que se reveste, como se verá infra, da maior importância.

³ Conformidade com a ideia do Estado de Direito.

⁴ Traduzida nas exigências de necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídico-penal.

⁵ Em caso algum pode haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa.

⁶ Dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes. Cfr. Anabela Rodrigues, *A Posição Jurídica do Recluso*, pág. 142 ss.

Entretanto, a Constituição da República Portuguesa veio, como que, antecipar essa evolução². Com efeito, os princípios directores da política criminal de emanção jurídico-constitucional que abrangem o processo penal e o direito penal substantivo, postulam quanto a este último: o princípio da legalidade³; o princípio da referência constitucional⁴; o princípio da culpa⁵; o princípio da socialidade ou solidariedade⁶; e o princípio da preferência pelas reacções não criminais face às detentivas⁷.

Deste último princípio resulta o dever de escolher as penas não detentivas, sempre que elas se revelem suficientes, no caso, para realização das finalidades da punição, com preterição da aplicação da pena de prisão⁸. E resulta também a obrigação do legislador em aumentar, até onde seja possível, o leque das alternativas à prisão à disposição do julgador, alternativas que possam representar para quem as cumpre, uma prestação *activa* em favor da comunidade⁹.

No mesmo sentido apontavam as recomendações do Conselho da Europa, para que a administração da justiça penal fosse dotada de meios idóneos de substituição de curtas penas de prisão ou mesmo da pronúncia de outras penas que nem a protecção da sociedade nem a recuperação do delinquentes sempre exigem¹⁰.

⁷ Princípio há muito posto em destaque por Eduardo Correia, *Homenagem a Alberto dos Reis*, pág. 337, *Projecto da Parte Geral*, pág. 37 e *Homenagem a Beleza dos Santos*, pág. 229.

⁸ E resulta ainda que as próprias medidas de segurança detentivas só tenham lugar quando as não detentivas se revelem *inadequadas ou insuficientes à prevenção*.

⁹ O mesmo princípio exige que a execução das penas e medidas detentivas, quando deva ter lugar, ocorra com um sentido decisivamente virado para a *socialização do delinquentes*. Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, 75.

¹⁰ Resolução de Março de 1976 do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

Na mesma senda caminham as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração e Medidas não Privativas de Liberdade¹¹. Lembram essas Regras a Resolução 8.^a do Sexto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes¹² relativa às soluções alternativas à prisão. E referem que a proposta que contém é “consciente do facto de que as penas restritivas de liberdade só são justificáveis do ponto de vista da segurança pública, da prevenção do crime, da necessidade de uma sanção justa e da dissuasão e que o objectivo último da justiça penal é a reinserção social do delinquentes”. “Consciente da necessidade de elaborar abordagens e estratégias locais, nacionais, regionais e internacionais no domínio do tratamento dos delinquentes em meio aberto, assim como da necessidade de elaborar regras mínimas”. “Convicta de que as penas substitutivas da prisão podem constituir um meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da colectividade, tanto no interesse do delinquentes quanto no da sociedade”.

II

O Código Penal de 1982 justamente reconhece que é da conjugação do papel interveniente das instâncias auxiliares da execução das penas privativas de liberdade e do responsável e autónomo empenhamento do delinquentes que se poderão encontrar os meios mais adequados e evitar a reincidência¹³.

“Sabe-se que, na essência, o equilíbrio entre estes dois vectores nem sempre é fácil de alcançar, a que se junta a rigidez das penas institucionais.

No sentido de superar esta visão tradicional, o presente diploma consagra, articulada e coerentemente, um conjunto de medidas não institucionais que facilita e potencia, sobremaneira, o desejado encontro de vontades entre o papel interveniente das ins-

¹¹ Regras de Tóquio, (Resolução 45/110 da Assembleia Geral, 68.º sessão plenária, 14.12.90) – Compilação das normas e princípios das Nações Unidas em matéria de prevenção do crime e de justiça penal, PGR, 199).

¹² Ver *Sixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Caracas, 25 août-5 septembre 1980, Rapport établi par le Secrétariat* (publicação das Nações Unidas. Número de venda F.81.IV.4). Sec. B.

¹³ “Não se abandona o delinquentes à pura expiação em situação de isolamento – cujos efeitos negativos estão cabalmente demonstrados – nem se permite que a administração penitenciária caia em estereótipos e omissões e empregue pedagogias por cujos valores o delinquentes, muitas vezes, não se sente motivado nem, o que é mais grave, reconhece neles qualquer forma de participação.”

¹⁴ “Verifica-se a assunção conscienciosa daquilo a que a nova sociologia do comportamento designa por desdramatização do ritual e obrigam-se as instâncias de execução da pena privativa de liberdade a serem co-responsáveis no êxito ou fracasso reeducativo e ressocializador. Pensa-se ser esta uma das formas que mais eficazmente pode levar à reintegração do delinquente na sociedade.»

¹⁵ “Verifica-se a assunção conscienciosa daquilo a que a nova sociologia do comportamento designa por desdramatização do ritual e obrigam-se as instâncias de execução da pena privativa de liberdade a serem co-responsáveis no êxito ou fracasso reeducativo e ressocializador. Pensa-se ser esta uma das formas que mais eficazmente pode levar à reintegração do delinquente na sociedade.” (Do Preâmbulo do Código Penal).

tâncias auxiliares da execução das penas privativas de liberdade e do responsável e autónomo empenhamento do delinquente.”¹⁴

E na verdade, o Código de 1982 traçou um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser executadas com um sentido pedagógico e ressocializador, mas temendo pela concretização daquele objectivo face à existência da própria prisão, prevê todo o conjunto de medidas não institucionais que, embora não determinem a perda da liberdade física, importam sempre uma intromissão importante na condução da vida dos delinquentes.

Essas reacções penais não detentivas embora funcionem como medidas de substituição, não são formas de clemência legislativa, mas como autênticas medidas de tratamento, pensadas para dar adequada resposta a problemas específicos de certas zonas de delinquência.

Todavia, é evidente que o combate às penas institucionais correria o risco de insucesso se o Código se limitasse a enunciar as medidas substitutivas, sem fornecer, simultaneamente, o critério geral orientador da escolha das penas. A isso visa o art. 71.º do texto originário: impondo ao tribunal que dê preferência fundamentada à pena não privativa da liberdade “sempre que ela se mostre suficiente para promover a recuperação social do delinquente e satisfaça as exigências de reprovação e prevenção do crime”. Isto é, aceita-se a existência da pena de prisão como pena principal para os casos mais graves, mas o diploma afirma claramente que o recurso às penas privativas de liberdade só será legítimo quando, face às circunstâncias do caso, se não mostrarem adequadas as reacções penais não detentivas.

Mas eram mais vastos os poderes concedidos ao juiz para, através da escolha e graduação da pena, alcançar a justa punição do agente e a realização do objectivo geral da prevenção do crime pelo tratamento do condenado, prevendo-se também uma atenuação especial da pena¹⁵.

O Código consagrou ainda duas importantes inovações nesta matéria. Na verdade, “pode o tribunal não aplicar qualquer pena se a culpa do agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal se não opuserem as exigências da recuperação do delinquente e da prevenção geral” (art. 75.º, n.º 1). E, no caso de estarem ainda cabalmente realizados aqueles pressupostos, o juiz pode não proferir a sentença, adiando-a para um momento posterior, na esperança de que o comportamento do delinquente, a reparação próxima do dano ou a confirmação da falta de especiais exigências de prevenção venham a justificar a dispensa de pena (art. 75.º, n.º 2).

Mas foi contudo, nas medidas não detentivas que se depositaram as melhores esperanças. «Assim, e desde logo, na multa, que, ao lado da prisão, o Código consagra como outra das penas principais. Medida substitutiva por excelência da prisão, a sua importância só poderá ser inteiramente avaliada em face do que dispõe a “Parte especial” do Código»¹⁶.

O Código estabeleceu ainda o princípio da conversão em multa da pena de prisão inferior a 6 meses, salvo se o cumprimento da prisão se entender necessário para prevenção de futuras infracções (art. 43.º, n.º 1).

Outras medidas não detentivas previstas no Código Penal de 1982 eram a suspensão da execução da pena (arts. 48.º e seguintes) e o regime de prova (arts. 3.º e seguintes). Substitutivos das penas privativas de liberdade maleáveis nos seus limites formais, por forma a cobrir uma vasta gama de infracções puníveis com pena de prisão¹⁷.

O instituto da pena suspensa, correspondente ao instituto do *sursis* continental, significa uma suspensão da execução da pena que, embora efectivamente pronunciada pelo tribunal, não chega a ser cumprida, por se entender que a simples censura do facto e a ameaça da pena bastarão para afastar o delinquente da criminalidade e satisfazer as necessidades de reprovação e

¹⁶ Como se escreve no Preâmbulo do Código.

¹⁷ Possibilidade de suspensão da execução da pena ou da submissão do delinquente ao regime de prova sempre que a pena de prisão não seja superior a 3 anos.

prevenção do crime (art. 48.º, n.º 2). A possibilidade de imposição de certas obrigações ao réu (art. 49.º), destinadas a reparar o mal do crime ou a facilitar positivamente a sua readaptação social, reforça o carácter pedagógico da medida que se apresenta com novos pressupostos.

Diferentemente, o regime de prova – a *probation* de inspiração inglesa e norte-americana – foi uma das grandes novidades do Código. Consistia na suspensão da própria pronúncia da pena, ficando o agente submetido a um período de “prova” em meio livre (que pode durar de 1 a 3 anos, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação), que servirá para avaliar até que ponto é o delincente idóneo a uma reinserção completa na vida social. O tribunal poderia impor ainda ao delincente certas obrigações ou deveres destinados a assegurar a sua readaptação (art. 54.º, n.ºs 2 e 3), com a existência de um plano de readaptação social e, por outro, a submissão do delincente à especial vigilância e controlo da assistência social especializada.

No preâmbulo do Código Penal salientava-se então “que a lei procurará, como já atrás se disse, fazer mergulhar esta medida não institucional nas próprias estruturas de controlo social não formal, chamando a sociedade a colaborar na compreensão do fenómeno do crime e na recuperação dos delinquentes. E muito sinceramente se espera que uma tal experiência sirva também para uma melhor informação do público em geral sobre as vantagens que apresentam as medidas substitutivas da prisão, no sentido de uma cada vez mais ampla e clara aceitação das formas de tratamento penal dos delinquentes, sem privação da sua liberdade.”

Das outras medidas inseridas no quadro de combate às penas detentivas constavam do Código Penal de 1982; a admoestação (art. 59.º) e a prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 60.º).

A primeira –, censura solene, feita em audiência pelo tribunal, aplicável a indivíduos culpados de factos de escassa gravidade e relativamente aos quais se entende¹⁸ não haver, de um ponto de vista preventivo, a necessidade de serem utilizadas outras medidas penais que importem a imposição de uma sanção substancial;

A segunda – medida aplicável ao agente considerado culpado pela prática de crime a que corresponda pena de prisão, com ou sem multa, não superior a três meses e consiste na prestação de serviços gratuitos, durante os períodos não compreendidos nas horas normais de trabalho, ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou mesmo a entidades privadas que o tribunal considere de interesse para a comunidade.

Face a estas medidas escreveu-se “bem pode afirmar-se que o CP vigente deu realização, em medida não facilmente ultrapassável no momento presente, aos princípios político-criminais da *necessidade*, da *proporcionalidade* e da *subsidiariedade* da pena de prisão, revelando ao mesmo tempo a sua oposição de princípio à execução contínua de penas curtas de prisão”^{19, 20}.

No entanto, cedo se reconheceu que as dificuldades sentidas perante o texto do novo Código Penal se situavam para além da configuração teórica encontrada. Essas dificuldades situavam-se, antes, a nível das estruturas requeridas pelo funcionamento eficiente do sistema: atribuição aos serviços prisionais e de reinserção social dos meios indispensáveis. A nível legislativo, com necessidade de alargar o leque de penas e delimitar melhor os contornos respectivos, designadamente das penas de substituição. A nível da atitude dos aplicadores do direito, com a ultrapassagem da desconfiança e resistência ao programa político-criminal que se procurou caracterizar.

¹⁸ Ou por serem delinquentes primários ou por neles ser mais vivo um sentimento da própria dignidade, por exemplo.

¹⁹ Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, 53.

²⁰ Mas também a constatação de que “sanções existem já no sistema, no entanto, nomeada-mente no campo das sanções não detentivas, em cuja execução importa conferir papel de decisivo relevo e de relativa autonomia às comunidades intermédias e chamar à participação os próprios particulares; descentralização e participação estas que, de resto, se podem estender a certos aspectos da execução de sanções detentivas. Reside aqui uma tarefa inadiável tanto dos serviços prisionais, como, de forma privilegiada, dos serviços de reinserção social, que devem constituir o elo por excelência de ligação e de coordenação entre o Estado “central”, de um lado, e as comunidades intermédias e os particulares, do outro”.

III

Respondendo a essas preocupações, a Lei n.º 35/94, de 15 de Setembro, veio conceder autorização legislativa para revisão do Código Penal e estabeleceu que o sentido dessa autorização era o de desenvolver as grandes linhas de política criminal que enformam o Código, também com o objectivo de (c) valorizar a pena de multa e outras reacções não detentivas na punição da pequena e média-baixa criminalidade, de modo a otimizar vias de reinserção social do delinquente (art. 2.º, al. c))²¹.

²¹ Extensão da autorização legislativa que se revela, quanto às penas, no elenco de soluções apontadas na parte A do seu art. 3.º, n.ºs 1 a 25 e 40.

No uso daquela autorização legislativa foi publicado o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que reviu e republicou o Código Penal de 1982.

Esse Decreto-Lei n.º 48/95 reconhece no seu preâmbulo: “Assume-se ainda a importância de reorganizar o sistema global de penas para a pequena e média criminalidade com vista a permitir, por um lado, um adequado recurso às medidas alternativas às penas curtas de prisão, cujos efeitos criminógenos são pacificamente reconhecidos, e, por outro, concentrar esforços no combate à grande criminalidade.”

Procurou-se privilegiar a aplicação de penas alternativas às penas curtas de prisão, particularmente o trabalho a favor da comunidade e a pena de multa, pretendendo, com as alterações introduzidas, dinamizar o recurso ao vasto leque de medidas alternativas previstas, procurando tornar mais eficazes os mecanismos já consagrados e eliminando algumas limitações intrínsecas, para ultrapassar as resistências à sua aplicação.

Mantém-se a pena de prisão – reacção criminal por excelência – apenas com aplicação quando todas as restantes medidas se revelem inadequadas, face às necessidades de reprobção e prevenção.

A multa surge normalmente em alternativa à pena de prisão e não como pena prevista isoladamente para determinados crimes.

E atribui-se à jurisprudência a escolha da medida – detentiva ou não – mais adequada ao do caso concreto, segundo os

critérios legais. “Necessidade, proporcionalidade e adequação são os princípios orientadores que devem presidir à determinação da pena aplicável à violação de um bem jurídico fundamental.”²²

Sublinha o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95 que “aos magistrados judiciais e do Ministério Público caberá, pois, um papel decisivo na implementação da filosofia que anima o Código porquanto é no momento da concretização da pena que os desideratos de prevenção geral e especial e de reintegração ganham pleno sentido.”

No sentido de conferir às medidas alternativas outra eficácia, procurou-se devolver à pena de multa a efectividade que lhe cabe, enquanto medida punitiva e dissuasora, com um significativo aumento, quer na duração em dias – de 300 dias passa para 360, sendo elevada para 900 em caso de concurso –, quer no montante máximo diário que se eleva de 10 000\$ para 100 000\$.

E abandonou-se a prescrição cumulativa das penas de prisão e multa optando-se por uma solução de alternatividade com um agravamento do limite máximo geral fixado para a pena de multa de 360 para 600 dias, correspondentes a prisão até 5 anos, de modo a responder à pequena e média criminalidade patrimonial.

A execução da pena de multa deixa de poder ser objecto de suspensão, sem prejuízo de o condenado poder solicitar a substituição da multa por dias de trabalho em caso de impossibilidade não culposa de pagamento.

Procurou o legislador configurar a pena de multa como verdadeira alternativa aos casos em que a pena de prisão se apresenta desproporcionada, mas comportando um sacrifício mesmo para os economicamente mais favorecidos.

Mas ainda no plano das medidas alternativas foram introduzidas nos institutos do regime de prova e do trabalho a favor da comunidade modificações significativas.

O regime de prova, deixou de ser caracterizado autonomamente como pena de substituição, passando a modalidade

²² Como se escreve no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95.

²³ “Não fornecendo a actual Constituição nenhuma resposta concreta quanto ao problema do sentido a conferir à execução das medidas privativas de liberdade, tal facto não invalida que dela não se possam extrair alguns princípios orientadores. O legislador ordinário vê a sua margem de actuação limitada, enquanto lhe compete dar predominância à orientação de reinserção social, inerente à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, realizando ao mesmo tempo a asserção fundamental insita no entendimento de um Estado de Direito Social, que tem por função proporcionar a todos os indivíduos a participação nos bens sociais, ou seja, promover justiça social” (EDUARDO CORREIA, ANABELA RODRIGUES e ALMEIDA E COSTA, *Direito Criminal*, III, pág. 113).

da suspensão da execução da pena ao lado da suspensão pura e simples e da suspensão com deveres ou regras de conduta.

Quanto à prestação de trabalho a favor da comunidade, foram alargados os seus pressupostos, elevando-se para 1 ano o máximo de pena de prisão que pode substituir, e realçaram-se as virtualidades do plano individual de readaptação.

IV

O Código Penal, no texto actual, estabelece no Capítulo II do Título III as penas, sem que, como se adiantou, se possa deixar de atender aos ditames constitucionais com reflexos nessa matéria²³.

De acordo com a declaração constante do art. 1.º da Constituição, Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana*. Daí que:

- a vida humana é inviolável, não havendo em caso algum pena de morte (art. 24.º);
- a integridade moral e física das pessoas é inviolável; ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.º);
- não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º, n.º 1).

Mas também se deve ter presente, como disse, que:

- a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2).

Um dos pressupostos materiais para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias consiste no *princípio da proporcionalidade* (princípio da proibição do excesso) que se desdobra nos princípios da adequação²⁴, da exigibilidade²⁵ e da proporcionalidade²⁶.

Daquele último normativo resultará a inconstitucionalidade da lei penal quando o legislador ordinário se exceda no tipo e/ou medida da pena²⁷, o que tem seguramente reflexos na temática que agora nos ocupa, toda a vez que se deve concluir que a prisão não deverá ser prevista ou aplicada quando se mostrem suficientes e adequadas outras reacções criminais, outras penas não detentivas.

Entre as várias classificações possíveis²⁸, as reacções criminais podem ser distinguidas entre as detentivas e as não detentivas.

As penas detentivas, que são, por toda a parte, a *ultima ratio* dos sistemas punitivos, são a prisão indeterminada e a prisão determinada (contínua, por dias livres²⁹ ou semidetenção).

²⁴ As medidas restritivas devem ser o meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei.

²⁵ As medidas restritivas devem revelar-se necessárias.

²⁶ Os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida” não devendo ser as medidas restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos. Cfr. V. Moreira e G. Canotilho, *CRP Anotada*, 3.ª Ed. pág. 152.

²⁷ Cfr. Maria C. Ferreira da Cunha, “*Constituição e Crime*”, *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, pág. 200-215.

²⁸ Como penas principais, penas de substituição, penas alternativas, penas acessórias.

²⁹ No domínio do texto de 1982 escrevemos a propósito da natureza da prisão por dias livres o seguinte (*op. cit.*, em anotação ao art. 44.º): “Foi igualmente referido, nessa Comissão, que este tipo de prisão não é apenas um particular modo de execução de uma pena de prisão normal mas uma pena autónoma, que será prevista em vários tipos legais da Parte Especial, “bem se compreendendo que haja infracções – *v.g.* no domínio do Código da Estrada – que devem ser punidas com prisão por um ou dois períodos”. No entanto, não encontramos, na Parte Especial, a cominação directa desta pena, o que não invalida que a mesma deva ser considerada como pena autónoma (como se referiu em anotação ao art. 40.º), até porque, por via da atenuação especial, ocorria no texto de 1982 a cominação indirecta: «Se o limite mínimo de pena de prisão prevista para o crime for o mínimo legal, pode a pena aplicada ser a prisão por dias livres” [art.º 74.º, n.º 1, al. c)], era aplicável, nesse caso, desde logo, directamente (e não por via da substituição de uma pena originalmente de prisão contínua) a prisão por dias livres.”

E efectivamente o art. 44.º de 1982 considerava a prisão por dias livres uma pena, que substitui a pena de prisão (“pode ser substituída por uma pena de prisão por dias livres” n.º 1), se bem que o art. 45.º do mesmo texto se lhe referisse como modo de cumprimento da pena de prisão. Sucede, porém, que o texto actual continua a atribuir-lhe a natureza de modo de cumprimento, de execução, da prisão, mas deixou de se lhe referir como pena, ao mesmo tempo que o dispositivo sobre os termos da atenuação especial eliminou a regra que acima se referiu sobre aplicação directa da prisão por dias livres (cfr. o art. 73.º), pelo que temos por duvidoso que se lhe possa continuar a atribuir a natureza de pena autónoma. A questão foi afiorada no seio da respectiva Comissão de Revisão, e a prisão por dias livres foi referida quer como pena, quer como modo de execução (cfr. *v.g. Acta n.º 3*, pág. 21).

São as seguintes as penas não detentivas:

- multa;
- suspensão de pena;³⁰
- suspensão de pena com regime de prova;
- admoestação;
- prestação de trabalho;
- liberdade condicional;
- dispensa de pena.

³⁰ Sobre a questão de saber se, como pensamos, a suspensão da pena e o regime de prova são verdadeiras penas e penas principais pode ver-se Simas Santos e Leal-Henriques, *Código Penal*, 2.^a Ed., I, págs. 388-389.

³¹ Consiste numa privação da liberdade por períodos correspondentes a fins de semana, até 18 períodos com a duração mínima de 36 horas e máxima de 48, equivalente a 5 dias de prisão contínua.

³² O regime de semidetenção consiste numa privação da liberdade que permitirá ao condenado prosseguir a sua actividade profissional normal, a sua formação profissional ou os seus estudos.

O art. 70.º do Código Penal continua a impor ao juiz, agora mais directamente como critério de escolha da pena, que prefira a pena não privativa de liberdade quando ao crime forem aplicadas, em alternativa, pena privativa e pena não privativa de liberdade, sempre que esta realize adequada e suficientemente as finalidades da punição.

Continua o art. 44.º a impor a substituição das penas curtas de prisão concretamente determinadas (até 6 meses) por multa, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes (n.º 1). Não sendo paga a multa, o condenado cumpre a pena de prisão aplicada na sentença (art. 44.º, n.º 2).

Mesmo os arts. 45.º (prisão por dias livres)³¹ e 46.º (regime de semidetenção)³² contêm a mesma afirmação de preferência pelas penas não privativas de liberdade, na medida em que subordinam a aplicação das reacções neles previstas à circunstância de a pena de prisão não dever ser substituída por multa ou por outra pena não detentiva.

A mera *faculdade de substituir* a prisão por multa, no domínio do direito anterior, transforma-se agora em *obrigação de substituir*.

A pena de multa resultante da aplicação deste artigo, como pena de substituição é diversa da pena de multa (arts. 47.º a 49.º), pena principal.^{33, 34, 35}

Mas a multa pode ser substituída por trabalho a requerimento do condenado.

Pode então o tribunal ordenar que a pena de multa fixada seja total ou parcialmente substituída por dias de trabalho em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas, de direito público, quando concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (art. 48.º, n.º 1).

A prestação de trabalho é fixada entre 36 e 380 horas, podendo ter lugar em dias úteis, aos sábados, domingos e feriados e pode ser provisoriamente suspensa por motivo grave de ordem médica,

– 10 a 600 dias;
– 13 a 480 dias;
– 13 a 800 dias;
– 60 a 360 dias;
– 120 a 360 dias;
– até 900 dias
(concurso de infracções).

