

IMPARCIALIDADE E PROCESSO PENAL: TRÊS PROBLEMAS

RUI PATRÍCIO

Resumo: o Autor parte da ideia de imparcialidade do juiz (no processo em geral e, em particular, no processo penal), nas suas dimensões subjetiva e objetiva, para expor três “realidades”: a circunstância de o artigo 40.º do CPP não vedar a participação ao juiz da fase de instrução que antes tenha decretado as medidas de coação dos artigos 200.º a 202.º; a unidade física dos autos em processo-crime, reunindo as fases anteriores ao julgamento; e o ambiente sócio-mediático de certos processos penais. Construindo o seu argumento a partir da pessoa humana do juiz e dos seus inevitáveis pré-juízos, aos quais não é imune a decisão, analisa e questiona cada uma das referidas “realidades” precisamente à luz da regra fundamental da imparcialidade, porquanto, no seu entendimento, a põem em causa, essencialmente na sua vertente objetiva e, por vezes, até mesmo na vertente subjetiva.

Palavras-chave: imparcialidade; juiz; direito processual penal; fase de inquérito; fase de instrução; fase de julgamento; impedimento do juiz; impedimento por participação em processo; *media*.

I.

O tema sobre o qual me foi proposto escrever — em honroso convite — foi o Estatuto dos Magistrados Judiciais. Optei — porventura com excesso de ousadia — por não escrever sobre nenhum artigo daquele Estatuto (Lei n.º 21/85, de 30 de julho, sujeita já a várias revisões). Escrevo sobre a imparcialidade, que, não estando expressa no Estatuto, habita-o e dá-lhe vida, na medida em que constitui condição essencial (constitui essência) da função judicial e, *ipso facto*, da condição e do estatuto de magistrado judicial. Sem imparcialidade e sem condições (diretas e indiretas) para a existência da mesma, não há verdadeira e própria judicatura e não há processo. Ora, essa imparcialidade depende essencialmente, e se bem vejo, de duas instâncias normativas e práticas: uma, a das condições (estatutárias e, digamos, socio-profissionais) do exercício da judicatura; outra, a das normas e das práticas processuais em cada tipo de processo no qual os magistrados judiciais são chamados a decidir.

Escolho neste texto a segunda vertente, e na área do processo penal. Porquê a área do processo penal? Por um lado, porque é a que melhor

conheço, na medida em que é aquela em que durante mais de vinte anos exerci a maior parte do meu trabalho enquanto advogado e, bem assim, a minha reflexão teórica e algum trabalho académico. Por outro lado, porque tenho para mim que a área criminal, junto com as áreas familiar e laboral, é aquela onde de forma mais implicada e delicada a judicatura (e, *et pour cause*, a sua imparcialidade) é desafiada, na medida em que estão em causa direitos fundamentais e valores essenciais à vida em sociedade e ao Estado de Direito Liberal e Democrático, bem como, muitas vezes, “casos da vida” que convocam um *pathos* fortemente desafiador da humanidade, da singularidade e da mundividência do juiz.

Como se lê no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 2013¹, a imparcialidade consiste na equidistância relativamente ao litígio a resolver, de forma a permitir a decisão justa, sendo trave-mestra dessa imparcialidade, para além da óbvia ausência de interesse pessoal na causa, uma objetividade consistente num afastamento isento face ao objeto do litígio e da decisão que o juiz é chamado a tomar. Ora, conforme igualmente se salienta em tal Acórdão (que aqui tomo por paradigma dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema), a imparcialidade, enquanto atributo inarredável da jurisdição, poderá ser comprometida quando existe proximidade do julgador em relação aos factos *sub iudice*, sendo certo que essa proximidade pode vir, entre o mais, de um conhecimento prévio sobre o processo ou de um conhecimento extraprocessual, capazes de gerar empatia ou emoção comprometedoras da isenção ou, pelo menos, geradoras de dúvida legítima por parte dos sujeitos e intervenientes processuais e/ou da comunidade sobre tal isenção.

