

ÉTICA E ESTÉTICA DO PROCESSO PENAL

À estética do Processo Penal democrático deve corresponder uma praxe congruente com as normas que o organizam

Por Germano Marques da Silva(*)

SUMÁRIO:

Introdução. 1. A estrutura do processo em ordem à realização dos seus fins: a estética do Direito Processual Penal. 2. A ritologia processual. A sala de audiência e o acesso dos magistrados. 3. O arguido presume-se inocente mas é tratado como presumido culpado. O peso dos autos do Inquérito e as medidas de coação. 4. O interrogatório das testemunhas e a participação do arguido. 5. A publicidade do processo e os meios de comunicação social. **Conclusão.**

Introdução

I. Este artigo faz parte de uma tetralogia subordinada ao tema “Ética e Estética do Processo Penal”. O tema foi pensado desde início para dois artigos com estruturas diversas, mas complementares, para participar na edição comemorativa dos 80 anos da Revista da Ordem dos Advogados e no livro *in memoriam* do saudoso Doutor Augusto Silva Dias⁽¹⁾. Os artigos completam-se; este corresponde à forma do justo processo, aquele à praxe observante do rito processual. Pelo caminho, em resposta a solicitações pontuais, publicámos dois pequenos artigos subordinados ao mesmo tema: “*Ética e estética judiciária. A imparcialidade dos juízes é de natu-*

(*) Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

(1) A publicar no livro *in memoriam* do Professor Doutor Augusto Silva Dias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

reza ética, mas a estética judiciária também o é”(2) e “*Ética e estética do processo penal em tempo de crise pandêmica*”(3).

No artigo dedicado ao Doutor Augusto Silva Dias analisámos a estrutura que deve ter o processo penal para responder aos cânones do justo processo: presunção de inocência, imparcialidade do juiz, ampla defesa, legalidade e rastreo da prova, contraditório na manifestação concreta das condutas que aparecem no cenário processual em ordem à realização da justiça do caso e publicidade do processo; neste cuidaremos da observância das formas que conformam o modo de atuar dos sujeitos processuais e cuja subversão abre um horizonte de imperfeições suscetível de causar dano à realização da justiça(4).

II. É esta atividade dos sujeitos e intervenientes processuais na dinâmica do processo penal, o modo judiciário de proceder, que adjetivamos(5), considerando a estética como a congruência do agir de cada interveniente, sobretudo os institucionais, com os condicionamentos legais inerentes à estrutura do justo processo(6), que constitui o objeto deste estudo.

A lei, como a partitura na música, pode ser interpretada e aplicada de mil formas e ritmos, conforme a sensibilidade jurídica do seu interprete(7), variando consoante os preconceitos, influências, experiências e motivações, embora nem todas sejam plausíveis. E se é certo que uma boa partitura não dá necessariamente uma execução artística, também uma boa lei não conduz inevitavelmente à justiça da decisão quando mal aplicada. O direito, como a música, não é nem a lei nem a partitura: o direito é o resultado da interpretação e aplicação da lei, no fim último mas também no jeito; umas são aplaudidas, outras pateadas(8).

(2) Publicado no sítio do Forum Penal, em Março de 2020.

(3) Publicado na Revista do Ministério Público — Número Especial COVID-19- 2020.

(4) Princípio fundamental do processo penal português é o princípio da legalidade processual (*sine processum sine legem*), conforme dispõe o art. 2.º do Código de Processo Penal.

(5) AMODIO, ENIO, *Estetica della Giustizia Penale*, Milão, Giuffrè, 2016, p. 20.

(6) TALON-HUGON, CAROLE, *L'Esthétique*, 5.ª ed., Paris, Que sais-je?, 2018, p. 114: «para além da arte encontra-se o imenso domínio do sensível, do sentimento, da sensorialidade e da sensibilidade.», MORIN, EDGAR, *Sur l'esthétique*, Éditions Robert Laffont, Paris, 2016, p. 11: «A estética, antes de ser o caráter adequado da arte, é um elemento fundamental da sensibilidade humana. “O sentimento estético é um sentimento de prazer e admiração, que quando intenso se torna maravilha ou até felicidade”. “Pode ser despertado por objetos ou obras cujo destino não era estético, mas tornar-se esteticado por nós».

(7) SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, UC Editora, 2015, p. 271.

(8) QUEIROZ, PAULO, *Direito Penal/Parte Geral*, 13.ª ed., Salvador, Brasil, JusPODIUM, 2018, pp. 51-52.

O justo processo ou processo equitativo, a “partitura do processo”, prevê uma série de atos e condições para a realização do seu fim e o intérprete deve respeitar não só o rito processual⁽⁹⁾, seja a sequência de atos preestabelecida, mas do mesmo modo o condicionamento desses atos. Quando tal não sucede, a atividade processual, no todo ou na participação de algum dos seus intervenientes, torna-se inestética e porque a inestética da atuação significa a violação dos imperativos legais ordenados para a realização da justiça ocorre que essa observância é uma exigência ética. Ética e estética são categorias gêmeas que, embora autónomas, se sobrepõem na esfera operativa, mesmo se mantêm plena autonomia⁽¹⁰⁾.

III. A aplicação das leis deve propor-se a realização da justiça por meios equitativos e por isso o direito justo é belo; na definição de Celso, *ius est ars boni et aequi*. *Ars* pode entender-se como sistema ou bem, literalmente como arte ou técnica. O *aequuum* indica igualdade, no sentido de proporcionalidade para chegar ao *bonum*, ao bem, como valor moral, seja individual ou coletivo. *Bonum et aequum* é uma hendíadis para designar a Justiça⁽¹¹⁾.

A Justiça não se realiza por qualquer modo. No decorrer da história da humanidade foram diversos os meios adotados na procura da verdade para a realização da Justiça⁽¹²⁾, mas esses procedimentos (ordálios, tortura, ameaças, julgamentos de Deus, etc.) não são aceitáveis no nosso tempo quando lesivos da dignidade da pessoa suspeita ou obtidos com violação da legalidade processual (art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º do CPP); os fins últimos podem ser os mesmos, mas agora só se toleram os meios de obtenção de prova que sejam conformes aos valores democráticos, meios que, afinal, respeitem a dignidade do suspeito/acusado⁽¹³⁾ e convençam a comunidade sobre a lealdade dos procedimentos judiciais⁽¹⁴⁾. Como já

(9) ZENATI, FRÉDÉRIC, «Le procès, lieu du social», *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 39 — *Le procès*, Paris, Éditions Sirey, 1995, p. 239, ss.

(10) AMODIO, ENNIO, *ob. e loc. cit.*

(11) BIONDI, BIONDO, *Arte y Ciencia del Derecho*, (trad. de Angel Latorre Segura), Santiago — Chile, Ediciones Olejmik, 2019, p. 89, ss.

(12) SORRENTINO, TOMMASO, *Storia del processo penale/dall'Ordalia all'Inquisizione*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Itália, 1999; GABORIAU, SIMONE, «Le respect de la dignité dans les pratiques judiciaires», *Justice, éthique et dignité, Limoges, Presses Universitaires de Limoges*, s/d, p. 259, ss.

(13) SCALISI, VINCENZO, *L'ermeneutica della dignità*, Milão, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 3, ss.

(14) Ac. do TREvora, de 17.01.2012, Relator Desembargador António João Latas: «Convirá não esquecer que a chamada “justiça salomónica” (entrega de metade da criança para cada uma das pretensas mães) não constitui exemplo de decisão justa, mas antes de artifício com que na história bíblica o rei Salomão logrou entregar a criança à sua verdadeira mãe, assim fazendo justiça.

antes da Revolução de Abril ensinava o Prof. Figueiredo Dias, a conceção moderna do processo democrático tem por base a ideia de que é o «indivíduo autónomo, dotado dos seus direitos naturais originários e inalienáveis»⁽¹⁵⁾, que deve estar no centro das considerações, o que implica ter de estabelecer-se uma ordenação limitadora do poder do Estado para que este não aniquile a liberdade individual ou a personalidade ética⁽¹⁶⁾. Como em todo o Direito, no Estado de direito democrático a centralidade reside na pessoa, também no campo do processo penal a centralidade deve residir na pessoa do arguido⁽¹⁷⁾, mas na prática, no cenário mediático das audiências de instrução e de julgamento, o arguido é frequentemente remetido para um canto, para um plano secundário, sendo os magistrados e os advogados os protagonistas que se exibem e mostram no palco, donde ser especialmente exigível que os seus procedimentos sejam leais⁽¹⁸⁾, sejam *fairness*.

Como o artista, ainda que seja modesto, só o é enquanto possui o sentido do belo, também o jurista tem que possuir o sentido da justiça, a exata perceção do justo e a capacidade de expressá-lo e dar-lhe execução com os meios legais de que dispõe; revela-se na determinação de normas justas e na sua justa aplicação ao caso concreto. É uma sensibilidade particular, um *habitus mentis*, que precisa de ser cultivada e se afina com a experiência da vida, a imitação dos notáveis, a humildade intelectual e muito estudo⁽¹⁹⁾. Se nem todos podem ser artistas do Direito, devem ao menos esforçar-se por ser bons artesãos, cultivando o gosto pela Justiça e sempre empenhados no escrupuloso respeito da legalidade dos meios para a alcançar. Quando se procura realizar a Justiça através do direito positivo, imbuídos do sentido de justiça, agindo lealmente e utilizando os meios que dispõe o justo processo⁽²⁰⁾, tende-se sempre para fazer obra de arte⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.º Vol, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 64.

⁽¹⁶⁾ RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 357.

⁽¹⁷⁾ GROSSI, PAOLO, *Il Diritto in una Società Che Cambia*, Bolonha, Mulino, 2018, p. 116.

⁽¹⁸⁾ Sobre o princípio da lealdade processual, cf. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal* (1), 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 79, ss.

⁽¹⁹⁾ FONTAINE, LAURÉLINE, *Qu'est-ce qu'un «grand» jurist?/Essai sur les jurists et la pensée juridique modern*, Paris, Lextenso éditions, 2012.

