



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Nº 26/2013

DM

Senhora Procuradora-Geral da República

Excelência:

I. RELATÓRIO

A consulta foi determinada por despacho de Sua Excelência a Procuradora-Geral da República a fim de ser apreciado por este Conselho Consultivo um elenco de questões devidamente enunciado em informação do Gabinete da Procuradora-Geral sobre o seguinte assunto: «Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro – Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho – Pedido de emissão de parecer de natureza urgente ao Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República»¹.

Na informação GA130293, de 5-12-2013, do Gabinete da Procuradora-Geral discriminam-se sete questões objeto da consulta:

«1. Qual a natureza jurídica do processo gerado pelas ações de prevenção a que alude o artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro?

«2. Qual o grau de sigilo do processo gerado por ação de prevenção a que alude o artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro?

«3. É possível o acesso aos autos, nos termos previstos no artigoº 90.º do Código de Processo Penal, a processo gerado por ação de prevenção a que alude o artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro?

«4. Deve o encerramento de processo por ação de prevenção a que alude o artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, ser comunicado ao cidadão visado e, em caso afirmativo, em que situações?

¹ Despacho de 6-12-2013. O processo foi distribuído ao ora relator, «nos termos do artigo 11.º, n.º 5, do Regimento do Conselho Consultivo», em 9-12-2013 e entregue em mão em 10-12-2013.

«5.No caso de resposta negativa à questão anterior, o conhecimento pelo cidadão visado da pendência do processo de ação de prevenção ou o seu conhecimento público poderão justificar a efetivação de uma comunicação do despacho de encerramento do aludido processo ao referido cidadão?

«6.Todas as comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, devem ser tratadas ao abrigo da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro?

«7.Em caso negativo, quais as comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que devem ser excluídas desse tratamento, qual a natureza jurídica do expediente gerado por essas comunicações, o respetivo regime de acesso à sua consulta e de comunicações aos cidadãos diretamente visados?»²

Acompanharam o despacho de solicitação do parecer a «ata simplificada» de reunião realizada em 31-10-2013 no DCIAP e a informação n.º 14/2013 subscrita pelo diretor do DCIAP em 3-12-2013, produzida na sequência de solicitação do Gabinete da Procuradora-Geral ao DCIAP para formular «sugestões para questões complementares que possam ser colocadas ao Conselho Consultivo no domínio das ações de prevenção geral e, especificamente, das relativas ao branqueamento de capitais»³.

O parecer foi solicitado com urgência.

Cumpre emitir parecer.

II. FUNDAMENTAÇÃO

§ II.1 Objeto do parecer e enquadramento metodológico

A consulta, solicitada ao abrigo do disposto pelo artigo 37.º, alínea e) do Estatuto do Ministério Público (EMP), visa a pronúncia sobre uma questão colocada no quadro funcional da magistratura do Ministério Público.

² A informação do Gabinete da Procuradora-Geral que culmina na proposta de consulta tem o n.º GA130293 e foi produzida no processo 315/2013, livro 115 em 5-12-2013.

³ Documento onde são assumidos entendimentos e perspetivas sobre as questões suscitadas.

Visa-se, assim, uma eventual orientação para o Ministério Público determinada pelo Procurador-Geral da República ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 12.º, n.º 2, alínea c), 13.º, n.º 1, 37.º, alínea e), 42.º, n.ºs 1 e 2, do EMP.

Em termos teleológicos, a consulta é determinada pela eventual necessidade de uma diretiva sobre condições de ação da magistratura do Ministério Público relativamente à problemática identificada nas questões acima discriminadas. Diretivas sobre condições de ação que trabalham sobre dados de facto ligados ao passado, supondo um prévio trabalho teórico de natureza jurídica que, contudo, não afasta a exclusividade da responsabilidade do decisor quanto à opção preceptiva.

Poderes diretivos do Procurador-Geral da República em que ressalta a importância de uma função preventivo-primária, traduzida na emanação de um comando que constituirá a fonte de decisões futuras do Ministério Público sobre determinadas questões. Daí que, nesta sede o órgão supraordenador, e, por inerência, a entidade consultiva, assuma um importante papel de redução da complexidade no prosseguimento de uma função teórico jurídica sobre um domínio previamente recortado atinente às funções ou atividade da entidade estadual em causa⁴.

Potencial dimensão prescritiva para a magistratura do Ministério Público que vai determinar, por imperativo legal, o foco do desenvolvimento argumentativo e os parâmetros do juízo conclusivo que, nesta matéria, se deve cingir a pautas de interpretação do direito positivo aplicado no espectro funcional do Ministério Público.

A informação do Gabinete onde se discriminam as questões objeto de consulta foi elaborada por força de despacho da Procuradora-Geral da República, de 15-11-2013, «com vista à preparação de pedido de parecer ao Conselho Consultivo» sobre um ponto constante de «ata simplificada» de reunião realizada em 31-10-2013 no Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) presidida pelo diretor desse departamento.

⁴ Cf. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, tradução italiana de SERGIO SIRAGUSA da 2^a ed. do original alemão de 1975 (1^a ed. data de 1969) com o tít. *Procedimenti giuridici e legitimazione sociale*, Milão, Giuffrè, 1995, pp. 130-133.

Na base da consulta encontra-se fenomenologia revelada na reunião cuja ata despoletou a solicitação do parecer. Será, assim, pertinente relembrar o segmento da reunião que determinou a decisão subsequente de se suscitar a intervenção deste ente consultivo:

«O Exm.^º Sr. Diretor informou que o P.A. que visava [...], foi arquivado em 18 de Julho de 2013. À data não foram efetuadas quaisquer notificações, informando-se apenas a Exm.^ª Sr.^ª Procuradora-Geral da República. Face às notícias recentes saídas na comunicação social, dando conta que [...] ainda teria um processo pendente contra si no Departamento, procedeu-se a análise jurídica da questão e entendeu-se ser conveniente ao esclarecimento da verdade notificar o arquivamento ao visado e, seguidamente, efetuar um esclarecimento público que desse conta do arquivamento do processo em referência e da data desse arquivamento.

«O Exm.^º Sr. Diretor esclareceu que esta tomada de posição casuística não colide com o entendimento, que é líquido, segundo o qual não há acesso a processos desta natureza.

«[...].

«Ficou estabelecido que, para o futuro, devem ser adotados procedimentos uniformes em todos os processos. Sendo pacífico que não há acesso aos processos desta natureza, ficou acordado que seria dado conhecimento aos visados — depois do arquivamento — nas situações em que se saiba que foi dada relevância pública ao processo ou quando os visados tenham sido convidados a terem intervenção no processo, nomeadamente a fornecerem elementos justificativos das operações.»

Delimitação do âmbito do parecer que tem de se articular com o princípio de que o enquadramento jurídico das questões suscitadas constitui responsabilidade do Conselho Consultivo, de acordo com uma matriz vinculada aos princípios da legalidade e objetividade.

Sendo o parecer conformado pela teleologia e balizas das perguntas colocadas, a ponderação necessária para as respostas deve ser objeto de análise própria pelo Conselho Consultivo na fundamentação que se segue.

Plano em que se deve realçar um outro aspeto fulcral: A consulta que originou este parecer visa um comando relativo a condições de ação e

não a objetivos, o que obrigatoriamente conforma o trabalho a empreender pelo Conselho Consultivo, na medida em que se deve, em sintonia com a vocação técnica deste ente consultivo, cingir às pautas de interpretação do direito positivo sem incidir noutras dimensões do poder supraordenador do Procurador-Geral da República — nomeadamente, estabelecimento de escolhas entre alternativas legalmente admissíveis e seleção de *melhores práticas* envolvendo ponderações que estão para além da estrita aplicação de cânones determinados pela heterodeterminação normativa.

Concretizando, as perguntas dirigem-se em termos expressos às condições de ação do Ministério no quadro de atividade regulada por dois diplomas específicos com regras aplicáveis apenas a determinadas categorias de crime.

Matéria cujo tratamento exige um enquadramento do quadro regulador da atuação global do Ministério Público prévia à eventual abertura de inquérito em processo penal.

Em função da análise dos regimes normativos objeto das questões suscitadas (Leis nº 36/94 e 25/2008) terá de se apurar se o problema se reporta a suspeitas de crimes que podem vir a ser cometidos ou que podendo ter sido cometidos não se encontram suficientemente recortados em termos informacionais suscetíveis de configurar uma notícia do crime.

Sem olvidar a delimitação funcional pela componente de prevenção criminal⁵, importa, ainda, sublinhar que o objeto das questões suscitadas e, consequentemente, do parecer não abrange todas as atividades que nesse quadro e relativamente às tipologias criminais abrangidas podem, em abstrato, ser desenvolvidas pelo Ministério, cingindo-se às que resultam das previsões do artigo 1.º da Lei nº 36/94 e subsequentes às comunicações previstas pelo artigo 16.º da Lei nº 25/2008. Nessa medida, estão, nomeadamente, excluídos os atos específicos previstos no artigo 3.º, nº 4, do Regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, aprovado pela Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, que prevê ações encobertas no âmbito da prevenção criminal⁶. Com efeito, as

⁵ Melhor desenvolvida *infra* § II.3.

⁶ Ações encobertas que, em abstrato, podem ser adotadas num amplo elenco de crimes enunciado no artigo 2.º daquele Regime (entretanto alterado pelo artigo 3.º da Lei nº (Nota Cont.)

referidas ações encobertas são desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção dos crimes indicados naquele regime, mas dependem de autorização de juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público⁷.

Sem embargo da necessidade de sistematização jurídica prévia (em particular na delimitação de campos da atividade indagatória prévia à abertura de processo penal relativamente à que se deve desenvolver no contexto formal do processo), a formulação das questões apresenta-se inequívoca numa delimitação que tem de ser respeitada no desenvolvimento e conclusões do parecer:

O objeto do parecer cinge-se aos deveres prévios à abertura formal de processo penal.

As questões objeto do parecer sobre transmissão de informação e proteção do sigilo das comunicações recebidas pelo Ministério Público e das recolhas de elementos desenvolvidas por esta entidade no quadro dos regimes estabelecidos pela Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e pela Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, não abrangem os casos que culminam na abertura de inquérito, mas, exclusivamente, a fase prévia a esse ato decisório do Ministério Público e aqueles em que o *dossier* é encerrado sem abertura formal de inquérito.

Relativamente ao campo do sigilo e troca de informação (questões 3, 4, 5 e 7) da formulação adotada nas perguntas ressalta uma outra delimitação:

O tema do parecer cinge-se ao acesso e restrição à informação da atividade desenvolvida pelo Ministério Público no quadro das Leis n.º 36/94 e 25/2008 por parte de interessados, «visados», dimensão

(Cont. da Nota)

60/2013, de 23-8, depois de já ter sido ampliado pelo artigo 19.º da Lei do Cibercrime, aprovada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro).

⁷ Sendo competente para a proposta, ao nível intra-orgânico do Ministério Público, o DCIAP (artigo 3.º, n.º 5, do Regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal).

autónoma da interação daquela entidade com outros órgãos do Ministério Público e interorgânicos com outros órgãos do Estado (designadamente entidades com competências de prevenção e repressão criminal e de supervisão e fiscalização de entes públicos e particulares sujeitos aos regimes específicos objeto do parecer).

Uma última nota quanto à amplitude e repercussões do estudo desenvolvido. O tema do parecer apresenta uma vizinhança com dimensões funcionais relativas ao exercício de competências policiais em sentido orgânico, em que as entidades policiais estão na dependência do Governo e especificamente do Ministro da Justiça⁸. Matérias em que a emissão de parecer deste ente consultivo, para efeito de eventual homologação pelo Governo, depende de previsão legal expressa da lei (que não existe relativamente à matéria objeto do parecer) ou de solicitação do Governo (cf. artigos 10.º, alínea e), e 37.º, alínea a) do EMP) que não se verificou.

Nessa medida, o parecer está dissociado de quaisquer imediatos efeitos externos em organismos da Administração Pública e não visa conformar pautas de atuações funcionalmente dependentes do Governo⁹. Sem embargo, como se desenvolverá na fundamentação, a atuação dos órgãos de polícia criminal na medida em que se opere na dependência funcional do Ministério Público está sujeita, nessa medida e no estrito quadro legal, a heteroregulação pela autoridade judiciária.

A estrutura do parecer vai ser determinada pelo escopo da consulta e pautas acabadas de expor, desdobrando-se pelas seguintes partes:

§ II.2 A notícia do crime e as funções do Ministério Público relativas à repressão criminal;

§ II.3 A recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de *ações de prevenção* ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira;

⁸ Vd. quanto à Polícia Judiciária o artigo 1.º da respetiva Lei Orgânica (Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto).

⁹ Por força do referido quadro estatutário e dos princípios que regulam a interdependência de poderes do Estado. Sem embargo de a interpretação das normas objeto do parecer poder afetar decisões do Ministério Público relativas a atividades iniciadas por força de comunicações exógenas, em particular de entidades policiais.

§ II.4 Sigilo e publicidade da recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira;

§ II.5 Enquadramento das comunicações ao Procurador-Geral da República sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo previstas no regime legal sobre medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo;

§ II.6 A análise e recolha de informações desenvolvidas pelo Ministério Público antes da eventual abertura de inquérito na sequência de comunicações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo e o respetivo sigilo.

Depois da fundamentação, serão enunciadas as conclusões do parecer visando responder às questões colocadas na consulta.

§ II.2 A notícia do crime e as funções do Ministério Público relativas à repressão criminal

§ II.2.1 A notícia do crime e o Ministério Público

A perspetiva funcional enforma o inquérito como específica fase do processo penal por via da correlação de três fatores: notícia do crime, investigação do crime e decisão sobre o exercício da ação penal.

O processo penal (e a fase de inquérito) nasce com a notícia do crime (e não com o cometimento do crime que é o momento de *realização* do direito penal), e os pressupostos da notícia do crime estão ligados às categorias axiológicas do direito penal. Conceito de notícia do crime revelador da autonomia teleológica do processo penal (ou mais propriamente da diversidade de objetos do processo penal e do direito penal substantivo), embora, em simultâneo, constitua uma figura que carece de independência conceptual pois é indissociável da categoria *crime* do direito penal, apresentando-se na dinâmica do processo como o *embrião da questão penal*, na metáfora de FRANCO CORDERO.

Delimitar pressupostos e contornos que um ato comunicacional tem de preencher para ser uma notícia do crime (funcionalmente relevante para a abertura da fase de inquérito do processo penal) apresenta-se, antes do mais, como uma problemática que envolve um fator presente em diferentes dimensões do procedimento de investigação criminal: os limites à intervenção estadual, no caso consubstanciados na notícia do crime enquanto pressuposto do desenvolvimento de um universo linguístico específico, a fase de inquérito do processo penal.

Conceito de notícia do crime que tem, desde logo, de ser objeto de uma delimitação negativa relativa à exigência de se reportar a um facto específico que constitua a *mola idónea* para o desenvolvimento de um procedimento investigatório relativo a um evento histórico¹⁰.

Em termos procedimentais, a notícia do crime integra a informação de um facto destinada ao Ministério Público ainda que tramitada através de uma outra entidade que tem a obrigação de a transmitir.

Numa análise diacrónica podem identificar-se duas fases ao nível das operações valorativas a empreender pelo Ministério Público sobre o expediente que lhe é apresentado e se afigura suscetível de configurar uma notícia do crime:

¹⁰ Cf. LUIGI CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milão, Giuffrè, 1999, pp. 159 e ss.. Esta é uma pauta de análise fundamental e uma base de partida no tratamento da questão objeto do parecer. A referência a um facto histórico, que permita, em traços grossos, delimitar ou identificar um hipotético evento histórico que, em abstrato, possa vir a ser objeto de uma atividade heurística com vista à sua cognição, é um pressuposto mínimo para, eventualmente, suscitar uma apreciação de instâncias judiciárias com competência em matéria de repressão criminal. Apenas um hipotético evento histórico, ainda que enunciado através de narrativa essencialmente subjetivista e marcada por valorações, pode ser suscetível de qualificação jurídico-penal (positiva ou negativa) e consequentemente de indagação heurística ou valoração liminar à luz dos cânones de um sistema conformado dogmática, ideológica e politicamente pelos princípios do direito penal do facto. Nesta medida também se colocam em evidência os três elementos que integram a notícia do crime: o objeto, a qualificação jurídica e o destinatário da notícia do crime (A. A. DALIA / M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Pádua, CEDAM 1999, p. 413).

1. Primeiro, compete em especial ao Ministério Público receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes¹¹.
2. Aberto inquérito impõe-se um outro juízo valorativo ao titular da ação penal: determinar o curso do inquérito como atividade¹².

Cânones que se relacionam com as funções do Ministério Público diretamente estabelecidas na lei processual e que, enquanto aspecto correlacionado com os limites da ação estadual, exige uma análise integrada desses dois vetores ou responsabilidades decisórias do Ministério Público: (1) a abertura de inquérito e (2) a direção do inquérito.

§ II.2.2. Fontes de notícias do crime, comunicações anónimas e tramitação pré-processual de comunicações sobre eventuais crimes

Ao nível processual penal, na classificação das fontes de notícia do crime surge como nuclear a distinção entre as obtidas por conhecimento próprio do Ministério Público, por denúncia obrigatória e por denúncia facultativa, divisão tripartida refletida no artigo 241.º do Código de Processo Penal (CPP)¹³.

Tem ainda interesse operativo a distinção analítica entre modalidades de aquisição da notícia do crime (em regra livres, sem prejuízo da obrigação de documentação) e modalidades de recebimento da notícia do crime (reguladas normativamente nos artigos 242.º e seguintes do CPP).

¹¹ Artigo 53.º, nº 2, alínea a), do Código de Processo Penal (CPP). Entre as alternativas de encaminhamento do expediente compreendem-se a ausência de qualquer impulso processual penal, a abertura de inquérito ou o envio para uma fase especial com dispensa de inquérito.

¹² Artigos 262.º, n.º 1 e 263.º, n.º 1, do CPP. Em termos temporais, os atos podem ser concentrados, na medida em que em função da organização dos concretos serviços do MP nada impede que, em certos casos, o procurador que profere a decisão relativa ao registo, distribuição e autuação como inquérito pratique também um primeiro ato dessa fase, nomeadamente, a atribuição do encargo de diligências de investigação a um determinado órgão de polícia criminal (desde que tenha competência para o efeito, cf. artigo 264.º, do CPP e artigos 58.º, n.º 1, alínea h) e 64.º, n.º 3, do EMP).

¹³ Embora o preceito pudesse indicar uma quarta modalidade, notícias do crime recolhidas por «intermédio dos órgãos de polícia criminal», as notícias do crime obtidas por conhecimento próprio dos órgãos de polícia criminal carecem de autonomia conceptual e integram-se na categoria das denúncias obrigatórias (PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 124).

que obrigam a que uma vez obtida a notícia do crime a mesma deve ser adequadamente formalizada. Também se apresenta importante a dicotomia traçada pela doutrina italiana entre notícias do crime típicas (*tipiche* ou *qualificate*) que chegam ao conhecimento das entidades com funções de investigação e notícia do crime atípicas (*atipiche* ou *non qualificate*) que surgem em virtude de uma autónoma atividade heurística.

Correlacionada com a divisão de fontes, apresenta-se uma coordenada global do regime legal no sentido de que a atividade heurística (policial ou judiciária), não tutelada na lei processual, de aquisição da notícia do crime apenas se afigura legítima num momento em que ainda não são conhecidos factos suscetíveis de integrar um crime ou em que ainda não existe notícia do crime.

Se for obtida por conhecimento próprio ou transmitida ao Ministério Público uma notícia de crime e reunidos os pressupostos processuais, a respetiva investigação deve, salvo norma especial, desenvolver-se no quadro do processo penal.

Conceito de notícia do crime que se apresenta esquivo a pautas claras quando se intenta concretizá-lo por via da leitura conjunta dos regimes sobre denúncias, abertura de inquérito e notícia do crime como base do inquérito (em especial na articulação entre o artigo 262.º, nº 2, e os artigos 242.º e seguintes e 48.º e seguintes do Código de Processo Penal e artigos 113.º e seguintes do Código Penal).

Como já se referiu, no tripé de categorias de notícia crime estabelecido pelo artigo 241.º do CPP, além das obtidas por conhecimento próprio do Ministério Público, existe uma destriňa entre as denúncias obrigatórias e as denúncias facultativas, repercutida em variantes de regime jurídico. Atento o objeto da consulta importa destacar que no recorte de denúncias facultativas e obrigatórias, enquanto categorias processuais penais contrapostas a outras figuras jurídicas, emergem três vetores:

1- Enunciação reportada a factos;

2- Impulso com o fim de os organismos estaduais procederem a uma avaliação do relevo criminal de determinados factos e/ou à sua investigação;

3- Comunicação formulada por uma pessoa identificada.

Relativamente ao caráter distintivo das denúncias facultativas relativamente às obrigatorias, aquelas constituem ato de vontade que não corresponde a um estrito exercício de um dever de ofício de funcionário¹⁴.

Relativamente à exigência de identificação do denunciante, as *denúncias anónimas* não integram o conceito jurídico-processual de denúncias facultativas já que lhes falta um pressuposto essencial para o efeito, a identificação do denunciante¹⁵.

A comunicação anónima de uma suposta notícia do crime, ainda que revelando um desejo ou pedido de impulso de um processo investigatório relativo a factos específicos, não constitui uma denúncia facultativa do crime.

Na revisão de 2007 do Código de Processo Penal regulou-se o procedimento próprio quanto às comunicações anónimas, tendo sido:

- (1) Clarificado que as comunicações anónimas não podem valer por si como denúncia;
- (2) Consagrada uma responsabilidade judiciária específica do Ministério Público na respetiva análise e valoração¹⁶.

Uma *denúncia anónima* não pode estar na origem da abertura de inquérito enquanto denúncia em sentido próprio. Contudo, pode constituir um elemento informativo que, depois de processado pelo Ministério Público (o que, em teoria, não implica aquisição de informação superveniente mas

¹⁴ Na aceção do artigo 386.º do Código Penal, *ex vi* alínea b) do n.º 1, do artigo 242.º, do CPP. A categoria denúncia obrigatoria divide-se em dois subtipos por referência ao dever que está na base: Denúncia pelas entidades policiais de todos os crimes de que tiverem conhecimento; Denúncia pelos (outros) funcionários (artigo 386.º, do CP) quanto a crimes de que tomarem conhecimento *no exercício das suas funções e por causa delas*.

¹⁵ A identidade do denunciante é pressuposto necessário para uma comunicação poder ser classificada como denúncia para o processo penal, valendo tanto para as verbais como para as escritas (artigo 246.º, n.ºs 1 a 3, do CPP).

¹⁶ Estabelecendo um procedimento próprio que pode culminar na ordem de destruição da comunicação anónima (artigo 246.º, n.º 7, do CPP), o que, sem enveredar por uma temática estranha ao objeto da consulta, não implica, num estrito plano lógico, a destruição dos atos desenvolvidos nesse procedimento (em particular o despacho do Ministério Público que decide a destruição).

pode derivar apenas de conjugação com informação já disponível¹⁷), vem a determinar um *conhecimento próprio* dessa autoridade judiciária que da comunicação anónima *retirou* «indícios da prática de crime» ou que a própria *denúncia* «constitui crime» (artigo 246.º, n.º 5, do CPP).

Em face do regime processual penal, no caso de comunicações anónimas a eventual fonte da notícia do crime não será um denunciante mas o Ministério Público que procedeu à valoração de elementos informativos e deles retirou uma notícia de crime (como também o pode fazer, por exemplo, a partir de dados transmitidos na comunicação social), ainda que para o efeito tenha necessidade de empreender averiguações intercalares entre a comunicação anónima recebida e o ato de abertura de inquérito.

Sobre o encaminhamento obrigatório para o Ministério Público de todas as denúncias (obrigatórias e facultativas), até 2007 subsistiu na lei alguma ambiguidade sobre se o dever de denúncia obrigatória abrangia os crimes cujo procedimento está dependente de queixa¹⁸.

Neste ponto, a revisão de 2007 clarificou a interpretação no sentido de que as entidades policiais têm o dever de denúncia «de todos os crimes de que tiverem conhecimento», cabendo ao Ministério Público valorar se tem competência material para promover o processo penal, através da abertura da fase de inquérito (nos termos das disposições conjugadas dos artigos 242.º, nº 1, alínea a) e nº 3, com os artigos 48.º e 53.º, nº 2, do CPP). Com efeito, a alteração do texto do nº 3, acentuou no plano literal a perspetiva de que a decisão cabe ao Ministério Público: «a denúncia só dá lugar a instauração de inquérito [...]».

Isto é, a lei distingue as responsabilidades de valoração:

- Dos «funcionários», a quem compete apenas a associação do facto de que tiveram conhecimento a um «crime» (no caso dos

¹⁷ Tema denso, nomeadamente, no plano epistemológico-jurídico que escapa à economia do presente parecer.

¹⁸ No plano normativo a questão incidia sobretudo na interpretação e articulação dos artigos 242.º, nº 1, alínea a) e nº 3, do CPP. Por um lado o nº 1, alínea a) refere-se de forma expressa a «todos os crimes», por outro o nº 3 diz que essa norma não prejudica «o regime dos crimes cujo procedimento depende de queixa ou acusação particular». A questão podia ser recolocada nos seguintes termos: a quem se dirige o 242.º, nº 3, aos obrigados à denúncia ou ao MP? — cf. PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 124-125.

«funcionários» que não são entidades policiais também está pressuposto um juízo sobre se o conhecimento do crime ocorreu «no exercício das suas funções e por causa delas»);

- Do Ministério Público, que deve proceder a uma apreciação mais fina da denúncia obrigatória que no caso em que falte queixa e o crime seja enquadrado como semipúblico ou particular está impedido de desenvolver o inquérito como atividade¹⁹.

Em síntese, embora a notícia do crime, em abstrato, possa ter como destinatários iniciais os órgãos de polícia criminal ou o Ministério Público este é necessariamente o destinatário último enquanto autoridade judiciária titular do inquérito e da ação penal.

A lei processual estabelece o Ministério Público como destinatário de todas as denúncias facultativas e fixa um procedimento burocrático que visa o registo judiciário de todas as denúncias. Recebida uma denúncia o Ministério Público está obrigado ao respetivo registo, já que a lei não admite exceção ao dever de proceder ou mandar proceder «ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas» (artigo 247.º, n.º 5, do CPP²⁰).

Obrigatoriedade de registo que não parece implicar um registo autónomo do eventual inquérito originado pela denúncia, mas, apenas, que a lei processual impõe, no mínimo, o registo nos serviços do Ministério Público de todas as denúncias recebidas por essa autoridade judiciária que não dão origem a um inquérito, autonomizado do relativo à documentação de quaisquer outros *procedimentos* e atividades desenvolvidos por esse órgão do Estado²¹. Acresce que o Ministério Público está obrigado a entregar ao denunciante certificado da denúncia caso o mesmo seja requerido (artigo 247.º, n.º 6, do CPP).

¹⁹ Embora, na revisão de 2007 se tenha consagrado um específico dever de informação do ofendido (artigo 247.º, n.º 1, do CPP), objeto de um desenvolvimento volvidos 3 anos por via do novo n.º 2 do artigo 247.º introduzido pela Lei n.º 26/2010, de 30-8.

²⁰ Esta norma subsiste inalterada desde 1987, tendo apenas ocorrido modificações da sua numeração, já que até 2007 constituía o n.º 1 do artigo 247.º, com a Lei n.º 28/2007, de 29 de agosto, passou a constar do n.º 2, e por via da Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto, passou para o n.º 5 do mesmo artigo.

²¹ Não se vão abordar as múltiplas questões jurídicas, técnicas e metodológicas suscitadas neste domínio, sendo certo que a problemática do registo de processos e procedimentos penais não constitui o objeto da consulta, e compreende, nomeadamente, as regras sobre os NUIPC's (portarias n.º 1223-A/91, de 30-12 e n.º 205/93, de 19-2).

Tendo presente a leitura diacrónica formulada acima sobre a regulação na legislação processual penal dos juízos em matéria de apreciação inicial e tramitação de denúncias facultativas, dois momentos emergem como contextos das apreciações valorativas do Ministério Público relacionadas com informações sobre factos suscetíveis de relevância jurídico-penal:

(1.º) A apreciação pré-processual da sequência procedural;

(2.º) Despacho sobre a tramitação do inquérito.

O enquadramento global do tema exigiria que neste ponto se empreendesse, nomeadamente, um desenvolvimento sobre as específicas exigências procedimentais relativas ao tratamento e decisão do Ministério Público sobre denúncias facultativas, em particular as que se lhe afigurem *manifestamente infundadas*. Sem embargo, tendo presente o recorte funcional deste parecer e a sua vinculação jurídico-prática às questões suscitadas afigura-se impertinente esse eventual desenvolvimento por despiciendo em face da delimitação da consulta (*supra* §§ I e II.1).

A natureza teleologicamente vinculada do inquérito é conformada pela circunstância de o seu nascimento e desenvolvimento se fundamentarem na exigência de culminar numa decisão de mérito do Ministério Público sobre o exercício da ação penal²².