Por outro lado, e conforme também tem sido salientado pela doutrina e pela jurisprudência (aqui com um labor assinalável por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que muito tem influenciado, e bem, a jurisprudência nacional), a imparcialidade deve ser apreciada de um duplo ponto de vista: apreciação subjetiva, destinada à determinação da convicção pessoal do juiz sobre o caso; e apreciação objetiva, destinada a determinar se existem no caso, ou não, dúvidas legítimas sobre tal isenção. Sendo certo que basta a falta de imparcialidade numa destas duas vertentes, para podermos dizer que a mesma está, num certo processo, colocada em causa. Apelando ao brocardo anglo-saxónico (atribuído ao 1.º Visconde Hewart), dir-se-ia também aqui, e com muita propriedade, que “*justice must not only be done, it must be seen to be done*”.

A imparcialidade é sempre aferida no caso concreto e de acordo com o circunstancialismo do mesmo (*cf.* por exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de abril de 2014²), sendo que a “presunção” a favor da imparcialidade — na sua vertente objetiva ou na sua vertente subjetiva, ou

¹ Disponível em www.dgsi.pt.

² Disponível em www.dgsi.pt.

em ambas — fica posta em causa, não só quando existe interesse pessoal do juiz ou quando intervenções processuais concretas do mesmo mostram falta de isenção, mas também quando uma intervenção anterior com alguma intensidade a pode comprometer (*cf.* anota, por exemplo, Henriques Gaspar³). Ou quando — acrescento com ênfase — intervenções ou manifestações extraprocessuais do juiz ou um conhecimento seu extraprocessual condicionante do caso são de molde a afastar a equidistância e/ou a gerar suspeita legítima sobre a mesma.

Sendo sempre certo que — dada a importância nuclear da imparcialidade, como enunciado prescritivo, e não meramente descritivo — a mera desconfiança fundada sobre a imparcialidade do juiz em certo caso basta para colocar em marcha os mecanismos do seu afastamento (*cf.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 584/11, de 30 de novembro⁴), donde se deve concluir que o exercício da função jurisdicional em cada caso concreto (e para além das condições gerais da mesma) deve ser rodeada de um conjunto de cautelas que criem um ambiente de saudável isenção e, bem assim, de crença e de confiança por parte de terceiros nessa isenção — significando esta não só ausência de interesse pessoal direto ou indireto⁵, mas também ausência de conhecimento desequilibrado, a ausência de emoções condicionantes e a ausência de “simpatias” ou de “antipatias” que firam a equidistância e a “frieza” necessárias à decisão.

Imparcialidade é, essencialmente, neutralidade e indiferença em relação ao tema a decidir. Ora, neutralidade e indiferença — que já são por definição difíceis num juízo humano — podem definitivamente perder-se quando há um forte e condicionante conhecimento prévio (para mais, não equilibrado) do caso a decidir.

II.

Ora, tendo presente este ponto de partida, escolhi escrever aqui — ainda que de forma necessariamente sintética, dada a natureza do texto — sobre três realidades que, no atual processo penal português, podem, a meu ver, pôr em causa a necessária e fundamental imparcialidade do julgador, na sua vertente objetiva e até mesmo na sua vertente subjetiva algumas vezes. E digo “podem pôr em causa”, e não “põem em causa”, não tanto em virtude da humildade intelectual que sempre aconselha abertura à opinião diferente, mas mais porque tenho presente o que em cima ficou dito sobre a apreciação dever ser feita, sempre e só, em cada caso concreto, num casuísmo que não consente exceções. Contudo, tal inarredável casuísmo não impede, antes

³ No *Código de Processo Penal, Comentado*, em comentário ao artigo 43.º do CPP.

⁴ Disponível em www.pgdlisboa.pt.

⁵ Veja-se, por exemplo, o artigo 7.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

aconselha, que se analisem estas três realidades numa perspetiva geral e desligadas de casos concretos, como realidades que possuem natureza e contornos tendentes a poder favorecer, em casos concretos, a perda de imparcialidade.

Ademais, trata-se de realidades em que a perda de imparcialidade não se gera do modo óbvio ou mais facilmente detetável que se associa a situações de interesse pessoal na causa ou a situações como a que o mito grego do “Julgamento de Páris” assinala, que é a situação de suborno do juiz (naquele caso através da beleza de Helena, com que Afrodite tenta Páris e o verga à sua causa). As situações que aqui trato têm outra natureza, são mais subtis, sub-reptícias e/ou insidiosas, pelo que reclamam maior e mais aturada atenção. E essa atenção, antes da análise caso a caso (e para melhor ilustrar e orientar esta), deve começar por ser feita em geral, olhando para cada uma dessas realidades e averiguando quais os seus contornos que podem num processo concreto corroer a imparcialidade.