³⁵ A multa é, depois da pena privativa da liberdade, a segunda pena em importância no Código, que se apoia nela para fazer frente quer à criminalidade menos grave, quer à de importância média. A sua vantagem mais importante face à pena privativa da liberdade consiste em não separar o condenado da sua família e da sua profissão, podendo ser distribuída por um longo período de tempo, mediante o pagamento em prestações e ser fixada em medida suficientemente grave, por forma a garantir um efeito dissuasório real sobre o réu. E, como a pena privativa de liberdade, pode ser graduada, o que permite se adapte ao grau de ilicitude e culpa e às possibilidades económicas do réu.

³³ A essa diversidade se refere FIGUEIREDO DIAS: “este conjunto de razões faz compreender que a substituição da pena curta de prisão por multa correspondente tenha começado a ser advogada no campo político-criminal como uma mera possibilidade. Tenha sido, em seguida, sugerida como *regime-regra*, só não devendo ter lugar a substituição quando a execução da prisão se revelasse indispensável à realização das finalidades da punição. E tenha chegado inclusivamente a ser preconizada como regime *obrigatório*, dando-se automaticamente a substituição por multa de toda a prisão não superior a 6 meses... “A pena de multa de substituição não é a pena de multa principal. Não o é, de um ponto de vista político-criminal, dadas a particular intencionalidade e a específica teleologia que lhe preside: se bem que uma e outra se nutram do mesmo terreno político-criminal – o da reacção *geral* contra as penas privativas de liberdade no seu conjunto –, a multa de substituição é pensada como meio de obstar, até ao limite, à aplicação das penas *curtas* de prisão e constitui, assim, específico instrumento de domínio da *pequena criminalidade*, de sorte que esta diversidade é já por si bastante para conferir *autonomia* à pena de multa de substituição. Mas se as duas penas são diversas do ponto de vista político-criminal, são-no também (e em consequência) do ponto de vista dogmático: a pena de multa é uma *pena principal*, a pena de multa agora em exame é uma *pena de substituição* no mais lídimo sentido. Diferença esta donde resultam (ou onde radicam), como de resto se esperaria, consequências político-jurídicas do maior relevo, maxime em termos de medida e de incumprimento da pena” (*RLJ* ano 12.º, pág. 163). Pode ver-se sobre esta temática ANABELA RODRIGUES, *O Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português*, Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Eduardo Correia, pág. 21.

³⁴ São as seguintes as molduras da pena de multa previstas no Código: – 10 a 60 dias; – 10 a 90 dias; – 10 a 120 dias; – 10 a 240 dias; – 10 a 360 dias (regime regra);

³⁶ As soluções preconizadas foram justificadas na respectiva Comissão de Revisão (*Acta n.º 4*, pág. 29), destacando-se que se estava perante uma alteração relevante no que concerne à substituição da multa por trabalho, que passa agora a ser encarada como uma alternativa à própria multa e que, por outro lado, as sugestões apresentadas davam resposta decisiva a algumas interrogações que se colocavam quanto ao texto de 1982, como à questão da legitimidade da não exigência do consentimento do condenado para a substituição por trabalho e também ao problema relativo ao conteúdo da própria pena de trabalho, que não raras vezes era interpretado de forma a considerar os dias de trabalho com uma duração normal (8 horas) e com a atribuição da remuneração correspondente, não ao Estado mas sim ao condenado. Foi também então esclarecida a razão de ser do pagamento parcial da multa: a solução fundamenta-se no especial cariz desta prisão subsidiária, que se configura como uma sanção de

familiar, profissional, social ou outra, sem que o tempo de execução possa ultrapassar 18 meses (art. 48.º, n.º 2)³⁶.

Se o condenado culposamente não cumprir os dias de trabalho, cumprirá prisão subsidiária, nos termos do n.º 1 do art. 49.º (por força do seu n.º 4), mas pode evitar essa prisão a todo o tempo, pagando a multa em dívida (n.º 2 do art. 49.º).

No que se refere à suspensão da execução da pena, o tribunal suspende, por um período de 1 a 5 anos, a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. E subordina a suspensão da execução da pena de prisão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o julgar conveniente e adequado à realização daquelas finalidades (art. 50.º).

Os deveres que podem ser impostos ao condenado, e que podem ser modificados até ao termo do período de suspensão, destinam-se a reparar o mal do crime³⁷. Mas não podem os deveres impostos representar para o condenado obrigações cujo cumprimento não seja razoavelmente de lhe exigir.

Por sua vez, as regras de conduta que podem ser impostas ao condenado destinam-se a facilitar a sua reintegração na sociedade³⁸.

constrangimento perspectivada de forma a que se proceda em primeira linha ao pagamento da multa.

³⁷ Nomeadamente: (a) Pagar dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, a indemnização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idónea; (b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; (c) Entregar a instituições, públicas ou privadas, de solidariedade social ou ao Estado, uma contribuição monetária ou prestação em espécie de valor equivalente (art. 51.º, n.º 1).

³⁸ Nomeadamente: (a) Não exercer determinadas profissões; (b) Não frequentar certos meios ou lugares; (c) Não residir em certos lugares ou regiões; (d) Não acompanhar, alugar ou receber determinadas pessoas; (e) Não frequentar certas associações ou não participar em determinadas reuniões; (f) Não ter em seu poder objectos capazes de facilitar a prática de crimes; (g) Apresentar-se periodicamente perante o tribunal, o técnico de reinserção social ou entidades não policiais.

E, obtido o consentimento prévio do condenado, o tribunal pode ainda determinar a sua sujeição a tratamento médico ou a cura em instituição adequada (art. 52.º).

Como já se referiu o regime de prova deixou de ser uma reacção criminal autónoma e passou a poder acompanhar a suspensão da execução da pena, se o tribunal o considerar conveniente e adequado a facilitar a reintegração do condenado na sociedade (art. 53.º).

O regime de prova assenta num plano individual de readaptação social³⁹, executado com vigilância e apoio, durante o tempo de duração da suspensão, dos serviços de reinserção social.

De salientar que, quando a pena de prisão cuja execução for suspensa tiver sido aplicada em medida superior a 1 ano e o condenado não tiver ainda completado, ao tempo do crime, 25 anos de idade, deve em regra ser ordenado o regime de prova⁴⁰.

A falta de cumprimento das condições da suspensão não importa sem mais a revogação da suspensão, podendo o tribunal fazer novas exigências.

Se, durante o período de suspensão, o condenado, culposamente, deixar de cumprir qualquer dos deveres ou regras de conduta impostos ou não corresponder ao plano de readaptação, pode o tribunal fazer uso de algumas medidas tipificadas na lei e destinadas a reforçar a função da suspensão⁴¹.

Mas se o condenado infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostos ou o plano individual de readaptação social; ou cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas, é revogada a suspensão da execução da prisão, o que determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença (art. 56.º).

³⁹ O plano individual de readaptação social, dado a conhecer ao condenado, obtendo-se, sempre que possível, o seu acordo (art. 54.º, n.º 1). O tribunal pode impor os deveres e regras de conduta referidos nos artigos 51.º e 52.º e ainda outras obrigações que interessem ao plano de readaptação e ao aperfeiçoamento do sentimento de responsabilidade social do condenado, nomeadamente: (a) Responder a convocatórias do magistrado responsável pela

execução e do técnico de reinserção social; (b) Receber visitas do técnico de reinserção social e comunicar-lhe ou colocar à sua disposição informações e documentos comprovativos dos seus meios de subsistência; (c) Informar o técnico de reinserção social sobre alterações de residência e de emprego, bem como sobre qualquer deslocação superior a 8 dias e sobre a data do previsível regresso; (d) Obter autorização prévia do magistrado responsável pela execução para se deslocar ao estrangeiro (n.º 2).

⁴⁰ Art. 53.º, n.º 3.

⁴¹ (a) Fazer uma solene advertência; (b) Exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão; (c) Impor novos deveres ou regras de conduta, ou introduzir exigências acrescidas no plano de readaptação; (d) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano nem por forma a exceder o prazo máximo de suspensão de 5 anos.

Em contrapartida se, decorrido o período da sua suspensão, não houver motivos que possam conduzir à sua revogação, a pena é declarada extinta (art. 7.º).

Quanto à prestação de trabalho a favor da comunidade, ela deve substituir a pena de prisão em medida não superior a 1 ano, sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição e o condenado nisso assinta.

A prestação de trabalho a favor da comunidade consiste na prestação de serviços gratuitos ao Estado, a outras pessoas colectivas de direito público ou a entidades privadas cujos fins o tribunal considere de interesse para a comunidade, entre 36 e 380 horas, podendo ser cumprido em dias úteis, aos sábados, domingos e feriados⁴².

A prestação de trabalho a favor da comunidade pode ser provisoriamente suspensa, até 18 meses, por motivo grave de ordem médica, familiar, profissional, social ou outra.

Se o agente, após a condenação, se colocar intencionalmente em condições de não poder trabalhar; se recusar, sem justa causa, a prestar trabalho, ou infringir grosseiramente os deveres decorrentes da pena a que foi condenado; ou cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade não puderam por meio dela ser alcançadas, o tribunal revoga a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade e ordena o cumprimento da prisão determinada na sentença (art. 59.º).

Mas se o agente não puder prestar o trabalho a que foi condenado por causa que lhe não seja imputável, o tribunal substitui a pena de prisão fixada na sentença por multa até 120 dias, ou suspende a execução da prisão determinada na sentença, por um período que fixará entre 1 e 3 anos, subordinando-a ao cumprimento de deveres ou regras de conduta adequados, conforme o que se revelar mais adequado à realização das finalidades da punição (art. 59.º).

No que se refere à admoestação⁴³, se ao agente dever ser aplicada pena de multa em medida não superior a 120 dias, o tribunal pode

⁴² A duração dos períodos de trabalho não pode prejudicar a jornada normal de trabalho, nem exceder, por dia, o permitido segundo o regime de horas extraordinárias aplicável (art. 8.º, n.º 4).

⁴³ A admoestação consiste numa solene censura oral feita ao agente, em audiência, pelo tribunal.

limitar-se a admoestá-lo. Mas a admoestação só tem lugar se o dano tiver sido reparado e o tribunal concluir que, por aquele meio, se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição⁴⁴.

Finalmente, importa referir a dispensa de pena.

Se a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas, o dano tiver sido reparado; e à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção e o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado mas não aplicar qualquer pena⁴⁵.

⁴⁴ Em regra a admoestação não é aplicada se o agente, nos 3 anos anteriores ao facto, tiver sido condenado em qualquer pena, incluída a de admoestação.

⁴⁵ Como casos de dispensa de pena podem apontar-se os seguintes: art. 3.º, n.º 2, 143.º, n.º 3, 148.º, n.º 2, 186.º, 250.º, n.º 3; 286.º; 294.º; 364.º, 372.º, n.º 3; 373.º, n.º 2 e 374.º, n.º 3. A dispensa de pena não é uma medida de clemência. O que acontece é que a pena se apresenta como desnecessária, face à pequena gravidade do delito. Trata-se, pois, de uma sanção especial do Direito Penal, cuja peculiaridade consiste na condenação do réu pelo delito cometido, sem que se lhe imponha uma pena. Trata-se igualmente de uma medida alternativa à prisão e à multa, vocacionada para a resolução das bagatelas penais, quando, verificando-se embora todos os pressupostos da punibilidade, não se justifica a aplicação de uma sanção penal em termos de prevenção. No domínio do texto de 1982 escrevíamos (*op. cit.*, pág. 398): “Devem distinguir-se da dispensa de pena: – a impunidade, nos casos de retorsão ou compensação; – ofensas corporais recíprocas (art. 147.º, n.º 2), ofensas corporais negligentes sem consequências graves (art. 148.º, n.º 2), explicações satisfatórias em caso de difamação ou injúria (art. 171.º), retorsão (art. 172.º); – a impunidade em caso de desistência de crimes de: perigo comum (art. 268.º); contra a saúde (arts. 269.º, n.º 5; 273.º, n.º 6, 275.º, n.º 5, 276.º, n.º 3); contra a segurança das comunicações (arts. 277.º, n.º 8, 278.º, n.º 4, 279.º, n.º 5); associações criminosas (art. 287.º, n.º 4); organizações terroristas (art. 288.º, n.º 7); terrorismo (art. 289.º, n.º 3), motim (art. 290.º, n.º 3), conjura (art. 382.º, n.ºs 1, 2 e 3), falso testemunho (art. 404.º, n.ºs 1 e 2), corrupção passiva (art. 420.º, n.º 4), corrupção activa (art. 423.º, n.ºs 2, 3 e 4); – a impunidade noutros casos – furto familiar (art. 303.º, n.º 5), dano de pequeno valor (art. 310.º, n.º 2), alteração de marcos (art. 312.º, n.º 4), infidelidade (art. 319.º, n.º 2), administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo (art. 333.º, n.º 4) e falso testemunho (art. 403.º, n.ºs 2 e 3).”

Na Comissão de Revisão foi colocada essa questão: no Código actual encontram-se várias referências à dispensa de pena e à isenção de pena, nunca se sabendo em rigor o que representa esta última figura. A diferença é no entanto conhecida no direito alemão onde os dois institutos se apresentam com contornos claramente distintos. A dispensa de pena refere-se àqueles casos em que o indivíduo já foi punido com as consequências do facto criminoso, tendo a isenção de pena um carácter processual, manifestação do princípio da oportunidade. Não tendo sentido esta duplicidade, devido à introdução tardia da dispensa de pena, seria necessário terminar com a isenção de pena, com as devidas alterações mesmo na Parte Geral. Esta posição fez vencimento naquela Comissão (*Acta n.º 9*, págs. 81-2). Em consequência, passou a prever-se, em quase todos aqueles casos, a dispensa de pena. E na Lei n.º 90-B/95, de 1 de Setembro, que autoriza o Governo a rever o Código de Processo Penal (para proceder à sua adequação face às alterações introduzidas no Código

Penal pelo D. L. n.º 48/95 – art. 2.º), dispõe-se que naquele diploma sejam eliminadas as alusões à isenção de pena, com substituição pela dispensa de pena – art. 3.º, al. g). No entanto, o Código, usando diversas expressões, refere não ter lugar a punição nos artigos seguintes: ofensa à memória de pessoa falecida (185.º, n.º 3); usura (226.º, n.º 5); associação criminosa (art. 299.º, n.º 4); organizações terroristas (300.º, n.º 6); terrorismo (301.º, n.º 2); participação em motim (302.º, n.º 3); falso depoimento ou declaração com retractação (359.º, por força do 362.º); falso testemunho, perícia, interpretação ou tradução (360.º, por força do 362.º); e favorecimento pessoal (367.º, n.º 5). Mantém-se, pois, em aberto a questão acima enunciada, retendo que a isenção da pena funciona ao nível processual, ao nível das condições de punibilidade e não no momento da punição, momento que não chega a ocorrer.

Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para a reapreciação do caso dentro de um ano (art. 74.º).

Em jeito de conclusão pode dizer-se que, para além da opção, de princípio, pela pena de multa, quando cominada em alternativa à pena de prisão, o julgador, em termos de penas de substituição não detentivas, depois de ter determinado a pena que caberia ao caso concreto, terá de efectuar, uma determinada avaliação:

Prisão não superior a 3 anos: se a censura do facto e a ameaça da pena bastarem para satisfazer as necessidades de prevenção, a execução pode ser suspensa (art. 50.º).

Prisão não superior a 1 ano: pode o arguido ser condenado a prestar trabalho a favor da comunidade se nisso assentir (art. 58.º).

Prisão não superior a 6 meses: substituição por multa ou por outra pena não privativa da liberdade salvo se a prisão for necessária por razões de prevenção.

Multa não superior a 120 dias: estando o dano reparado – pode ser aplicada a admoestação (art. 60.º).

Como nota final, deve dizer-se que nesta exposição não se considerou o Código de Processo Penal. No entanto, contém esse diploma dois institutos interessantes do ponto de vista em que nos colocamos.

Referimo-nos ao arquivamento em caso de dispensa de pena e à suspensão provisória do processo.

Se se tratar de um caso em que a lei penal preveja a possibilidade de dispensa de pena, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento⁴⁶.

Se o crime for punível com prisão não superior a 3 anos ou sanção diferente da prisão, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode decidir-se pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e

⁴⁶ Art. 280.º do Código de Processo Penal.

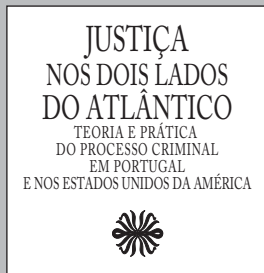
regras de conduta⁴⁷, se o arguido não tiver antecedentes criminais, nisso concordarem arguido e assistente, não houver lugar a medida de segurança de internamento, ser diminuta a culpa e ser de prever que assim se satisfaçam, no caso, as necessidades de prevenção⁴⁸.

A suspensão pode ir até 2 anos e se forem cumpridas as injunções e regras de conduta o Ministério Público arquiva o processo, que não pode ser reaberto. Se as não cumprir, o processo prossegue⁴⁹.

⁴⁷ Previstas no n.º 2 do art. 281.º do Código de Processo Penal.

⁴⁸ N.º 1 do art. 281.º do Código de Processo Penal.

⁴⁹ Art. 282.º do Código do Processo Penal.



Sessão IV

A Expulsão de Arguidos pelos Estados Unidos para Portugal

SÍNTESE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI DA IMIGRAÇÃO E DA NACIONALIDADE RELATIVAS À DEPORTAÇÃO – INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

Paul G. Afonso

I. Resumo do debate legislativo sobre a nova lei da imigração

- A. Lei da Reforma da Imigração Ilegal e da Responsabilidade dos Imigrantes de 1966 (Lei de 1966)
- B. Implicações políticas
- C. Exemplos extraídos do artigo do *Washington Post* de 26 de Outubro de 1997
Cópias a distribuir.

II. Motivos fundamentais de deportação

- A. Existência de motivos para recusar admissão no momento da entrada
- B. Outras violações do estatuto de admissão
 - 1. Entrada não fiscalizada
 - 2. Não manutenção do estatuto de admissão
 - 3. Casamento fraudulento
- C. Motivos económicos
 - 1. O cidadão estrangeiro representa um encargo público nos termos das disposições relevantes
 - 2. Nova declaração jurada de que o indivíduo possui meios de subsistência próprios – Modelo I-864

D. Documentação fraudulenta

E. Motivos criminais

1. Crimes que denotam turpitude moral (8 USC* Section 1251 (a)(2)(A))

* United States
Congressional
Act – Lei do
Congresso dos
Estados Unidos.

a. Crimes contra a pessoa

1. homicídio
2. homicídio privilegiado

b. Crimes de natureza sexual

c. Crimes contra a propriedade

1. fogo posto
2. chantagem
3. furto, roubo, extorsão
4. posse de bens roubados sabendo que se trata de bens roubados

d. Crimes contra o Estado

1. branqueamento de capitais
2. falsificação
3. perjúrio
4. evasão fiscal intencional
5. fraude postal, fraude contra a segurança social
6. roubo e apropriação ilícita de fundos públicos através da obtenção fraudulenta de subsídios da segurança social

e. Crimes envolvendo fraudes

1. Os crimes envolvendo fraudes são quase sempre crimes que denotam turpitude moral, quer sejam

cometidos contra o Estado ou contra indivíduos, exceptuando-se as falsas declarações que não constituam perjúrio.

2. Crime agravado

(8 USC Section 1101 (a)843))

a. Homicídio

b. Crimes relacionados com o tráfico de drogas segundo a definição do Título 18, Secção 924(c)(2), ou qualquer tráfico ilícito de substâncias controladas segundo a definição da Secção 102 da Lei das Substâncias Controladas.

c. Tráfico ilícito de armas de fogo

d. Qualquer delito relacionado com o branqueamento de instrumentos monetários nos termos de 18 USC Section 1956.

e. Crimes violentos

1. qualquer crime envolvendo um elemento de força ou o uso da força, inclusive na forma tentada, contra a pessoa ou a propriedade; ou:
2. qualquer outro crime que, pela sua natureza, envolva o risco de uso da força.

f. Condenações noutros países.

g. Qualquer tentativa de, ou conspiração com vista a, praticar qualquer dos actos referidos que tenha lugar dentro dos Estados Unidos.

3. Modificações recentes e significativas da definição de crime agravado

- a. A Lei da Repressão do Terrorismo e da Pena de Morte Efectiva de 1996 (*Pub. L. No. 104-132*), modificou significativamente a definição de «crime agravado».
- b. Entre as novas categorias de «crimes agravados» referem-se as seguintes:
 1. jogos de azar
 2. promoção da imigração clandestina
 3. falsificação, contrafacção, mutilação ou alteração de passaportes ou outros instrumentos
 4. crimes de fraude envolvendo documentos
- c. Outros delitos definidos como «crimes agravados»:
 1. Crimes envolvendo obstrução da justiça, perjúrio ou instigação ao perjúrio, e suborno de uma testemunha, aos quais seja aplicável uma pena de pelo menos cinco anos;
 2. Crimes relacionados com corrupção comercial, falsificação, contrafacção ou tráfico de veículos, aos quais seja aplicável uma pena de pelo menos cinco anos;
 3. Alargamento da definição de «crime agravado» através de uma redução dos limiares mínimos das penas e dos montantes de dinheiro utilizados em muitos crimes definidos como crimes agravados.

Por exemplo, o montante estipulado para um crime de branqueamento de capitais ser considerado um crime agravado era de 100 000 dólares. A Lei de 1996 baixou esse limiar para 10 000 dólares.

4. «Crimes violentos» definidos como «crimes agravados».

a. Ao abrigo da legislação anterior, um crime violento era considerado um crime agravado se estivesse sujeito a uma pena de prisão de pelo menos cinco anos. A Lei de 1996 reduziu o limiar dessa pena para um ano. A nova lei introduz alterações semelhantes para os crimes de furto ou roubo com arrombamento. Nos termos da lei anterior, para estes crimes serem considerados crimes agravados era necessário que lhes fosse aplicada uma pena de prisão de cinco anos.

b. As modificações referidas aumentam consideravelmente o número de crimes que são actualmente considerados crimes agravados. Nos termos das alterações introduzidas, alguns crimes, incluindo os que envolvem drogas, que são considerados infracções menores ao abrigo da legislação estadual, poderão agora ser considerados crimes agravados.

5. A nova lei também reduz para um ano os limiares das penas de prisão dos crimes graves no que se refere aos seguintes crimes:

a. promoção da imigração clandestina;

b. suborno comercial, contrafacção, falsificação e tráfico de veículos;

c. obstrução da justiça, perjúrio e suborno de uma testemunha.

F. Crimes relacionados com a droga

1. Se em qualquer altura após a entrada no país o cidadão estrangeiro se tornar um toxicodependente ou um consumidor de drogas.
2. Se tiver sido condenado por uma infracção ou conspiração com vista à violação de qualquer lei ou regulamento de um estado, dos Estados Unidos ou de um país estrangeiro relacionado com uma substância controlada segundo a definição de *21 USC Section 802*.
3. A posse ilícita, inclusive sob a forma tentada, pode levar a que um cidadão estrangeiro fique sujeito a deportação, medida que também é aplicável se um cidadão estrangeiro facilitar uma venda ilegal.

G. Novos motivos de deportação

1. Falsa reivindicação da cidadania dos Estados Unidos
2. Votar numa eleição dos Estados Unidos
3. Crimes de violência doméstica
4. Condenação por fuga a alta velocidade

III. Não Aplicação da Deportação

- A. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e outras instâncias inferiores sustentam há muito que os processos de deportação e não admissão são processos civis e não criminais, e que a deportação não é uma sanção. Por conseguinte, não se aplica o direito a assistência por advogado nem o direito ao tribunal do júri, sendo o nível de protecção conferida pelo processo legal justo menor do que aquele que se verifica no caso de processos criminais.