Nesta medida pode apresentar-se como coordenada a seguinte ideia matricial: o inquérito como complexo de atos apenas tem a função

²² Claramente referenciada na lei, «o inquérito comprehende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas *em ordem à decisão sobre a acusação*» (artigo 262.º, nº1, do CPP), «o Ministério Público pratica os atos e assegura os meios de prova necessários à realização das *finalidades referidas no artigo 262.º, nº 1*» (artigo 267.º, do CPP). Cingimo-nos aqui ao processo penal por crimes públicos e semipúblicos e não ao processo por crimes particulares que, além de excepcional, obedece a um paradigma estruturalmente diverso, pelo que a coincidência de opções legislativas relativamente à direção da fase pré-acusatória não radica nos mesmos pressupostos lógicos e político-criminais. A caracterização conceptual aqui empregue é objeto de maior desenvolvimento em DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 76-94 e *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 215-226.

endoprocessual de determinar a decisão de mérito do Ministério Público sobre a ação penal²³.

Sintetizando, tendo como horizonte as questões suscitadas na consulta existe um comando dirigido ao Ministério Público, o *inquérito como atividade* deve compreender a recolha de todos os elementos necessários para o ato final: a decisão de mérito sobre a ação penal²⁴.

Daí que se compreenda a associação entre as funções de dirigir a fase pré-acusatória e de exercício da ação penal (*inquirenti e requirenti*), indissociável da sua interdependência e complementaridade²⁵. Em termos funcionais, a conclusão do inquérito tem em vista a decisão sobre o exercício da ação penal de que o Ministério Público é titular e que se orienta pelos resultados do inquérito²⁶.

Perfil funcional do inquérito que se opõe à sobrevalorização dessa fase do processo penal, bem como a qualquer confusão com fases judiciais precedidas de acusação do Ministério Público (ou do assistente). Isto é, a circunstância de o inquérito integrar o processo penal formal não abala a dicotomia funcional entre o procedimento para o juízo sobre a eventual acusação ou arquivamento e o processo para o órgão judicial (a ação penal), pelo que o interesse operativo do inquérito centra-se exclusivamente na decisão sobre o exercício da ação penal.

É também por esse motivo que o titular da função investigatória deve dispor do adequado espaço operativo, em termos de tempo e instrumentos, para aprofundar o conteúdo da notícia do crime, verificar o seu fundamento,

²³ Assinale-se que o conjunto de atos de inquérito que motivam o encerramento do processo através de soluções consensualizadas entre o Ministério Público e outros sujeitos processuais (caso do arquivamento após suspensão provisória e condenação em processo sumaríssimo) não correspondem a uma categoria autónoma de atos polivalentes, mas integram-se na teleologia do inquérito como complexo de atos.

²⁴ E pela mesma razão integrando meios de prova a ponderar na decisão judicial no âmbito da facultativa fase de instrução em que se comprova o ato relativo ao exercício da ação penal (artigo 291.º, nº 2, do CPP), em que, contudo, o próprio órgão judicial pode protagonizar um complemento de integração probatória.

²⁵ Como destacava EBERHARD SCHMIDT «no estádio inicial, o objeto do processo ainda não se encontra completamente recortado ou definido. A fase de investigação tem exatamente essa finalidade» (*Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, (Teil 1), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1964, p. 63).

²⁶ G. TRANCHINA in SIRACUSANO / GALATI / TRANCHINA / ZAPALLÀ, *Diritto processuale penale*, Milão, Giuffrè 1995, p. 69.

procurar os autores do facto e assegurar, uma vez iniciada a ação penal, a disponibilidade pelos outros sujeitos processuais²⁷ das fontes de prova²⁸.

No sistema positivo português a qualificação do inquérito como processo em sentido formal, apesar de constituir atividade pré-acusatória, não é atribuída em nome do interesse repressivo, mas, fundamentalmente, em nome das *garantias próprias do processo penal*²⁹. Garantias próprias do processo em que ressaltam os direitos de impugnabilidade num contexto próprio, o processo penal, já que «a apreciação de litígios que tenham por objeto a impugnação de [...] atos relativos ao inquérito e instrução criminais, ao exercício da ação penal e à execução das respetivas decisões» está excluída da jurisdição administrativa³⁰.

Os valores e garantias processuais não dependem do exercício da ação penal mas são o sistema em que aquela pode ser realizada, caracterizado pela imparcialidade como parâmetro de decisão do órgão titular da ação penal e pela efetiva incerteza do resultado³¹. Daí que, preservando a dimensão judiciária dos atos do inquérito, o termo investigação criminal não seja utilizado no Código de Processo Penal, de molde a acentuar a plasticidade e sentido último da fase de inquérito, que está funcionalizada à decisão processual sobre o exercício da ação penal³².

²⁷ Onde se incluem os órgãos judiciais.

²⁸ Assim A. A. DALIA / M. FERRAIOLI, que sublinham se «o magistrado não promove a ação penal uma vez apresentada a notícia do crime, mas procede (diretamente ou através da polícia criminal) à sua averiguação analítica para verificar o respetivo fundamento, evidentemente deve dispor da mais ampla capacidade investigatória» (*op. cit.*, p. 446).

²⁹ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», Centro de Estudos Judiciários (ed.), *Jornadas de direito processual penal - O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 8.

³⁰ Artigo 4.º, n.º 2, alínea c) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

³¹ Adota-se o conceito de *sistema processual* estabelecido por NIKLAS LUHMANN, *op. cit.*, p 126. Um primeiro núcleo de garantias deriva da natureza judiciária (e não administrativa) da atividade, associada à exigência de documentação processual, que vai permitir o acesso da defesa ao *dossier* do Ministério Público (vd. sobre a documentação e o acesso DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, respetivamente, pp. 94-101 e pp. 327-333). Mas há um outro núcleo de garantias centrado na dialética processual relativamente a medidas que afetem direitos, liberdades e garantias e na ausência de poder jurisdicional do órgão investigador só pleno se o órgão jurisdicional for desrido de poder investigador (cf. *op. cit.* 2003, pp. 176-198 e *op. cit.*, 2010, pp. 226-235, 245-253).

³² Sintomaticamente no CPP italiano a palavra investigação também não surge, tendo sido eliminada a única referência que existia no texto do projecto em nome da coerência terminológica (VOENNA, «Attività investigativa e indagini preliminari» in ALFREDO GAITO (org.), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Pádua, CEDAM, 1989, p. 42).

No direito positivo português a qualificação dos atos da fase pré-acusatória como atos do processo sujeitos às respetivas regras gerais sobre validade e invalidade não suscita controvérsia. Extrai-se, nesta medida, um conceito abrangente de atos processuais que enforma o subconceito de atos do inquérito, enquanto atos que se integram na sequência processual e produzem efeitos processuais³³.

O inquérito é uma atividade judiciária do Ministério Público que exerce um papel difícil entre, por um lado, o interesse da investigação e, por outro, o controlo da sua juridicidade³⁴.

Controlo da juridicidade sujeito a múltiplas tensões e tutela de diferentes interesses que determinam, por seu turno, controlos intraprocessuais do exercício da ação penal do Ministério Público, segmento onde emergem os contrastes entre suspeito e vítima.

Coordenadas sistemático-teleológicas congruentes com a autuação de todas as diligências de prova enquanto princípio geral na fase de inquérito quanto à forma dos atos, apenas se admitindo a dispensa pelo Ministério Público quando a redução a auto se lhe afigure desnecessária e não seja absolutamente obrigatória, pelo que a *memória* dessa concreta fase processual tem uma perenidade particular no direito português³⁵.

³³ No sentido amplo de atos processuais remete-se para o que já foi dito por M. CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Danúbio, 1986, v. 1, p. 181. Na mesma linha, LUIGI CARLI destaca a conjugação da perspetiva dinâmica de atos do inquérito (como comportamento humano cujo núcleo natural é constituído pela conduta voluntária de um sujeito destinada a produzir efeitos jurídicos no processo) com a dimensão estática relativa à *documentação* (pois os atos do processo caracterizam-se por uma forma pré-ordenada), o que exige uma leitura abrangente de todos os atos relevantes para a decisão final (LUIGI CARLI, «Indagini preliminari e segreto investigativo», *RIDPP*, XXXVII, fasc. 3, Julho-Setembro 1994, pp. 775-777). Cf. com mais desenvolvimento e enquadramento doutrinário, DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 94-96.

³⁴ Daí a ideia de que o Ministério Público funciona como *elo de permeio (vermittelnder Band)* na terminologia fixada por SAVIGNY (*apud* C. ROXIN, «Rechtsstellung und Zukunftaufgaben der Staatsanwaltschaft» (tr. esp. com o tít. «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público» in J. B. J. MAIER, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 42). Conceção retomada em estudo mais recente, no qual ROXIN considera que o desenho legislativo estabelecido na Prússia em 1846 que consagrou o papel processual do Ministério Público, «o momento do nascimento do novo processo penal» — «Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute», *Deutsche Richterzeitung*, 1997, p. 113.

³⁵ Artigo 275.º, do CPP. O princípio de autuação dos atos do inquérito também vigora noutros sistemas de acusatório mitigado, como o alemão (vd. § 168, 168a e 168b do StPO) e o italiano (artigos 357 e 373 do CPP italiano). Associada à autuação está para (Nota Cont.)

Entre os atos do inquérito (enquanto subcategoria de atos processuais) merecem especial atenção, na presente sede, os atos decisórios do Ministério Público que têm de cumular três vetores: (1) resolução durante a fase de inquérito (2) de uma questão (3) que não se integre na reserva judicial³⁶.

Isto é, retomando uma terminologia analítico-funcional tributária de LUHMANN, os atos decisórios na fase de inquérito, enquanto *específicos subsistemas de informação* são os *cortes* que valorando informação anterior abrem, «desenvolvem ou encerram específicos processos de obtenção e valoração de informação»³⁷.

Atos processuais decisórios do Ministério Público no inquérito que, além da exigência absoluta de redução a escrito, têm a forma de despacho obrigatoriamente motivado em termos de facto e de direito³⁸.

A teleologia da processualização dos atos do inquérito (definidos à luz de um recorte sistemático-funcional) obsta à admissibilidade sem suporte em lei especial de uma categoria de decisões extraprocessuais com repercussão no processo que, sem suporte e, nora legal especial, escapem às exigências legais dos atos do processo.

Emergindo neste quadro a autonomia do conceito legal de ato decisório indissociável da teleologia da exigência de fundamentação: (a) De natureza processual, o autocontrolo e o controlo pelos outros sujeitos

(Cont. da Nota)

além da vinculação a uma objetividade dos processos de decisão do Ministério Público (cf. K. SESSAR, «A Bureaucratic Factor in the Process of Crime Control: The Prosecutor», *Oitavo Congresso Internacional de Criminologia* (org. pela Sociedade Internacional de Criminologia), Lisboa, Comissão Organizadora, 1978, pp. 357, 359 e 362), a acessibilidade superveniente a esses elementos escritos, artigo 275.º, nº 3, do CPP.

³⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA adota uma fórmula sintética para definir os atos decisórios como aqueles em que este órgão dá solução a uma questão, *op. cit.*, p. 19. LEAL HENRIQUES / SIMAS SANTOS consideram que se está «perante um ato decisório, quando uma autoridade judiciária emite uma declaração de vontade destinada a produzir um certo efeito jurídico no processo penal» (*Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, Lisboa, Rei dos Livros, 1999, p. 507).

³⁷ Cf. ULISSES CORTÉS, «A fundamentação das decisões no processo penal», *Direito e Justiça*, vol. XI, t. 1, 1997, p. 289.

³⁸ Artigos 96.º, nº 4 e 97.º, nº 4, do CPP.

processuais; (b) De natureza extraprocessual, a credibilidade e legitimação externa e social das decisões das autoridades judiciárias³⁹.

Planos em que, retornando ao objeto da consulta, importará reter as seguintes ideias matriciais:

1- Estando preenchida em concreto a categoria notícia do crime — numa das suas três modalidades, obtida por conhecimento próprio, por denúncia obrigatória ou por denúncia facultativa —, em princípio o Ministério Público deve abrir inquérito ou exercer a ação penal no quadro de processo especial que dispense essa fase processual;

2- O inquérito, no caso de crimes públicos e semipúblicos, «compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas *em ordem à decisão sobre a acusação*» (artigo 262.º, nº1, do CPP), sendo o contexto procedural em que «o Ministério Público pratica os atos e assegura os meios de prova necessários à realização das *finalidades referidas no artigo 262.º, nº 1*» (artigo 267.º, do CPP).

§ II.2.3 Inquérito como atividade e responsabilidade do Ministério Público pela direção do inquérito

As competências do Ministério Público relativas ao exercício da ação penal, constituem uma «prerrogativa lógico-jurídica» que obriga o Ministério Público à averiguação do facto⁴⁰.

Averiguação do facto vinculada ao juízo sobre a relevância jurídico-penal da factualidade, dada a ilegitimidade da indagação criminal empreendida ou dirigida por um órgão que entende não haver matéria com

³⁹ Vd. GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 19; ULISSES CORTÉS, *op. cit.*, p. 301 e, em termos gerais, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina 1983, pp. 141 e ss..

⁴⁰ Embora a partir de horizontes comprehensivos distintos, a análise de KARL-HEINZ GÖSSEL conflui neste ponto («Überlegungen über die Stellung der StA im rechtsaartlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei», tr. esp. com o tít. «Ministério Fiscal y Policía Criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 60, 1996, p 627).

tutela jurídico-penal, especialmente quando esse órgão vai ser o responsável pela emanação de um ato decisório final sobre o mérito da matéria apurada. Pois, como se destacou noutros passos, a fase de inquérito não é uma fase instrutória da decisão final do processo penal, mas, coerentemente com a estrutura acusatória do processo penal, uma fase para formar a decisão do Ministério Público sobre o exercício da ação penal.

A constituição como arguido nessa fase do processo constitui um dos principais nódulos problemáticos do regime e um dos tópicos subjacentes à consulta⁴¹, depende, em regra, de um juízo autónomo e próprio do Ministério Público de raiz jurídico-processual.

A perspetiva de que os atos do inquérito como atividade e, em particular, a constituição como arguido dependem de um juízo da responsabilidade do Ministério Público sobre a eventual ação penal é um cânones do Código de Processo Penal reforçado nas revisões de 2007, apontando de forma clara nesse sentido a redação dos n.ºs 3, 5 e 6 do artigo 58.º sobre a obrigatoriedade de validação de constituição de arguido por iniciativa de órgão de polícia criminal, e de 2013 por via da destrinça para efeitos de utilizabilidade probatória entre o interrogatório realizado por órgão de polícia criminal e Ministério Público por via das disposições conjugadas dos artigos 64.º, n.º 1, alínea b), 141.º, n.º 4, alínea b) e 357.º, n.º 1, alínea b) do CPP⁴².

De forma abreviada pode dizer-se que na lei processual estão estabelecidas as condições de ação conformadoras da constituição como arguido na fase de inquérito, a qual constitui um ato decisório que tem implicado um juízo dessa entidade estatal sobre a verificação de «fundada suspeita da prática de crime».

Decisão, ainda que tácita, necessária em todos os casos em que a constituição como arguido (a) não é expressamente determinada pela lei

⁴¹ Cf. *supra* § II.1 e *infra* § II.4.2.1.

⁴² Sobre o sentido da alteração de 2007 neste domínio, cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2010, pp. 253-256; relativamente ao reforço da responsabilização do Ministério Público pelo interrogatório do arguido na revisão de 2013, cf. DÁ MESQUITA, «A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal» in *As Alterações de 2013 aos Código Penal e de Processo Penal: Uma reforma «cirúrgica»?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 149-152.

como efeito automático de um evento pretérito (como a detenção⁴³), (b) não é fruto de um impulso exógeno sustentado num direito subjetivo do visado⁴⁴, ou (c) a qualidade de arguido não decorre automaticamente de um determinado ato processual⁴⁵.

Sem embargo de se tratar de um domínio eventualmente carecido de orientação harmonizadora das práticas do Ministério Público ao nível do direito constituído, a constituição como arguido, fora dos casos especiais em que a lei impõe a prática desse ato, constitui uma responsabilidade do titular da ação penal e tem como pressuposto o respetivo juízo sobre a existência de *fundada suspeita*.

Constituição de arguido e impulso do interrogatório integram o núcleo da competência própria do Ministério Público (ainda que não sujeita a uma reserva absoluta), quanto à avaliação de pressupostos, decisão sobre a prática do ato e estabelecimento do seu tempo⁴⁶.

Enquanto responsabilidade própria do Ministério Público, a decisão sobre a constituição como arguido não pode ser delegada em órgão de polícia criminal, apenas podendo atribuir-se a órgão de polícia criminal o encargo da sua execução (atentas as disposições conjugadas do artigo 58.º, n.º 3 e 270.º, n.º 2, alínea e), do CPP). Pelo que, a iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal para a constituição de uma pessoa como arguido

⁴³ Artigo 58.º, n.º 1, alínea b), do CPP.

⁴⁴ Artigo 59.º, n.º 2, do CPP (embora também neste caso seja enunciado como um dos pressupostos a existência de «suspeita» o fator determinante é o impulso do visado).

⁴⁵ A dedução de acusação ou o requerimento de abertura de instrução contra pessoa que ainda não fora constituída arguida (artigo 57.º, n.º 1, do CPP). Vd. ainda *infra* § II.4.2.1.

⁴⁶ Como se sublinhou noutro lado, «em termos processuais não existe uma qualquer proibição de atos de *surpresa*, nem a obrigatoriedade de interrogatório visa informar os suspeitos da pendência de inquéritos em momento anterior à prática de atos investigatórios, sob pena de, nomeadamente, se estar a frustrar genericamente a ação penal quanto a determinadas formas de criminalidade mais complexa ou grave» (DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 105-106). No acórdão da Relação de Lisboa de 15-04-2010 (proc. n.º 56/06.2 TELSB-B.L1-9), tendo-se citado o trecho reproduzido no período anterior, considerou-se que «esta tese que enquadra a definição do momento para a realização do interrogatório do arguido nos poderes de discricionariedade técnica pertencentes ao titular do inquérito é acompanhada pela generalidade da doutrina produzida na matéria, mesmo por aqueles que criticam a solução existente». Nesse caso, a Relação veio a considerar parcialmente procedente um recurso da defesa derivado da reação a uma constituição como arguido (pelo DCIAP e depois de uma busca) desligada de um interrogatório por, de acordo com a fundamentação do arresto, não haver «nenhuma razão que, aos olhos da lei processual penal vigente, impusesse uma tal constituição».

em inquérito só é admissível, no caso de imposição legal dessa constituição (v.g. artigos 58.º, n.º 1 alíneas c) e d) e 59.º, n.º 1, do CPP), ou de urgência ou perigo na demora incompatíveis com o prévio contacto do Ministério Público (em particular nos casos da alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º e n.º 2 do artigo 59.º, do CPP).

§ II.2.4 Processualização dos atos de inquérito e sistema de controlo do despacho sobre o exercício da ação penal

O Código de Processo Penal de 1987 é conformado pela *ideia de fundo* do sistema jurídico português de *o ordenamento processual como um sistema de garantias*, à luz da qual o controlo exógeno da direção do inquérito está sempre assegurado pela exclusiva produção de efeitos endoprocessuais da acusação penal e pelo direito dos sujeitos processuais privados (arguido e assistente), querendo, assegurarem o controlo processual da decisão de encerramento do inquérito por uma terceira entidade, através da abertura de instrução.

As decisões do Ministério Público sobre a ação penal compreendem dois vetores fundamentais, de um compromisso histórico relativo ao modelo de acusatório estabelecido em 1987:

- 1- A direção do inquérito é uma competência funcional própria do Ministério Público;
- 2- A exigência de formalização processual constitui um limite essencial estabelecido pelo código ao equilíbrio do sistema, aos seus *checks and balances*, embora em teoria a ponderação de valores pudesse compatibilizar-se com outras valorações legislativas.

Em matéria de controlo externo das decisões do Ministério Público sobre o exercício da ação penal no procedimento pré-acusatório emergem as figuras do assistente e do *denunciante com a faculdade de se constituir assistente*⁴⁷.

⁴⁷ As quais são analítica, jurídica e político criminalmente distintas da categoria vítima.

Controlos endoprocessuais das decisões do Ministério Público que, como se destacou acima, derivam do concreto modelo de acusatório estabelecido no código de 1987. Com efeito, valendo a imposição constitucional de estrutura acusatória para as fases judiciais, o juiz está vinculado ao objeto processual fixado pelo Ministério Público ou pelo assistente. Pelo que, o código combina nos crimes semipúblicos e públicos a titularidade da ação penal do Ministério Público com a faculdade de autónomo exercício da ação penal do sujeito processual denominado de assistente sob a forma de um requerimento de abertura de instrução que, por força do disposto nos artigos 287.º, n.º 2 e 303.º, do CPP, tem de compreender a *narração ainda que sintética dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança*, no caso de arquivamento, e/ou dos factos que alteram substancialmente a prévia acusação pública⁴⁸.

A tutela existente da expectativa do denunciante (facultativo) de abertura do processo (que colhe algum abrigo no artigo 20.º, nº 5, da Constituição), funda-se no direito à reação ao despacho de encerramento do inquérito do Ministério Público. Daí que se preconize um critério baseado na interpretação sistemática, à luz do qual é obrigatória a abertura do processo em face da denúncia facultativa (que está prevista como um direito), para dar uma resposta jurídica, processualmente fundada e impugnável, àquela iniciativa⁴⁹.

Existe uma outra dimensão de tutela jurídica de direitos associada à processualização do inquérito, nomeadamente, a tutela da paz jurídica do arguido, pois o sistema português contempla específicos efeitos extraprocessuais da força de caso decidido do arquivamento, para além dos

⁴⁸ Na atual redação o artigo 303.º, n.º 3, do CPP dispõe: «Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura de instrução não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem implica a extinção da instância». Refira-se que após a revisão de 2007, se acentuou a dimensão dialética, entre os sujeitos processuais privados, em termos de exercício da ação penal pelo assistente através da abertura de instrução carecendo de ser discutida em incidente contraditório quer a alteração não substancial de factos, quer a alteração de qualificação (cf. n.ºs 1 e 5 do artigo 303.º, do CPP).

⁴⁹ Pois a denúncia facultativa compreende, pelo menos implicitamente, a formulação de um desejo de procedimento criminal, afigurando-se-nos que a legitimidade e a sanação da sua falta já será uma questão processual.

próprios limites relativos ao *ne bis in idem* indissociáveis da ação penal enquanto segmento autonomizável do poder punitivo do Estado⁵⁰.

Dimensão indissociável de uma interpretação sistemático-teleológica do poder intra-orgânico de revogação dos arquivamentos do inquérito. O poder revogatório de despachos decisórios do Ministério Público previsto no Código de Processo Penal apresenta-se como função e competência processual, pois a sua fonte primeira radica na lei processual e a estrutura hierárquico-funcional releva neste particular «não como fonte do poder de reapreciação, mas como pressuposto da atribuição de uma competência processual específica»⁵¹.

As normas que regulam a função resolutivo-repressiva resultam de uma ponderação de valores essenciais ao processo penal como atividade cognitiva normativamente fundada (v.g. a segurança jurídica, a legalidade, a verdade), pelo que a autoridade hierárquico-burocrática não é um valor mas, simplesmente, um instrumento.

A revogação hierárquica do arquivamento é um ato processual (mesmo no que concerne à reapreciação do despacho de arquivamento, embora nessa matéria seja uma via secundária face à judicial consubstanciada na abertura de instrução), consequentemente subordinado às regras sobre prazos, formas e invalidades processuais. Daí que a fixação processual de prazos para a intervenção intra-orgânica não se prenda com razões internas ou orgânicas, mas com o valor da segurança jurídica e, fundamentalmente, com a *paz jurídica do arguido*, valor que também determina os requisitos para a reabertura de inquérito. Pois o princípio que determina a limitação das hipóteses de reabertura do inquérito é a segurança jurídica, sendo irrelevante nesse plano que a reabertura seja provocada ou oficiosa, já que os pressupostos de que depende são os

⁵⁰ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002, pp. 485-490.

⁵¹ Assim HENRIQUES GASPAR, «Impugnação das decisões do Ministério Público no inquérito», *RMP*, ano XIII, nº 49, 1992, p. 77; 1994: 88 e ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA, «Impugnação dos despachos do Ministério Público em inquérito», *RMP*, ano XI, nº 43, 1990: 91. Processualização acentuada nas revisões de 1997 e 2007 do artigo 278.º, do CPP e respetiva ênfase no *dies ad quo* do prazo de intervenção hierárquica e sua articulação com o prazo para requerer a fase de instrução.

mesmos por força da ponderação de valores realizada pelo legislador, sobre o fundamento teleológico dos efeitos do arquivamento⁵².

Sem enveredar por um desenvolvimento discursivo que escapa ao escopo do parecer, impõe-se, por fim, ressaltar que a prossecução dos valores públicos prosseguidos pelo regime processual de estabilidade / revogabilidade do arquivamento depende do registo e enquadramento processual desses atos decisórios enquanto instrumentos que também dificultam a fraude à lei⁵³.

⁵² Ainda antes da intervenção legislativa de 2007 que reforça a ideia de intervenção processual subsidiária, assim DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 287-295. O poder de revogação do ato processual de encerramento do inquérito cinge-se a determinadas decisões de arquivamento: os despachos proferidos ao abrigo do artigo 277.º, do CPP. Os arquivamentos derivados de soluções de diversão (artigos 280.º e 282.º, nº 3, do CPP) têm força de caso julgado pelo que são irrevogáveis, isto é na ponderação dos valores relativos às garantias da justeza da decisão (e respetivos remédios jurídicos) e segurança jurídica (e consequente paz jurídica do arguido e mesmo a economia da atividade estadual) prevaleceu este último. Pelo que a consagração da força de caso julgado destas decisões do Ministério Público deriva essencialmente de «considerações substanciais e teleológicas» (cf. EDUARDO CORREIA, «Despacho de arquivamento do processo e caso julgado», *RLJ*, 99º, 1966, p. 50). Importa também ter presente que as mesmas estão inseridas num complexo de atos em que a produção de efeitos de um primeiro ato decisório (que consubstancia a opção pela solução de diversão) depende de, pelo menos, um ato sequencial de concordância. No que concerne aos arquivamentos suscetíveis de revogação hierárquica, decorrido o prazo perentório de reparação intra-orgânica do despacho de arquivamento o inquérito apenas pode vir a ser reaberto se *surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos do despacho de arquivamento* (artigo 279.º, do CPP). Este regime corresponde, como sublinha G. MARQUES DA SILVA, a uma solução de «meio termo entre as posições extremas assumidas pela doutrina na vigência do CPP de 1929» (*Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa, Verbo, 2º ed., 2000, p. 122). Em consequência, entende-se que, no plano conceptual, o despacho de arquivamento produz efeitos extraprocessuais (ao contrário do que sucede com a acusação que apenas produz efeitos endoprocessuais) pois, decorridos os prazos perentórios para a sua impugnação / revogação, tem a força de caso decidido apenas mutável e suscetível de reavaliação se surgirem novos elementos que ponham em causa os efeitos da decisão de abstenção. A relevância da motivação do despacho de arquivamento propaga-se para além dos momentos da sua sindicabilidade (intra-orgânica ou judicial) aos efeitos futuros do despacho que vale como *caso decidido*, pois os novos elementos de prova têm de pôr em causa esses fundamentos e não apenas a bondade da decisão.

⁵³ Nomeadamente, a apresentação de sucessivas ou encadeadas denúncias sobre os mesmos factos, já que apurados mecanismos de controlo interno ao nível do Ministério Público, possibilitados pela lei processual, esses impulsos não permitirão um certo magistrado *shopping*, devendo antes ser sempre reappreciados no quadro do primeiro processo. Sendo certo que o efeito de *caso decidido rebus sic standibus* (ou *quase caso julgado*) afasta hipotéticos perigos associados à vinculatividade de arquivamentos liminares, já que pode sempre haver reabertura se *surgirem novos elementos de prova que invalidem os fundamentos do despacho de arquivamento* (artigo 279.º, do CPP). O que já não será o caso quando precluiu o direito de impulso processual (quando este constituiu pressuposto processual ou condição procedural), por exemplo no quadro (Nota Cont.)

A notícia do crime tem de reportar-se a um facto específico que possa suscitar um procedimento investigatório relativo ao eventual acontecimento histórico.

No sistema processual português o Ministério Público é o destinatário de todas as denúncias, mesmo no caso de se apresentarem «manifestamente infundadas», enquanto autoridade judiciária titular do inquérito e da ação penal.

O Ministério Público está obrigado a proceder ao registo nos respetivos serviços, autonomizado de quaisquer outros procedimentos administrativos, de todas as denúncias recebidas, devendo ser entregue ao denunciante certificado da denúncia caso o mesmo seja requerido.

O inquérito relativo a crimes públicos e/ou semipúblicos como complexo de atos apenas tem a função endoprocessual de determinar a decisão de mérito do Ministério Público sobre a ação penal.