⁽²⁰⁾ O processo penal é instrumental da jurisdição. O fim do processo e da jurisdição coincidem, sendo indispensáveis um e outro para o fim da realização dos fins do Direito Penal. A distância entre Direito Penal e processo é, porém, abissal: enquanto o Direito Penal tipifica as proibições cuja violação constitui o crime, pelo contrário, as regras condicionantes da atividade jurisdicional, as regras do processo, são dirigidas à reconstituição do facto histórico e á individualização da proibição violada para a realização da Justiça (o quê e como deve ser feito) — cf. RICCIO, GIUSEPPE, «Persona, Pena, Pro-

1. A estrutura do processo em ordem à realização dos seus fins: a estética do Direito Processual Penal

I. O processo penal é uma sequência de atos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime, na definição do art. 1.º, n.º 1, al. a) do Código de Processo Penal, e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação. Nesta definição abrangem-se dois hemisférios ou perspetivas: uma estática e outra dinâmica. Na perspetiva estática traçam-se os grandes quadros em que decorre toda a atividade processual (Direito Processual Penal), procura-se descobrir o condicionamento de toda essa atividade; na dinâmica deixa de olhar-se os atos processuais em abstrato para passar a vê-los como aparecem na vida de um processo em concreto, formando aquele suceder de atividades em que o processo materialmente consiste (comportamento dos sujeitos e demais intervenientes processuais).

Como referido já na Introdução, neste artigo vamos apenas cuidar da dinâmica processual, especialmente do comportamento dos sujeitos processuais em audiência, deixando para o artigo *in memoriam* do Doutor Augusto Silva Dias a análise do Direito Processual Penal português, procurando avaliar aí da sua correspondência aos parâmetros do “processo equitativo”. definidos nos textos internacionais⁽²²⁾, pela jurisprudência⁽²³⁾ e pela doutrina⁽²⁴⁾.

II. Na perspetiva dinâmica, a estética do processo, como categoria que denota a forma do rito judiciário que responda aos cânones do justo

cesso», AAVV, coord. Maristella Amisano e Mario Caterini, *Persona, Pena, Processo/Scritti in Memoria di Tommaso Sorrentino*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 180.

(21) FERRARA, ALESSANDRO, *Giustizia e giudizio*, Roma, Laterza, 2000, p. 315: «a validade estética encontra o seu ponto de partida na congruência exemplar entre as normas institucionais e a prática».

(22) Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(23) De modo especial pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

(24) MENDES, PAULO SOUSA, «Processo equitativo e público», ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE (coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019; QUILLERÉ-MAJZOUR, FABIENNE, *La Défense du Droit à un Procès Équitable*, Bruxelas, Bruylant, 1999; AAVV, GAITO, ALFREDO (coord.), *I Principi Europei del Processo Penale*, Roma, DIKE, 2016; GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ, *O Devido Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2014; SILVA, GERMANO MARQUES DA/SALINAS, HENRIQUE, «Anotação ao artigo 32.º da Constituição», MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, (2.ª ed.) Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017; SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (3) (2.ª ed.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 45.

processo, refere-se à forma como os seus atores (protagonistas) interpretam e aplicam as normas que condicionam as suas intervenções. Também agora, quando os magistrados e advogados buscam através do processo alcançar os fins do Direito, na observância dos princípios, das formas procedimentais e das praxes judiciárias, o processo desperta o deleite estético⁽²⁵⁾.

Onde, porém, este dever ser não se realiza, porque são ignorados os princípios e abandonadas as formas, substituídas por outras mais a jeito ou gosto dos sujeitos processuais, num exercício de *aequitas* cerebrina, é necessário empenharmo-nos para compreender por que razão e até que ponto a realidade observada se desvia dos imperativos da lei, para o corrigirmos. O direito livre e o decisionismo processual muito em moda violam a legalidade a que o procedimento está sujeito (arts. 2.º e 9.º do CPP).

2. A ritologia do processo. A sala de audiência e o acesso dos magistrados

I. No Capítulo XXXVIII do livro *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Beccaria escreveu em 1764: «*As formalidades e as cerimónias são necessárias na administração da justiça, quer porque nada deixam ao arbítrio do administrador; quer porque dão ideia ao povo de um julgamento não tumultuário e interessado, mas estável e regular, quer porque sobre os homens imitadores e escravos do hábito causam impressão mais eficaz as sensações do que os raciocínios*»⁽²⁶⁾.

Beccaria referia-se especificamente aos interrogatórios das testemunhas, que assumem importância maior na economia da audiência, mas o princípio é válido para a generalidade das formalidades ou ritos processuais^(27/28).

⁽²⁵⁾ AMODIO, ENNIO, *ob. e loc. cit.*

⁽²⁶⁾ BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 149.

⁽²⁷⁾ NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 5.ª ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1870, p. 26: «Mas a administração da justiça seria desordenada, confusa e arbitrária, se não fosse subordinada no seu exercício a regras e formalidades fixas». «Esta forma deve compreender todos os atos necessários ou convenientes para a instrução e reta decisão da causa».

⁽²⁸⁾ Os americanos costumam dizer: «Justice before truth». Esta expressão parece significar que o mais importante é o respeito das regras do processo (a justiça formal). Entendemos que deve pugnar-se pela justiça material mas para a atingir torna-se necessário «a justiça pela verdade», ou seja, respeitar as regras do processo, visando sempre a descoberta da verdade. É esse procedimento que qualificamos como “estética do processo”.

Até mesmo a estética da sala de audiências e dos trajés dos magistrados e advogados não é alheia à ética do procedimento⁽²⁹⁾.

No espaço judiciário tudo pode ser uma forma de comunicação para os atores processuais e também para a sociedade, em geral, desde o espaço, o mobiliário, a distribuição dos lugares, os ritos e procedimentos. Tudo tem ou pode ter um sentido e influenciar de diferentes formas os atos processuais bem como a decisão final da causa. A própria Justiça é simbolizada pela figura de uma mulher⁽³⁰⁾ com os olhos abertos ou vendados, empunhando ou não uma espada, conforme a simbologia grega ou romana⁽³¹⁾, mas sempre uma balança de dois pratos iguais equilibrados, a prumo (*recta*), significando a igualdade na atribuição a cada um do que lhe couber e a retidão com que o julgador deve proceder⁽³²⁾.

Os símbolos e rituais no sistema da justiça não podem ser tratados de forma simplista, como reminiscências gongóricas incompatíveis com a modernidade, pois possuem a capacidade de influenciar tanto o consciente como o subconsciente das pessoas, contribuir para a credibilidade da instituição e ter consequências nas decisões processuais.

II. Não podemos analisar aqui a influência que a estrutura dos tribunais e salas de audiência tem sobre a dinâmica do processo⁽³³⁾; é questão que ultrapassa no imediato a estrutura do processo ainda quando o condicione, mas a disposição dos sujeitos processuais na sala de audiências e

⁽²⁹⁾ Os trajés dos magistrados e advogados são o sinal de pertença a uma comunidade de juízes, magistrados do Ministério Público e advogados que acreditam nos mesmos valores. Os atores do cenário processual compartilham o mesmo modo de vestir em audiência não para esconder qualquer coisa, mas para evidenciar o papel de concelebrantes do rito. Para o defensor, além disso, a toga tem o valor simbólico de uma divisa que o protege nas relações com os outros atores do processo. O respeito de que goza mesmo no mais áspero confronto com o adversário é assegurado pelo traje ritual que veste. Cf. AMODIO, ENNIO, *ob. cit.*, p. 118.

⁽³⁰⁾ Talvez que a representação da Justiça por uma figura de mulher tenha a ver com a beleza, porque o Direito é belo, no sentido de que deve ser harmonioso.

⁽³¹⁾ *Diké*, a deusa grega que simbolizava a justiça, tinha os olhos abertos, para não lhe escapar nada que pudesse contribuir para uma solução justa, e empunhava uma espada para *cortar a direito*, recorrendo à força, se necessário. A deusa romana, *Iustitia*, tinha os olhos vendados, porque a justiça deve decidir sem olhar a que o vencedor seja um ou outro dos litigantes e sim aquele que tiver razão e sem espada para não sugerir a ideia de violência, contrária à serenidade com que o julgador deve julgar. Cf. CRUZ, SEBASTIÃO, *Ius, Derectum (Directum)*, Coimbra, 1974.

⁽³²⁾ A representação moderna na iconografia portuguesa atende a tudo isso: deve cortar a direito, não privilegiando nenhum dos contendores, deve atender a todas as circunstâncias, mas sem olhar a quem, para obter a solução justa e se necessário impor a solução pela força. Cf. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., UC Editora, Lisboa, 2015, p. 15, ss.

⁽³³⁾ BRANCO, PATRÍCIA, *Análise da arquitetura judiciária portuguesa: as dimensões de reconhecimento, funcionalidade e acesso à justiça*, <<https://doi.org/10.4000/eces.1930>>, consultado em 4.4.2020.

o acesso dos magistrados é também um elemento a valorar na estética do procedimento. Devemos, porém, registrar que a estrutura das salas de audiência e do mobiliário da grande maioria dos nossos tribunais refletem ainda muitas das ideias que enformavam o processo penal de tipo inquisitório, mas não se ajustam já ao processo penal democrático. O arguido presume-se inocente, mas deve sentar-se numa cadeira ou banco diferente (menos cómodo) do dos demais (o mocho)⁽³⁴⁾!

Também a disposição cénica na sala de audiências. A regra do agente do Ministério Público ficar sentado em lugar de destaque ao lado direito⁽³⁵⁾ do juiz ou tribunal e em plano superior ao dos advogados, constitui uma insinuante posição de prevalência do titular da acusação relativamente à defesa⁽³⁶⁾. Tal cenografia parece incompatível e inadequada ao modelo processual acusatório em que a acusação e a defesa devem estar em lugares equidistantes do julgador em respeito dos princípios da “igualdade de armas” que garantem. Estando o representante da defesa distante e em local inferiorizado em relação ao Ministério Público dificulta-se consideravelmente o confronto igualitário que deve ser travado entre acusação e defesa perante o juiz⁽³⁷⁾. Ao observador transmite-se uma impressão de proximidade e até de intimidade entre o acusador e o julgador, interferindo assim, embora apenas de forma aparente, espera-se, na credibilidade a respeito da imparcialidade do julgamento.

⁽³⁴⁾ BOUCHERON, JEAN-MICHEL, *et alia, Tous Coupables/Réquisitoire contre le système judiciaire et la prison*, Paris, Balland, 2002, p. 177: «Déjà condamné?»

⁽³⁵⁾ “aquele que se sentar ao lado direito de Deus Pai Todo-Poderoso subirá aos céus”, parecer do constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA à Ordem dos Advogados do Brasil, *apud* KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA, *A disposição cénica das salas de audiências e tribunais brasileiros: a inconstitucionalidade da prerrogativa de assento do Ministério Público no processo penal*, <jus.com.br>, publicado em 7/2017 (<<https://jus.com.br/artigos/59053/a>>).