B. Como a deportação é «civil» e não criminal, os tribunais têm decidido em numerosas ocasiões que a cláusula relativa às leis *ex post facto* da Constituição americana não se aplica. Assim, o Congresso poderá estipular novas sanções para a imigração e torná-las aplicáveis a actos praticados há muito tempo; um acto pelo qual um imigrante não podia ser deportado há vários anos quando foi praticado poderá levar a que o mesmo indivíduo fique sujeito a deportação anos mais tarde. A cláusula relativa às leis *ex post facto* proíbe a aplicação retroactiva das sanções em processos criminais.

C. Cancelamento da deportação

1. 212 (c) Cancelamento da deportação (Nova secção 240 (a))

- a. A não aplicação referida na secção 212 (c) foi uma das principais questões sobre as quais o Congresso se debruçou em 1996. A Lei da Repressão do Terrorismo e da Pena de Morte Efectiva de 1996 (promulgada em Abril de 1996) veio impor severas restrições a essa secção.
- b. Esta lei estipula que a não aplicação prevista na secção 212 (c) não é extensível a cidadãos estrangeiros que tenham sido condenados por praticamente qualquer crime, incluindo crimes agravados, crimes com arma de fogo e crimes relacionados com substâncias controladas.

2. A deportação não se aplica a cidadãos estrangeiros que:

- a. sejam residentes permanentes legais (RPL) há pelo menos cinco anos;

b. estejam a residir nos Estados Unidos com carácter de continuidade há sete anos, independentemente do seu estatuto de admissão; e

c. não tenham sido condenados por um crime agravado (independentemente do momento em que o crime tiver sido cometido).

D. Suspensão da deportação (secção 240A (b)(1))

A suspensão da deportação é uma oportunidade dada a cidadãos estrangeiros:

1. que não sejam RPL e estejam a enfrentar determinadas dificuldades;
2. que tenham estado fisicamente presentes nos Estados Unidos por um período ininterrupto de pelo menos 10 anos imediatamente antes da data em que é requerida a suspensão;
3. que tenham dado provas de bom carácter moral durante esse período;
4. que não tenham sido condenados por determinados crimes ao abrigo da Lei da Imigração e da Naturalização;
5. que provarem que a deportação causaria dificuldades excepcionais e extremas ao seu cônjuge ou a um parente ou filho, sendo estes cidadãos americanos ou RPL.

**** Considera-se que uma pessoa não manifestou «bom carácter moral» no período considerado se tiver sido condenada a penas de prisão perfazendo um total de 180 dias de encarceramento. Esta limitação, aliada à exclusão expressa da não aplicação do cancelamento da deportação relativamente a pessoas condenadas por crimes ao abrigo das secções 212(a)(2), 237(a)(2) e 237(a)(3), significa que o can-

celamento da deportação não é extensível à grande maioria dos cidadãos estrangeiros que tenham sido condenados por crimes.

**** Nos termos da lei anterior, a suspensão da deportação era aplicável a cidadãos estrangeiros que tivessem sido condenados por alguns crimes graves, incluindo crimes denotando turpitude moral e crimes envolvendo estupefacientes. Esses cidadãos tinham de provar a sua presença física nos Estados Unidos por um período ininterrupto de pelo menos 10 anos, o seu bom carácter moral e ainda que a deportação resultaria em «dificuldades excepcionais e invulgares» para si ou para o seu cônjuge, um parente ou filho que fossem cidadãos americanos ou RPL.

**** A Lei de 1996 veio excluir essa possibilidade, ao estipular que a referida disposição não se aplica a indivíduos condenados – aparentemente em qualquer altura – por qualquer crime previsto nas secções 212 (a), 237 (a)(2) e 237 (a)(3). Além disso, a Lei de 1996 também aplica um critério superior de dificuldades – «dificuldades excepcionais e extremamente invulgares» – a todos os pedidos de cancelamento da deportação.

IV. Repercussões Práticas das Novas Alterações Legislativas às Leis da Imigração

EXPULSÃO DE PESSOAS CONDENADAS

Manuel Roberto Mota Botelho

I. Expulsão de estrangeiros

Em Portugal, o regime geral de expulsão de estrangeiros que tenham praticado crimes está contemplado no art. 68.º do Dec.-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, diploma que estabelece o regime de entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional.

Porém, existe uma norma específica respeitante à expulsão de estrangeiros, que consta do Dec.-Lei n.º 15/93, de 20 de Janeiro, diploma que define o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, e que analisaremos mais tarde.

Diz o referido art. 68.º do Dec.-Lei n.º 59/93:

“1. Sem prejuízo do disposto na legislação penal, será aplicada a pena acessória de expulsão:

- a) Ao estrangeiro não residente no País condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão;
- b) Ao estrangeiro residente no País há menos de cinco anos condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão;
- c) Ao estrangeiro residente no País há mais de 5 anos e menos de 20 condenado em pena superior a 3 anos de prisão.

2. A pena acessória de expulsão será executada ainda que o expulsando se encontre em liberdade condicional».

Analisando o preceito, verificamos o seguinte: estão previstas três situações, três escalões, o primeiro para estrangeiros não residentes, o segundo para estrangeiros residentes há menos de cinco anos e o último para estrangeiros residentes há mais de 5 anos e menos de 20.

Ora, a mudança do primeiro para o segundo escalão, e, do segundo para o terceiro, assenta no princípio de que quanto maior for a permanência do estrangeiro no País mais restritivas são as possibilidades de expulsão, excluindo mesmo esta quando a permanência seja igual ou superior a 20 anos.

Outra característica, é a de só ser possível determinar a expulsão quando se trate de crime doloso, ficando, portanto, postas de parte expulsões por condenações por crimes negligentes.

Neste ponto, há que chamar a atenção para um pormenor. É que, nas alíneas *a)* e *b)*, do n.º 1, do artigo em análise, expressamente se refere crime doloso, omitindo-se esta referência na alínea *c)*, que é aquela que permite a expulsão de estrangeiro residente no País há mais de 5 anos e menos de 20 condenado em pena superior a 3 anos de prisão.

A explicação para isso está no facto de, aquando da feitura e publicação do diploma legal em causa, não haver na legislação penal portuguesa qualquer crime negligente punível com pena superior a 3 anos de prisão e, logo, o legislador achou desnecessário fazer a menção a crime doloso.

Acontece que o Código Penal Português, que data de 1982, foi revisto em 1995, tendo a nova versão aprovada pelo Dec.-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, e entrado em vigor em 1 de Outubro de 1995.

No Código Penal revisto está previsto, no art. 137.º, que quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa e, em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

Então, se fizermos uma interpretação literal da norma da alínea *c*), do n.º 1, do referido art. 68.º, do Dec.-Lei n.º 59/93, teremos a situação absurda de se admitir que um estrangeiro, residente no País há mais de 5 anos, que cometa um crime de homicídio com negligência grosseira, e seja condenado em pena de prisão superior a 3 anos, esteja sujeito à pena de expulsão, quando tal não é admissível para estrangeiros não residentes ou residentes no País há menos de 5 anos.

É óbvio que o espírito da norma é o de só ser aplicável a crimes dolosos e, assim, é sempre de excluir a possibilidade de uma expulsão por condenação por crime negligente.

Uma última questão a focar na interpretação do art. 68.º, do Dec.-Lei n.º 59/93, prende-se com o problema de saber se a pena acessória de expulsão, posto que preenchidos os requisitos das alíneas *a*), *b*) e *c*), do n.º 1, é de aplicação automática ou não, ou, por outras palavras, se, sempre que haja condenação nas penas indicadas nas diferentes alíneas do n.º 1, o julgador terá necessariamente que condenar na pena acessória de expulsão ou se, pelo contrário, poderá deixar de o fazer.

Numa análise literal do n.º 1, do art. 68.º, fica-se com a ideia de que a pena acessória de expulsão é aplicada automaticamente. Com efeito, a expressão “será aplicada a pena acessória de expulsão”, sugere essa automaticidade, o que não aconteceria se fosse utilizada no preceito a expressão “poder ser aplicada”.

No entanto, dispõe o art. 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa que “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos” e, de igual modo, assim preceitua o art. 65.º do Código Penal.

Daqui decorre que só se pode condenar em penas acessórias que envolvam a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos depois de se ponderar se se justificam no caso concreto, nunca com natureza automática.

Ora, constitui um direito civil o direito à fixação dos cidadãos em qualquer parte do território nacional nos termos dos arts. 44.º da Constituição da República e 62.º e segs. do Código Civil, direito do qual gozam também os estrangeiros autorizados a residir em Portugal, por força do preceituado no art. 15.º da Constituição, que equipara, com as exceções previstas no n.º 2, os direitos dos estrangeiros e apátridas aos direitos dos cidadãos portugueses.

Portanto, terá de se concluir que o preceito do art. 68.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 59/93, para se conformar com o texto constitucional (art. 30.º, n.º 4), terá que ser interpretado no sentido de a pena acessória de expulsão não ser de aplicação automática, isto é, a expressão “será aplicada a pena acessória de expulsão”, constante da norma, deverá equivaler a “poderá ser aplicada a pena acessória de expulsão”.

Existe abundante jurisprudência acerca deste assunto, reportando-se sobretudo ao art. 34.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, diploma que anteriormente à entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, definia o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

O preceito do art. 34.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 430/83, respeitava precisamente à condenação na pena de expulsão de estrangeiros que fossem condenados por alguns dos crimes previstos em tal diploma legal e em que se utiliza expressão idêntica à adoptada no art. 68.º, do Dec.-Lei n.º 59/93, quando se diz “ser ordenada na sentença a expulsão do País”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é dominante, e unânime a do Tribunal Constitucional, na interpretação que as normas atrás referidas são no sentido de que a pena acessória de expulsão de estrangeiros não é de aplicação automática.

Aliás, diferente interpretação conduziria ao vício de inconstitucionalidade de tais normas por violação do disposto no art. 30.º, n.º 4, da Constituição.

Sobre o assunto, vejam-se entre outros, os seguintes acórdãos:

- Ac. de 11.07.90 do STJ – CJ ANO XV, TIV, p. 8
- Ac. de 12.12.91 do STJ – CJ ANO XVI, TV, p. 30
- Ac. de 07.01.93 do STJ – BMJ n.º 423, p. 172
- Ac. de 23.09.93 do STJ – BMJ n.º 429, p. 14
- Ac. de 11.01.95 do STJ – CJ Ac. STJ, Ano III, TI, p. 170
- Ac. de 22.11.95 do STJ – BMJ n.º 451, p. 124
- Ac. de 13.07.93 do T. Const. – BMJ n.º 429, p. 205
- Ac. de 14.07.93 do T. Const. – BMJ 429, p. 221
- Ac. de 23.03.94 do T. Const. – D.R., II Série, n.º 138, de 17/06/94.

Situações existem, porém, em que a condenação da pena acessória de expulsão de estrangeiro surge automaticamente, sem que daqui decorra a violação da norma do art. 30.º, n.º 4, da Constituição. É o caso de o estrangeiro que praticou o crime não ser titular do direito de entrada e permanência no País e, por conseguinte, a pena acessória de expulsão não envolve perda de qualquer direito.

Sobre as circunstâncias determinantes para o tribunal optar ou não pela aplicação da pena acessória de expulsão de estrangeiro, o Prof. Figueiredo Dias, em “Novos Rumos da Política Criminal e do Direito Penal Português do Futuro”, a pág. 346, considera que a Expulsão do País só pode verificar-se em caso de grave violação dos deveres inerentes à condição de estrangeiro.

Passando um olhar breve pela jurisprudência dos nossos tribunais, trago-vos dois casos, o primeiro respeita ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Setembro de 1993, publicado no BMJ n.º 429, pág. 514, em que o arguido, natural de Cabo Verde, foi condenado, pelo crime de homicídio voluntário, na pena de 5 anos de prisão, beneficiando aqui de atenuação especial da pena, tendo sido considerado, pelo Supremo Tribunal de Justiça, que o arguido, há 15 anos em Portugal, com a expul-

são perderá o seu emprego, encontra-se desenraizado do país de origem e ficará praticamente impossibilitado de exercer o poder paternal sobre os três filhos menores que tem a seu cargo, produzindo consequências nefastas na esfera dos seus direitos privados, claramente desproporcionadas em relação à medida da sua culpabilidade e, ainda, atendendo ao facto de o falecido ter concorrido para os factos por ter produzido ferimentos graves no arguido, foi revogada a medida de expulsão aplicada na primeira instância.

O segundo caso respeita ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22-11-95, publicado no BMJ n.º 451, pág. 124, em que foi igualmente revogada a pena de expulsão de um arguido, natural de São Tomé, que cometeu dois crimes de roubo pelos quais foi condenado na pena única de 5 anos de prisão. Para tal, considerou-se que o arguido vive em Portugal com a família desde os 4 anos de idade, exercendo aqui actividade profissional e, logo, a expulsão afectaria os seus direitos civis e profissionais e só viria separá-lo da família que poderá ajudá-lo a integrar-se e ressocializar-se.

No que concerne ao regime especial de expulsão de estrangeiros contemplado no art. 34.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas) preceitua-se que o tribunal pode ordenar a expulsão do País de arguido estrangeiro, por um período não superior a 10 anos, em caso de condenação por crime previsto no diploma.

Aqui, ao utilizar-se a expressão “pode”, ficou completamente clarificado que a pena acessória de expulsão não é de aplicação automática ou necessária.

II. Dados estatísticos sobre expulsões de estrangeiros

Na Região Autónoma dos Açores, nos últimos 7 anos, foram condenados na pena acessória de expulsão oito estrangeiros, sendo

sete por crime de tráfico de estupefacientes e um por crime de roubo. Três eram naturais da Venezuela, dois da Guiné, um do Reino Unido, um de Aruba e um do Perú. Nenhum dos estrangeiros expulsos tinha residência nos Açores.

A residir actualmente nos Açores encontram-se 4156 estrangeiros, 2556 dos quais de nacionalidade norte-americana. Destes últimos, 1563 são cidadãos colocados na Base Aérea das Lajes na Terceira e, dos restantes, a maioria corresponde a pessoas nascidas nos Açores que, posteriormente, adquiriram a nacionalidade norte-americana.

No todo nacional, no ano de 1995, foram aplicadas 86 penas acessórias de expulsão e 93 em 1996, sendo cerca de 50% dos casos relativos a condenações por crime de tráfico de estupefacientes.

No ano de 1997, até, finais de Junho, foram aplicadas 42 penas acessórias de expulsão.

No ano de 1996, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, realizou-se, em Portugal, um processo de regularização extraordinária de imigrantes ilegais, medida imprescindível para combater situações de exclusão social e essencial para a prossecução do objectivo de integração dos estrangeiros residentes em Portugal. Esta pressupõe uma igualdade de oportunidades nos diversos domínios da participação social, designadamente no acesso à habitação, à saúde e à educação, que só poderá ser conseguida através de uma situação de legalidade.

III. Expulsão de portugueses pelos Estados Unidos da América e Canadá

Desde 1989 que têm entrado nos Açores cidadãos portugueses expulsos dos Estados Unidos da América e do Canadá, tendo sido atingido o número de 227 até 15.10.97. As expulsões tiveram

como causa a prática dos crimes mais diversos e, em alguns casos, o facto de não terem autorização de residência naqueles países.

Muitos foram para os Estados Unidos da América e Canadá ainda crianças, não tendo, jamais, mantido ligações com os Açores. A sua integração num meio diferente ao que estavam habituados, longe da família e de todas as referências que os identificam, torna-se particularmente difícil.

A dimensão das ilhas leva a que facilmente se criem estigmas relativamente a pessoas que há muito não têm laços nos Açores, vindas com o rótulo de expulsas por comportamentos ilícitos.

Após a chegada aos Açores, alguns repatriados praticaram crimes pelos quais foram condenados, designadamente em penas de prisão.

Neste momento, encontram-se reclusos nos Estabelecimentos Prisionais dos Açores: 24 repatriados, sendo 20 em Ponta Delgada, 3 em Angra do Heroísmo e 1 na Horta.

O crime mais frequente foi o de furto, seguindo-se o de tráfico de estupefacientes, havendo a mencionar um caso de homicídio voluntário e outro de violação.

A criminalidade nos Açores tem características não violentas, sendo bastante raro o crime de homicídio voluntário e o de roubo (furto com violência ou ameaça contra as pessoas) é pouco frequente.

A nível de tráfico de droga, a Região Autónoma dos Açores está longe de atingir os números que se verificam nas principais cidades do Continente Português.

Os órgãos de comunicação social têm feito eco das preocupações subjacentes à vinda dos repatriados e, na reunião plenária de 22-7-97, da Assembleia da República, foi designadamente feita alusão ao congressista norte-americano, Barney Frank, por este ter afirmado que esses cidadãos são fruto da sociedade (norte-americana), a qual tem por obrigação acolhê-los como os demais cidadãos.

No jornal “Açoriano Oriental”, de 23-10-97, pode ler-se, sob o título “Deportado seropositivo gera celeuma no Canadá:

“A deportação de um seropositivo português para os Açores, no domingo, está a causar controvérsia no Canadá, sobretudo por o doente ter de viajar em cadeira de rodas. Pedro ..., 24 anos, seropositivo, foi deportado domingo para os Açores, tendo viajado acompanhado por dois agentes da imigração canadiana e um médico”.

Joan Anderson, da comissão de Combate à Sida, em Toronto, disse que o Canadá terá de assumir uma quota parte da responsabilidade em casos como este, em vez de pura e simplesmente os despejar noutros países. Acentuou ainda ser importante que a Ministra da emigração, Lucienne Robillard, interrompa esta série de deportações por “humanitarismo e compaixão”.

O artigo termina fazendo referência a um outro caso de um português que sofre de esquizofrenia, residente no Canadá há longos anos, que viu a ordem da sua deportação ser adiada, na sequência de uma série de movimentações da comunidade portuguesa.

Termino, esperançado que Países tão amigos de Portugal, como o são os Estados Unidos da América e Canadá, activos defensores dos Direitos do Homem, ajudem a encontrar soluções conjuntas com vista a minorar o drama de deportação de cidadãos para os Açores.

JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Sessão V

*Os Princípios Constitucionais
Enformadores do Sistema Criminal*

UM OLHAR CRUZADO ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO PENAL

José de Faria Costa

1. Apresentação

O tema que nos propomos tratar é o modo de relação entre a ordem jurídico-constitucional material e o ordenamento jurídico processual penal, atendendo, no que se refere a este último, a cada uma das suas diferentes fases processuais. Verificar, em uma palavra, como o código de processo penal acolhe – modelando-as e sendo por elas modelado – as normas constitucionais que versam sobre esta matéria.

Ao levar a cabo tal tarefa, não deixaremos de conceber aquela primeira, isto é, a ordem jurídico-constitucional material, como “o referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito”¹. E, levantamos, por outro lado, sérias reservas a expressões como *o direito processual penal é direito constitucional aplicado*, pois que, em nosso entendimento, tal proposição tem um carácter redutor, já que assim não só se apagam as diferentes autonomias dos dois ramos do direito, como também se insinua uma pã-constitucionalização de feitos, não diríamos perversos, mas intoleráveis.

É, todavia, indesmentível, face aos dois ordenamentos que neste momento consideramos, que há que lhes reconhecer uma certa comunhão de objectivos, nomeadamente quando se trata da protecção de direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, preocupação esta essencial para ambos. Apesar de ser objectivo e preocupação comum, nenhum deles reconhece a este seu fim valor absoluto². Na verdade, não só a Constituição introduz, ela própria, limitações a tais direitos, como também

¹ Cf. FÁRIA COSTA, José de, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 189.

² A menos que esteja em causa a dignidade da pessoa humana, único valor absoluto, e, por isso mesmo, não cede perante qualquer outro direito ou interesse.

no campo do procedimento criminal, tais restrições são, sobremaneira, patentes. E são-no em especial, porque o processo penal, para lá da protecção daqueles direitos, também visa a realização da justiça, a descoberta da verdade material, a aplicação de uma pena ao culpado, bem com, de jeito não dispiciendo, o restabelecimento da paz jurídica, colocada em causa pelo crime.

2. O lugar que as “normas constitucionais” do código de processo penal ocupam na CRP: seu significado

Não poderá deixar de se dizer que a ubicação na Constituição da República Portuguesa das normas referentes ao processo penal no capítulo onde se encontram previstos os direitos, liberdades e garantias pessoais, encerra um significado não desprovido de valor. Com efeito, os direitos, liberdades e garantias pessoais, juntamente com os direitos, liberdades e garantias de participação política constituem uma categoria de direitos fundamentais, aos quais a lei constitucional ofereceu um tratamento preferencial cristalizado no artigo 18.º da CRP. De tal regime releva a consequência de os preceitos constitucionais a eles referentes serem directamente aplicáveis e, em especial, deve ainda salientar-se que a sua restrição tem de obedecer ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo. Isto é: tem de submeter-se à regra de uma proporcionalidade que tem de ser vista através das suas três dimensões (necessidade; adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Ao inserir, pois, em tal capítulo as normas constitucionais do processo penal, a CRP torna-as, deste jeito, beneficiárias daquele regime especial, bem ciente, por conseguinte, de que no desenrolar do processo criminal estará quase sempre presente uma tensão entre direitos fundamentais, ou não traduzisse, desde

logo – para sermos impressivos –, o inquérito (a primeira fase processual) uma limitação à liberdade individual do cidadão.

3. O n.º 1 do artigo 32.º da CRP: uma norma programática

Em jeito de apresentação, a Constituição inicia a sua pequena mas marcante “constituição processual penal” com uma norma programática de conteúdo variável que abre as portas à admissibilidade da aceitação ou à exigência de se consagrarem “*todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação*”³. Cabem aqui, por isso, todos os direitos e instrumentos de defesa consagrados na CRP, mas também aqueles que o legislador processual penal, entenda, em cada momento histórico, ser dever enquadrar naquele código. Será o conjunto de todas essas garantias de defesa que irá permitir ao arguido encontrar-se, face ao órgão que dá a acusação, em posições de igualdade que, como veremos de seguida, é uma nota da estrutura acusatória do processo penal português.

Ao percorrermos a lei processual penal, depressa encontraremos a expressão viva dessa norma na determinação da qualidade de arguido para “*todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal*”⁴. Com efeito, deste estatuto decorre um vasto elenco de direitos que se encontram previstos no artigo 61.º, n.º 1 do referido código. De entre esses, pensamos ser pertinente, porque intimamente ligado ao que nos preocupa, referir o direito à escolha de defensor, o direito a ser por este assistido em todos os actos processuais em que venha a participar e, para além disso, uma vez detido, ter o direito de comunicar em privado com tal defensor. Aliás, este direito é, do nosso ponto de vista, aquele que tornará possível a concretização de uma defesa em toda a sua plenitude. De uma defesa que se assuma e se que legitidamente integral e sem reservas.

³ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J. / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 214 e s.

⁴ Texto do artigo 57.º do CPP.

4. A estrutura acusatória do processo penal e a subordinação ao princípio do contraditório da audiência de julgamento e dos actos instrutórios. A estrutura acusatória do processo penal mitigada pelo princípio de investigação

A Lei fundamental portuguesa marca, no n.º 5 do artigo 32.º, em primeira linha, a estrutura do processo criminal, classificando-a de acusatória, mas temperada pelo princípio do contraditório.

Por seu turno, o código processual penal acolhe essa mesma estrutura, fazendo a distinção entre *inquérito*, *instrução* – enquanto fases preliminares, contidas na Parte II, Livro VI, Título II e III, respectivamente –, e *julgamento*, regulamentado este no Livro VII, daquela Parte II. Em obediência àquela estrutura acusatória o nosso Código de Processo Penal encontra para cada uma daquelas fases um distinto e diverso órgão com competência para lhes presidir, de tal forma que o juiz de instrução não poderá ser o órgão que oferece a acusação; o órgão que dá a acusação não poderá ser o juiz julgador e, por último, o órgão que faz a instrução não poderá fazer a audiência de discussão e julgamento, e vice-versa.