E que realidades são essas? Uma, prende-se essencialmente com a Lei, e radica na insuficiência da previsão e da estatuição normativas do artigo 40.º do Código de Processo Penal (“CPP”), na medida em que o mesmo não veda a participação na instrução ao juiz que antes tenha decretado as medidas de coação dos artigos 200.º a 202.º do Código. Outra prende-se com a prática judiciária e radica na unidade física dos autos em processo-crime. Outra, finalmente, prende-se com o ambiente sócio-mediático que, de há uns anos a esta parte, rodeia certos processos penais em Portugal, processos esses que (com mais ou com menos — e habitualmente com mais — violação prévia do segredo de justiça), quando chegam ao juiz, seja de instrução, seja sobretudo de julgamento, já levam uma carga de mediatização e de representações públicas de força não negligenciável.

Qualquer uma dessas realidades pode, a meu ver, comprometer a imparcialidade do julgador no caso concreto. Pode comprometê-la facilmente numa perspetiva objetiva, ou seja, aquela que diz que a imparcialidade é, antes de mais, um valor, um mandamento e uma condição essencial, que sai comprometida sempre que existem elementos que permitam colocar legítima e fundamentadamente em dúvida essa mesma imparcialidade, independentemente de a mesma ter ficado *in casu* comprometida ou não. Esta é uma daquelas áreas onde as aparências são, não só importantes, como também estruturantes. Mas também pode mesmo chegar a comprometê-la subjetivamente, ou seja, pode realmente afetar o juízo decisório, “ilidindo” a presunção a favor da imparcialidade subjetiva.

Ora, em todas estas três realidades o que está em causa é, sobretudo, um pré-conhecimento do caso, seja por razões processuais, seja por razões extraprocessuais, conhecimento esse que pode gerar a acima referida proximidade com o objeto do litígio, mais ou menos emotiva, assim podendo concorrer para uma perda de equidistância, tanto mais quanto mais qualquer uma destas realidades (seja pelo desequilíbrio processual a favor da acusação no momento em que o juiz que julgará tomou conhecimento do caso, seja

pelo habitual desequilíbrio no espaço mediático a favor da “tese da acusação”, salvas poucas exceções) pode gerar um conhecimento desequilibrado, “orientado” ou parcelar do tema a decidir, conhecimento esse que pode marcar indelevelmente todos os passos cognitivos e decisórios seguintes.

Donde, é fundamental aqui tecer algumas brevíssimas considerações sobre a questão da pré-compreensão, na medida em que é a mesma, enquanto fenómeno cognitivo e decisório, que está aqui fundamentalmente em causa. Sigo de perto o que sobre o tema já escrevi há mais de 15 anos, e que não alterei entretanto, antes pelo contrário, tendo em conta a evolução doutrinária posterior e o que entretanto vivi e vi no foro. Olhar com olhos de ver para a pré-compreensão permite-nos não acreditar, saudavelmente, em tabus que temos tido no nosso horizonte processual, e que — salvo o devido respeito, e com liberdade de linguagem — diria que têm tanto de verdadeiro quanto a crença no pai Natal. Tabus como o que nos diz que o julgador consegue facilmente isolar-se do que já antes soube intensamente (e até decidiu, ainda que noutra paradigma de prova) sobre o caso. Tabus como o que nos diz que se a prova pré-constituída não pode, em certos casos, ser levada à fundamentação da convicção e da decisão (os casos previstos nos artigos 355.º a 357.º do CPP, por exemplo), então ela não tem influência nenhuma na decisão se for conhecida pelo juiz. Tabus como o que nos diz — mesmo contra as evidências tão concretas em certos casos — que o que se passa fora da sala de audiências (ou fora do processo em geral) não tem influência dentro daquela sala (nem em geral naquele processo).

III.

