

*De encaminhamento
A-669-xx no part. I.
Influência - 67-61-00, Saragoça da
Matte.*

67.06/03/2015

Exmo. Senhor Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Assembleia da República
1249-068 LISBOA



Lisboa, 2 de março de 2015

Registada C/AR

ASSUNTO: Proposta de Lei n.º 263/XII

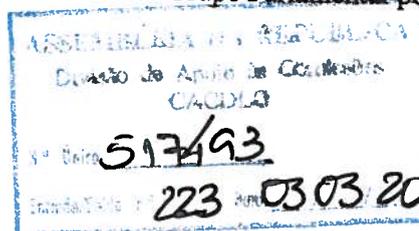
Exmo. Senhor Presidente, *(Assunto e Assunto. Senhor João)*

Na qualidade de cidadão interessado na larga matéria do direito processual, e, assim, também do direito processual civil e do direito processual penal, tive contacto com a Proposta de Lei n.º 263/XII que se encontra pendente na Assembleia da República desde o passado Mês de Novembro de 2014.

Foram ouvidos o CSM, o SMMP, a ASJP, a PGR e a OA.

Tendo sido convidado a proferir uma conferência no âmbito do Instituto Português do Processo Civil sobre a referida Proposta de Lei, confrontei-me com a imperiosa necessidade cidadã de escrever um pequeno escrito que será oportunamente publicado por uma Editora Jurídica, no âmbito de um volume de estudos e conferências da minha autoria.

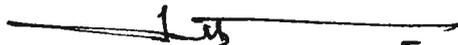
Porém, dada a necessidade imperiosa de alertar V.Exas. para os perigos insitos na referida Proposta de Lei, tomo a liberdade de – procurando contribuir para a salubridade legislativa nacional – partilhar com V.Exa. e esse Grupo Parlamentar por V. Exa. Presidido o teor da minha análise a tal Proposta.



Na posse da mesma, solicito que V.Exa. lhe dê a atenção que julgue poder merecer-lhe, mais uma vez sublinhando que o teor do texto em questão se encontra já entregue no prelo para publicação.

Envio a V.Exa. os meus mais cordiais cumprimentos.

Atentamente, *e com estima,*



Paulo Saragoça da Matta

psmatta@smsb.pt

Anexo: O referido

PSM/acd

Da perigosidade das "harmonizações" do

Processo Penal ao Processo Civil – apontamentos à Proposta de Lei n.º 263/XII¹

1 – Introdução

Encontra-se pendente de apreciação na Assembleia da República, desde Novembro de 2014, a Proposta de Lei n.º 263/XII² proveniente da Presidência do Conselho de Ministros, Proposta essa contendo, além do mais³, uma séria de *alterações ao Código de Processo Penal*.

Tal Proposta de Lei tem em vista, nos seus próprios termos literais, proceder à *"harmonização do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal em matéria de prazos para a prática de actos processuais e sua ultrapassagem pelos juizes e magistrados do Ministério Público; a clarificação dos poderes do juiz no que tange à admissão da ultrapassagem do limite máximo do número de testemunhas; a resolução das questões colocadas pelo falecimento ou pela impossibilidade superveniente de um magistrado, mormente por razões de doença, nas audiências em curso, realizadas em tribunal colectivo, no sentido do aproveitamento dos actos processuais anteriormente praticados no decurso da audiência; a eliminação da sanção consistente na perda da prova, por ultrapassagem do prazo de 30 dias para a continuação da audiência de julgamento interrompida; o alargamento da gravação da audiência a todos os actos nela praticados, incluindo os requerimentos, promoções e despachos"*.

¹ Conferência proferida no 5º Encontro do Instituto Português do Processo Civil, realizado nas Caldas da Rainha em 21 de Fevereiro de 2015.

² <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38800>

³ Esta Proposta de Lei contém ainda alterações ao Decreto-Lei n.º 299/99, de 4 de Agosto e ao Decreto-Lei n.º 317/94, de 24 de Dezembro, diplomas estas que versam, respectivamente, sobre Base de Dados da PGR quanto a suspensões provisórias do processo e sobre o Registo individual do Condutor. Nos termos da Proposta enunciada tais alterações têm em vista *"compatibilizar estes diplomas legais com a actual redacção do artigo 281º do Código de Processo Penal"*. Dada a especificidade destes diplomas que esta Proposta pretende alterar, e a dimensão das questões que suscitariam, não nos debruçaremos nesta comunicação sobre as alterações propostas a tais diplomas.

Ou seja, trata-se de introduzir cinco alterações ao regime processual penal vigente, algumas de extrema relevância, sob a capa de uma mera *harmonização* com o regime em vigor no processo civil⁴, **esquecendo, diga-se desde já, uma série de razões que impõem um regime próprio do processo penal que tem de ser distinto, ou mesmo oposto, ao do processo civil**. Mas isso melhor se verá adiante, especificamente a propósito de cada uma das referidas *propostas* concretas de alteração do regime do processo penal.

2 – As cinco alterações que consubstanciam a reforma

Conforme já se antecipa do referido *retro*, não podemos louvar as cinco alterações propostas. Razões de ordem Constitucional, razões de ordem sistemático-estrutural ao nível legal, razões de bom senso adveniente do conhecimento do que é a prática da judicatura nacional e razões de oportunidade e ambição reformista, impõem sejam rechaçadas as referidas propostas, cada uma delas por algumas das razões enunciadas, tudo nos termos e com os fundamentos que passam a enunciar-se.

2.1 – Harmonização em matéria de prazos para a prática de actos processuais pelas magistraturas

a. A alteração proposta ao art.º 105º do Código de Processo Penal (CPP) apresenta o seguinte teor:

"1. (...)”⁵

2. *Salvo disposição legal em contrário, os despachos ou promoções de mero expediente, bem como os considerados urgentes, devem ser proferidos no prazo máximo de dois dias.*

⁴ A este propósito é de relevo escutar o protesto manifestado no Parecer formulado pela Ordem dos Advogados em resposta à Proposta: *"a Ordem dos Advogados não aplaude, não compreende, nem concorda com a alteração constante da legislação vigente em Portugal e, sobretudo, com alterações tão frequentes e em tão curto espaço de tempo a diplomas fundamentais que regulam a tramitação processual judicial. (...) A estabilidade legislativa, todos sabemos, é fundamental para a segurança e confiança de toda a comunidade e para o seu desenvolvimento e progresso de qualquer país. E, tratando-se de normas processuais judiciais e do foro criminal, com maior acuidade essa estabilidade deverá impor-se"*. Preocupações semelhantes constam do Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, as quais também aqui se acompanham.

⁵ O actual n.º 1 do art.º 105º CPP, que se manterá, tem o seguinte teor: *"Salvo disposição em contrário, é de 10 dias o prazo para a prática de qualquer acto processual"*.

3. Decorridos três meses sobre o termo do prazo fixado para a prática de acto próprio do Juiz ou do Ministério Público sem que o mesmo tenha sido praticado, devem o Juiz ou o magistrado do Ministério Público consignar a concreta razão da inobservância do prazo.

4. A secretaria remete, mensalmente, ao presidente do tribunal de comarca e ao magistrado do Ministério Público coordenador de comarca informação discriminada dos casos em que se mostrem decorridos três meses sobre o termo do prazo fixado para a prática do acto próprio do Juiz ou do Ministério Público, respectivamente, acompanhada da exposição das razões que determinaram os atrasos, ainda que o acto tenha sido entretanto praticado, incumbindo ao presidente do tribunal de comarca e ao magistrado do Ministério Público coordenador de comarca, no prazo de 10 dias contado da data da recepção, remeter o expediente à entidade com competência disciplinar.”

b. A proposta apresentada mereceu as seguintes reacções:

Da parte do Conselho Superior da Magistratura foi emitido Parecer no sentido de que “esta solução de redução do prazo ordenador previsto para a prolação de despachos de mero expediente ou urgentes, é de acolher: por um lado, harmoniza os prazos do processo penal com os do processo civil (cf. Art. 156/1 e 3 do CPC); por outro, fica sempre salvaguardada a possibilidade de, quanto aos despachos urgentes que não sejam de mero expediente, ser ultrapassado o prazo em casos justificados – obviamente quando se trate de questões de elevada complexidade –, devendo então o juiz consignar a ‘concreta razão da inobservância do prazo’.”.

Mais se refere no Parecer em apreço que nenhum obstáculo se antevê quanto ao mecanismo previsto no n.º 3, posto que se tratará de “um meio de o juiz ‘prestar contas’ da sua actividade aos sujeitos processuais”. Apresenta-se depois uma observação relativa à maior dificuldade de realização da actividade inspectiva do CSM, a qual leva à apresentação de uma sugestão no sentido de que a consignaço

a que alude o n.º 3 deste artigo “seja feita no momento da prática do acto, sem prejuízo do funcionamento do mecanismo previsto no n.º subsequente”⁶.

O CSM alerta ainda para o facto de não se preverem mecanismos semelhantes aos dos números 3 e 4 do novo art.º 105º quando estejam em causa actos próprios do Ministério Público. Quanto a isto, observe-se a óbvia lógica que preside à nota do CSM – desejando o Governo adaptar o CPP ao CPC, parece ter-se esquecido, a melo da legiferação, que no processo penal o Ministério Público tem relevância idêntica à da magistratura judicial no que respeita à fase de inquérito.

Da parte do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público a convicção é a de que “a alteração da redacção proposta para os números 3, 4 e 5 do artigo 105º é (...) positiva. (...) Em face da fundamentação e do escopo da norma proposta, trata-se de uma alteração que, em primeira linha, não faria grande sentido em face do teor do disposto na norma contida no art.º 4º do CPP, designadamente o regime da integração de lacunas que remete, primacialmente, para o CPC. Com efeito, a norma agora proposta é em tudo idêntica à norma do art.º 156º do actual CPC. No entanto, e a fim de evitar desnecessárias interpretações, compreende-se a harmonização do regime processual efectuada”.

Por outro lado, partindo da definição do que são despachos de mero expediente (152º n.º 4 CPC), e definido despachos urgentes como “aqueles que, pela sua natureza e objecto sejam considerados urgentes, nos termos processuais penais e em legislação complementar”, vem concluir-se que o art.º 105º n.º 2 traz um prazo ordenador máximo de dois dias, prazo este aplicável às promoções do MP. E a grande preocupação do SMMP neste particular é sublinhar o carácter ordenador do prazo em apreço.

Diz-se depois no Parecer: “compreende-se, dada a especificidade do processo penal, que os despachos de inquérito, designadamente aqueles referentes aos actos

⁶ Como se refere no parecer citado, “dever-se-á ter presente que a ‘consignação’ será feita na conclusão que se encontre aberta (há três meses) para decisão. Notificada às partes (rectius, aos sujeitos processuais), será aberta nova conclusão, para que a decisão seja oportunamente proferida. Este desenvolvimento processual dificultará a actividade inspectiva do Conselho Superior da Magistratura: Por um lado, este órgão recolhe periodicamente informação junto dos tribunais sobre a existência de processos com conclusão aberta há mais de três meses. Se for lavrada a consignaço prevista neste artigo, será aberta uma nova conclusão, pelo que, quando for recebido o pedido de informação do Conselho, a conclusão antiga já não estará aberta, estando sim aberta uma conclusão mais recente, surgida depois da notificação das partes, com menos de três meses”.

da aquisição e conservação da prova, não se encontrem aqui plasmados, pois que o prazo para a sua prática se encontra definido legalmente e tem consequências processuais próprias, designadamente a nível da prova adquirida para o processo penal. Sendo os despachos, neste caso, essencialmente aqueles proferidos pelo MP na fase de inquérito, acrescenta-se que, para além da sua estipulação em termos específicos, existe já consagrada na Lei processual penal, designadamente no art.º 276º do CPP, um sistema de controlo dos prazos de inquérito em geral."

Conclui, portanto, o SMMP, que "este regime-regra abrange todos os despachos judiciais e as promoções do MP, proferidas nas fases subsequentes ao inquérito" (interpretação esta que, obviamente e porque errónea, s.d.r., não pode merecer qualquer acompanhamento nesta sede: é que também na fase de inquérito do processo penal existem despachos de mero expediente sem prazo legal supletivo, caso em que se aplicará este "regime-regra" também à fase de inquérito do Processo Penal, conquanto não haja para o acto de inquérito em questão prazo especialmente previsto; ademais, a previsão do art.º 276º CPP nada tem que ver com a aplicabilidade ou não desta norma à fase de inquérito criminal?).

Por fim, vem o Parecer em questão recordar que "a previsão dos n.ºs 3, 4 e 5" deverá abranger também os magistrados do MP.

Da parte do **Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais** a tomada de posição é, literalmente, a seguinte: "tratando-se de mera harmonização de normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, nenhum comentário, em particular, nos merece o projecto apresentado" (!). De quanto se diz sobre a "mera harmonização" nestas páginas, compreende-se a estranheza que tal afirmação constitui.

Da parte da **Associação Sindical dos Juizes Portugueses**, e depois de um excursu enunciativo dos tipos de prazos que consideram existir no CPP, de cujo elenco sobressaem os prazos com "carácter meramente indicativo ou programático, entendendo-se aqui o prazo como ordenador da tramitação e da temporalidade,

⁷ Este tipo de argumentação, porém, mostra bem, que o ideal é o legislador regular a *outrance* todos os pormenores e sem deixar qualquer margem de criatividade aos magistrados, para evitar este tipo de leitura desviada e anómala do que é o âmbito de aplicação da norma... "anómala", diga-se, no que respeita à justa aplicação das regras hermenéuticas em Direito consagradas à questão em apreço.

*razoável para adoptar o acto processual, mas sem qualquer consequência"*⁸, o que se encontra de preocupação da ASJP é a afirmação de que, sem prejuízo do dever de os Juizes tramitarem e decidirem com a celeridade possível, "a exigência dos juizes cumprirem os prazos legais, apenas será legítima, se o Estado cumprir todas as suas obrigações internacionais que impõem propiciar condições de trabalho, segurança, adequada contingência processual, meios humanos e materiais, de modo a que, nenhuma circunstância exógena, impossibilite o cumprimento dos mesmos". Ou seja, ou não viesse o Parecer de uma associação sindical, a preocupação não foi a de analisar objectivamente a questão objecto da reforma, mas aproveitar para afirmar quais as exigências dos magistrados judiciais para que possam cumprir os prazos que a lei impõe – como se fossem o único sujeito processual que enfrenta problemas de condições de trabalho, segurança, contingência processual, meios humanos e materiais, e como se não fosse uma das categorias profissionais mais especiais do Estado, mesmo em tempos de crise e austeridade.

Por outro lado, e como as normas em apreço têm o escopo que têm, a afirmação surge célere: "os juizes não se opõem a qualquer norma processual que permita sinalizar alguma omissão injustificada da prática de actos processuais (aliás, a mesma existe actualmente). No entanto também deve ser reconhecido, que se trata das funções com maior escrutínio, externo e interno, e que toda e qualquer exigência do Estado para o cumprimento atempado dos actos, implica que se disponibilize ao judiciário os meios necessários para que circunstâncias externas não influenciam negativamente a prática atempada dos mesmos(...)." Ou seja, e segundo a ASJP, a norma de controle já existe, a função judicial já é a mais escrutinada interna e externamente, faltam "meios" (como sempre faltaram e faltarão, fossem eles quais fossem), pelo que a conclusão parece óbvia: altere-se lá a norma como quiserem que sempre haverá "variadíssimos exemplos" e situações que justificarão o não cumprimento dos prazos!

Especificamente sobre a alteração proposta (depois de todos os considerandos preliminares de carácter sindical constantes do Parecer, algo é dito sobre a proposta) diz-se que "prima facie, não parece que, neste segmento, a alteração permita uma maior controlo do que já existe actualmente. (sic) No que se reporta à redacção propriamente dita, a

⁸ Desconhecendo-se a base legal que prevê este tipo de prazos "sem consequências" e que crismam de "ordenadores".

justificação consignada pelo juiz desempenha não só uma função de 'prestação de contas', mas permite perceber se o motivo do atraso é, ou não, censurável e imputável ao magistrado, pelo que, deverá clarificar-se o normativo no sentido de que tal motivação deverá instruir o expediente a remeter ao órgão disciplinador (...). Do mesmo modo, caso a justificação se prenda com um conjunto de circunstâncias que compete ao Estado acautelar, deveria ficar consagrado a remessa (sic) do expediente ao Ministério da Justiça e à Direcção Geral da Administração da Justiça" – tudo propostas que permitem antever desde já a taxa de cumprimento desta nova norma por parte da judicatura!

Também do Parecer da ASJP consta a chamada de atenção para a necessária uniformização no que respeita à utilização da nomenclatura da LOSJ (presidente da comarca e não presidente do tribunal), bem como para a necessária coordenação com a hierarquia e poder disciplinar do MP, porquanto a norma também se refere às promoções da magistratura do MP.

Por fim, entende que o encurtamento de prazos de 10 para 2 dias apenas se reporta a despachos, e não a sentenças e acórdãos, que têm prazos próprios, e que no que respeita a despachos proferidos nos processos urgentes, se o encurtamento se mostra justificado, e está em coerência com o praticado pelos Tribunais (!), o certo é que se deverá ressaltar outros prazos que estejam plasmados. Ou seja, de modo a garantir certeza jurídica, "deverá criar-se uma cláusula de salvaguarda, acrescentando-se à norma 'excepto se outro for o prazo previsto ou a intenção da lei" – compreendendo-se as preocupações de garantir a segurança jurídica, não pode deixar de se salientar a total incompreensibilidade de salvaguardar a intenção da lei, a qual deixa os juizes totalmente livres para aí fazerem subsumir seja lá que situação for, em total violação da garantia da certeza jurídica.