Dá, nessa linha de pensamento, a direcção e a realização do *inquérito* ao Ministério Público, nos termos do n.º 1 do artigo 263.º e 264, n.º 1 do CPP e permite-lhe que seja assistido, ao nível da direcção, pelos órgãos de polícia criminal, também nos termos daquele referido número do artigo 263.º. Neste sentido o Ministério Público é o *dominus* do inquérito.

Quando o processo penal tiver sido enxertado pela *instrução*, de resto uma fase facultativa nos termos do n.º 2 do artigo 286.º do CPP (é bom, todavia, confrontar este preceito com o n.º 4, do art. 32.º da CRP), quem se encontra incumbido de assumir a sua direcção é o *juiz de instrução*, que poderá ser assistido pelos órgãos de polícia criminal, segundo nos dá conta no n.º 1 do art. 288.º do referido código. Uma limitação, porém, é intro-

duzida pela própria Constituição e depois confirmada pela lei processual: o juiz de instrução delega apenas noutras entidades a prática de actos instrutórios que não se prendam directamente com direitos fundamentais, pois que estes, dada a sua especial importância, são praticados exclusivamente pelo juiz de instrução.

Todavia, a estrutura acusatória que a CRP previu para o processo penal não se esgota na simples “*diferenciação material entre o órgão que instrui o processo e dá a acusação, e o órgão que a vai julgar*”⁵. Vai mais além e torna pertinente o “*reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso*”⁶.

No âmbito do processo penal, encontramos-nos perante uma situação de conflitualidade, em que se aspira à verdade material e à realização da justiça e, por isso mesmo, os sujeitos conflituantes – Ministério Público, ou assistente, de um lado, e arguido, de outro – terão de ocupar uma posição de igualdade traduzida em armas e instrumentos. Daí a preocupação da CRP em assegurar ao acusado constituído arguido todas as garantias de defesa. E logra fazê-lo, desde logo, atendendo aos direitos que assistem àquele, de tal forma que é valorado, no decurso do processo, não como um simples objecto, mas antes como verdadeiro sujeito processual. Dessa fundamental realidade normativa é expressão o artigo 61.º do CPP quando, na definição do estatuto de arguido, inclui o direito que a este assiste de intervir, quer no inquérito, quer na instrução através do oferecimento de provas, bem como pela solicitação de diligências.

Em bom rigor, cumpre ainda acrescentar que oferecer ao arguido, durante o inquérito, a possibilidade de ser ouvido quanto à tomada de qualquer decisão que o afecte, nos termos da alínea *b*) do artigo 61.º do CPP, é uma manifestação por excelência do princípio do contraditório. Manifestação essa, também presente de forma indelével, posteriormente, quando

⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, p. 9.

⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, p. 9.

nos encontramos já mergulhados na instrução, especialmente em sede de debate instrutório. De facto, esse é o momento em que todos os intervenientes no processo – onde se inclui obviamente o arguido com a excepção das partes civis – são convocados a pronunciarem-se e a tomarem posição. É, no fundo, o que resulta da aplicação conjugada dos artigos 289.º, 298.º e 302.º, todos do CPP.

Em momento derradeiro do processo, na audiência de julgamento, a relação de conflitualidade terá de ser resolvida por um órgão (o juiz julgador) que se situe acima dos sujeitos conflituantes, não sem antes garantir – à semelhança do que já havia acontecido com o inquérito e com a instrução – a todos os sujeitos processuais o direito ao contraditório, conforme a parte final do n.º 5 do art. 32.º da CRP. A abonar o que se diz sirva-nos de garante a alínea g) do artigo 323.º do CPP que sustenta o direito ao contraditório, bem como os artigos 343.º, 345.º e 361.º, quanto às declarações que o arguido pretenda fazer sobre os factos. Por outro lado, o art. 361.º mostra-nos o momento limite em que o arguido poderá fazer as suas últimas declarações, antes do encerramento da discussão. Interessante é também verificar como este direito completa a pretensa e tendencialmente lograda posição de igualdade entre os intervenientes processuais. É que consagrá-lo implica, em suma, garantir um direito de audiência àqueles. Implica e bem, digamo-lo abertamente, oferecer ao arguido o direito de se pronunciar e contrariar todos os testemunhos ou meios de prova.

Uma precisão importante impõe-se todavia: pese embora cada um dos sujeitos processuais conflituantes de maior relevo – Ministério Público, de um lado, e arguido de outro – se encontrar em tal posição paritária, oferecendo o primeiro a matéria acusatória, e o segundo a sua defesa, ainda assim pertence ao juiz do julgamento uma importante prerrogativa de

investigação que usará, caso se lhe afigure necessário. O tribunal pode, assim, nos termos do artigo 340.º do CPP, ordenar a produção de provas não constantes da acusação, da pronúncia, ou da contestação, com vista à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. A estrutura acusatória é, deste modo, mitigada por um princípio de investigação usado pelo julgador.

5. O princípio da presunção de inocência: seu funcionamento em concreto; sua ligação ao julgamento em um curto prazo de tempo

Consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, a presunção de inocência encontra-se presente na lei processual penal enquanto modo de tratamento a dispensar ao arguido no decurso do processo: enquanto enquadramento dos meios de prova e ainda enquanto regra probatória, de resto, ligada ao princípio *in dubio pro reo*.

Assim, em relação ao primeiro sentido que acabámos de lhe apontar, o CPP acolhe a referida presunção quando ao arguido venha a ser aplicada uma medida de coação, já que, nessa circunstância, se deve optar sempre pela medida de coação que menos cerceie a sua liberdade individual⁷. Direito este que, como se sabe, foi elevado à categoria constitucional, no artigo 27.º da CRP. Desta proposição constitucional dá-nos conta ou decorre o princípio da tipicidade ou da legalidade das medidas em causa, consagrado no artigo 191.º do CPP, bem como o princípio da necessidade, de adequação e proporcionalidade que deve imperar na aplicação daquelas, previsto no artigo 193.º. Da conjugação destes artigos, resulta que, para lá de não se poder aplicar nenhuma medida que não se encontre prevista na lei, ainda haverá, por sobre tudo, que adequar a sua aplicação à particular situação concreta com que nos debatemos, sendo, por isso, intolerável qualquer

⁷ Vejam-se, a este propósito, os artigos 192.º e 193.º do CPP.

medida mais lesiva dos direitos fundamentais quando uma menos gravosa possa levar a cabo as exigências cautelares do caso.

Particular destaque, de entre as medidas de coacção, merece a prisão preventiva, cuja utilização só é possível em último recurso pois, como sabemos, é a que mais afecta a liberdade individual de cada cidadão. De sorte que a sua natureza subsidiária se manifeste, desde logo, no artigo 28.º, n.º 2 da CRP e ainda nas concretas determinações do CPP (arts. 202.º e 209.º). A sua utilização fica, por conseguinte, reservada aos casos de flagrante delito, bem como para a situação de se estar em presença de fortes indícios da prática de um crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos (art. 27.º, n.º 3 alínea *b*) da CRP e artigos 202.º, n.º 1, 204.º alínea *a*) e 209.º todos estes do CPP).

Uma última nota se impõe fazer: uma vez que a sua natureza é altamente conflituante e restritiva do direito à liberdade, a aplicação da prisão preventiva deve obedecer a limites temporais, como claramente consagra o artigo 28.º, n.º 4 da CRP, acolhido plenamente no código de processo penal, nos seus artigos 213.º e 215.º. O primeiro quanto ao reexame periódico dos pressupostos da prisão preventiva. O segundo quanto aos seus prazos de duração máxima.

A aplicação das medidas de coacção é, em suma, tarefa a levar a cabo com ponderação, pois ela tem por objecto um indivíduo, uma pessoa, que se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Com isto pretende-se significar que a sua liberdade há-de ficar o mais intocada possível, conciliando-a, todavia, com as suspeitas sobre a culpa, com a investigação e aplicação de medidas cautelares. Conciliando-a, em suma, com os fins do inquérito e com as finalidades da instrução.

A presunção de inocência, ainda neste primeiro sentido que acabámos de lhe dar, pede, também, que a utilização do arguido,

enquanto meio de prova, seja sempre limitada pelo integral respeito da sua própria vontade. Incumbe pois ao arguido decidir como e quando tomar posição no processo. Direito este que decorre do seu próprio estatuto: o de arguido. Tão ampla é a sua esfera de actuação que o próprio silêncio poderá encontrar-se entre as suas opções.

Por último, cumpre analisar a vivência do princípio da presunção de inocência enquanto regra em matéria de prova, sendo certo que esta implica que a matéria da prova deve ser oferecida pelo órgão que dá a acusação (artigo 262.º do CPP). Se assim é, então, o que é razoável que aconteça, como aliás efectivamente sucede, é que uma vez subsistente uma dúvida razoável quanto aos factos pelos quais o arguido vem acusado, bem como quanto à sua culpa, impõe-se, em sede de julgamento, a sua absolvição, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*. Todavia, impõe-se, aqui, sobremaneira, uma precisão, nem sempre salientada: o juiz julgador, em obediência ao princípio da descoberta da verdade material, pode e deve vir a suprir falhas no que se refere ao material probatório, nos termos do artigo 340.º, como já atrás foi dito.

A regra da presunção de inocência no campo probatório funciona pois em pleno à luz do CPP, nomeadamente quando a ela se associa o princípio *in dubio pro reo*, já depois de o juiz julgador lançar mão daquela prerrogativa de investigação.

Como nota final, quanto à presunção de inocência, importa referir que o arrastamento de um processo por anos a fio inculca na opinião pública, mas especialmente no arguido e demais intervenientes no processo, uma presunção de culpabilidade de todo antitética e com a referida presunção.

Por isso mesmo, sensível a tal questão, a CRP concilia-a com o julgamento em um curto prazo de tempo e, posteriormente, o CPP prevê o instituto da aceleração processual de processos atrasados, nos termos dos artigos 108.º a 110.º.

6. A prova nas diferentes fases processuais

Essência e condição *sine qua non* do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebem a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana. Enfermam, portanto, do vício da nulidade as provas obtidas com desrespeito por tal direito, a saber: as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, bem como as provas obtidas de forma abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência, ou nas telecomunicações. É este o princípio constitucional reitor em matéria de prova, como decorre inequivocamente do n.º 6 do artigo 32.º da CRP. De uma forma perfeitamente aberta ao espírito de tal consagração constitucional, o CPP acolhe as restrições à prova, punindo com o mesmo vício da nulidade as provas obtidas pelas formas referidas. É, aliás, o que resulta do artigo 126.º do CPP, válido para qualquer fase do processo, reafirmado em particular no n.º 1 do artigo 292.º, para a instrução.

7. Conclusão

É tempo de concluir este brevíssimo olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal. E fazê-lo com a certeza de que sempre as normas do processo penal interrogaram o “espelho da verdade” – da verdade historicamente possível – que a Constituição representa. Mais. E que receberam desse mesmo espelho uma imagem clara, nítida e conforme, não só ao que o direito processual penal queria ver de si próprio, mas também uma imagem conforme aos recortes que a Constituição emprestava, quando colocada atrás das normas de processo penal.

O Direito – curiosa criação humana que pretende regularizar eficazmente os comportamentos humanos em crise, e porque não em tensão – não raras vezes, é convocado a desem-

penhar essa sua função, com recurso a uma unidade de sentido percebida nos seus diferentes ramos.

Assim, o Direito Constitucional, espelho rico da mundivivência político-cultural e jurídica, que em dado momento histórico se vive, torna-se a representação jurídico-política de um sentido comunitário, depositária das equilibradas relações entre os diferentes poderes e, sobretudo, defensora, em primeira linha, de direitos, liberdades e garantias. Imagem viva, pois, das concepções de um Estado de direito democrático e de um justiça que se quer viva e actuante.

No entanto, é, como se sabe, na dimensão da legislação ordinária que encontramos os traços característicos do processo penal. De um processo penal bem consciente de que, ao pugnar pela consecução dos seus objectivos – a descoberta da verdade material, a realização da justiça com a punição dos culpados – cerceia direitos fundamentais. Cabe-lhe pois, ao ter-se concretizado na Constituição e na lei ordinária, não perder de vista os pontos de equilíbrio. Os pontos de um equilíbrio instável e precário entre a liberdade e a realização da justiça como as implicações e as consequências que lhe atribuímos.

E tais intentos de equilíbrio são logrados, não só quando se estrutura o processo penal em diferentes fases, dando a cada uma um titular, mas também fazendo intervir o acusado activamente no momento em que lhe fornece o estatuto de arguido e o arroupa com os princípios da presunção de inocência e com todos aqueles que imperam na aplicação das medidas de coacção. Para além disso, ampara-se ainda o arguido com o seu defensor, de escolha livre e criam-se limites à obtenção de prova, nunca perdendo de vista a dignidade da pessoa humana. Por fim, dá-se a acusação, culminar da investigação, a um terceiro órgão, que a julga, usando, entre outros, o poder tímido mas marcante da investigação ao serviço dos fins do processo.

É pois deste modo transparente e nobre que se afirma o direito processual penal, cristalizado em refacções recíprocas provenientes, quer da Constituição, quer do Código de Processo Penal.

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

Manuel da Costa Andrade

1. O primeiro dado a pôr em evidência é a particular densidade de normas inscritas na Constituição da República Portuguesa de alcance directamente jurídico-penal. Nenhum outro ramo de direito ordinário tem uma presença tão forte na Constituição. Acresce a circunstância de se tratar invariavelmente de normas de aplicação directa e, por vias disso, vinculativas não só para o legislativo mas também para os tribunais.

Este direito constitucional penal cobre praticamente todas as áreas do sistema penal: desde o direito penal substantivo – indo a pormenores como a denegação de eficácia justificante à obediência hierárquica, nessa medida superando a controvérsia que até então vinha abrindo brechas na experiência doutrinal e jurisprudencial – ao processo penal, até ao direito penitenciário. Para além disso, regula também, por vezes com malha apertada, os problemas atinentes à cooperação judiciária internacional em matéria penal, maxime a extradição, seguramente um dos temas mais sensíveis e controversos no processo de construção europeia.

2. A Constituição opera, assim, uma decidida redução da complexidade no que toca ao desenho do sistema penal por parte do legislador ordinário. Na impossibilidade de proceder a um rastreio sistemático e esgotante, permitimo-nos citar, de forma necessariamente fragmentária, alguns temas nucleares. E que poderemos sintetizar na proclamação de que é a Constituição que define as balizas da legitimação, tanto material como formal do direito penal.

A necessidade de fazer escolhas, decorrente da natural escassez do tempo ao nosso dispor, obriga-nos a privilegiar alguns

tópicos relativos à legitimação material, silenciando relativamente os problemas de legitimação formal. Cremos, de resto, que a escolha se justifica, uma vez que as respostas aos problemas da legitimação formal, que têm atrás de si séculos de experiência, de reflexo e de reivindicação – a partir do movimento que culminaria na *Magna Charta Libertatum* (1215) – se encontram hoje relativamente estabilizadas. Trata-se, fundamentalmente, de dois princípios:

- Em primeiro lugar, o princípio de legalidade (*nullum crimen sine lege*), na plétora das suas implicações ou corolários (*lex scripta, stricta, proevia et coerta*), em que avultam os imperativos da irretroactividade e determinabilidade. Este último particularmente ameaçado, dada a frequência com que o legislador vem recorrendo às chamadas leis penais em branco, que se vêm multiplicando à medida que se alarga a intervenção do direito penal nos campos da economia, saúde, ambiente, etc. Para além disto convém, sobretudo recordar que a Constituição Portuguesa estende as exigências de legalidade e o pertinente programa de protecção garantística também às chamadas medidas de segurança. No mesmo preceito que prescreve o princípio da legalidade-irretroactividade das penas, proclama a Constituição: “ninguém pode sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” (art. 29.º, n.º 1). O que implicou uma alteração profunda na compreensão destas medidas, ditadas pela necessidade de obviar à perigosidade do agente. Que, na sua representação categorial e eidética, se orientam e se determinam exclusivamente pela perigosidade futura, bem podendo, em rigor, ser aplicadas independentemente de um facto anterior e criminalmente relevante. É o que a Constituição hoje não permite. Para a medida de segurança fazer sen-

tido e ser legítima, exige-se a verificação cumulativa de um duplo requisito: a subsistência, no futuro, da perigosidade do agente; e a prática, no passado, de um facto que uma lei anterior defina como condição de aplicação de uma medida de segurança.

- Em segundo lugar, o princípio da reserva de lei, por força do qual as normas relativas aos crimes e às reacções criminais (penas e medidas de segurança) têm de revestir a dignidade de lei: ou lei formal (da Assembleia da República) ou Decreto-Lei do Governo, com base em autorização legislativa bastante do Parlamento.

3. Regressando à legitimação material, deve, em primeiro lugar, precisar-se que é a Constituição que define e demarca o horizonte em que há-de inscrever-se a política criminal, no contexto da nova “ciência global do direito penal”. Ou, na expressão germânica cunhada por LISZT, *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Se é certo que na nova topografia das ciências criminais a política criminal assume uma posição transsistemática e crítica em relação ao direito penal positivo ordinário, ela assume necessariamente uma posição intra-sistemática em relação à sociedade democrática pressuposta pela Constituição e ao modelo do Estado de direito constitucionalmente sancionado.

4. Por vias disso, é ainda a Constituição que define, propõe – e impõe – a constelação de valores ou interesses susceptíveis de integrar o sistema dos bens jurídico-penais e, como tais, servir de referentes teleológico-materiais das incriminações a pôr de pé pelo legislador ordinário. No sentido de que tem de haver uma relação de congruência substancial entre o “capital do bens jurídicos” (*Gueterkapital*) de que fala BINDING e a ordenação de valores constitucionalmente reconhecidos. Um enunciado que tem subjacente o axioma fundamental e basilar – quase

poderíamos dizer, parafraseando Kelsen, a *Grundnorm* – do direito penal, também ele um imperativo constitucionalmente consignado. E segundo o qual, o direito penal de uma sociedade secularizada e plural – isto é: não vergada ao peso de transcendentais – e fechadas – mundivisões religiosas, metafísicas, moralistas ou ideológicas – só está legitimado a intervir para proteger bens fundamentais da pessoa ou da própria comunidade. O que tem como reflexo imediato a ilegitimidade – e a uma ilegitimidade contrafactivamente assegurada através da sanção da inconstitucionalidade – de qualquer lei penal incriminatória que se propusesse punir comportamentos humanos, em nome, exclusivamente da sua imoralidade. Poucos o terão dito melhor do que os americanos NORVAL MORRIS e GORDON HAWKINS: “For the criminal law at least, man has an inalienable right to go to hell in his own fashion, provided he has not directly injured the person or property of another on the way”.

5. Em segundo lugar, é a Constituição que prescreve as categorias e os princípios basilares do discurso da criminalização. E que, acolhendo-se à lição dos autores e dos tribunais alemães, os penalistas portugueses costumam tratar sob os nomes de dignidade penal (*Strafwuerdigkeit*) e a carência de tutela penal ou necessidade de pena (*Strafbeduerftigkeit*). A dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente e superior dignidade devem gozar de protecção penal. Ou, reflexamente, de que só os sacrifícios dos bens jurídicos que configurem manifestações particularmente qualificadas e intoleráveis de danosidade social podem fazer jus às reacções criminais. Enquanto isto, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio de *subsidiaridade* ou de *ultima ratio* do direito penal. Assim, só se deve recorrer ao direito penal quando a sua intervenção se revelar idónea, porque eficaz na protecção dos bens jurídicos e seja, para além

disso, necessária. Entendendo-se que ela é necessária quando não for possível assegurar a protecção dos bens jurídicos por meios menos gravosos para a liberdade. É, de resto, a conjugação destes princípios que se projecta na *fragmentaridade* ou descontinuidade do direito penal.

6. Deve ainda precisar-se que a dignidade penal e a carência de tutela penal – bem como os princípios em que elas se traduzem, a saber: danosidade social, proporcionalidade, subsidiaridade e fragmentaridade – valem hoje, na ordem jurídica portuguesa, como imperativos constitucionais que o legislador ordinário deve respeitar na feitura das leis incriminatórias.

É o que claramente resulta do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. Por causa disso, não poderá fugir à censura e à sanção da inconstitucionalidade a lei que frontalmente os viole.

Nesta linha, parece hoje irrecusável a tese da inconstitucionalidade de uma lei penal que, ao arrepio do *princípio de subsidiaridade*, recorre ao ilícito e às sanções criminais para fazer face a formas de danosidade social quando, comprovadamente, pudesse lograr-se o mesmo objectivo com formas mais benignas de reacção. Como, por exemplo, as sanções civilísticas, administrativas, contra-ordenacionais, etc..

7. No que fica dito vai já implícita a resposta a um dos mais complexos problemas em matéria de relações entre a Constituição e o direito penal ordinário. Trata-se, concretamente, de saber se há ou não os chamados *imperativos constitucionais de criminalização* ou obrigações constitucionais de criminalização (na formulação dos autores e dos tribunais alemães, *Verfassungspoenalierungsgebote*).

Não se desconhece, naturalmente, a existência na lei constitucional – e tanto a nível nacional como comparatístico – de um ou outro imperativo formal ou explícito de criminalização. Isto é, a existência de preceitos constitucionais a obrigar o legislador ordinário a punir comportamentos ilícitos em áreas determinadas. Como aconteceu já, entre nós, com os atentados contra a economia nacional, e continua a acontecer com os crimes de responsabilidade em que podem incorrer os titulares de cargos políticos (art. 117.º, n.º 3 da Constituição da República). E como acontece, com particular amplitude, com a Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve directamente a incriminação de um extenso espectro de condutas, chegando mesmo a impor o tipo de pena aplicável, e a regulamentar temas como a imprescritibilidade, a participação, etc. (cf. art. 5.º).

Não é disso que se trata aqui. Trata-se, antes, de saber se a proclamação ou reconhecimento constitucional da eminência e dignidade de determinado bem jurídico faz impender directamente sobre o legislador ordinário o dever de mobilizar as reacções criminais para assegurar a protecção daquele bem jurídico.

8. O problema tem sido particularmente discutido a propósito da interrupção voluntária da gravidez. Um tema que já provocou alguns abalos ou hesitações na jurisprudência de uma instituição com o peso e a consistência do Tribunal Constitucional Federal alemão. A proclamação constitucional da inviolabilidade da vida humana – mesmo na hipótese de se estender expressamente esta inviolabilidade ao momento da concepção – obriga ou não o legislador ordinário a recorrer às sanções criminais para proteger a vida intra-uterina?

A resposta não pode deixar de ser aberta e decididamente negativa. Resumidamente, a proclamação constitucional da dig-

nidade da vida humana só oferece um dos pressupostos da criminalização: a dignidade penal. Que apenas assegura a chamada *legitimação negativa* da criminalização, a saber: a sua falta é bastante para afastar a legitimidade da criminalização, mas a sua presença não é suficiente para ditar a criminalização. Não é, noutros termos, portadora da igualmente irrenunciável *legitimação positiva*. Que só pode ser assegurada pela carência de tutela penal.

Pressuposta a dignidade penal há-de, seguidamente, questionar-se:

a) Primeiro, se o direito penal é um instrumento idóneo para prevenir as manifestações indesejáveis de danosidade social (vg. o aborto). Ou, pelo contrário, se o direito penal é, no domínio em causa, praticamente inócuo. No sentido de que, com direito penal ou sem ele, a prática indesejada continua a ter lugar, só que agora deslocada para o mundo subterrâneo da ilegalidade. Quando tal se der, para além de não resolver o problema, o direito penal pode desencadear efeitos claramente iatrogénicos: deslocada para o mundo da ilegalidade, aquela prática poderá dar origem a santuários de chantagem, extorsão, violência, exploração. E tudo atrás do biombo do direito penal, afinal de contas remetido ao papel barreira aduaneira e protectora (face à concorrência da actividade lícita) precisamente da prática para cuja prevenção ele foi chamado. Foi o que EDWIN SCHUR pôs pertinentemente em evidência na sua obra marcante, datada de 1965, *Crimes Without Victims*.

b) Segundo, se o direito penal sendo concretamente idóneo, é ao mesmo tempo necessário, por não haver instrumento igualmente idóneo, mas menos gravoso para a liberdade.