Entre as garantias próprias do processo penal integram-se os direitos de tutela jurisdicional efetiva do *denunciante com a faculdade de se constituir assistente*, já que «a apreciação de litígios que tenham por objeto a impugnação de [...] atos relativos ao inquérito e instrução criminais, ao exercício da ação penal e à execução das respetivas decisões» está excluída da jurisdição administrativa (artigo 4.º, n.º 2, alínea c) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

O Código de Processo Penal de 1987 integrou um conceito abrangente de atos processuais que enforma o subconceito de atos do inquérito, enquanto atos que se integram na sequência processual e produzem efeitos processuais.

A teleologia da processualização dos atos do inquérito (definidos à luz de um recorte sistemático-funcional) obsta à admissibilidade de uma

(Cont. da Nota)

de aplicação do acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ n.º 1/2011: «Em procedimento dependente de acusação particular, o direito à constituição como assistente fica precluído se não for apresentado requerimento para esse efeito, no prazo fixado no n.º 2 do artigo 68.º do Código de Processo Penal».

categoria de decisões extraprocessuais com repercussão no processo que escapem às exigências legais dos atos do processo.

Constitui competência funcional própria e responsabilidade do Ministério Público valorar o relevo jurídico-penal dos factos da denúncia bem como, a existência de motivos objetivos que permitem concluir pela existência de «fundada suspeita» da prática por uma pessoa determinada de crimes públicos ou semipúblicos.

A constituição como arguido no inquérito por crime público ou semipúblico deve decorrer de decisão do Ministério Público no sentido de que existe *fundada suspeita* sobre a prática de um crime, salvo norma especial que a imponha como efeito automático de um determinado evento (cf. artigo 58.º, n.º 1, alíneas b) e c), do CPP).

Na ordem jurídica portuguesa é tutelado o direito do *denunciante com a faculdade de se constituir assistente* fazer valer no processo uma subjetividade autónoma do Ministério Público, tanto em termos de cognição factual como de interpretação jurídica.

A figura do *denunciante com a faculdade de se constituir assistente* revela a importância específica da denúncia facultativa como fator do controlo exógeno do Ministério Público, já que conforma deveres específicos de comunicação das decisões do Ministério Público, e pode impulsionar controlos hierárquicos intra-orgânicos.

§ II.3 A recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de ações de prevenção ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira

§ II.3.1 Sinopse do regime legal sobre a recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de ações de prevenção relativas ao combate à corrupção e criminalidade económica e financeira

§ II.3.1.1 Até este passo intentou-se enquadrar a responsabilidade própria do Ministério Público de abertura de inquérito e a processualização dos atos praticados nesse contexto procedural⁵⁴.

Sistema conformador da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro⁵⁵, que consagrou um elenco de medidas específicas relativas a um universo criminal enunciado no n.º 1 do respetivo artigo 1.º:

- a) Corrupção, peculato e participação económica em negócio;
- b) Administração danosa em unidade económica do sector público;
- c) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- d) Infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;
- e) Infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.

Na Lei n.º 36/94 não se intenta qualquer definição da categoria «ações de prevenção» existindo, apenas, no artigo 1.º, n.º 3, uma indicação exemplificativa do que as referidas «ações de prevenção» podem compreender:

- a) A recolha de informação relativamente a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime;

⁵⁴ Sem embargo de a consulta não se reportar a coordenadas jurídicas sobre o desenvolvimento da investigação criminal, isto é, à prossecução de fins preordenados do processo penal, mas à prevenção criminal reportada ao perigo de eventos futuros e à deteção de notícias de eventuais crimes. Conforme foi salientado nos documentos anexos que acompanharam o despacho que determinou a consulta, ainda que através de outras semânticas.

⁵⁵ A Lei n.º 36/94 sofreu algumas alterações: (1) Alterada a redação do artigo 4.º do Decreto-Lei 295-A/90 de 21-9, na redação dada pelo artigo 10.º da Lei n.º 36/94, pelo Decreto-Lei 325/95, de 2-12; (2) Alterado o artigo 5.º e aditado o artigo 9.º-A, pela Lei 90/99, de 10-7; (3) Revogado o artigo 6.º pela Lei 101/2001, de 25-8; (4) Revogado o artigo 5.º, com a redação conferida pela Lei 90/99 de 10-7, pela Lei 5/2002, de 11-1; (5) Revogado, o artigo 9.º-A da Lei n.º 36/94 (aditado pela Lei 90/99, de 10-7) pela Lei 32/2010, de 2-9.

- b) A solicitação de inquéritos, sindicâncias, inspeções e outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados atos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas;
- c) A proposta de medidas suscetíveis de conduzirem à diminuição da corrupção e da criminalidade económica e financeira.

As cinco primeiras questões colocadas na consulta (*supra* § I) parecem ter como objeto exclusivo ações de prevenção que visam «a recolha de informação relativamente a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas». Nessa medida, estão excluídas as ações de prevenção geral previstas, nomeadamente, nas alíneas b) e c) do artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 36/94.

Por outro lado, o artigo 1.º da Lei n.º 36/94 prevê ações de prevenção desenvolvidas pelo Ministério Público e a Polícia Judiciária mas a consulta tem como objeto exclusivo as ações realizadas sobre a direta orientação do Ministério Público, as quais, no quadro deste órgão do Estado competem ao DCIAP, entidade a que incumbe, por força do artigo 47.º, n.º 4, do EMP, realizar ações de prevenção previstas na lei relativamente aos seguintes crimes:

- «a) Branqueamento de capitais;
- «b) Corrupção, peculato e participação económica em negócio;
- «c) Administração danosa em unidade económica do sector público;
- «d) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- «e) Infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;
- «f) Infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.»

Competência intra-orgânica do DCIAP que se relaciona com a previsão do artigo 1.º, n.º 3, da Lei n.º 36/94, e com uma função estatutária do Ministério Público, que, desde a revisão de 1998 do respetivo estatuto, se apresenta no plano terminológico marcada pelas alterações normativas dos anos noventa do século XX. Prescreve, atualmente, o artigo 3.º, n.º 1, alínea j), do Estatuto do Ministério Público que «compete, especialmente» a esse órgão do Estado «promover e realizar ações de prevenção criminal»⁵⁶.

Domínio da prevenção criminal que envolve, em primeira linha, um segmento das funções policiais, previstas no artigo 272.º, n.º 3, da Constituição, «a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos».

Problemática cuja dogmática é estruturada sobre o conceito de prevenção de perigos, incidindo as questões da consulta em ações geradas por «perigos concretos», no sentido de envolvendo contextos espaciais e temporais suscetíveis de delimitação a partir de balizas empíricas especificadas, por contraponto à conceptualização do direito policial sobre perigo abstrato relativo a situações perigosas em geral — categorias que não se devem confundir com os conceitos de perigo abstrato e concreto da dogmática penal.

Esclarecida a amplitude do quadro funcional das perguntas relativas à Lei n.º 36/94, as ações de prevenção, importa destacar que em nenhuma das questões formuladas (algumas das quais se dividem por subquestões) são aflorados os temas específicos da taxatividade e não taxatividade das medidas de polícia, nem vertentes relativas a específicas medidas de polícia, sejam as mesmas designadas como gerais ou especiais⁵⁷.

⁵⁶ Na formulação introduzida pela Lei n.º 60/98 que alterou a que anteriormente constava do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), da Lei 46/86, de 10 de outubro, «promover e coordenar ações de prevenção da criminalidade» (esta em termos idênticos à alínea d) do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 38/78, de 5 de julho).

⁵⁷ Sobre estas categorias no atual direito policial português cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Direito de Polícia», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, PAULO OTERO / PEDRO GONÇALVES (eds.), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 416-419.

Existe aqui uma delicada teia de interpenetrações funcionais e interdependências orgânicas em vertentes que se encontram a montante e a jusante da notícia do crime. Daí que, sem iludir a polissemia do conceito de prevenção criminal (com reflexos, nomeadamente, no direito penal substantivo), importe, estabelecer uma linha fulcral de enquadramento do tema do presente parecer (e o quadro operativo da atividade consultiva subjacente) tendo por referência uma perspetiva pragmática sobre a potencial dimensão diacrónica do conhecimento da notícia do crime.

Isto é, sendo certo que a atividade indagatória do Estado anterior à prática de factos penalmente puníveis se integra na prevenção criminal, aquela também pode ser desenvolvida num quadro em que já ocorreram esses factos sem que os mesmos sejam conhecidos com contornos minimamente definidos pelas instâncias formais de controlo (não se podendo olvidar que nesta matéria as categorias dogmáticas penais não podem ser comprimidas em abordagens estritamente empíricas, em face de conceitos como os de atos preparatórios e crimes de perigo abstrato). Manifestação da componente epistemológica da autonomia conceptual entre os direitos penal e processual penal ou os diferentes *momentos de realização* desses ramos do direito⁵⁸.

§ II.3.1.2 A interpretação histórico-teleológica do regime estabelecido no artigo 1.º da Lei n.º 36/94 deve integrar uma viagem pelo processo legislativo, e de fiscalizações preventivas da constitucionalidade, que culminou na aprovação e promulgação do diploma.

Inicialmente o Governo apresentara uma proposta de lei de autorização legislativa n.º 48/VI, tendo o Ministro da Justiça optado, em face do debate parlamentar, por transformar o projeto de decreto-lei em proposta de lei, permitindo que a Assembleia da República «sem qualquer espartilho constitucional ou regimental», discutisse e apreciasse «com a maior profundidade e extensão o diploma»⁵⁹.

Desde o início revelou-se uma opção matricial sobre um aspeto nuclear da matéria objeto da consulta: Atribui-se ao Ministério Público

⁵⁸ *Supra* § II.2.1.

⁵⁹ Cf. «Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias», pub. no *DAR II. S.-A*, n.º 38/VI/2, de 4-6-1993, p. 1639)

competência para o desenvolvimento direto de atividades de prevenção criminal sem visar alterar a natureza dessa intervenção (apresentada em termos dicotómicos por contraponto à investigação criminal), mas, fundamentalmente, obstar ao perigo de um desequilíbrio de *poderes* jurídicos entre aquele órgão e a Polícia Judiciária, em que esta, além da superior capacidade logística e operativa, passasse a ter uma legitimação jurídica para ampla e exclusiva iniciativa própria num tipo de criminalidade particularmente sensível em termos de estruturas de poder e cuja repressão efetiva carece de proatividade estatal.

Disse o Ministro da Justiça, na discussão da proposta de lei de autorização legislativa com que se iniciaram os trabalhos parlamentares sobre o tema: «Como regras fundamentais estruturantes do sistema, retiram-se as de que nenhuma competência atribuída à Polícia Judiciária deixa de o ser também ao Ministério Público, seja no domínio da prevenção, seja no domínio da investigação [...]»⁶⁰.

A Assembleia da República, aprovou, antes da intervenção do Tribunal Constitucional, o Decreto n.º 126/VI cujo artigo 1.º, n.º 3, alínea a), compreendia uma significativa variante relativamente ao texto que veio a integrar o mesmo preceito da Lei n.º 36/94.

No Decreto 126/VI dizia-se: «As ações de prevenção previstas no n.º 1 compreendem, *nomeadamente*: a) A recolha de informação relativamente a notícias de factos *que permitam fundamentar suspeitas*; [...]».

O texto posterior (aprovado como Decreto 146/VI) e que consta da Lei n.º 36/94 passou a referir-se na mesma alínea «A recolha de informação relativamente a notícias de factos *susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime*».

No Decreto n.º 126/VI, por outro lado, dispunha o artigo 3.º:

«1 — Logo que, no decurso das ações descritas no artigo 1.º, *sejam recolhidos* elementos que *confirmem a suspeita de crime*, é instaurado o respetivo procedimento criminal.

⁶⁰ DAR I. S., n.º 48/VI/2, de 18-3-1993 p. 1741.

«2 — Com vista à instauração do respetivo procedimento criminal, logo que, *nos mesmos termos, sejam recolhidos*, pela Polícia Judiciária, elementos que confirmem a suspeita de crime, *será feita* a comunicação e *a* denúncia ao Ministério Público.»

O texto final, na sequência de um primeiro juízo de inconstitucionalidade pelo acórdão n.º 456/93 do Tribunal Constitucional ficou estabelecido nos seguintes termos:

«1 — Logo que, no decurso das ações descritas no artigo 1.º, *surjam* elementos que *indiciem a prática* de um crime, é instaurado o respetivo processo criminal.

«2 — *Para o efeito do disposto no número anterior*, logo que a Polícia Judiciária *recolha* elementos que confirmem a suspeita de crime, é *obrigatória* a comunicação e denúncia ao Ministério Público.»

Entre os dois textos foi proferido o acórdão n.º 456/93 em que o Tribunal Constitucional decidiu:

«Pronunciar-se pela inconstitucionalidade das disposições conjugadas dos artigos 1.º, n.ºs. 2 - na parte relativa à iniciativa própria da Polícia Judiciária - e 3, alínea a), e do artigo 3.º, n.ºs. 1 e 2, todos com referência ao n.º 1 do artigo 1.º, do decreto n.º 126/VI, da Assembleia da República, relativo a "Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira", por violação do disposto, conjugadamente, no artigo 26.º, n.º 1, e do princípio da proporcionalidade da lei, decorrente das disposições dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 272.º, n.º 3, todos da Constituição da República.»

Tendo a Assembleia da República alterado as disposições consideradas inconstitucionais pelo acórdão n.º 456/93, aprovando o Decreto n.º 146/VI, voltou a ser suscitada pelo Presidente da República a respetiva fiscalização preventiva decidindo o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 336/94:

«Não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do decreto n.º 146/VI da Assembleia da República, interpretando a

disposição do n.º 2 do artigo 3.º no sentido de que a Polícia Judiciária, logo que, no decurso das ações descritas no artigo 1.º, tiver notícia de um crime, é obrigada a fazer a comunicação e denúncia ao Ministério Público.»

§ II.3.2 A recolha de informação pelo Ministério Público no quadro de ações de prevenção relativas ao combate à corrupção e criminalidade económica e financeira e a notícia do crime

§ II.3.2.1 A atividade de recolha de informação no quadro de ações de prevenção relativas ao combate à corrupção e criminalidade económica e financeira é conceptualmente autónoma e funcionalmente distinta da investigação desenvolvida na sequência de notícia do crime, a qual tem de se desenvolver no âmbito do processo penal⁶¹.

Embora a notícia do crime possa ser obtida na sequência de recolha de informação durante ações de prevenção, a abertura de uma averiguação preventiva pelo Ministério Público pressupõe a inexistência de elementos consubstanciadores de uma notícia do crime.

Isto é, tendo presente a sistematização intentada acima, nomeadamente as condições de ação vinculantes para o Ministério Público em sede de obrigatoriedade abertura de inquérito, impõe-se uma delimitação conceptual entre os fins específicos:

- 1- Das averiguações preventivas desenvolvidas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94; e
- 2- Da fase de inquérito do processo penal.

Independentemente da falta de comprometimento conceptual das fórmulas empregues na Lei n.º 36/94 uma linha de fronteira formal persistiu clara na separação entre prevenção e repressão criminal. Tal constituiu condição da constitucionalidade do regime, pois a maioria que formou a pronúncia do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade da alínea a) do n.º 3 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 sustentou-se nessa ideia de forma expressa e inequívoca: «objeto da recolha de informação deixaram assim de

⁶¹ *Supra* § II.2.

ser factos probatórios de um *crime praticado*, único objeto possível de procedimento criminal, para passarem a ser factos probatórios do *perigo da prática de um crime*, objeto possível de ações meramente preventivas de polícia» (acórdão n.º 336/94).

Verificada uma notícia do crime, a ação heurística subsequente, desenvolvida ou dirigida pelo Ministério Público, passa a ser enquadrada pelo processo penal, cujas regras nesta matéria não são objeto de qualquer derrogação pela Lei n.º 36/94. Deveres de conformação da atividade do Ministério Público pela lei do processo expressamente relembrados no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94 com a epígrafe *Procedimento criminal*, «logo que, no decurso das ações descritas no artigo 1.º, surjam elementos que indiciem a prática de um crime, é instaurado o respetivo processo criminal.»

Pressuposto comprehensivo que decorre de uma leitura global sobre a arquitetura do processo penal e das funções do Ministério Público nesse sistema jurídico que, por seu turno, no modelo jurídico-constitucional português de separação de funções tem na génesis razões jurídico-constitucionais.

Em abstrato, as referidas linhas diretrizes gerais do sistema processual penal podiam ser derrogadas por via de regras especiais relativas a determinados tipos de criminalidade — sem esquecer que existem imperativos constitucionais que constrangem a margem de liberdade legislativa.

De qualquer modo, a Lei n.º 36/94 não altera o quadro vinculante para o Ministério Público em sede do dever de abertura de processo penal, e, no plano jurídico (que não o operacional) apenas se repercute de forma mediata na direção e instrução do inquérito, estabelecendo coordenadas e eventuais limites sobre a transmissão direta de dados recolhidos nas ações preventivas (mas esse já é um tema que escapa ao objeto do presente parecer)⁶².

Deve, ainda, atender-se a que, como já se destacou, o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94 confirma a subsistência dos princípios do processo penal sobre a abertura e obrigatoriedade de inquérito.

⁶² *Supra* § II.1.

Aspetto destacado desde o início do processo legislativo, tendo o Ministro da Justiça enfatizado, na primeira apresentação parlamentar da iniciativa governamental «toma esta proposta de lei, como ponto de referência o quadro institucional já existente, designadamente em sede de processo penal, já que não encontra razões sérias para lhe introduzir entorses ou nele abrir exceções particulares»⁶³.

Separação entre normas processuais acentuada com a evolução legislativa posterior, que levou a que saíssem da Lei n.º 36/94 as normas sobre obtenção de prova em processo penal:

- Primeiro o artigo 6.º da Lei n.º 36/94⁶⁴ foi revogado passando a matéria do agente encoberto a ser regulada em diploma próprio (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto), no qual, aliás, se passa a estabelecer uma dicotomia para esse meio de indagação factual entre o seu uso para fins de prevenção concreta e para fins de repressão criminal (artigo 3.º, n.ºs 1, 3, 4 e 5).
- Depois as regras especiais sobre quebra de segredo profissional nas fases de inquérito, instrução e julgamento também deixaram de estar previstas na Lei 36/94 e passaram para a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, que estabeleceu regimes processuais especiais para o «combate à criminalidade organizada e económico-financeira» quanto a quebra de segredo dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, e dos funcionários da administração fiscal e controlo de contas bancárias.

Refira-se, ainda, que a Lei n.º 5/2002, ao estabelecer «medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira», respeita as coordenadas gerais do processo penal quanto à obrigatoriedade de abertura de inquérito e, em particular, a proibição de pré-inquéritos supervenientes a

⁶³ DAR I. S., n.º 48/VI/2, de 18-3-1993 p. 1741.

⁶⁴ Artigo 6.º, com a epígrafe *Atos de colaboração ou instrumentais*, cuja redação original era a seguinte:

«1 - É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de atos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º do presente diploma.

«2 - Os atos referidos no número anterior dependem sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente.»

notícias de crime visando a *recolha* ou *preservação* extraprocessual da prova⁶⁵.

§ II.3.2.2 Do excuso empreendido até este passo, resulta a ideia central de que o regime jurídico normativo português estabelece uma cisão funcional entre a *averiguação preventiva* desenvolvida pelo Ministério Público no quadro da Lei n.º 36/94 e o inquérito como fase do processo penal, apenas se devendo desenvolver no contexto deste último a atividade de «descoberta e recolha das provas» que se integrem no «conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime».

Preserva-se uma conceção nuclear de inquérito, que se pode designar como de raiz sistémico-funcional e conforma, nomeadamente, o artigo 262.º, n.º 1, do CPP, em detrimento de perspetivas formalistas de inquérito focadas numa visão limitada às diligências empreendidas na sequência dos atos formais de autuação e registo de determinados documentos como inquérito.

Quadro compreensivo subjacente, designadamente, às obrigações dos órgãos de polícia criminal quando obtêm uma notícia do crime, as quais devem, sem exceção ser comunicadas ao Ministério Público, sem prejuízo de aqueles órgãos praticarem de imediato atos urgentes dirigidos funcionalmente aos fins do inquérito, em particular «providências cautelares quanto aos meios de prova» (artigo 249.º do CPP).

As medidas cautelares e de polícia relativas a providências cautelares quanto a meios de prova têm como pressuposto a necessidade de praticar atos cautelares para assegurar meios de prova, em circunstâncias de urgência que não tornam possível o prévio contato da autoridade judiciária (artigo 249.º, n.º 1, do CPP). Daí que as referidas medidas cautelares e de polícia possam ser empreendidas em relação a meios de prova, mesmo depois da abertura de inquérito, inclusive na pendência de fases judiciais (instrução ou julgamento) do processo penal (artigo 249.º, n.º 3, do CPP).

⁶⁵ Neste ponto pode defender-se que existem especificidades no regime especial relativo aos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, as quais serão abordadas à frente no respeito da economia e estrutura do parecer — cf. *infra* § II.5

Relativamente ao Ministério Público existe, como já se sublinhou, um dever de abertura de inquérito em face de notícia do crime, estabelecendo a lei qual o subórgão do Ministério Público que deve dirigir o inquérito.

Independentemente da obrigação referida de abertura formal de inquérito pelo Ministério Público competente, qualquer magistrado do Ministério Público «procede, em caso de urgência ou de perigo na demora, a atos de inquérito, nomeadamente de detenção, de interrogatório e, em geral, de aquisição e conservação de meios de prova» (artigo 264.º, n.º 4, do CPP).

O que se afigura proibido, salvo regra especial em sentido contrário, é a abertura de um procedimento formal autónomo do processo penal, desvinculado das respetivas regras, para «aquisição e conservação de meios de prova» relativos à averiguação da «existência de um crime». Na medida em que a Lei n.º 36/94 não permite a abertura de procedimentos autónomos do regime estabelecido no Código de Processo Penal para recolha ou preservação de provas sobre a existência de um crime, o mesmo não pode ser adotado nesse contexto operacional⁶⁶.

Isto é, as ações preventivas abertas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não podem visar a averiguação da «existência de um crime».

A conceção enunciada opõe-se à tese de que as ações de prevenção referidas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94 constituem «uma extensão das medidas cautelares já previstas de forma avulsa no CPP, caso dos artigos 55.º-2 e 171º, essencialmente quanto à preservação da prova, mas também para impedir as “suas consequências”».⁶⁷

Associar ações preventivas aos fins próprios do processo penal apresenta-se incompatível com:

⁶⁶ Neste ponto não se pode olvidar o recorte do objeto do presente parecer oportunamente estabelecido (cf. *supra* § II.1).

⁶⁷ Cf. informação n.º 14/2013 do DCIAP, de 3 de dezembro de 2013, referida *supra* no § II.1.

(1) O regime processual imposto ao Ministério Público para investigar a existência de um crime, descobrindo, recolhendo e preserva as provas; e

(2) O regime das medidas cautelares e de polícia.

Recentemente, no parecer n.º 45/2012, de 15 de janeiro de 2013⁶⁸, tivemos oportunidade de abordar o problema do enquadramento das medidas cautelares e de polícia em termos que mantemos inalterados⁶⁹:

«A destinça entre os atos dos órgãos de polícia criminal praticados por iniciativa própria e os atos realizados por encargo de autoridade judiciária constitui pauta metodológica preliminar que já conformou abordagens deste Conselho Consultivo sobre a competência dessas entidades na prossecução de fins do processo penal⁷⁰.

⁶⁸ Publicado no *Diário da República* II.ª Série, de 21-1-2013 (também acessível na base de dados aberta ao público sítia em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>).

⁶⁹ Na medida em que esse parecer teve como relator o mesmo do presente parecer nada obsta a que se mantenham as notas de rodapé aí elaboradas e se proceda à sua inserção na sequência das notas do presente trabalho.

⁷⁰ Como se disse no § VIII.5 do parecer n.º 5/2010, de 1-7-2010 (que, à data do presente parecer, ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sítia em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>, estando, apenas, na «área reservada»): «Há que distinguir os atos praticados por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal das atividades processuais por eles desenvolvidas por delegação do Ministério Público». Esse parecer, solicitado pelo Procurador-Geral da República, teve como objeto questões relativas à realização de interrogatório de arguido por órgão de polícia criminal no quadro da atividade por encargo do Ministério Público, daí a importância de a separar da atividade por iniciativa própria (plano que não mereceu a divergência no voto de vencido elaborado por um membro do Conselho, acompanhado por outro, relativamente às conclusões 3.ª e 5.ª do parecer). A destinça voltou a estar presente no parecer n.º 32/2010, de 27-10-2011, no qual o Conselho abordou problemas envolvidos no quadro da atividade por encargo do Ministério Público (parecer sobre a realização de buscas e revistas igualmente solicitado pelo Procurador-Geral da República e que, à data do presente parecer, também ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sítia em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>, subsistindo apenas na «área reservada»). No parecer n.º 32/2010 a destinça entre atividade por iniciativa própria do órgão de polícia criminal e atos determinados pela autoridade judiciária esteve na génese da divergência com a maioria expressa em voto de vencido (subscrito por um membro do Conselho, que foi acompanhado por outros dois nessa parte) relativamente à conclusão 8.ª desse parecer. O tema foi novamente abordado no § VI.3 do parecer n.º 11/2011, de 26-1-2012, a propósito da atividade por iniciativa própria de um órgão de polícia criminal que não tinha competência para a coadjuvação por encargo do Ministério Público (parecer aprovado por unanimidade e publicado no *Diário da República* II.ª Série, de 5-6-2012, que também se encontra acessível na base de dados aberta ao público sítia em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>). Mais recentemente o tema voltou a estar presente no § II.3.2 do parecer n.º 8/2012, de 27-9-2012 então reportado ao procedimento contraordenacional (parecer sobre o crime de desobediência, igualmente solicitado pelo (Nota Cont.)

«Retornando à vertente diacrónica, a aquisição da notícia do crime por conhecimento próprio de órgãos de polícia criminal, no estrito plano processual penal, não beneficia de qualquer particularidade, para além das tramitações especiais determinadas pelo Ministério Público com base em autos de notícia.

«Em termos de responsabilização procedural emergem as especificidades dos órgãos de polícia criminal aos quais compete, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir tanto quanto possível as suas consequências. Em contraponto, *pré-inquéritos* na sequência da aquisição da notícia do crime não têm enquadramento jurídico-legal, pois a notícia do crime determina o dever de comunicação ao Ministério Público e, para este órgão, a obrigatoriedade de abertura do processo penal. Sublinhe-se, ainda, que tal obrigação implica a efetivação de controlo sobre todas as eventuais atividades *heurísticas* baseadas em suspeitas de crimes levadas a cabo por órgãos de polícia criminal (independentemente do nome que em termos de procedimentos burocráticos se lhes atribua).

«Os atos cautelares praticados pelos órgãos de polícia criminal, embora possam vir a integrar o processo, não são no momento da sua prática atos processuais em sentido formal, pelo que a sua integração no processo depende de um ato decisório da autoridade judiciária que então assumirá uma responsabilidade própria⁷¹.

«A relevância processual penal da iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal comprehende, assim, o surgimento da notícia do crime em sentido material e a realização de atos fundados numa

(Cont. da Nota)

Procurador-Geral da República e que, à data do presente parecer, ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sita em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>, subsistindo apenas na «área reservada».

⁷¹ No mesmo sentido, relativamente ao direito vigente, G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa, Verbo, 2009, § 227 e, já a luz do direito anterior, EDUARDO CORREIA se referia aos atos cautelares ou de informação oficiosa como «atos praticados pelos funcionários ou autoridades, subsidiariamente às suas funções precípuas, com vista a informar, permitir ou facilitar o exercício da ação penal pelos seus titulares, têm uma natureza material ou melhor oficiosa que, precisam do ponto de vista do processo penal de ser oficializados ou legalizados» («A Instrução Preparatória em processo penal (alguns problemas)», *BMJ* nº 42, 1954, p. 17).

pressuposta notícia do crime ou relacionados com uma notícia do crime.

«A iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal obedece a dois vetores principais:

«1 — Os atos cautelares e de polícia integram-se nas finalidades do processo penal, agindo as entidades policiais em substituição precária da autoridade judiciária;

«2 — Os atos cautelares e de polícia dependem dos pressupostos de *necessidade* e de *urgência*, isto é, de um circunstancialismo que exige uma intervenção pronta da entidade policial, sendo globalmente norteados por um princípio de eficácia que justifica que atuem sem prévia solicitação da autoridade judiciária, o que apenas pode ocorrer dentro de rigorosos pressupostos legais.

«A diferença estrutural entre os atos por iniciativa própria e os atos por encargo reside, assim, na legitimação *ope legis* dos primeiros fundada no *perigo na demora*, sendo os atos por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal conformados pelos princípios da necessidade e urgência da intervenção policial e vinculados ao dever de ser transmitida imediata notícia à autoridade judiciária⁷².