A **Procuradoria-Geral da República** afirma que "as alterações propostas não suscitam, no tocante ao prazo previsto no n.º 2, qualquer comentário em contrário, tendo até em consideração que a prática judiciária, na esmagadora maioria, aponta no sentido de que os despachos e promoções de mero expediente, bem como os despachos considerados urgentes, são, em regra, proferidos no próprio dia ou em dois dias. Nessa medida, cremos ser aceitável a definição do prazo contido na proposta formulada para o n.º 2 do art.º 105º CPP".

"Relativamente às alterações propostas para os n.ºs 3 e 4, afigura-se não existir também qualquer oposição à pretensão de regulação da matéria nos termos propostos, com excepção da ausência de qualquer referência ao Ministério Público, em particular no que respeita ao n.º 4. (...) Não se vislumbram razões para que as alterações a introduzir omitam qualquer referência ao Ministério Público neste segmento do regime de controlo do cumprimento dos prazos processuais, ainda que o art.º 101º da Lei n.º 62/2013, de 26/8, na al. a) do n.º 1, cometa ao magistrado coordenador da comarca competência para a identificação, designadamente, dos processos que estão pendentes por tempo considerado excessivo ou que não são resolvidos em prazo considerado razoável', quando é certo que idêntica competência está também atribuída ao presidente do tribunal relativamente aos processos judiciais, conforme disposto na al. c) do n.º 4 do art.º 94º da mesma Lei".

Conclui, portanto, que "se justificará a ponderação da previsão dos n.ºs 3 e 4 do art.º 105º do CPP, no sentido de se incluir o MP nos procedimentos previstos, à semelhança do que actualmente se encontra regulado no n.º 2 do correspondente preceito legal".⁹

Quanto à **Ordem dos Advogados**, o respectivo Parecer começa por perguntar a este respeito, e bem, "por que motivo o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil terão que ajustar-se e ser uniformes em determinadas matérias? Acaso não se trata de diplomas adjectivos totalmente distintos, que regem realidades completamente diferenciadas e que reclamam sempre tratamentos diversos? (...) Por que motivo não existe um único diploma processual que regule todas as jurisdições, ou, pelo menos, a processual penal e a processual civil? Não será porque são realidades diametralmente distintas?".

⁹ A Câmara dos Solicitadores, relativamente a todas as alterações propostas, respondeu apenas que "este projecto de diploma não nos suscita nenhum comentário ou sugestão". Quanto ao Sindicato dos Funcionários Judiciais, o mesmo, relativamente a esta questão nada referiu, chamando apenas a atenção para ser "ponderada a oportunidade de se introduzir um reparo, pontual, no regime de contagem do prazo presuntivo, que se mostra previsto no n.º 2 do art.º 113º do CPP, quando as notificações são efectuadas por via postal registada. Dificilmente se compreende que as soluções apontadas para o mesmo caso – decurso do prazo presuntivo, quando as notificações sejam efectuadas por via postal registada – sejam diferentes no processo civil e no processo penal. (...)". Estranhamente, também nenhum comentário da parte do SFJ mereceu qualquer das outras alterações propostas, não obstante a respectiva importância fundamental.

Consequentemente, a AO propõe que “se mantenha a redacção que se encontra hoje em vigor”.

c. Ora, esta proposta de alteração padece de vícios vários, de que se destaca o facto de ser uma medida que, na prática, é totalmente inútil para o fim que seria o mais desejável, i.e., para expurgar do sistema judiciário português a dicotomia entre prazos ditos *peremptórios* e os prazos meramente ordenadores. Além de reduzir o prazo actualmente previsto (e já incumprido por regra) de dez dias para dois dias... o que não pode ser senão uma proposta utópica cujo verdadeiro propósito totalmente se desconhece.

Com efeito, por razões que já nem a memória dos livros permite identificar, quanto mais a memória dos Homens, firmou-se em Portugal a convicção generalizada, pior ainda com *fumos* de vinculatividade, de que os prazos só são *peremptórios* para as “partes”. Quanto à autoridade judiciária titular do poder de conduzir o processo, em cada tipo de jurisdição e em cada fase do processo, a mesma é beneficiária de prazos que a doutrina denomina de *meramente ordenadores*.

i.e., nas jurisdições e nos processos em que o poder de condução do processo cabe à magistratura judicial, os prazos fixados para esta praticar os actos são meramente ordenadores, enquanto que os prazos para as partes, sejam estas privadas ou públicas, ou mesmo quando é o Ministério Público a ser parte, são prazos *peremptórios* para praticar os respectivos actos (ainda assim com algumas prerrogativas de prorrogação atípicas para as demais partes).

Já nos processos em que é o Ministério Público o *dominus* de determinada fase, também ele, como a magistratura judicial, beneficia de prazos *meramente ordenadores*, sendo *peremptórios* apenas os das “partes”.

A situação não é só irracional, é também ilógica e infundada. É, à luz da Constituição e da própria Lei ordinária, inconcebível, porque flagrantemente violadora de regras desses dois graus de normatividade.

Com efeito, quando o Código de Processo Civil (CPC) determina que numa acção civil comum sob forma ordinária o Juiz tem um prazo de “x” dias para prolatar o Despacho “y”, não estabelece nenhuma ressalva sobre a possibilidade desse prazo ser ultrapassado. Porém, também não estatui nenhuma sanção *automática* para tal

violação da lei. E como tal, a magistratura judicial pratica o acto que a lei estabelece no prazo que bem entende, com ou sem qualquer justificação objectivamente verificável e constitucional e legalmente atendível¹⁰.

O mesmo quando o CPP estabelece que o MP deve encerrar o inquérito no prazo máximo de oito meses, nos casos regra. Na prática, o Ministério Público encerra o inquérito nesse prazo ou em qualquer outro para além do legalmente fixado, sem que se associe a tal violação de lei o mesmo efeito que decorre para o Arguido, para o Assistente, para as partes civis ou para qualquer Interveniente processual que viole um prazo que lhe seja fixado pelo *dominus* do inquérito.

A situação é de tal modo flagrante que até nos manuais de processo civil desde tempos imemoriais se apresenta a distinção entre os ditos dois tipos de prazo, *peremptórios* e *meramente ordenadores*, como se em alguma norma tal dicotomia encontrasse arrimo, e, pior, como se tal não coenvolvesse de *per se* um comportamento não previsto, nem querido, seja pela economia do sistema Constitucional, seja pela expressa letra das leis ordinárias que fixam os prazos em questão.

Apenas um *costume contra legem*, como tal ilegal e inconstitucional (na medida em que o Costume não é fonte de direito, muito menos de direito contrário a lei positiva expressa em sentido oposto) permite que esta situação se mantenha.

Ora, a *reforma* contida na proposta em apreço não logra associar qualquer consequência automática negativa à ultrapassagem dos prazos para a prática de actos processuais por parte de Juizes e de magistrados do Ministério Público.

Antes cria mais um biuro de *burocracia* tão caro às estruturas administrativas do Estado, qual seja o de exigir ao magistrado incumpridor (quanto aos prazos) que

¹⁰ E diz-se “justificação objectivamente verificável e constitucional e legalmente atendível” porque, as mais das vezes, officiosamente ou se houver questionamento (das partes ou das entidades com poderes disciplinares), há sempre a invocação de uma razão: excesso de pendência; tramitação de outros processos; circunstâncias da vida pessoal do magistrado; razões emergentes de movimentação de magistrados; reorganização judiciária; etc. Mas a questão não é essa! A questão é, bem, outra: é a de saber se esses motivos invocados, ou invocáveis, são objectivamente verificados e, o que mais é, se são atendíveis no quadro geral da normatividade vigente. É que excesso de trabalho pode ser invocado por qualquer agente do foro; gravidez, paternidade/maternidade ou nojo, também; fusões de escritórios de advogados, *idem*. Mas todos estes motivos objectivamente iguais aos vividos pelos demais profissionais do foro não *justificam* o incumprimento dos prazos que lhes cumpre honrar. Mas como estes são sancionados com a preclusão da prática do acto, ninguém no seu são juízo se atreve – sem incorrer em responsabilidade civil e disciplinar – a invoca-los!

justifique o comportamento, com a invocação de uma “concreta razão da inobservância do prazo” (art.º 105º n.º 3 da Proposta), seguindo-se a criação de mais um conjunto de procedimentos burocráticos tendentes a concluir pela remessa de um dossier de situações de atraso à “entidade com competência disciplinar”... (art.º 105º n.º 4 da Proposta).

Pergunta-se: mas haverá alguma dificuldade, seja para que magistrado for, e em que situação for, encontrar uma “concreta razão da inobservância do prazo” para invocar, considerando que estamos a falar de seres pensantes, racionais e formados em leis? Não teriam os mandatários das partes, as testemunhas, os peritos e consultores que incumprissem prazos, igual capacidade para invocar concretas razões para justificar as inobservâncias dos prazos a que estão vinculados?

Mais ainda: antecipa-se com linear clareza qual vai ser a “concreta razão da inobservância do prazo” estatisticamente mais lavrada em todos os processos judiciais: excesso de trabalho do magistrado, por força do número de processos que lhe estão distribuídos, acções de formação impostas pela própria entidade com competência disciplinar, razões de saúde, parto, nojo, assistência à família, etc.

Ou seja, tudo razões que poderiam ser invocadas por qualquer outro sujeito ou interveniente processual, mas que no caso destes implica consequências legais automáticas por regra, qual seja a da perda do direito de praticar o acto processual fora do prazo.

Levanta ainda outra dúvida, esta *ludendi causa*: se se estabelece este regime de prazos aparentemente mais apertado, poderia ter-se estendido à prática dos actos pelas magistraturas o regime do justo impedimento e da prática do acto com multa nos três dias úteis subsequentes!

Por fim, inobservado o prazo, invocada a justificação cabível, remetida a listagem ao Presidente da Comarca ou ao Magistrado do Ministério Público Coordenador, e novamente remetida à entidade com competência disciplinar, o que acontece ao prazo que continuar por praticar?... precisamente porque se mantém a concreta razão inicialmente invocada pelo Senhor Magistrado? Absolutamente nada.

Termos em que a *praxis* dos prazos meramente ordenadores continuará a vigorar, sem pelas e sem quaisquer consequências práticas efectivas, para o *dominus* do

processo, ou da fase processual. Mas ter-se-á conseguido criar mais um procedimento burocrático para sobrecarregar os próprios magistrados, a secretaria, o Presidente do Tribunal e o Magistrado do Ministério Público Coordenador, que melhor estariam a praticar os actos processuais exigidos pelo CPC e pelo CPP do que a processar volumes que subirão aos Conselhos das duas magistraturas para terem consequência nenhuma naquilo que devia ser o objectivo final a atingir: não permitir que os processos amarelecem nas prateleiras das secretarias judiciais.

Allás, o melhor indício de que esta reforma é, num plano prático, totalmente inútil, é a unanimidade encontrada entre o CSM, a ASJP, o SMMP e a PGR quanto ao teor da mesma. Dir-se-ia mesmo mais: é um daqueles casos típicos em que é preciso que algo mude para que tudo fique na mesma.

Pior que tudo, perde-se uma oportunidade histórica – já que se resolveu reformar no que concerne à harmonização de prazos para a prática de actos processuais pelas magistraturas – de criar um sistema de prazos (até mais latos, para serem realistas) que, sendo, ainda assim, menos gravoso do que é cominado para as partes e intervenientes processuais, poderia ser o do estabelecimento de uma tabela de custo pecuniário associado à passagem do tempo, qual sanção pecuniária compulsória, de extremamente fácil execução prática e ainda mais fácil cobrança, por recurso ao instituto jurídico obrigacional da compensação de créditos entre o Estado e os Magistrados incumpridores. Com os Instrumentos tecnológicos à disposição, tal controlo de prazos e cálculo de casos de ultrapassagem dos mesmos é mecanismo de implementação facilílima. Já o não será politicamente, mas esse é um plano que de um ponto de vista estritamente jurídico não pode, nem deve, ser ponderado.

Este regime seria muito mais eficaz para a aceleração da marcha da justiça e para o efectivo cumprimento de prazos por parte das magistraturas do que o regime da associação de tais incumprimentos a eventuais e hipotéticas sanções disciplinares, regime este ora proposto que se antevê, desde já, será de consequências totalmente inexpressivas... além de que inúteis para a consecução do objectivo pretendido.

2.2 – Poderes do juiz no que tange à ultrapassagem do número máximo de testemunhas

a. A alteração proposta ao art.º 283º do Código de Processo Penal (CPP) apresenta o seguinte teor:

“1. (...)”

2. (...)”

3. (...)”

4. (...)”

5. (...)”

6. (...)”¹¹

7. *O limite do número de testemunhas previsto na alínea d) do n.º 3 apenas pode ser ultrapassado desde que tal se afigure necessário para a descoberta da verdade material, designadamente quando tiver sido praticado algum dos crimes referidos no n.º 2 do art.º 215º ou se o processo se revelar de excepcional complexidade, devido ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime, enunciando-se no respectivo requerimento os factos sobre os quais as testemunhas irão depor e o motivo pelo qual têm conhecimento directo dos mesmos.*¹²

8. *O requerimento referido no número anterior é indeferido caso se verifiquem as circunstâncias previstas nas alíneas b), c) e d) do n.º 4 do art.º 340º.”*

A alteração proposta ao art.º 283º impõe a consequente adaptação dos art.ºs 284º n.º 2 (que passa a referir “é correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 3, 7 e 8 do artigo anterior, com as seguintes modificações: (...)”), 285º n.º 3 (que passa a referir “é correspondentemente aplicável à acusação particular o disposto nos n.ºs 3, 7 e 8 do artigo 283º”), 315º n.º 4 (que passa a referir “ao rol de testemunhas é aplicável o disposto na alínea d) do n.º 3 e nos n.ºs 7 e 8 do artigo 283º”) e 316º n.º 1 (que passa a referir “O Ministério Público, o Assistente,

¹¹ Os actuais n.ºs 1 a 6 do art.º 283º CPP manterão o respectivo teor.

¹² O actual n.º 7 do art.º 283º tem a seguinte redacção: “7. *O limite do número de testemunhas previsto na alínea d) do n.º 3 pode ser ultrapassado desde que tal se afigure necessário para a descoberta da verdade material, designadamente quando tiver sido praticado algum dos crimes referidos no n.º 2 do art.º 215º ou se o processo se revelar de excepcional complexidade, devido ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.*”

o Arguido ou as Partes Cíveis podem alterar o rol de testemunhas, inclusivamente requerendo a inquirição para além do limite legal, nos casos previstos nos n.º 7 e 8 do artigo 283º, contanto que o adicionamento ou a alteração requeridos possam ser comunicados aos outros até três dias antes da data fixada para a audiência”.

b. A proposta apresentada mereceu as seguintes reacções:

Da parte do **Conselho Superior da Magistratura** o Parecer emitido é no sentido de dar “concordância (à alteração proposta) pelo reflexo que poderá ter em termos de celeridade da fase de julgamento”.

Mas val mais longe: “*será preferível que se estabeleça, como regra, que o limite de testemunhas que cada sujeito processual pode indicar é de vinte e que se ressalve a possibilidade de esse número ser ultrapassado quando tiver sido praticado algum dos crimes referidos no n.º 2 do art.º 215 ou se o processo se revelar de excepcional complexidade, devido ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime, sempre que o juiz considere que tal é necessário à descoberta da verdade material e à boa decisão da causa, nos termos do n.º 1 do art.º 340º. Deste modo, far-se-á impender sobre os sujeitos processuais o ónus de indicarem as concretas razões da necessidade de ultrapassagem do número máximo de testemunhas, permitindo um efectivo controlo por parte do juiz que, quando confrontado com os requerimentos probatórios, não dispõe de meios que lhe permitam aferir se está verificada alguma das circunstâncias enunciadas no n.º 4 do art.º 340º.*”

Não satisfeito com a limitação pretendida instituir, o CSM propõe ainda quanto a esta questão o seguinte: “*entendemos ainda que se deve repensar o limite máximo de vinte testemunhas nos casos mais comum de pequena e média criminalidade, em que o mesmo se afigura excessivo*”¹³.