9. É da resposta a estas perguntas que depende em definitivo, a legitimação positiva do direito penal. Mas é esta resposta que não está ao alcance do legislador constituinte. Trata-se, com efeito, de questões de índole prevalentemente empírico-criminológica: levantamento da fenomenologia das manifestações de *deviance*, interpretação etiológico-causalista, meios alternativos de prevenção, etc. Tudo tarefas que só o legislador ordinário está em condições de empreender. E a partir daí decidir em definitivo da criminalização ou não da conduta. Tudo, noutros termos, tarefas que o legislador constituinte não tem legitimidade para ensaiar.

10. Em terceiro lugar, a *Weltanschauung* subjacente à Constituição e a teia normativa em que ela se revela e desvela projectam-se, por seu turno, decisivamente, sobre a área problemática tradicionalmente referenciada sob a rubrica “*Dos fins das penas*”. Se bem vemos as coisas, é ainda a Constituição que sugere, ou impõe mesmo, o chamado paradigma emergente. Que se analisa em dois enunciados basilares: por um lado, avulta o princípio da *unilateralidade da culpa*; e, por outro lado, a proclamação da prevenção como fim a prosseguir com as penas.

a) No princípio da *unilateralidade da culpa* contêm-se dois sub-princípios ou dogmas, ambos de clara ressonância constitucional.

Em primeiro lugar, a proclamação da culpa como pressuposto irrenunciável e como limite inultrapassável da pena. No sentido de que não há pena sem culpa, e de que a pena não pode, em qualquer caso, ultrapassar a medida da culpa. Ora, como de vários lados se acentua, esta exigência da culpa corresponde a um “axioma antropológico” radical, com ressonância directa na Constituição. Numa maior aproximação normativa, a exigência da culpa, com

este sentido e alcance, radica na proclamação da *dignidade humana* como a pedra angular do nosso edifício constitucional. Tal é, na verdade o entendimento consensual dos nossos autores (à cabeça: FIGUEIREDO DIAS) e dos nossos tribunais, segundo os quais uma pena sem culpa não seria compaginável com o primado da dignidade humana. Cabe, aliás, precisar que o respeito do princípio da culpa, com estes sentido e alcance, é bastante para preservar o património liberal e garantístico da culpa, seguramente um dos créditos mais celebrados da culpa como limite da pena. E, por vias disso, um dos baluartes irreduzíveis contra as tentativas de manipulação do direito penal ao serviço de projectos, mais ou menos expostos ou mais ou menos larvados, de terror. E disfarçados já sob a forma subliminar de uma *ideologia de tratamento* de modelo médico – o *therapeutic state*, a seu tempo denunciado, entre outros por KITTRIE, autor de *The Right to be Different. Deviance and Enforced Therapy* (1971) e, noutra perspectiva, por obras como *A Clockwork Orange* (BURGESS) ou *The Manufacture of Madness* (1970) de TH. SZASZ – já sob a bandeira da *law and order*, sempre ao alcance de políticos carecidos de legitimação.

Em segundo lugar, a renúncia à reivindicação da culpa como medida da pena, e com ela ao ideário retribucionista. Uma renúncia ditada não tanto por aporias de índole epistemológica (a decantada impossibilidade de provar o “*liberum arbitrium voluntatis*”), mas, sobretudo, por razões que contendem com a legitimação duma pena de sentido exclusivamente retribucionista. Isto porquanto a compreensão da pena como valor absoluto, justificada em si e *de per se*, deixou de fazer sentido no contexto de uma sociedade secularizada e plural, que não se revê em qualquer monismo religioso, moral, metafísico ou ideológico.

b) Emergindo como uma amarga necessidade de uma sociedade imperfeita, porque de homens imperfeitos, despida daquela magestade desligada de fins que KANT lhe emprestara, a pena só tem sentido se posta ao serviço da *prevenção*. Só a prevenção pode, assim, valer como o fim da pena.

11. Para além de apontar a prevenção como único fim legítimo das penas, é seguramente à prevenção especial de ressocialização que a Constituição da República reserva o primado. Mais: pode mesmo dizer-se que a Constituição erige a ressocialização em imperativo ou obrigação do Estado. Este é, pelo menos, o entendimento da jurisprudência e da doutrina portuguesa mais credenciada. E ainda aqui sob a influência da doutrina e da jurisprudência constitucionais alemãs, maxime depois do marcante acórdão do Tribunal Constitucional Federal sobre o que ficou conhecido como o “assassínio dos militares de Lebach (*Soldatenmord von Lebach*) e proferido nos anos setenta. Como pode ler-se na fundamentação do aresto: “A ressocialização é uma exigência que, do ponto de vista jurídico-constitucional, corresponde à auto-representação de uma sociedade que erige a dignidade humana em estrela polar da sua ordenação de valores e se sente vinculada ao princípio do Estado de direito social. Como portador de direitos fundamentais, decorrentes da dignidade humana e preordenados à sua garantia, o condenado tem de ter a possibilidade de se integrar na sociedade depois de expiar a pena. Do lado do delinquente, este direito à ressocialização dimana do direito fundamental do artigo 2.º, 1, conjugado com o artigo 1.º da Lei Fundamental. Do lado da comunidade é o princípio do Estado de direito social que reclama a solicitude e cuidado (*Vor – e Fuersorge*) estadual para os grupos de pessoas que, mercê das suas fraquezas ou culpa, da sua incapacidade ou baixo estatuto social, se vêem impedidas no seu desenvolvimento pessoal e social”.

Resumidamente, hoje é consensual o entendimento seguinte: enquanto a culpa emerge como exigência da dimensão liberal-formal do Estado de direito, a ressocialização radica directamente na vertente material-social do mesmo Estado de direito.

12. Importa ainda precisar que, no contexto do paradigma constitucional que vimos sumariamente esboçando, a ressocialização vale como um direito do cidadão (delinquente) e como uma obrigação do Estado, mas não já como um direito do Estado. O Estado é obrigado a criar oportunidades reais de ressocialização e a oferecê-las ao delinquente, *mas não pode impor coercivamente a ressocialização*. Ao cidadão delinquente sobra sempre um irredutível direito à diferença que contraria qualquer tentativa de uma metanóia compulsiva, duma conversão e interiorização forçadas das normas jurídico-penais e dos valores que as suportam. Parafraseando BRECHT e desde que não assalte bancos, o delinquente poderá sempre protestar: o que é o crime de assaltar um banco, comparado com o crime de ter um banco?

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL AMERICANO

Anthony J. Santoro

Gostaria de me associar aos meus colegas manifestando o meu agradecimento ao Sr. Dr. Rui Machete e à Fundação Luso-Americana pela sua generosidade em organizar esta conferência em Lisboa, e pela amabilidade com que nos receberam.

O juiz Rapoza pediu-me para me debruçar sobre o processo criminal americano e algumas das observações que foram feitas ao longo desta conferência. É com o maior prazer que o faço. No entanto, faço-o como um professor de direito fiscal que se tornou membro da direcção de uma universidade, e não como juiz ou como profissional do direito penal. Isto coloca-me numa perspectiva um pouco diferente da dos meus colegas. Também o faço sabendo que o juiz Larkin me recordou que a brevidade é a essência da erudição. Vejo que o juiz Larkin se sentou na fila da frente para ter a certeza de que as suas ordens serão cumpridas. Procurarei ser muito breve.

Tenho apenas duas observações a fazer sobre o processo de direito penal americano e, particularmente, sobre aquilo que aqui foi dito ao longo destes dois dias, nomeadamente, as observações feitas durante o jantar, ontem à noite.

A minha primeira observação é que poucas pessoas que não são americanas compreenderão o sistema jurídico americano, em geral, e o seu processo de direito penal, em particular, se não compreenderem que aquilo que une os americanos é o primado do direito. Não podemos esquecer que os Estados Unidos são uma nação que nasceu de uma revolução violenta contra a ordem estabelecida. Os Estados Unidos não têm uma cultura comum, e não têm uma religião comum. Por conseguinte, toda

a política social tende a encontrar expressão no primado do direito, e praticamente todas essas expressões de política social são objecto de decisões por parte dos nossos tribunais. Tal como vários estudiosos têm dito, nos Estados Unidos, os advogados são os sacerdotes, os juizes são os sumos sacerdotes, e os tribunais são as catedrais em que se desenrolam os dramas da Paixão.

Isto é apenas um ligeiro exagero. O que significa é que grande parte da política social americana e praticamente todo o seu processo penal são ou foram moldados pelos nossos tribunais; e é raro os tribunais serem tão responsabilizados perante os cidadãos como o são os legisladores e os membros da administração pública. Penso que, ao considerar-se o sistema americano, é importante compreendermos que, nos Estados Unidos, a força unificadora é efectivamente o direito.

O segundo aspecto que quero referir é que os Estados Unidos se têm mostrado um pouco ambivalentes em relação aos objectivos do seu sistema de processo penal. Não quero com isto dizer que os Estados Unidos não compreendam que o processo penal define o processo através do qual são promovidos os objectivos fundamentais da sociedade em matéria penal – impedir o crime e punir. Também não pretendo sugerir que os Estados Unidos deixaram de ser fiéis aos princípios de Runnymede ou aos ensinamentos dos estudiosos italianos, a quem devemos grande parte das nossas normas processuais. Quero apenas dizer que os Estados Unidos, no contexto da Constituição, modificaram de tempos a tempos a fundamentação filosófica do seu sistema de processo penal, levando a que se produzissem muitos resultados diferentes, consoante o período da nossa história que se estava a viver. Deixem-me explicar o que quero dizer com isto.

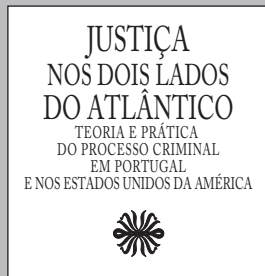
Já se falou aqui de algumas das normas do nosso processo penal e algumas das alterações que se verificaram, ou parecem estar a verificar-se. O que isto significa, pelo menos para mim

e para algumas outras pessoas, é que o modelo de justiça criminal dos Estados Unidos está a sofrer uma enorme transformação. Passámos daquilo que costumamos designar por “modelo do processo legal justo” para aquilo a que poderemos chamar o “modelo do controlo do crime”.

Vou explicar melhor. O “modelo do processo legal justo” encontrou expressão clara no Supremo Tribunal dos Estados Unidos presidido pelo juiz Earl Warren, em meados dos anos 50 e finais dos anos 60. Segundo esse modelo, a finalidade do processo penal, ainda que o seu objectivo professo fosse reprimir o crime, era maximizar a liberdade individual. Ou seja, quando os direitos do indivíduo eram contrários aos da comunidade, tinham de prevalecer os primeiros. Isto era conseguido de várias maneiras. Em primeiro lugar, dava-se grande relevo à inocência do suspeito, reconhecendo-se que Blackstone, tal como o juiz Larkin observou ontem, tinha razão em dizer que é preferível dez culpados saírem em liberdade, do que condenar-se um inocente. Em segundo lugar, obrigávamos o Estado a provar a culpabilidade sem que subsistissem dúvidas importantes. Em terceiro lugar, formalizámos a fase de investigação do processo criminal levando os advogados e juízes a intervir desde as fases iniciais do processo, como aconteceu no caso Miranda e numa série de outros casos de que se falou ao longo desta conferência. Por último, o tribunal presidido por Warren procurou assegurar que houvesse uma maior igualdade na forma como o sistema tratava os ricos e os pobres. O problema mais evidente do sistema criado – ou promovido – por esse tribunal foi o facto de a maximização da liberdade individual acarretar, como corolários, uma maior possibilidade de se permitir que culpados saíssem em liberdade e de a busca da verdade ficar comprometida por virtude de não se admitir informação obtida de forma irregular pelas autoridades policiais.

Desde o tempo do tribunal presidido por Warren, a nossa atitude mudou. Em primeiro lugar, houve o tribunal presidido pelo juiz Berger e agora temos o tribunal presidido pelo juiz Rhenquist. Estes tribunais estão a avançar no sentido do chamado “modelo do controlo do crime” de justiça criminal – e é possível que já lá tenham chegado. Este modelo caracteriza-se pela maior importância atribuída à investigação e pela maior liberdade concedida à polícia e ao Ministério Público. Já ouviram falar dessas modificações ontem e, mais uma vez, hoje. Passou a dar-se menos relevo ao indivíduo e mais à comunidade, e particularmente à vítima. Com efeito, a ideia de que é preferível dez culpados saírem em liberdade já não é tão facilmente aceite neste sistema, e receio sinceramente que estejamos a avançar para um sistema de justiça criminal totalmente diferente. Parece-me bem claro que a orientação e objectivos do nosso sistema de justiça criminal se estão a modificar rapidamente, havendo uma maior preocupação quanto ao bem da comunidade do que ao do indivíduo.

E tendo dito isto, não posso esquecer a minha promessa de ser breve. Por isso, dou a palavra novamente ao juiz Rapoza. Muito obrigado.



Palavras de Encerramento

Phillip Rivard-Rapoza

Senhor Doutor Rui Machete, Minhas Senhoras e Meus Senhores, estimados colegas de Portugal e dos Estados Unidos:

Os dois dias que acabámos de passar juntos foram memoráveis para todos nós. Quando aqui chegámos não nos conhecíamos, e partimos daqui hoje como colegas e amigos. Quaisquer que sejam as diferenças entre os nossos dois sistemas jurídicos, constatámos que aquilo que temos em comum é muito mais importante do que aquilo que nos torna diferentes. E aquilo que temos em comum são princípios de valor inestimável, princípios como a importância dos direitos dos indivíduos, a necessidade de um sistema judicial forte capaz de proteger esses direitos, e o requisito fundamental de as nossas sociedades e sistemas jurídicos respectivos serem imparciais e justos, e cuidarem dos interesses dos indivíduos.

É inteiramente apropriado que tenhamos realizado este projecto de exploração jurídica na terra do Infante D. Henrique, o Navegador, que foi quem iniciou a Era dos Descobrimentos. Para o Infante D. Henrique, o mundo era constituído por três continentes mal definidos, situados em volta do Mediterrâneo. O Infante e aqueles que lhe sucederam deixaram-nos um mundo muito maior, em que continentes e oceanos inteiros haviam sido acrescentados ao mapa. O mundo em que o Infante D. Henrique nasceu era um mundo definido por cartas geográficas que datavam do tempo do Império Romano. O mundo que nos deixou foi um mundo que os homens modernos viriam a reconhecer como seu.

Nós que aqui estivemos reunidos ao longo dos últimos dois dias fomos também exploradores por direito próprio; partimos de praias que conhecíamos, a princípio hesitantemente, depois já mais arrojados, e, por fim, desfraldámos as velas em direcção a novas terras, novas experiências e novas ideias. A nossa

conferência foi uma conferência de descobertas, em que aprendemos muito mais não só uns sobre os outros e sobre os sistemas jurídicos que representamos, mas também sobre nós próprios.

Julgo que iremos sair daqui hoje com horizontes jurídicos mais amplos, e com os nossos mapas judiciais muito mais cheios de pormenores que antes apenas podíamos imaginar. Mas, tal como o Infante D. Henrique, pusemos em andamento algo que nos transcende, pusemos em andamento uma ideia – uma ideia que deu forma a esta conferência e definiu a sua finalidade.

E essa ideia é que temos, e continuaremos a ter, muito a aprender uns com os outros. Todos nós nos sentimos pessoas melhores, todos nós sentimos orgulho pelos conhecimentos que aqui transmitimos e por aquilo que aqui aprendemos. Mas esta experiência é demasiado importante e essencial para ficar concluída numa só iniciativa e num único local.

É por isso que me orgulho de anunciar, em nome dos meus colegas americanos e em conjunto com a Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, uma segunda conferência internacional subordinada ao tema «Justice Across the Atlantic / A Justiça nos Dois Lados do Atlântico», a realizar nos Estados Unidos em 1998. Este novo programa será motivado pelo mesmo desejo intenso de compreensão e cooperação bilateral que impulsionou esta conferência.

Aguardo com expectativa a oportunidade de trabalhar com os meus colegas portugueses e americanos nessa futura iniciativa. E espero poder contar mais uma vez com a energia e liderança do Sr. Dr. Rui Machete nesta acção que estamos a empreender.

O Infante D. Henrique estava rodeado de cépticos que escarneceram os seus projectos de contornar África por mar e chegar ao Extremo Oriente. Mas o Infante estava inteiramente convencido de que esses cépticos estavam enganados. Com efeito, estava tão seguro de que seria bem sucedido que todas as expe-

dições que enviou levavam consigo um tradutor indígena, no caso de qualquer desses grupos de embarcações vir a ser o primeiro a chegar à Índia. Assim, o avanço português em direção ao Extremo Oriente foi impelido por algo que era mais forte do que a razão – foi impelido pela convicção. E a visão do Infante D. Henrique foi a ideia que, literalmente, lançou ao mar milhares de embarcações.

Hoje, a nossa visão é uma visão de diálogo permanente, de maior cooperação e de melhor compreensão, e é essa visão que nos irá conduzir até à nossa próxima conferência. E é também essa visão que nos irá conduzir a futuros êxitos.

Muitos dos presentes já terão decerto visto este pequeno alfinete com as bandeiras portuguesa e americana, e muitos estarão a usá-lo. É um alfinete pequeno, mas representa muito. Não só simboliza a amizade que existe entre os nossos dois países, como representa também os novos laços que esta conferência criou entre os nossos dois sistemas jurídicos. Agora, todos nós – portugueses e americanos – temos a obrigação de manter e reforçar esse vínculo.

Minhas Senhoras e Meus Senhores, Senhor Doutor Rui Machete, aceitem os nossos mais sinceros agradecimentos pela vossa maravilhosa hospitalidade, pelas inúmeras atenções, e acima de tudo, pela vossa calorosa amizade. Ficarão para sempre na nossa memória. Não podem imaginar como nos fizeram sentir bem-vindos. Já a pensar na nossa próxima conferência, permitam-me que diga, em nome dos meus colegas americanos, não «adeus», mas sim «até à vista».

JUSTIÇA
NOS DOIS LADOS
DO ATLÂNTICO
TEORIA E PRÁTICA
DO PROCESSO CRIMINAL
EM PORTUGAL
E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA



Anexos

OS SISTEMAS DE DIREITO PENAL AMERICANO E PORTUGUÊS: Uma Tentativa de Comparação

Peter J. Messitte

Sistema americano	Sistema português*	
1. Constituição federal + 50 constituições estaduais	Constituição nacional (CRP)	<p>* Abreviaturas: CRP = Constituição da República Portuguesa CPP = Código de Processo Penal MP = Ministério Público</p> <p>* Art. 165.º, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)</p>
2. Governo federal + 50 governos estaduais soberanos, todos eles com poder legislativo em matéria criminal	A competência em assuntos criminais pertence à Assembleia da República (CRP, art. 168.º*, n.º 1, c) e d))	
3. Não existe um código federal de processo penal, mas existem decisões confirmadas pelo Supremo Tribunal	Código do Processo Penal nacional (CPP)	
4. Alguns estados têm um código de processo penal, mas principalmente regem-se por decisões do tribunal	Não existe equivalente	
5. Jurisprudência federal vinculatória	Jurisprudência limitada nos casos em que o Supremo Tribunal de Justiça deseja harmonizar decisões contraditórias (CPP, art. 447.º)	
6. Jurisprudência estadual vinculatória	Não existe equivalente	
7. Departamento de Justiça Nacional e procuradores locais com alguma autonomia	MP central (MP)	

Sistema americano	Sistema português
8. 50 sistemas estaduais diferentes, cada um com os seus próprios delegados do MP	Municípios, mas não existem delegados locais do MP
9. Acusatório	Igual (CRP, art. 32.º, n.º 5), mas inquisitório nalguns aspectos (CPP, arts. 289.º, 290.º e 340.º)
10. Contraditório	Igual (CRP, art. 32.º, n.º 5)
11. A tónica é na lide e também no apuramento da verdade	Tónica no apuramento da verdade
12. Igualdade de protecção perante a lei	Igual (CRP, art. 13.º)
13. Processo legal justo	Igual ((CRP, art. 32.º, n.ºs 1 e 5)
14. Prefere-se que haja um mandado de prisão, mas é permitida a detenção sem mandado em emergências	Equivalente (CPP, art. 254.º)
15. A detenção exige suficiência dos fundamentos da acusação/acção	A detenção é permitida em caso de flagrante delito ou se houver fortes indícios da prática de crime (CRP, art. 27.º, n.º 3, <i>b</i>); CPP, arts. 256.º e 257.º)
16. Suspeita legítima para interceptar e revistar brevemente	Provavelmente equivalente
17. Direito de se ser informado das razões da prisão/detenção	Igual (CRP, art. 27.º, n.º 4)
18. Em caso de detenção, o arguido tem de ser apresentado a um magistrado sem demora excessiva	O detido deve ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 48 horas (CRP, art. 28.º, n.º 1; CPP, art. 254.º, <i>b</i>))

Sistema americano	Sistema português	
19. <i>Habeas corpus</i>	Igual (CRP, art. 32.º*; CPP, art. 222.º)	* Art. 31.º, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N. T.)
20. Direito a caução	Igual (CRP, art. 28.º, n.º 2)	
21. Condições de libertação	Apresentação periódica (CPP, art. 198.º); suspensão do exercício de profissão (CPP, art. 199.º); proibição de contactos (CPP, art. 200.º); obrigação de permanência na habitação (CPP, art. 201.º)	
22. Prisão preventiva	Igual (CRP, art. 28.º; CPP, art. 202.º)	
23. A busca é permitida com base no mandado ou, não havendo mandado, se for inerente à detenção, etc.	É necessária autorização judicial para efectuar revista de pessoa (CPP, art. 174, n.º 1), busca de local (CPP, art. 174.º, n.º 2) e busca domiciliária (CPP, art. 177)	
24. Intercepção e gravação de correspondência ou comunicações telefónicas só é permitida com autorização judicial em circunstâncias restritas	Igual: Genericamente (CRP, art. 32.º, n.º 6* e art. 34.º); correspondência (CPP, art. 179.º); telefone (CPP, art. 190.º)	
25. Direito ao silêncio	Igual (CPP, art. 61.º, n.º 1, c))	
26. Se o arguido estiver detido e for interrogado, tem de ser informado dos seus direitos e garantias constitucionais (<i>Miranda rights</i>)	Toda a pessoa detida deve ser imediatamente informada das razões da sua detenção e dos seus direitos (CRP, art. 27.º, n.º 4)	
27. Se o detido não for informado dos seus direitos e garantias e não renunciar expressamente aos mesmos, a confissão não será admissível	Igual (doutrina)	

	Sistema americano	Sistema português
* Art. 32.º, n.º 8, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)	28. A confissão mediante coacção ou persuasão não é admissível	Igual (CRP, art. 32.º, n.º 6*; CPP, art. 126.º, n.ºs 1 e 2)
	29. As provas obtidas ilegalmente não são admissíveis	Igual (CRP, art. 32.º, n.º 6*)
	30. O “fruto de árvore envenenada” não é admissível	Igual (CPP, art. 126.º, n.ºs 1 e 2)
	31. O juiz não procede a qualquer inquérito antes do julgamento	Após a acusação pelo MP, o juiz pode apreciar a decisão de acusar durante a fase de instrução e proferir despacho de não pronúncia (CPP, art. 286.º e seguintes)
	32. O Ministério Público goza de ampla discricionariedade quanto a acusar ou não, independentemente das provas	Não há discricionariedade quanto a acusar se houver provas da prática de crime
	33. Não existe o direito de forçar/apreciar judicialmente a decisão de acusar	A vítima pode pedir ao juiz para reapreciar a decisão do MP de não acusar (CPP, art. 287.º); o arguido pode requerer a apreciação judicial da decisão de acusar (CPP, art. 287.º)
	34. Direito a assistência por advogado, passível de renúncia	Direito a assistência por advogado, podendo esta ser obrigatória (CRP, art. 32.º, n.º 3; CPP, art. 62.º e seguintes)
	35. Ampla negociação da pronúncia	Não existe verdadeiramente equivalente; possibilidade limitada de negociação da pronúncia em processos sumaríssimos envolvendo infracções menores (CPP, art. 392.º e seguintes)

Sistema americano	Sistema português	
36. Mais de 90% das acções são rejeitadas ou não são julgadas por haver admissão de culpa	A confissão em tribunal pode servir de base à condenação, se for voluntária e sem reservas, e baseia-se nos factos	
37. Ampla discricionariedade por parte do MP quanto a rejeitar a acusação	Não existe equivalente	
38. Alguma revelação das provas antes do julgamento (declarações do arguido, exames, antecedentes, provas desculpantes, “processo aberto”)	Direito do arguido à informação (CRP, art. 20.º, n.º 2)	
39. Direito a um julgamento rápido	O arguido deve ser julgado no mais curto prazo comptível com as garantias de defesa (CRP, art. 32.º, n.º 2)	
40. Julgamento público	Igual (CRP, art. 209.º*; CPP, art. 321.º)	* Art. 206.º, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)
41. Presença do arguido durante o julgamento	Igual (CPP, art. 332.º e seguintes)	
42. Presunção de inocência	Igual (CRP, art. 32.º, n.º 2)	
43. O júri decide sobre a matéria de facto e o juiz sobre a matéria de direito, ou o juiz decide sobre as matérias de facto e de direito	Muitos crimes são julgados por tribunal singular (CPP, art. 16.º); os crimes mais graves são julgados por um tribunal colectivo (CPP, art. 14.º); pode existir júri para determinados crimes graves (CRP, art. 210.º**; CPP, art. 13.º)	** Art. 207.º, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)

Sistema americano

Sistema português

* Arts. 215.º a 218.º, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.
(N.T.)