⁽³⁶⁾ Tal posição privilegiada do Ministério Público advém de uma prerrogativa instituída pelo art. 96.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público. Foi estabelecido pela primeira vez, ao que apurámos, pela Portaria de 8 de junho de 1842: [...] faça colocar naquele tribunal a cadeira do respetivo agente do ministério público à direita da sede do juiz, em local separado, porém mais elevado e distinto que o dos oficiais do auditório». Não encontramos norma, mas porventura existe, que disponha que as cadeiras dos advogados devem ficar também em lugar menos elevado do reservado ao Ministério Público.

⁽³⁷⁾ Entendemos que a qualidade de órgão de justiça do Ministério Público não fica diminuída se na sala de audiência ficar sentado no mesmo plano dos advogados e para tanto não é necessário baixar a sua bancada mas tão só colocar a dos advogados ao mesmo nível. É interessante observar que na Itália, tanto quanto nos dá conta ENNIO AMODIO, *ob. cit.*, p. 114, «na iconografia institucional da audiência, o defensor ocupa uma posição de destaque, a ponto de aparecer até um palmo acima do Ministério Público». “É a inviolabilidade consagrada pelo artigo 24.º da Constituição. Representa o índice da maior importância do direito de defesa em comparação com a obrigação do Ministério Público de exercer a ação penal prevista pela mesma Constituição».

«A proximidade destes dois atores processuais, uma vez que ambos representam o Estado, somadas às inevitáveis conversas de “ao pé de orelha” incitadas pela própria intimidade do convívio diário, traz a impressão» «de que haverá uma parcialidade do julgador, que estará mais predisposto a aceitar os argumentos da acusação pública com quem aparentemente tem maior afinidade»⁽³⁸⁾. Acresce ser frequente nos tribunais que os magistrados judiciais e do Ministério Público entrem e saiam da sala de audiência pela mesma porta o que provoca, pelo menos nos arguidos, testemunhas e público, a ideia ou suspeita de que os magistrados falam nos bastidores sobre o que se vai passar, está ou passou na sala de audiência. E com esta suspeita, fundada ou infundada, lá se vai a ideia da igualdade de armas. É inestético porque lança a suspeita sobre a regularidade do processo⁽³⁹⁾.

3. O arguido presume-se inocente mas é tratado como presumido culpado. O peso dos autos do Inquérito e as medidas de coação

I. A presunção de inocência do arguido é elemento estruturante fundamental do processo penal democrático, não se limitando a mera regra de decisão sobre a prova. Presumir o arguido inocente implica que deve ser tratado no decurso de todo o procedimento, desde a fase preliminar até ao trânsito da decisão, pelo menos, como eventual inocente⁽⁴⁰⁾. E se o

⁽³⁸⁾ ROSA, KARINE AZEVEDO EGYPTO ROSA, *ob. e loc. cit.*

⁽³⁹⁾ Evidentemente que não desconhecemos os argumentos a sustentar essa diferente distribuição de lugares entre o MP e os advogados — CUNHA RODRIGUES, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 331, ss. — nem que a entrada pela mesma porta é questão de arquitetura dos tribunais, mas no plano da estética do cenário da audiência mantemos as observações do texto. Estamos convencidos que sem desprestígio para o tribunal e o Ministério Público será possível que as bancas destes magistrados sejam colocadas ao mesmo nível da dos advogados, como já sucede em alguns tribunais, porque todos participam na realização da justiça. Afirmava Calamandrei: «Não conheço maior aberração do que aquela de quem quer ver na contraposição entre juiz e advogados uma expressão típica da antítese entre interesse público e interesse privado, entre autoridade e individualismo. Na realidade, a advocacia responde, inclusive no Estado totalitário, a um interesse essencialmente público, tão importante quanto aquele a que responde a Magistratura: juízes e advogados são igualmente órgãos da justiça, são servidores igualmente fiéis do Estado, que a eles confia dois momentos inseparáveis da mesma função» — CALAMANDREI, PIERO, *Eles, Os Juízes, vistos por um advogado*, trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

⁽⁴⁰⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português*, I, 2.^a ed., Lisboa, UC Editora, 2017, p. 51, ss.; LOPES JR., AURY, *Direito Processual Penal*, 10.^a ed., São Paulo-Brasil, Saraiva,

arguido deve ser tratado como possível inocente, é insuportável que possa ser tratado pelo tribunal, pelo Ministério Público ou pelos advogados como “presumido culpado”, por muito que as provas entretanto recolhidas no Inquérito indiciem a sua culpabilidade. E é frequente que assim seja tratado, não só nos interrogatórios a que é submetido, mas também nas advertências que lhe são feitas quando reage, as mais das vezes instintivamente, a depoimentos ou comentários com referência à sua responsabilidade pelos factos objeto da acusação⁽⁴¹⁾, a começar, como referido já, pela inco modidade do lugar onde deve assistir ao seu julgamento⁽⁴²⁾ e pela ameaça constante de sujeição a novas medidas de coação.

A lei dispõe que o juiz, se o arguido se dispuser a prestar declarações, ouve-o em tudo quanto disser sobre o objeto do processo, sem manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários donde possa inferir-se um juízo sobre a culpabilidade (art. 343.º, n.º 2, do CPP). E a mesma obrigação é imposta aos advogados por disposição expressa no Código de Processo Penal (art. 326.º). Não deixa de ser discriminatório que a lei regule os deveres dos advogados e defensores e não o faça igualmente relativamente ao Ministério Público, o que revela que a posição dos representantes da acusação pública e da defesa não estão efetivamente no mesmo plano, mesmo quando se trata da produção da prova no contraditório da audiência. É, aliás, de registar que, nos termos do disposto no art. 326.º do Código de Processo Penal, o juiz pode retirar a palavra aos advogados e defensores, mas não o pode fazer relativamente ao Ministério Público⁽⁴³⁾. No processo de estrutura acusatória todos — juiz, Ministério

2013, p. 230: «A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele».

(41) Em lugar de advertido, o arguido deveria ser interpelado pelo tribunal, pelo menos sempre que requerido pela defesa, para explicar a razão da sua reação. Pensamos, aliás, que depois de cada depoimento de testemunha de acusação deveria ser sempre dada a palavra ao arguido antes da testemunha ser dispensada.

(42) PATRÍCIO, RUI, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal/Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019.

(43) Não deixa de ser interessante que nenhum comentador, ao que nos tenhamos apercebido, comente esta diferença legal de tratamento. Não se diga que por força do EMP os magistrados devem observar deveres de zelo, isenção e objetividade (arts. 104.º e 105.º) porque também o EOA impõe idênticos deveres aos advogados. Não se desconhece a diferença de estatutos — cf. RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 331, ss. Julgamos que a origem histórica desta diferença de tratamento vem da Portaria de 3 de fevereiro de 1852, que declara que os magistrados do Ministério Público não são subalternos dos juizes: «Manda declarar ao mencionado conselheiro, a fim de se evitarem futuros conflitos, que, não estando sujeito o procurador régio à presidência, cumpre que ele seja tratado em todas as relações de serviço como magistrado que lhe não é subordinado: evitando-se quaisquer expressões que signifiquem superioridade, inspeção ou censura». Não está em causa que

Público e advogado — participam na definição do Direito no caso, não existindo entre eles qualquer hierarquia, embora as funções na audiência sejam naturalmente diversas, competindo ao juiz velar pela disciplina.

II. O arguido presume-se inocente, mas lá estão os autos do Inquérito a atestarem a sua culpabilidade. Evidentemente que não está em causa a necessidade de uma investigação pré acusatória nem, aqui e agora, vamos discutir a necessidade da investigação contar com mais ampla participação da defesa⁽⁴⁴⁾, embora o instituto do segredo do inquérito e a praxe impossibilitem ou pelo menos limitem decisivamente o direito do arguido a «intervir no inquérito (...), oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias», como dispõe a lei [art. 61.º, 1, al. g), do CPP], direito do arguido negado pela praxe porque para oferecer provas e requerer diligências é necessário conhecer o que consta dos autos e não apenas os factos e provas que o Ministério Público entenda conveniente mostrar-lhe. Como pode o arguido requerer o que quer que seja se os autos se mantêm em segredo de justiça⁽⁴⁵⁾? Constitui não só uma utopia, mas também a violação do estatuto da defesa, pressupor-se que o Ministério Público e os órgãos de policia criminal, que realizam a investigação, agem «à charge et à décharge» e comunicam ao arguido tudo o que seja relevante para a sua defesa, como frequentemente se pretende, e não por intenção persecutória, mas pela própria natureza das coisas. É que o juízo sobre o que é relevante para a defesa só esta o alcança plenamente já que para a acusação só releva o que põe em causa a tese acusatória e não o que elide os seus próprios fundamentos⁽⁴⁶⁾.

Na reforma de 1998⁽⁴⁷⁾, foi introduzido no Código o art. 272.º, n.º 1⁽⁴⁸⁾, obrigando ao interrogatório do arguido no decurso do Inquérito,

os magistrados do Ministério Público não sejam subordinados do Juiz, mas também os advogados não o são pelo que deviam ter o mesmo tratamento.

(44) Trataremos de espaço desta questão no artigo que publicaremos *in memoriam* do Doutor Augusto Silva Dias.

(45) É revelador do teor inquisitório do Inquérito que tendo embora sido consagrada em 2007 a regra da publicidade do Inquérito, sendo excecional o segredo, a prática é exatamente a contrária, até por determinação do PGR de 9.1.2008 e também a validação do segredo decretado pelo MP tem sido praticamente automática. Cf. ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 251.

(46) Não se pense que o que dizemos é pura especulação teórica. Já vimos em vários processos, e recentes, o Ministério Público a recusar a junção aos autos de documentos solicitados, e até ordenada a junção pelo juiz, alegando que tudo o que importava para a defesa tinha sido junto. Tão ou mais grave é a passividade do juiz perante a recusa.

(47) Lei n.º 59/98, de 25.08.