Da parte do **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público** há a concordância “*com o sentido geral desta proposta, mas não integralmente com o seu alcance*”. Com efeito, “*a alteração proposta traduz-se, então, no aditamento à*

¹³ Fazendo escola esta Doutrina, não nos espantará que um dia no processo penal português o Tribunal tenha o poder de decidir que um Arguido não possa produzir qualquer prova testemunhal, mas apenas documental (ou nem essa), “*pelo reflexo que poderá ter em termos de celeridade da fase de julgamento*”.

norma pré-existente do segmento remissivo para o disposto no n.º 4 do artigo 340º do CPP (...). Todavia, a remissão em bloco para o n.º 4 do art.º 340º e não, apenas, para algumas das suas alíneas, é tecnicamente incorrecta, além de que confere ao juiz um poder de controlo da prova indicada pelo MP e pela defesa (aqui por força da remissão constante do n.º 3 do art.º 315º do CPP) que nos parece excessivo. Assim, e desde logo, se o n.º 7 do artigo 283º e o n.º 4 do art.º 315º do CPP se ocupam da indicação do rol de testemunhas na acusação e na contestação, não faz sentido a remissão para a alínea a) do n.º 4 do art.º 340º, que impõe o indeferimento das provas requeridas que 'já podiam ter sido juntas com a acusação ou a contestação'. Por outro lado, se o que se pretende é evitar requerimentos de audição de testemunhas por cartas rogatórias a expedir para países longínquos ou que sistematicamente não satisfazem tais pedidos, ou a indicação de testemunhas em número desproporcionado face à matéria em causa, basta a invocação das alíneas c) ou d) do aludido n.º 4 do art.º 340º para legitimar o indeferimento da audição/inquirição em apreço. De facto, a remissão para a alínea b) – indeferimento de 'provas irrelevantes ou supérfluas' – poderia implicar o risco de o juiz de julgamento se imiscuir na investigação efectuada pelo MP e pretender seleccionar ele as testemunhas da acusação cujo depoimento considerasse relevante. Sendo que, relativamente à contestação, nem sequer se vê como poderia ele concluir que os depoimentos das testemunhas x e y do rol apresentado eram 'irrelevantes ou supérfluos'. Assim, entende-se que a remissão constante do pretendido aditamento ao n.º 7, parte final, do art.º 283º - 'sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art.º 340º' -, deve ser restringida às alíneas c) e d) do art.º 340º do CPP (...) (inquirição de obtenção impossível ou muito duvidosa ou propósito meramente dilatatório)."

Da parte do **Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais** a tomada de posição foi a mesma: nenhuma!¹⁴

Da parte da **Associação Sindical dos Juizes Portugueses** pode ler-se no respectivo parecer: "a questão da limitação do número de testemunhas importa uma correlação entre o direito à prova dos intervenientes processuais, e no caso do

¹⁴ Sobre esta fundamentação do CSTAF remete-se para quanto se disse em 2.1.b) retro.

arguido, das suas garantias de defesa com as necessidades de celeridade e direito à realização do processo num prazo razoável. O balanceamento nunca pode ser de modo a estrangular, de forma irrazoável e desproporcional, quaisquer daqueles direitos. A nível do processo penal a única destrínça faz-se no que se reporta à forma do processo, já que os processos especiais admitem um menor número de testemunhas do que o processo comum, e no que se reporta a esta forma de processo, já hoje é estabelecido como limite as vinte testemunhas. O menor número de testemunhos admissíveis nos processos especiais justifica-se pela menor complexidade e conseqüente maior rapidez e facilidade de julgamento. Acresce que, tratando-se de pequena e média criminalidade, cujas penas não podem ser superiores a cinco anos, conjugando os direitos a um julgamento célere com as garantias de defesa do arguido, é perfeitamente admissível – constitucionalmente – tal limitação".

Analisando a proposta, afirma a ASJP que a redacção proposta não permite alcançar os objectivos pretendidos, além de que poderia ter-se ido mais longe. Analisa essas duas conclusões prévias nas seguintes observações:

- Em concreto, refere o Parecer que a remessa para o art.º 340º n.º 4 deveria limitar-se a remeter para as alíneas b), c) e d) desse mesmo número, porque a situação constante da alínea a) torna a remissão incoerente;

- hoje em dia, no processo comum, existe já a limitação legal das vinte testemunhas, admitindo-se a sua ultrapassagem quando for necessário para a descoberta da verdade.

- Afirma-se depois, em total desajuste com o que é a *praxis*, pelo menos das Varas Criminais de Lisboa, em mega processos conhecidos: "contudo, a regra é da admissão (especialmente nos processos de maiores dimensões), de todas as testemunhas que são apresentadas, já que não existe mecanismo de controlo da razão de ciência que permita concluir se são ou não relevantes para a descoberta da verdade material. Ou seja, apesar de se remeter para o n.º 4 do art.º 340º CPP, o certo é que para aferir da verificação de tais requisitos, se torna necessário ao requerente da prova motivar a relevância da mesma, em face de julgamento. Assim, o único modo de se lograr o efeito útil pretendido pelo legislador é estabelecer, de forma clara, que a regra do número máximo de testemunhas no

processo comum são vinte, e consagrar, também de forma evidente, como excepção, a possibilidade de ultrapassar tal limite nas situações elencadas.”.

Por tudo isto sugerem uma redacção alternativa para esta norma¹⁵, a qual, no seu entender, estabelece *“como verdadeira excepção a possibilidade de ultrapassar as 20 testemunhas no processo comum, acautelando-se o direito à prova, de forma racional e compatível com as necessidades de decisão em prazo razoável”.*

De todo o Parecer da ASJP relativamente a esta matéria, a parte que merece ainda maior crítica, porém, é aquela em que vem defender-se um sistema que, levado ao extremo absurdo, permitiria ao Juiz recusar a audição de toda e qualquer testemunha de um rol de um sujeito processual (numa actuação totalmente arbitrária): *“contudo, neste domínio, quiçá um controle sobre a admissibilidade dos testemunhos se devesse cingir ao momento de ultrapassagem do seu limite. De molde a agilizar o julgamento, porventura seria necessário ‘criar’ vários degraus de número de testemunhas admissíveis, consoante a gravidade do crime (relembre-se vários processos comuns que, por vicissitudes processuais, se revelam de pouca complexidade) e estabelecer como regra a necessidade de elencar a razão de ciência de todas as testemunhas e factos a que irão depor, pois só assim se permite um efectivo controle prévio”.*

Mais interessante ainda é a recuperação da ideia de uma *audiência preliminar*, per se perfeitamente pensável em processo penal, mas na qual a ASJP entende que as decisões do juiz deverão ser proferidas e cristalizar-se definitivamente *sem possibilidade de recurso*, mesmo em matérias tão graves como a da admissão dos meios de prova. Permita-se o desabafo: só faltaria!

Analisando a Proposta, afirma a **Procuradoria-Geral da República** que, *“se bem se compreendeu a proposta, pretende-se atribuir ao tribunal, poderes para, ao abrigo do n.º 4 do art.º 340º do CPP, avaliar e decidir sobre a relevância, para a descoberta da verdade, das testemunhas indicadas ao abrigo do n.º 7 do art.º*

¹⁵ “7-O limite do número de testemunhas previsto na alínea d) do n.º 3 apenas pode ser ultrapassado, desde que tal se afigure necessário para a descoberta da verdade material, designadamente quando tiver sido praticado algum dos crimes referidos no n.º 2, do art.º 215º, ou se o processo se revelar de excepcional complexidade, devido ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime, enunciando-se os factos a que irão depor e o motivo pelo qual têm conhecimento directo dos mesmos, devendo o juiz indeferir tal ultrapassagem caso se verifique o previsto nas alíneas b), c) e d) do n.º 4 do art.º 340º do CPP”.

283º. Tal avaliação e decisão serão, pois, ao que tudo parece indicar, efectuadas no decurso da audiência de julgamento, momento em que tem plena aplicação o disposto do art.º 340º do CPP”.

E segue o Parecer: *“sempre se tem entendido que o art.º 340º CPP corresponde a uma consagração legal dos princípios da verdade material e da investigação que enformam o processo penal português – impondo ao Tribunal a realização, officiosamente ou a requerimento, de todas as diligências de prova que julgar necessárias ‘à descoberta da verdade e à boa decisão da causa’, em termos que apenas serão limitados pela necessidade de respeitar os princípios da admissibilidade legal, da necessidade e adequação e da possibilidade de obtenção das provas. As causas de indeferimento previstas no art.º 340º limitam-se a permitir que o Tribunal recuse a produção de prova que não possa, atendendo à sua natureza, contribuir para uma efectiva prossecução dos princípios da verdade material e da investigação, que caberá ao Tribunal prosseguir em fase de julgamento – ou seja, provas cuja produção seria legalmente inadmissível (n.º 3), ou susceptível de violar princípios de necessidade (n.º 1 e actuais al. a) e b), adequação (actuais al. c) e d) e obtenibilidade (al. c), de forma a evitar que o princípio da investigação judicial seja instrumentalizado para a prossecução de fins alheios à efectiva obtenção de verdade material.”.*

“Ora, o que parece resultar da proposta de alteração legislativa são objectivos fundados em razões diversas daquelas que presidem aos poderes de direcção e disciplina da prova a produzir em julgamento consagrados no art.º 340º. O que parece resultar da proposta, (...), é a prossecução de princípios de natureza diversa, relativos a considerações de lealdade, celeridade e economia processual, tendo aparentemente em vista desencorajar estratégias de indicação de prova eventualmente supérflua que apenas tenha em vista o prolongamento do julgamento com as consequências que, nalguns casos, são conhecidas (em todo o caso censuráveis). Muito embora se compreenda a validade dos objectivos que aparentemente se visam prosseguir (...), remetendo para a fase de julgamento a admissibilidade, ou não, das testemunhas indicadas para além do limite legal previsto na al. d) do n.º 3 do mesmo preceito, o certo é que não se vê como poderá tal poder de avaliação e decisão coadunar-se verdadeiramente com princípio da obtenção da verdade material e, por isso mesmo, com o princípio da

investigação judicial, que apenas poderá ter como finalidade a obtenção da verdade material”.

“Na verdade, a ‘operacionalização’ de um tal poder ou competência de avaliação e decisão poderá suscitar graves dificuldades interpretativas, na medida em que será muito difícil avaliar até que ponto não são postos em causa aqueles dois princípios. Com efeito, como poderá o tribunal avaliar quais as testemunhas que a partir do número máximo admitido pela al. d) do n.º 3 do art.º 283º do CPP são, ou não, supérfluas; quais as testemunhas que podem, ou não, contribuir para a descoberta da verdade material?”¹⁶.

“Acréscce ainda que a remissão em bloco para o disposto no n.º 4 do art.º 340º do CPP, dada a diversidade de causas previstas para o indeferimento dos requerimentos de prova, poderá também suscitar dúvidas interpretativas sobre a aplicabilidade dessas causas ao rol de testemunhas indicado ao abrigo do n.º 7 do art.º 283º do CPP. Com efeito, das causas previstas nas diversas alíneas do n.º 4 do art.º 340º apenas se afigura serem aplicáveis as constantes das alíneas b) – ‘as provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas’, e d) – o requerimento tem finalidade meramente dilatória’.”¹⁷

Em face de tudo isto conclui-se no Parecer: *“Parece, pois, resultar que a pretensão do projecto (...) constituirá fonte de incerteza na aplicação do disposto no n.º 4 do art.º 340º CPP aos casos previstos no n.º 7 do art.º 283º, potenciando, ao contrário do que se pretende, a criação de condições para que não seja alcançada a agilização da fase de julgamento. Da solução proposta decorrerá, para além do mais, que não possa ser alcançado um dos desideratos presumivelmente*

¹⁶ Com bastante interesse argumentativo, atente-se no afirmado especificamente a este propósito pelo Parecer da PGR: *“O juiz está perante um rol de testemunhas, do qual apenas consta a sua identificação e eventual indicação dos factos a que o seu depoimento se deve reportar, bem como (a eventual mas desejável) justificação/fundamento da indicação de número de testemunhas superior ao admitido pela citada al. d) do n.º 3 do art.º 283º - fundamento que, como impõe o próprio n.º 7 do art.º 283º, se deverá precisamente ancorar na descoberta da verdade material. Nada sabendo da razão de ciência da testemunha, ou testemunhas, sobre os factos, como pode o juiz avaliar da sua validade para a prova e para a descoberta da verdade? Apenas por, face à avaliação que faz da natureza dos factos e da complexidade do processo concluir que o número é exagerado? Decidirá sem ter elementos objectivos, trazidos pelos intervenientes que as indicam, sobre a necessidade de tais testemunhas? Por outro lado, em que momento decidirá o juiz de julgamento a admissibilidade do depoimento da testemunha ou testemunhas que vão para além do número admitido pela regra geral? Na fase de admissão da acusação e do rol de testemunhas, no início da audiência, antes da produção de qualquer prova, ou depois de ouvidas as primeiras 20 testemunhas?”.*

¹⁷ Sobre isto refere ainda o Parecer: *“Não cremos que as causas previstas nas al. a) (...) e c) (...) se adequem à situação, não se excluindo, contudo, que, por mera hipótese de discussão, possam alguma vez ser usadas como fundamento de rejeição daquele rol de testemunhas, ou de algumas delas”.*

prosseguidos pelo legislador, de atribuição ao tribunal de poderes acrescidos de rejeição de requerimentos eventualmente dilatatórios e desleais, uma vez que os sujeitos processuais interessados poderão sempre invocar que a prova requerida seria em concreto essencial à obtenção da verdade material, devendo por isso ser produzida – o que acarreta necessariamente incidentes na audiência e consequentes recursos de impugnação da decisão de indeferimento”.

“Melhor se adequaria aos princípios em confronto (...) a adopção de solução legal que limite o número de testemunhas a indicar na acusação (e na contestação, por força do disposto no n.º 4 do art.º 315º CPP) também para as situações previstas naquele dispositivo legal”, i.e., no n.º 7 do art.º 283º. Ao invés, “mantendo-se a solução ora apontada (...), cremos que se justificará a introdução de algumas alterações que, salvo melhor opinião, poderão confortar a adequação daquela situação”.

Assim, a PGR aplaude a necessidade de *“fundamentação concreta da necessidade do acréscimo do número de testemunhas”*, pois desse modo não só contribui para o bem fundado da decisão, como *“permitirá evitar situações iniciais de rejeição que venham, numa fase posterior, a revelar-se infundadas, por as testemunhas poderem contribuir validamente para a descoberta da verdade”.*

Por fim, vem preconizar que a previsão proposta para a parte final do n.º 7 do art.º 283º se deslocasse sistematicamente para dispositivo referente ao julgamento: *“Do ponto de vista da sistemática legislativa, afigura-se que tais poderes poderiam ser previstos ou no âmbito do despacho de recebimento da acusação – art.º 311º, ou artigos subsequentes – ou no próprio art.º 340º, com o aditamento de um número relativo à matéria, consoante se entenda que a decisão deve ser proferida no início da audiência ou no seu decurso”* ¹⁸.

Quanto à **Ordem dos Advogados**, no respectivo Parecer pode ler-se: *“Só quem não frequenta diariamente os Tribunais pode pretender ou imaginar que esta nova redacção do n.º 7, do artigo 283º, permitirá uma maior agilização da fase de julgamento. Na verdade, e antes de mais, pretender-se-á que os Advogados contactem e indaguem junto de testemunhas sobre que factos estas conhecem e*

¹⁸ A Câmara dos Solicitadores e o Sindicato dos Funcionários Judiciais tiveram as reacções a que atrás se fez alusão.

por que motivo deles têm conhecimento directo (...)? Ou, pelo contrário, pretender-se-á que os Advogados solicitem dos respectivos constituintes que procedam a essa indagação? (...) E por que motivo é que o arguido (ou o assistente ou o Ministério Público) deverão dar a conhecer aos restantes sujeitos processuais os factos que as testemunhas respectivas conhecem e a forma ou o motivo pelo qual têm conhecimento directo dos factos?”.

E segue-se no Parecer: “No que, pelo menos, ao arguido concerne, esta exigência colocará em causa as respectivas garantias de defesa uma vez que poderá convir-lhe não revelar tais elementos antes do momento de a testemunha em causa iniciar o seu depoimento. Como é por demais evidente. Estratégia que obviamente poderá ser igualmente pretendida pela acusação – Ministério Público ou assistente”.

Também relevante a questão suscitada acerca do conhecimento pessoal e directo dos factos pelos depoentes: “como poderá garantir-se que, depois, no momento do depoimento, a testemunha efectivamente conhece aqueles factos, directamente, e por aqueles motivos? E se assim não for? Qual a consequência?”. Dir-se-ia ainda mais: quantas e quantas vezes, as testemunhas não sabem tudo fora da sala, e estranha ou prudentemente, de tudo se olvidam frente às Becas?

Mas pior ainda é o alerta feito pela OA no sentido de que a norma poderá passar a ser *formalmente cumprida*, i.e., afirmando-se que a testemunha conhece todos os factos e que os conhece *por conhecimento directo*, quando tal não corresponda à verdade. Nesses casos, “de que meios poderá dispor o juiz para por em causa tais informações e como poderá o juiz afirmar, fundamentadamente, que o respectivo depoimento não se lhe afigura necessário para a descoberta material? (...) fazendo-o arrisca ver impugnado o respectivo despacho, com a arguição da respectiva nulidade (...) e subsequente recurso (...). Com tudo o que isso representa para a desejada celeridade processual.”

Conclui-se, assim, no Parecer que se mantenha a redacção que se encontra actualmente vigente.

c. Ora, esta proposta de alteração também não pode merecer adesão incondicional, porquanto briga directa e necessariamente com a concretização do *direito de defesa do Arguido* constitucionalmente consagrado no art.º 32º n.º 1 CRP, e

densificado em múltiplas normas legais do CPP, bem como com a mesma concretização do *direito de acesso à justiça* (efectiva), contra face da proibição de autotutela, por parte de todos os demais sujeitos processuais (Assistentes, Demandantes e Demandados civis).

Com efeito, não só não se pode aplaudir a proposta do CSM no sentido de repensar o limite máximo de vinte testemunhas (“*nos casos mais comuns de pequena e média criminalidade, em que o mesmo se afigura excessivo*”), como tampouco se pode aceitar que nos casos de “*excepcional complexidade*” fique na livre disponibilidade do julgador decidir livremente sobre se o rol apresentado por qualquer sujeito processual é ou não o necessário à descoberta da verdade material e à boa decisão da causa.