- | | |
|--|---|
| 44. A magistratura não é profissional; os juízes são nomeados por mérito reconhecido (alguma formação; não existe sistema de promoção; mandato vitalício ou de longa duração; impossibilidade de destituição; remuneração irredutível) | A magistratura é profissional (longa formação; sistema de promoção; mandato vitalício; impossibilidade de destituição; remuneração irredutível) (CRP, arts. 217.º-220.º*) |
| 45. O juiz desempenha um papel passivo durante o julgamento; raramente interroga as testemunhas – são os advogados que o fazem | O juiz desempenha um papel activo durante o julgamento; é obrigado a ordenar a produção de todos os meios de prova (CPP, arts. 323.º, <i>a</i>) e <i>b</i>); 340.º, n.º 1 e 360.º, n.º 4) |
| 46. O juiz raramente convoca testemunhas – são os advogados que o fazem | O juiz pode investigar o que entender (CPP, arts. 289.º, 290.º, 340.º) |
| 47. O arguido normalmente não depõe | O arguido geralmente depõe |
| 48. O arguido determina em que altura do julgamento deseja depor | O arguido normalmente é o primeiro a depor |
| 49. Se o arguido depuser, fá-lo sob juramento | O arguido, aparentemente, não é passível de responsabilidade criminal por prestar falsas declarações, mas não tem o direito de mentir (doutrina). Tem de responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade e antecedentes criminais, podendo ser punido se não o fizer ou se prestar falsas declarações (CPP, arts. 61.º, n.º 3, <i>b</i>) e 141.º, n.º 3) |

Sistema americano	Sistema português
50. Não existe necessariamente uma preferência pela oralidade da prova, mas normalmente não são admitidos testemunhos indirectos	Preferência pela oralidade dos actos processuais, isto é, declarações prestadas oralmente (CPP, arts. 96.º, 343.º, 350.º e 355.º)
51. Regras formais relativas à prova (admissibilidade, relevância, autenticação, testemunhos indirectos, etc.)	Livre apreciação da prova (CPP, art.ºs 127.º, 290.º, n.º 1, e 292.º n.º 1), mas as provas têm de ser relevantes, etc. (CPP, art. 340.º, n.ºs 3 e 4)
52. Protestos frequentes pelos advogados	Protestos pouco frequentes pelos advogados
53. Amplo sigilo das declarações prestadas	Segredo profissional do advogado relativamente a factos revelados pelo seu cliente (CPP, arts. 135.º, 179.º e 187.º, n.º 3)
54. Os factos têm de ser provados sem que subsistam dúvidas importantes	A dúvida é favorável ao arguido (CRP, art. 32.º)
55. O ónus da prova recai sobre a acusação	Não existe ónus da prova como tal; o MP e o juiz partilham da obrigação de apurar a verdade
56. A culpabilidade e a pena são normalmente decididas em audiências separadas	A culpabilidade e a pena são determinadas sequencialmente, mas não necessariamente em audiências separadas (CPP, arts. 368.º e 369.º)
57. Segredo da deliberação do júri	Igual (CPP, art. 367.º)
58. O veredicto do júri tem de ser obrigatoriamente unânime	Deliberações tomadas por maioria simples dos votos do colectivo de juízes ou dos juízes e jurados (CPP, art. 365.º)

Sistema americano

Sistema português

59. O júri não tem de enunciar as razões da sua decisão; o juiz tem normalmente de fundamentar a sentença
- A decisão de condenar ou absolver tem de ser fundamentada (CPP, art. 97.º), bem como a sentença (CPP, art. 374.º, n.º 2)
- * Art. 25.º, n.º 2, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)
60. São proibidas as penas cruéis e incomuns
- Igual (CRP, art. 24.º, n.º 2*)
61. Há pena de morte na maioria dos estados
- Não há pena de morte (CRP, art. 24.º, n.º 2)
62. Direito de recurso
- Igual (CRP, art. 29.º, n.º 6**); CPP, art. 399.º)
- ** Art. 32.º, n.º 1, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)
63. Direito limitado mas crescente de a vítima ser ouvida na audiência de imposição da pena e apresentar pedido de indemnização civil
- No caso de crimes particulares (p.ex. crimes envolvendo a honra, ofensas corporais), a vítima pode constituir-se assistente (CPP, art. 246.º), pedir a abertura de instrução (CPP, art. 287.º), apresentar pedido de indemnização civil (CPP, art. 71.º)
64. Não existe o direito de indemnização em caso de condenação injusta
- Os cidadãos injustamente condenados têm direito à indemnização (CRP, art. 29.º, n.º 6)
- *** Art. 29.º, n.º 6, segundo a 4.ª Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro. (N.T.)
65. Direito à revisão da sentença incluindo *habeas corpus*
- Os cidadãos injustamente condenados têm direito à revisão da sentença (CRP, art. 29.º, n.º 5***); existe *habeas corpus* contra prisão ou detenção ilegal (CRP, art. 31.º)
66. Está prevista a protecção contra o duplo processamento
- Igual (CRP, art. 29.º, n.º 5)
67. O arguido tem direito a indemnização por violações da constituição
- Direito de indemnização por privação da liberdade contra o disposto na Constituição (CRP, art. 27.º, n.º 5)

O TRIBUNAL DO JÚRI UM CONTACTO MUITO DIRECTO E PESSOAL

Antone S. Aguiar, Jr.

*Juiz Adjunto do Tribunal de Comarca de Attleboro
e Juiz Presidente da Divisão de Recursos do Tribunal de Comarca,
Região Sul*

Tenho desempenhado as funções de juiz em tribunais de júri durante grande parte da minha carreira de juiz.

No nosso sistema de justiça, um arguido acusado de um delito sujeito a pena de prisão tem direitos consideráveis.

Se o arguido for indigente, tem direito a que seja nomeado um defensor officioso a título gratuito ou por um custo mínimo. Tem o direito de saber aquilo de que é acusado, e tem o direito de tomar conhecimento das provas contra si de modo a saber com o que poderá contar durante o julgamento. O arguido tem o direito de contra-interrogar e de apresentar provas a seu favor. Ao critério do tribunal, o arguido tem o direito de obter fundos para contratar detetives a fim de preparar a sua própria defesa. Tem ainda direito a um júri imparcial constituído por elementos da sua comunidade.

É ao júri exclusivamente que compete decidir sobre a matéria de facto e não ao juiz. No caso de um processo crime, a sua decisão tem de ser unânime e os jurados têm de declarar que a culpabilidade do arguido foi provada sem que subsistissem dúvidas importantes (*beyond a reasonable doubt*) e não, simplesmente, por preponderância das provas.

O arguido não precisa de apresentar provas a seu favor, não podendo o júri fazer qualquer inferência desfavorável ao arguido pelo facto de este exercer esse direito constitucional.

Compete ao Estado provar a culpabilidade do arguido sem que subsistam dúvidas razoáveis, de uma forma que a totalidade dos jurados considere satisfatória e sem a ajuda do arguido. O arguido não é obrigado a depor. Não tem de negar nada. Não é obrigado a dizer nada. Não tem de apresentar quaisquer provas. Não tem de fazer nada. O ónus da prova recai sobre o Estado.

Além disso, o arguido entra na sala do tribunal envolto num manto de inocência. Presume-se que seja inocente em relação ao crime que lhe é imputado. O facto de o arguido ter sido acusado não significa que seja culpado. Não tem nada a ver com a prova da matéria de facto. Uma acusação é uma acusação e nada mais. O júri não deve considerar que o arguido é culpado do crime. Por outro lado, a presunção de inocência também não é prova de inocência. O facto de se presumir que uma pessoa é inocente não significa que seja inocente. Mas esta presunção de inocência vai depois criar uma situação em que dizemos que, para os efeitos do julgamento, supomos que o arguido é inocente até se provar o contrário com base em provas admissíveis introduzidas em juízo por provas fiáveis e credíveis.

Ao seleccionar o júri, o arguido tem direito a um número ilimitado de pedidos de rejeição de um jurado com alegação de motivos (*challenges for cause*) e a um número limitado de pedidos de rejeição de um jurado sem alegação de motivos (*peremptory challenges*). Pode pedir que os jurados sejam interrogados individualmente pelo tribunal a fim de confirmar a sua imparcialidade e a ausência de preconceitos.

No tribunal do júri, é o juiz que decide sobre todas as questões de direito e informa o júri das disposições legais que se aplicam ao caso que está a ser julgado. O júri tem de decidir sobre todo e qualquer elemento do crime de que o arguido é acusado sem que subsistam dúvidas importantes (*beyond a reasonable doubt*).

O júri só pode considerar as provas apresentadas durante o julgamento. A sua decisão não se pode basear em suspeitas ou conjecturas.

O júri não tem de se preocupar com a pena. Limita-se a decidir sobre a culpabilidade ou inocência do arguido. A sua decisão não pode ser fruto de conjecturas, simpatia, parcialidade ou preconceitos, devendo fundamentar-se apenas nas provas admissíveis apresentadas durante o julgamento, bem como em inferências razoáveis que daí se possam extrair.

Os jurados devem deixar que as provas produzam um efeito natural e racional nas suas mentes, devendo apenas condenar se essas provas os convencerem da culpabilidade do arguido sem que subsistam dúvidas importantes. Caso contrário, deve absolvê-lo.

A qualidade ou grau da prova não é determinada pelo número de testemunhas. O que é importante é o peso das provas, a sua capacidade para fazer acreditar que há factos a provar.

“O que é que se entende por *reasonable doubt*”? Esta expressão é utilizada com bastante frequência, provavelmente é bem interpretada, mas defini-la já não é tão fácil. Não se trata simplesmente de uma dúvida possível, já que tudo aquilo que diz respeito aos assuntos dos homens e que depende de provas é susceptível de suscitar dúvidas, possíveis ou imaginárias. Consiste no momento do processo em que, após terem sido comparadas e consideradas todas as provas, os jurados já se encontram em posição de poder afirmar, com total certeza moral, não estarão plenamente convictos da veracidade da acusação.

“O ónus da prova recai sobre o ministério público. Todas as presunções de direito, independentemente da prova, são a favor da inocência; e existe em relação a todas as pessoas uma presunção de inocência até ser provada a sua culpabilidade. Se após a prova subsistirem dúvidas importantes (*reasonable doubt*), o arguido tem direito a beneficiar delas sendo absolvido.”

“Porque não basta demonstrar uma probabilidade, ainda que, de acordo com a doutrina das probabilidades, seja mais provável o facto imputado ser verdade do que o contrário; a prova tem de demonstrar a veracidade do facto de modo a produzir uma certeza razoável e moral, uma certeza que convença e informe o entendimento, que satisfaça a razão e o discernimento daqueles que são obrigados a agir conscienciosamente em função da mesma. É isto que entendemos por *reasonable doubt*.”

Se o arguido for considerado culpado, poderá interpor recurso para o Tribunal de Recurso sobre questões de direito.

O 6.º aditamento da *Bill of Rights*

O 6.º aditamento da *Bill of Rights* concede ao arguido importantes salvaguardas. Diz o seguinte:

“As pessoas acusadas de crimes graves têm direito a um julgamento rápido e público. Têm de ser informadas dos crimes que lhes são imputados. Têm direito a assistência por advogado. Têm direito a ser acareadas com as testemunhas de acusação.”

Em Massachusetts, os processos criminais são apresentados a um Tribunal de Comarca após uma apreensão ou citação. O arguido é pronunciado (informado da acusação feita contra si). É informado de que se não tiver recursos para contratar um advogado, o tribunal nomeará um defensor oficioso. É-lhe dada também a oportunidade de se declarar culpado ou inocente. O tribunal só aceitará uma admissão de culpa se o arguido tiver um advogado ou tiver renunciado voluntariamente ao seu direito a assistência por advogado.

O arguido é ainda informado de que poderá ser julgado na presença de um júri, mas, se o desejar, pode renunciar ao tribunal do júri, sendo então o caso julgado por um juiz.

Seleccção dos jurados

Antes de cada período forense, um *jury commissioner* ou outro funcionário procede a uma pré-selecção dos jurados, preparando uma lista inicial de jurados qualificados. É a partir desta lista que os jurados são seleccionados para cada julgamento.

O tribunal do júri

Antes de o julgamento se iniciar, os jurados juram decidir imparcialmente sobre a matéria de facto. Ouvem os depoimentos das testemunhas de ambas as partes, incluindo os contra-interrogatórios. Os advogados de cada uma das partes fazem as alegações finais, e o juiz explica as leis aplicáveis nas suas instruções aos jurados.

Nos processos civis de indemnização pecuniária, o júri tem de decidir quem é culpado e determinar o montante da indemnização. Nos processos criminais, o júri tem de decidir se o acusado é culpado ou não “sem que subsistam dúvidas importantes”, e em seguida pronuncia um veredicto de culpado, ou absolve o arguido pronunciando um veredicto de inocente. Se for pronunciado um veredicto de culpado, o juiz impõe a pena dentro dos limites fixados pela lei.

Por tradição, o veredicto do júri tem de ser unânime. Quando o júri não consegue chegar a acordo, o que geralmente implica um novo julgamento com novos jurados, diz-se que há um *hung jury*. Em Massachusetts, o veredicto do júri de um processo criminal tem de ser unânime mas, num processo civil, é suficiente uma maioria de dez em doze jurados ou de cinco em seis jurados, num Tribunal Superior e num Tribunal de Comarca, respectivamente.

Quando os factos são tão manifestamente a favor de uma das partes que a decisão do júri só pode ser uma, o juiz poderá dar instruções ao júri quanto ao veredicto que este deve pronunciar (*directed verdict*). Mas num processo criminal, o juiz não pode dar instruções ao júri para pronunciar um veredicto de culpado, embora possa dar-lhe instruções para pronunciar um veredicto de inocente. O juiz pode determinar que seja realizado um novo julgamento se verificar ter havido irregularidades.

Pequeno Júri

O Pequeno Júri (*Petit* ou *Petty Jury*) é assim denominado por ser, geralmente, composto por menos jurados do que o Grande Júri (*Grand Jury*). Os júris federais e estaduais são tradicionalmente compostos por doze jurados. No entanto, alguns tribunais federais empregam júris de seis jurados em processos civis. Alguns estados têm pequenos júris de seis jurados tanto para os processos civis como criminais.

Nos tribunais estaduais de Massachusetts, o serviço de jurado em pequenos júris é prestado por um dia ou por um julgamento. Nos tribunais federais, o serviço de júri poderá ter uma maior duração.

Grande Júri

No Massachusetts, o Grande Júri decide se há provas suficientes para levar uma pessoa suspeita de ter cometido um crime a julgamento no Tribunal Superior. Em alguns casos, o Grande Júri faz uma acusação formal, chamada pronúncia (*indictment*), contra a pessoa. Depois de pronunciada, essa pessoa será levada

a julgamento em processo crime por um Pequeno Júri no Tribunal Superior. É geralmente o promotor público ou outro representante do Ministério Público que marca a data da audiência de testemunhas pelo Grande Júri. Ao contrário dos jurados dos pequenos júris, os jurados dos grandes júris podem basear-se naquilo que sabem por si, bem como nos depoimentos das testemunhas.

Audiência para determinar a suficiência dos fundamentos da acusação

Quando o arguido é acusado de um crime que excede a alçada do Tribunal de Comarca de Massachusetts, o promotor público poderá pedir que seja realizada uma audiência para determinar a suficiência dos fundamentos da acusação (*probable cause hearing*). Se o juiz do Tribunal de Comarca decidir que o arguido provavelmente é culpado (o critério utilizado é normalmente o da preponderância das provas), o processo será remetido para o Tribunal Superior para julgamento.

Competência do Tribunal de Comarca de Massachusetts e competência do Tribunal Superior

O Tribunal de Comarca Estadual é competente para julgar a maior parte dos crimes puníveis com uma pena máxima de dois anos e meio em prisão correcional.

O Tribunal Superior tem competência absoluta para julgar a maior parte dos crimes graves, tais como homicídio, homicídio privilegiado, rapto, violação, etc., sendo a pena normalmente cumprida numa prisão estadual.

As competências do Tribunal de Comarca e do Tribunal Superior coincidem em muitos crimes.

Competência federal e estadual

Os tribunais federais são competentes para julgar crimes federais, tais como evasão a impostos federais sobre o rendimento, traição, etc..

Os tribunais estaduais são competentes para julgar violações das leis estaduais, tais como homicídio, violação, furto, ofensas corporais com dolo de perigo, etc..

Os delitos que constituem simultaneamente uma violação das leis federais e estaduais podem ser julgados por ambas as jurisdições.

Duplo processamento (*double jeopardy*)

Um arguido que tenha sido julgado e considerado inocente não pode ser processado e julgado novamente pelo mesmo crime, envolvendo a mesma transacção ou omissão.

Este princípio é accionado depois de o júri ter sido seleccionado e de os jurados terem prestado juramento, e depois de ter sido apresentada uma pronúncia ou denúncia válidas perante um tribunal competente.

Três poderes iguais

De acordo com a nossa Constituição, temos três poderes iguais – o executivo, o legislativo e o judicial.

Os nossos *Founding Fathers* sabiam que o poder corrompe e que o poder absoluto corrompe absolutamente. Por isso, conceberam um sistema de freios e contrapesos para preservar a república.

Nos Estados Unidos, a nossa estrutura social e política assenta no direito. A nossa herança é o governo das leis e não o governo dos homens.

Na altura em que a nossa Constituição foi escrita, a maior parte das nações do mundo eram governadas por reis ou ditadores, e a forma de governo mais comum era a tirania.

Os nossos *Founding Fathers* eram um grupo de homens únicos. Sem terem nada que pudessem imitar ou copiar, criaram um governo que servia o povo e que, no entanto, era refreado por um sistema de freios e contrapesos entre os poderes legislativo, executivo e judicial. Cada um destes poderes era independente dos outros e igual a eles.

Alexander Hamilton disse que “um poder judicial independente era o melhor meio que qualquer governo podia criar para assegurar a administração permanente, correcta e imparcial das leis”.

Desde então, o poder judicial independente tem decidido casos sem receio ou favor, em conformidade com as leis do país e dentro dos limites constitucionais.

Outros países poderão copiar a nossa Constituição palavra por palavra, mas isso não irá necessariamente garantir todos os direitos e liberdades de que usufruímos.

Sem um poder judicial independente, com capacidade para conter os excessos de poder do governo em prol dos direitos do indivíduo, a Constituição escrita não tem qualquer significado.

A componente executiva do governo executa as leis e, após consulta do poder legislativo e com o consentimento deste, nomeia os juízes. É dessa forma que serve de freio ao poder judicial.

O poder legislativo faz as leis e pode destituir o presidente e os juízes por comportamento ilícito. É dessa forma que serve de freio aos poderes executivo e judicial.

O Supremo Tribunal interpreta a lei e pode declarar que uma lei aprovada pela legislatura e assinada pelo Presidente é inconstitucional, anulando-a, se essa lei não estiver de acordo com a Constituição. É dessa forma que o poder judicial serve de freio aos poderes executivo e legislativo.

Além disso, o Presidente pode vetar uma proposta de lei aprovada pela legislatura se discordar dessa lei. Esta é outra forma como o poder executivo pode servir de freio ao poder legislativo. Por sua vez, a legislatura pode anular um veto do Presidente por uma maioria de dois terços da Câmara dos Representantes e do Senado. Esta é outra forma como o poder legislativo serve de freio ao poder executivo.

Uma celebração da cidadania...

Resumo da Constituição dos Estados Unidos

Nós o povo dos Estados Unidos, com o fim de formar uma união mais perfeita, instituir a justiça, assegurar a tranquilidade interna, assegurar a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade, decretamos e promulgamos esta Constituição para os Estados Unidos da América.

Artigo 1.º

O poder legislativo

Secção 1: Descrição. O poder legislativo do Governo, ou Congresso, faz todas as leis. É constituído pelo Senado e pela Câmara dos Representantes.

Secção 2: A Câmara dos Representantes. Os membros da Câmara dos Representantes têm um mandato de dois anos. São eleitos pelo povo. Têm de ter pelo menos 25 anos de idade, ser

cidadãos dos Estados Unidos há pelo menos 7 anos e cidadãos do estado que representam.

O número de representantes de cada estado depende do número de habitantes do estado. Para decidir o número de representantes que cada estado deverá eleger, o Governo tem de fazer um recenseamento de 10 em 10 anos.

Secção 3: O Senado. O Senado é composto por dois senadores de cada estado. Os senadores têm um mandato de 6 anos. Têm de ter pelo menos 30 anos de idade, ser cidadãos dos Estados Unidos há pelo menos 9 anos e ser cidadãos do estado que representam.

O Vice-Presidente dos Estados Unidos preside ao Senado, mas só pode votar em caso de empate.

Secções 4-7: Normas. Instruções sobre o funcionamento da Câmara dos Representantes e do Senado. Regulam-se o comportamento dos membros, a elaboração das actas, a remuneração e a forma como os projectos de lei se tornam lei.

Secções 8-10: Competência. Indicam-se os poderes específicos do Congresso. O Congresso tem poderes para cunhar moeda e regular o comércio. É o Congresso que decide sobre a forma como os indivíduos se podem tornar cidadãos dos Estados Unidos e que pode declarar guerra em caso de necessidade. São igualmente enumerados os poderes que estão vedados ao Congresso.

Artigo 2.º

O poder executivo

Secção 1: Descrição. O poder executivo é constituído pelo Presidente dos Estados Unidos e aqueles que o ajudam a executar as leis aprovadas pelo Congresso. É o Presidente que administra o Governo. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos por mandatos de 4 anos.

O Presidente tem de ser originário dos Estados Unidos, ter pelo menos 35 anos de idade e ser residente nos Estados Unidos há pelo menos 14 anos.

Secções 2-4: Competência. Algumas das funções do Presidente são a execução das leis aprovadas pelo Congresso, a responsabilidade por todas as forças armadas, perdoar crimes e, pelo menos uma vez por ano, prestar informações ao Congresso sobre o Estado da União. O Presidente tem poder para celebrar tratados e nomear funcionários do governo, mediante aprovação do Senado.

O Presidente poderá ser afastado das suas funções em caso de ser condenado por certos delitos.