(48) Art. 272.º, n.º 1: — Correndo inquérito contra pessoa determinada é obrigatório interrogá-la como arguido. Cessa a obrigatoriedade quando não for possível a notificação.

para permitir o exercício do direito que o art. 61.º, n.º 1, al. f) lhe atribuía. Foi, porém, durante muito tempo letra morta e ainda agora tem uma aplicação limitada aos factos com que o Ministério Público entenda confrontar o arguido⁽⁴⁹⁾; é manifestamente curto em termos de processo equitativo⁽⁵⁰⁾. Este interrogatório, mesmo nos termos limitados em que ocorre na prática constitui essencialmente um meio de prova e não um meio de defesa, tanto que, só excecionalmente, os autos do Inquérito são facultados ao arguido para que, confrontado com os elementos probatórios recolhidos nos autos, possa requerer o que entender por conveniente à sua defesa⁽⁵¹⁾. Tratamos agora apenas da estética das audiências de julgamento e de instrução e da sua influência no interrogatório do arguido e das testemunhas, mas o que se passa na fase de investigação pré acusatória condiciona decisivamente a audiência. Adiante trataremos das testemunhas.

No processo penal o suspeito/arguido é presumido culpado desde que são reunidos alguns indícios contra ele, quando não a partir da simples denúncia, ainda que anónima⁽⁵²⁾. A presunção de inocência é um conceito sem significado prático: quando alguém é acusado não tem mais do que o direito a defender-se e de modo limitado⁽⁵³⁾. Com o recebimento da acusação, acompanhada pelos autos do Inquérito, o juiz, presumindo que no Inquérito foram

⁽⁴⁹⁾ Ac. Tribunal Constitucional n.º 72/2912, DR, II Série de 12-03-2012: Não julga inconstitucionais as normas constantes dos arts. 272.º, n.º 1, 120.º, n.º 2, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea c), e 144.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que não constitui nulidade, por insuficiência de inquérito, o não confronto do arguido, em interrogatório, com todos os factos concretos que venham a ser inseridos na acusação contra ele deduzida. Consideramos que a interpretação correta é a formulada pelo Ac. TRE de 10.10.2017: «Apurando-se no decurso do inquérito novos factos integrantes de crime sobre os quais o arguido não foi confrontado, podendo sê-lo, a acusação subsequente, na qual são englobados tais factos, é parcialmente nula, por ter sido omitido ato legalmente obrigatório o interrogatório do arguido sobre tal matéria».

⁽⁵⁰⁾ Cf. art. 6.º, n.º 3, da CEDH. MESQUITA, PAULO DÁ, «Direitos do acusado», ALBUQUERQUE, PAULO PINTO (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019, p. 1100, ss.; STAVROS, STEPHANOS, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 168, ss.

⁽⁵¹⁾ Cf. o nosso *Direito Processual Penal Português* (3), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 88. Também ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 732. Não obstante o Ac. STJ de fixação de jurisprudência n.º 1/2006, DR, I Série de 2-01-2006: A falta de interrogatório como arguido, no inquérito, de pessoa determinada contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade prevista no art. 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal.

⁽⁵²⁾ INCHAUSPÉ, DOMINIQUE, *L'innocence judiciaire/Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Paris, Litec, 2001, p. 324.

⁽⁵³⁾ BOLLE, PIERRE-HENRI, «Origines et destin d'une institution menacée: la presumption d'innocence», AAVV, *Le Droit Pénal à l'Aube du Troisième Millénaire/Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 43, ss.

escrupulosamente respeitadas as normas legais que o condicionam, forma necessariamente um pré-juízo sobre a questão que lhe é submetida⁽⁵⁴⁾. É razoável dizer-se que, na prática, a presunção de inocência equivale simplesmente a direito de defesa e regra lógica de prova, que nasce da presunção de culpa que pesa sobre o arguido desde que é levantada uma suspeita contra ele e se vai reforçando à medida que o processo avança até à acusação^(55/56), robustecida no decurso do Inquérito pela sua sujeição a medidas de coação⁽⁵⁷⁾.

III. Quando o juiz interroga o arguido, coloca-lhe uma série de questões às quais ele já respondeu no Inquérito⁽⁵⁸⁾ ou estão indiciados nos respetivos autos com outros elementos de prova. O juiz sabe de antemão quais foram as respostas às questões que vai formular, se o arguido tiver sido interrogado no Inquérito ou na Instrução, e não as faz para descobrir algo que nos autos foi deixado na sombra, ou não só, mas para obter a confirmação do que já foi dito pelo próprio arguido, pelas testemunhas ou por outro modo já documentado. Se sucede que a resposta dada na audiência difere da que foi dada no Inquérito ou na Instrução, confronta-o com a contradição ou lacuna, manifestando frequentemente a sua incompreensão pela divergência ou omissão. O juiz parte do princípio que o Inquérito e depois a Instrução abriram e fecharam todas as portas, tendo seguido todas as pistas e tudo com respeito formal da legalidade, mas nem sempre é assim, especialmente no Inquérito, e o mais terrível é que o Ministério Público e os juízes acreditam de boa fé que assim é⁽⁵⁹⁾ porque efetiva-

⁽⁵⁴⁾ PATRÍCIO, RUI, *ob. cit.*, p. 51, ss.

⁽⁵⁵⁾ PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *Saber e Poder/O Processo (de investigação) Penal*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019, p. 445: «O princípio da investigação (pré-acusatória), em última análise, confronta-se seriamente com o princípio da presunção de inocência, pois ele invoca precisamente razões que se justificam em alguma dúvida sobre a inocência de alguém, a legitimar uma ação estatal que resulta inevitavelmente em restrições de direitos antes que qualquer culpa seja provada».

⁽⁵⁶⁾ Ainda na atualidade, e mesmo nas grandes democracias, se verificam frequentes manifestações de desrespeito pelo princípio da presunção de inocência em nome da segurança e do combate ao crime organizado e a formas de criminalidade consideradas mais graves ou eticamente mais censuráveis, havendo mesmo autores a preconizar uma valoração quantitativa da prova, naturalmente menos exigente para certo tipo de criminalidade com o pretexto da dificuldade da prova em certos crimes e da necessidade da sua punição para prevenção geral. Cf. TUZET, GIOVANNI, *Filosofia dela prova giuridica*, 2.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2016, p. 282, ss.

⁽⁵⁷⁾ Por isso, e com razão, na praxe judiciária costuma dizer-se que a presunção de inocência é a pior mentira da linguagem dos juristas. Só não o será enquanto o princípio for entendido como regra de tratamento do arguido inerente à sua dignidade, como direito de defesa e regra de prova, valores cardinais do processo democrático.

⁽⁵⁸⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (3), Lisboa, UC Editora, 2017, p. 208.

⁽⁵⁹⁾ LÉVY, THIERRY, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 25, ss; BOUCHE-

mente assim é na maioria esmagadora dos casos e deveria ser sempre, mas nem sempre o é⁽⁶⁰⁾.

Como escrevemos noutra lugar⁽⁶¹⁾, na investigação criminal, como em qualquer outra investigação, o investigador não parte do nada à descoberta do que quer que seja: parte da notícia de um eventual crime e para reconstruir os factos noticiados, os seus agentes e circunstâncias e descobrir e recolher as respetivas provas, formula hipóteses que depois vai procurar confirmar ou infirmar. Esta fase é muito importante, perigosa e frequentemente decisiva porque uma hipótese fechada pode comprometer para o bem e para o mal o resultado da investigação. É assim, por exemplo, que se o investigador dá muito crédito à hipótese que formulou para conduzir a investigação vai valorizar todos os indícios que a abonem, não obstante serem equívocos, e desvalorizar todos os que se afastam da hipótese formulada. A prova indiciária é muito perigosa, mas frequente e necessariamente resulta da conjugação de vários indícios. A dúvida deve estar sempre presente no espírito de quem investiga e o princípio da presunção de inocência deve também informar todos os atos de investigação dirigidos contra pessoa determinada. Os grandes erros judiciais resultaram quase sempre de juízos apressados e superficiais sobre a responsabilidade dos suspeitos logo na fase de investigação⁽⁶²⁾. Por isso que é a investigação criminal, mais do que de técnica policial, necessita de ser constantemente informada e controlada por princípios jurídicos, desde logo pelo princípio da presunção de inocência, pela busca da verdade, seja qual for, pela objetividade, isenção e pela dúvida como método⁽⁶³⁾. Os erros da investigação podem ser causados por vários fatores, mas em regra resultam da precipitação na formulação das hipóteses para conduzir a investiga-

RON, JEAN-MICHEL, *ob. cit.*, p. 178: «Ils connaissent bien le magistrat instructor et le procureur et rien n'elles prédispose à mettre en doute le sérieux de leurs collègues, car se sont dès collègues.» «En revanche, les magistrats n'ont entre les mais aucun document émanant de la défense».

⁽⁶⁰⁾ Bem se pode dizer que a presunção de inocência do arguido é substituída pela presunção de competência e lealdade dos polícias e magistrados, o que nem sempre acontece, como também na presunção de inocência do arguido, tomada à letra, mas felizmente sucederá na grande maioria dos casos.

⁽⁶¹⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal Português* (1), Lisboa, UC Editora, 2015, p. 19, ss.

⁽⁶²⁾ SALAS, DENIS, *Erreurs judiciaires*, Paris, Dalloz, 2015, p. 45, ss.

⁽⁶³⁾ FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, III, edição policopiada da AAFDL, 1963, p. 163: «A deficiência da averiguação dos factos relevantes, quer dos que fundamentam ou agravam a responsabilidade, quer dos que a dirimem ou atenuam [...], obscurecem a averiguação da verdade, tornam pouco claro o objeto do processo, de modo que concorrem para uma deficiente apreciação e uma eventual injustiça. A realização da instrução pressupõe menos qualidades comumente consideradas como policiais do que uma forte consciência jurídica e experiência prática».

ção, frequentemente alimentadas por denúncias anónimas, ou simplesmente registadas como tais por razões nem sempre transparentes e válidas, ou processos paralelos dos meios de comunicação social a que acrescem os prazos, e não só⁽⁶⁴⁾.

E não só. Embora o Inquérito tenha como postulado fundamental a limitação dos elementos probatórios ao fim de suportar a decisão sobre a acusação, ultrapassa de longe esta sua finalidade primordial porque a investigação criminal contemporânea utiliza muito frequentemente meios técnico-científicos que resultam em provas irrepetíveis, que cada vez mais têm sido aceites para julgamento⁽⁶⁵⁾, com a agravante de nem sequer serem apresentadas em audiência, frustrando desse modo o princípio da publicidade. Acresce que sobretudo na chamada criminalidade organizada e económico financeira, com muita frequência são acumulados nos autos elementos probatórios obtidos em procedimentos administrativos cuja legalidade no modo de aquisição não é possível escrutinar⁽⁶⁶⁾, violando-se desse jeito o direito de defesa⁽⁶⁷⁾. Tudo isto na busca de eficácia⁽⁶⁸⁾ que se sobrepõe à legalidade dos meios, que atrapalham, nas ficções alimentadas

(64) Acontece frequentemente que os investigadores partem de uma ideia mais ou menos fundada na intuição e que consideram como uma verdade absoluta. Então raciocinam logicamente e sem comprovar os factos constroem um sistema lógico mas que não tem nenhuma correspondência à realidade. «Os erros judiciais decorrem desta intuição dos investigadores (que os faz aceitar como verdade o que não está ainda provado), da sua preguiça e do seu orgulho que os fazem negligenciar o confronto das suas intuições com os factos Esta inspiração, longe de revelar o autor do crime, não revela senão a miopia do investigador, tanto é verdade, segundo Bergson, que «a única realidade que apreendemos por intuição, é a nossa própria pessoa» — cf. MOUFFE, BERNARD, *Le Droit au Mensonge*, Bruxelles, Lacier, 2017, p. 423.