Por um lado, parece esquecer que os *casos mais comuns de pequena e média criminalidade* podem probatoriamente ser tão complexos como os mais complexos, passe-se o pleonasma, porquanto a multiplicidade de factos a provar e a variedade de leituras *testemunhais* dos mesmos pode depender da simples circunstância de ter sido praticado em circunstâncias de maior ou menor exposição ao público. E sabemos, de fonte segura, que a mesma *cena criminal* presenciada por três pessoas pode levar a chegar a juízo um conjunto de três leituras diferentes. Caso em que só a multiplicidade de leituras poderá ajudar o julgador a fazer pender a sua convicção num ou noutro sentido.

Ademais, os “*casos mais comuns de pequena e média criminalidade*”, estatisticamente, não apresentam róis incomensuráveis de mais de vinte testemunhas... termos em que criar um limite não ajuda a nenhuma *celeridade da justiça*. E cria um *deficit*, no plano do exercício dos direitos, completamente incompreensível. Por fim, qualquer *limite*, seja ele de 20, 10 ou 5 é sempre uma artificiosa construção obstaculizadora da descoberta da verdade – e autorizará sempre que daqui a uma década se esteja a discutir limites de 10, 5 ou 1 testemunha.

E, nesse prisma, bem: a celeridade da justiça seria sempre muito maior se os Arguidos, os Assistentes, as Partes Civas estivessem totalmente inibidas de produzir qualquer prova testemunhal. As audiências passariam a ser exposições preliminares, interrogatório dos Arguidos (enquanto as declarações destes não forem eliminadas da llistagem dos meios de prova), alegações finais e Sentença ou Acórdão. Mas

se isso seria o *ótimo* para a celeridade, talvez a justiça do produto final do labor do MP e do Juiz fosse particularmente menor.

Quanto aos casos de *excepcional complexidade*, o que deveria constar da lei não deveria ser (*nunca deveria ter sido*), a introdução de um limite de "x" testemunhas para a defesa, o assistente e as partes civis. Essa regra, além de totalmente ilógica e irracional, é materialmente inconstitucional (diga o Tribunal Constitucional o que disser sobre o tema) e arbitrária. Fixaram o limite em vinte, como poderiam ter fixado em trinta ou em dez. O *princípio é sempre o mesmo...* e se é constitucional que o limite seja de vinte, também o seria se fosse de duas.

Quanto muito, dentro do quadro da *paridade de armas* alegadamente imposto pela Constituição da República, e atento o facto de o esforço da Defesa ser – na prática judiciária¹⁹ – muito superior ao da Acusação, o único caminho admissível teria sido o do estabelecimento de uma regra de *proporcionalidade* entre *partes do processo penal*: se a Acusação arrola "y" testemunhas, a Defesa pode arrolar também "y" testemunhas, ou então "y + uma fracção de y", e os demais sujeitos processuais também "y", tudo de modo a garantir que não será por cerceamento legal das condições de exercício do direito de fazer prova (seja o da defesa, seja o dos demais sujeitos que se vêem obrigados a recorrer a juízo em vez de usar a via da *vendetta privada*), que alguém se sente injustamente condenado e/ou injustamente tratado pelo sistema judiciário²⁰.

Por outro lado, que a norma visa exclusivamente tutelar a celeridade do processamento das audiências, em prejuízo dos *direitos probatórios* dos sujeitos processuais que obrigatoriamente têm de *incomodar a Justiça* para resolver os seus diferendos, resulta do facto de o CSM tão lealmente concordar com a mesma, o SMMP se preocupar apenas com a questão da remissão para o art.º 340º n.º 4 ser integral, ou apenas para algumas alíneas, e de a ASJP seguir iguais caminhos. As três entidades dão como boa a existência do limite já vigente, preocupando-se exclusivamente em tentar garantir que a ultrapassagem do limite seja cada vez mais excepcional. Nem uma linha, porém, para questionar a lógica do limite pré-

¹⁹ Com efeito, é totalmente farsalca a afirmação (politicamente correcta, mas na realidade falsa) de que o ónus da prova é do MP – assim é no plano da *law in books*, mas totalmente desmentido no campo da *law in action*, como é sabido por todos quantos do foro (criminal) fazem a sua vida diária.

²⁰ Só no caso de o MP não arrolar quaisquer testemunhas é que faria sentido prever que os demais sujeitos processuais tivessem um *quantum* limitativo do número de testemunhas a arrolar.

estabelecido, e apenas palavras de encómio à dificuldade do exercício dos direitos probatórios pelos demais sujeitos processuais.

Ainda mais de rechaçar é a proposta da ASJP de trasladar para o processo penal o instituto da audiência preliminar – não que ela não fosse útil, nem que não seja já feita informalmente por Magistrados preocupados, e bem, em que o julgamento decorra da forma mais organizada possível. O que é totalmente censurável, e inaceitável porque rematadamente inconstitucional, é pretender que as decisões do juiz nessa audiência preliminar, quanto à matéria dos meios de prova, sejam irrecorríveis. Como atrás enunciado, só faltaria que em matéria tão grave e tão cardeal na concretização dos direitos de defesa dos arguidos e de acesso à justiça dos demais sujeitos processuais, um só Homem (o Juiz Presidente do Colectivo ou o Juiz de Julgamento do Tribunal Singular) pudesse logo *a priori* decidir a sorte do julgamento, o que indirectamente faria por controlo com pulso de ferro e totalmente insindicável dos meios de prova admissíveis em sede de audiência. Dir-se-ia que o julgamento passaria a ser formalmente decidido nessa anómala audiência preliminar, passando a audiência propriamente dita a ser uma encenação, uma missa de corpo presente no que à prova respeita.

De todos os Pareceres emitidos, apenas no da PGR se suscitam questões de profunda relevância para a apreciação da reforma pretendida implementar, reconhecendo que "a 'operacionalização' de um tal poder ou competência de avaliação e decisão poderá suscitar graves dificuldades interpretativas, na medida em que será muito difícil avaliar até que ponto não são postos em causa aqueles dois princípios", i.e., o princípio da obtenção da verdade material e o princípio da Investigação judicial.

Allás, é lapidar e integralmente esclarecedora a formulação usada pela PGR a este respeito: "como poderá o tribunal avaliar quais as testemunhas que a partir do número máximo admitido pela al. d) do n.º 3 do art.º 283º do CPP são, ou não, supérfluas; quais as testemunhas que podem, ou não, contribuir para a descoberta da verdade material?".

Conclui também a PGR, e também aqui bem, que o regime pretendido implementar poderá, "ao contrário do que se pretende", criar "condições para que não seja alcançada a agilização da fase de julgamento".

Em todo o caso, também a PGR aplaude a existência da limitação, o que entendemos como sendo solução *de princípio* a rejeitar em face do objectivo final de todo e qualquer julgamento criminal: *descobrir a verdade material* – tanto mais que, em face do início de uma inquirição em que se constata que de nenhuns factos objecto do processo a testemunha tem conhecimento pessoal e directo, os poderes de disciplina da audiência já outorgados ao Juiz Presidente permitem agilizar de tal modo o depoimento que o mesmo finde com muito mais rapidez do que o julgamento de recursos que venham a ser interpostos de decisões prévias (totalmente “às cegas”) de rejeição liminar de requerimentos probatórios / róis de testemunhas.

2.3 – Eliminação da sanção da perda de prova por ultrapassagem do prazo de 30 dias de interrupção da audiência

a. A alteração proposta ao art.º 328º do Código de Processo Penal (CPP) apresenta o seguinte teor:

“1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. (...)²¹

6. *O adiamento não pode exceder 30 dias. Se não for possível retomar a audiência neste prazo, por impedimento do tribunal ou por impedimento dos defensores constituídos em consequência de outro serviço judicial já marcado de natureza urgente e com prioridade sobre a audiência em curso, deve o respectivo motivo ficar consignado em acta, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita.*

7. *Para efeitos da contagem do prazo referido no número anterior, não é considerado o período das férias judiciais, nem o período em que, por motivo estranho ao tribunal, os autos aguardem a realização de diligências de prova, a prolação de sentença ou que, em via de recurso, o julgamento*

seja anulado parcialmente, nomeadamente para repetição da prova ou produção de prova suplementar.

8. (anterior n.º 7).”

b. A proposta apresentada mereceu as seguintes reacções:

Da parte do **Conselho Superior da Magistratura** a solução merece concordância: *“não faz, de facto, sentido, nos tempos actuais, em que o processo normal de erosão da memória pode ser evitado através da audição dos registos magnetofónicos (ou da visualização dos registos audiovisuais), que o desrespeito pelo prazo de trinta dias acarrete uma sanção tão gravosa para o sistema de administração da justiça como é da perda da eficácia da prova. Entendemos, no entanto, que deve ser bem vincado, sob pena de degradação do princípio da continuidade da audiência, que é um corolário dos princípios da imediação e da descoberta da verdade, que a ultrapassagem do prazo de trinta dias apenas pode ocorrer em circunstâncias excepcionais, devidamente justificadas, relacionadas com a demora na produção de outros meios de prova (v.g. a realização de um exame pericial ou a inquirição de uma testemunha por carta rogatória). A admissão da possibilidade de ultrapassagem desse prazo por causas relacionadas com o funcionamento do tribunal ou com a intervenção dos mandatários (...) noutras audiências poderá banalizar a ultrapassagem do prazo de 30 dias, transformando em regra aquilo que deve ser uma excepção”.*

Da parte do **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público** houve um júbilo com a proposta de alteração: *“o SMMP congratula-se com esta proposta, num sentido que nos parece o mais correcto”.*

E segue o Parecer: *“a alteração proposta (...) é a formulação mais adequada ao Princípio da Continuidade da Audiência. Com efeito, antes do advento da sociedade digital e da informação, fazia sentido que, inexistindo meios fiáveis de salvaguarda da prova produzida em audiência de julgamento, e perante a então organização judiciária, se procurasse evitar a perda da percepção da prova produzida pelo*

²¹ Os actuais n.ºs 1 a 5 do art.º 328º CPP manterão o respectivo teor.

*juulgador, o que se fez com recurso a um critério objectivo*²². “*Na aceção descrita, a densificação dogmática deste Princípio da Continuidade da audiência era compreensível à luz do tempo em que foi proferida. Com efeito, antes do advento da sociedade digital, a imagem global da prova produzida em audiência era de difícil apreensão e reflexão, porquanto a documentação a produção de prova se cingia a sua audição presencial e notas pessoais, não sendo de todo possível a sua repetição. Recentemente, procurou coligar-se a este princípio uma aceção de celeridade processual, que manifestamente lhe é alheio, mas apenas uma decorrência da sua aplicação*” (sic).

E conclui: “*sendo já regra actualmente o registo áudio ou audiovisual das declarações prestadas em sede de audiência de julgamento (...) a realidade subjacente a tal interpretação restritiva do Princípio da Continuidade da audiência carece de fundamento, para mais com uma consequência drástica ao nível da prova produzida, que implicava a sua ineficácia (o que, obviamente, impunha a repetição do julgamento e abrogava qualquer pretensão de celeridade processual). Nestes termos, entende o SMMP que a alteração agora proposta à redacção do artigo 328º do CPP é adequada e não carece de alteração*”.

Da parte do **Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais** a tomada de posição manteve-se²³.

Da parte da **Associação Sindical dos Juizes Portugueses** afirma-se, e bem, que “*a nível do processo penal, a regra do prazo de 30 dias tem sido perspectivada como um pressuposto da valoração da prova produzida em audiência, entendendo a jurisprudência maioritária não se tratar de nulidade relativa, a que os*

²² No Parecer em análise, sob autoridade de Antunes Varela (Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, página 641), diz-se: “*compreende-se o espírito do legislador ao inviabilizar em sede de audiência a sua descontinuidade, impedindo que o tribunal ou algum dos seus membros perca a orientação da prova produzida em virtude do desgaste do tempo e das limitações naturais da memória dos homens*”. Sem dúvida que Antunes Varela tinha razão no que escrevia. Mas para quem se lembre, e muitos nos lembramos, a causa próxima da introdução da regra não foi esse princípio de continuidade teoreticamente compreendido: foi a constatação de uma prática totalmente censurável dos Tribunais, que agendavam continuação de audiência com largos meses, e até anos, de dilacção. Apenas essa prática intolerável de haver sessões de audiência que mediavam entre si largos meses, levou o legislador a – numa lógica de concentração e celeridade – impor um prazo de trinta dias para a continuação do acto de produzir prova e julgar.

²³ Sobre esta fundamentação do CSTAF remete-se para quanto se disse em 2.1.b) retro.

intervenientes processuais possam renunciar”. Mais se afirma que “*a alteração proposta adota a jurisprudência que não teve vencimento (no conflito jurisprudencial que foi resolvido pelo Ac. STJ n.º 11/2008), ou seja, que com a gravação da prova não é necessário impor uma sanção tão gravosa, como seja a perda da prova.*”

E segue: “*diga-se que, na realidade dos tribunais (!), o prazo de 30 dias é, regra geral, observado, mas, por vezes, existe necessidade, atentas várias vicissitudes (produção de prova suplementar, decurso das férias judiciais, impossibilidade temporária de um dos juizes, etc.), em interromper a audiência por um período mais longo, o que gera por vezes a necessidade de agendar diligências para análise de prova documental ou similar, de modo a não ultrapassar o mesmo. De igual modo, por vezes, são usados expedientes dilatórios como estratégia para tentar determinar a perda da prova, com o fito de que as várias questões suscitadas artificialmente permitam esgotar o prazo de 30 dias. Em abono da verdade, especialmente nos julgamentos que duram meses, ou anos, as sessões de julgamento são lembradas através da consulta dos apontamentos, ou reprodução das gravações, já que a memória não tem capacidade de reter dezenas de sessões. O prazo de 30 dias tem tido um importante papel ordenador²⁴ na realização das audiências de julgamento. Crê-se, que, atentos os valores em causa, nomeadamente os apontados pelo citado acórdão, a consagração do regime do CPC, que não impõe qualquer sanção para o decurso do prazo de 30 dias, poderá perigosamente raiar a inconstitucionalidade. Não obstante o Ac. TC n.º 473/2007, (...). Cremos que, plasmando um conjunto de excepções à perda de prova, nomeadamente quando existe uma impossibilidade de realizar o julgamento, ou por acordo dos intervenientes processuais, esta seja agendada para data posterior, mantendo a regra dos 30 dias sob sanção de perda de prova, porventura será uma limitação mais proporcional ao princípio da continuidade e da concentração.*”

Em face de tudo isto, a ASJP também propõe nova redacção para os n.ºs 6 e 7 do art.º 328º CPP²⁵.

²⁴ Atenção: *ordenador*, não, *peremptório*, porquanto ou o Tribunal cumpre o prazo, ou sentirá uma consequência desfavorável da violação do mesmo. O que mostra bem o acerto do propugnado em 2.1.c) retro.

²⁵ *6 – *O adiamento não pode exceder 30 dias. Se não for possível retomar a audiência neste prazo, perde eficácia a produção de prova já realizada, excepto se a impossibilidade resultar de impedimento do tribunal ou de impedimento dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, devendo o respectivo motivo ficar consignado em acta, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita. 7 – Para efeitos do disposto no número anterior, não é considerado o período*

Da parte da **Procuradoria-Geral da República** há a seguinte consideração inicial: *"o princípio da concentração – que encontra manifestações na exigência de que a audiência de julgamento deve ser designada para data o mais próxima possível (n.º 1 do art.º 312º do CPP), de que a deliberação se deve seguir ao encerramento da discussão (n.º 1 do art.º 365º do CPP) e de que a sentença deve ser elaborada imediatamente após a deliberação, salvo tratando-se de caso de especial complexidade (n.º do art.º 373º do CPP) (sic) -, tem a sua consagração plena no art.º 328º do CPP, que, estabelecendo a continuidade da audiência e regulando as causas que podem justificar a sua interrupção e adiamento, sanciona com a perda da eficácia da prova o adiamento por mais de 30 dias. Com tal princípio (e com o princípio da continuidade da audiência), pretende-se evitar o arrastamento desta fase processual por largo período de tempo, que haja possibilidade de manipulação da prova, ajustando-a à que entretanto foi produzida, e que os juízes possam manter claro na memória tudo quanto se passou, uma vez que a sua convicção e o seu juízo sobre o caso se deve basear apenas nas provas produzidas ou examinadas no decurso da audiência"*²⁶.

E segue o parecer: *"Este princípio é instrumental do princípio da imediação na medida em que, conjuntamente com o princípio da oralidade e da plenitude da assistência do juiz, garante que a prova não se desvaneça da memória do tribunal. Nessa medida, é compreensível que o legislador da versão originária do CPP, perante as regras relativas à documentação da audiência então previstas e à inexistência de meios tecnológicos que documentassem na sua integralidade a prova produzida, de modo a permitir a sua apreciação unitária e sem lapsos de tempo que fizessem perigar esse desiderato, tivesse sentido a necessidade de salvaguardar os princípios da imediação e da oralidade através da fixação de um prazo máximo de 30 dias de interrupção ou adiamento da audiência, que se ficcionou, certamente com base em razões de natureza científica, ser aquele em que a memória poderia ainda reter a prova produzida"*.

das férias judiciais, nem o período em que, por motivo estranho ao tribunal, os autos aguardem a realização de diligências de prova, a prolação da sentença, ou que, em virtude de recurso, o julgamento seja anulado parcialmente, nomeadamente para repetição da prova, ou produção de prova suplementar".