Artigo 3.º O poder judicial

Secção 1: Descrição. O poder judicial do Governo é constituído pelo sistema de tribunais federais. O Supremo Tribunal é o mais alto tribunal da nação. As suas decisões em matéria de direito são definitivas. Os juízes são nomeados e não eleitos para os seus cargos.

Secção 2: Competência. Os tribunais federais têm competência para julgar todos os casos que não sejam da competência exclusiva de um estado.

Secção 3: Traição. Define-se o crime de traição como tentativa de derrubar o Governo.

Artigo 4.º Os estados

Secções 1-4: Normas sobre os estados. Todos os estados têm de aceitar os actos públicos, registos e leis dos outros esta-

dos. Um cidadão de um estado tem direito a que lhe sejam concedidos os mesmos direitos de que usufruem os cidadãos do estado em que se encontra. O governador de um estado poderá entregar uma pessoa acusada de um crime ao estado que tenha jurisdição sobre o crime para ser julgada.

Podem ser admitidos novos estados na União. O Governo dos Estados Unidos garante a protecção de todos os estados contra os seus inimigos.

Artigo 5.º Aditamentos

Alterações. Podem ser feitos aditamentos ou alterações à Constituição.

Artigo 6.º Lei suprema

Supremacia da Constituição. A Constituição dos Estados Unidos é a lei suprema da nação, prevalecendo sobre as leis estaduais. Todos os legisladores e órgãos legislativos nacionais e estaduais têm de defender a Constituição.

Artigo 7.º Ratificação da Constituição

Ratificação. A Constituição considera-se adoptada após ratificação ou aprovação por 9 dos 13 estados.

ADITAMENTOS

Os dez primeiros aditamentos são conhecidos sob a designação de *Bill of Rights*

1.º aditamento: O Congresso não pode legislar sobre a liberdade de culto, de expressão ou de imprensa, nem sobre o direito de as pessoas se reunirem pacificamente e apresentarem petições ao seu governo.

2.º aditamento: O povo tem o direito ao uso e porte de armas.

3.º aditamento: Em tempo de paz, o Governo não pode obrigar os cidadãos a alojar soldados nas suas casas.

4.º aditamento: Não é permitido efectuar buscas ilegítimas aos cidadãos ou às suas casas.

5.º aditamento: As pessoas acusadas de crimes graves têm direito a ser julgadas por um tribunal do júri. Não podem ser obrigadas a depor contra si mesmas. Não podem ser privadas da vida, liberdade ou bens injustamente. Se o Governo expropriar os bens de uma pessoa para uso público, terá de a indemnizar.

6.º aditamento: As pessoas acusadas de crimes graves têm direito a um julgamento rápido e público. Têm de ser informadas dos crimes que lhes são imputados. Têm direito a assistência por advogado. Têm direito a ser acareadas com as testemunhas de acusação.

7.º aditamento: É garantido o direito a julgamento por um tribunal do júri na maioria dos casos.

8.º aditamento: Não é permitido impor penas cruéis e incomuns.

9.º e 10.º aditamentos: Os direitos que a Constituição não conceda especificamente ao Governo dos Estados Unidos e que não sejam negados aos governos dos estados serão exercidos pelos estados e pelo povo.

11.º aditamento: A competência do poder judicial está limitada a determinadas acções.

12.º aditamento: O Presidente e o Vice-Presidente serão eleitos separadamente pelos eleitores.

13.º aditamento: Não haverá escravatura nos Estados Unidos.

14.º aditamento: As pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos dos Estados Unidos e do estado onde residirem.

Os estados não podem fazer leis que restrinjam os direitos dos cidadãos dos Estados Unidos. Não podem privar injustamente as pessoas da sua vida, liberdade ou bens. Têm de tratar todas as pessoas igualmente perante a lei.

15.º aditamento: O direito de voto não pode ser negado a qualquer cidadão por motivo de raça.

16.º aditamento: É permitido ao Congresso aprovar leis de imposto sobre o rendimento.

17.º aditamento: Os senadores dos Estados Unidos são eleitos pelo povo.

18.º aditamento: É proibido o fabrico ou venda de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos.

19.º aditamento: O direito de voto não pode ser negado a qualquer cidadão por motivo de sexo.

20.º aditamento: Os Presidentes iniciam o seu novo mandato em 20 de Janeiro e o Congresso em 3 de Janeiro.

21.º aditamento: É revogado o 18.º aditamento à Constituição.

22.º aditamento: Os Presidentes só podem ser eleitos por dois mandatos consecutivos.

23.º aditamento: Os cidadãos do distrito de Colúmbia têm o direito de votar nas eleições presidenciais.

24.º aditamento: Os cidadãos não são obrigados a pagar um imposto eleitoral para poderem votar nas eleições presidenciais, de senadores ou de membros do Congresso.

25.º aditamento: Em caso de impedimento do Presidente por motivo de doença, as suas funções serão exercidas pelo Vice-Presidente na qualidade de Presidente interino.

26.º aditamento: O direito de voto não poderá ser negado a qualquer cidadão de 18 anos ou mais por motivo de idade.

O REPATRIAMENTO DE EMIGRANTES PORTUGUESES PELOS EUA E CANADÁ

Maria de Lourdes Machado Faria

Directora do Núcleo de Extensão dos Açores

Delegação Regional de Lisboa

1. Enquadramento Geral

A problemática do repatriamento por razões judiciais dos portugueses emigrados nos EUA e Canadá tem levantado alguma polémica pública pelo facto de se vir verificando de uma forma progressiva todos os anos e sobretudo pelos reflexos profundos que vem tendo e provavelmente se agravarão, no tecido social da Região Autónoma dos Açores.

Para entender a incidência do fenómeno é preciso ter a noção de que o repatriamento para Portugal tem-se feito sentir quase exclusivamente nessa Região, pelo facto das comunidades portuguesas naqueles países serem maioritariamente constituídas por açorianos.

A tendência emigratória que caracterizou sempre os Açores dirigiu-se fundamentalmente para o Brasil e Bermudas e, mais recentemente, para o Canadá e América do Norte.

A emigração açoriana, principal responsável, pelo decréscimo demográfico que se verifica na Região – foi sempre uma emigração familiar.

Já há um século, Afonso Costa, citado por Manuel Aguiar, no trabalho “Comunidades Portuguesas – Cidadania e participação na vida nacional” apresentado ao IV Congresso das Comunidades Açorianas, afirmava:

“Ausentam-se agora do País famílias inteiras, na maior parte disposta a desnacionalizarem-se...” ...“Os açorianos emigram

em massa, fazendo-se acompanhar das suas famílias e com o propósito de lá fixar residência” ...“Formaram-se Colónias portuguesas em S. Francisco, Oackland e outros pontos da Califórnia, em New Bedford e Providence, e ainda em Boston e Brooklin, tendo *como principal ponto de emigração* os Açores”.

Entende-se, assim, porquê o repatriamento de emigrantes portugueses tem significado quase exclusivamente “Repatriamento de açorianos”. Assim, uma realidade aparentemente “pouco significativa” em termos estatísticos, adquire uma dimensão relativa de “preocupante”.

Algumas autoridades americanas têm repetidamente afirmado que o número de cidadãos portugueses expulsos dos EUA é muito pouco significativo no conjunto dos deportados.

Temos consciência de que assim é mas o que essas autoridades talvez ignorem é que o seu regresso se faz para uma Região Insular, a 760 milhas a Oeste de Lisboa e 2110 a Leste de Nova Iorque, formada por nove ilhas e com um total de cerca de 242 000 habitantes.

ILHAS	N.º HABITANTES
S. Miguel	126 536
Santa Maria	5 786
Terceira	59 264
Pico	15 125
Faial	15 365
S. Jorge	9 891
Graciosa	5 115
Flores	4 406
Corvo	366

Resultados preliminares do Censo de 1991 – INE

Para termos uma ideia do impacto do “repatriamento” (por razões criminais) basta saber que alguns dos Estados donde regressam

têm mais portugueses a residir e a contribuir para o desenvolvimento desse Estado do que o número total de habitantes do Arquipélago dos Açores ou das ilhas para onde se dirigem:

Senão vejamos alguns exemplos:

Califórnia	275 492	portugueses
Massachusetts	241 173	»
Rhode Island	76 773	»
New Jersey	56 928	»
Hawai	39 748	»
Connecticut	35 523	»
New York	34 455	»
Flórida	23 975	»

Citamos apenas os que contam mais de 20 000 portugueses.

Se atendermos ainda, a que a distribuição geográfica desses indivíduos nos Açores não se faz de uma forma equilibrada de modo a permitir a sua disseminação mas de uma forma “dirigida” e “concentrada” quase exclusivamente para a Ilha de S. Miguel (126 536 habitantes) e nesta Ilha, para a cidade de Ponta Delgada (63 117 habitantes), constatam que a manter-se o ritmo crescente de deportações, existe alguma razão para nos debruçarmos com atenção sobre esse fenómeno.

Até meados da década de 90 o problema praticamente não se fazia sentir. Os casos esporádicos que se registavam embora “complexos” em si mesmos (pessoas desenraizadas da realidade açoriana com hábitos do consumo de tóxicos e álcool, etc.) não se diferenciavam muito do conjunto dos “Clientes” habituais da Justiça porque o seu pequeno número levava-os a fazer uma aproximação natural a grupos locais ou a disseminarem-se. Alguns procuraram integrar-se em pequenas comunidades de referência familiar onde se estabeleceram, outros permaneceram, de certo modo, marginais (com passagens pelos Estabelecimentos Prisionais)

mas nunca criaram qualquer identidade própria como “grupo específico”.

Só a partir de 1993 e, sobretudo 94/95 é que o “repatriamento” começa a adquirir contornos de natureza diversa.

Alterações no sistema judiciário dos EUA e do Canadá terão levado a um aumento considerável de indivíduos deportados.

N.º DE INDIVÍDUOS REPATRIADOS DESDE:		PAÍSES DE REPATRIAMENTO	
1989	3	EUA	135
1990	6	(Fall River, East Providence,	
1991	7	New Bedford, S. Francisco,	
1992	15	Boston, Rhode Island, Los	
1993	28	Angeles, Bristol, New York)	
1994	27	Canadá	63
1995	41	(Toronto, Montreal, Mani-	
1996	29	toba, Vancouver, Winnipeg)	
até 15/10/1997	32	Proveniência indefinida	27
Data desconhecida	57		
Total	245		

Número de Repatriados – Distribuição geográfica na Região

NATURALIDADE*		LOCALIZAÇÃO ACTUAL*
S. Miguel	147	186
Terceira	15	21
Faial	8	10
Graciosa	5	6
S. Jorge	4	8
St. ^a Maria	7	3
Flores	3	3

* Não se possuem dados ou desconhece-se o paradeiro actual de alguns elementos.

A localização destes indivíduos é relativa, pois variam de moradas, quer por ocuparem quartos alugados, quer porque se juntam em casa uns dos outros em grupo.

A emergência de um grupo específico (uma minoria perfeitamente identificável) de “repatriados” deve-se a vários factores de agregação:

- 1.º) Terem todos o sentimento de “estrangeiros”.
A maioria emigrou em criança acompanhando os pais pelo que todo o seu processo de desenvolvimento pessoal (língua, relacionamento afectivo, escolaridade, socialização, vida profissional, etc.) se fez no Continente Americano.
- 2.º) Utilizarem como primeira língua o Inglês – a língua do país onde cresceram – embora alguns deles ouvissem falar português em casa.
- 3.º) Terem, muitos deles, a família mais próxima (pais, irmãos, cônjuges/companheiras e filhos) no país que tiveram de abandonar.
- 4.º) Possuírem um quadro de referências culturais e de ambiente físico e humano comum entre eles mas totalmente dissonante com o que têm de encarar nos Açores.
- 5.º) Terem um passado, mais ou menos longo, de contacto com grupos sociais problemáticos, com uma ou várias condenações nos EUA ou no Canadá, devendo salientar-se, sobretudo, o consumo exagerado e o tráfico de drogas.

Se é verdade que a existência de um “grupo” pode ter, no ponto de vista individual, o aspecto positivo de aquietar a angústia da ruptura violenta e, no ponto de vista da sociedade açoriana, o de facilitar a identificação/vigilância, desses elementos “estranhos”, pode também ter, preversamente os efeitos negativos de levar à criação de um mundo paralelo que se pauta por regras rígidas de controlo mútuo e de interdependência numa vida assumidamente, marginal e, por outro lado, de dar à sociedade açoriana um rosto para a insegurança desenvolvendo mecanismos de rejeição.

Causas da deportação

As causas para deportação estão obviamente ligadas à prática de actos proibidos por lei associada ao facto de não terem nunca requerido ou obtido a cidadania americana ou canadiana normalmente por incúria da família e por ignorância das consequências desse facto.

Surgem também algumas situações ilegais no “Immigration and Naturalizations Service” (vistos caducados, trabalho não autorizado).

Os tipos de crime que estiveram na origem de deportação, e sobre os quais se possuem informações com alguma segurança, foram:

- 25. condenações várias (não especificadas)
- 24. tráfico de estupefacientes
 - 3. assalto sexual
 - 3. assalto à mão armada
 - 3. furto e assalto
 - 2. furto
 - 1. homicídio, tráfico de cocaína e posse de heroína
 - 4. por posse de heroína/cocaína com intenção de distribuir
 - 1. delinquência juvenil (prolongada)
 - 2. furto
 - 3. agressão
 - 1. agressão com arma perigosa
 - 1. várias condenações
 - 1. violação de menor em 1.º grau
 - 1. ameaça de actos de terrorismo contra terceiros
 - 1. posse droga
 - 5. permanência ilegal no país

Por informação fornecida pelos próprios referem-se a uma série de crimes de ofensas corporais graves, posse de armas, tráfico de

drogas, ao mesmo tempo que são apontados crimes ligados à condução perigosa, condução de veículo sem carta de condução, uso de matrículas falsas, burla, cheques sem provisão, etc..

II. Iniciativas Locais para apoio aos cidadãos repatriados

Desde Maio de 1994 o Governo Regional decidiu estabelecer um grupo de trabalho constituído por representantes da Presidência do Governo, do Instituto de Acção Social, do Gabinete de Emigração e apoio às Comunidades Açorianas e do Instituto de Reinserção Social, com o objectivo de fazer um diagnóstico da situação e propor um plano de intervenção.

A partir de Outubro desse ano o acolhimento passou a ser assegurado, logo à chegada ao Aeroporto, por um elemento do Gabinete de Emigração.

Nesse primeiro contacto procura-se saber se o indivíduo tem apoio familiar e local para residir, se necessita do pagamento de viagens inter-ilhas ou qualquer tipo de suporte imediato. Normalmente o apoio solicitado refere-se a alojamento e alimentação que é prestado pelo Instituto de Acção Social.

A partir de Março de 1996 o Centro Paroquial de S. José, com o patrocínio do Instituto de Acção Social, adquiriu um apartamento para servir de residência à chegada nas situações de mais difícil colocação. A residência chegou a albergar 4 repatriados mas teve de ser encerrada dado o tipo de problemas que surgiram com o clima de violência e degradação que se gerou entre os indivíduos com problemas de saúde (toxicoddependência, doenças infecto-contagiosas, etc.) e o conjunto de outros que habitualmente frequentava a casa.

Ficou a convicção de que o encaminhamento individualizado é o mais aconselhável embora se saiba que, após um curto período de tempo, todos acabam por ser assimilados pelo

grupo. De qualquer forma a criação de “residências” ou “centro de acolhimento” terá de ser sempre equacionada com grande prudência e apenas após um período inicial de conhecimento do indivíduo, de diagnóstico da sua situação de saúde, e, sobretudo, integrado num processo de inserção que esteja em curso satisfatoriamente e que mantenha um acompanhamento técnico adequado.

Também a partir de 1996 o Centro Paroquial de S. José, em parceria com as várias entidades do grupo de trabalho entre as quais o IRS, deu início a um projecto de escolaridade básica e formação profissional/emprego, no âmbito do Programa “Horizon”.

O Projecto designado “Apoio Personalizado ao Repatriado” tinha, como objectivo não só reunir e chamar à responsabilidade todas as entidades oficiais que deviam ser envolvidas no processo de inserção do repatriado, mas sobretudo, conhecer, orientar, acompanhar, informar, e integrar o próprio repatriado através de programas em rede com a Saúde e a Acção Social assim como com as autarquias e as empresas privadas.

O projecto começou com um grupo de 15 indivíduos mas nestes 2 anos já passaram por algumas das suas actividades 53.

Trata-se de uma população muito oscilante dado que há uma taxa muito alta de indivíduos que abandonam o projecto, outros que saem e regressam, alguns que desenvolvem actividades paralelas que os levam à prisão, outros que têm de se submeter a tratamentos intensivos de desintoxicação prévia ou necessitam de apoio psiquiátrico.

Um dos maiores problemas que se tem colocado aos técnicos do projecto é o desconhecimento total do estado de saúde dos indivíduos à chegada. Eles só excepcionalmente têm consigo relatórios médicos e normalmente não falam facilmente dos seus problemas.

O diagnóstico só é feito quando o indivíduo se abre e aceita ou solicita um encaminhamento para as estruturas de saúde.

Dos 53 indivíduos que já passaram pelo projecto apenas 11 estão empregados ao abrigo de um Programa Social de Emprego (PROSA) subsidiado pela Administração Regional, 9 estão mesmo com contrato de trabalho na empresa onde estiveram colocados em estágio de formação através do Projecto, 2 estão em situação muito difícil de Saúde por serem portadores de Sida, 2/3 estão a fazer desintoxicação de drogas, dos restantes 28 alguns pertencem ao grupo flutuante, outros abandonaram o projecto, outros estão presos.

Tem-se estabelecido uma ligação forte entre este Projecto Horizon que termina no final de 97 e a “Kairós”, cooperativa de emprego social que surgiu por iniciativa de um Grupo de Centros Paroquiais e que está fortemente implantada em S. Miguel. O Instituto de Reinserção Social é parceiro da “Kairós” que tem garantido formação e emprego a muitos clientes do Instituto – jovens em risco, ex-reclusos e familiares de reclusos.

A Administração Regional, por seu turno, está a organizar-se, para através de um grupo de trabalho permanente, constituído por assistentes sociais, psicólogos e sociólogos das várias entidades oficiais da Administração Regional preparar respostas adequadas ao apoio personalizado ao repatriado em termos das suas necessidades específicas (saúde, emprego e habitação) mas procurando a organização de um processo de diversificação de espaços sociais e geográficos por forma a prevenir o agrupamento e estruturas de sistemas marginais de vida (sobretudo, para os casos de tráfico de droga).

Procurar-se-á que a avaliação e acompanhamento das situações sejam individualizadas, assentando na figura de um “integrador” sócio-profissional que se manterá sempre desde a chegada até à completa instalação do indivíduo como “facilitador” dos contactos com o meio.

Há que referir, ainda, o esforço que vem sendo feito para desenvolver um trabalho de ensino da língua portuguesa e de informação sobre a realidade insular (organização social, instituições, moeda utilizada, características geográficas e climáticas, etc.), junto de alguns Estabelecimentos Prisionais dos E. U. A. onde existem indivíduos a aguardar repatriamento após cumprimento da pena.

Nesse sentido existe já um Protocolo celebrado entre o Governo Regional e o Condado de Bristol com a entidade que tem os estabelecimentos prisionais a seu cargo e com uma Instituição Particular – a P. Y. C. O. (Portuguese Youth Culture Organization) que se encarrega de prestar esse serviço junto dos presos portugueses.

A Administração Regional está, também a preparar a abertura de um Centro de Apoio a Toxicodependentes, estrutura cuja necessidade se vem apontando há muito tempo.

A Região não possui estruturas de tratamento e recuperação de toxicodependentes. É o Serviço de Psiquiatria que faz as desintoxicações e o acompanhamento em ambulatório. É, porém, urgente a criação de uma estrutura específica que preveja internamento.

III. Os repatriados “clientes” do IRS

Embora acompanhando os projectos de inserção social e de prevenção da delinquência já referidos, numa posição de parceria técnica, o IRS procura não se envolver directamente nos casos individuais, a não ser quando estes se encontram no âmbito do sistema judicial português.

Um repatriado, já com pena cumprida, chega aos Açores como cidadão livre, não cabendo, por isso, ao IRS, como órgão auxiliar da administração de Justiça em Portugal qualquer actuação.

A nossa intervenção directa processa-se, apenas, após solicitação do Tribunal ou quando o indivíduo é detido.

Dos 245 que se conhecem como “repatriados” nos Açores apenas 49 podem ser considerados “clientes” do Instituto:

Estabelecimento Prisional de Ponta Delgada	Condenados	11
	Preventivos	9
Termo da Pena		8
Libertados após julgamento		9
Transferidos para EP's do Continente	Condenados	6
	Preventivos	2
Estabelecimento Prisional de Angra do Heroísmo		3
Cadeia de Apoio da Horta		1
Total		49

Tipos de crimes pelos quais foram condenados

TIPOS DE CRIME	PROVENIÊNCIA		
	EUA	CANADÁ	TOTAL
Traf. Estupefacientes	3		3
Furto	5	7	12
Homicídio	1		1
Roubo	2	1	3
Roubo/Dano	1		1
Roubo/Atent. Pudor	1		1
Cheques/Prov./Furto	2		2
Dano/Furto	1		1
Furto veículo		1	1
Total	16	9	25

O número de “clientes” actual não permite estabelecer nenhuma relação directa entre o n.º de repatriados existentes e os que voltam a delinquir para obter qualquer índice de criminalidade.

A imprensa e a opinião pública referem muitas vezes crimes que teriam sido cometidos por repatriados e manifestam um certo sentir de insegurança que para nós, não encontra justificação imediata nas Estatísticas. Não só porque algumas situações de pequenos delitos têm sido resolvidas sem intervenção do Instituto mas também porque só mais tarde, após o processo de investigação criminal, na fase de julgamento é que o IRS poderia vir a ser solicitado para elaborar relatório social, o que não tem sido prática por parte dos magistrados, talvez por parecer óbvia a pouca utilidade de uma informação que se reportasse apenas ao curto período de vida de indivíduos nos Açores.

A prática tem de facto, demonstrado, nos casos em que o Relatório Social nos é pedido, que o IRS não podendo obter informações nos países de repatriamento, apenas possui a informação veiculada pelos próprios clientes que, normalmente, recusam o consentimento para a passagem dessa informação a qualquer outra entidade.

Por outro lado, medeia um certo período de tempo entre a data do repatriamento e a data da 1.^a detenção por crime cometido nos Açores – média de dois anos ou mais.

Ano de repatriamento relativamente ao ano em que foram detidos nos EP's dos Açores

ANO DE REPATRIAMENTO	ANO DE DETENÇÃO									Total
	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	
1989	1			1						2
1990						2		1	2	5
1991					1				1	2
1992				2	2	7	1		1	13
1993						5	2	2		9
1994						2	1	1	2	6
1995							1	3	3	7
1996								2	2	4
1997									1	1
Total	1			3	3	16	5	9	12	49

Verifica-se que apenas um dos repatriados chegados à Região em 1997 foi detido poucos dias depois de ter desembarcado. Existiram já no passado alguns casos excepcionais do mesmo tipo.

Pensamos que, após uma fase inicial de surpresa e revolta, se trata normalmente de um período de “reconhecimento” da ilha (compreensão do meio, das pessoas e das instituições, aprofundamento da língua, etc.) e, por outro lado, de expectativa (será que um bom comportamento vai permitir o regresso?)

Apercebemo-nos de que o maior ou menor grau de esperança no regresso pode funcionar nesse período de expectativa como motivação para o não cometimento de crimes.

Se partimos do pressuposto de que esse período de reconhecimento e expectativa dura, em média, dois ou mais anos, os clientes do IRS até este momento – 49 – têm de ser comparados com o total de 86 repatriados entre 1989 e fins de 1994 e não com os 245 repatriados até meados de 1997.

Como já foi referido para a generalidade dos repatriados os clientes do Instituto também apresentam à chegada um quase total desconhecimento da realidade local, pois emigraram em crianças acompanhados da família.