«Contexto em que a atividade por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal apresenta quatro características processuais: “obrigatória”, “preliminar”, “temporária” e “auxiliar”⁷³.

«O pressuposto nuclear dos atos por iniciativa própria classificados como medidas cautelares e de polícia é o de que se têm de reportar a fins do processo penal os quais, no caso de atividade anterior à decisão do Ministério Público sobre o exercício da ação penal, são

⁷² Cf. sobre este ponto, com referências bibliográficas PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, cit., 2003, pp. 120-143; «Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal», *Revista do Ministério Público*, ano XXV, n.º 98 (2004), pp. 10-11 (texto também publicado em AAVV, *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2005); *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 383-384. Perspetiva coincidente com a preconizada em pareceres do Conselho Consultivo, designadamente os referidos na nota anterior e em particular o § VIII.5 do parecer n.º 5/2010.

⁷³ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A fase preparatória do processo penal - Tendências na Europa: o caso português», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. X, n.º 39 (2002), p. 25.

enunciados no artigo 262.º, n.º 1, do CPP: *Investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre o exercício da ação penal.*

«Já o principal fator caracterizador destas medidas, por contraponto à atividade por encargo atribuído por autoridade judiciária, é a circunstância de as respetivas coordenadas serem estabelecidas *ope legis*.

«Postulado que implica, ainda, que as autoridades e os órgãos de polícia criminal da PSP e da GNR apenas possam desenvolver ações por iniciativa própria quanto à perseguição criminal que lhes sejam atribuídas por lei. Obrigatoriedade de fonte legal determinada pela dicotomia entre atos por iniciativa própria e atuação por encargo presente na alínea e) do n.º 2 do artigo 3.º da LOPSP e na alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º da LOGNR:

“Desenvolver as ações de investigação criminal e contra-ordenacional que lhe sejam atribuídas por lei, delegadas pelas autoridades judiciárias ou solicitadas pelas autoridades administrativas.”

«Pressuposto metodológico que foi integrado no despacho que determinou a consulta, no sentido de que a primeira pergunta que se impunha abordar é a de saber se a atividade de acesso e visionamento de imagens captadas por operadores ao serviço de órgãos de comunicação social e detidas por estes pode ser empreendida por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal no âmbito da “investigação criminal”. Estando a pertinência de eventual resposta às outras perguntas colocadas (sobre requisitos específicos, procedimentos que devem ser adotados e efeitos na interação comunicativa com jornalistas e outros agentes dos órgãos de comunicação social, deveres de comunicação superveniente) na dependência lógica de uma resposta afirmativa à primeira questão⁷⁴.

«Quanto ao processo penal, o artigo 249.º, n.º 1 do CPP prevê uma cláusula relativamente aberta sobre medidas cautelares e de polícia

⁷⁴ *Supra* §§ II.1.1 e II.1.2.1.

conformadas pelos pressupostos da *urgência e perigo na demora* e respetivo quadro operativo delimitado, *atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova*⁷⁵.

«Cláusula aberta do artigo 249.º, n.º1, do CPP que se limita aos atos por iniciativa própria quanto a matérias relativamente às quais o Ministério Público pode atribuir o encargo da sua realização a órgãos de polícia criminal, intervenções policiais que não se encontrem excecionadas pelo disposto no artigo 270.º, n.º 2, do CPP. Devendo considerar-se que o artigo 270.º, n.º 2, do CPP estabelece um princípio que vale para toda a atividade das autoridades e órgãos de polícia criminal que exclui as matérias objeto da “competência reservada da autoridade judiciária”⁷⁶.

«Reserva da competência judiciária em que ressaltam duas categorias de atos essenciais que devem estar presentes na interpretação das normas de competência em matéria de medidas cautelares e de polícia:

«- Atos da *competência exclusiva do juiz de instrução* que integram a *reserva de juiz* ou *reserva de competência judicial*⁷⁷;

«- Atos que a *lei expressamente determinar que sejam presididos ou praticados pelo Ministério Público*.

«Exigência de fonte legal específica para medidas cautelares e de polícia relativas a atos que integrem a reserva judiciária (em que as autoridades judiciárias não podem atribuir o encargo da decisão sobre os mesmos a autoridades ou órgãos de polícia criminal) que constitui um imperativo decorrente de uma interpretação sistemático-teleológica da função de coadjuvação das entidades policiais. A

⁷⁵ Quanto ao procedimento contraordenacional, na falta de uma cláusula aberta, como a prevista no artigo 249.º, n.º 1, do CPP, em sintonia com a diferença de competências precíprias das entidades policiais nesse domínio, existe uma dependência mais estrita de norma legal de autorização para medidas cautelares proactivas dirigidas aos fins repressivos de contraordenações, cf. § II.3.3 do parecer n.º 8/2012.

⁷⁶ Expressão de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, Universidade Católica, 2011 (4.ª ed.), p. 725.

⁷⁷ Expressões a que se atribui, no plano da delimitação das competências, «sentido tendencialmente equivalente», assim MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, embora essa autora privilegie «o uso da primeira num referente mais substancial e o uso da segunda num sentido mais marcadamente orgânico» (*Juiz das Liberdades — Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 42).

previsão legal específica constitui, nesta leitura, a linha de fronteira que permite, para utilizar a terminologia de JOSÉ FARIA COSTA, concluir que as *situações-desvio se mantêm dentro dos limites do razoável*⁷⁸.

«Matriz conforme imperativos constitucionais com abrigo no artigo 18.º da Constituição e que se revela na circunstância de a lei processual completar a cláusula geral do n.º 1 do artigo 249.º do CPP com regras relativas a situações específicas da reserva judiciária, no sentido de que se trata de decisões que sem essas previsões especiais, seriam insuscetíveis de atribuição do encargo decisório a autoridades ou órgãos de polícia criminal (caso dos artigos 174.º, n.º 5, 177.º, n.º 3, 178.º, n.º 4, 249.º, n.º 2, alínea c), 251.º, n.º 1, alínea a), do CPP)⁷⁹.

«Em face do exposto, as autoridades e os órgãos de polícia criminal da PSP e da GNR podem, por iniciativa própria que vise a prossecução de fins do processo penal, praticar:

«1- Todos os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova quanto a matérias que não integrem a reserva judiciária legal;

«2- Os atos permitidos por previsão legal especial e dentro dos estritos pressupostos jurídico-normativos relativamente a matérias previstas nas reservas de competência das autoridades judiciárias (v.g. artigos 174.º, n.º 5, 177.º, n.º 3, 178.º, n.º 4, 249.º, n.º 2, alínea c), 251.º, n.º 1, alínea a), do CPP).

«Arquitetura processual penal portuguesa em que os limites a intromissões policiais constituem vias preventivas de proteção de

⁷⁸ «As relações entre o Ministério Público e a polícia: a experiência portuguesa», *BFD*, vol. LXX, Coimbra, 1994, p. 233. Em termos de terminologia sobre as fronteiras da autónoma iniciativa policial em processo penal, DAMIÃO DA CUNHA refere-se ao *limite legal* sobre o «espaço de exercício promíscuo de competências (e, naturalmente, que de promiscuidade só se poderá falar quando o órgão principal não tiver ainda exercido o seu direito de definição da atuação do órgão coadjuvante, portanto quando este tiver iniciativa própria na competência a exercitar), definindo como limite daquele exercício promíscuo os atos de urgência e de necessidade, por impossibilidade de atuação do órgão principal, pelo que só dentro deste reduzido espaço têm os órgãos de polícia criminal uma iniciativa própria no exercício da sua competência de coadjuvação» (*op. cit.*, p. 140).

⁷⁹ Cf. no mesmo sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., 2011, p. 675

postulados axiológicos (como a proteção do domicílio, privacidade, liberdade pessoal, segredos profissionais).

«Regras de competência de antecipação de tutela ou proteção preventiva que se revelam numa técnica normativa focada na previsão das normas. Se a previsão referir que os atos processuais são da competência do juiz, do Ministério Público ou da autoridade judiciária (o juiz, o tribunal ou o Ministério Público em função da fase processual) estamos perante matéria da “competência reservada da autoridade judiciária”.

«Os parâmetros de leitura das medidas cautelares e de polícia como regras de competência conformam, no plano normativo, as próprias medidas de polícia administrativa. Acompanhando-se neste ponto a abordagem de PEDRO LOMBA, focada nas implicações do atual regime constitucional, quando destaca que o n.º 2 do artigo 272.º da Constituição comporta “um duplo significado: por um lado as medidas de polícia devem estar previstas na lei (princípio da tipicidade); por outro as medidas de polícia visam proteger interesses coletivos definidos também na lei»⁸⁰. Autor que, mais à frente, acrescenta: «As medidas de polícia constituem competências de atuação administrativa típicas. As normas de polícia são, em boa verdade, normas de competência. É esse o sentido do princípio da legalidade do poder de polícia»⁸¹.

«Retornando a um tópico que já foi abordado acima, o universo de poderes no quadro de medidas cautelares e de polícia reporta-se a funções de coadjuvação proactiva dos órgãos de polícia criminal relativamente às autoridades judiciárias.

«Pelo que, o campo de atos que podem (ou não) ser praticados nesse domínio, de substituição precária da autoridade competente,

⁸⁰ «Sobre a teoria das medidas de polícia administrativa», *Estudos de Polícia* (ed. JORGE MIRANDA), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, p. 193.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 202. PEDRO LOMBA, no contraponto entre a tipicidade das medidas de polícia e no direito penal, acrescenta: «Se o tipo penal é necessariamente incriminador (o tipo justificativo é excepcional), o tipo das medidas de polícia é necessariamente justificador, habilitando a Administração à prática de uma determinada atuação jurídica lesiva de direitos e liberdades dos cidadãos. Ao contrário dos tipos penais, os tipos das medidas de polícia constituem normas de competência» (*op. cit.*, p. 204).

não deve ser confundido com a suscetibilidade de atos materiais similares no quadro das competências precípuas das entidades policiais⁸².

«Como se destacou no parecer n.º 8/2012, de 27 de setembro de 2012⁸³:

«“No modelo jurídico-constitucional português, em matéria de ilícitos criminais a separação de atribuições repressivas e preventivas está associada à distinção de fins, ainda que com elementos de interdependência, entre a justiça penal e a polícia em sentido estrito (prevista no artigo 272.º da Constituição). Contexto em que as autoridades policiais devem, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir tanto quanto possível as suas consequências, para além de incumbir à polícia prevenir a prática de quaisquer crimes.

«“Uma ação estadual unitária no plano empírico (por exemplo na sequência da notícia de um crime) pode compreender cumulação de finalidades, mas nas operações valorativas e decisórias, pelo menos fora de um quadro de urgência, deve sempre subsistir ‘a delimitação

⁸² Refira-se que este Conselho Consultivo se pronunciou no parecer n.º 92/2003, de 12-1-2004 (publicado no *Diário da República* II.ª Série, de 4-3-2004) sobre medidas de polícia admissíveis na restrição de direitos de informação de jornalistas, tendo-se preconizado nas conclusões 11.ª a 13.ª:

«11.ª Ocorrendo a concentração de jornalistas, repórteres fotográficos e operadores de imagem junto às portas de acesso aos tribunais, fotografando e filmando a imagem das pessoas que entram e saem do edifício, no contexto da cobertura informativa de eventos relacionados com processos criminais, as forças de segurança devem, em regra: (a) Assumir a adequada vigilância do local, garantindo a ordem pública e a segurança de pessoas e dos seus bens; (b) Impor as restrições necessárias para garantir a livre entrada e saída de pessoas e viaturas no edifício; (c) Proceder à recolha de informação destinada a habilitar as autoridades de polícia a prevenir quaisquer possíveis perturbações e a adotar as necessárias providências para atalhá-las quando se produzam, ou para identificar os seus autores;

«12.ª Nas situações de facto assinaladas na conclusão anterior, o exercício do direito de informação pode ser restringido para: (a) Garantir a livre entrada e saída de pessoas e viaturas no tribunal; (b) Salvaguardar a vida, a integridade física, a liberdade e a segurança de intervenientes processuais, em particular dos que beneficiem de específicas medidas de proteção policial, devendo essas restrições respeitar as exigências do princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial do direito de informação;

«13.ª As forças de segurança não podem impor outras medidas de limitação ao exercício do direito de informação, para além das restrições enunciadas na conclusão 12.ª.»

⁸³ O qual, à data do presente parecer, ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sita em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>, subsistindo apenas na «área reservada».

funcional e orgânica' quanto a cada uma das dimensões. Por outro lado, existindo múltiplas continuidades entre, por um lado, funções policiais em sentido estrito, e, por outro, atividades repressivas, expressas designadamente na substituição excepcional das autoridades judiciárias por órgãos de polícia criminal, o padrão de legalidade procedural deve sempre conformar as duas atividades.

«As medidas de dupla função que envolvem mais do que um tipo de finalidade exigem delicadas operações de *concordância prática*, em que se exige a ponderação dos fins prosseguidos e dos meios necessários, pertinentes, adequados e proporcionais⁸⁴.

«Este é um universo problemático que marca a intervenção da PSP e da GNR em face da notícia de crimes, já que constitui atribuição nuclear dessas entidades 'prevenir a criminalidade em geral, em coordenação com as demais forças e serviços de segurança'⁸⁵».

O precedente excuso serve, no essencial, para revelar que os pressupostos compreensivos assumidos na fundamentação e conclusões do parecer n.º 45/2012 implicam que se apresente incompatível com o mesmo uma perspetiva da recolha de informação no quadro de ações de prevenção desenvolvidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 como «uma extensão das medidas cautelares já previstas de forma avulsa no CPP».

Em síntese, verifica-se uma incompatibilidade conceptual entre as medidas cautelares e de polícia e as ações preventivas por três ordens de razão fundamentais:

⁸⁴ Não tendo fundamento jurídico-constitucional, por exemplo, uma genérica prevalência da *perseguição criminal* sobre a *prevenção do perigo* ou a inversa – Cf. com mais desenvolvimento e referências bibliográficas, PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2004, pp. 27-30.

⁸⁵ Prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 3.º da LOPSP e no artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da LOGNR. A PSP e a GNR têm competências de *policia administrativa geral* que, como sublinha SÉRVULO CORREIA, «visa a observância e a defesa da ordem jurídica globalmente considerada, com particular ênfase no domínio da ordem e segurança públicas» («Polícia», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, 1994, p. 407). Neste plano importa, ainda, ter presente a destriňa entre a *policia de segurança* e *policia administrativa em sentido estrito* – para uma panorâmica, com referências bibliográficas, cf. FERNANDA MARIA MARCHÃO MARQUES, «As polícias administrativas», *Estudos de Polícia* (ed. Jorge Miranda), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, pp. 135-151.

- 1) As medidas cautelares e de polícia têm natureza processual penal, em sentido material, enquanto as ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 integram a atividade de polícia em sentido funcional;
- 2) Nas medidas cautelares e de polícia previstas no Código de Processo Penal os órgãos de polícia criminal intervêm em substituição precária da autoridade judiciária enquanto as ações de prevenção podem ser empreendidas pelo Ministério Público (ou pela Polícia Judiciária) no âmbito do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 ao abrigo de uma competência legal própria;
- 3) As medidas cautelares e de polícia pressupõem a *necessidade e urgência* de uma ação em virtude de uma notícia do crime enquanto as ações de prevenção previstas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94 têm como pressuposto legitimador que ainda não se encontra consubstanciada uma notícia do crime.

Até este passo destacou-se que não têm enquadramento jurídico na Lei n.º 36/94 os designados *pré-inquéritos* que se seguiriam à aquisição da notícia do crime, pois esta determina os deveres de comunicação ao Ministério Público e para este órgão a obrigatoriedade de abertura do processo penal.

Quadro normativo em que a atividade heurística, não tutelada na lei processual, de aquisição da notícia do crime apenas se afigura legítima num momento em que ainda não são conhecidos factos suscetíveis de integrar um crime ou em que ainda não existe notícia do crime⁸⁶.

Em termos de balizas taxonómicas, a aquisição da notícia do crime deverá ser compreendida no âmbito da correlação funcional entre notícia do crime e inquérito e entre este e a decisão de mérito sobre o exercício da ação penal⁸⁷.

⁸⁶ Problemática é, como já se destacou, a concretização epistemológico-jurídica do conceito de notícia do crime.

⁸⁷ Sobre a conexão funcional no inquérito (cf. com mais desenvolvimento DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 76-83) a qual não se pode confundir com a cisão estrutural entre, por um lado, averiguação informativa e notícia, e, por outro, notícia e inquérito, que consubstancia uma confusão de planos (sobre este ponto vd. VITTORIO GREVI, «Garanzie (Nota Cont.)

Linhos de fronteira em que a atividade pré-processual não obedece aos parâmetros do processo penal mas a outros, o que é particularmente evidente no que concerne à indagação de factos no âmbito de controlos administrativos, que podendo dar origem a notícias de crime estão teleologicamente vinculados a outros fins públicos.

Encontram-se no ordenamento jurídico algumas soluções normativas reveladoras das cautelas do legislador relativamente aos perigos da pretensão de rigorosa destrinça analítica refletidas na relação do Ministério Público com atividade que, em abstrato, ainda não é judiciária: a função de controlo relativamente à atuação da polícia que, aliás, se associa a um dos traços fundadores do Ministério Público no Estado de direito, enquanto guardião das leis, *Wächter der Gesetze*, ou defensor da legalidade democrática⁸⁸. É o caso da autorização do Ministério Público para a prática de crimes por parte de agentes encobertos (regime estabelecido pela Lei n.º 101/2001)⁸⁹, e do dever de documentação e informação relativamente às atividades iniciadas no âmbito da prevenção da corrupção e criminalidade económica e financeira (vd. artigo 2.º, nº 2, da Lei nº 36/94) e a receção e tratamento de comunicações relativas operações financeiras no quadro da legislação sobre o branqueamento de capitais⁹⁰.

(Cont. da Nota)

soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale», *RIDPP*, XLI, fasc. 3, 1998, p. 750 e DELFINO SIRACUSANO in DELFINO SIRACUSANO / ANTONINO GALATI / GIOVANNI TRANCHINA, / E. ZAPALLÀ, *Diritto processuale penale*, Milão, Giuffrè, 1995, p. 5).

⁸⁸ Ponto em que KARL-HEINZ GÖSSEL (*op. cit.*, 1996, p. 622) e CLAUS ROXIN *op. cit.*, 1993, p. 54), apesar de conceções diversas sobre as amplitudes dos poderes policiais e do Ministério Público, estão de acordo.

⁸⁹ O regime sobre o agente encoberto aprovado pela Lei n.º 101/2001 foi precedido por soluções avulsas, destacando-se para além do já citado artigo 6.º da Lei n.º 36/94 o artigo 59.º, nº 2 e 4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-1 na redação alterada pela Lei nº 45/96, de 3-9 (entretanto revogado). O regime estabelecido pelos artigos 2.º e 3.º, nº 3 a 5, da Lei nº 101/2001, de 25-8 é aplicável em casos de repressão criminal (quando já há notícia do crime, pelo que o Ministério Público, para além do exercício da função de controlo jurídico, da iniciativa e atividade da Polícia Judiciária ou de terceiros sob controlo desta, deve abrir inquérito) mas também de prevenção criminal (caso em que o aludido controlo judiciário da responsabilidade do Ministério Público que tem o poder de iniciativa e do juiz de instrução que tem o poder de decisão, não é acompanhado, pelo menos num primeiro momento, da abertura de inquérito).

⁹⁰ *Infra* §§ II.5 e II.6.

§ II.3.3 As atividades do Ministério Público no âmbito da prevenção da corrupção e criminalidade económica e financeira como medidas de polícia

§ II.3.3.1 A complexidade epistemológico-jurídica do estabelecimento de linhas de fronteira e a interdependência operativa entre Ministério Público e polícia em sentido orgânico esteve presente na discussão e aprovação do regime legal sobre «combate à corrupção e criminalidade económica e financeira».

Domínio em que a exigência de uma proatividade estadual, na prevenção dos crimes e obtenção de notícias de crime, associada à diversidade orgânica das entidades estaduais responsáveis, determinou algumas soluções peculiares.

Opções legais que, desde o início, suscitaram dúvidas sobre se o regime não podia originar na prática desvios indevidos de indagações que deviam ser processuais penais para um cenário extraprocessual⁹¹.

§ II.2.2.3 Estabelecendo o regime legal a inequívoca separação sistémico-funcional entre as *averiguações preventivas* desenvolvidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 e o inquérito como fase do processo penal dirigida pelo Ministério Público apresenta-se, em contraponto, particularmente contido na heteroregulação das dimensões burocráticas e formais daquelas *averiguações*.

Importa neste ponto referir que a categoria genérica dos designados *processos administrativos do Ministério Público* (de ora em diante referidos como PA's sem abordar aqui a potencial equivocidade da fórmula empregue), de acordo com a nomenclatura adotada em diferentes instâncias deste órgão do Estado, não tem suporte em qualquer regime legal regulador em termos abrangentes de todos os *dossiers* catalogados em instrumentos internos do Ministério Público sob essa designação. Designação que abrange uma multiplicidade de *dossiers*, nomeadamente os PA's referidos

⁹¹ Paradigmáticos da controvérsia e da sensibilidade do terreno apresentam-se os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 456/93 que declarou a inconstitucionalidade de um primeiro decreto (lavrado por quatro votos contra três) e n.º 334/94 que considerou constitucional a atual versão (aprovado por seis votos contra quatro).

na diretiva da Procuradoria-Geral da República divulgada como circular n.º 12/79, reportada aos PA's instaurados para «propor, contestar ou de qualquer modo acompanhar uma ação judicial».

Com efeito, a categoria referida na organização burocrática interna de expedientes de diferentes serviços ou secretarias do Ministério Público como *PA's do Ministério Público* abrange *dossiers* relativos ao registo e instrução de intervenções do Ministério Público autónomas de ações judiciais não previstas na circular n.º 12/79⁹².

Pelo que, existem componentes das regras que devem conformar os *PA's do Ministério Público* para «propor, contestar ou de qualquer modo acompanhar uma ação judicial» que não valem para *outros dossiers* do Ministério Público suscetíveis de ser também designados como *PA's*, atento o caráter difuso da figura na terminologia empregue em diferentes instrumentos internos desse órgão de justiça⁹³.

⁹² As quais também se apresentam carecidas de regulamentação em termos globais Sobre os *PA's* objeto da circular n.º 12/79 foi produzido o parecer n.º 48/2010, de 2-5-2013 (que, à data do presente parecer, ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sita em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>). A primeira conclusão desse parecer foi a seguinte: «O processo administrativo (P.A.), tal como está previsto na Circular n.º 12/79 (instrumento de orientação interna, emitido pelo Procurador-Geral da República, no exercício do seu poder de direção da atividade dos magistrados e de organização do serviço), constitui instrumento documental de apoio e registo da atividade do Ministério Público, com vista a uma (imediata ou mediata) intervenção, à adoção de uma providência e ao acompanhamento de processos judiciais, no domínio das suas competências».

Ilustrativa da plêiade de problemas que podem ser suscitados em torno da referida categoria difusa designada como *PA's* do Ministério Público apresenta-se o teor abrangente das questões enunciadas no despacho inicial do Procurador-Geral da República (de 6-12-2010) que deu origem ao parecer n.º 48/2010:

- «Instauração, organização e tramitação dos processos administrativos;
- «Natureza dos processos administrativos;
- «Impugnabilidade das decisões neles proferidas;
- «Controlo hierárquico de tais decisões;
- «Possibilidade de consulta dos processos pelos particulares e entidades públicas “interessadas”;
- «Conveniência/necessidade de concertação prévia à propositura de ações, quando os interesses a defender correspondem às atribuições de entidades públicas;
- «Necessidade, utilidade ou conveniência de regular as matérias respeitantes aos processos administrativos;
- «Instrumento jurídico adequado a concretizar a referida regulação».

⁹³ Veja-se a conclusão 4.ª do parecer n.º 48/2010, que, expressamente, se circunscreve aos *PA's* objeto da circular n.º 12/79: «O processo administrativo, como suporte documental de apoio a uma intervenção processual, em processo judicial, não releva da atividade administrativa e, consequentemente, não constitui documentação (Nota Cont.)

Impõe-se, em face do excuso precedente, estabelecer uma asserção:

Independentemente da designação adotada pelos serviços do Ministério Público para os *dossiers* que suportam a documentação relativa às ações preventivas abertas e dirigidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, esses *dossiers* não podem visar a propositura de inquérito relativo a notícia do crime já recebida nem a recolha ou preservação de prova para os fins do processo penal.

A questão da natureza das averiguações preventivas deve ser abordada tendo por referência o princípio do artigo 2.º e, fundamentalmente, o já referido artigo 272.º da Constituição.

Na delicada filigrana de interpenetrações orgânicas e funcionais da prevenção e repressão criminais, a solução que resultou em termos finais do regime estabelecido pelo artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 baseou-se em dois pontos nucleares para salvaguardar a respetiva conformidade constitucional:

1- Constitui atividade preventiva que, no plano analítico, se apresenta funcionalmente autónoma da investigação criminal, embora possa dar origem a notícia do crime.

2- Atenta a proximidade operativa e, por vezes, a ténue fronteira no plano gnoseológico entre a atividade preventiva e a repressão criminal, existindo quanto a esta uma reserva de competência do Ministério Público, impõe-se a transmissão da informação daquelas ações quando levadas a cabos por entidades policiais em sentido orgânico à autoridade judiciária para o respetivo escrutínio e eventual tratamento subsequente, no plano diacrónico, como notícia do crime⁹⁴.

(Cont. da Nota)

administrativa a que os particulares tenham o direito de aceder nos termos da legislação aplicável ao acesso a documentos administrativos.»

⁹⁴ Sobre os conceitos de polícia v.g. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 393-408; PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2003, pp. 121-127; PEDRO MACHETE, «A polícia na Constituição da (Nota Cont.)

Sendo esses os alicerces que salvaguardam a constitucionalidade da iniciativa policial neste domínio, o legislador reconhecendo as fronteiras delicadas entre os dois domínios — em particular em crimes económico-financeiros com tipos flutuantes, envolvendo realidades fluídas e processamentos de informação com múltiplos becos e cruzamentos —, na Lei n.º 36/94, além do controlo da atividade policial, prevê uma atividade concorrencial (no plano jurídico) do Ministério Público, em detrimento de uma área de ação exclusiva do departamento da Polícia Judiciária responsável pela criminalidade económico-financeira.

Solução que acaba por reconhecer que, pelo menos no plano epistemológico-jurídico (mais denso do que o formal), o interstício entre as responsabilidades de órgãos policiais e órgãos judiciários é muito ténue, implicando que também estes tenham de participar de forma proativa em atividades que, pelo menos na génese, se apresentam funcionalmente policiais, por falta de notícia de crime.

Pluralidade de intervenções orgânicas que não descaraterizam a destrinça das atividades no plano funcional, não é pela circunstância de os órgãos de polícia criminal poderem praticar por iniciativa própria medidas cautelares e de polícia processuais penais que as mesmas perdem a sua natureza, e, consequentemente, a inversa também é verdadeira, a participação proactiva da entidade titular da ação penal na prevenção criminal não a descarateriza no plano funcional, que é o determinante na previsão constitucional da atividade⁹⁵.

As ações preventivas realizadas pelo Ministério Público integram-se, assim, na atividade policial em sentido material. Recorte revelado pela alteração do texto originário da alínea a) do n.º 3 do artigo 1.⁹⁶

Recolha de informação relativa a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime no quadro do artigo

(Cont. da Nota)

República Portuguesa», *Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos — Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1111-1132; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 281-315.

⁹⁵ Cf. nota anterior.

⁹⁶ *Supra* § II.3.1.2.

1.º da Lei n.º 36/94 que consiste em atos materiais ou operações materiais de polícia sujeitos à obrigação de documentação e comunicações intra e inter-orgânicas estabelecidas na lei⁹⁷.

Universo em que se podem desenvolver diferentes tipos de medidas de polícia (em sentido estrito), as quais podem envolver exigências particulares incluindo um procedimento especial regulado na lei — vd. o caso da utilização de agente encoberto numa ação preventiva⁹⁸.

Atividade policial que pode, por outro lado, suscitar a necessidade de medidas urgentes de raiz processual penal pelos fins prosseguidos em virtude de informação obtida no decurso de ação preventiva, ou mesmo delicadas ponderações no âmbito de medidas de *dupla função*⁹⁹.

Sem embargo, a amplitude das sete questões da consulta (muitas das quais se dividem numa pluralidade de subquestões ou envolvem questões prévias) não convoca a análise de medidas em particular, o que, aliás, exigiria uma concretização em perguntas especificadas pois, em abstrato, podem ser configuradas múltiplas categorias de medidas.

Objeto das cinco primeiras questões da consulta são as ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94, como atividade e a exigência de documentação das operações aí desenvolvidas. Atividade que se apresenta como policial em sentido material, sendo conformada, consequentemente, pelo conceito de prevenção de perigos¹⁰⁰.