²⁶ Sabe-se, contudo, que todos estes belos princípios têm sido postergados pela mais recente jurisprudência (incompreensível, diga-se) do Tribunal Constitucional, quando admite que sejam tomadas em consideração, na decisão do Tribunal, provas que, constando dos autos, não tenham sido objecto de produção ou exame em audiência de julgamento.

Ora, *"as alterações propostas não eliminam o prazo de 30 dias (...), embora sem a carga imperativa do actual preceito uma vez que não se sanciona a sua violação",* razão pela qual a PGR entende que *"nessa medida, os princípios da concentração, da imediação e da oralidade não são postergados nem seriamente afectados na sua essência e nos seus objectivos primordiais. Por outro lado, (...) afigura-se que se mostrarão salvaguardadas eventuais situações de uso indevido da possibilidade de adiamento por mais de 30 dias. Acresce que a solução proposta potencia o aproveitamento da prova produzida em situações em que a continuação da audiência dentro daquele prazo se mostra de difícil efectivação, designadamente por impossibilidade de realização de diligência probatória não dependente do tribunal, afastando-se por outro lado, a realização de actos meramente formais de interrupção do prazo, não traduzidos em verdadeira produção de prova..."*²⁷.

Para terminar, a PGR sugere que o *"n.º 6 contenha uma norma positiva, de afirmação do prazo, nos termos da 1ª parte do actual preceito (...) estipulando-se seguidamente de acordo com o que a proposta formula, ainda que com adequação da redacção, possivelmente nos seguintes termos: 'Se o prazo referido não puder ser respeitado por impedimento do tribunal ou por impedimento dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, deve o respectivo motivo ficar consignado em acta, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita'."*^{28/29}.

Da parte da **Ordem dos Advogados** a solução não merece aplauso. Com efeito, a respeito afirma-se: *"aqui, pelos vistos, já a celeridade processual foi de menor relevância para o legislador. (...) O que a Ordem dos Advogados entende é que, porventura, esta alteração será mais cómoda para magistrados e defensores. Todavia, com toda a certeza, prejudicará a boa decisão da causa e, portanto, a justiça da decisão. Na verdade, quando o legislador introduziu esta alteração teve sobretudo em atenção que se trata da jurisdição criminal em que estão em causa direitos, liberdades e garantias fundamentais. Daí que o legislador, bem avisado,*

²⁷ Também este entendimento do objecto da diligência de interrupção tem merecido, como se sabe, decisões oscilantes da jurisprudência.

²⁸ Finda este Parecer quanto ao tema em análise com *"uma última e breve nota no sentido de sugerir a inclusão no n.º 6 do art.º 328º eventual impedimento do Ministério Público, em termos similares aos previstos para o Tribunal e mandatários"*.

²⁹ A Câmara dos Solicitadores e o Sindicato dos Funcionários Judiciais tiveram as reacções a que atrás se fez alusão.

tenha feito rodear de todas as cautelas a produção da prova em audiência de julgamento (...) e nomeadamente a sua preservação na memória do julgador em ordem a formar a sua livre convicção e a permitir-lhe ter bem presente tudo o que perante si foi decorrendo em termos de meios probatórios. Entendeu-se que o limite temporal para que tal fosse preservado era o de 30 dias, sendo que 30 dias são 30 dias, já que a memória não se suspende ou 'desliga' durante os feriados, fins-de-semana e férias judiciais, para retomar a sua laboração, no mesmo ponto em que se encontrava no momento da 'suspensão', após aqueles dias de interrupção".

E segue-se no Parecer: "Nem se diga que, havendo gravação da prova, a 'memória' estará sempre salvaguardada porque poder-se-á sempre ouvir a gravação ou até proceder à leitura dos respectivos apontamentos. Porque, desde logo, tal já sucedia no momento da implementação desta regra da perda (da) eficácia da prova ao cabo de 30 dias, o que não impediu a sua implementação; e, por outro lado, ainda que se proceda à audição da gravação – o que, diga-se, com frequência não ocorrerá – tal não permite ter a mesma percepção que só a imediação consente. E muitos pormenores perder-se-ão no esquecimento, e a boa decisão da causa ficará claramente prejudicada. O que em termos criminais é de uma gravidade extrema".

"Acréscete que, a adoptar-se esta nova regra, passarão a ser frequentes os adiamentos das audiências por tempo superior a 30 dias e, muitas vezes, com as férias de verão de permeio. Finalmente, não se entende por que motivo apenas os defensores – e não igualmente os Advogados dos Assistentes ou das partes civis – poderão invocar outros serviços judiciais já marcados e de natureza urgente".

Tudo razões que levam a Ordem dos Advogados a propor que se mantenha a regra do art.º 328º na sua redacção actual.

c. Uma análise desta proposta de alteração pressupõe que se recorde a verdadeira motivação que determinou a criação da norma que estabelece a obrigação de continuidade de audiência no prazo de 30 dias. Com efeito, a escolha do prazo de 30 dias também foi arbitrária – estabeleceram-se 30 dias, mas poderiam ter-se estabelecido 60 ou 10.

Porém, para quem viveu o último quarto de século da legiferação processual penal, está na memória a causa próxima da criação de tal imperatividade: era o facto de os julgamentos terem uma sessão em Janeiro, com continuação em Maio ou Junho seguinte, e nova continuação em Outubro ou Novembro do mesmo ano, e assim sucessivamente. A prática de agendar *a la longue* com o argumento de que a agenda judicial já marcada não permitia continuação mais pronta, veio a ser desmontada com a criação desta obrigatoriedade: com a mesma agenda, e pendências ainda maiores, as diligências passaram a ser agendadas todas com menos de trinta dias entre cada sessão! O que bem demonstra que o problema da agenda não era um problema de lei, mas de bom senso, ou de organização do trabalho por parte de quem determinava o agendamento. Demonstrando ainda que, quando a violação do prazo traz uma consequência negativa para o sujeito incumpridor do prazo, a violação deixa de ocorrer por regra.

Ora, essa regra assim instituída – e bem – para por cobro a uma *praxis* intolerável de que todos os profissionais do foro, que não os Tribunais, se queixavam, arrimava-se, e arrima-se, em princípios cardeais do processo penal, com relevo jus-constitucional: o princípio da imediação da prova e da descoberta da verdade material, cuja desinência concretamente descoberta no plano prático foi o princípio da continuidade da audiência.

Certo é que, *in illo tempore*, não existiam os instrumentos tecnológicos que permitem hoje a gravação áudio, e até vídeo, das sessões de julgamento. Questão diversa é a de saber se a existência de tais expedientes da técnica, e da informática, são de molde a autorizar hoje a *inversão* ou o *relaxamento* da regra em apreço. O que abaixo melhor se verá.

Allás, a propósito destes instrumentos técnicos de gravação, hoje também eles cardeais no sistema de justiça prática e, pelos vistos, no argumentário jurídico utilizado pelas entidades consultadas pelo Ministério da Justiça, nunca é demais recordar textos de Juristas de renome, alguns dos quais com responsabilidades ao nível do topo das Magistraturas, bem como múltiplos Acórdãos dos Tribunais superiores, em que se defendia a *impossibilidade objectiva* de, em sede de recurso, as gravações serem ouvidas (à época era apenas a gravação áudio que estava em causa). Ora, quando o sistema foi implementado, o que alegadamente era impossível de realizar passou a ser possível – e hoje, não só o Tribunal de Julgamento, em 1ª Instância,

como até os Tribunais de Recurso, por regra a 2ª Instância, podem ouvir, e ouvem muitas vezes, as gravações, demonstrando bem que a *impossibilidade objectiva* peremptoriamente afirmada e defendida na década de '90 do Século XX, afinal inexistia. Era tudo uma questão de querer ter-se o trabalho de, na prática, ouvir as gravações (ouvindo-se hoje, também, nos Tribunais Superiores).

Mas regressemos à análise da questão que ora nos ocupa: será que “o processo normal de erosão da memória pode” efectivamente “ser evitado através da audição dos registos magnetofónicos (ou da visualização dos registos audiovisuais)”³⁰, i.e., se este expediente de salvação da memória erodida val mesmo ser – podendo ser – utilizado? É que conhecendo o quotidiano dos Tribunais, e o *status quo* das agendas de julgamento, não será fácil que, no decurso da audição de uma testemunha no 50º dia posterior ao da última sessão de julgamento, se interrompa a Inquirição para ir ouvir o que a mesma testemunha disse cinquenta dias antes... e confrontá-la com isso! E muito menos se se tratar de rememorar o que disse outra testemunha, cinquenta dias antes, sobre a mesma questão agora colocada a esta testemunha, nomeadamente para efeitos de requerer uma acareação.

As mesmas observações merecem as considerações de júbilo apresentadas no Parecer do SMMP: o “advento da sociedade digital e da informação” permitiu criar “meios de salvaguarda da prova produzida em audiência”, assim possibilitando “evitar a perda da percepção da prova produzida pelo julgador”. Tudo isto é certo. Mas não menos certo é o que já atrás se sublinhou: a restrição que se pretende impor, com esta reforma, ao princípio da continuidade da audiência, não só pode vir a desvirtuar os objectivos que se lograram atingir com a criação da norma na sua versão em vigor, como apenas flicciosamente se pode louvar nos registos áudio ou videográficos existentes, pois dificilmente no decurso de uma Inquirição o Tribunal ordenará que “pare tudo”, para ir ouvir/ver parte anterior do mesmo depoimento ou outro depoimento, para depois retomar os trabalhos meia-hora ou duas horas depois.

Acresce ainda um outro problema, de magnitude prática muito relevante: se a lógica da reforma é permitir que não se verifique perda da prova produzida se a continuação da audiência não ocorrer no prazo de 30 dias, por se aguardar, v.g.,

³⁰ Argumento constante do Parecer do CSM a respeito desta concreta proposta de alteração ao art.º 328º CPP.

respostas a rogatórias ou relatórios periciais, então há que esperar que a interrupção dos trabalhos dure larguíssimos meses (pois as rogatórias chegam a demorar anos, e os relatórios periciais – principalmente de instituições oficiais – outro tanto tempo), com o que melhor seria que, mesmo não repetindo todo o julgamento, se fizesse compulsoriamente uma audição / visualização em conjunto da prova produzida até ao momento da interrupção (como em sessão contínua de cinema), antes do recomeço da audiência após a chegada da rogatória e/ou do relatório pericial motivador(es) da suspensão (pelo menos nos casos em que a interrupção fosse superior a “x” dias, v.g., 60 ou 90 dias).

Por último, no que a esta questão respeita, de sublinhar que também aqui, como na questão do limite do número de testemunhas, se esgrime com facilidade o argumento de que as partes poderão aproveitar as normas legais vigentes para *implementar expedientes dilatatórios*. Ora, para sancionar a utilização de expedientes dilatatórios, existem normas no direito legislado, desde logo o da má-fé processual / litigância de má-fé, que usado a preceito, mas rigorosamente, inviabilizaria todas essas flagrantes e censuráveis manobras dilatatórias sem cerceamento de direitos fundamentais dos sujeitos processuais. Estranhamente, porém, o uso do instituto da *litigância de má-fé* tem sido talvez demasiado tímido, levando também aqui à verificação de uma *regra de experiência comum* que é indesmentível: a existência das regras sem a sua real efectivação, gera a convicção da sua não obrigatoriedade. Não é à toa que tal acontece, num País que criou o aforismo do “*para Inglês ver*”³¹.

A nosso ver, todo o *norte* da reforma, neste aspecto, deveria ter sido a constatação de que a *imediação* e a *descoberta da verdade* são prejudicadas pela interrupção da produção de prova repetidas vezes ou por períodos longos, pois ela torna impossível a captação de uma imagem global dos meos de prova e a formulação de um juízo concatenado sobre toda a prova (P. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 2ª Ed., Lisboa, UCE, 2008, p. 825). E se este é o *norte hermenêutico* e de *política legislativa*, não poderá deixar de dar-se relevo ao afirmado no Parecer da

³¹ Um correcto uso deste poder da Magistratura Judicial, como acontece nos países anglo-saxónicos, leva a que o *Contempt of Court* seja dos mais temíveis institutos do direito processual nesses países – e a efectividade das sanções é tal, que nenhum Advogado se atreve a ser apanhado em *Contempt of Court*, até porque tal tem necessárias e directas consequências na sua vida profissional subsequente. Mas claramente que os sistemas anglo-saxónicos têm uma cultura de respeito pela Lei, por parte de todos os sujeitos processuais, e aqui também dos Tribunais, que impele naturalmente ao respectivo cumprimento.

PGR, quando recorda que *“com tal princípio (da concentração), pretende-se evitar o arrastamento desta fase processual por largo período de tempo, que haja possibilidade de manipulação da prova, ajustando-a à que entretanto foi produzida, e que os juízes possam manter claro na memória tudo quanto se passou, uma vez que a sua convicção e o seu juízo sobre o caso se deve basear apenas nas provas produzidas ou examinadas no decurso da audiência”*³².

Tudo visto e ponderado, é nosso entendimento que a alteração, se bem que cheia de boas intenções, levará a um desvirtuar do sistema instituído, prejudicando na prática do foro a tutela dos princípios da concentração, da imediação e da continuidade da audiência. O que se evitaria com a mitigação da excepção à regra, nos termos atrás propostos.

2.4 – Substituição de magistrados de tribunal colectivo no decurso da audiência

a. A alteração proposta impõe o aditamento ao Código de Processo Penal de um novo artigo com o n.º 328º-A, com o seguinte teor:

“Art.º 328º-A (Princípio da plenitude da assistência dos juízes

1. Só podem intervir na sentença os juízes que tenham assistido a todos os actos de instrução e discussão praticados na audiência de julgamento, salvo o disposto nos números seguintes.

2. Se durante a discussão e julgamento por tribunal coletivo falecer ou ficar impossibilitado permanentemente um dos juízes adjuntos, não se repetem os actos já praticados, a menos que as circunstâncias aconselhem a repetição de algum ou alguns dos actos já praticados, o que é decidido, em despacho fundamentado, pelo juiz que deva presidir à continuação da audiência, ouvido o juiz substituto.

3. Sendo temporária a impossibilidade, interrompe-se a audiência pelo tempo indispensável, a não ser que as circunstâncias aconselhem a substituição do juiz impossibilitado, o que é decidido, em despacho fundamentado, pelo juiz que deva presidir à continuação da audiência.

³² Tudo quanto se refere apesar de no dito Parecer a PGR também se concluir louvando a reforma proposta.

4. O juiz substituto continua a intervir, não obstante o regresso ao serviço do juiz efectivo.

5. O juiz que for transferido, promovido ou aposentado conclui o julgamento, excepto se a aposentação tiver por fundamento a incapacidade física, moral ou profissional para o exercício do cargo, ou se em qualquer dos casos as circunstâncias aconselharem a substituição do juiz transferido, promovido ou aposentado, o que é decidido, em despacho fundamentado, pelo juiz que deva presidir à continuação da audiência.

6. O disposto no n.º 2 é correspondentemente aplicável às situações previstas nos n.ºs 3 e 5.

7. Para o efeito de ser proferida a decisão prevista no n.º 2 devem ser ponderados, nomeadamente, o número de sessões já realizadas, o número de testemunhas já inquiridas, a possibilidade de repetição da prova já produzida, a data da prática dos factos e a natureza dos crimes em causa”.

A introdução deste novo normativo, leva ainda a acrescentar uma nova alínea k) ao art.º 407º n.º 2 (alínea essa com o seguinte teor: *“Do despacho proferido ao abrigo do disposto nos n.ºs 2, 3 e 5 do art.º 328º-A”*).

b. A proposta apresentada mereceu as seguintes reacções:

Da parte do **Conselho Superior da Magistratura** podem ler-se as seguintes observações à proposta de lei: *“se bem percebemos (...), pretende-se consagrar, para os julgamentos efectuados por um tribunal colectivo, uma regra diferente da prevista para os julgamentos efectuados por tribunal singular: nestes, a regra será a da plenitude da assistência do juiz, à semelhança do que sucede no processo civil; naqueles, a regra será a contrária”.*

Curialmente, segue o CSM afirmando que *“esta solução dual não tem arrimo substantivo bastante: a razão apontada para ela prende-se – e prende-se apenas – com a constatação de que, na generalidade dos casos, os julgamentos que decorrem perante tribunal colectivo assumem maior complexidade que aqueles que decorrem perante tribunal singular, sendo por isso mais nefastos os efeitos da sua possível repetição em virtude do óbito ou da impossibilidade definitiva de um dos*

juízes. Esta evidência, consequência lógica da maior gravidade dos crimes cujo julgamento é da competência do tribunal colectivo, é insuficiente para que exista uma diferença de tratamento, até porque a forma de processo aplicável é, em ambos os casos, a mesma – a forma comum.”

Mais: “sendo tendencialmente mais graves as penas a aplicar nos processos em que o julgamento é feito por tribunal colectivo, mais se faz neles sentir a necessidade de salvaguarda do princípio da plenitude da assistência dos juízes, que é um mero corolário dos princípios da oralidade e da livre apreciação da prova: para a formação da livre convicção do julgador, este terá de ser o mesmo ao longo de todos os actos de instrução e discussão da causa realizados em audiência. Ainda que o registo da prova supra, actualmente, em alguma medida, a falta de presença física no acto da sua produção, a convicção judicial forma-se na dinâmica da audiência, com intervenção activa dos membros do tribunal, e é sempre defeituosa a percepção formada fora desse condicionalismo. Além disso, sendo o tribunal colectivo, aquele dos seus membros que substituisse outro no decorrer da audiência estaria em situação de desvantagem, no domínio da apreciação da prova produzida, em face dos outros membros do tribunal.”

