

Grilo — Maria de Belém Roseira Martins Coelho Henriques de Pina — Eduardo Luís Barreto Ferro Rodrigues.

Promulgado em 4 de Março de 1998.

Publique-se.

O Presidente da República, JORGE SAMPAIO.

Referendado em 11 de Março de 1998.

O Primeiro-Ministro, António Manuel de Oliveira Guterres.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Acórdão n.º 186/98 — Processo n.º 528/97

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

I — 1 — O procurador-geral-adjunto no Tribunal Constitucional veio requerer, ao abrigo dos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa e 82.º da Lei do Tribunal Constitucional, que este Tribunal aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 40.º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido.

Invocou que essa norma fora explicitamente julgada inconstitucional por infracção do disposto no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição através dos Acórdãos n.ºs 935/96, de 10 de Julho (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 286, de 11 de Dezembro de 1996, de fl. 17 135 a fl. 17 139), 284/97, de 9 de Abril, e 481/97, de 2 de Julho (inéditos), todos da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional. Juntou cópia desses acórdãos ao pedido.

2 — Notificado o Primeiro-Ministro nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, limitou-se ele a oferecer o merecimento dos autos (resposta a fl. 16).

3 — Por não haver motivos que a tal obstem, impõe-se o conhecimento do objecto do pedido.

II — 4 — Estatui o artigo 40.º do Código de Processo Penal vigente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 57/91, de 13 de Agosto, e pelos Decretos-Leis n.ºs 343/93, de 1 de Outubro, e 317/95, de 28 de Novembro, sob a epígrafe «Impedimento por participação em processo»:

«Nenhum juiz pode intervir em recurso ou pedido de revisão relativos a uma decisão que tiver proferido ou em que tiver participado, ou no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido.»

5 — Como se alega no pedido do procurador-geral-adjunto, no Acórdão n.º 935/96 a 2.ª Secção do Tribunal Constitucional julgou inconstitucional «a norma constante do artigo 40.º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido, por violação do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição». Este julgamento de inconstitucionalidade foi reiterado — como é alegado igualmente pelo requerente — pelos Acórdãos n.ºs 284/97 e 481/97, da 2.ª Secção; mais recentemente,

a 1.ª Secção do Tribunal Constitucional veio também a julgar inconstitucional a norma do referido artigo 40.º, na mesma parte, através do Acórdão n.º 656/97, ainda inédito, tendo todas estas decisões sido tiradas sem votos de vencido (cf. também, no sentido de que a mesma parte da norma *não* foi aplicada em determinado processo, o Acórdão n.º 467/97, da 1.ª Secção, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 239, de 15 de Outubro de 1997).

6 — No referido Acórdão n.º 935/96 considerou-se que o parâmetro de aferição da constitucionalidade da norma do artigo 40.º do Código de Processo Penal era o n.º 5 do artigo 32.º da Constituição, o qual estatui que «o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório». No mesmo aresto transcreveu-se parte da fundamentação do Acórdão n.º 124/90 (publicado nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 15.º vol., pp. 407 e segs.), onde se caracteriza o princípio do acusatório, e acrescentou-se:

«Ao consagrar o n.º 5 do artigo 32.º da Constituição uma tal garantia — a *garantia do processo criminal de tipo acusatório* —, o que, pois, a lei fundamental pretende assegurar é que a entidade que julga (o juiz) não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há-de ser levada a efeito por uma outra entidade (em regra, o Ministério Público); e, no julgamento do feito penal, há-de o juiz mover-se dentro dos limites postos pela acusação. Com isto, como decorre do que atrás se disse, pretende a Constituição que os arguidos, que hajam de ser submetidos a julgamento, acusados da prática de uma infracção criminal, tenham um *julgamento independente e imparcial*, que é justamente o que também se lhes garante no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, quando aí se dispõe como segue:

‘Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial [...]’

Num Estado de direito, a solução jurídica dos conflitos há-de, com efeito, fazer-se sempre com observância de regras de *independência* e de *imparcialidade*, pois tal é uma exigência do direito de acesso aos tribunais, que a Constituição consagra no artigo 20.º, n.º 1 (cf., neste sentido, o Acórdão n.º 86/88 deste Tribunal, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 22 de Agosto de 1988). A garantia de um *julgamento independente e imparcial* é, de resto, também uma dimensão — e dimensão importante — do *princípio das garantias de defesa*, consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, para o processo criminal, pois este tem de ser sempre a *due process of law*.

Para que haja um julgamento independente e imparcial, necessário é o que o juiz que a ele proceda possa julgar com independência e imparcialidade.

Ora, a *independência do juiz* “é, acima de tudo, um dever — um dever ético-social. A ‘independência vocacional’, ou seja, a decisão de cada juiz de, ao ‘dizer o direito’, o fazer sempre esforçando-se por se manter alheio — e acima — de influências exteriores é, assim, o seu *punctum saliens*. A independência, nessa perspectiva, é sobretudo uma responsabilidade que terá a ‘dimensão’ ou a ‘densidade’ da fortaleza de ânimo, do carácter e da personalidade moral de cada juiz”

(cf. Acórdão n.º 135/88 deste Tribunal, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 8 de Setembro de 1988).