Delimitação no plano jurídico-formal imposta pelas condicionantes comprehensivas da consulta jurídica que não ilude a complexidade

⁹⁷ Classificação que, deve reconhecer-se, não é isenta de exigências de aprofundamento, num terreno em que existem dimensões doutrinárias com um muito mais reduzido lastro histórico do que o tema do ato administrativo. Daí que, nos anos noventa do século passado, CARLA AMADO GOMES proclamassem: «Impõe-se acabar com o estatuto de *pária* das operações materiais, traçando os seus contornos e permitindo assim destaca-las das restantes formas de atividade administrativa, *máxime* do ato jurídico administrativo» («Operações materiais administrativas», *Dicionário Jurídico da Administração Pública* — 1.º Suplemento (ed. José Pedro Fernandes), Lisboa, 1998, p. 206).

⁹⁸ *Supra* §§ II.1, II.3.2.1 e II.3.2.2 (parte final).

⁹⁹ Vd., ainda, *infra* § II.6.1.2.

¹⁰⁰ Sobre este ponto, além da doutrina e lugares citados acima, vd., ainda, PEDRO MACHETE, *op. cit.*, pp. 1125-1132 e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 357-366.

epistemológica dos juízos de prognose exigidos na operatividade das ações preventivas e processuais penais¹⁰¹.

Em face do exposto, podemos responder à primeira questão através de quatro asserções conexas entre si:

As «ações de prevenção» iniciadas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, não podem visar a descoberta e recolha das provas relativas à averiguação da existência de um crime, nem abrigar pré-inquéritos supervenientes a notícias de crime com o objetivo de *recolha* ou *preservação* extraprocessual de provas do crime.

O artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não derroga as regras estabelecidas no Código de Processo Penal sobre os deveres funcionais do Ministério Público na sequência da notícia de um crime, nomeadamente no que concerne à obrigatoriedade de abertura de inquérito.

As ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 são no plano funcional antagónicas da categoria jurídica designada no Código de Processo Penal como medidas cautelares e de polícia, pois estas últimas legitimam que os órgãos de polícia criminal pratiquem atividades dirigidas aos fins do processo penal, em substituição precária da autoridade judiciária e com fundamento nos pressupostos de urgência e perigo na demora.

A recolha de informação relativa a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime no quadro do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 constitui uma atividade de prevenção criminal integrada no conceito de polícia sentido material.

§ II.4 Sigilo e publicidade da recolha de informação no quadro de ações de prevenção ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira

¹⁰¹ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2004, p. 28 e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, p. 360.

§ II.4.1 O sigilo das ações de prevenção realizadas no quadro do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira

§ II.4.1.1 As ações de prevenção geram para os intervenientes nas mesmas um «dever de absoluto sigilo em relação aos factos de que tenham tomado conhecimento no exercício das funções de prevenção», por força do disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 36/94.

Dever de absoluto sigilo que abrange, por força do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 36/94, a identificação de cidadãos que:

- (a) Forneçam quaisquer elementos informativos com relevância para a atividade preventiva; ou
- (b) Prestem qualquer outro tipo de colaboração à averiguação preventiva.

Relativamente a esta matéria, independentemente do elemento literal do artigo 7.º da Lei n.º 36/94 que se reporta apenas a quem «desempenhar qualquer atividade no âmbito da competência da Direção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infrações Económicas e Financeiras», a regra do «sigilo absoluto» aplica-se também aos operadores que desempenharem qualquer atividade no âmbito do DCIAP.

Tal decorre de uma interpretação histórico-teleológica do artigo 7.º da Lei n.º 36/94, bem como de uma interpretação sistemático-teleológica desse preceito em face dos princípios sobre o sigilo e publicidade das atividades estaduais.

A vertente histórico-teleológica revela que o alargamento da competência do Ministério Público a domínios de prevenção não visa alterar a natureza dessa intervenção (de prevenção criminal e não de investigação criminal), mas, fundamentalmente, obstar ao perigo de um desequilíbrio de poderes jurídicos entre aquele órgão e a Polícia Judiciária favorável a esta entidade policial¹⁰².

¹⁰² Cf. *supra* § II.3.2.

Por outro lado, as regras sobre sigilo, publicidade e direito de informação, por força de uma matriz constitucional, apresentam-se essencialmente conformadas por critérios funcionais e não orgânico-burocráticos. Dimensão destacada desde a origem do processo legislativo que culminou na Lei n.º 36/94, com a separação das ações de prevenção, por um lado, e as fases do processo penal, por outro, o que se veio a acentuar com a deslocalização das normas avulsas sobre obtenção de prova nas fases de inquérito, instrução e julgamento para a Lei n.º 5/2002, sendo certo que aí, em sintonia com a regulação de medidas processuais penais, se estabelece uma obrigação de respeito do segredo de justiça¹⁰³.

A regra sobre «sigilo absoluto» consagrada no artigo 7.º da Lei n.º 36/94 sempre visou o quadro funcional das ações de prevenção na medida em que o mesmo não é coberto pelo segredo de justiça, do processo penal, e exige especial reserva, até porque não se destina à recolha de elementos para um processo dialético¹⁰⁴.

No atual sistema jurídico português o segredo de justiça encontra-se alçado à categoria de garantia institucional, com expressa menção no artigo 20.º, n.º 3 da Constituição, desde a revisão de 1997. Garantia institucional que protege e limita direitos fundamentais, e que abrange o segredo na fase de inquérito em termos que não garantem, por si, aos particulares posições subjetivas autónomas.

No enquadramento do segredo de justiça na fase de inquérito ressalta que o mesmo deriva da existência de processo penal e não de factos com relevância criminal, pelo que os valores protegidos relacionam-se com o processo enquanto conjunto de atos coordenados para um fim.

¹⁰³ O artigo 5.º, com a epígrafe *obrigação de sigilo*, dispõe: «As pessoas referidas no n.º 1 do artigo 2.º ficam vinculadas pelo segredo de justiça quanto aos atos previstos nos artigos 2.º a 4.º de que tomem conhecimento, não podendo, nomeadamente, divulgá-los às pessoas cujas contas são controladas ou sobre as quais foram pedidas informações ou documentos.»

¹⁰⁴ Sendo certo que quando tal ocorre, isto é, elementos obtidos na averiguação preventiva são utilizados no processo penal, o problema é processual e apresenta-se estranho à matéria objeto da consulta. Ainda que o processo se encerre com o arquivamento do inquérito há um potencial espaço dialético na suscetibilidade de abertura de instrução, não se podendo olvidar os crimes em que qualquer pessoa se pode constituir assistente.

Refira-se, por fim, que existem atos e operações materiais que, no quadro de ações de prevenção criminal concreta, implicam interações comunicacionais geradoras de específicos deveres e direitos de informação, em particular pelos efeitos jurídicos na esfera de pessoas sujeitas a intervenções estaduais. Como também se sublinhou em vários passos, a consulta tem como objeto exclusivo a averiguação preventiva sem abordagem de medidas de polícia específicas, que não foram enunciadas na consulta, pelo que fica apenas enfatizada a existência de regras sobre medidas e incidentes específicos que podem comportar implicações particulares em sede de direitos de informação sobre a atividade estadual.

§ II.4.1.2 O sigilo absoluto das ações de prevenção relaciona-se, além da natureza reservada da prevenção policial concreta, com compromissos a que o Estado português se vinculou. Uma breve referência de alguns desses instrumentos revela o quadro axiológico determinante neste segmento, em especial dos deveres do Estado para quem lhe transmite informações relevantes num momento anterior à instauração do processo penal.

No Artigo 22.º da Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de abril de 1999¹⁰⁵, com a epígrafe *Proteção aos colaboradores da justiça e testemunhas*, a alínea determina:

«Cada Parte adotará as medidas que se revelem necessárias para assegurar uma proteção efetiva e adequada:
«a) Às pessoas que forneçam informações relativas às infrações penais previstas nos artigos 2.º a 14.º ou que, de outro modo, colaborem com as autoridades responsáveis pela investigação ou pela instauração do procedimento criminal».

¹⁰⁵ Ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 20 de setembro, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001, de 26 de outubro.

No artigo 13.º, n.º 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003¹⁰⁶, prescreve-se:

«Cada Estado Parte deverá adotar as medidas adequadas para assegurar que os órgãos de luta contra a corrupção competentes, referidos na presente Convenção, sejam conhecidos do público e, quando apropriado, que este tenha acesso a eles, com vista à comunicação, incluindo ao abrigo do anonimato, dos factos passíveis de serem considerados infração nos termos da presente Convenção.»

No artigo 33.º da mesma Convenção, com a epígrafe *Proteção das pessoas que dão informações*, prescreve-se:

«Cada Estado Parte deverá considerar a incorporação no seu sistema jurídico interno de medidas adequadas para assegurar a proteção contra qualquer tratamento injustificado de quem preste, às autoridades competentes, de boa fé e com base em suspeitas razoáveis, informações sobre quaisquer factos relativos às infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção.»

Regras derivadas da importância atribuída à cooperação com o setor privado para a prevenção e repressão criminais¹⁰⁷, que revelam o núcleo do quadro comprehensivo das exigências de sigilo absoluto das ações de prevenção relativas a perigos concretos.

§ II.4.2 A admissibilidade de comunicação aos visados de ações de prevenção dirigidas pelo Ministério Público no quadro do regime

¹⁰⁶ Ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 19 de julho de 2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de setembro.

¹⁰⁷ O artigo 39.º, com a epígrafe *Cooperação entre as autoridades nacionais e o sector privado*, prescreve:

«1 — Cada Estado Parte deverá adotar as medidas que se revelem necessárias para encorajar, em conformidade com o seu direito interno, a cooperação entre, por um lado, as autoridades nacionais competentes para a investigação e o procedimento judicial e, por outro, as entidades do setor privado, em especial as instituições financeiras, em assuntos relativos à prática de infrações estabelecidas em conformidade com a presente Convenção.

«2 — Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de incentivar os seus cidadãos e outras pessoas que residam habitualmente no seu território a comunicar às autoridades nacionais competentes para a investigação e o procedimento judicial a prática de uma infração estabelecida em conformidade com a presente Convenção.»

legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira

§ II.4.2.1 A abordagem das questões terceira a quinta da consulta, relativas ao acesso a informação sobre ações de prevenção realizadas no quadro do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, deve ser precedida pela menção de um tema que é, apenas, aflorado nas perguntas.

Reportamo-nos a referências à formulação de «convite» aos *visados* na averiguação preventiva, para «terem intervenção no processo», de acordo com a expressão adotada na reunião do DCIAP que esteve na origem da presente consulta¹⁰⁸.

O emprego das expressões «visados» e «convidados a terem intervenção no processo» torna necessário, em coerência com o que foi destacado em linhas anteriores, relembrar a existência de imperativos funcionais de abertura de inquérito nos casos em que o Ministério Público obteve informação consubstanciadora de uma notícia do crime.

Fundamental nesta vertente é a ideia de que os imperativos constitucionais relativos à interação entre o Estado e o suspeito compreendem coordenadas independentes da abertura formal de inquérito, ou, se se quiser formular noutros termos, a interação das instâncias formais de controlo com o suspeito do crime é conformada por coordenadas cuja operatividade não depende dos atos burocráticos de autuação e registo de um determinado expediente como processo penal.

Ressalta neste domínio a integração no sistema processual penal português de um conjunto de parâmetros influenciados pela prerrogativa contra a auto-incriminação de raiz anglo-americana, que, em sintonia com a construção do respetivo direito probatório, não depende dos formalismos procedimentais. Consequentemente, as instâncias formais de controlo estão

¹⁰⁸ Sobre essa reunião, vd. *supra* § II.1, o trecho relevante neste ponto é o seguinte: «Sendo pacífico que não há acesso aos processos desta natureza, ficou acordado que seria dado conhecimento aos visados — depois do arquivamento — nas situações em que se saiba que foi dada relevância pública ao processo ou quando os visados tenham sido convidados a terem intervenção no processo, nomeadamente a fornecerem elementos justificativos das operações.»

condicionadas na sua margem de ação perante «visados» em averiguações por razões materiais e funcionais independentes do rito procedural por elas adotado.

Regras reguladoras da comunicação do Ministério Público com o sujeito suspeito da prática de um crime que condicionam a margem de ação do Estado, mesmo quando não se assumiu a natureza processual penal das medidas empreendidas a partir da existência de notícia do crime e conhecimento da mesma pelo concreto agente da instância formal de controlo interveniente¹⁰⁹.

Parâmetros comprehensivos que determinam que as considerações desenvolvidas abaixo tenham como referência o pressuposto de que o eventual *convite* formulado a um *visado* para ter *intervenção no procedimento*, se desenvolve em contexto em que não existe suspeita da prática de um concreto crime objeto dessa indagação (nem sequer se pode falar em termos rigorosos de um *procedimento*). O problema das determinantes epistemológico-jurídicas conformadoras da obrigatoriedade da constituição como arguido de um visado numa indagação não vai ser abordado, na medida em que não integra, sequer de forma implícita, nenhuma das sete questões formuladas nem é aflorado na sua fundamentação¹¹⁰.

Constitui apenas um pano de fundo que, no quadro das *ações de prevenção* realizadas pelo Ministério Público ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, torna pertinente destacar que o eventual *convite* a pessoas para a respetiva

¹⁰⁹ Cf., designadamente, PAULO DE SOUSA MENDES, «Os direitos e deveres do arguido», *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. II, 2011, pp. 819-821; «A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1374-1378; PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 553-582. Sobre a responsabilidade própria do Ministério Público neste domínio vd., ainda, *supra* § II.2.3.

¹¹⁰ *Supra* § I e, ainda, §§ II.1 e II.2.3.

intervenção tem de operar-se num contexto em que não existe suspeita fundada de um concreto crime¹¹¹.

Existem, assim, pressupostos conformadores da análise subsequente que, sem extravasar o objeto do parecer, têm subjacentes duas conclusões assertivas:

O eventual *convite* formulado pelo Ministério Público para uma pessoa colaborar no quadro de *ações de prevenção* realizadas ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira para a respetiva *intervenção* na averiguação, opera-se num contexto em que não deve existir suspeita fundada de um concreto crime.

Existindo suspeita de um crime, as regras sobre a interação comunicativa do Ministério Público com o suspeito encontram-se estabelecidas pelo processo penal e a respetiva operatividade não depende da precedência dos atos burocráticos de autuação e registo do expediente como processo penal.

Em coerência, a análise desenvolvida à frente sobre os deveres de segredo e publicidade das *ações de prevenção* intersetava-se com um problema mais vasto (a investigação de um *suspeito* de crime) que não vai ser aqui abordado.

Em sintonia com o que se disse acima, a emergência de um interessado com direito de informação e acesso ao conteúdo de elementos que documentam a recolha de informação no quadro de *ações preventivas* previstas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94 depende da obtenção de notícia do crime por conhecimento próprio, denúncia obrigatória ou denúncia facultativa, com a consequente obrigação de o Ministério Público abrir processo penal cujas regras de comunicação de atos e acesso aos autos se encontram previstas, em primeira linha, no Código de Processo Penal.

¹¹¹ O que restringe de forma drástica a hipótese referida na 5.ª questão «o conhecimento pelo cidadão visado da pendência do processo de ação de prevenção», cf. *infra* §§ II.4.2.4 e II.4.2.5, sem olvidar que não se pode falar em termos rigorosos de processo (*supra* §§ II.3.2 e II.3.3).

§ II.4.2.2 As questões terceira a quinta da consulta centram-se na suscetibilidade de acesso por interessados aos autos ou documentação de ações preventivas pendentes e deveres de comunicação do Ministério Público do encerramento dessas ações.

Comecemos pela terceira questão — É possível o acesso aos autos, nos termos previstos no artigo 90.º do CPP, a processo gerado por ação de prevenção a que alude o artigoº 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro?

A resposta à questão decorre do que acima já foi destacado sobre as ações preventivas e o processo penal. Deve ter-se, ainda, presente uma ideia essencial já assinalada: As regras previstas no CPP sobre publicidade e segredo derivam da existência de processo penal e não de factos com relevância criminal, pelo que os valores protegidos relacionam-se com o processo enquanto conjunto de atos coordenados para um fim.

A fundamentação da resposta à terceira questão será assim conformada por duas premissas:

- 1) A recolha de informação no quadro de ações de prevenção desenvolvidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não integra o processo penal;
- 2) As regras do processo penal sobre acesso aos autos apenas se aplicam a indagações no contexto do processo penal, o que, nomeadamente, pressupõe uma prévia notícia do crime.

Pelo que a conclusão apresenta-se de ordem silogística:

O artigo 90.º do Código de Processo Penal não se aplica à documentação de ação de prevenção instaurada ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro.

§ II.4.2.3 A quarta questão encontra-se formulada nos seguintes termos: Deve o encerramento de processo por ação de prevenção a que alude o artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, ser comunicado ao cidadão visado e, em caso afirmativo, em que situações?

Como já se destacou, a consulta visa apenas os casos em que a ação de prevenção é encerrada sem se determinar a abertura de inquérito. Aberto inquérito, as regras sobre sigilo e acesso à informação constam do Código de Processo Penal.

Relativamente à recolha de informação no quadro de ações de prevenção a regra decorre, em primeira linha, do que está prescrito no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 36/94, quando estabelece um «dever de absoluto sigilo em relação aos factos de que tenha tomado conhecimento no exercício das funções de prevenção». Terminando a averiguação sem subsequente abertura de processo penal, apenas se aplicam as regras sobre as ações preventivas.

Encerramento da recolha de informação na *ação preventiva* a que, consequentemente, não se aplicam as regras sobre comunicações de despachos de arquivamento da fase de inquérito do processo penal, pois aquele ato tem pressuposta a inexistência de notícia do crime, daí que não se tenha aberto processo penal, nem tenha sido proferido um qualquer ato decisório processual penal.

Sem embargo, não deixa de ser significativo que as regras do processo penal apenas determinem, no artigo 277.º, n.º 3, do CPP, que o despacho de arquivamento seja comunicado ao arguido, ao assistente, ao denunciante com faculdade de se constituir assistente e a quem tenha manifestado o propósito de deduzir pedido de indemnização civil (bem como ao respetivo defensor ou advogado). Isto é, ainda que se aplicassem as regras sobre comunicação de despachos de arquivamento do inquérito das mesmas nunca se poderia extraír a comunicação ao «visado» de averiguação preventiva encerrada, pois este não poderia ser qualificado como «arguido», nem ter assumido nenhuma das outras posições que têm pressuposta a abertura do processo penal! Por outro lado, a autuação e registo de inquérito não tem de ser, enquanto tal, comunicada a nenhum interveniente processual, existem apenas específicos atos de inquérito que, nos termos da lei, têm de ser comunicados e o denunciante tem direito a cópia da denúncia, por força de disposição expressa¹¹².

¹¹² Nesse domínio apenas existem atos do inquérito que têm de ser comunicados e o direito de o denunciante querendo receber cópia da denúncia. Sublinhe-se que o parecer não (Nota Cont.)

Importa, ainda, referir a que a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA), aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, não regula o «exercício do direito dos cidadãos a serem informados pela Administração sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados e a conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas», o qual, de acordo com o artigo 2.º, n.º 4, da LADA, consta de legislação própria.

De qualquer modo, o aprofundamento do tema da eventual (in)aplicabilidade do regime da LADA no contexto das ações de prevenção já escapa ao objeto das perguntas formuladas, já que todas foram estabelecidas com base na perspetiva da legitimidade de um suposto interessado. E, como se destacou no parecer n.º 26/2012, de 13-9-2013¹¹³: «O acesso aos documentos administrativos regulado na LADA é conformado pelo princípio da administração aberta.»

Isto é, o único objeto das questões formuladas é aferição de um eventual direito *procedimental* de acesso à documentação das ações preventivas (dos cidadãos visados) e não de um genérico direito à informação, na titularidade de todos os membros da comunidade, previsto no artigo 268.º, n.º 2, da Constituição e na LADA.

Podem suscitar-se quanto a específicas medidas de polícia ou operações materiais determinadas em ações preventivas obrigações de reporte e comunicação a particulares, inclusive, por força da suscetibilidade de controlo jurisdicional ou do concreto controlo exercido por uma entidade judicial, mas essa matéria, como tem sido destacado em vários passos, não se confunde com o problema genérico do encerramento de operações desenvolvidas no quadro de ação preventiva (único objeto da questão da consulta).

(Cont. da Nota)

aborda, porque as mesmas não foram suscitadas, hipotéticas situações de violação de lei, nomeadamente de *fraude de etiquetas*, que exigiriam ponderações específicas sobre as consequências do desvio e o remédio imposto para a específica patologia.

¹¹³ Parecer que, à data do presente parecer, ainda não se encontra acessível na base de dados aberta ao público sita em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf>, estando, apenas, na «área reservada».

No plano jurídico, o eventual estabelecimento de relações de órgãos estaduais com particulares no quadro de processo judicial ou procedimento administrativo aberto em virtude de averiguação preventiva dirigida pelo Ministério Público terá de se operar no quadro do concreto procedimento administrativo ou judicial originado pela averiguação preventiva.

Ausência de notificação do encerramento da ação preventiva indissociável do princípio de que essa abstenção indagatória não produz, ao invés do que sucede com o despacho de arquivamento do inquérito, efeitos vinculantes para o futuro¹¹⁴.

A circunstância de não se ter logrado informação consubstanciadora de notícia do crime não tem implicações com interesses subjetivos tutelados pela ordem jurídica, aspeto que se vai repercutir nos efeitos de eventual informação adveniente do encerramento da ação preventiva, como se irá referir de seguida.

§ II.4.2.4 Passemos agora à quinta pergunta da consulta: No caso de resposta negativa à questão anterior, o conhecimento pelo cidadão visado da pendência do processo de ação de prevenção ou o seu conhecimento público poderão justificar a efetivação de uma comunicação do despacho de encerramento do aludido processo ao referido cidadão?

Esta questão visa uma iniciativa do Ministério Público no sentido da comunicação a «cidadão visado» do «despacho de encerramento» de averiguação preventiva em virtude do «conhecimento pelo cidadão visado» da pendência dessa averiguação ou do respetivo «conhecimento público».

Acima já se concluiu que não pode haver «conhecimento pelo cidadão visado da pendência do processo de ação de prevenção». Pois, a ação preventiva não pode envolver a suspeita de crime de um cidadão visado, e no caso de ocorrer uma interação entre o Ministério Público e um suspeito de crime aquela entidade está obrigada a aplicar as regras do processo penal. A operatividade da prerrogativa contra a auto-incriminação não depende da abertura formal de inquérito, mas da suspeita material, e os

¹¹⁴ Cf. *supra* II.2.4.

seus corolários jurídico-legais não podem ser derrogados por efeito colateral de violação da lei por parte das instâncias formais de controlo¹¹⁵.

No depuramento da quinta questão, essencial para salvaguardar a congruência com o que acima se concluiu sobre a natureza das ações preventivas e a sua relação com o processo penal, é necessário eliminar quaisquer menções a supostos processos ou despachos de arquivamento.

Subsiste, assim, exclusivamente, a questão de saber se o conhecimento público de averiguação preventiva pode justificar comunicação do encerramento da averiguação ao cidadão visado por aquela notícia.

A ausência de direitos de acesso à documentação não impede a suscetibilidade, em abstrato, de transmissão informativa, como resulta do subtexto da quinta questão. Com efeito, a inexistência de direitos procedimentais de acesso à documentação não se pode confundir com outras vertentes de divulgação de informação, em particular, decorrente de prestação de esclarecimentos visando o restabelecimento da verdade, nomeadamente, para salvaguarda de pessoas publicamente postas em causa.

Os esclarecimentos sobre a existência ou não de uma averiguação preventiva são um dos limites ao segredo dessa atividade. Esclarecimentos autónomos do direito de informação, que constitui um direito fundamental com consagração constitucional, pautando-se o seu regime pelos princípios derivados dos artigos 18.º e 19.º da Constituição: a aplicação imediata, o regime de vinculação das entidades públicas e privadas e a reserva de lei. Direito de informação consagrado no artigo 37.º, nº 1, da Constituição com natureza universal nas suas três vertentes constitucionais, direitos de *informar, se informar e ser informado*¹¹⁶.

¹¹⁵ Cf. artigo 59.º, n.º 2, do CPP: «A pessoa sobre quem recair suspeita de ter cometido um crime tem direito a ser constituída, a seu pedido, como arguido sempre que estiverem a ser efetuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afetem.»

¹¹⁶ V.g. OLIVEIRA ASCENSÃO, «Direito à informação e direito ao espetáculo», ROA, ano 48 (1988), p. 17; NUNO E SOUSA, *Liberdade de imprensa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, p. 157; JOSÉ ALEXANDRINO, *Estatuto constitucional da atividade de televisão*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 130; PAULO DÁ MESQUITA, «O segredo do inquérito penal — (Nota Cont.)

Possibilidade de esclarecimentos sobre a atividade preventiva compatível com a Constituição, pois o *segredo das ações preventivas* não é um direito fundamental¹¹⁷.

Apresentando-se o esclarecimento como um ato de entidade responsável pela averiguação, que não se destina à proteção do direito de informação, constitui uma atuação proactiva do Estado em nome de direitos pessoais das pessoas publicamente postas em causa inconfundível com a proteção judicial desses valores¹¹⁸.

Suscetibilidade de esclarecimentos no sentido de que não está pendente averiguação preventiva visando pessoa publicamente posta em causa, que deriva de ponderação de valores em que se integra o bom nome, mas não se confunde com os mecanismos jurídicos de salvaguarda desse valor, designadamente para contrapor às habituais «fontes anónimas». Importa ter presente que o direito ao bom nome e reputação está previsto no artigo 26.º, nº 1, da CRP, e é estranho ao objeto do parecer recortado nas sete questões formuladas a problemática dos direitos de ação dos titulares, para efetivar as proteções ao nível do direito da comunicação social (direito de resposta, reposição da verdade) e das tutelas jurídico-civil e jurídico-penal da honra e bom nome.

Questão autónoma, que não é sequer aflorada nesta sede, reporta-se à pretensão de acesso a dados no quadro do direito à prova em processos judiciais instaurados, nomeadamente, processos penais.

Sobre este ponto importa reiterar o que se afirmou no parecer n.º 26/2012, sobre segredo de Estado e processo penal¹¹⁹:

(Cont. da Nota)

uma leitura jurídico-constitucional», *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 2, (2002), p. 70; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2008 (4.ª ed.), p. 231; GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (4ª edição revista), p. 573.

¹¹⁷ Atenta ainda a necessidade de justificação teleológica dos esclarecimentos públicos.

¹¹⁸ Recorde-se que «o artigo 20.º (da CRP) não exige intervenção ou intervenção imediata de um tribunal quando se tenha que dispor sobre as relações e as situações recíprocas do Estado e dos cidadãos» (JORGE MIRANDA, *op. cit.*, 2008, p. 328).

¹¹⁹ Na medida em que esse parecer teve como relator o mesmo do presente parecer nada obsta a que se mantenham as notas de rodapé aí elaboradas e se proceda à sua inserção na sequência das notas do presente trabalho.

«O exercício de pretensões quanto à prova que, nomeadamente, envolvam controvérsia sobre as provas recolhidas na fase de inquérito, indicadas e juntas pelos sujeitos processuais para a fase de julgamento ou requeridas ao tribunal integra o núcleo da dialética processual da reserva da competência judicial.

«Constituindo o julgamento condição necessária para a decisão coerciva sobre a pretensão punitiva do Estado, o contraditório como princípio ordenador da audiência de julgamento criminal compreende duas vertentes: garantia da defesa e meio de construção da verdade judicial. Com implicações profundas na funcionalidade da audiência de julgamento e na atividade constitutiva dos sujeitos processuais, ao condicionar a ação e, em particular, a iniciativa e resposta das partes (dentro de tempos e regras pré-definidas) com um efeito mediato na margem de ação independente do tribunal.»

Ainda no parecer n.º 26/2012, sobre o direito probatório penal e a separação de águas:

«O direito probatório penal compreende um corpo de regras que determinam a informação que deve ser adquirida e valorada no processo e a forma como pode ser obtida a prova, num contexto de realização do direito penal com reservas constitucionais. Nesse corpo de regras estão, designadamente, compreendidas vertentes epistemológicas relativas à descoberta da verdade (com dimensões gnoseológicas sobre a fiabilidade do conhecimento do facto) e vertentes políticas relativa ao exercício legítimo da pretensão punitiva do Estado (envolvendo direitos fundamentais).

«O conjunto de regras e mecanismos para as inferências sobre os enunciados de facto estabelecido no direito probatório integra uma arquitetura conformada por uma pluralidade de coordenadas adotadas para a repressão do crime numa determinada sociedade.

«Nas questões de direito probatório as razões epistemológicas e as políticas podem confluir ou divergir quanto à via de solução. Existe uma tensão com a consequente necessidade de ponderação de valores (em primeira linha pelo legislador e, numa segunda fase, pelos intérpretes e aplicadores), num quadro em que as razões da verdade num Estado de

direito democrático podem colidir com exigências do processo, do *Due Process*, do *fair trial*, que constrangem o recurso a todos os meios epistemologicamente mais fiáveis, ou ainda valores políticos que obstam à consagração de factos com determinado sentido, apesar de os mesmos serem os mais prováveis no plano epistemológico.