Por isso, conclusivamente, o CSM manifesta “discordância relativamente à regra proposta para os julgamentos por tribunal colectivo. No confronto entre os princípios que justificam o princípio da plenitude da assistência dos juízes e o que justifica a sua derrogação, devem prevalecer aqueles. Afigura-se-nos ainda que tal regra dificilmente importará, nos casos em que mais útil seria a sua consagração – precisamente aqueles em que a produção da prova estava mais adiantada no momento do óbito ou da verificação da impossibilidade do juiz –, um benefício significativo para a celeridade que se quer imprimir à fase de julgamento. É que o juiz substituto sempre terá de proceder à audição dos registos magnéticos das sessões anteriormente realizadas, sem o que a audiência não poderá prosseguir”³³.

³³ O CSM chama ainda a atenção para a possível dúvida que pode emergir do facto de nos n.ºs 3 e 5 da norma se atribuir poder decisório ao “juiz presidente do tribunal”, enquanto que no n.º 2 o poder decisório é atribuído ao juiz que deve “presidir à continuação da audiência”... tal situação poderá levar a entender que se pretende naquelas primeiras normas aludir ao Presidente do Tribunal de Comarca, e não ao Juiz Presidente do Colectivo. Pior ainda: se a intenção do legislador – e se o for é injustificável e incompreensível – for essa mesma, então estará violado o princípio da Independência da magistratura, por se atribuir competência para questão jurisdicional a entidade que tem apenas poderes de natureza administrativa.

Da parte do **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público** começa por se apresentar uma reflexão acerca do Princípio da Plenitude da Assistência dos Juízes, do princípio da oralidade e do princípio da Imediação³⁴. Mais refere que ambos os princípios “encontram acolhimento no n.º 1 da norma proposta, sendo que, no restante escopo do preceito, se definem as excepções ou compressões à sua aceção plena. Tais restrições dividem-se em dois grupos essenciais: os casos de impossibilidade definitiva e os casos de impossibilidade temporária, respectivamente nos números 2 e 3. A proposta pretende harmonizar sistematicamente os regimes processual penal e processual civil, numa lógica adaptada à actual realidade quanto à conservação da prova produzida em audiência de julgamento e quanto à celeridade processual”.

E segue-se no Parecer: “trata-se de um regime inovador, que se ancora numa lógica de racionalidade de meios e de celeridade processual. Veja-se, a título de exemplo, a situação de processos de alta complexidade em que os julgamentos por regra são demorados, dada a amplitude da prova a produzir, e em que se verifica, já na fase final, uma situação de impossibilidade permanente de um dos juízes do colectivo – até agora, a situação apenas poderia ser resolvida através da repetição de todas as sessões de prova, após designação de juiz substituto, situação esta que, caso fosse possível repetir tal produção de prova (o que nem sempre sucede), poderia atrasar o normal desenrolar do processo por longo período de tempo, com prejuízo para todos os envolvidos e até para a prossecução das finalidades do direito penal. Se no caso das impossibilidades temporárias, a agora proposta regra do n.º 6 do art.º 328º permite resolver a questão, no caso das impossibilidades permanentes a única solução seria mesmo a repetição do julgamento. Precisamente nesta parte, e por causa das já expostas regras relativas à produção e conservação da prova, em formato digital, ameniza-se a compressão ao Princípio da Imediação.”.

Nem tudo, porém, são facilidades neste novo regime, segundo o SMMP: “No entanto, desde já se alerta para a circunstância de que, especialmente no caso da

³⁴ Escreve-se no Parecer a este respeito: “Na proposta em apreço dá-se corpo ao Princípio da Plenitude da Assistência dos Juízes, que decorre e tem de ser temperado pelos princípios da Imediação e da oralidade. O princípio da oralidade pode ser definido como sendo o resultante de a ‘decisão ser proferida com base em uma audiência de discussão oral da matéria a considerar’, sendo apenas esta a sua dimensão dogmática. O princípio da imediação pode ser definido como ‘a relação de proximidade comunicante entre o Tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão.’” (as citações feitas no trecho transcrito são de Jorge Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, Coimbra Editora, pp. 232.

*prova testemunhal, a mera transcrição ou mesmo a audição da prova em formato áudio não permite, em toda a sua plenitude, obter a total percepção do depoimento, pelo que urge, quanto antes, dotar os tribunais de meios de documentação em videograma dos actos de julgamento...*³⁵.

As reservas continuam no segmento seguinte: *"não se afigura isenta de dúvida a conformidade constitucional deste novo regime, face a princípios como os da oralidade e da imediação, que presidem à fase de julgamento e que se integram no amplo rol das 'garantias de defesa' do arguido (...). É que da oralidade (em pleno) e da imediação não gozará integralmente o juiz substituto que entra no julgamento a meio e vai votar a decisão, podendo daí resultar o aumento da sua margem de erro na apreciação dos factos"*³⁶.

Sublinha ainda o SMMP que *"melhor seria que (...) ficasse expresso na lei"* que a solução apenas se aplica *"aos tribunais colectivos (e de júri)"*. *"Também deverá a letra da lei esclarecer se esta substituição pode ser feita apenas para um juiz adjunto, para dois ou até também para o Presidente, sendo que, quanto maior o âmbito, maior o risco de inconstitucionalidade"*³⁷.

"Depois, parece-nos incorrecta e equívoca a referência a 'audiência final' que consta do n.º 1. Não há no CPP qualquer outra menção a 'audiência final'. (...) A 'audiência final' poderá ser interpretada como apenas a última sessão da audiência de julgamento antes da leitura da sentença (!), o que não parece ser a intenção legislativa. Deverá, pois, ser (...) substituído por 'audiência de julgamento'."

Diz-se, ainda, no Parecer que *"o SMMP não concorda com a solução preconizada para as situações de impossibilidade permanente, designadamente o regime relativo à repetição de actos. Com efeito, preconiza-se o regime-regra de não repetição de actos, mas esclarece-se que, nos casos em que o juiz presidente entenda que as circunstâncias a tal aconselhem, serão repetidos algum ou alguns*

³⁵ Cá surge a questão da existência de meios discretamente esgrimida, como se ela resolvesse a questão, que não resolve: é que mesmo que o Juiz substituto possa ler transcrições, ouvir registos áudio ou ver registos em videograma, é totalmente impossível colocar questões à gravação, ficando para si sem resposta todas as questões que se lhe levantassem sobre o depoimento em questão... mas esta parte mais do que essencial relativa à imediação e ao processo de formação da livre convicção do julgador, fica totalmente esquecida do parecer do SMMP, que apenas mercê de tal "esquecimento" pode ser tão elogiosa para a Proposta em análise.

³⁶ Melhor seria falar-se em "impossibilidade" (compreensível e justificável) do que em "erro" (que não é referido ser compreensível ou justificável, e objectivamente pode não sê-lo). Mas compreende-se o sentido da observação constante do Parecer, na medida em que se refere a comportamento processual de outro sujeito do processo que não o MP, i.e., refere-se à magistratura judicial.

³⁷ A proposta refere, porém, expressamente "juiz adjunto".

dos actos já praticados, o que será decidido sem recurso, mas em despacho fundamentado. Tendo em conta a ampla discricionariedade vinculada apenas a um princípio geral de cautela contido no segmento abstracto referente às 'circunstâncias', deveria ser possível o recurso de tal decisão (de repetição de actos), a subir imediatamente, em separado e com efeito meramente devolutivo"

Conclui o SMMP afirmando parecer-lhe *"insuficiente a previsão legal para as condições que poderão fundamentar a substituição de juiz em caso de impedimento temporário ou em caso de transferência, promoção, aposentação. Podendo este regime afectar as garantias de defesa do arguido, a substituição só deve ser possível em situações extremas. O mero 'aconselhamento das circunstâncias é totalmente vago e por isso permitirá as interpretações mais díspares. (...) Diríamos mesmo que, só em situações muitíssimo excepcionais é que tal deverá ser possível. A lei deverá ser mais concreta na previsão dessas circunstâncias"*. Com isto não pode, obviamente, deixar de concordar-se.

Da parte do **Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais** a tomada de posição manteve-se a já enunciada³⁸.

Da parte da **Associação Sindical dos Juizes Portugueses** vem dizer-se que *"a alteração proposta, juntamente com a subsequente (...), serão o 'terreno' que oferecerá maior controvérsia e relativamente aos quais se poderão suscitar questões de constitucionalidade. Cremos, allás, que a manutenção da redacção, tal qual está proposta, redundará numa inconstitucionalidade, por violação das garantias de defesa do Arguido. (...) Pretende-se equiparar a solução normativa do CPC para o domínio do CPP. Contudo, o princípio da plenitude da assistência de juizes nunca foi 'encarado', de forma similar, em ambos os processos. Na realidade, a nível do processo penal a intervenção de um colectivo de juizes é perspectivada como uma garantia de defesa do arguido, assim como só muito restritivamente, se admite a transmissão de prova escrita para a fase de julgamento. Ou seja, em virtude do princípio da imediação e da oralidade, a lei impõe a presença de todos os julgadores nos actos de julgamento, para que o contacto directo com a prova,*

³⁸ Sobre esta fundamentação do CSTAF remete-se para quanto se disse em 2.1.b) retro.

permita, aquando da deliberação, debater e adoptar uma decisão conscienciosa no que concerne a matéria de facto (concretamente o exame crítico da prova, que pressupõe que todos os julgadores façam todas as perguntas que entendam pertinentes, examinem a prova produzida em audiência e o contraditório ali exercido, e as reacções e outros indícios que permitam, dar ou retirar, credibilidade a um testemunho. Justamente a grande diferença de um tribunal criminal de primeira instância, em relação ao tribunal de recurso, é o contacto directo com a prova)."

"O funcionamento do órgão colegial pressupõe o debate de todos os julgadores, presentes nos actos de instrução, visando, nos processos que julgam os crimes mais graves, atribuir uma maior garantia aos intervenientes processuais, no sentido de que existirá uma melhor apreciação da prova, tanto mais que, se trata de juízes mais experientes.

Aliás, a importância que é atribuída à necessidade dos julgadores assistirem a todos os actos de prova, emerge, também do regime do júri em processo penal, já que os jurados suplentes terão que assistir ao julgamento, de modo a acautelar que, em caso de substituição, tenham presenciado a produção de prova (art.º 1º, n.º 4, e 17º do DL n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro)."

A ASJP vem ainda lembrar o recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014, o qual *"salientou o direito à assistência de um colectivo de juízes, nos crimes cuja pena abstractamente aplicável, possa ser igual, ou superior a 5 anos"* (sic).

Em face de tudo isto, afirma-se no Parecer da ASJP que *"é este o cerne da questão: se a limitação que resulta de não se ter contacto directo com toda a prova (restrição às garantias de defesa), poderá ainda, para salvaguardar a celeridade processual, ser constitucionalmente admissível, ou se, é desproporcionada e excessiva"*.

Posto isto, no Parecer apontam-se concretas questões que se suscitam na análise da norma proposta:

- "deverá clarificar-se, desde logo no n.º 2, que a possibilidade de substituição dos juízes apenas tem aplicabilidade quando intervém o tribunal colectivo, sob pena de que, qualquer interpretação que estenda a norma ao tribunal singular, enfermar de

inconstitucionalidade, por violação das garantias de defesa do arguido, face à supressão total dos princípios da imediação e oralidade";

- "o normativo proposto, também levanta dúvidas sobre quem poderá substituir, ou se a substituição é admissível quando a impossibilidade for do juiz presidente, ou se apenas se aplica quando estiver em causa os juízes adjuntos. Da leitura que se faz da redacção proposta, embora não seja claro, apenas se admite a substituição dos juízes adjuntos, já que, a decisão (de repetir ou não a prova) sempre compete ao presidente do tribunal colectivo. Ora, como é bom de ver, não podendo o juiz substituto proferir tal despacho, necessariamente resulta que a competência é exclusiva do juiz presidente. É a única interpretação que se afigura compatível, e possível de ficar a salvo de uma inconstitucionalidade, já que, o presidente do colectivo, sendo o juiz a quem foi distribuído o processo, e que o tramitou, quem dirigiu a audiência e os trabalhos, é o que está em melhores condições de decidir se será possível, sem prejuízo para as garantias a um julgamento justo e equitativo, prosseguir sem anular actos de produção de prova. Aliás, como poderia o juiz substituto, que não assistiu a nenhum acto de julgamento, proferir decisão fulcral de repetição, ou não, de anulação de actos? Deverá, pois, ser clarificado que apenas será de admitir a substituição dos juízes adjuntos. Desta forma também se acautela que o acórdão sempre será redigido por um juiz que assistiu a todos os actos de produção de prova (excepto se ficar vencido, caso em que a redacção compete ao juiz adjunto com mais antiguidade, cfr. Art.º 371º n.º 1 CPP, e que, caso seja o juiz substituto que não assistiu a toda a audiência de julgamento, acentuará a possibilidade de inconstitucionalidade. Na verdade, cremos, os casos em que a redacção do acórdão seja lavrado pelo juiz que não assistiu na plenitude aos actos de instrução, culminarão com declaração de inconstitucionalidade de tal interpretação normativa);

- "Também a norma não é clara quanto à possibilidade de substituição de todos os juízes, de apenas um deles, ou de dois deles. Acolhendo-se a interpretação e redacção, que salvaguarde que a limitação (ao princípio da plenitude da assistência) apenas é admissível no que se reporta aos juízes adjuntos, deverá também clarificar-se se a aplicação da norma abarca a situação em que ambos ficam impossibilitados, simultaneamente, ou sucessivamente. (...) tal limitação (...) apenas será admissível se a maioria dos juízes tiver assistido a todo o julgamento".

Em suma, para a ASJP “o normativo proposto apenas poderá ser considerado conforme à Constituição da República Portuguesa, caso: 1. Apenas se admita a substituição dos juizes adjuntos; 2. Apenas se admita a substituição de um juiz adjunto; 3. O despacho de substituição seja recorrível (...)”³⁹.

Por fim, recorda a ASJP que a consagrar-se a alteração em apreço, então estaremos perante uma limitação ao princípio da imediação consagrado no art.º 355º n.º 1 CPP, o que deverá plasmar-se numa ressalva a constar no art.º 355º n.º 2 CPP (“A possibilidade de um juiz formar a sua convicção através da leitura das actas de julgamento e audição das gravações...”).

Da parte da **Procuradoria-Geral da República** o Parecer emitido começa por recordar que a exposição de motivos da proposta legislativa assenta em dois argumentos essenciais: a colegialidade do tribunal e a actual obrigatoriedade de gravação de audiências. Recorda igualmente que a necessidade de agilização da justiça e a economia processual também são arrimos do regime proposto.

Refere em seguida: “o princípio da plenitude da assistência do juiz assume-se como um corolário dos princípios da oralidade e da apreciação da prova, no sentido de que ‘para a formação da livre convicção do julgador, este terá de ser o mesmo ao longo de todos os actos de instrução e discussão da causa realizados em audiência’. A nova norma proposta mantém a regra da plenitude da assistência do juiz (n.º 1), excepcionando contudo situações específicas, nalguns casos irreversíveis, de impedimento de um dos juizes que integram o tribunal colectivo, por considerar que se encontram preenchidas as condições que poderão garantir o cumprimento daqueles princípios conformadores do decurso da audiência de julgamento – por um lado, a colegialidade do órgão que decide – esbatendo-se assim as dificuldades inerentes à não imediação na audição da prova por parte do juiz substituto –; e, por outro lado, a existência de condições tecnológicas de gravação áudio e vídeo que permitirão a este juiz tomar conhecimento da prova produzida, numa aproximação à imediação e à oralidade.”.

³⁹ Sobre este tema lê-se no Parecer em análise: “A necessidade de sindicância da decisão de continuar com o julgamento, visa pois garantir a constitucionalidade da norma, já que o Tribunal Superior poderá analisar se a decisão do juiz presidente, que permite maior celeridade e economia processual, ainda permite um julgamento justo para o arguido (depende dos factos enunciados pelo juiz presidente, da prova que foi produzida, da extensão da mesma, do momento da substituição, etc.)”.

Perante isso, afirma-se no Parecer em análise que “a solução apontada, se bem que diversa da tradição processual penal, afigura-se equilibrada nos termos que decorrem do novo art.º 328º-A. Com efeito, não obstante a regra ser a da não repetição dos actos processuais já praticados, permite-se a repetição de alguns desses actos, quando tal se mostrar aconselhável (40). Esta solução permite que o juiz substituto possa, se for entendido como aconselhável, designadamente por a audição/visionamento da gravação se não mostrar suficiente, assistir a actos que sejam entendidos como necessários à formação da sua convicção e exercer os seus poderes ao abrigo do princípio da investigação. O aproveitamento dos actos já praticados não é pois absoluto, o que salvaguarda situações específicas de necessidade da sua repetição. Por outro lado, esse aproveitamento é justificável face à cada vez maior aproximação da documentação da audiência à realidade do seu decurso e dos actos que na mesma são praticados”.

Conclui, a este respeito, a PGR, portanto, que “a flexibilização do princípio da plenitude da assistência do juiz, tal como proposta, não parece contender com outros princípios conformadores do direito processual penal, não se afigurando que coloque em causa qualquer garantia ou direito dos intervenientes, designadamente do arguido, desde logo porque não se exclui a possibilidade de repetição dos actos praticados, os quais, em todo o caso, se encontram salvaguardados”.