IDADE DE EMIGRAÇÃO	PAIS DE DESTINO		
	EUA	CANADA	TOTAL
0 aos anos	17	11	28
6 aos 10 anos		3	3
11 aos 15 anos	7	4	11
16 aos 20 anos		2	2
Mais de 20 anos	2	3	5
Total	16	23	49

Todos eles possuíam um nível muito baixo de habilitações literárias nos EUA ou no Canadá, segundo afirmações dos próprios e só raramente atingiram um grau médio de instrução.

No que se refere à língua portuguesa e habilitações mínimas para um emprego em Portugal, a situação é muito mais grave pois, regra geral, não sabem ler nem escrever português embora consigam comunicar oralmente.

A idade dos clientes repatriados situa-se entre os 20 e os 39 anos com relevo para o grupo dos 30/39.

VINDOS DO:	EUA	CANADA	TOTAL
Dos 20 aos 29 anos	11	8	19
30 aos 39 anos	12	14	26
40 e mais anos	4		4
Total	27	22	49

No que se refere à situação familiar verifica-se que a grande maioria são indivíduos solteiros cuja família reside em regra nos EUA ou no Canadá.

Dos casados, separados de facto ou divorciados, um número considerável deixou mulher e filhos nos países de emigração e, em muitos casos, também companheira e filhos, embora alguns tenham já casado na Região ou estabelecido novas relações afectivas estáveis.

Mais de 72% dos indivíduos não têm na região senão parentes afastados ou não têm sequer família.

Situação familiar dos Clientes

Estado Civil:

Solteiro	31
Casado	11
Separado	6
Divorciado	1
Total	49

Família a residir nos EUA e no Canadá:

Pais/irmãos	37
Só Irmãos	6
Mulher/Filhos	12
Companheira/Filhos	7

* Verifica-se por vezes a vinda do pai ou mãe após a detenção para apoiar o filho

Família a residir nos Açores:

Pais/irmãos	6*
Só irmãos	8**
Mulher/filhos	6
Companheira/filhos	5
Só parentes afastados	19
Sem família	13

** Três deles também com irmãos repatriados

Problemáticas Específicas

Um dos aspectos que mais preocupa os serviços de apoio ao cidadão repatriado no seu processo de inserção/reinserção é o que se refere à saúde.

De facto, a falta de informação sobre os problemas de saúde de que o indivíduo é portador quando chega à Região não só atrasa o encaminhamento necessário como gera situações de crise/de risco que poderiam ser evitadas.

Referimo-nos sobretudo aos casos de toxicodependência grave, aos problemas do foro psiquiátrico, com carácter de perigosidade e, ainda, às doenças infecto-contagiosas como a Sida.

Temos consciência de que o respeito pelo direito à privacidade do indivíduo não nos autoriza a procurar devassar a sua vida passada e o seu estado de saúde mas pensa-se que a possibilidade de um médico assistente da América ou do Canadá preparar um relatório destinado a um médico das estruturas de

saúde que receba um indivíduo ao entrar nos Açores, talvez fosse aconselhável.

De qualquer forma, não há garantia à partida de que todas as situações sejam detectadas pois muitos dos indivíduos não procuram qualquer apoio e até o rejeitam.

Situação da Saúde dos Clientes

Toxicodependência associada ao consumo de álcool	24
Toxicodependência	10
Consumo de bebidas alcoólicas	13
Sem problemas	2
HIV	1
Problemas psiquiátricos	5

Apenas dois desses clientes traziam relatórios médicos com diagnósticos das respectivas situações.

O que pensam os próprios da sua situação e que expectativas para o futuro

Do diálogo que mantivemos com um grupo de 6 reclusos apercebemo-nos que algumas expectativas são comuns:

- Possuir um trabalho decente (normalmente o trabalho subsidiado não é suficientemente remunerado para o grau de exigência desta população)
- Possuir uma situação estável em termos de habitação
- Poder regressar ao país onde reside a família no final do período previsto para extradição.

Apenas um, num grupo de seis, referiu não desejar regressar por estar cansado do tipo de vida que levava na América.

Só dois do grupo afirmaram declaradamente não acreditar na hipótese de regressar a casa: manifestaram então o desejo de partir para uma cidade maior, de deixar a ilha logo que acabassem de cumprir a pena.

Do grupo só dois tinham uma vaga ideia de como seria a ilha para onde vinham mas confessaram-se, mesmo assim, chocados como os outros 4 com a realidade que encontraram. Todos consideram que a deportação foi a mais dura das penas e têm a tendência a senti-la como excessiva.

Todos sentem que a sua casa está nos EUA e no Canadá pois é lá que têm a sua família e os seus amigos. Consideram apenas que os pais e eles próprios cometeram um grande erro em não ter adquirido a cidadania do país onde viveram desde crianças por negligência e ignorância das leis.

IV. Conclusões

É muito difícil falar de reinserção social de indivíduos que não apresentam à partida qualquer motivação para permanecerem nos Açores.

Nunca lá estiveram inseridos e o mundo ilhéu não encontra referências no grande mundo americano ou canadiano que foram forçados a abandonar.

Salvo situações excepcionais não é fácil manter as ligações com a família e sobretudo trazer de volta a família aos Açores.

Assim, tudo para eles é um recomeço.

O tratamento dos casos graves de toxicod dependência e dos problemas psiquiátricos têm no meio enormes limitações por carência de recursos adequados.

Seria importante promover a disseminação geográfica dos recém-chegados para evitar a consolidação de grupos organizados, nomeadamente no que se refere ao tráfico de drogas.

De qualquer forma, o esforço de que vem sendo feito na obtenção de um posto de trabalho, no pagamento de alojamentos temporários, no acompanhamento individual, proporcionados pelas estruturas da administração e pela instituição particular já referida obteve um relativo sucesso (20 casos consideram-se relativamente adaptados).

No entanto, diariamente cresce o número dos que começam a reincidir.

Nota-se um interesse acrescido por parte de algumas autoridades americanas. Não só o vice-cônsul tem procurado informar-se e acompanhar o processo com um visível interesse como, ainda recentemente o “Sheriff” de Rhode Island se deslocou a S. Miguel acompanhado de alguns elementos do seu *staff* e visitou os reclusos do Estabelecimento Prisional de Ponta Delgada.

Fica-nos a expectativa de uma cada vez maior atenção ao problema por parte das entidades nacionais, com a solidariedade que o Governo da República tem manifestado estando prevista a criação de uma Comissão Inter-Ministerial para disponibilizar meios de ajuda à inserção/reinserção deste grupo de portugueses e de uma maior abertura das autoridades americanas.

Talvez a atenção dedicada pela Fundação Luso-Americana seja afinal um bom começo para uma conjugação de esforços no futuro.

Uma maior cooperação entre os Sistemas da Justiça dos dois países (com especial participação da Região Autónoma dos Açores) contribuirá certamente para uma melhor compreensão mútua das realidades sócio-económicas, culturais e judiciais diferentes em que os clientes dos dois sistemas se movem.

A EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS
NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS
NORTE-AMERICANO E PORTUGUÊS:
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CASO
DOS REPATRIADOS NOS AÇORES

António Pedro Caçarino Guerreiro Ataz
Jurista e Consultor da Fundação Luso-Americana
para o Desenvolvimento

1. Considerações prévias; objecto da comunicação

I. A opinião pública portuguesa, com especial incidência para as populações açorianas, foi confrontada, através de notícias veiculadas pelos meios de comunicação social nacionais e locais, com a ocorrência da chegada e permanência nos Açores, de um número considerável de cidadãos portugueses, há largos anos imigrantes nos Estados Unidos da América ou no Canadá, expulsos desses países por força de alegadas condenações criminais aí ocorridas.

Não será difícil entender a difícil situação em que se encontram estes nossos concidadãos, há muito desligados de relações familiares, dos valores e dos quotidianos da vida em sociedade nos Açores ou em Portugal. Assim, à difícil reinserção social junta-se, nalguns casos, uma cultura de marginalidade social vivida num passado recente, a separação do núcleo familiar, a dificuldade de domínio da língua, a falta de habitação, a baixa condição económica e a falta de preparação ou qualificação profissionais geradoras de situações sociopsicológicas instáveis.

A situação criada por estas ocorrências, a crer nas notícias veiculadas pelos meios de comunicação social locais, tem gerado reacções de insegurança, intranquilidade e alguma apreensão

colectiva por parte da comunidade açoriana, em especial na ilha de S. Miguel. Reacções justificadas, em grande parte, por alguns episódios recentes ligados à verificação de indícios ou de práticas já condenadas de actos do foro criminal imputáveis a alguns destes cidadãos repatriados.

Para quem conheça minimamente as particularidades da realidade social e cultural insular nos Açores não é necessário grande esforço para compreender a magnitude que este problema atingiu nesta Região; fenómeno que, por exemplo, em qualquer das grandes áreas metropolitanas do Porto ou Lisboa tenderia a ser esquecido ou integrado decorrido algum tempo.

Tal não invalida, antes justifica, entretanto, a absoluta necessidade de se encarar o problema como um assunto de dimensão nacional, diríamos até, um problema de solidariedade nacional.

Acresce a circunstância que os EUA e o Canadá constituem, desde há muito, nações pelas quais os portugueses alimentam sentimentos de admiração e respeito, fruto de uma longa história comum não só de relações políticas mas também de relações familiares e afectivas entre as comunidades portuguesas emigradas nesses países. É, pois, plenamente justificável, da parte portuguesa, uma reacção de indignação e repulsa com estes acontecimentos.

II. Neste tipo de circunstancialismo, a reacção emotiva natural dos indivíduos e das organizações consideradas afectadas é a de procurar as causas ou os causadores, responsabilizando estes pelas consequências dos seus actos e tentando evitar que novas e análogas situações se venham a repetir.

Ora, é habitualmente neste ponto crítico das reacções que falham, algumas vezes, informações rigorosas básicas, designadamente as respeitantes às regras e procedimentos jurídicos, enquadradores das actuações das autoridades públicas, prejudicando, porventura, decisões mais ponderadas e mais eficazes.

À elaboração da presente comunicação presidiu, antes de mais, um intuito informativo, naturalmente moldado pelos objectivos próprios do painel “Minorias Que Imagem e Que Espaço” da XII Semana de Estudos – Os Açores e o Mundo – O Essencial no Fim do Século”, ao qual o autor foi chamado a participar, tendo-se tentado, tanto quanto a matéria o permitiu, utilizar uma linguagem o menos possível codificada do ponto de vista técnico-jurídico.

Por outro lado, tal intuito utiliza como instrumento um esboço de estudo de direito comparado entre dois ordenamentos jurídicos profundamente diversos: o português, de origem romano-germânica e o norte-americano de origem anglo-saxónica. Apesar disso, a opção pela comparação entre os dois ordenamentos jurídicos pareceu-nos útil para tentar relativizar o problema de fundo: a expulsão de residentes estrangeiros como um dos atributos das soberanias dos Estados.

Não se trata, assim, de uma abordagem exaustiva ou com preocupações de teorização científico-dogmática, mas apenas de um ensaio, comparando aquilo que é possível comparar – as decisões das autoridades públicas dos dois Estados – tentando lançar pistas de reflexão e, eventualmente novos campos de investigação técnica ou científica, de resto bem necessários neste como noutros domínios do saber.

2. Os factos e o Direito

2.1. *O caso dos repatriados nos Açores*

I. As poucas informações que detemos sobre a caracterização concreta da situação jurídica dos vários casos de repatriamento, constituindo embora uma limitação prática ao estabelecimento

de um padrão factual comum, não nos impede de tentar apurar as circunstâncias e factos seguintes:

- a)* Trata-se de cidadãos portugueses os quais, não obstante terem residido legalmente há vários anos nos EUA (alguns deles desde crianças), nunca adquiriram a nacionalidade do país onde cresceram e onde se formaram social e culturalmente;
- b)* Em alguns destes casos verifica-se que deixaram nos EUA agregados familiares de cuja composição constarão alguns elementos que adquiriram a nacionalidade norte-americana (por exemplo, descendentes);
- c)* Tanto quanto sabemos, foram expulsos dos EUA na sequência do cumprimento de penas de prisão por condenações do foro criminal, estando, por isso, interditos de regressar àquele país durante algum tempo;
- d)* Exibem, em geral, dificuldades de expressão na língua portuguesa e níveis baixos de escolaridade e qualificação profissional.

II. O regime jurídico da entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros no ordenamento jurídico norte-americano foi objecto de uma reforma legislativa profunda operada pelo “Illegal Immigration Reform and Immigration Responsibility Act”, uma lei aprovada pelo Congresso Norte-Americano, cujo início de vigência ocorreu em 30 de Setembro de 1996 (data da promulgação pelo Presidente Clinton), embora algumas das respectivas disposições só passassem a vigorar em Abril de 1997 (Pub. L 104 – 208).

Esta nova legislação veio consagrar um agravamento das sanções criminais relativas a violações das leis da imigração, alargar os tipos de condenações criminais susceptíveis de originar expulsões, autorizar o Governo a reforçar os meios humanos e

materiais nas funções de fiscalização e aumentar os poderes das autoridades fiscalizadoras, designadamente, o reforço da presença do serviço de imigração (INS) nas fronteiras.

A lei de 1996 introduziu, também, uma profunda reorganização das regras disciplinadoras do processo de afastamento de estrangeiros do território norte-americano, seja ao nível dos estrangeiros considerados inadmissíveis (não residentes), onde se consagra um procedimento célere de afastamento imediato nas fronteiras, seja dos chamados repatriáveis (residentes). As regras relativas a este novo processo unificado de afastamento de residentes estrangeiros, designado por “Unified Removal Proceeding”, constam da Secção 240 da Lei de Nacionalidade e Imigração de 1995 na nova redacção introduzida por esta legislação de 1996.

Por sua vez, a Secção 241 da citada Lei de 1995 dispõe que: “(...) Qualquer estrangeiro (...) nos Estados Unidos será expulso, por ordem do Procurador Geral, se estiver abrangido por uma ou mais das seguintes categorias de estrangeiros repatriáveis (...)”:

- condenações penais motivadas por ilícitos revestindo a natureza de torpeza moral, condenações múltiplas ou ilicitude criminal agravada (“Aggravated felony”);
- condenações penais motivadas por violação de leis estaduais, federais ou estrangeiras em matéria de consumo e tráfico de droga;
- certos ilícitos criminais relativos a armas de fogo;
- condenações criminais, na forma tentada ou premeditada, relacionadas com actividades de espionagem, sabotagem, traição, pronunciamento, entre outras, puníveis com 5 ou mais anos de prisão;
- omissão obrigatória de registo de imigração ou falsificação de documentos;
- infracções criminais relacionadas com actos violadores de regras relativas a Segurança Nacional (espionagem, expor-

tação ilícita de tecnologia, transmissão de informações classificadas, etc.) que ponham em perigo a Segurança Pública interna ou interfiram na Política Externa, actividades terroristas, entre outras.

Embora não se pretenda alongar esta comunicação com mais pormenores de carácter processual, sempre se dirá que, nos termos da Secção 242A da citada Lei de imigração, se encontram consagradas regras de competência, processuais e funcionais sobre os procedimentos de expulsão de residentes estrangeiros, condenados por ilícitos criminais, aliás em termos muito idênticos aos previstos na legislação portuguesa.

Cabe ainda sublinhar que este conjunto de medidas legislativas se inscrevem, por um lado, no reforço de mecanismos legais já consagrados, designadamente, na Lei da Nacionalidade e Imigração (INA), a qual foi parcialmente alterada pela legislação de 1996, embora esta mantenha a respectiva vigência, por outro, constituem uma consequência legislativa de determinações políticas nacionais, tomadas, inclusive, ao nível do Congresso, visando a prevenção e repressão da criminalidade: fenómeno que vinha verificando um acréscimo visível desde há alguns anos nos EUA.

Assim, dada a coincidência temporal entre o início de execução destas medidas na política de imigração e o aumento do número de repatriados nos Açores, parece ser de concluir pelo nexo de causalidade entre as duas ocorrências.

*2.2. Dois casos de expulsão de residentes estrangeiros em Portugal.
O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7-11-96 e
o Acórdão do Tribunal Constitucional de 5-3-97*

I. Não deixa de ser curioso assinalar a coincidência de momentos entre o início de vigência da nova legislação norte-americana e as novas orientações interpretativas constantes das cita-

das decisões de Tribunais superiores portugueses, as quais, como se tentará demonstrar, vão, até certo ponto, num sentido contrário às soluções consagradas no outro lado do Atlântico.

Em ambos os Acórdãos podemos encontrar um padrão factual comum:

- a) Trata-se, em ambos os casos, de cidadãos estrangeiros legalmente residentes em Portugal, com família aqui constituída e nacionais de países africanos de expressão portuguesa;
- b) Ambos condenados a penas de prisão, superiores a dois anos, por ilícitos criminais previstos e punidos por legislação especial respeitante a consumo e tráfico de droga;
- c) Na sequência do que, como consequência legalmente prevista, ocorreram decisões judiciais nas quais lhes foi aplicada a pena acessória de expulsão do território nacional;
- d) Decisões com as quais os réus não se conformaram, delas interpondo recurso para Tribunais superiores, contestando, designadamente, a automaticidade da aplicação da pena acessória de expulsão como consequência da condenação penal principal.

No Acórdão n.º 14/96 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado no D.R. I Série-A de 27-11-96, a conclusão que fez vencimento foi a seguinte:

“(...) A imposição a estrangeiro da pena de expulsão prevista no n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 23 de Dezembro, não pode ter lugar como consequência automática da sua condenação por qualquer dos crimes previstos nos seus artigos 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 28.º, 29.º e 30.º, devendo ser sempre avaliada em concreto a sua necessidade e justificação (...)”.

No Acórdão n.º 181/97 do Tribunal Constitucional, publicado no D.R. II Série n.º 94 de 22-4-97, a conclusão que fez vencimento foi:

“(...) Julgar inconstitucional a norma constante do artigo 34.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, enquanto aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6 da Constituição (...)”.

II. No ordenamento jurídico português o regime jurídico da entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros que não tenham nacionalidade de um dos Estados membros da União Europeia, encontra-se regulado pelo Decreto-lei n.º 59/93 de 3 de Março.

Sob a epígrafe “Fundamentos da expulsão”, o artigo 67.º deste diploma legal dispõe:

“(...) 1– Sem prejuízo das disposições constantes de tratado ou convenção internacional de que Portugal seja parte, serão expulsos do território nacional os cidadãos estrangeiros:

- a) Que penetrem ou permaneçam irregularmente no território nacional;
- b) Que atentem contra a segurança nacional, a ordem pública ou os bons costumes;
- c) Cuja presença ou actividades no País constitua ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais;
- d) Que interfiram de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais;
- e) Que não respeitem as leis portuguesas referentes a estrangeiros;

f) Que tenham praticado actos que se fossem conhecidos pelas autoridades portuguesas teriam obstado à sua entrada no País. (...)”

Dispõe ainda o artigo 68.º do citado diploma legal, sob a epígrafe “Pena acessória de expulsão”, que será aplicada aquela pena: “(...) a) Ao estrangeiro não residente no País condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão; b) Ao estrangeiro residente no País há menos de cinco anos condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão; c) Ao estrangeiro residente no País há mais de cinco anos e menos de vinte condenado em pena superior a três anos de prisão (...)”.

Por outro lado, a legislação portuguesa em matéria de ilícitos criminais relativos a consumo e tráfico de droga, hoje regulada pelo Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, prevê, nos termos do respectivo artigo 34.º n.º 1, a possibilidade – não já a obrigatoriedade como sucedia ao abrigo da legislação anterior – da expulsão de estrangeiro condenado por crime previsto naquele diploma.

3. Uma diferença qualitativa entre os dois ordenamentos jurídicos: a garantia e protecção internacionais dos Direitos Humanos

I. Salvaguardadas algumas diferenças de tradição legislativa entre as duas ordens jurídicas, alicerçadas em realidades sociológicas muito diferenciadas, basta pensar, por exemplo, na circunstância de constituírem os EUA, tradicionalmente, um país de imigração enquanto Portugal foi até há bem pouco tempo um país de emigração, as soluções puramente normativas para o instituto da expulsão não apresentam diferenças significativas nos dois países.

Esta conclusão deve, entretanto, ser formulada com as reservas inerentes à circunstância de, para a elaboração do presente estudo, não se ter entrado em consideração com a Jurisprudência norte-americana nestas matérias.

Na realidade quotidiana da interpretação e aplicação das leis pelos Tribunais, em especial os Tribunais superiores nos países com tradição anglo-saxónica como os EUA, as decisões judiciais, enquanto fonte de Direito pela regra do precedente judicial, assumem uma importância por vezes superior ao chamado “Direito Legislado”. Está, deste modo, aberto um vastíssimo campo de investigação constituído pelas regras interpretativas decorrentes da prática judicial neste âmbito temático: a expulsão de estrangeiros.

II. A diferença essencial entre as duas ordens jurídicas reside, quanto a nós e salvo melhor opinião, na diferença do tipo de vinculação jurídica que os dois Estados apresentam relativamente aos Tratados, às Organizações ou às Convenções Internacionais que contêm instrumentos de garantia e protecção individual dos Direitos do Homem.

Com efeito, a vinculação de Portugal ao Conselho de Europa e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem determina que, quer os seus nacionais quer todos os cidadãos que se encontrem sob a jurisdição do Estado Português, fiquem incluídos pelas garantias e salvaguardas consagradas naquele instrumento de Direito Internacional. Mais: a existência de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem cuja jurisprudência constante tem alicerçado soluções que vão no sentido de conferir aos indivíduos – e não apenas aos Estados – um verdadeiro estatuto de sujeito de Direito Internacional, constitui um instrumento inigualável de prevalência jurídica dos Direitos Humanos sobre certas disposições legais ou decisões judiciais nacionais que, por vezes, contrariam o consagrado internacionalmente no Direito Convencional.

A título de ilustração, não resistimos a transcrever uma passagem dos fundamentos da decisão expendidos pelo já citado Acórdão do Tribunal Constitucional, o qual aplicou directamente ao caso que vinha apreciando orientações jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

“(...) Embora reconhecendo aos Estados a legítima preocupação em assegurar a respectiva ordem pública e o consequente direito de controlarem a entrada, a permanência e o afastamento de não nacionais, o Tribunal Europeu considera que as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além do mais, proporcionadas aos fins legítimos prosseguidos. E como tal tem-se pronunciado no sentido de considerar como violadoras do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país de residência; assim aconteceu no caso *Moustaquim c. Bélgica* (...), bem como no caso *Beldjoudi c. França* (...).”

Ora, na ordem jurídica norte-americana, embora seja conhecida uma tradição cultural e jurídica de salvaguarda e protecção do Direitos Humanos no plano interno, nada de semelhante, no plano de vinculação internacional, existe comparável à intensidade da força jurídica da Convenção Europeia.

É certo que, se atentarmos no que dispõe o artigo 6.º, § 2.º da Constituição dos EUA, transcreve-se, “(...) Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que se façam em seu cumprimento e todos os tratados celebrados ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos serão a lei suprema do País e os juízes em cada um dos Estados estarão sujeitos a ela, sendo nulas as leis de cada um dos Estados ou a sua Constituição que em qualquer caso sejam contrários a eles (...)”, podemos concluir

estarmos em presença daquilo que na doutrina se designa por uma cláusula geral de recepção plena do Direito Internacional.

Deste modo, estaria aberta a possibilidade da aplicação directa, na ordem jurídica norte-americana, das disposições constantes nos n.ºs 1 e 3 dos artigos 12.º e 13.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, aprovado em 16 de Dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as quais consagram direitos de residência a não-nacionais idênticos aos da Convenção Europeia, pressupondo que os EUA são parte nesta Convenção Internacional e que não apuseram reservas às disposições citadas.

Cabe-nos, no entanto, perguntar qual será o grau de eficácia da eventual apresentação de um recurso de uma decisão administrativa ou judicial de expulsão de um estrangeiro – decisões normalmente tomadas ao nível das autoridades distritais norte-americanas – com base numa eventual violação do referido Pacto?