«A reconstrução da verdade material do evento histórico pode, assim, ser condicionada por outros valores. A verdade processual pode, por razões políticas, ser limitada por regras que confinam o acesso à verdade material. Plano em que o Código de Processo Penal português de 1987 se destacou pela consagração da ideia de proibições de prova, com subsistência do esquema de invalidades. Um modelo com interseções e articulações geradoras de específicas dificuldades técnico-jurídicas, face à pretendida superação dos arquétipos do anterior modelo misto (o formalismo processual exacerbado e o substancialismo no julgamento de facto), e à ponderação (além das regras sobre o rito processual, em especial eventuais invalidades e seus efeitos) de proibições de prova determinadas por imperativos axiológico-constitucionais.»

Prosseguindo-se mais à frente sobre o contexto em devem ser exercidos direitos processuais à prova:

«Nas fases judiciais de um processo penal (instrução e julgamento) compete exclusivamente a um juiz determinar prescrições com repercussões extraprocessuais em nome do objeto da prova. Isto é, de acordo com o artigo 124.º do Código de Processo Penal, a autoridade judiciária competente deve determinar perante outras entidades as diligências relativas ao objeto da prova que é constituído por *todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*.

«Horizonte que conforma o exercício dos direitos do arguido em processo penal e o contexto em que os mesmos são invocáveis. Nesta vertente a lei processual penal apresenta orientações relativamente claras, intitulando-se o preceito legal nuclear, o artigo 61.º do Código de Processo Penal (CPP), *Direitos e deveres processuais*. Ideia de poderes endoprocessuais e não extraprocessuais confirmada no elemento diretamente prescritivo, “o

arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de [...]. Direitos processuais que compreendem iniciativas (do arguido) e decisões (das autoridades judiciárias) configuradas como atos do processo¹²⁰.

«Entre os direitos jurídico-processuais do arguido encontra-se o direito à prova contemplado na alínea g) do n.º 1 do artigo 61.º do Código de Processo Penal: “Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias”. Direito com repercussões específicas em função das fases do processo, em especial na fase do julgamento.

«Envolvendo a tutela do segredo de Estado uma política processual extrínseca, relativa a uma teleologia exógena ao processo, apresenta-se suscetível de colisão com políticas processuais intrínsecas, entre as quais se destacam finalidades distintas e por vezes antinómicas expressas nos princípios da descoberta da verdade material, do acusatório e do contraditório. Planos em que, o direito de contrariar a imputação e as provas apresentadas ou em que a acusação se fundamenta, relaciona-se com uma sede dos direitos de defesa, o princípio do contraditório, analítica e conceptualmente distinta dos princípios da descoberta da verdade e do acusatório¹²¹.»

Retornando ao domínio dos esclarecimentos objeto da quinta questão, o mesmo comprehende uma dimensão material que ultrapassa

¹²⁰ O conceito de atos do processo envolve uma perspetiva ampla, aliás reiterada no preceito relativo aos direitos do arguido, como compreendendo atos de «qualquer fase do processo». Vertente relativa à diacronia processual que conforma a distinção dos atos do processo em função das fases processuais que «não sendo ontológico-jurídica é de raiz funcional, por referência à sequência processual em que os atos estão inseridos e que os coordena para um determinado objetivo». O que determina, designadamente, que, mesmo na fase de inquérito só possam ser impostas medidas de coação pelo juiz a requerimento do Ministério Público e que a intervenção do juiz de instrução nessa fase seja necessariamente provocada. Por outro lado, nas fases jurisdicionais, Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 95, com referências bibliográficas.

¹²¹ Estas distinções têm importância. Com efeito, a Constituição determina no nº 5 do artigo 32.º que, o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. Daqui resulta que a imposição constitucional de estrutura acusatória se estende ao longo de todo o processo. Já o contraditório, em princípio, apenas é imposto nos atos instrutórios que a lei determinar. O artigo 28.º, nº 1, da Constituição impõe-no especificamente no que concerne à aplicação de prisão preventiva.

destrinças entre contextos operacionais e cinge-se ao restabelecimento da verdade posta em causa por divulgação pública de factos (verdadeiros ou falsos)¹²².

Essencial será, na linha do esquema axiológico subjacente à aprovação, na revisão de 1998 do Código de Processo Penal, da norma atualmente consignada no n.º 13 do artigo 86.º desse diploma, que não se ultrapassem dois limites negativos:

1- Os interesses preventivos e repressivos do Estado não podem ser prejudicados pela divulgação;

2- Direitos (públicos e/ou privados) tutelados por regras sobre sigilos legais específicos não podem ser afetados.

Tendo presente o princípio de sigilo absoluto das ações preventivas, o respetivo encerramento nunca deverá ser transmitido com envio de dados da respetiva documentação.

Verificado o pressuposto positivo de restabelecimento da verdade indevidamente posta em causa por difusão de supostas investigações visando uma determinada pessoa, nomeadamente, para salvaguarda de pessoas publicamente postas em causa, poderá haver lugar a uma

¹²² Prossegue-se o valor material da proteção do bom nome, sem gerar qualquer transmutação processual da averiguação preventiva, que subsiste inconfundível com o processo penal e com as regras de competência nesse domínio. Em processo penal a decisão sobre esse ponto compete à entidade que dirige o inquérito, a referida divulgação tem de ser precedida de despacho do Ministério Público. Por força da conjugação dos artigos 86.º, nº 9, 97.º, nº 2, 263.º, nº 1 e 270.º, nº 1 (*a contrario sensu*) do Código de Processo Penal. Na fase de instrução compete ao juiz de instrução (artigo 288.º, nº 1, do CPP). No inquérito, não sendo uma «diligência e investigação relativa ao inquérito» esse ato decisório não pode ser delegado no órgão de polícia criminal, afigurando-se-nos que apenas a respetiva realização pode ser objeto de delegação específica. Sobre este artigo refira-se a declaração de voto do grupo parlamentar do Partido Socialista por ocasião da aprovação da Lei nº 59/98, de 25-8 (in Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, *Código de Processo Penal*, Lisboa, Assembleia da República, vol. II, tomo II, 1999, p. 164 e ainda *Diário da Assembleia da República*, I Série, nº 86, de 30-6-1998): Relativamente a uma proposta da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, de que a divulgação fosse objeto de decisão do juiz de instrução, durante a instrução, ou do Procurador-Geral da República, durante o inquérito, afirmou-se: «a redação era muito lata e equiparava, indevidamente, o juiz de instrução ao Procurador-Geral da República. Nesse caso, a competência deveria ser atribuída ao Conselho Superior de Magistratura, o que não seria admissível». Quanto a um parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público no sentido de se acrescentar uma referência à autoridade judiciária: «considerou-se desnecessária a referência», pois «é evidente que tem de ser a autoridade que dirige o processo a emitir os comunicados».

comunicação no sentido de que não existe averiguação pendente visando aquela pessoa.

§ II.4.2.5 Como já se sublinhou em vários passos, o parecer deve respeitar os termos da consulta e o princípio de que incumbe em exclusivo à entidade consultante a decisão casuística sobre o âmbito da pronúncia, o qual, aliás, se apresenta perfeitamente clarificado no presente processo pela emanação de um conjunto de perguntas com contornos definidos.

Consequentemente, a terceira questão é a única que envolve uma pretensão de acesso por iniciativa do particular e a pergunta cinge-se ao problema de saber se aí se aplica o artigo 90.º do CPP, que mereceu uma inequívoca resposta negativa. Por outro lado, a quarta questão já se encerra numa perspetiva abrangente do ordenamento sobre a iniciativa da instância formal de controlo na comunicação de um ato específico, o encerramento da ação preventiva de recolha de informação prevista no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94.

A resposta negativa à quarta questão implicou a análise da quinta, cujos contornos estão relacionados com um universo hipotético previamente delimitado, o *conhecimento público* de averiguação preventiva visando cidadão determinado. Pergunta devidamente delimitada: comunicação do encerramento da ação preventiva a *cidadão visado* pela mesma.

Consequentemente existe uma panóplia de problemas que estão excluídos da quinta questão, nomeadamente comunicação de encerramento de ações preventivas quando não há *cidadão visado* ou quando não houve conhecimento público.

Também está excluído do objeto do presente parecer a comunicação do encerramento da averiguação a pessoas diferentes do *cidadão visado*, nomeadamente, a divulgação pública direta ou transmissão a órgãos de comunicação social.

Tendo-se concluído pela proibição de notificação ou comunicação do encerramento da ação preventiva aberta ao abrigo do artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 e admitindo-se a possibilidade, excepcional, de se ponderar esclarecimento sobre a inexistência de averiguação pendente

sobre uma determinada pessoa também se destacou que este, não sendo um ato decisório relativo a um interessado, não produz qualquer efeito de caso decidido em termos de exercício da ação penal.

Plano em que não se pode olvidar que o regime processual penal português em matéria de abstenção acusatória do Ministério Público comprehende implicações extraprocessuais e vinculantes para subsequentes exercícios estaduais sobre a matéria objeto do arquivamento, intransponíveis para uma averiguação preventiva que no plano funcional corresponde a uma atividade policial.

Urge encerrar este segmento com as asserções conclusivas derivadas do desenvolvimento empreendido até este passo:

A lei não admite qualquer comunicação do encerramento da recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* instauradas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 a «visados» na averiguação.

Concluída a recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* desenvolvidas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 se a respetiva pendência tiver sido conhecida publicamente poderá ser ponderada a prestação de esclarecimento a «visado» por essa notícia no sentido de que não está pendente qualquer averiguação preventiva relativa à sua pessoa com o fim de restabelecimento da verdade, nomeadamente, salvaguarda de pessoas publicamente postas em causa.

Na ponderação sobre a eventual prestação de esclarecimentos deve atender-se à suscetibilidade de lesão de interesses públicos (nomeadamente relativos à repressão e prevenção criminais) e de direitos subjetivos tutelados por regras sobre sigilos legais específicos.

Os eventuais esclarecimentos no sentido de que não existe averiguação preventiva pendente relativa a uma determinada pessoa não devem compreender a transmissão de quaisquer dados de averiguações em curso ou encerradas, os quais estão sujeitos a sigilo.

A emissão do esclarecimento no sentido de que não está pendente averiguação preventiva visando pessoa publicamente posta em causa não é um ato constitutivo de quaisquer direitos de abstenção de superveniente ação do Estado em matéria criminal, na medida em que não se reporta ao arquivamento de um processo penal.

§ II.5 Enquadramento das comunicações ao Procurador-Geral da República sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo previstas no regime legal sobre medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo

§ II.5.1 O regime legal sobre a recolha de informação gerada por comunicações ao Procurador-Geral da República de operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo

§ II.5.1.1 O regime legal relativo a comunicações ao Procurador-Geral da República sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo consta, atualmente, da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, nos termos do respetivo artigo 1.º, n.º 1, «estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo e transpõe para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo»¹²³.

¹²³ A Lei n.º 25/2008, retificada pela Declaração de Retificação n.º 41/2008, de 4-8, foi objeto de alterações: Os artigos 3.º e 24.º pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30-10, o artigo 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22-8, cuja redação tinha sido alterada pela Lei n.º 25/2008, foi posteriormente alterado pela Lei n.º 17/2011; o artigo 57.º foi modificado pela Lei n.º 46/2011, de 24-6; Alterados os artigos 3.º, 24.º e 25.º pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7-11; Alterados os artigos 2.º e 64.º e aditado o artigo 40º-A pelo Decreto-Lei n.º, de 6-2.

Constitui objeto exclusivo das duas últimas questões colocadas a problemática do «expediente» instaurado pelo Ministério Público na sequência de comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008 nas vertentes relativas à regulação legal da tramitação burocrática e formal e ao sigilo *versus* direito de acesso.

Pelo que, não se vão abordar outras dimensões jurídicas relativas aos deveres ativos de comunicação das entidades com sede em território nacional sujeitas à Lei n.º 25/2008¹²⁴.

¹²⁴ As entidades sujeitas estão enunciadas nos artigos 3.º e 4.º do diploma. O artigo 3.º, com a epígrafe *Entidades financeiras*, prescreve:

- «1 - Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, com sede em território nacional:
- «a) Instituições de crédito;
 - «b) Empresas de investimento e outras sociedades financeiras;
 - «c) Entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco;
 - «d) Organismos de investimento coletivo que comercializem as suas unidades de participação;
 - «e) Empresas de seguros e mediadores de seguros que exerçam a atividade referida na alínea c) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, com exceção dos mediadores de seguros ligados mencionados no artigo 8.º do referido decreto-lei, na medida em que exerçam atividades no âmbito do ramo «Vida»;
 - «f) Sociedades gestoras de fundos de pensões;
 - «g) Sociedades de titularização de créditos;
 - «h) Sociedades e investidores de capital de risco;
 - «i) Sociedades de consultoria para investimento;
 - «j) Sociedades que prossigam atividades que tenham por objeto contratos relativos ao investimento em bens corpóreos;
 - «k) Instituições de pagamento;
 - «l) Instituições de moeda eletrónica.
- «2 - São igualmente abrangidas as sucursais situadas em território português das entidades referidas no número anterior com sede no estrangeiro, bem como as sucursais financeiras exteriores.
- «3 - A presente lei aplica-se ainda às entidades que prestem serviços postais e ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P., na medida em que prestem serviços financeiros ao público.
- «4 - Para os efeitos da presente lei, as entidades referidas nos números anteriores são designadas “entidades financeiras”».

O artigo 4.º, com a epígrafe *Entidades não financeiras*, dispõe:

- «Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, que exerçam atividade em território nacional:
- «a) Concessionários de exploração de jogo em casinos;
 - «b) Entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias;
 - «c) Entidades que exerçam atividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis bem como entidades construtoras que procedam à venda direta de imóveis;
 - «d) Comerciantes que transacionem bens cujo pagamento seja efetuado em numerário, em montante igual ou superior a (euro) 15 000, independentemente de a
- (Nota Cont.)

As questões da consulta também não abrangem os *dossiers* abertos pelo Ministério Público relativos a fiscalizações no quadro da Lei n.º 25/2008 autónomas da receção de concretas comunicações remetidas pelas entidades sujeitas a esse regime normativo.

Excluídos da matéria do presente parecer encontram-se, assim, os particularismos de indagações iniciadas pelo Ministério Público sem uma prévia comunicação por iniciativa de entidade sujeita à Lei n.º 25/2008, indagações do órgão judiciário que, assinala-se, podem determinar específicos deveres de colaboração daquelas entidades¹²⁵.

(Cont. da Nota)

transação ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si;

«e) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais;

«f) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações:

«i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais;

«ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes;

«iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;

«iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica;

«v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente;

«vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais;

«g) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas e) e f).»

¹²⁵ No artigo 28.º, com a epígrafe *Dever específico de colaboração*, prescreve-se: «As entidades financeiras devem possuir sistemas e instrumentos que lhes permitam responder, de forma pronta e cabal, aos pedidos de informação apresentados pelo Procurador-Geral da República, pela Unidade de Informação Financeira e pelas autoridades judiciárias legalmente competentes, destinados a determinar se mantêm ou mantiveram, nos últimos cinco anos, relações de negócio com uma determinada pessoa singular ou coletiva e qual a natureza dessas relações.» A título ilustrativo, estão fora do horizonte do parecer atividades em que se vise a fiscalização do cumprimento pelas entidades sujeitas dos deveres de ação previstos na Lei n.º 25/2008, verificações que podem envolver deveres ativos de colaboração dessas entidades com a indagação do Ministério Público. Com efeito, no artigo 18.º, com a epígrafe *Dever de colaboração*: «As entidades sujeitas devem prestar prontamente a colaboração requerida pelo Procurador-Geral da República, pela Unidade de Informação Financeira para o desempenho das suas funções, pela autoridade judiciária responsável pela direção do inquérito ou pelas autoridades competentes para a supervisão ou a fiscalização do cumprimento dos deveres previstos na presente lei, de acordo com as respetivas competências legais,

(Nota Cont.)

Reportando-nos ao universo das questões, análises e indagações pré-processuais geradas por comunicações dirigidas ao Ministério Público por entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008, também se encontra excluído do objeto da consulta a medida específica de suspensão da execução da operação suspeita, prevista no artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 25/2008¹²⁶.

Além dos termos empregues na formulação das perguntas, tal limite é imposto pelas fundamentações da informação n.º 14/2013 do DCIAP, de 3-12-2013, e da informação GA130293, de 5-12-2013, do Gabinete da Procuradora-Geral atentos os paralelos estabelecidos em matéria de regimes normativos (da Lei n.º 36/94 e 25/2008), e a própria fenomenologia que esteve na génese da consulta¹²⁷. Aliás, a suspensão da execução de operações suspeitas implica que o visado passe a ter conhecimento de que existe uma atuação estadual relativa à mesma (condicionante da sua faculdade de movimentação de uma conta bancária), o que determina um incidente judicial (artigo 205.º da Constituição) sobre a medida restritiva de direitos, pois a ordem de suspensão carece de confirmação por um juiz no

(Cont. da Nota)

nomeadamente garantindo o acesso direto às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados.»

¹²⁶ Importa transcrever os n.ºs 1 a 3 do artigo 17.º da Lei n.º 25/2008 cuja epígrafe é *Dever de abstenção*:

«1 - As entidades sujeitas devem abster-se de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

«2 - A entidade sujeita deve informar de imediato o Procurador-Geral da República e a Unidade de Informação Financeira de que se absteve de executar a operação, podendo aquele determinar a suspensão da execução da operação suspeita notificando, para o efeito, a entidade sujeita.

«3 - A operação suspensa pode, todavia, ser realizada se a ordem de suspensão não for confirmada pelo juiz de instrução criminal no prazo de dois dias úteis a contar da comunicação realizada pela entidade sujeita, nos termos do número anterior.»

¹²⁷ *Supra* §§ I e II.1. Na informação do Gabinete, a única referência à «suspensão» reporta-se à sua decomposição como tipologia autónoma das «comunicações» — «Estes dois tipos de situação (deveres de comunicação e possibilidade de suspensão da execução da operação)» —, referindo-se nas perguntas apenas as comunicações. Por seu turno na informação do DCIAP assume-se um processamento autónomo: «Note-se que, sempre que é decidida uma medida de suspensão provisória de operações bancárias é instaurado inquérito, no âmbito do qual deve vir a ocorrer a confirmação judicial dessa medida». Importa sublinhar que a transcrição destes trechos não envolve qualquer pré-compreensão favorável ou desfavorável às posições expressas, mas, única e exclusivamente, delimitar negativamente a matéria do parecer que não envolve qualquer tomada de posição sobre a qualificação e enquadramento da tipologia «suspensão da execução da operação suspeita».

prazo de dois dias, não podendo ser mantida na falta desse ato judicial (artigo 17.º, n.º 3, da Lei n.º 25/2008).

Pelo que, a subsequente pronúncia vai cingir-se à análise e recolha de dados que, além do acesso e tratamento da informação obtida de entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008, não compreendam outras medidas especiais restritivas de direitos, como a suspensão da execução de operações suspeitas — suspensão que envolve ponderações específicas autónomas do objeto do presente parecer, as quais, consequentemente, não vão ser abordadas nas linhas subsequentes.

§ II.5.1.2 Essencial para a matéria objeto do presente parecer apresenta-se o artigo 16.º da Lei n.º 25/2008, com a epígrafe *Dever de comunicação*, cujo n.º 1 prescreve que as entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 «devem, por sua própria iniciativa, informar de imediato o Procurador-Geral da República e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação suscetível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo».

Comunicações que no caso de advogados e solicitadores têm como mediadores as respetivas ordens profissionais, prescrevendo-se no n.º 1 do artigo 35.º: «No cumprimento do dever de comunicação previsto no artigo 16.º, os advogados e os solicitadores comunicam as operações suspeitas, respetivamente, ao bastonário da Ordem dos Advogados e ao presidente da Câmara dos Solicitadores, cabendo a estas entidades a comunicação, pronta e sem filtragem, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, sem prejuízo do disposto no número seguinte»¹²⁸.

¹²⁸ Passam a transcrever-se os n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º:

«2 - Tratando-se de advogados ou solicitadores e estando em causa as operações referidas na alínea f) do artigo 4.º, não são abrangidas pelo dever de comunicação, as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.

«3 - O disposto nos números anteriores aplica-se, igualmente, ao exercício pelos advogados e solicitadores dos deveres de abstenção e de colaboração previstos nos artigos 17.º e 18.º, competindo àqueles profissionais, no âmbito do dever de

(Nota Cont.)

Nesta matéria releva ainda o dever específico de comunicação prescrito no artigo 27.º: «Em caso de operações que revelem especial risco de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, nomeadamente quando se relacionem com um determinado país ou jurisdição sujeito a contramedidas adicionais decididas pelo Conselho da União Europeia, as autoridades de supervisão do respetivo sector podem determinar o dever de comunicação imediata dessas operações ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, quando o seu montante for igual ou superior a (euro) 5000.»

As comunicações podem, também, ter origem em autoridades de supervisão e fiscalização das entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008, por força do artigo 40.º, n.º 1: «Sempre que, no exercício das suas funções, as autoridades de supervisão das entidades financeiras e de fiscalização das entidades não financeiras tenham conhecimento ou suspeitem de factos suscetíveis de poder configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, devem participá-los, prontamente, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, caso a comunicação ainda não tenha sido realizada».

Deveres de comunicação que abrangem igualmente as autoridades responsáveis pela supervisão das sociedades gestoras de mercados de valores mobiliários, das sociedades gestoras de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários e das sociedades gestoras de mercados de câmbios, nos termos do n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 25/2008.

§ II.5.2 Determinações normativas sobre o processamento burocrático desenvolvido pelo Ministério Público na recolha de informação gerada por comunicações recebidas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo

(Cont. da Nota)

colaboração, logo que lhes seja solicitada assistência pela autoridade judiciária, comunicá-lo ao bastonário da Ordem dos Advogados ou ao presidente da Câmara dos Solicitadores, facultando a estas os elementos solicitados para efeitos do disposto no n.º 1.»

§ II.5.2.1 A sexta questão formulada na consulta foi a seguinte: Todas as comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, devem ser tratadas ao abrigo da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro?

Essa pergunta comprehende um verso e um reverso: Por um lado deve atender-se ao que é imposto pela lei; Por outro, referir o que é deixado em aberto pela lei à autorregulação do Ministério Público (não devendo tecer este órgão consultivo de raiz técnica considerandos que vão além das condições de ação impostas pela lei¹²⁹).

Enfoques distintos que permitem uma resposta negativa e outra positiva:

1- Os comandos normativos legais relativos ao desenvolvimento burocrático da documentação de ações de prevenção desenvolvidas pelo Ministério Público no quadro da Lei n.º 36/94 são autónomos das regras sobre tratamento de comunicações recebidas ao abrigo da Lei n.º 25/2008;

2- As Leis n.º 36/94 e n.º 25/2008 deixam em aberto à autorregulação do Ministério Público ao nível do estabelecimento dos expedientes burocráticos (v.g. de registo e autuação) relativos à documentação das ações desenvolvidas nos respetivos quadros normativos.

Quanto ao essencial do tratamento subsequente deve fixar-se a seguinte ideia: A análise e recolha de informações gerada por comunicação de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, ao abrigo da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, são reguladas por um regime legal autónomo da Lei n.º 36/94.

§ II.5.2.2 As comunicações recebidas ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2008 em que as suspeitas transmitidas, por si só ou conjugadas com outra informação já detida pelo Ministério Público, não determinam em concreto a imediata abertura da fase de inquérito do

¹²⁹ Cf. *supra* § II.1.

processo penal e envolvem uma indagação regulada, no plano jurídico-legal, por um regime autónomo do estabelecido pela Lei n.º 36/94¹³⁰.

Objeto do parecer é uma atividade com origem em comunicação relacionada com informações sobre eventual crime em que não se abre processo penal, pois aberto inquérito, o mesmo tem de respeitar regras procedimentais gerais estabelecidas pelo Código de Processo Penal.

No plano do direito interno, as averiguações prévias à abertura de processo penal desenvolvem-se no quadro jurídico-constitucional que já analisámos a propósito da Lei n.º 36/94. Isto é, o contexto analisado acima sobre as responsabilidades e funções no plano jurídico-constitucional do Ministério Público subsiste quanto aos atos materiais prévios à abertura de um eventual inquérito.

Sem embargo, raízes históricas profundamente distintas têm repercussão em diplomas diferenciados, e, por outro lado, não existe nenhuma remissão expressa ou implícita da Lei n.º 25/2008 para a Lei n.º 36/94.

O regime consagrado na Lei n.º 36/94 foi o produto de um esquema jurídico de raiz nacional, naturalmente, influenciado por aprendizagens do direito comparado, mas, no essencial, determinado pelos particularismos jurídicos do direito português, tanto no plano da destrinça funcional entre atividade de polícia e processo penal como, no plano orgânico, na separação e interdependência entre Ministério Público e Polícia Judiciária. Dimensão portuguesa bem revelada no processo legislativo e no delicado estabelecimento, ou tentativas de respeito, de fronteiras analítico-formais entre prevenção e repressão criminais¹³¹.

Já na génesis do regime legal relativo a indagações geradas por comunicações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo estão compromissos e vinculações de âmbito internacional cujos alicerces se encontram para além dos esquemas e compreensões estritamente nacionais sobre os conceitos de polícia e justiça — cruzando, designadamente, conceções muito diversas

¹³⁰ *Supra* § II.2.

¹³¹ Cf. *supra* § II.3.

de diferentes direitos europeus continentais e categorias do direito anglo-americano¹³².

No plano estritamente jurídico, o programa político-criminal das ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 é determinado pela ideia de respeito estrito das condições de abertura de inquérito estabelecidas no Código de Processo Penal, expressa nas exposições de motivos e fundamentações das propostas de lei que estão na sua origem, acentuadas pelas alterações da redação das normas ao longo do processo legislativo, diálogo com as fiscalizações preventivas do Tribunal Constitucional e próprias ressalvas inequívocas no texto legal sobre a separação de cenários entre o pré e o pós notícia do crime.

Relativamente à Lei n.º 36/94 existe, consequentemente, uma ideia matricial de proibição do pré-inquérito que, desde a primeira hora, foi destacada como linha de fronteira intransponível e conformadora da *ratio* do regime legal que visava em matéria de ações preventivas, fundamentalmente, responder ao problema de se tratar de crimes sem vítima que exigem proatividade das instâncias formais de controlo sem dependência da notícia de crime por via de uma denúncia facultativa ou obrigatória que satisfaça os requisitos da lei processual.

Teleologia que envolve uma hermenêutica, no essencial, determinada pela posição na hierarquia jurídico-formal das regras constitucionais, mas, também na relação entre diplomas infraconstitucionais pela prevalência das coordenadas estabelecidas pelo Código de Processo Penal em matéria de conhecimento e tratamento da notícia do crime, primado expressamente ressalvado pela Lei n.º 36/94¹³³.

No que concerne à Lei n.º 25/2008 a diferença do processo de gestação, sem olvidar o lastro de diplomas nacionais precedentes sobre o mesmo domínio jurídico, impõe que mesmo no plano jurídico-formal se deva atender a um parâmetro que não tem paralelo com intensidade equivalente na Lei n.º 36/94: Relações entre, por um lado, as normas de Direito Internacional convencional «regularmente ratificadas ou aprovadas» por

¹³² Cf. SÉRVULO CORREIA, *op. cit.*, pp. 393-404; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 282-285.

¹³³ *Supra* §§ II.2.3, II.3.2 e II.3.3.

Portugal e de diretivas da União Europeia e, por outro, o direito infraconstitucional português. Dimensão jurídico-formal que revela coordenadas da Lei n.º 25/2008 inconfundíveis com as que vimos conformarem a Lei n.º 36/94.

Em primeira linha, deve reconhecer-se que as normas dos tratados internacionais com o enquadramento e objeto, nomeadamente, da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a 9 de dezembro de 1999¹³⁴ e da *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo* aprovada em 16 de maio de 2005¹³⁵ posicionam-se numa relação de subordinação perante a Constituição, pelo que, têm de se conformar com as regras do direito constitucional português¹³⁶, tal como a Lei n.º 25/2008 na medida em que transpõe as Diretivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo^{137 138}.

¹³⁴ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 51/2002 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 31/2002, de 2-8.

¹³⁵ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 82/2009 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 78/2009.

¹³⁶ Estando, aliás, as referidas Convenções sujeita à fiscalização de constitucionalidade, ainda que com variantes, cf. artigos 277.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, 279.º, n.º 4 e 280.º, n.º 3, da Constituição. Quanto às diretivas comunitárias, embora o Presidente da República tenha as suas competências comprimidas relativamente às competências que pertencem à reserva parlamentar que foram transferidas para a esfera de decisão europeia, por ter deixado de poder exercer o direito de voto e promulgação sobre essa matérias ao contrário do que sucederia se fossem aprovadas em diplomas da Assembleia da República e do Governo nessas áreas, no que concerne à leis e decretos-lei que procedem à transposição de diretivas (artigo 112.º, n.º 8 da Constituição) subsistem intocados os poderes jurídico-constitucionais de controlo da constitucionalidade preventiva e sucessiva.