Apesar disso tudo, a PGR sugere uma alteração à redacção do proposto número 2 do art.º 328º-A, alteração essa com igual reflexo nos n.ºs 3 e 5 do mesmo artigo, em concreto no que concerne à utilização da expressão “de preferência”.

“Com efeito, esta expressão deixará margem interpretativa demasiado ampla, sendo certo que não se vislumbra o seu concreto alcance face ao que já consta da norma, em particular quanto ao fundamento para a repetição do acto já praticado. A utilização daquela expressão deixará sempre a dúvida sobre a alternativa à

⁴⁰ Nunca nos esqueçamos que a *Inércia* é uma das maiores forças motrizes da humanidade: se a regra ficar como se encontra, seguramente que raramente se encontrará um caso em que se decidirá ser *aconselhável* ordenar a repetição seja do que for. Conhecendo a agenda dos Tribunais, bem como dos Mandatários intervenientes, ainda mais assim será. Uma errada consideração da natureza humana, leva por vezes a tecer encórmios imerecidos a regimes legais previstos, que depois funcionam, perdoe-se-nos o pleonasma, disfuncionalmente (situação paralela de erro quanto ao que deve ser regra ou excepção, levou a que por vários anos após 1987 a prisão preventiva continuasse a ser utilizada *por automatismo*, até que o legislador interveio a tornar regra o que era excepção e excepção o que era regra).

*repetição dos actos, quando parece ser a intenção do legislador que a repetição deve ter lugar quando as circunstâncias o aconselhem*⁴¹.

Já a **Ordem dos Advogados**, emitiu Parecer contrário a esta proposta de criação do art.º 328º-A, desde logo observando, com acerto: *"Ou seja, há que uniformizar o processo penal com o processo civil e, todavia, pretendem implementar-se regras completamente distintas num e noutro. Invocam-se, em favor da alteração pretendida, as regras do processo civil em que, em caso de falecimento ou de impossibilidade permanente do juiz, a regra é a da repetição dos actos da audiência; e, no entanto, determina-se que, no processo penal, não se repetem os actos da audiência. E justifica-s a discrepância com o facto de no processo civil, actualmente, o julgamento ser sempre realizado por juiz singular, enquanto no processo penal o tribunal colectivo continua a ser a regra sempre imposta para o julgamento dos crimes mais graves, sendo que apenas se pretende implementar a alteração em causa nos julgamentos realizados por tribunal colectivo e nunca por juiz singular"*.

E segue o Parecer: *"Não se percebe. Pretender-se-á, porventura, que no tribunal colectivo os juízes são 'tantos' que pode perfeitamente prescindir-se – em parte – de um deles, se tal se impuser por motivo de falecimento ou de impossibilidade permanente? E disse-se 'em parte' porque sempre esse juiz será substituído por outro que, portanto, não assistiu à totalidade dos actos da audiência, mas sempre assistirá à restante parte; e, por isso, os outros dois juízes lá estão para assegurar que a decisão final será sempre proferida, pelo menos, por dois magistrados que assistiram à toda a audiência*⁴² *e sendo certo que sempre serão coadjuvados por um outro, o substituto, que só assistiu a parte. É confrangedor e sobretudo preocupante"*.

"Alguma vez em situações como estas, pode afirmar-se que o tribunal colectivo que julgou a causa foi o mesmo desde o início até ao termo da audiência? Alguma vez este tribunal colectivo merece alguma credibilidade? Julgar factos e aplicar o direito após uma audiência a que o tribunal respectivo na assistiu na sua totalidade?"

⁴¹ A Câmara dos Solicitadores e o Sindicato dos Funcionários Judiciais tiveram as reacções a que atrás se fez alusão.

⁴² Não parece, contudo, da leitura da norma, que apenas se possa, no decurso de uma audiência, substituir-se "um" dos juízes adjuntos, como adiante se demonstrará.

Algum juiz pode condenar um arguido a 10, 15, 20 ou 25 anos de prisão não tendo assistido à totalidade da audiência? Ou absolve-lo? Um juiz pode permitir-se julgar sem ter assistido à plenitude da audiência, sem ter vivenciado, presencialmente, com todos os seus sentidos presentes, tudo o que ocorreu no julgamento, tudo o que cada testemunha disse ou não disse e como disse, tudo o que em termos de prova foi sendo produzido ao longo da audiência? (...) Vamos, nós mesmos, amanhã, sujeitarmo-nos a um julgamento nestas circunstâncias?"

Por outro lado, o Parecer invoca ainda os princípios da imediação e da oralidade, que considera redundarem em *"letra morta ou a revelar menor importância a partir de agora"*.

"Mais: dir-se-á que estas situações raramente sucedem, serão esporádicas, até excepcionais. Obviamente que esse não é o argumento. Basta que uma única situação desse calibre possa, só em imaginação, equacionar-se, para que, num qualquer sistema jurídico de um autêntico Estado de Direito, tal nunca passe a letra de lei".

Seguidamente, o Parecer enuncia algumas questões que demonstram bem o, diga-se desde já, mal fundado da Proposta: *"E se o juiz substituto vier também a falecer ou a ficar permanentemente impossibilitado? Pode ser substituído novamente? E quantas sessões são necessárias para se poder afirmar que são em grande número ou em número reduzido, para que possa ser ponderada a repetição dos actos já praticados? Ou quantas testemunhas deverão já ter sido ouvidas?"*.

Por fim, tal como no Parecer da ASJP, faz-se também aqui apelo ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014 para reforçar a convicção da inconstitucionalidade da solução proposta: *"Uma norma com semelhante previsão (...) é claramente inconstitucional por violar de forma frontal as mais elementares garantias de defesa dos arguidos e por beneficiar princípios de celeridade processual em evidente detrimento do princípio da presunção de inocência, tudo normas e princípios constitucionalmente consagrados"*.

Tudo razões pelas quais a Ordem dos Advogados deixa *"bem expressa a sua indignação e protesto pelo simples facto de o Governo apresentar uma proposta de norma deste jaez"*.

c. De todas as alterações constantes da Proposta, esta é seguramente a mais gravosa para o equilíbrio e justiça do processo penal português. Ela contende com princípios fundamentais da Constituição criminal da República, violando direitos também eles fundamentais de todos os sujeitos processuais, *maxime* da Defesa do Arguido, tudo conforme procuraremos sumariamente elencar.

Como notas prévias, alinhem-se as seguintes:

- i. De acordo com o n.º 2 da norma proposta, a regra será, para os julgamentos em tribunal colectivo, a da *não repetição* dos actos já praticados, caso um dos juízes adjuntos faleça ou fique impossibilitado permanentemente;
- ii. De acordo com o mesmo n.º 2, apenas se repetirá(ão) algum ou alguns dos actos anteriormente praticados se as *circunstâncias aconselharem*⁴³ a repetição, o que é decidido por *despacho fundamentado* do juiz que deva presidir à *continuação da audiência, ouvido o juiz substituto*;
- iii. A regra, por outro lado, não exclui que num certo momento do julgamento seja substituído um dos juízes adjuntos, e que, mais adiante no julgamento, seja substituído o outro, gerando a situação *curiosa* (para dizer o mínimo), de apenas o Juiz Presidente se manter o mesmo do princípio ao fim da audiência⁴⁴;
- iv. Cabe logo assinalar a curiosidade de o juiz presidente do colectivo *ter de ouvir* o juiz substituto, mas não ter de ouvir o outro membro do colectivo não impossibilitado, o que seria da mais linear lógica e sentido de *equipa* que qualquer colectivo deve ter;
- v. Porém, como inexistente regra para o tribunal singular e a norma refere expressamente "*juiz adjunto*", só se pode concluir que a regra do n.º 2

⁴³ O apelo a este conceito de "*circunstâncias aconselharem*" é de tal modo censurável que não merece aqui qualquer outro tipo de comentário.

⁴⁴ Em bom rigor, sem se perceber bem porquê, na lógica subjacente ao legislador reformista: se qualquer um dos juízes adjuntos pode ir apreciar a prova anteriormente produzida por recurso às gravações, o mesmo se passará com o juiz presidente do colectivo... Nenhuma razão substancial milita noutro sentido. A menos que haja uma pré-compreensão do legislador de que num Tribunal Colectivo só o juiz presidente é que verdadeiramente julga, sendo os juízes adjuntos meros espectadores passivos, e como tal inúteis, da *contenda* que se desenrola em sala!

não valerá nunca para a *substituição* do juiz presidente do colectivo que faleça ou fique em estado de impossibilidade permanente⁴⁵;

- vi. Em caso de impossibilidade temporária, de acordo com o n.º 3 (e ainda aqui a norma parece querer referir-se à situação prevista no n.º 2, i.e., de se estar em tribunal colectivo), a audiência será interrompida pelo tempo indispensável, a menos que "*as circunstâncias aconselhem*" a substituição do juiz impossibilitado, o que também é decidido por *despacho fundamentado do juiz que deva presidir à continuação da audiência*, aqui sem que seja ouvido nem o juiz substituído, nem o juiz substituto;
- vii. De acordo com o n.º 4, outra regra é a de que o juiz que venha substituir o impossibilitado (temporariamente, pois se for permanentemente a norma não fará sentido), continua a intervir, no julgamento, "*não obstante o regresso ao serviço do juiz efectivo*", pelo que se conclui que de duas uma: ou o colectivo passa a ter quatro juízes (o "*efectivo*" voltou a julgar o caso também), ou o "*efectivo*" deixou de ser efectivo após a substituição, termos em que a norma não tem qualquer objecto lógico;
- viii. A regra do n.º 5 é uma total confusão normativa:
 - a. por um lado porque tem uma parte do seu campo de aplicação *duplicado* sobre o n.º 2 do mesmo artigo (a incapacidade física, moral ou profissional que determina a aposentação do juiz, subsume-se total e plenamente à norma do n.º 2, pelo que a sua inclusão no n.º 5 tem apenas a virtualidade da reiteração);
 - b. por outro lado, porque estabelece que a transferência, promoção ou aposentação de um juiz adjunto põe na mão do juiz presidente do colectivo a possibilidade de, *entendendo que as circunstâncias o aconselham* e sem ter de *ouvir seja quem for*, nem o magistrado transferido, promovido ou aposentado, fazer substituir um dos seus colegas de colectivo...

⁴⁵ No mesmo sentido o Parecer do CSM, aliás censurando a falta de arrimo substantivo bastante para criar esta *solução dual* entre vigência plena do princípio para o tribunal singular, e vigência da regra oposta para o Tribunal Colectivo. Sublinha também o CSM algo notório: as regras opostas valem para a mesma forma de processo, a forma comum, o que ainda menos aconselharia a diferenciação de regimes proposta.

- ix. O que seja incapacidade moral ou profissional, referidas no n.º 5 não é também isento de dúvidas, *maxime* num sistema jurídico (*geral*) em que a *moral* raramente é convocada, causando mesmo alguma estranheza que num CPP uma referência a tal *conceito*, típica de diplomas regulamentares extravagantes, seja feita;
- x. Já o n.º 6 manda aplicar a regra do n.º 2, quanto à *repetição de actos instrutórios em audiência* nos casos da impossibilidade temporária do magistrado substituído do n.º 3 e nos casos do juiz transferido, promovido ou aposentado substituído oficiosamente pelo presidente do colectivo previstos no n.º 5, o que bem demonstra que as situações previstas nos números 3 e 5 nunca deveriam ter sido inseridas no CPP... É que este artigo 328º-A pretende afirmar a regra e as excepções ao princípio da plenitude da assistência dos juizes perante a produção de prova em audiência, nada tendo que ver com questões de *substituibilidade* de magistrados *em geral*, posto que tal norma acaba por parecer ser uma vala comum aplicável "*em qualquer dos casos*" previstos no n.º 2, 3 e 5.
- xi. Por fim, o n.º 7 afigura-se-nos ser uma *enumeração exemplificativa* de circunstâncias que o legislador entende que devem ser ponderadas pelo juiz presidente do colectivo ao tomar a decisão de *repetir ou não* a prática de actos anteriormente realizados, termos em que necessariamente teria de estar prevista ou no próprio n.º 2 ou no número imediatamente subsequente.
- xii. É uma norma *hermenêutica* da *mens legislatoris*, esta sim norma que *em tese* se imporia para evitar derivas jurisprudenciais, mas que dados os *critérios* que entende relevantes e a latitude dos *conceitos* a que faz apelo poderá vir a ser usada em todos os sentidos e seus contrários⁴⁶.

⁴⁶ V.g., o "*número de testemunhas já inquiridas*" ser volumoso tanto pode ser argumento para repetir a audição de todas (pois o Juiz substituto precisa de ter uma visão integrada do conjunto de toda a prova e não apenas assistir ao depoimento de 1 ou 2 testemunhas), ou o inverso (tendo-se ouvido quase todas, e pretendendo a norma assegurar celeridade, então seria impensável a *repetição*), e "*o número de sessões realizadas*", também (valendo exactamente os mesmos argumentos para o que melhor se entender na circunstância concreta). Já a ponderação da "*data da prática dos factos*" na tomada de decisão é totalmente incompreensível, a nosso ver, porquanto não pode ser para tutelar os *interesses punitivos do Estado*, v.g., evitando a prescrição, que se cerceiam os direitos de defesa do arguido ou os direitos probatórios de todos os demais sujeitos processuais. Por último, não se entende sequer como possa a "*natureza dos crimes em causa*" ser ponderada para efeitos de decisão sobre a repetição ou não

Concluído este excursus tópico para detecção da (falta de) *lógica e coerência internas* do novo artigo proposto, cabe dar atenção aos princípios que norteiam a matéria que aqui se pretende disciplinar.

Antes de mais o *Princípio da plenitude da assistência dos juizes*, se vale intocado para o Tribunal singular, onde os processos assumem menor complexidade e menores penas abstractamente aplicáveis, consequentemente um menor *risco* para os bens jurídicos pessoais do Arguido susceptíveis de compressão, por maioria de razão deveriam valer para aqueles processos em que as penas a aplicar são mais graves.

Por outro lado, tampouco se entende qual a *ratio material subjacente* à dicotomia criada quanto à vigência do princípio, aplicando-se como regra no Tribunal singular e como excepção no Tribunal colectivo.

Acresce o facto de, se mesmo no âmbito do processo civil se entende complexo ou duvidoso que o princípio da livre apreciação da prova / livre convicção do julgador permite a *substituição de juizes* no decurso da audiência, muito menos tal será admissível – mesmo numa aproximação liminar ao problema – no âmbito do processo criminal: como bem se escreveu no Parecer da ASJP, "*o princípio da plenitude de assistência de juizes nunca foi 'encarado', de forma similar, em ambos os processos*". Mas já lá iremos.

É que o mais gravemente violador da estrutura jurídico-constitucional do processo penal português, é o facto de se assentar a reforma num argumento farisaico: o de que a documentação audifónica ou videográfica da audiência garante e tutela verdadeiramente o princípio da plenitude da assistência dos juizes, e os demais princípios que com ele concorrem para estruturar o edifício garantístico formado pela existência de tribunais colectivos. Assim não é, a nenhum título. Senão vejamos.

O princípio da plenitude da assistência dos juizes vai, no processo penal português, *pari passu*, com os princípios da oralidade, da imediação e da livre apreciação da

de actos instrutórios em audiência... seguramente que algo estará na *mens legislatoris* no que a este particular respeita, mas não se concebe o que seja, posto que a repetição ou não de actos instrutórios poderá depender de muitos factores, mas nunca o facto de se estar a julgar um homicídio, uma burla, uma condução em estado de embriaguez, um atentado contra o Estado de Direito ou um peculato.

prova. É, precisamente, porque o sistema processual penal português assenta, ao final de tudo, numa liberdade de apreciação da prova por parte do julgador, que se estruturou a audiência em termos de *garantia de publicidade, garantia de oralidade, garantia de imediação e garantia de plenitude de assistência dos juízes*⁴⁷.

Ou seja, a falta de presença física de um dos juízes ao longo de *toda a produção de prova*, objectiva e necessariamente impede que o mesmo participe na *dinâmica da audiência*⁴⁸ tal como ela teve lugar antes da sua *entrada* no processo: o juiz substituto pode realmente ouvir gravações (embora seja um argumento totalmente falacioso, como abaixo melhor se demonstrará), mas não pode intervir fazendo perguntas à gravação, esclarecendo as dúvidas que tenham e outras que, por vezes, apenas emergem da visualização do rosto da testemunha, do perito, do depoente, do Arguido, nem muito menos poderá acompanhar tudo o resto que se desenrola *“em sala”*, e que para a maioria dos juízes experientes vale tanto quanto as palavras positivamente proferidas por quem declara para a gravação.

Só um total desconhecimento do que é a *tarefa de julgar*, e do que é uma sala de audiências num julgamento criminal, pode ter permitido a alguém afirmar que o princípio da plenitude da assistência dos juízes não ficava totalmente defenestrado destes julgamentos no caso de se admitir que interviesse *na sentença* um julgador que não tivesse pessoalmente presenciado e participado na actividade instrutória.

E nem sequer se utilize o argumento de que esta substituição ocorre *“já na fase final”*⁴⁹, posto que é apoucar a capacidade crítica de quem olha para a proposta: a norma, tal como está posta, não vê o seu âmbito restringido a qualquer *“parte final”* da audiência... nem se percebe como alguém possa ter lido semelhante coisa no proposto art.º 328º-A.