Mas acrescentou-se no aresto acabado de citar:

“Com sublinhar estes pontos não pode, porém, esquecer-se a necessidade de existir um quadro legal que ‘promova’ e facilite aquela ‘independência vocacional’.

Assim, necessário é, *inter alia*, que o desempenho do cargo de juiz seja rodeado de cautelas legais destinadas a garantir a sua imparcialidade e a assegurar a confiança geral na objectividade da jurisdição.

É que, quando a *imparcialidade* do juiz ou a confiança do público nessa imparcialidade é justificadamente posta em causa, o juiz não está em condições de ‘administrar justiça’. Nesse caso, não deve poder intervir no processo, antes deve ser pela lei impedido de funcionar — deve, numa palavra, poder ser declarado *iudex inhabilis*.

Importa, pois, que o juiz que julga o faça com independência. E importa, bem assim, que o seu julgamento surja aos olhos do público como um *juízo objectivo e imparcial*. É que a confiança da comunidade nas decisões dos seus magistrados é essencial para que os tribunais, ao ‘administrar a justiça’, actuem, de facto, ‘em nome do povo’ (cf. artigo 205.º, n.º 1, da Constituição).»

Depois da referida caracterização do princípio do acusatório, o Acórdão n.º 935/96 deteve-se sobre a razão de ser do artigo 40.º do Código de Processo Penal, indicando que o impedimento aí previsto tinha como objecto obstar a que o juiz de instrução pudesse «eventualmente vir a ser influenciado pelo conhecimento dos factos do processo no decurso da fase instrutória, com vista a garantir a imparcialidade e a independência do tribunal», e fazendo notar que aquele artigo só reconhecia o impedimento ao juiz que houvesse presidido ao debate instrutório. No mesmo aresto transcrevia-se o entendimento de Jorge Figueiredo Dias, o qual, ao comentar este artigo 40.º, sustenta que «a solução do impedimento expresso por participação em processo anterior já não se justifica se atentarmos em actos isolados (v. g. aplicação de uma medida de coacção) que o juiz de julgamento tiver praticado na qualidade de juiz de instrução» (*Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da Faculdade de Direito de Coimbra, 1988-1989, pp. 101-102), embora admitisse que os sujeitos processuais pudessem apresentar um requerimento de impedimento ao juiz que se limitasse a praticar um acto isolado de instrução — ou mesmo que o próprio juiz pudesse formular um pedido de dispensa, «sempre que a intervenção anterior no processo [comportasse] circunstâncias que impliquem desconfianças quanto à imparcialidade do juiz». O Acórdão n.º 935/96 dava igualmente notícia das críticas formuladas por Germano Marques da Silva à solução legislativa acolhida nesse artigo 40.º e da acusação de inconstitucionalidade do preceito sustentada por José da Costa Pimenta (v., do primeiro, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, pp. 416-417, e, do segundo, *Código de Processo Penal Anotado*, 2.ª ed., Lisboa, 1991, p. 146).

7 — Na fundamentação do Acórdão n.º 935/96 referem-se as duas visões contrapostas de natureza geral sobre a eventual violação do princípio do acusatório pelo artigo 40.º, na medida em que o impedimento deste artigo não abrange o juiz que decretou a prisão preventiva, elencando-se a argumentação utilizada por cada uma delas (n.ºs 12 e 13), e passa-se depois a analisar o caso dos autos, em que tinha havido não uma mera intervenção esporádica do juiz do julgamento na prática

de um acto isolado de instrução (sobre uma situação desse tipo v. o Acórdão n.º 114/95, da 1.ª Secção, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 95, de 22 de Abril de 1995), nomeadamente no decretamento da prisão preventiva após o primeiro interrogatório do arguido detido, mas uma intervenção repetida, já que o juiz que participara no julgamento havia não só decretado a prisão preventiva, como mantido posteriormente essa medida de coacção, quando apreciara um requerimento do arguido em que ele solicitava a revogação da medida em causa.

Pode ler-se no Acórdão n.º 935/96:

«Quer isto dizer que a norma do artigo 40.º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, se pronunciou sobre a prisão preventiva do arguido, foi aplicada, *in casu*, numa *dupla dimensão*: naquela em que o juiz decretou, findo o primeiro interrogatório judicial do arguido detido, a prisão preventiva e naquela em que, em data posterior, já bem próxima da data da acusação, confirmou a prisão preventiva. Ora, aplicada nesta dupla dimensão, a norma do artigo 40.º do Código de Processo Penal infringe claramente o princípio da imparcialidade objectiva do juiz, insito no princípio do acusatório, constante do n.º 5 do artigo 32.º da Constituição. Na verdade, quando o juiz reaprecia a subsistência da prisão preventiva que antes decretou, num momento em que o inquérito está a chegar ao seu termo e em que já existem no processo quase todos os elementos que é possível carrear sobre a autoria do crime imputado ao arguido e sobre a sua gravidade, pode dizer-se que fica com uma convicção de tal modo arreigada quanto a estes aspectos do processo que, *objectivamente* — e sem prejuízo da independência interior que ele for capaz de preservar —, fica inexoravelmente comprometida a sua independência e imparcialidade na fase do julgamento.