Poderia começar por dizer — numa aproximação mais ligeira ao tema — que não é da natureza das coisas nenhum dos enunciados dos aludidos tabus (para além de estar estudado pelos cientistas destas coisas da cognição, da decisão, da interpretação, da hermenêutica⁶, *et cetera*, que influencia). Aliás, se algum daqueles tipos de conhecimento prévio influencia qualquer um de nós, porque não influencia o decisor becado? Por muito treino, distanciamento, preparação, *et cetera* que esse decisor tenha, bem como por muitas proclamações constitucionais, legais e corporativas que existam sobre essa suposta não influência, a verdade é que isso é em larga medida apenas

⁶ Dispensar neste texto as citações, salvas algumas exceções, não só para não carregar um texto que se quer sintético, mas também porque o mesmo está longe de pretensões e cânones académicos mais tradicionais. Agora cito apenas, mas unicamente para mostrar que esta minha perspetiva não é de agora, não para qualquer caução científica ou académica, que eu aliás não poderia dar, o que sobre estes temas escrevi e publiquei, vai já para mais de 15 anos, em *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no Actual Processo Penal Português*, seguindo aqui, com síntese, o que ali então escrevi, sendo que a evolução posterior da doutrina e a vida forense que vivi entretanto em nada alteraram o meu pensamento, antes pelo contrário.

wishful thinking, pela razão simples de que o decisor é humano, e essa é uma condição (e uma exigência, bem entendido) inarredável. Aliás, já vi influenciar, e muito, e não há nada mais eficaz para acabar com tabus e lirismos do que a crua experiência da vida e a força amarga da realidade. Também aqui, a vida ensina tanto ou mais do que os livros, ou pelo menos (e já é tudo) inspira-os e/ou comprova-os. Falarei aqui apenas, claro está, naquela perspectiva (a capacidade de influência), e não da segunda (o já ter visto influenciar). Quanto a esta, apenas peço que (se possível) acreditem no que digo sobre já ter visto influenciar, já que mais não posso dizer aqui e agora, desde logo porque os advogados não podem falar dos seus casos concretos, pelo menos com o detalhe e o desassombro que era preciso para dar aqui exemplos de influência; e esses exemplos tanto poderiam ser exemplos de influência na decisão de uma pré-compreensão criada e alimentada pela mediatização do assunto e do processo, especialmente quando começa cedo e vai sendo fortemente nutrida até ao momento da decisão, como exemplos de uma decisão onde se vê receio de contrariar a onda de vozes públicas sobre o caso, ou exemplos que conjugam as duas coisas. E nesta parte por aqui me fico, aqui e agora. Até porque tem muito mais interesse e rendimento intelectual e reflexivo ver as coisas em tese geral, deixando de lado casos concretos e percepções individuais (neste caso as minhas, pelo que naturalmente falíveis).

Voltemos, pois, à questão da (possível) influência em geral, em teoria. Dizendo que tem já décadas, mas permanece atual, o reconhecimento de que o conhecimento é sempre situado e vinculado à historicidade do intérprete (ao seu “ser-aí”/ *Dasein*⁷), que não é um “ego puro”, mas intersubjetivamente determinado. Num processo de conhecimento, o objeto, que não é algo “exterior” ao sujeito, é por este, de alguma forma, “(re)construído”, com base no conhecimento vivencial, implícito, pré-predicativo desse sujeito. Conhecer é, assim, um fenómeno condicionado pelo “estar-no-mundo” do sujeito. A relação do intérprete com a coisa ocorre sempre no contexto de uma determinada situação, no contexto de um “círculo” de vivências e de linguagem. O objeto só existe enquanto em relação com um dado sujeito, e este não se limita a apreender o seu sentido, mas “acrescenta-lhe sentido”, ou seja, cada sujeito “recria”, em função da sua singularidade existencial, um dado objeto. Ora, esse “estar-no-mundo” determina também que o sujeito, quando chega ao conhecimento do objeto, traga já (digamos assim, simplifadamente) uma antecipação de sentido, uma pré-compreensão desse mesmo objeto, a qual é determinada, por um lado, pela sua experiência, pela sua *praxis* e, por outro lado, pelo primeiro contacto que teve com o mesmo objeto. No que diz respeito à decisão judicial, isto significa que, em face do caso, em face do