⁴⁷ Aliás, só isso justifica que a Lei hoje exija, no que respeita à substituição de jurados nos julgamentos com tribunal de júri, que os suplentes assistam a toda a produção de prova desde o início. Por isso no Parecer da Ordem dos Advogados se propugna, no máximo, a utilização de um sistema semelhante – o qual, contudo, se nos afigura de difícil exequibilidade, posto que implicaria que cada colectivo passasse a ter três juízes efectivos e um suplente (cujo papel *material e factual* dificilmente seria passivo, como sucede com os jurados suplentes, cidadãos sem formação jurídica, nem qualquer *proximidade* com os demais jurados e com os juízes togados).

⁴⁸ Para fazer uso da tão comunicacional expressão utilizada no Parecer do CSM a que atrás se aludiu.

⁴⁹ Afirmação que se encontra, incompreensivelmente, no Parecer do SMMP.

Como bem refere o Parecer do CSM, *“é sempre defeituosa a percepção formada fora desse condicionalismo”*, i.e., do condicionalismo da audiência, aquele em que a instrução da prova decorre.

Em suma, pretender que a documentação audiófónica e/ou videográfica da audiência permite *atenuar* a violação total e flagrante da garantia dada por um Tribunal Colectivo, e desse passo de todos os princípios que tal garantia de pluralidade de julgadores tutela, é uma total falácia^{50/51}.

Falácia ainda maior quando se constata que, precisamente nos processos em que a situação tendencialmente ocorrerá (aqueles de maior complexidade e duração, posto que quanto mais tempo demora um julgamento maior é a probabilidade de que um dos juízes venha a sofrer uma impossibilidade permanente – é uma regra de lógica irrefutável esta de que a probabilidade de um *sinistro* causador da impossibilidade aumenta com o aumento do tempo de duração da audiência), maior é a impossibilidade de o dito juiz substituto ir ouvir/ver todas as gravações/filmagens da audiência.

O que é fácil de entender com um exemplo do quotidiano dos Tribunais encarregues de julgar estes *ditos mega-processos*: nesses processos, amiúde, é o próprio CSM que determina a exclusividade dos julgadores, o que permite e impõe o agendamento de sessões de julgamento à razão de 3 ou 4 dias inteiros por semana. Ora, se decorrido um ano de julgamento um dos juízes falece e é substituído, então o juiz substituto, para se inteirar da prova até então produzida, terá em cada sete dias da semana, dois de fim-de-semana e três ou quatro de sala para presenciar as diligências em curso. Pergunta-se: em que dias e horas vai o (desafortunado) juiz substituto ouvir/ver as gravações/filmagens das anteriores dezenas de sessões de dia inteiro?^{52/53}

⁵⁰ Daí que seja verídico afirmar-se que este se trata *“de um regime inovador, que se ancora numa lógica de racionalidade de meios e de celeridade processual”* (Parecer do SMMP)... mas este regime inovador pensa exclusivamente nessa racionalidade de meios e na celeridade processual, postergando para além dos limites do constitucionalmente admissível, alguns dos cardeais princípios do sistema: o do direito a um tribunal colectivo nos casos mais graves (verdadeiramente colectivo, e não aparentemente colectivo), o da imediação, o da oralidade e o da livre convicção do julgador (qualquer convicção, para ser livre, tem de ser formada directamente, e não mediadamente, nem por *espírito santo de orelha*, como se dizia nos bancos de escola, daquilo que ao substituto seja dito por outro dos julgadores que tenha estado presente na audiência antes da substituição).

⁵¹ Também falacioso o argumento *dos meios ao dispor dos Tribunais*, segundo o qual urge dotar os Tribunais de sistemas de documentação em videograma (cfr. Parecer do SMMP), como se a gravação vídeo permitisse ao juiz substituto *fazer a sua função* de julgar real e efectivamente de modo mais pleno e cabal através da visualização de cenas do que da audição de gravações. Diga-se o que se disser, o problema não é de documentação de audiência: é de viver a audiência!

⁵² Em sentido próximo, mas não chegando à conclusão óbvia da impossibilidade de *“re-audição”* por parte do substituto, o Parecer prolatado pela Ordem dos Advogados, que a respeito conclui: *“o que, ao*

Em suma, o argumento usado como *mens legislatoris*, e acriticamente louvado em alguns dos Pareceres, vale absolutamente nada, porquanto é humanamente impossível que o juiz substituto vá – mesmo que o queira por escrupulo, pundonor e profissionalismo – inteirar-se de toda a prova produzida.

Pior ainda: um julgamento, com todas as sessões em que se analisa, tem uma dinâmica própria, não sendo irrelevante (nem o legislador assim o entende) a ordem pela qual a prova é produzida. Não é à toa que a prova da defesa só deve / pode ser produzida depois da acusação; nem é à toa que ao ouvir a segunda testemunha, o Tribunal já pondere quer o que disse a primeira, quer o que tenham eventualmente dito os Arguidos e os Peritos, se os tiver havido. Em suma, é totalmente farisaico afirmar que a substituição de um juiz não causa moléstias ao julgamento de um caso, com o falso argumento de que o substituto sempre poderá viajar no tempo, para trás, para se inteirar do que foi a produção de prova até àquele momento. E mesmo que o fizesse, nunca poderia interagir com a prova produzida, esclarecendo-se *de modo imediato* (sem mediação), nem muito menos ler o ambiente que envolveu a *dinâmica da audiência* na actividade instrutória que lhe cabe julgar⁵⁴, nem, ainda, ouvir a prova pela ordem em que o deve legalmente fazer.

Em suma, o sistema proposto é, pura e simplesmente, uma via de defraudar a garantia dada pela existência de um Tribunal Colectivo. Entrando a norma em vigor, passaremos a ter três categorias de colectivos:

- i) os colectivos verdadeiros, em que os três juízes assistiram e podem formar a sua convicção livremente sobre toda a prova produzida *imediatamente e oralmente* perante si;

fim e ao cabo, redundará na conclusão de que a celeridade processual pretendida afinal não passa de uma falácia”.

⁵³ Conforme resulta da nota de rodapé n.º 1, este texto foi apresentado como Conferência no 5º Encontro do IPPC. No decurso do debate subsequente à apresentação oral, um Senhor Magistrado Judicial foi peremptório: se fosse nomeado como substituto numa situação das previstas nesta potencial futura norma, invocaria *objecção de consciência*, por se sentir impossibilitado de em consciência julgar o caso plenamente. É o que se nos afigura uma postura consciente e séria perante a situação que se criará com a introdução no CPP do proposto art.º 328º-A-

⁵⁴ Termos em que cabe repudiar não só os encómios constantes do Parecer do SMMP, mas também a afirmação do Parecer da PGR segundo a qual “a solução apontada (...) afigura-se equilibrada nos termos que decorrem do novo art.º 328º-A. (...) a flexibilização do princípio da plenitude da assistência do juiz, tal como proposta, não parece contender com outros princípios conformadores do direito processual penal, não se afigurando que coloque em causa qualquer garantia ou direito dos intervenientes, desde logo do arguido, desde logo porque não se exclui a possibilidade de repetição dos actos praticados, os quais, em todo o caso, se encontram salvaguardar”. Afirmando isto, e afirmando que o substituto pode formar a sua convicção por audição/ visionamento de gravações é, como visto, uma falácia.

- ii) os colectivos “*de segunda*”, em que dois dos juízes estão nessa situação e há um terceiro juiz que só forma a sua convicção sobre *parte* (quantitativa e/ou quantitativa e qualitativamente) da prova; e,
- iii) os colectivos “*falsos*”, em que apenas o juiz presidente (pelos vistos o único que não pode ser substituído) presenciou todo o julgamento, posto que os outros dois poderão ter sido substituídos durante o julgamento, v.g. um ao fim do primeiro terço, e o outro ao final do segundo terço.

Sendo posta em forma de lei esta solução, estaremos claramente em face de um travestimento de tribunais colectivos, melhor teria andado o legislador – porque mais sincero e transparente – se tivesse optado por extinguir os Tribunais Colectivos, pelo menos em todos os processos que pudessem ter “*maior*” duração (situação em que a Inconstitucionalidade resultaria manifesta), senão mesmo totalmente.

Conclusivamente, a solução proposta viola, de uma assentada, o princípio da livre apreciação da prova, o princípio da oralidade, o princípio da imediação, o princípio da plenitude da assistência dos juízes, até o princípio do juiz natural⁵⁵, e, o que mais é, o princípio do acesso à justiça e ainda o princípio magno de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa do Arguido⁵⁶.

2.5 – Alargamento da gravação da audiência a todos os actos

a. A alteração proposta aos art.ºs 364º e 412º do Código de Processo Penal apresenta o seguinte teor:

“Art.º 364º (...)

1. (...)

2. Além das declarações prestadas oralmente em audiência, são objecto do registo áudio ou audiovisual as informações, os esclarecimentos, os requerimentos e as promoções, bem como as respectivas respostas, os despachos e as alegações orais.

⁵⁵ Pois nada se estabelece quanto à “*escolha do substituto*”, embora não se afigura possível uma situação de “*distribuição*”, mas apenas de “*nomeação*”.

⁵⁶ Em sentido coincidente, mas cada um deles referindo apenas algumas das Inconstitucionalidades invocadas, o Parecer do CSM, o Parecer do SMMP e o Parecer da ASJP (aliás, fazendo apelo ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 174/2014 na medida em que “*saliou o direito à assistência de um colectivo de juízes, nos crimes cuja pena abstractamente aplicável, possa ser igual, ou superior, a 5 anos*”). Em sentido diametralmente oposto, e de repudiar *in totum*, a conclusão do Parecer da PGR.

3. Quando houver lugar a registo áudio ou audiovisual devem ser consignados na acta o início e o termo de cada um dos actos enunciados no número anterior.

4. A secretaria procede à transcrição de requerimentos e respectivas respostas, despachos e decisões que o juiz, officiosamente ou a requerimento, determine, por despacho irrecorrível.

5. A transcrição é feita no prazo de cinco dias, a contar do respectivo acto; o prazo para arguir qualquer desconformidade da transcrição é de cinco dias, a contar da notificação da sua incorporação nos autos.

6. (Anterior n.º 3).

Art.º 412º (...)

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Quanto as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior fazem-se por referência ao consignado na acta, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 364º, devendo o recorrente indicar concretamente as passagens em que se funda a impugnação.

5. (...)

6. (...)."

b. A proposta apresentada mereceu as seguintes reacções:

Da parte do **Conselho Superior da Magistratura** nenhuma observação foi feita constar no Parecer sobre esta parte da Proposta de Lei. O mesmo no que respeita ao Parecer do **Sindicato dos Magistrados do Ministério Público** e ao Parecer da **Procuradoria-Geral da República**: a questão não lhes mereceu qualquer comentário.

Da parte do **Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais** a tomada de posição foi uma vez mais a de que "nenhum comentário, em particular, nos merece o projecto apresentado" (!)⁵⁷.

Da parte da **Associação Sindical dos Juizes Portugueses** a questão também não foi tratada ex professo. Ao invés, quando analisa a proposta de alteração ao art.º 283º n.º 7, diz-se apenas, genericamente, o seguinte: "do mesmo modo, uma vez que muitas das alterações (!) visam harmonizar preceitos com o CPC, e porque o objectivo da alteração proposta é agillzar o julgamento, devia discutir-se a vantagem de plasmar no processo penal a regra que as diligências judiciais são todos gravadas (!), incluindo os requerimentos e despachos proferidos (cfr. art.º 155º CPC), bem como estender ao processo comum e aos interrogatórios judiciais, e a outras diligências, a possibilidade da decisão ser gravada (como permitido para o processo sumário e abreviado, bem como no processo civil – art.º 155º do CPC), apenas ficando a constar do dispositivo, excepto quando aplicada medida privativa da liberdade ou as circunstâncias do caso impuserem decisão escrita (por exemplo, existem julgamentos em processo comum de crimes simples, com prova evidente, e o mesmo se diga a algumas medidas de coacção aplicadas, em que poderá bastar a gravação da sentença/despacho." ⁵⁸.

Da parte da **Ordem dos Advogados** a solução ora proposta merece concordância: com efeito, diz-se no respectivo Parecer que a Proposta "em nada poderá prejudicar os sujeitos processuais, nem tão pouco põe em causa, minimamente, a tramitação processual, e, bem pelo contrário, permite que a oralidade seja uma cada vez maior realidade processual sem que se perca o acto praticado".

Sugere-se, no entanto, no Parecer em análise, uma alteração ao n.º 1 da norma, "no sentido de impedir a realização da audiência se o registo áudio ou audiovisual não estiverem disponíveis, em caso algum se permitindo a utilização de outros meios técnicos menos eficazes. Só assim ficarão devidamente salvaguardadas as

⁵⁷ Sobre esta fundamentação do CSTAF remete-se para quanto se disse em 2.1.b) retro.

⁵⁸ A Câmara dos Solicitadores e o Sindicato dos Funcionários Judiciais tiveram as reacções a que atrás se fez alusão.

garantias de defesa dos arguidos que, de outra forma, não vêem devidamente protegido o respectivo direito a um recurso sobre a matéria de facto, o mesmo se aplicando, com as devidas adaptações, ao Ministério Público, ao assistente e às partes civis”.

Consequentemente, defende a Ordem dos Advogados seja também, e no mesmo sentido, concomitantemente alterado o art.º 412º n.º 4 do CPP (remetendo para o n.º 3 do art.º 364º e não ao n.º 2).

c. Quanto a esta proposta de alteração não pode dizer-se que a mesma contenda frontalmente com quaisquer *princípios constitucionais ou estruturais* do processo penal português.

Em todo o caso, não deixe de se anotar que, precisamente nos processos mais complexos e com maior número de sessões de julgamento – que são precisamente aqueles em que há probabilisticamente maior verificação de incidentes, requerimentos e despachos avulso –, este mecanismo de agilização poderá vir a demonstrar-se mais complexificador do que simplificador.

Explicemo-nos melhor: se para cada requerimento e despacho se tramita um requerimento de transcrição, se ordena a mesma, se confere a conformidade, se requer correcção da transcrição, consegue imaginar-se os efeitos que terá no funcionamento da secretaria. Para já não recordar que com a utópica previsão de prazos, apenas os das partes serão *peremptórios*, com o que estará aberto campo fértil à conflitualidade por força de uma tão simples medida que apenas pretende *agilizar* o “*andare avanti*”.

Por outro lado, estranha-se que a decisão do juiz de transcrever / não transcrever seja irrecorrível: é que se cria um despacho irrecorrível quando a decisão oralmente proferida e gravada pode, ela própria, ser recorrível.

É interessante, perante isto, o sistema simultaneamente vir *obrigar* o Recorrente a transcrever ele as gravações da audiência (o proposto art.º 412º n.º 4 não o impõe, mas um mandatário cooperante com o Tribunal e desejoso de que se cumpra a lei que considera violada, não deixará de o fazer), para que os Senhores Juizes Desembargadores possam conhecer o teor *ipsis verbis* da decisão recorrida.

Mais ainda: não sendo o Recorrente obrigado a transcrever ele próprio o teor da decisão recorrida (mas apenas a dar cumprimento ao disposto no art.º 412º), será irónico, para não dizer ridículo, ver o Juiz que recusou a transcrição, por decisão irrecorrível, ter obrigatória e materialmente que emendar a mão, ordenando-a, quando o Tribunal de recurso lhe solicitar a *decisão* objecto de recurso, ou mesmo quando o Recorrente indicar como “*peça*”, para instruir o recurso, a Decisão oral cuja transcrição lhe viu ser recusada por despacho irrecorrível.

Mais uma vez, trata-se de uma proposta de lei claramente lavrada por quem da *dinâmica da audiência* terá pouca noção prática.

Por fim, de salientar que uma eventual extensão da regra para as outras fases do processo penal, v.g. quando sejam realizadas diligências de interrogatório do Arguido para aplicação de medidas de coacção, trará mais um entrave à rápida impugnabilidade da decisão, porquanto o Defensor terá de aguardar que lhe seja disponibilizado o suporte da gravação, terá de obter transcrição da mesma e só então estará apto para recorrer... e enquanto isso, o Arguido lá estará a *cumprir* a medida de coacção, por mais gravosa que seja, porque o Estado-Justiça – para economizar melos e reduzir a sua própria carga de trabalho – transfere para o *súbdito* pessoa *perseguida*, todos os esforços para a demonstração do mal fundado da medida com que foi ferido. Situação esta que diria tudo da *política processual penal* e da *filosofia do Estado* que assim impusesse.

3 – Conclusão final

Tudo visto e ponderado, louvamo-nos na afirmação segundo a qual “*as mudanças no processo penal, enquanto direito constitucional aplicado, e sismógrafo sobre o entendimento dos direitos fundamentais, devem consubstanciar normas processuais passíveis de interpretação uniforme e conformes à Constituição da República Portuguesa. Trata-se de um princípio fundamental que nesta matéria não pode ser omitido e que condiciona todo e qualquer processo de alteração legislativa. É legítimo introduzir alternativas processuais que permitam maior celeridade, economia e agilização processual. Porém, tais alterações não podem colidir com garantias consagradas constitucionalmente*”⁵⁹.

⁵⁹ Parecer da ASJP, cit., p. 2.

Ora, conforme foi ficando demonstrado, o grosso das alterações propostas contendem com garantias consagradas constitucionalmente, ou com a lógica e são entendimento do que é – e deve ser – um processo penal justo de um Estado de Direito Democrático do Século XXI.

Tudo razões pelas quais se deveria sustar sem delongas a aprovação da Proposta de Lei n.º 263/XII.

Paulo Saragoça da Matta

Lisboa, 23 de Fevereiro de 2015