(65) PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *ob. cit.*, p. 443: «A prejudicialidade que se reconhece ao inquérito como fase obrigatória do Processo Penal português vem em favor de evidenciar que a investigação criminal ainda permanece sendo a base efetiva da instrução, sem a qual o Processo Penal não é realmente possível». «Ela reafirma o caráter instrutório de parte essencial da investigação que podemos chamar melhor de probatória, para evitar a volta a modelos antigos, mas que exige pensar a investigação como processo penal e levar a sério seus princípios fundamentais necessários a uma efetiva justiça processual».

(66) VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Cadeia de Custódia*, Coimbra, Almedina, 2019.

(67) SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Direito Processual Penal* (3), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 20, ss.; *idem*, «Métodos Expeditos de Obtenção de Prova: Os Valores Democráticos em Risco?», Valente, Manuel Monteiro Guedes (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional — Corpus Delicti*, I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 273, ss.

(68) GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz?», *Direito e Justiça*, Vol. I, n.º 1, 1980, p. 12: «E não tenhamos ilusões: enquanto não estiver bem claro nos códigos e não entrar bem fundo nas ideias e nos costumes que a confissão do réu e a denúncia de corresponsáveis, se pode interessar ao acusado, não deve interessar ao juiz nem ao tribunal, enquanto isto não for consciência comum, sempre a polícia, qualquer polícia do mundo, sobretudo onde intervêm ideologias e *apartheids* raciais ou sociais, violará a dignidade pessoal e procurará penetrar na consciência do acusado, decerto por brio e eficácia profissional, mas não só».

por fantasias ideológicas suportadas na ignorância do que seja a prova indireta⁽⁶⁹⁾, pelos “juízos” paralelos dos média e pela guerra⁽⁷⁰⁾ como método à submissão dos arguidos e desprezo do princípio civilizacional da presunção de inocência e intangibilidade da dignidade do arguido.

As audiências aparecem então, não de todo como as instâncias da verdade em que o tribunal se alimenta para formar a sua convicção (art. 355.º do CPP), mas como uma repetição sonora de um texto já escrito de que é inconveniente o arguido afastar-se, sob pena de ser acusado de mentira ou simplesmente consideradas as suas declarações como mera estratégia de defesa, não sendo tidas em conta como prova. Esta repetição não seria supérflua e por isso inútil se o princípio sobre que se apoia fosse verdadeiro, e não é. A investigação pré-acusatória deve correr à “charge et à décharge”, de modo leal, mas não corre e o mais terrível é que os investigadores, Ministério Público e Juízes, frequentemente acreditam nesta enormidade.

O Inquérito é constituído por atos praticados pelos órgãos de polícia criminal, descrevendo exames, relatórios técnicos, provas periciais e científicas e transcrevendo declarações e informações anónimas ou obtidas por meios ocultos cuja admissibilidade e verdade o arguido não tem possibilidade de comprovar. Este conjunto de atos são de duas categorias: uns com a intervenção do arguido mas a maioria são feitos sem a sua participação. É caso da audição das testemunhas, exames materiais, buscas, peritagens e outras. Dito de outro modo: a parte dura dos autos, aquela que, revestindo

(69) SOUSA, SUSANA AIRES DE, «Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal», MOUTINHO, JOSÉ, *et alia* (coord), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2753, ss.

(70) A guerra ao crime foi proclamada por Bush na sequência do ataque terrorista em 11 de setembro de 2001. É o direito penal do inimigo teorizado por JAKOBS; o direito penal, o processo penal e a prevenção criminal são meros instrumentos na luta contra a criminalidade, porque agora é sobretudo o crime que conta e de que é preciso proteger a sociedade. É o direito penal inspirado e contaminado pelo discurso da guerra, «guerra contra o terrorismo», mas também «guerra contra a droga», «guerra contra a pedofilia», «guerra contra a corrupção», enfim «guerra contra a criminalidade» a legitimar um grau superior de violência e desprezo pelo Direito, a manipular a opinião pública e a promover uma visão simplista do mundo, a fazer do Direito uma arma, uma arma dissuasiva e não um meio de assegurar a paz civil. Neste contexto, a própria ideia de prevenção que a pena deve cumprir, limitada embora e sempre pela culpa do agente, é substituída pela ideia de preempção, lançada por Alan Dershowitz em 2006, a justificar a política de Bush, e que significa a guerra à criminalidade, pelo emprego de meios de defesa preventivos, ainda que com desprezo dos princípios que constituem a essência do ideal democrático e do Estado de Direito, como o uso de meios cada vez mais violentos, a que não escapa sequer o retorno à tortura, o afastamento da presunção de inocência, as garantias processuais de defesa do arguido, etc. A guerra é sempre estúpida: mata os inocentes, poupa os generais!

uma aparência de forte objetividade, vai servir de base ao raciocínio e convicção do juiz, é fabricada sem que o arguido tenha podido apresentar o seu ponto de vista e propor outra perspectiva dos factos daquela que, desde o princípio, sustenta o inquérito. É nessa base que é conduzido o interrogatório do arguido, quer na fase da instrução quer na audiência de julgamento. E se o arguido, no exercício do seu direito de prestar declarações, tece considerações, que se afastam da história vertida na acusação e relatada nos autos de Inquérito, não é raro que o tribunal considere essas declarações irrelevantes para a decisão da causa, advertindo-o e retirando-lhe a palavra (art. 343.º, n.º 3), esquecendo que o objeto do processo não é apenas constituído pelos factos alegados na acusação, mas também pelos alegados pela defesa com relevância para ilidir ou enfraquecer os da acusação. Isto sucede as mais das vezes pela preocupação de celeridade e pressão a que está sujeito o tribunal em razão do volume de trabalho, mas também pela convicção pré formada sobre os factos resultante da prévia consulta dos autos do Inquérito e da Instrução.

IV. Se o juiz não deve «manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários» aquando do interrogatório do arguido, o mesmo não sucede com o interrogatório feito pelo Ministério Público e pelo assistente, se o houver.

Nas audiências, o Ministério Público assume-se habitualmente como parte⁽⁷¹⁾, donde que mais do que a descoberta da verdade está geralmente empenhado com a comprovação da acusação, presumindo que na investigação foi escrupulosamente respeitada a legalidade, presunção que algumas vezes impõe ao arguido e ao tribunal contra a própria evidencia. E na defesa da acusação, o Ministério Público não se coíbe de opinar e comentar as declarações do arguido em termos pouco ou nada *fair*, certo de não (poder) ser advertido nem censurado pelo tribunal porque o Ministério Público não é subordinado do juiz⁽⁷²⁾. De igual modo, ou pior, nos interrogatórios do arguido conduzidos pelo advogado do assistente, quando o haja, com a diferença de que os advogados podem ser advertidos e censurados (art. 326.º). Não é bonito de ver!

Não foi arbitrariamente ou por distração ou ignorância que o legislador dispôs no art. 345.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que: «O Minis-

(71) SILVA, GERMANO MARQUES DA, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na Defesa da Legalidade Democrática e na Execução da Política Criminal», *Ministério Público: Que Futuro?*, Procuradoria-Geral da República/Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012, p. 103, ss.

(72) *Supra*, nota 43.

tério Público, o advogado do assistente e o defensor podem solicitar ao presidente que formule ao arguido perguntas» se o arguido se dispuser a responder!

V. O arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da decisão final (art. 32.º, n.º 2, da CRP), mas além de antecipadamente condenado na praça pública, sem direito de defesa, também frequentemente é antecipada a sua condenação pelo juiz de instrução que, por razões várias, esquece que à sua função cabe apenas verificar da ocorrência de indícios que justifiquem a passagem à fase seguinte do processo e não a de antecipar na pronúncia juízos de culpabilidade e até de censura moral que nem sequer são pertinentes na decisão final porque o arguido se presume inocente «até ao trânsito em julgado da decisão condenatória» (art 32.º, n.º 2, da CRP). Com razão muitos advogados defendem ser geralmente prejudicial a fase da instrução porque alguns magistrados abdicam da sua função de mera comprovação dos pressupostos legais para submissão a julgamento para anteciparem juízos de culpabilidade jurídica e moral que a lei lhes não encomenda, certos de que não serão objeto de censura porque a decisão não admite recurso. Onde vai a presunção de inocência! Para muitos, mesmo magistrados, é pura letra morta, é pura mentira!

VI. Já noutro lugar⁽⁷³⁾ escrevemos que o princípio da presunção de inocência tem importância muito particular no domínio das medidas de coação, impondo que não sejam aplicadas senão nos estritos limites das necessidades processuais que têm por função satisfazer e que sejam adequadas às exigências cautelares que o caso requerer. Qualquer desvio na utilização dessas medidas, nomeadamente como antecipação da pena ou para coagir o arguido a colaborar na investigação, é incompatível com o princípio da presunção de inocência. Há de ser a estrita necessidade das medidas de coação que legitimará em cada caso a limitação do princípio da presunção de inocência, mas não é raro na prática que a necessidade seja interpretada em termos muito amplos, equivalendo a antecipação da pena ou para dar satisfação ao ruído público mediatizado, numa interpretação e aplicação muito latas da alínea c) do art. 204.º.