¹³⁷ O problema da posição do Direito Internacional que não integra o *ius cogens* no direito português não está diretamente resolvido no texto constitucional. Contudo, a prevalência da Constituição Portuguesa sobre o Direito Internacional convencional em que se enquadram as convenções referidas no texto resulta das várias abordagens interpretativas preconizadas na doutrina nacional. O valor supralegal das Convenções referidas no texto constitui um corolário lógico da doutrina que preconiza uma prevalência da Constituição da República Portuguesa sobre todo o Direito Internacional convencional inserido voluntariamente na ordem jurídica interna, por outro lado, os autores que apontam para dimensões de prevalência de algum Direito Internacional (Nota Cont.)

A questão nuclear neste ponto é que a *Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo*, de 9 de dezembro de 1999 e a *Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo* de 16 de maio de 2005 enquanto vincularem «internacionalmente o Estado Português» (artigo 8.º, n.º 2, da Constituição) têm primado sobre o direito interno infraconstitucional¹³⁹.

(Cont. da Nota)

convencional sobre a Constituição não consideram que estão abrangidos tratados com o enquadramento, objeto e escopo do que estão sob análise neste parecer. Ressaltando no sentido dessa conclusão, as implicações decorrentes dos princípios da soberania (artigos 1.º e 9.º, alínea a), da Constituição) e do Estado de Direito (artigos 2.º e 9.º, alínea b), da Constituição). V.g. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra (4.ª ed.), 2007, p. 255; JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (eds.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 93; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 155; JORGE BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 450; VLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 129. Como se referiu no texto existem variantes doutrinárias, na identificação de normas de Direito Internacional convencional que prevalecem sobre a Constituição, podendo referir-se a título meramente ilustrativo algumas que não colocam em causa a conclusão do parecer quanto à Convenção ETS n.º 196. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS preconizam que o primado do Direito Internacional sobre a Constituição também abrange «o Direito Internacional convencional particular que versa sobre Direitos do Homem, e neste caso em consequência do artigo 16.º, n.º 1 [...]. A idêntica conclusão se chega no que respeita à Declaração Universal dos Direitos do Homem, por imposição do artigo 16.º, n.º 2, se não se entender, como entendemos, que ela cabe no artigo 8.º, n.º 1» (*op. cit.*, p. 121), esses autores, contudo já consideram que «o demais Direito Internacional convencional» «cede perante a Constituição mas tem valor supralegal» (*op. cit.*, p. 121). PAULO OTERO considera que existe um primado dos tratados comunitários sobre a Constituição (*Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 605 e ss.). EDUARDO CORREIA BAPTISTA preconiza o valor supraconstitucional da Carta das Nações Unidas, Convenção de Genebra de 1949, protocolo de 1977 e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e, por diferentes motivos, dos tratados constitutivos das Comunidades Europeias e da União Europeia (*Direito Internacional Público*, v. 1, Lex, Lisboa, respetivamente, pp. 438-439 e 445). Orientação que coincide com as pronúncias do Tribunal Constitucional sobre o tema — Cf. acórdãos n.º 32/88, 168/88, 494/99 e 522/2000.

¹³⁸ Sobre o primado do direito da União Europeia, v.g. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra Editora, 2004, pp. 182-185; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *op. cit.*, vol. I, pp. 252-253 e 264-273.

¹³⁹ Aponta nesse sentido de forma quase unânime a doutrina — V.g. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, p. 121; JORGE MIRANDA in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS (eds), *op. cit.*, p. 94; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 171; JORGE BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 456. Posição igualmente assumida na jurisprudência do Tribunal Constitucional (cf. Acórdão n.º 494/99). No sentido da consagração constitucional do monismo com primado do Direito Internacional convencional sobre o direito infraconstitucional português também já se pronunciou o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nomeadamente, no parecer n.º 70/94, de 16-2-1995, no parecer n.º 36/1999, de 30-8-2002, no segundo parecer complementar n.º 2/93 de 20- (Nota Cont.)

Por outro lado, transpostas as diretivas referidas no preâmbulo da Lei n.º 25/2008, pressupondo que a transposição foi correta (presunção que leva a que não se suscite, em primeira linha, o problema do efeito direto das diretivas), o direito nacional ordinário passa a ser conformado pela obrigação de interpretação conforme, decorrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia fundada no princípio da cooperação leal entre os Estados membros e a União Europeia. Por isso, a obrigação de interpretar o direito nacional relevante sobre prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo em conformidade com o Direito da União Europeia impõe-se ao Estado. Obrigação de interpretação conforme do direito nacional, à luz do texto e, sublinhe-se, da finalidade do direito comunitário, para atingir o resultado por ela prosseguido.

§ II.5.2.3 As fundações distintas das Leis n.º 36/94 e n.º 25/2008 aprofundam a autonomia dos regimes normativos, sem embargo dos necessários cruzamentos e interseções e necessidade de visões abrangentes no tratamento da informação por parte das instâncias formais de controlo, em especial Ministério Público e Polícia Judiciária com responsabilidades político-criminais neste domínio, que não se devem fragmentar pela simples pluralidade de cenários operacionais em que atuam — embora existam restrições à transmissão de alguns dados entre diferentes atividades objeto de documentação e registo.

Acresce que a linha delimitadora referida entre ações de prevenção e fins do processo penal, destacada a propósito da Lei n.º 36/94, não apresenta os mesmos contornos quanto às indagações empreendidas com base em comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, como aliás resulta da mais clara funcionalidade processual penal dessas indagações revelada no n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 25/2008: «As informações fornecidas nos termos do número anterior apenas podem ser utilizadas em processo penal».

(Cont. da Nota)

4-2005 e no parecer n.º 4/2008, de 1-6-2011 (todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt).

Dimensão repressivo criminal da indagação associada a uma regra especial destinada a operar no próprio processo penal, sobre a proteção da identidade de quem forneceu as informações, pois não pode «ser revelada, em caso algum, a identidade de quem as forneceu»¹⁴⁰.

Em síntese, as considerações sobre a natureza das ações preventivas empreendidas ao abrigo do artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 não são transponíveis em termos imediatos para os atos prévios à abertura de eventual inquérito gerados por comunicações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

A análise e processamento das informações recebidas ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2008 são atividades que têm subjacentes três diferenças nucleares em termos epistemológico-jurídicos relativamente às ações preventivas da Lei n.º 36/94:

- 1- São empreendidas com base numa suspeita de crime;
- 2- Os dados que estão na sua génese e informações adicionais recolhidas de entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 «apenas podem ser utilizadas em processo penal»;
- 3- Reportam-se a atividade do Ministério Público gerada por impulsos exógenos (comunicações de entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008) e não a um exercício estritamente proativo.

§ II.5.2.4 Constituindo um pressuposto da 6.ª questão que não tenha havido lugar à abertura de processo penal, importa aferir o problema da competência intra-orgânica para receção e tratamento das comunicações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

Matéria de competência em que se revela mais uma significativa distinção entre o regime da Lei n.º 36/94, conjugado com o artigo 47.º, n.º 4, do EMP (em que as ações preventivas competem *ope legis* ao DCIAP), e o disposto na Lei n.º 25/2008, em que a competência para receção,

¹⁴⁰ Cf., ainda, *infra* § II.6.

tratamento, análise e decisão sobre tramitação subsequente das comunicações de operações suspeitas é atribuída, no plano legal, ao Procurador-Geral da República (artigos 16.º, n.º 1, 17.º, n.ºs 2 e 4, 18.º, 27.º, 28.º, 35.º, 40.º, 41.º), o qual, ao abrigo do artigo 63.º da Lei n.º 25/2008, pode delegar «noutro magistrado» as competências que lhe são atribuídas pela Lei nº 25/2008¹⁴¹.

Lei n.º 25/2008 que distingue a competência intra-orgânica no Ministério Público para a ponderação pré-processual, atribuída ao Procurador-Geral da República, da que se reporta às decisões relativas a imediatos objetivos processuais penais ou, utilizando outra fórmula, relativas à tramitação subsequente à abertura de inquérito — as quais são da responsabilidade do Ministério Público competente para a direção do inquérito (artigos 18.º, 28.º, 35.º, n.º 3, 53.º, alíneas q) e aa) da Lei n.º 25/2008).

Sendo, aliás, de raiz diferente as competências das diferentes entidades do Ministério Público:

- Por um lado, no âmbito específico da Lei n.º 25/2008 relativamente às competências do Procurador-Geral da República o diretor do DCIAP e outros magistrados desse Departamento têm, respetivamente, competências delegadas e subdelegadas;

- Já no que concerne aos atos relativos aos inquéritos gerados pelas comunicações e eventuais averiguações preventivas desenvolvidas no quadro da Lei n.º 25/2008 existe uma competência intra-orgânica atribuída *opere legis* a determinado órgão do Ministério Público (atento, nomeadamente, o disposto no artigo 264.º do CPP e os artigos 47.º, n.º 3, e 73.º do EMP).

Nesta medida, os magistrados do Ministério Público que intervêm nas análises e averiguações derivadas de comunicações previstas na Lei n.º 25/2008, ao abrigo de delegação ou subdelegação de competências, no

¹⁴¹ No momento da prolação do presente parecer, encontra-se em vigor uma delegação das competências atribuídas ao Procurador -Geral da República pela Lei n.º 25/2008, no atual diretor do DCIAP, conferida por despacho, de 18-3-2013 (pub. no *Diário da República* II S., de 28-3-2013), e uma autorização de subdelegação das referidas competências noutros magistrados do DCIAP conferida pelo Despacho n.º 11631/2013, de 27-8-2013 (pub. no *Diário da República* II S., de 6-9-2013).

exercício de funções atribuídas pela lei ao Procurador-Geral da República, na medida em que profiram atos processuais penais que estejam para além dos previstos na Lei n.º 25/2008 atuam enquanto membros do Ministério Público, mas baseados noutra fonte em termos de competência, como magistrados competentes para o inquérito por força da lei (cf. artigo 264.º, n.ºs 1 a 3, do CPP e artigo 47.º, n.º 1, do EMP) ou em substituição precária de magistrado competente, dependendo para o efeito dos pressupostos urgência ou perigo na demora (artigo 264.º, n.º 4, do CPP)¹⁴².

Extraindo do desenvolvimento empreendido até este passo as respostas relativas à sexta conclusão as mesmas desdobram-se pelas seguintes duas asserções:

A análise e recolha de informações geradas por comunicação recebida, ao abrigo da Lei n.º 25/2008, sobre suspeitas de operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo quando não compreendem a suspensão da execução das operações suspeitas consistem em atos materiais ou operações materiais que não se encontram regulados pela Lei n.º 36/94¹⁴³.

A autonomia dos regimes sobre a recolha de informação no quadro de ações preventivas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 e sobre análises e indagações originadas por comunicações de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo ao abrigo da Lei n.º 25/2008 em que não se suspende a execução das operações suspeitas é compatível com esquemas de auto-organização da respetiva documentação burocrática pelos serviços do Ministério Público em que tanto podem ser adotados autuações e registos equivalentes como distintos.

¹⁴² Recorde-se que, como já se destacou, o presente parecer restringe-se à recolha de informações gerada por comunicação de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, ao abrigo da Lei n.º 25/2008, que não compreendem a suspensão da execução das operações suspeitas nem a remessa de dados para a fase de inquérito do processo penal — *supra* §§ II.1 e II.5.1.

¹⁴³ Que não compreenda a suspensão da execução das operações suspeitas nem determine a abertura de inquérito.

§ II.6 A análise e recolha de informações desenvolvidas pelo Ministério Público antes da eventual abertura de inquérito na sequência de comunicações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo e o respetivo sigilo

§ II.6.1 A análise e recolha de informações desenvolvidas pelo Ministério Público na sequência de comunicações recebidas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo antes da eventual abertura de inquérito

§ II.6.1.1 A sétima questão da consulta divide-se em duas componentes, (a) as eventuais especificidades da análise e tratamento das comunicações sobre operações suspeitas prévias à abertura de eventual inquérito e (b) a problemática do respetivo sigilo.

Recorde-se a pergunta formulada:

Em caso negativo¹⁴⁴, quais as comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que devem ser excluídas desse tratamento, qual a natureza jurídica do expediente gerado por essas comunicações, o respetivo regime de acesso à sua consulta e de comunicações aos cidadãos diretamente visados?

§ II.6.1.2 Como já se destacou, o artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não regula um procedimento mas determina um quadro de atividade de polícia em sentido material. Pelo que, não se prevê naquele diploma nenhum regime procedural especial de ações preventivas que possa ser objeto de uma remissão parcial ou total.

Passando ao regime da Lei n.º 25/2008 sobre análises e indagações desenvolvidas na sequência de comunicação de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo que não compreendam a suspensão da

¹⁴⁴ Negativa que se reporta à resposta à sexta pergunta: «Todas as comunicações efetuadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, devem ser tratadas ao abrigo da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro?» — cf. *supra* § II.5.

execução das operações suspeitas nem a abertura de inquérito ressalta que as mesmas, constituindo operações materiais sujeitas a documentação, não envolvem uma sequência regulada sobre o encadeamento de atos jurídicos.

O «expediente» referido na sétima questão relaciona-se, assim, com as exigências de documentação e não com os atos materiais que podem, em função do seu conteúdo e dimensão operativa, apresentar diferentes características e requisitos, nomeadamente, em termos de decisão, autorização e controlo. Como medida especial prevista nessa lei ressalta a suspensão da execução de operação suspeita, competência legal do Procurador-Geral da República suscetível de delegação, a qual carece de confirmação de juiz de instrução criminal no prazo de dois dias úteis a contar da comunicação realizada pela entidade sujeita (artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 25/2008).

Dimensão específica no domínio da Lei n.º 25/2008 apresentam, ainda, os poderes de exigir colaboração, atentos os deveres gerais das entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 e deveres especiais previstos para entidades financeiras e para entidades não financeiras¹⁴⁵.

A obrigação de interpretar o direito nacional relevante sobre prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo em conformidade com o Direito da União Europeia deve operar-se, à luz do texto e, sublinhe-se, da finalidade do direito comunitário, para atingir o resultado por ela prosseguido.

A linha delimitadora referida, a propósito da Lei n.º 36/94, entre ações de prevenção e fins do processo penal, não apresenta os mesmos contornos quanto às indagações empreendidas com base em comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Como aliás resulta da mais clara funcionalidade processual penal dessas indagações revelada no n.º 2 do artigo 16.º: «As informações fornecidas nos termos do número anterior apenas podem ser utilizadas em processo penal». Funcionalidade processual da indagação associada a uma regra especial destinada a operar no próprio processo penal, sobre a proteção da identidade de quem forneceu

¹⁴⁵ *Supra* § II.5.1.1.

as informações, pois não pode «ser revelada, em caso algum, a identidade de quem as forneceu»¹⁴⁶.

O aprofundamento dogmático da natureza das indagações desenvolvidas com base nas comunicações recebidas ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2008 envolve um tópico de raiz classificatória, eventualmente fora das taxonomias estabelecidas no Código de Processo Penal e Lei de Segurança Interna (aprovada pela Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto).

De qualquer modo, o que se pretende destacar neste passo é que as Diretivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro, e n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de agosto, correspondem a um programa com um ponto nuclear relevante para o objeto do parecer: As autoridades competentes dos Estados-Membros têm uma obrigação de controlo «eficaz» do cumprimento dos requisitos estabelecidos na diretiva pelas instituições e pessoas por ela abrangidas e das medidas necessárias para garantir esse cumprimento.

Quadro em que se atribuiu ao Procurador-Geral da República (ou a magistrado em quem se delegue essa competência) uma ponderação pré-processual distinta da que se reporta às decisões relativas a imediatos objetivos processuais penais ou, utilizando outra fórmula, relativas à tramitação subsequente à abertura de inquérito — as quais são da responsabilidade do Ministério Público competente para a direção do inquérito (artigos 18.º, 28.º, 35.º, n.º 3, 53.º, alíneas q) e aa) da Lei n.º 25/2008).

Base compreensiva para o tratamento da sétima questão, que pode ser empreendida sem um compromisso estrito sobre a natureza das diversificadas medidas que podem ser adotadas nesse contexto pré-processual, as quais apresentam características específicas insusceptíveis de uma síntese simplista no sentido de subsumi-las de forma genérica a uma

¹⁴⁶ A interpretação conforme o Direito da União Europeia da restrição do n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 25/2008, «as informações fornecidas nos termos do número anterior apenas podem ser utilizadas em processo penal», não integra o objeto do presente parecer.

de três categorias — medidas processuais penais, preventivas ou de dupla função¹⁴⁷.

A análise e indagação sobre comunicações relativas a operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, quando se opera num quadro prévio ao processo penal, tem como particularidade essencial a exigência de medidas que preservem o segredo de identidade de comunicadores e informadores. Sigilo que deve subsistir para futuro¹⁴⁸.

Particularismo das operações materiais envolvidas, na análise das comunicações associada ao tratamento e cruzamento de dados, que tem como pano de fundo a específica danosidade dos crimes objeto da Lei n.º 25/2008, e as dificuldades da respetiva prevenção e investigação criminais.

Tendo presente o programa político criminal subjacente à Diretiva n.º 2005/60/CE do Parlamento Europeu¹⁴⁹ destacamos três componentes essenciais conformadoras da atividade das instâncias formais de controlo nesta sede:

- (1) Delicadas ponderações em torno de medidas de dupla função (prevenção de perigos e repressão criminal), que se repercutem na opção sobre o momento e a tipologia das eventuais e subsequentes intervenções, nomeadamente, sobre se se deve permitir o prosseguimento da circulação financeira e da atuação eventualmente ilícita, com potencial alargamento do universo de infratores ou de revelação do ilícito por via da monitorização do subsequente rastro do dinheiro;
- (2) Sigilo necessário no tratamento de dados, cuja utilização como prova jurídica é limitada à indagação de crimes em processo penal;
- (3) Salvaguarda do segredo de identidade de informadores.

¹⁴⁷ A experiência italiana revela a linha estreita que existe nestes domínios e a controvérsia subsistente sobre as opções político-criminais, mesmo quando precedidas de uma reflexão com amplo debate intersubjetivo, cf. GIUSEPPE FURCINITI / DOMENICO FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milão Giuffrè, 2013, pp. 25-35.

¹⁴⁸ *Infra* § II.6.2.

¹⁴⁹ Objeto de alterações aprovadas pelas Diretivas n.º 2009/110/CE e n.º 2010/78/EU.

As medidas de dupla função que envolvem mais do que um tipo de finalidade exigem delicadas operações de ponderação de valores e de *concordância prática*¹⁵⁰. Plano carecido de estudo que, contudo, escapa ao objeto da consulta devendo apenas assinalar-se essa dimensão teleológico-sistemática do regime de tratamento e intercâmbio de dados.

Nesta sede importa destacar que o tripé referido é um elemento importante para compreender a obrigatoriedade de uma atividade material pré-processual no tratamento de comunicações sobre operações suspeitas. Ainda que estejam reunidos os elementos determinantes para a abertura de inquérito, a necessidade de atos materiais pré-processuais articula-se com as exigências específicas de sigilo relativamente às comunicações de entidades sujeitas e, eventuais, trocas de informações com os respetivos agentes.

§ II.6.1.3 A *ratio* do obrigatório tratamento pré-processual de comunicações sobre operações suspeitas relaciona-se com a ideia de sigilo e de que as informações comunicadas «apenas podem ser utilizadas como prova em processo penal, não podendo ser revelada, em caso algum, a identidade de quem as forneceu» (artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008).

Plano em que emerge, ainda, o princípio da interpretação conforme o direito da União Europeia, atenta a salvaguarda das entidades sujeitas¹⁵¹, e, fundamentalmente, a imposição de proteções efetivas para as pessoas singulares das entidades sujeitas. Prescrevendo-se no artigo 27.º da Diretiva 2005/60/CE: «Os Estados-Membros devem tomar todas as medidas adequadas para protegerem de qualquer ameaça ou ação hostil os empregados das instituições ou pessoas abrangidas pela presente diretiva que comuniqueem suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, quer internamente, quer à UIF.»

¹⁵⁰ Não tendo fundamento jurídico-constitucional, por exemplo, uma genérica prevalência da perseguição criminal sobre a prevenção do perigo ou a inversa - Cf. com mais desenvolvimento e referências bibliográficas, PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2004, pp. 27-30. Abordando o mesmo tema a partir da perspetiva do direito policial, mas com variantes sobre as operações de ponderação cf. ainda MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *op. cit.*, pp. 319-321, 358.

¹⁵¹ Cf. artigo 26.º da Diretiva n.º 2005/60/CE.

Neste ponto importa relembrar, por confronto com as imposições de sigilo neste domínio específico, o atual regime sobre segredo de justiça na fase de inquérito do processo penal.

Acima já se destacou a inadmissibilidade de, à luz das regras gerais, se ocultar a identidade do denunciante¹⁵².

Quanto ao regime geral em matéria de segredo de justiça no inquérito destacam-se alguns traços normativos de um sigilo alçado à categoria de garantia institucional, com expressa menção no artigo 20.º, n.º 3, da Constituição, desde a revisão de 1997. Garantia institucional que protege e limita direitos fundamentais, e que no caso do segredo durante a fase de inquérito é estabelecido em termos que não garantem, por si, posições subjetivas autónomas.

No enquadramento do segredo de justiça na fase de inquérito ressalta como linha demarcadora essencial que o mesmo deriva da existência de processo penal e não de factos com relevância criminal, pelo que os valores protegidos relacionam-se com o processo enquanto conjunto de atos coordenados para um fim.

Por outro lado, o segredo de justiça é um instituto instrumental da proteção de valores constitucionais, os quais se inferem de outras normas e compreendem, cumulativa ou alternativamente, duas constelações: interesse coletivo relativo à administração da justiça e direitos individuais determináveis.

Entre os direitos individuais determináveis ressaltam interesses autónomos e com diferentes universos subjetivos, como a presunção de inocência do arguido, a segurança de testemunhas e ofendidos, e a reserva da vida privada.

Os valores de administração da justiça comportam discriminações analíticas, nomeadamente, entre: (1) o interesse público na repressão da criminalidade com expressão na conformação da estratégia de investigatória, preservação das provas, segurança e não influência das testemunhas; (2) a imparcialidade da justiça, para o que é essencial a

¹⁵² Sobre este ponto cf. *supra* § II.2.2.

serenidade e a independência dos tribunais (a independência dos juízes e jurados que intervêm no processo e a autonomia do Ministério Público); (3) a celeridade das investigações.

Segredo de justiça da fase pré-acusatória que não é descaracterizado pela circunstância de existir uma regra legal que determina um princípio de publicidade, desde que exista a possibilidade de a entidade responsável pela sua direção determinar fundamentadamente a sua sujeição a segredo.

No regime português sobre o segredo de justiça destaca-se desde a revisão de 2007 um direito subjetivo de acesso aos autos antes do encerramento do inquérito, suscetível de ser imposto judicialmente contra a pretensão do titular da ação penal, acesso independente de qualquer necessária instrumentalidade para o exercício de direitos de contraditório ou recurso em incidente judicial¹⁵³.

Acesso ao processo concebido como direito subjetivo de determinadas pessoas, pelo que, a lógica dos prazos e direitos potestativos deveria ser indissociável de discriminações subjetivas entre os eventuais direitos dos interessados em aceder ao inquérito sujeito a segredo externo.

No sistema processual penal vigente, a dicotomia segredo *versus* publicidade na fase de inquérito centra-se ao nível das políticas intrínsecas ao processo e apresenta-se indissociável da estrutura acusatória do processo, em que a fase de inquérito, enquanto complexo de atos, se apresenta teleologicamente vinculada a uma decisão do Ministério Público sobre a ação penal, não sendo, consequentemente, uma fase judicial.

A matéria do segredo de justiça depende do processo e é estranha ao presente parecer circunscrito a ações pré-processuais pendentes antes de abertura de inquérito e ações de prevenção ou encerradas sem que se tenha posteriormente aberto processo penal.

¹⁵³ Relação funcional que, sublinhe-se, conformou a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos acórdãos *Garcia Alva*, *Lietzow* e *Schöps* todos de 13-2-2001 onde se aponta no sentido de que os direitos de acesso a informação por parte da defesa se relacionam com os segmentos de contraditóridade exigida entre *acusação* e defesa em momento anterior à acusação formal quando se requer uma medida privativa de liberdade.

Contudo, a existência de expectativas sociais sem suporte claro no regime legal sobre segredo de justiça revela a carência de uma doutrina global sobre os segredos que ultrapasse algumas províncias do processo penal (o que exige exercícios, por vezes, complexos na definição de sigilos que se refletindo nos dados juntos ao processo penal estão para além do objeto de proteção do segredo de justiça). Aspectos que se repercutem em várias vertentes e exigências de ponderação para além do regime do segredo de justiça, nomeadamente, quanto a matérias sigilosas (v.g. intimidade, privacidade, segredos profissionais e de Estado) que integram *dossiers* sobre atividades estaduais encerradas (sendo certo que as mesmas são suscetíveis de escrutínio e/ou podem ser reativadas, o que exige preservação de dados).

Existem coordenadas gerais do sistema jurídico sobre segredos e publicidade autónomas dos subsistemas processual penal e de prevenção criminal que podem impor deveres de reserva autónomos do segredo de justiça e apenas suscetíveis de análise compreensiva num tratado ou teoria geral dos segredos ou a partir de tópicos dirigidos a categorias de dados que não integram a consulta. Problemas que estão para além das regras advenientes, por um lado, dos regimes legais sobre o sigilo no processamento e arquivamento da documentação relativa a ações de análise e recolha de informação pré-processual empreendidas no quadro da Lei n.º 25/2008, e, por outro, do regime sobre segredo de justiça em processo penal.

No Código de Processo Penal, desde a revisão de 2007, o direito subjetivo de acesso ao processo pelos sujeitos processuais (arguido e assistente), e ainda pelo ofendido funciona como verdadeiro direito potestativo em função do decurso do prazo de duração do inquérito estabelecido pelo artigo 276.º (por força do artigo 89.º, n.º 6, do CPP).

Contudo, o estabelecimento originário dos prazos de duração do inquérito no Código de Processo Penal de 1987, no artigo 276.º, teve uma função ordenadora, essencialmente dirigida aos deveres de celeridade da entidade que dirige o inquérito. Daí a pretensão de estabelecimento, ao nível do *dies a quo* do prazo, de parâmetros que a têm como referência e não propriamente a fixação de quaisquer prazos centrados no nascimento de direitos subjetivos dos eventuais interessados no exercício de direitos

potestativos relativamente ao processo. Matriz que conforma iniludivelmente o n.º 3 do artigo 276.º do CPP, dirigido ao titular do inquérito e que trata o inquérito como um todo desligado de diferenciações de cuidadas discriminações de interesses subjetivos¹⁵⁴.

Embora os prazos para exercício de direitos individuais devessem estar associados a discriminações subjetivas entre os eventuais direitos dos interessados em aceder ao inquérito sujeito a segredo externo, essa teleologia é contraditada pela remissão indistinta para o artigo 276.º do CPP¹⁵⁵.

O genérico e abstrato direito de acesso aos autos de inquérito¹⁵⁶, independentemente das operações judiciais de concordância prática de valores colidentes, atenta nomeadamente a jurisprudência do acórdão n.º 428/2008 do Tribunal Constitucional¹⁵⁷, implica que ultrapassados os prazos máximos o inquérito passará a poder ser consultado por qualquer interessado com estatuto de sujeito processual (independentemente do momento em que foi assumida essa posição processual).

Acresce que, ainda que seja impedido o acesso, enquanto dure o inquérito como atividade existe um direito de escrutínio posterior do

¹⁵⁴ «Para efeito do disposto nos números anteriores, o prazo conta-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada ou em que se tiver verificado a constituição de arguido».

¹⁵⁵ O artigo 276.º tem uma *ratio* inconfundível com o direito de acesso por interessado ao segredo (ainda que se concorde com o estabelecimento de prazo perentório para a preservação do sigilo relativamente a interessados processuais), na medida em que o prazo para acesso pode, pelo menos numa primeira leitura da lei, iniciar-se de forma indiferenciada para todos os potenciais interessados: Quando «o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada».

¹⁵⁶ Sobre o qual deve, ainda, atender-se à doutrina do acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 5/2010 do Supremo Tribunal de Justiça (pub. no *DR* / Série de 14-5-2010).