Conclui-se, assim, que a norma do artigo 40.º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido, é inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição.

[ . . . ] A conclusão no sentido da inconstitucionalidade a que acaba de chegar-se situa-se na linha da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a propósito da imparcialidade do tribunal, garantida pelo n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Analisando essa jurisprudência, salienta Ireneu Barreto (cf. ‘Notas para um processo equitativo, análise do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, à luz da jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem’, in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 49-50, pp. 114 e 115):

A imparcialidade do juiz pode ser vista de dois modos, numa aproximação subjectiva ou objectiva.

Na perspectiva subjectiva, importa conhecer o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada circunstância; esta imparcialidade presume-se até prova em contrário.

Mas esta garantia é insuficiente; necessita-se de uma imparcialidade objectiva que dissipe todas as dúvidas ou reservas, porquanto mesmo as aparências podem ter importância de acordo com

o adágio do direito inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*.

Deve ser recusado todo o juiz de quem se possa temer uma falta de imparcialidade, para preservar a confiança que, numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer aos cidadãos.

Dois casos apreciados pela Comissão e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem merecem ser citados: o caso de Cubber e o caso Hauschildt.

No primeiro, aquele Tribunal considerou violador do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem o exercício sucessivo das funções de juiz de instrução e de juiz do julgamento por um mesmo magistrado numa mesma causa, fundamentalmente porque tal magistrado, diferentemente dos seus colegas, adquire um conhecimento de forma particularmente profunda do processo, graças aos diversos meios de investigação que havia utilizado durante a investigação, e, por isso, pode ter já formado uma opinião prévia a pesar eventualmente na balança no momento da decisão (cf. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1984-1987*, Madrid, pp. 256 e segs.).

No segundo, o mesmo Tribunal, depois de considerar que, num sistema como o dinamarquês, a tomada de decisões por um juiz de primeira instância ou por um juiz de um tribunal de recurso antes do julgamento, designadamente sobre a detenção provisória, não pode justificar por si apreensões quanto à sua imparcialidade, salientou que 'certas circunstâncias podem, no entanto, num caso determinado, autorizar uma conclusão diferente'. No caso concreto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que não poderia deixar de atribuir uma importância especial a um facto: em nove dos despachos que prorrogaram a detenção provisória de M. Hauschildt, o juiz Larsen apoiou-se explicitamente no artigo 762.º, § 2.º, da Lei Dinamarquesa sobre a Administração da Justiça. Ao prolongarem aquela detenção antes do início da discussão e julgamento no tribunal de recurso, os magistrados que participaram na tomada da decisão final basearam-se eles mesmos por duas vezes no mesmo preceito. Ora, para aplicar o artigo 762.º, § 2.º, um juiz deve, entre o mais, certificar-se da existência de 'suspeitas particularmente fortes' de que o interessado cometeu as infracções de que é acusado. E, segundo o Tribunal, de acordo com as explicações oficiais, isso significa que é preciso ter a

convicção de uma culpabilidade 'muito clara'. Em face de tudo isto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, após concluir que 'a diferença entre a questão a decidir para recorrer ao dito artigo e o problema a resolver no termo do processo se apresenta então ínfima', pelo que 'nas circunstâncias da causa a imparcialidade da jurisdição competente podia parecer sujeita a suspeita, podendo considerar-se como objectivamente justificados os receios de M. Hauschildt a esse respeito', decidiu que havia violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cf. *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 1, 1989, pp. 174 e segs.).

Também na presente situação se poderá dizer, tal como o fez o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso Hauschildt acabado de referir, que se verifica uma circunstância particular que justifica uma solução de inconstitucionalidade: a circunstância de ter o juiz que participou no julgamento não apenas decretado, findo o primeiro interrogatório judicial do arguido, a prisão preventiva deste, mas ainda confirmado, em data posterior e já bem próxima da data da acusação, a prisão preventiva do mesmo arguido — tudo em termos de poder criar no arguido e nos cidadãos a suspeita de que aquele juiz, ao decidir, possa não o fazer com imparcialidade.»

8 — É este entendimento que o Tribunal agora reitera sobre a questão de constitucionalidade em apreço.

III — 9 — Nestes termos e pelas razões expostas, decide o Tribunal Constitucional declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 40.º do Código de Processo Penal, na parte em que permite a intervenção no julgamento do juiz que, na fase de inquérito, decretou e posteriormente manteve a prisão preventiva do arguido, por violação do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 18 de Fevereiro de 1998. — José de Sousa e Brito — Alberto Tavares da Costa — Guilherme da Fonseca — Messias Bento — Maria Fernanda Palma — Maria da Assunção Esteves — Vítor Nunes de Almeida — Armindo Ribeiro Mendes — Luís Nunes de Almeida — Fernando Alves Correia — José Manuel Cardoso da Costa.