Uma outra medida cautelar muito na moda e impulsionada em grande parte pelos processos que têm por objeto o crime de branqueamento, é o bloqueamento de operações bancárias com congelamento dos respetivos

(73) *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., Verbo, Lisboa, 2011, p. 348.

movimentos. O uso arbitrário e prolongado⁽⁷⁴⁾ desta medida corresponde frequentemente à condenação à morte das empresas que sofrem a medida, impossibilitando-as de exercer a sua atividade comercial normal por não poderem movimentar as referidas contas mesmo para pagamento das despesas mais elementares. Quando, a final, a conta é desbloqueada porque as suspeitas não se comprovaram, muitíssimas vezes a sociedade já teve de cessar a sua atividade. E nem se diga que nestes casos o juiz pode sempre autorizar a libertação de fundos para fazer face ao regular funcionamento, porque a experiência mostra que essas decisões são quase sempre arbitrárias e desconformes com a natural atividade da empresa. A insensibilidade dos magistrados para as necessidades da atividade normal das empresas é paradigmática, considerando correntemente que não são essenciais o pagamento de rendas, licenças, telefones, artigos de higiene e demais que seria fastidioso enunciar.

4. O interrogatório das testemunhas e a participação do arguido

I. O interrogatório das testemunhas por parte dos juízes, do Ministério Público, assistentes e advogados de defesa é, frequentemente, a parte mais inestética das audiências.

Não obstante a lei proibir a leitura dos depoimentos prestados no Inquérito, certo é que todos os leem, têm presentes e condicionam os seus interrogatórios e instâncias. E frequentemente sucede que o Ministério Público, se o depoimento da testemunha se afasta do que disse na fase do Inquérito — e o depoimento prestado em audiência não convém à tese da acusação! — ameaça a testemunha com a extração de certidão para instauração de processo por falsas declarações, o que condiciona o depoimento da testemunha e de outras que, conhecendo o procedimento, se sentem ameaçadas e o modo mais fácil de se defenderem é invocarem o esquecimento ou limitarem-se a confirmar o que dos autos consta que teriam dito.

O Ministério Público presume, e bem, que o relato dos depoimentos das testemunhas prestados perante os órgãos de polícia criminal ou os oficiais de justiça atesta a verdade do que foi dito pela testemunha, tanto mais

⁽⁷⁴⁾ As leis estabelecem prazos relativamente curtos para evitar as nefastas consequências de congelamento de contas cuja fundamentação não se venha a comprovar, mas a praxe é a de esses prazos serem sucessivamente prorrogados.

que o auto é por ela assinado. Sucede, porém, que o registo dos depoimentos não reproduz as palavras tais como foram ditas, constituindo antes um resumo mais ou menos exato do que o inquiridor entendeu que a testemunha quis dizer. E mesmo que o relato dos autos seja um bom resumo pode não ser menos enganoso porque muitas vezes é o detalhe que dá significado ao todo e a omissão de um aparente pormenor pode alterar irremediavelmente a significação do que foi dito, tanto mais que as testemunhas não respondem senão às questões que lhes são colocadas pelos inquiridores⁽⁷⁵⁾.

O dia-a-dia dos tribunais mostra como esta questão da divergência não é meramente teórica nem rara, mas não revela por si só que a testemunha mente ou mentiu ou que o redator do auto de inquirição o falsificou. Resulta, sempre ou quase sempre, da forma como é conduzido o interrogatório, frequentemente a modos de uma entrevista mais ou menos informal o que torna impossível a certeza de que as suas explicações foram recolhidas fielmente, acrescendo que a testemunha responde às perguntas formuladas, muitas vezes de modo tão imperfeito que as respostas seriam eventualmente outras se a testemunha compreendesse o sentido da pergunta⁽⁷⁶⁾. Responder com um simples sim ou não ou com um simples pode ou não pode só tem significado se se conhecer com rigor como a pergunta foi formulada o que as mais das vezes não resulta dos autos do Inquérito, mas tão só o sentido da pergunta, dando origem a divergências sobre o sentido das respostas. A testemunha nunca deve ser limitada na sua resposta e deve ser esclarecida sobre o sentido da pergunta, vício frequente mesmo em audiência de julgamento. É absolutamente inadmissível impor à testemunha que responda sim ou não, porque há sempre o “sim, mas” e o “não, mas”.

Nem a circunstância dos autos serem assinados pelas testemunhas garante a sua fidelidade às declarações prestadas por razões várias, entre as quais a confiança e o temor nos agentes da autoridade que o redigem, a iliteracia ainda muito frequente, o incómodo e até a ânsia de se livrarem do ambiente policial a que muitos vão pela primeira e única vez e desejam não voltar.

II. Não obstante as deficiências e dificuldades antes apontadas, os interrogatórios das testemunhas e a eventual discrepância dos seus depoi-

(75) LÉVY, THIERRY, *ob. e loc. cit.*

(76) Por isso que desde há muito vimos a preconizar que os interrogatórios sejam gravados para que possa conhecer-se com fidelidade não só o que foi dito, mas também o que foi perguntado e o modo como o foi (<<http://forumpenal.pt/wp-content/uploads/2019/08/Registo-em-vi%CC%81deodas-declarac%CC%A7o%CC%83es-prestadas-no-Inque%CC%81rito.pdf>>).

mentos em audiência com os prestados no Inquérito são a causa principal da perturbação das audiências e desprestígio da justiça. Esses depoimentos são frequentemente o fundamento da acusação e Juizes, Ministério Público e advogados, todos, referir-se-ão a eles para fundamentarem os seus interrogatórios e raciocínios e justificar as suas conclusões. E não é só a credibilidade⁽⁷⁷⁾ da testemunha que é afetada e o confronto indecoroso; é sobretudo prejudicado o arguido que muito dificilmente pode pôr em causa a falsidade ou insuficiência dos depoimentos prestados em segredo, sem a sua vigilância e fora de qualquer contraditório. É necessário ter em conta que a imagem dos tribunais e confiança na justiça resulta das sensações das testemunhas que, como ensinava Beccaria, causam mais impressão do que os raciocínios.

III. Não vamos pronunciar-nos de espaço sobre o disposto no art. 6.º, n.º 3, al. c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que garante ao arguido o direito de «defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha». Não é uniforme a orientação nos países signatários da Convenção. A orientação do TEDH vai no sentido de não ser incompatível com o processo equitativo a imposição pelo direito interno de o arguido ser assistido por um defensor da sua escolha ou nomeado. A questão mais difícil respeita à autodefesa que é considerada essencial, mas nem sempre factível na prática⁽⁷⁸⁾.

Entre nós o direito de autodefesa do arguido é muito limitado pela lei e pela praxe e, como referimos já, tem um papel secundário no processo. Na fase do Inquérito, não obstante o disposto no art. 61.º, n.º 1, al. g), o suspeito/arguido está na prática impedido de intervir, atenta a praxe que consideramos abusiva do segredo de justiça imposto à generalidade dos processos, mesmo quando nada o justifica em prol da eficácia da investigação. Na Instrução⁽⁷⁹⁾ tem apenas o direito de requerer e de ser interro-

(77) Importa ter muito cuidado na apreciação da credibilidade da testemunha; muitas vezes a testemunha não responde porque não sabe ou não se lembra e não porque não queira responder. Perante a insistência e o confronto com declarações anteriormente prestadas, quando não com insinuações e ameaças, vindos do MP ou dos Advogados, terá a tendência para dizer que deve ter sido como disse então para se livrar do incómodo, o que não servirá de muito para valorar o seu depoimento. A testemunha, como colaborador da justiça que é, deve ser tratada sempre com urbanidade e com respeito da sua dignidade e frequentemente tal não sucede.

(78) STAVROS, STEPHANOS, *ob. cit.*, p. 201, ss.; CASADEVALL, JOSEP, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 308, ss.

(79) Fomos entusiastas defensores da fase da instrução, tanto que lhe dedicámos grande parte da nossa tese de doutoramento — *Do Processo Preliminar* — mas a experiência destes mais

gado, mas não tem qualquer intervenção ativa na produção de prova pessoal como sucede também na audiência de discussão e julgamento.

Pensamos que uma forma de satisfazer o direito à autodefesa é permitir ao arguido formular as perguntas ou dizer o que entender em favor da sua defesa imediatamente após o depoimento de cada testemunha ou prestação de qualquer outra prova pessoal e ainda na presença destas para melhor esclarecimento e eventual acareação. Certo que o pode fazer por intermédio do seu defensor e a todo o tempo requerer ao juiz para prestar declarações (art. 343.º, n.º 1), mas nem a sua representação por defensor é sempre garantia de eficácia nem a praxe das audiências é favorável ao contraditório exercido pessoalmente pelo arguido. É, porém, de recear eventuais e muito possíveis perturbações nas audiências em prejuízo da serenidade e solenidade como devem decorrer, mas não deve esquecer-se que o arguido deve ser a personagem central do processo penal democrático e não apenas para lhe suportar as consequências⁽⁸⁰⁾. Julgamos dever ser questão a ponderar não sendo sequer necessário qualquer alteração da lei.

V. Uma referência final aos advogados, mas que vale, *cum granum salis*, também para os magistrados do Ministério Público e até para os juízes.

Referimos antes que já em 1764, o Marquês de Beccaria, referindo-se aos interrogatórios das testemunhas escrevia que «*As formalidades e as cerimônias são necessárias na administração da justiça, quer porque nada deixam ao arbítrio do administrador, quer porque dão ideia ao povo de um julgamento não tumultuário e interessado, mas estável e regular, quer porque sobre os homens imitadores e escravos do hábito causam impressão mais eficaz as sensações do que os raciocínios*»⁽⁸¹⁾.

Também o Professor Paulo Cunha, em 1944, advertia que «o advogado é muito mais perigoso para o adversário se souber dizer todas as coisas em termos corretos do que se se deixar cair no aspeto antipático e condenável da agressão pessoal». «Portanto, por maior paixão que ponha na causa, o profissional do foro deve manter sempre uma impecável urbani-

de 30 anos de vigência do Código levou-nos a concluir pela inutilidade prática desta fase do processo em grande parte em razão do entendimento dominante do que sejam os indícios suficientes para a pronúncia (art. 308.º) e pela presunção, inilidível na prática, de que nos atos e diligências de prova praticados no Inquérito foram observadas as formalidades legais. Acresce a inadmissibilidade de recurso do despacho de pronúncia o que premeia a discricionariedade do juiz, desde logo em comentários sobre a culpabilidade que excedem as suas funções, poderes e deveres.

⁽⁸⁰⁾ *Supra*, notas 13 e 14.

⁽⁸¹⁾ BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 149.

dade, quer na forma, quer na substância, e fugir à agressão pessoal»^(82/83). Explicitamos: com todos, colegas, magistrados, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos (art. 93.º do EOA).