¹⁵⁷ Pub. no *DR*, II S., de 30-9-2008 e que julgou «inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, a interpretação do artigo 89.º, n.º 6, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, segundo a qual é permitida e não pode ser recusada ao arguido, antes do encerramento do inquérito a que foi aplicado o segredo de justiça, a consulta irrestrita de todos os elementos do processo, neles incluindo dados relativos à reserva da vida privada de outras pessoas, abrangendo elementos bancários e fiscais sujeitos a segredo profissional, sem que tenha sido concluída a sua análise em termos de poder ser apreciado o seu relevo e utilização como prova, ou, pelo contrário, a sua destruição ou devolução, nos termos do n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo Penal». Doutrina que também deve conformar o artigo 90.º, do CPP (veja-se ainda o parecer do Conselho Consultivo n.º 25/2009, de 8-10-2009, pub. in *DR* II S. de 17-11-2009).

encerramento dessa fase. O *segredo do inquérito* constitui, desde a versão originária do código de 1987, um sigilo limitado no tempo. O *segredo do inquérito* também tem limites temporais definidos, pois estando inserido no âmbito de um *procedere* apresenta-se como um sigilo temporário, já que há um momento desse *procedere* em que cessa o segredo¹⁵⁸. Em processo penal, mesmo os dados relativos à reserva da vida privada só podem ser protegidos por segredo de justiça interno se não constituírem meios de prova¹⁵⁹.

§ II.6.1.3 No plano de *lege ferenda* se existir informação sobre impulso e trilho da investigação criminal ou fontes de prova com dados que, apesar do potencial interesse para os sujeitos processuais, nomeadamente o arguido, o legislador entende que, em nome de valores merecedores de tutela, devem ser reservados, emergem duas alternativas principais para, apesar do regime vigente sobre segredo de justiça, limitar o acesso sem limites temporais:

- 1- Estabelecendo-se um filtro prévio ao processo em que se seleciona o que integra a notícia do crime em sentido formal determinando o secretismo da documentação filtrada;
- 2- Prevendo-se um incidente processual em que se retiram do processo, ou pelo menos dos autos que podem ser consultados por todos os sujeitos processuais, dados objeto de sigilo (é um mecanismo que se pode aplicar, por exemplo, em sede de proteção de testemunhas particularmente vulneráveis¹⁶⁰).

Sem empreender aprofundamentos, potencialmente geradores de derivas analíticas com afastamento do tema do parecer, pode constatar-se que na Lei n.º 25/2008 existem regras especiais de sigilo que devem limitar os dados transmitidos aos sujeitos do processo penal eventualmente aberto depois da análise preliminar da operação suspeita.

¹⁵⁸ Terminologia de JOSÉ FARIA COSTA, *Direito Penal da Comunicação - Alguns escritos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 100.

¹⁵⁹ Artigo 86.º, n.º 7, do CPP.

¹⁶⁰ Cf. artigos 9.º, 10.º, 13.º, 16.º a 19.º do Regime que regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em processo penal (Lei n.º 93/99, de 14 de julho).

Por outro lado, não está previsto qualquer incidente processual penal especial de ocultação de dados.

Quadro que revela a exigência de uma atividade pré-processual obrigatória para filtragem de dados, em que se elimine, nomeadamente, quaisquer elementos que permitam a identificação de colaboradores com a justiça no quadro de obrigações informacionais de entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008.

§ II.6.2 O sigilo da averiguação desenvolvida pelo Ministério Público na sequência de comunicação sobre operação suscetível de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo

§ II.6.2.1 Relativamente à atividade desenvolvida pelo Ministério Público na sequência de comunicações recebidas sobre operações suscetíveis de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, o problema essencial suscitado na consulta encontra-se no derradeiro segmento da sétima questão: Qual o regime de acesso à consulta e de comunicações aos cidadãos diretamente visados?

A questão tem como foco exclusivo os direitos ou limites do acesso do visado relativamente à informação constante de análises e indagações iniciadas pelo Ministério Público em virtude de comunicações recebidas ao abrigo da Lei n.º 25/2008 — sobre suspeitas de factos suscetíveis de poderem configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.

Nesse ponto emerge como norma fundamental o disposto no artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008:

«As informações fornecidas nos termos do número anterior apenas podem ser utilizadas em processo penal, não podendo ser revelada, em caso algum, a identidade de quem as forneceu.»

Esta norma comprehende duas prescrições autónomas:

1- O conteúdo da informação recebida por via de comunicações recebidas sobre operações suscetíveis de configurar a prática do

crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo apenas pode ser utilizado para os fins do processo penal;

2- A identidade do emissor da comunicação deve ser protegida.

Sendo certo que a primeira das duas prescrições decompostas se afigura complexa na identificação de todos os seus contornos e rica nas suas potenciais implicações, atento o objeto da consulta, vamos apenas sublinhar que a mesma deve ser interpretada no sentido de que se reporta a utilização probatória da informação e não propriamente a tramitação procedural¹⁶¹.

Daí que, os dados obtidos na análise e tratamento preliminares de comunicações sobre operações suspeitas não possam ser transmitidos a um procedimento administrativo que esteja sujeito às regras de prova e acesso estabelecidas no Código de Procedimento Administrativo.

Fulcrais para a última questão objeto do parecer apresentam-se as imposições específicas sobre segredo neste domínio que se devem articular com as coordenadas legais já abordadas sobre sigilo e publicidade da recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira¹⁶².

No domínio específico das indagações sobre suspeitas de operações suscetíveis de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo a intensidade do sigilo também tem lastro em instrumentos internacionais. No artigo 7.º, n.º 2, alínea d), da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16 de maio de 2005¹⁶³, prescreve-se que as partes devem adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para poder «Assegurar-se de que os bancos não revelam ao cliente em causa ou a terceiros que foram solicitadas ou obtidas informações em conformidade

¹⁶¹ Cf. *supra* §§ II.2 e II.5.2.

¹⁶² Cf. *supra* § II.4.

¹⁶³ Ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 82/2009, de 3 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 78/2009, de 27 de agosto.

com o disposto nas alíneas a), b) ou c) do presente artigo, ou que está a decorrer uma investigação».

Princípios de estrita confidencialidade que, naturalmente, conformam a cooperação judiciária neste domínio¹⁶⁴.

Em particular na colaboração entre Unidades de Informação Financeira de diferentes Estados, quer se trate de autoridades administrativas, repressivas ou judiciais, «As informações fornecidas por uma Unidade de Informação Financeira não poderão ser divulgadas a terceiros nem utilizadas pela Unidade de Informação Financeira destinatária para fins diversos da análise sem o consentimento prévio da Unidade de Informação Financeira que forneceu as informações»¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Dispõe o artigo 43.º, com a epígrafe *Confidencialidade*,

«1 — A Parte requerente poderá exigir que a Parte requerida mantenha confidenciais os factos e o teor do pedido, exceto na medida necessária ao seu cumprimento. Se a Parte requerida não puder cumprir esta condição de confidencialidade, deverá informar a Parte requerente de tal facto no mais breve prazo possível.

«2 — A Parte requerente deverá, se tal lhe for pedido e desde que não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito interno, manter confidenciais todos os meios de prova e informações transmitidos pela Parte requerida, exceto na medida necessária às investigações ou ao procedimento descritos no pedido.

«3 — Sob reserva das disposições do seu direito interno, uma Parte que tenha recebido uma transmissão espontânea de informações, nos termos do artigo 20.º, deverá observar qualquer condição de confidencialidade solicitada pela Parte que transmitiu a informação. Se a outra Parte não puder observar essa condição, deverá informar de tal facto a Parte que transmitiu a informação no mais breve prazo possível.»

¹⁶⁵ É o seguinte o teor do artigo 46.º, com a epígrafe *Cooperação entre as Unidades de Informação Financeira*:

«1 — As Partes assegurarão a cooperação entre as Unidades de Cooperação Financeira, tal como definidas na presente Convenção, para efeitos de combate ao branqueamento, com vista à recolha e análise das informações pertinentes sobre qualquer facto suscetível de constituir um indício de branqueamento e, se for caso disso, à investigação desta matéria no âmbito das Unidades de Informação Financeira, de acordo com as respetivas competências nacionais.

«2 — Para os fins previstos no n.º 1, cada uma das Partes assegurará que as Unidades de Informação Financeira trocarão, espontaneamente ou a pedido, em conformidade com a presente Convenção ou com atuais ou futuros acordos de princípio com ela compatíveis, quaisquer informações disponíveis que se revelem úteis para o tratamento ou para a análise de informações ou, se for caso disso, para as investigações das transações financeiras relacionadas com o branqueamento e com as pessoas singulares ou coletivas envolvidas.

«3 — Cada uma das Partes assegurará que o estatuto interno das Unidades de Informação Financeira, quer se trate de autoridades administrativas, repressivas ou judiciais, não afetará o cumprimento das suas funções nos termos do presente artigo.

«4 — Cada pedido feito nos termos do presente artigo será acompanhado por uma breve exposição dos factos relevantes que sejam do conhecimento da Unidade de Informação Financeira requerente. No pedido apresentado pela Unidade de

(Nota Cont.)

Devendo, ainda, recordar-se o já destacado dever de ocultação de identidade imposto ao Estado pelo artigo 27.º da Diretiva n.º 2005/60/CE.

(Cont. da Nota)

Informação Financeira deverá constar a forma como as informações solicitadas serão utilizadas.

«5 — Sempre que um pedido for formulado nos termos do presente artigo, a Unidade de Informação Financeira requerida fornecerá todas as informações pertinentes, incluindo as informações financeiras disponíveis e os dados dos serviços de execução da lei solicitados, sem que seja necessário apresentar um pedido formal nos termos previstos em acordos e convenções aplicáveis entre as Partes.

«6 — Uma Unidade de Informação Financeira poderá recusar a divulgação de informações suscetíveis de prejudicar uma investigação criminal em curso na Parte requerida ou, em circunstâncias excepcionais, se a divulgação das informações tiver efeitos manifestamente desproporcionais face aos interesses legítimos de uma pessoa singular ou coletiva ou da Parte interessada, ou se, de outro modo, não respeitar os princípios fundamentais do direito interno da Parte requerida. A recusa de tal informação deverá ser devidamente explicada à Unidade de Informação Financeira que solicitou as informações.

«7 — As informações ou os documentos obtidos em conformidade com o presente artigo serão exclusivamente utilizados para os fins previstos no n.º 1. As informações fornecidas por uma Unidade de Informação Financeira não poderão ser divulgadas a terceiros nem utilizadas pela Unidade de Informação Financeira destinatária para fins diversos da análise sem o consentimento prévio da Unidade de Informação Financeira que forneceu as informações.

«8 — Ao efetuar a transmissão de informações ou documentos nos termos do presente artigo, a Unidade de Informação Financeira poderá impor restrições e condições relativamente à utilização das informações para fins diversos dos previstos no n.º 7. A Unidade de Informação Financeira destinatária deverá observar tais restrições e condições.

«9 — Se uma Parte pretender utilizar informações ou documentos transmitidos para investigações ou procedimentos criminais para os fins previstos no n.º 7, a Unidade de Informação Financeira que efetuar a transmissão não poderá recusar o seu consentimento, exceto se tal for imposto pelas restrições previstas no seu direito interno ou pelas condições referidas no n.º 6. Qualquer recusa de consentimento será devidamente justificada.

«10 — As Unidades de Informação Financeira tomarão todas as medidas necessárias, incluindo medidas de segurança, para garantirem que nenhum outro organismo, serviço ou autoridade terá acesso às informações transmitidas em conformidade com o presente artigo.

«11 — As informações fornecidas serão protegidas em conformidade com a Convenção do Conselho da Europa, de 28 de janeiro de 1981, para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal (STE n.º 108) e tendo em consideração a Recomendação n.º R (87) 15, de 15 de setembro de 1987, do Comité de Ministros do Conselho da Europa para a Regulamentação da Utilização de Dados Pessoais no Setor da Polícia, pelo menos, segundo as mesmas regras aplicáveis em matéria de confidencialidade e de proteção de dados de carácter pessoal, nos termos da legislação nacional aplicável à Unidade de Informação Financeira requerente.

«12 — A Unidade de Informação Financeira que efetuar a transmissão poderá inquirir razoavelmente sobre o uso dado a informações transmitidas e a Unidade de Informação Financeira destinatária deverá dar, sempre que possível, resposta a essa questão.

«13 — As Partes indicarão qual a Unidade que funcionará como Unidade de Informação Financeira nos termos do presente artigo.»

Quadro que está na base do disposto pelo artigo 20.º da Lei n.º 25/2008, com a epígrafe *Proteção na prestação de informações*, cujo n.º 2 prevê um tipo de crime específico:

«Quem, ainda que com mera negligência, revelar ou favorecer a descoberta da identidade de quem forneceu informações, ao abrigo dos artigos referidos no número anterior, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.»

Crime de revelação da identidade de quem prestou informações que, sublinhe-se, ao contrário do que sucede com o crime de violação de segredo de justiça (artigo 371.º do Código Penal) e do crime de violação de segredo por funcionário (artigo 383.º do Código Penal) pode ser preenchido na forma negligente. Nessa medida revela-se a especial intensidade da proteção da identidade de quem presta as informações e, consequentemente, o especial dever de sigilo e de proteção que incumbe sobre todas as entidades que processam as informações, incluindo o Ministério Público.

Importa, ainda, ter presente que no elenco de entidades sujeitas aos deveres de comunicação regulados na Lei n.º 25/2008 se encontram pessoas singulares e pessoas coletivas, o núcleo dos deveres estaduais de proteção de sujeitos reporta-se a quaisquer elementos que possam determinar a identificação das pessoas singulares que operam na cadeia de comunicações com as autoridades e que concretamente prestaram a informação.

Proteção da identidade, com a acima destacada tutela jurídico-penal, que também abrange as autoridades de supervisão das entidades financeiras e de fiscalização das entidades não financeiras as autoridades responsáveis pela supervisão das sociedades gestoras de mercados de valores mobiliários, das sociedades gestoras de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários e das sociedades gestoras de mercados de câmbios que comunicarem ao Ministério Público suspeitas de factos suscetíveis de poder configurar a prática do crime de branqueamento

ou de financiamento do terrorismo, por força do inequívoco n.º 3 do artigo 40.º da Lei n.º 25/2008¹⁶⁶.

Nesta medida, o dever de sigilo imposto aos agentes estaduais tem fundamento em interesses públicos, nomeadamente, da prevenção e investigação criminal como, ainda, em direitos subjetivos de proteção de identidade que merecem uma proteção reforçada neste domínio.

O que se comprehende, não só em face dos fins relativos à criminalidade subjacente, como ainda às estruturas de poder envolvidas, com tentáculos vários que podem atentar em diferentes dimensões contra as pessoas que prestaram a informação.

Pelo que, a revelação de elementos da documentação do Ministério Público gerada por comunicações recebidas ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 25/2008 encontra-se particularmente inibido e em termos mais intensos do que sucede quanto à recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* desenvolvidas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94.

§ II.6.2.2 O cruzamento da reflexão sobre o tratamento pré-processual das comunicações relativas a operações suspeitas e os imperativos de sigilo sobre dados nesse domínio permitem uma primeira conclusão reportada à sétima questão:

A análise e tratamento de informações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo prévia à abertura de processo penal

¹⁶⁶ Dispõe o artigo 40.º, com a epígrafe *Dever de comunicação das autoridades*, da Lei n.º 25/2008:

«1 - Sempre que, no exercício das suas funções, as autoridades de supervisão das entidades financeiras e de fiscalização das entidades não financeiras tenham conhecimento ou suspeitem de factos suscetíveis de poder configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, devem participá-los, prontamente, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, caso a comunicação ainda não tenha sido realizada.

«2 - O dever de comunicação previsto no número anterior é igualmente aplicável às autoridades responsáveis pela supervisão das sociedades gestoras de mercados de valores mobiliários, das sociedades gestoras de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários e das sociedades gestoras de mercados de câmbios.

«3 - Às informações prestadas nos termos dos números 1 e 2 é aplicável o disposto no artigo 20.º»

quando não se promove a suspensão da execução da operação é conformada pelo fim de sigilo sobre (a) a identidade dos colaboradores com a justiça, (b) o conteúdo das informações, (c) os intercâmbios de dados entre autoridades e entidades sujeitas aos deveres de comunicação e (d) outros atos materiais desenvolvidos num quadro em que se têm de ponderar, nomeadamente, valores de prevenção criminal.

O regime diretamente estabelecido na Lei n.º 25/2008 permite, ainda, estabelecer três asserções diretas sobre as questões relativas ao sigilo da documentação relativa às comunicações sobre operações suspeitas e atos materiais pré-processuais:

Existe uma proibição absoluta de revelação da identidade das pessoas singulares que por força de funções em entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 procedam a comunicações de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo ou prestem informações às autoridades nesse contexto (nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008).

A transmissão de quaisquer dados sobre as informações referidas na conclusão anterior que permita a identificação da pessoa que as efetivou é suscetível de integrar o tipo de crime previsto e punível no artigo 20.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008.

O acesso à documentação constante das análises e indagações referidas nas conclusões anteriores que não derive do intercâmbio de dados e colaboração com órgãos de investigação ou entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 ou com competências de supervisão, fiscalização, prevenção ou repressão relevadas nesse regime jurídico é absolutamente proibido, atento o disposto nos artigos 16.º, n.º 2, e 20.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008.

§ II.6.2.3 Passemos à análise da matéria específica retomada na sétima questão (e suscitada na quarta e quinta) sobre informação a «cidadãos diretamente visados».

A atividade desenvolvida integra medidas de prevenção criminal, podendo-se, inclusive, omitir medidas legalmente admissíveis como a suspensão da execução de operações se se entender que as mesmas podem ser suscetíveis de prejudicar a prevenção (artigo 17.º, n.º 4, da Lei n.º 25/2008), e atos funcionalmente associados à investigação criminal. Nesta medida em termos de procedimentos jurídicos subsequentes, a atividade desenvolvida nesta sede apenas pode visar um eventual processo penal, e as indagações desenvolvidas a esse nível apenas se podem configurar como um pré-inquérito, não funcionando em termos de atividade de análise, recolha e intercâmbio de informações como um processo com interessados.

O que não obsta a que existam medidas suscetíveis de gerar incidentes processuais ou procedimentos avulsos, como a suspensão da execução de operações. Como se destacou em vários passos, nesta sede não se está a apreciar as particularidades de medidas especiais, recorde-se, aliás, que no quadro da Lei de Segurança Interna também se prevê a possibilidade de procedimentos avulsos de raiz judicial (artigos 29.º e 33.º da Lei de Segurança Interna), sem esquecer a temática do agente encoberto¹⁶⁷.

O quadro compreensivo conformador, de uma forma geral, do secretismo da análise e recolha de informação pré-processual sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, em que o Estado português está vinculado internacionalmente a medidas eficazes nesse domínio, implica que:

Não haja lugar a qualquer comunicação ao visado do encerramento de análises e indagações geradas por comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo quando as mesmas não compreendem a suspensão da execução das operações suspeitas nem se desenvolvem no quadro da fase de inquérito do processo penal.

Sem embargo da intensidade do sigilo e do dever de ocultação da análise e recolha de informação pré-processual existe a possibilidade

¹⁶⁷ *Supra* §§ II.1, II.3.2.1 e II.3.2.2 (parte final).

empírica de ilícitas fugas de informação suscetíveis de gerar a necessidade de ponderar eventual esclarecimento ao visado.

Matéria analisada acima, em termos que valem *mutatis mutandis* para ações desenvolvidas por força de comunicações relativas a operações suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo¹⁶⁸.

Convocando-se operações de concordância prática não é metodologicamente possível estabelecer à partida resultados abstratos de prevalência absoluta de valores, sendo certo que no delicado exercício de ponderação não se pode olvidar a especial intensidade, por confronto com outros segredos estaduais, do sigilo relativo às comunicações sobre operações suspeitas de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo.

Deve ainda recordar-se que, como se referiu acima, a suscetibilidade de esclarecimentos não se confunde com eventuais acessos derivados de interesses ou impulsos em processos penais pendentes. A emergência de um interessado procedural está dependente da abertura de processo penal, pois existe uma proibição de intercomunicabilidade de dados recolhidos na atividade pré-processual desenvolvida na sequência de comunicações sobre operações suspeitas relativamente a quaisquer outros procedimentos jurídicos, por força do disposto na primeira parte do n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 25/2008.

Norma que revela, no mesmo passo, que o legislador não configura a atividade de segurança interna relativa à prevenção criminal como um procedimento jurídico, pois a proibição de prova não impede, não podia impedir por força das obrigações do Estado português, o intercâmbio de dados e informações nessa sede.

Por outro lado, a problemática da pretensão de acesso a quaisquer dados para efeitos de eventual defesa em processo penal é autónoma das questões suscitadas¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Supra* §§ II.4.2.4 e II.4.2.5.

¹⁶⁹ *Supra* § II.4.2.4.

A ressalva feita acima sobre a exclusão do presente parecer, em face das questões formuladas, do tratamento dos mecanismos jurídicos relativos ao exercício do direito de ação relativo ao bom nome (ao nível, nomeadamente, do direitos da comunicação social, civil e penal) também subsiste.

Delimitações que conformam as asserções conclusivas finais sobre a sétima questão:

Atento o elevado grau de sigilo das análises e indagações referidas na conclusão anterior apenas se afigura admissível, em casos excepcionais, ponderar esclarecimento do «visado» para restabelecimento da verdade, nomeadamente, se o mesmo for essencial para salvaguarda de pessoa publicamente posta em causa, não afetar negativamente interesses preventivos ou repressivos do Estado, nem for suscetível de lesar interesses públicos ou direitos subjetivos tutelados por regras sobre sigilos legais específicos.

O eventual esclarecimento a pessoa publicamente posta em causa não deve em caso algum compreender a transmissão de quaisquer dados além da inexistência de averiguação pendente visando essa pessoa.

A emissão do esclarecimento referido nas duas asserções anteriores não é um ato constitutivo de quaisquer direitos de abstenção de superveniente ação do Estado em matéria criminal.

III. CONCLUSÕES

Em face do exposto, formulam-se as seguintes conclusões:

1. O Ministério Público é a entidade competente para a direção do inquérito e impulso dos atos dirigidos aos respetivos fins: investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles, e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre o exercício da ação penal.

2. Qualquer magistrado do Ministério Público pode, em caso de urgência ou de perigo na demora, determinar atos de inquérito, nomeadamente de detenção, de interrogatório e, em geral, de aquisição e conservação de meios de prova, nos termos do artigo 264.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, sem precedência do registo e autuação burocrática de um processo em fase de inquérito.
3. As «ações de prevenção» iniciadas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, não podem visar a descoberta e recolha das provas relativas à averiguação da existência de um crime, nem abrigar pré-inquéritos supervenientes a notícias de crime com o objetivo de *recolha* ou *preservação* extraprocessual de provas do crime.
4. O artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não derroga as regras estabelecidas no Código de Processo Penal sobre os deveres funcionais do Ministério Público na sequência da notícia de um crime, nomeadamente no que concerne à obrigatoriedade de abertura de inquérito.
5. As ações preventivas previstas no artigo 1.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 36/94 são no plano funcional antagónicas da categoria jurídica designada no Código de Processo Penal como medidas cautelares e de polícia, pois estas últimas legitimam que os órgãos de polícia criminal pratiquem atividades dirigidas aos fins do processo penal, em substituição precária da autoridade judiciária e com fundamento nos pressupostos de urgência e perigo na demora.
6. A recolha de informação relativa a notícias de factos suscetíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime no quadro do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 constitui uma atividade de prevenção criminal integrada no conceito de polícia em sentido material.
7. Estando pendente uma recolha de informação no quadro de ações preventivas desenvolvidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 existe um dever de sigilo externo dos

magistrados do Ministério Público, elementos da Polícia Judiciária e outras pessoas que colaborem na indagação relativamente aos factos conhecidos nesse quadro, por força do disposto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 36/94.

- 8.** O eventual *convite* formulado pelo Ministério Público para uma pessoa colaborar no quadro de *ações de prevenção* realizadas ao abrigo do regime legal sobre medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira opera-se num contexto em que não deve existir suspeita fundada de um concreto crime.
- 9.** Existindo suspeita de um crime, as regras sobre a interação comunicativa do Ministério Público com o *suspeito* encontram-se estabelecidas pelo processo penal e a respetiva operatividade não depende da precedência dos atos burocráticos de autuação e registo do expediente como processo penal.
- 10.** O artigo 90.º do Código de Processo Penal não se aplica à documentação da recolha de informação no quadro de *ações preventivas* desenvolvidas pelo Ministério Público ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94.
- 11.** O artigo 277.º, n.º 3, do Código de Processo Penal não se aplica ao encerramento da recolha de informação no quadro de *ações preventivas* previstas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94.
- 12.** A comunicação a «visados» do encerramento da recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* instauradas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 não tem suporte legal.
- 13.** Concluída a recolha de informação no quadro de *ações de prevenção* desenvolvidas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 se a respetiva pendência tiver sido conhecida publicamente poderá ser ponderada a prestação de esclarecimento a «visado» por essa notícia no sentido de que não está pendente qualquer averiguação preventiva relativa à sua pessoa com o fim de restabelecimento da

verdade, nomeadamente, salvaguarda de pessoas publicamente postas em causa.

- 14.** Na ponderação referida na conclusão anterior deve atender-se à suscetibilidade de lesão de interesses públicos (nomeadamente relativos à repressão e prevenção criminais) e de direitos subjetivos tutelados por regras sobre sigilos legais específicos.
- 15.** Os eventuais esclarecimentos no sentido de que não existe ação preventiva pendente relativa a uma determinada pessoa não devem compreender a transmissão de quaisquer dados que integrem a documentação de averiguações, os quais estão sujeitos a sigilo.
- 16.** A emissão do esclarecimento referido nas três conclusões anteriores não é um ato constitutivo de quaisquer direitos de abstenção de superveniente ação do Estado em matéria criminal, na medida em que não se reporta ao arquivamento de um processo penal.
- 17.** A análise e recolha de informações geradas por comunicação recebida, ao abrigo da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, sobre suspeitas de operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo não se encontram reguladas pela Lei n.º 36/94.
- 18.** A autonomia dos regimes sobre a recolha de informação no quadro de ações preventivas ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 36/94 e sobre análises e indagações originadas por comunicações de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo ao abrigo da Lei n.º 25/2008 em que não se suspende a execução das operações suspeitas é compatível com esquemas de auto-organização da respetiva documentação burocrática pelos serviços do Ministério Público em que tanto podem ser adotados autuações e registos equivalentes como distintos.

- 19.** A análise e tratamento de informações sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo prévia à abertura de processo penal quando não se promove a suspensão da execução da operação é conformada pelo objetivo de sigilo sobre (a) a identidade dos colaboradores com a justiça, (b) o conteúdo das informações, (c) os intercâmbios de dados entre autoridades e entidades sujeitas aos deveres de comunicação e (d) outros atos materiais desenvolvidos num quadro em que se têm de ponderar, nomeadamente, valores relativos à prevenção criminal e repressão penal.
- 20.** Existe uma proibição absoluta de revelação da identidade das pessoas singulares que por força de funções em entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 procedam a comunicações de suspeitas sobre operações suscetíveis de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo ou prestem informações às autoridades nesse contexto (nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008).
- 21.** A transmissão de quaisquer dados sobre as informações referidas na conclusão anterior que permita a identificação da pessoa que as efetivou é suscetível de integrar o tipo de crime previsto e punível no artigo 20.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008.
- 22.** O acesso à documentação constante das análises e indagações referidas nas conclusões anteriores que não derive do intercâmbio de dados e colaboração com órgãos de investigação ou entidades sujeitas à Lei n.º 25/2008 ou com competências de supervisão, fiscalização, prevenção ou repressão relevadas nesse regime jurídico é absolutamente proibido, atento o disposto nos artigos 16.º, n.º 2, e 20.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008.
- 23.** Não há lugar a qualquer comunicação ao visado do encerramento de análises e indagações geradas por comunicações sobre operações suspeitas de configurar a prática de crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo quando as mesmas não compreendem a suspensão da execução das

operações suspeitas nem se desenvolvem no quadro da fase de inquérito do processo penal.

- 24.** Atento o elevado grau de sigilo das análises e indagações referidas na conclusão anterior apenas se afigura admissível, em casos excepcionais, ponderar esclarecimento do «visado» para restabelecimento da verdade, nomeadamente, se o mesmo for essencial para salvaguarda de pessoa publicamente posta em causa, não afetar negativamente interesses preventivos ou repressivos do Estado, nem for suscetível de lesar interesses públicos ou direitos subjetivos tutelados por regras sobre sigilos legais específicos.
- 25.** O eventual esclarecimento a pessoa publicamente posta em causa não deve em caso algum compreender a transmissão de quaisquer dados além da inexistência de averiguação pendente visando essa pessoa.
- 26.** A emissão do esclarecimento referido nas duas conclusões anteriores não é um ato constitutivo de quaisquer direitos de abstenção de superveniente ação do Estado em matéria criminal.

ESTE PARECER FOI VOTADO NA SESSÃO DO CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, DE 20 DE FEVEREIRO DE 2014.

Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha – Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita (Relator) – Alexandra Ludomila Ribeiro Fernandes Leitão – Maria de Fátima da Graça Carvalho - Manuel Pereira Augusto de Matos – Fernando Bento – Maria Manuela Flores Ferreira.