Ainda, parafraseando Paulo Cunha: o advogado, quando se compenetra e ama a sua profissão, apaixonar-se pela questão do seu constituinte. A advocacia é um sacerdócio — lugar comum bem debatido, mas bem verdadeiro. Convencido de que a causa é justa, dedica-se-lhe com alma e coração e, a breve trecho, entrega-se-lhe como se fora sua; mais, chega quase a convencer-se da inocência quando tem provas sobejas da culpabilidade. Esta paixão pela causa nunca deve ir ao ponto de o advogado dizer aquilo que muitas vezes o seu constituinte lhe está a insuflar, ou seja, dizer coisas desagradáveis, entrar na zona dos impropérios. Nunca se deve descer a semelhantes baixeiras⁽⁸⁴⁾.

A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa⁽⁸⁵⁾. Sobrepor a eficácia da justiça ao respeito devido pela dignidade de quem quer que participa no processo, desde o arguido às testemunhas, passando pelos magistrados e demais participantes, revela deslealdade, falta de sentimento de justiça e a opção por métodos totalitários, «decerto por brio e eficácia profissional, mas não só»⁽⁸⁶⁾. O que fica, o que os participantes e assistentes retêm, é a imagem de uma justiça tumultuária.

⁽⁸²⁾ CUNHA, PAULO, *Processo Comum de Declaração*, I, 2.ª ed., Braga, 1944, p. 131.

⁽⁸³⁾ Já o Estatuto Judiciário de 1836 dispunha: art. 751.º: Consultando ou discutindo, o advogado deve proceder para com os magistrados, colegas, jurados, oficiais de justiça, peritos, intérpretes e testemunhas com a maior urbanidade» e o EOA vigente dispõe ainda que: (art. 95.º) «No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas, magistrados, árbitros, peritos, testemunhas e demais intervenientes nos processos».

⁽⁸⁴⁾ CUNHA, PAULO, *ob. e loc. cit.*

⁽⁸⁵⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, «A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia?», VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES (coord), *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal — Memórias*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 91, ss.

⁽⁸⁶⁾ GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, *ob. cit.*, p. 12: «É que essa é a grande tentação de todo o homem, a *ubris* bárbara da sua própria realização, a saber, reduzir a pessoa do outro à sua própria, assumir em si e manipular como sua a consciência do outro».

5. A publicidade e os média

O princípio da publicidade tem uma justificação eminentemente política, manifestando-se, na sua formulação atual, como uma conquista do pensamento político liberal. A publicidade foi reivindicada como garantia contra as manipulações da justiça de gabinete, como meio de controlo da justiça pelo povo, primeiro, e como instrumento de fortalecimento da confiança nos tribunais, depois⁽⁸⁷⁾. Esta problemática seria tema para um ou vários escritos, e extensos, pelo que não cabe na economia deste artigo⁽⁸⁸⁾.

Merece, porém, breve referência a publicidade mediata, ou seja, a que se obtém mediante a interposição de um qualquer meio de comunicação social entre os atos processuais e o público. A publicidade mediata é uma questão muito delicada, complexa e de grande atualidade. Por uma parte, a narração objetiva dos atos processuais pelos meios de comunicação social realiza também a função política própria da publicidade do processo, mas a narração parcial, acompanhada de juízos de opinião, muitas vezes disfarçada de simples narração dos factos, pode ser extremamente negativa, não só para a confiança na justiça, mas sobretudo como criminosa violação dos direitos do arguido e até dos demais intervenientes processuais. A (des)confiança do povo na justiça é em grande parte consequência da imagem que dela dá certa imprensa e sucede que no nosso tempo — e porventura foi mais ou menos sempre assim em tempo de liberdade de imprensa — são muitíssimos, são demasiados, os falantrões da comunicação social a dizerem-nos o que vai mal na justiça, sobretudo na justiça penal!

As crónicas judiciais caracterizam-se entre nós — e assim é um pouco por toda a parte — por relatos parciais dos atos processuais, de modo que através delas muito dificilmente é possível acompanhar o que efetivamente se passa na sala de audiências. Acresce que os jornalistas frequentemente destacam apenas os aspetos anedóticos ou aqueles que são suscetíveis de despertar o interesse sórdido do público, ao gosto da sua clientela — e a clientela, em geral, gosta de circo, gosta de sangue! —, olvidando o que

(87) BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas*, Cap. XIV: «Que os julgamentos sejam públicos, que sejam públicas as provas do crime para que a opinião, que é talvez o único cimento da sociedade, imponha um freio à força e às paixões, para que o povo diga: nós não somos escravos e estamos protegidos».

(88) Sobre as relações entre a Justiça e a Comunicação Social, cf. RODRIGUES, CUNHA, «Justiça e Comunicação Social, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7.º, Fasc. 4.º, Out/Dez, 1997; GARAPON, ANTOINE, *Bien juger/Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001; LARIVIÈRE, DANIEL SOULEZ, *Du Cirque Médiatico-Judiciaire et des Moiens d'en Sortir*, Paris, Seuil, 1993.

de verdadeiramente relevante se passa na audiência. As notícias ou imagens são sempre fugazes, estereotipadas, muitas vezes nada representativas dos factos relevantes e nessa medida não realizam minimamente os fins que são próprios da publicidade do processo, muito antes pelo contrário. De qualquer modo, os meios de comunicação social são indispensáveis porque são a verdadeira alma da publicidade do processo: «Uma justiça que não é “pública”, senão no sentido que algumas pessoas que têm tempo para o fazer e assistem às audiências, não é realmente pública»⁽⁸⁹⁾.

II. Não raro sucede, porém, agora já não por culpa dos meios de comunicação social, mas por vaidade dos homens, que os intervenientes processuais se distraem dos interesses que devem prosseguir com a sua atuação no processo para cuidarem antes da sua imagem que há de ser exibida nas pantalhas. Este perigo não é, a nosso ver, dos que devem merecer menos atenção quando se cuida da estética do processo [art. 88.º, n.º 2, al. b)].

Acontece até, e com demasiada frequência, que os advogados, fazem da porta do tribunal uma tribuna, uma segunda sala de audiência, agora já não com a finalidade específica da sua função processual — formar a convicção do julgador — mas a da promoção própria ou a do seu constituinte na opinião pública, como que a alavancar as teses que defendem no processo⁽⁹⁰⁾. Não virá mal ao mundo e ao processo se não interferirem com o que se passa na sala —, o que nem sempre sucede! — mas perturba, raramente esclarece e frequentemente confunde. É claramente inestético⁽⁹¹⁾!

III. Mais grave e muito feio é o que se passa frequentemente com os processos mediáticos, sobretudo quando estão em causa VIP.s (“elites” políticas, económicas ou intelectuais) ou se trata de processos escabrosos. É ver uns tantos imbecis, incentivados pelas repetidas notícias dos média, a gesticular e a berrar à porta do tribunal, a ameaçar os arguidos que só escapam protegidos pela polícia, a reclamarem vingança e tudo isto para aparecerem nos telejornais do fim da tarde para gáudio da família! Estas atitudes têm ou podem ter graves consequências na produção da prova e condicionar a justiça da decisão, desde logo por inibirem as testemunhas de dizerem o que sabem por receio da reprovação comunitária.

⁽⁸⁹⁾ SPENCER, JOHN, «Le rôle des médias dans les procédures judiciaires: approche comparative», Centre Français de Droit Comparé, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé*, Paris, 1998, p. 83, ss.

⁽⁹⁰⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, «A Palrança», *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 12, 2000.

⁽⁹¹⁾ Mais inestético é, porém, ver o advogado a esgueirar-se, para não ter de responder às suas perguntas, seguido dos jornalistas com o microfone a apontar na sua direção como que a intimidá-lo.

Não menos grave, porventura mais ainda, são os processos paralelos difundidos pelos meios de comunicação social de forma superficial, emocional e sem oferecerem a todos os envolvidos igualdade de oportunidades para exporem os seus pontos de vista e também frequentemente construídos com recurso a meios ilícitos e clandestinos e ditados por interesses mercadológicos⁽⁹²⁾. «Infeliz do condenado sobre o qual os médias inscrevem a marca de Caim. Não lhe resta senão assumir a imagem que lhe é pintada»⁽⁹³⁾. A reprovação social é irremediável e se a final do processo for declarado não culpado, a opinião mediatizada ou calará a absolvição ou justificá-la-á com a incompetência ou compadrio do tribunal, com o caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais face à célere e perfeita investigação dos média⁽⁹⁴⁾ ou com a habilidade dos advogados!

E este espetáculo indecoroso é frequentemente alimentado pelas conferências de imprensa da Polícia e comunicados do Ministério Público. Ainda recentemente, perante um crime horroroso em que foi morta uma menina de 9 anos, na conferência de imprensa dada pela Polícia lá se disse que havia fortes indícios que o crime tinha sido praticado pelo pai da menina com a colaboração da madrasta, mas acrescentando a final: o pai e a madrasta presumem-se inocentes! No dia seguinte lá estava uma dúzia de pessoas à espera dos suspeitos à porta do tribunal, aos berros e com gestos ameaçadores!

Dir-se-á que os tribunais são alheios ao burburinho, mas não é sempre verdade. Quantas vezes se encontram páginas dos jornais como documentos do processo a fundamentar promoções e decisões, indícios da utilização de meios ilegais na obtenção da prova e até acordos para recolha de provas obtidas criminosamente em manifesta violação dos cânones do justo processo⁽⁹⁵⁾, mas “justificados” pela busca de eficácia na defesa da comunidade⁽⁹⁶⁾! Os magistrados resistem a esta justiça mediática? A maioria sim, estamos certos disso, mas alguns, certamente muito poucos, confundem a hierarquia dos valores ou sofrem de entorses da coluna vertebral!

⁽⁹²⁾ PRADO, GERALDO, *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 161, ss.

⁽⁹³⁾ SALAS, DENIS, *La volonté de punir/essai sur le populisme penal*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2010, p. 61.

⁽⁹⁴⁾ PRADO, GERALDO, *ob. cit.*, p. 163.

⁽⁹⁵⁾ ALVES, CARLOS MELO, Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos, Forum Penal, 3.04.2020, <<http://forumpenal.pt/Wp-content/uploads/2020/04>>.

⁽⁹⁶⁾ Nunca é demais lembrar que os arguidos se presumem inocentes e não perdem a sua dignidade humana, por muito horrendo que seja o crime que lhes é imputado. Cf. GABORIAU, SIMONE, *ob. e loc. cit.*

Conclusão

No estudo sobre profissões, publicado em 29 de maio de 2019, pelo *Jornal de Notícias*, o nível de confiança dos portugueses nos juízes e tribunais é negativo em 26 pontos⁽⁹⁷⁾ e nos advogados em 35⁽⁹⁸⁾, só abaixo dos líderes sindicais, políticos e deputados⁽⁹⁹⁾. Mesmo tendo em atenção que, em geral, os cidadãos são desconfiados em relação às coisas que escapam à sua compreensão e porque os caminhos da justiça lhes são estranhos, donde que a confiança perante as instituições seja frágil e volátil, o resultado da sondagem não deixa de ser preocupante, muito preocupante⁽¹⁰⁰⁾. Nada mais é preciso a certos políticos para, farejando a opinião popular, ajustar as respostas legislativas. O populismo penal de certas ideologias aproveita do medo e reflexo punitivo dos cidadãos para recolher apoios favoráveis à lei e à ordem; atentos aos sentimentos dos eleitores, endurecer a lei não custa nada e dá grossos dividendos!

Preocupante porque, parafraseando uma vez mais D. António Ferreira Gomes⁽¹⁰¹⁾, para salvar a liberdade e a democracia, para proteger o direito das minorias, o direito dos fracos e dos vencidos, é preciso acreditar na lei como expressão temporal do ideal de justiça, na sua administração e julgamento por tribunais independentes e eficazes, mas esclarecidamente prudentes, e procurar humildemente a melhor aplicação dos seus princípios às condições mutáveis do tempo histórico, e imperar com decisão e coragem essa aplicação. «É que a lei promulgada e a sua justa aplicação constituem, na contingência humana, a condição da liberdade»⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁷⁾ Negativos 45 e 19 positivos.

⁽⁹⁸⁾ Negativos 49 e 14 positivos.

⁽⁹⁹⁾ Nível de confiança negativa: líderes sindicais (47), políticos (52) e deputados (57). É negativo também o nível de confiança nos jornalistas (6 pontos), mas positiva nos enfermeiros e médicos (66 e 59), nos polícias (37) e nos portugueses em geral (33).

⁽¹⁰⁰⁾ São muitas as causas desta crise de confiança e menos as que são imputáveis aos agentes da justiça: o aumento exponencial das atribuições da justiça e consequente morosidade da resolução dos casos que lhe são submetidos, os elevados custos que acarreta o recurso aos tribunais, a desconfiança porque alguns agentes prejudicam o prestígio de todos pelos seus comportamentos pessoais, mas também por uma crescente crise de consciência, e no limite, a substituição do Direito por qualquer conceção pessoal da justiça, o que determina que a livre convicção na apreciação da prova seja antes uma mentira motivada pelos prejuízos do julgador. Cf. MOUFFE, BERNARD, *Le Droit Au Mensonge*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 423.

⁽¹⁰¹⁾ GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, Número 1, 1990, p. 3, ss.

⁽¹⁰²⁾ *Idem*, p. 14.

E para que o povo soberano volte a ter confiança na justiça é preciso primeiro que as gentes da justiça, sem escapar nenhum, acreditem também e se esforcem por ser pelo menos bons artesãos do Direito, para o que, imbuídos do sentimento de Justiça, devem fazer corresponder a sua prática às normas que a disciplinam, porque se a busca da justiça é de natureza ética, a estética judiciária também o é!

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editoram 2011.
- , (Org), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- ALVES, CARLOS MELO, *Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos*, Forum Penal, 3.04.2020, <<http://forumpenal.pt/Wp-content/uploads/2020/04>>.
- AMODIO, ENIO, *Estetica dela Giustizia Penale*, Milão Giuffrè, 2016.
- BECCARIA, CESARE, *Dos Delitos e das Penas* (trad. de José de Faria Costa), 4.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.
- BIONDI, BIONDO, *Arte y Ciencia del Derecho*, (trad. de Angel Latorre Segura), Santiago-Chile, Ediciones Olejnik, 2019.
- BOLLE, PIERRE-HENRI, «Origines et destin d'une institution menacée: la presumption d'innocence», AAVV, *Le Droit Pénal à l'Aube du Troisième Millénaire/Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006.
- BOUCHERON, JEAN-MICHEL, *e alia, Tous Coupables/Réquisitoire contre le système judiciaire et la prison*, Paris, Balland, 2002.
- BRANCO, PATRÍCIA, *Análise da arquitetura judiciária portuguesa: as dimensões de reconhecimento, funcionalidade e acesso à justiça*, <<https://doi.org/10.4000/eces.1930>>, consultado em 4.4.2020.
- CASADEVALL, JOSEP, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Ius, Directum (Directum)*, Coimbra, 1974.
- CUNHA, PAULO, *Processo Comum de Declaração*, I, 2.^a ed., Braga, 1944.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.^o Vol, Coimbra, Coimbra Editora, 1974.
- FERRARA, ALESSANDRO, *Giustizia e giudizio*, Roma, Laterza, 2000.
- FERREIRA, MANUEL CAVALheiro DE, *Curso de Processo Penal*, III, edição policopiada da AAFDL, 1963.
- FONTAINE, LAURÉLINE, *Qu'est-ce qu'un «grand» juriste?/Essai sur les juristes et la pensée juridique modern*, Paris, Lextenso éditions, 2012.
- GABORIAU, SIMONE, «Le respect de la dignité dans les pratiques judiciaires», *Justice, éthique et dignité*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, s/d.
- GAITO, ALFREDO (coord.), *I Principi Europei del Processo Penale*, Roma, DIKE, 2016.
- GARAPON, ANTOINE, *Bien juger/Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.
- GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ, *O Devido Processo Penal*, São Paulo, Editora Atlas, 2014.
- GOMES, D. ANTÓNIO FERREIRA, «A Sociedade e o Trabalho: Democracia, Sindicalismo, Justiça e Paz», *Direito e Justiça*, Vol. I, Número 1, 1990.
- GROSSI, PAOLO, *Il Diritto in una Società Che Cambia*, Bolonha, Mulino, 2018.

- INCHAUSPÉ, DOMINIQUE, *L'innocence judiciaire/Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Paris, Litec, 2001.
- LARIVIÈRE, DANIEL SOULEZ, *Du Cirque Médiatico-Judiciaire et des Moiens d'en Sortir*, Paris, Seuil, 1993.
- LÉVI, THIERRY, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- LOPES JR., AURY, *Direito Processual Penal*, 10.^a ed., São Paulo-Brasil, Saraiva, 2013.
- MENDES, PAULO SOUSA, «Processo equitativo e público», Albuquerque, Paulo Pinto de (coord.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- MESQUITA, PAULO DÁ, «Direitos do acusado», Albuquerque, Paulo Pinto (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2019.
- MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, (2.^a ed.) Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- MORIN, EDGAR, *Sur l'esthétique*, Paris, Éditions Robert Laffont, 2016.
- MOUFFE, BERNARD, *Le Droit au Mensonge*, Bruxelas, Lacier, 2017.
- NAZARETH, FRANCISCO J. DUARTE, *Elementos do Processo Criminal*, 5.^a ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto OrceI, 1870.
- PATRÍCIO, RUI, *A presunção da inocência no julgamento em processo penal/Alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2019.
- PEREIRA, ELIOMAR DA SILVA, *Saber e Poder/O Processo (de investigação) Penal*, Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2019.
- PRADO, GERALDO, *Sistema Acusatório — A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- QUEIROZ, PAULO, *Direito Penal/Parte Geral*, 13.^a ed., Salvador, Brasil, JusPODIUM, 2018.
- QUILLERÉ-MAJZOUR, FABIENNE, *La Défense du Droit à un Procès Équitable*, Bruxelas, Bruylant, 1999.
- RICCIO, GIUSEPPE, «Persona, Pena., Processo», AAVV, (cord. Maristella Amisano e Mario Caterini), *Persona, Pena, Processo/Scritti in Memoria di Tommaso Sorrentino*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, s/d.
- RODRIGUES, CUNHA, *Lugares do Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- , «Justiça e Comunicação Social, Revista Portuguesa de Ciência Criminal», Ano 7.^o, Fasc. 4.^o, Out/Dez, 1997.
- ROSA, KARINE AZEVEDO EGYPTO, *A disposição cénica das salas de audiências e tribunais brasileiros: a inconstitucionalidade da prerrogativa de assento do Ministério Público no processo penal*, <jus.com.br>, publicado em 7/2017 (<<https://jus.com.br/artigos/59053/a>>).
- SALAS, DENIS, *La volonté de punir/essai sur le populisme penal*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2010; *Erreurs judiciaires*, Paris, Dalloz, 2015.
- SCALISI, VINCENZO, *L'ermeneutica dela dignità*, Milão, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

- SILVA, GERMANO MARQUES DA, «Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na Defesa da Legalidade Democrática e na Execução da Política Criminal», *Ministério Público: Que Futuro?*, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2012.
- , *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;
- , «A Tutela Jurisdicional no Processo Crime: Realidade ou Utopia?», *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal* (coord. Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2016.
- , «O Populismo Penal. A Retribuição outra vez?», *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016.
- , *Direito Processual Penal Português*, I, 2.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- , *Direito Processual Penal Português* (3) (2.^a ed.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- , *Curso de Processo Penal II*, 5.^a ed., Lisboa, Verbo, 2011.
- , «Métodos Expeditos de Obtenção de Prova: Os Valores Democráticos em Risco?», Valente, Manuel Monteiro Guedes (coord.), *Criminalidade Organizada Transnacional — Corpus Delicti I*, Coimbra, Almedina, 2019.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA/SALINAS, HENRIQUE, «Anotação ao artigo 32.º da Constituição».
- SORRENTINO, TOMMASO, *Storia del processo penale/dall'Ordalia all'Inquisizione*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Itália, 1999.
- SOUSA, SUSANA AIRES, «Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal», Moutinho, José, *et alia* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- SPENCER, JOHN, «Le role des medias dans les procédures judiciaires: approche comparative», Centre Français de Droit Comparé, *La Présomption d'Innocence en Droit Comparé*, Paris, 1998.
- STAVROS, STEPHANOS, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- TALON-HUGON, CAROLE, *L'Esthétique*, 5.^a ed., Paris, Que sais-je?, 2018.
- TUZET, GIOVANNI, *Filosofia della prova giuridica*, 2.^a ed., Turim, Giappichelli Editore, 2016.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Teoria Geral do Direito Policial*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014; *Cadeia de Custódia*, Coimbra, Almedina, 2019.
- ZENATI, FRÉDÉRIC, «Le procès, lieu du social», *Archives de Philosophie du Droit* — Tomo 39 — Le procès, Paris, Editions Sirey, 1995.

Lisboa, setembro de 2020