⁷ *Dasein* é um termo cunhado por Martin Heidegger, correspondendo a uma ideia que é central no seu pensamento, não sendo a tradução de *Dasein* para a língua portuguesa unânime. Optou-se por uma, sendo outras “pre-sença” ou “existência”.

thema decidendum, a pré-compreensão do mesmo, isto é, aquilo que num primeiro contacto (e sob a decisiva influência da experiência do julgador, do “seu mundo”) é prefigurado como sendo a decisão justa, determina a compreensão e a valoração dos factos, a heurística e a hermenêutica da norma e, assim, a decisão final. No momento da decisão, o juiz está condicionado pelos primeiros juízos que formou, anteriores à conclusão da audiência de julgamento ou de outra fase em que decida, juízos ditados pela sua relação — singular e determinada pelo seu “estar-no-mundo” — com o caso trazido a julgamento; caso esse que é um “caso da vida”⁸. A forma como, depois desse primeiro momento de contato com o caso *sub iudice*, os factos são interpretados pelo juiz e o modo como a norma é interpretada e relacionada com os factos são condicionados por essa pré-compreensão (e pela experiência pessoal/existência do juiz).

Ao contrário do modelo do silogismo, que consubstancia um tipo de racionalidade que atuaria *per modum conclusionum* (para usar os termos aquinianos), ou seja, inferindo as conclusões a partir dos princípios, o modelo do “círculo hermenêutico” (outros prefeririam “espiral hermenêutica”, porventura com razão) consubstancia um tipo de racionalidade que atuaria *per modum determinationis* (uma vez mais, os termos aquinianos), especificando os princípios em relação com o caso concreto, coordenando o geral e o particular em termos que não seriam os de uma subsunção, mas de uma “assimilação”. O processo de argumentação jurídica não consiste, pois, em aplicar as leis gerais a um caso particular, mas em “construir” de cada vez decisões com referência única, sendo cada caso concreto a realização de uma possibilidade da norma — norma essa que, de cada vez que é interpretada e aplicada, sofre um aditamento de sentido, ou, por outras palavras, uma reconstituição e um enriquecimento. O caminho não é, pois, da norma para o facto ou do facto para a norma, mas sucessivamente nos dois sentidos — e de ambos para o sujeito (e o seu “mundo”) e vice-versa –, dando lugar ao que se pode apelidar de tensão dialética. Sujeito e objeto são, ao fim e ao cabo, elementos interativos no trajeto do seu próprio conhecimento.

Porque é impossível ao intérprete desligar-se da sua *praxis* (por isso se fala no primado do “mundo-da-vida”) e da sua personalidade, é-lhe impossível um conhecimento *livre*, não condicionado pela “estrutura circular” em que se inscreve. A pré-compreensão que daí resulta é, portanto, inarredável, como bem mostrou, por exemplo, Josef Esser, sobretudo na sua obra *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*⁹, onde, em apertada síntese, se pode ver a demonstração de que a decisão do caso concreto não se funda, afinal, em procedimentos *jure stricto*, formando o julgador uma “convicção de justeza” sobre a decisão a assumir, sendo certo, por outro lado, que a racio-

⁸ Inspiro-me no ensino de Castanheira Neves.

⁹ *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, cuja 1.ª edição é de 1970.

nalidade da decisão engloba uma dimensão de “controlo de justeza”. Apesar das décadas que já tem, e do que se lhe sucedeu, continua para mim a ser atualíssima. Vemos, assim, abandonada a crença, do racionalismo pós-cartesiano, na intelecção pura; do que se trata é, não de intelecção, mas de convicção, integrada, sem dúvida, por um momento pessoal. Vemos, assim, também abandonada a conceção tradicional da subjetividade como um elemento patológico no sistema de administração da Justiça.

Entre nós, e já há várias décadas, Castanheira Neves mostrou — o que aqui enuncio muito esquematicamente — que o caso *sub judice* põe um problema jurídico (de Direito) em uma certa situação histórico-social, sendo certo que a solução desse caso passa pela solução da questão-de-facto e da questão-de-direito que ele levanta. Sendo que a primeira comporta dois momentos fundamentais. Em primeiro lugar, a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática, ou seja, trata-se de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática. E este é, precisamente, o campo daquilo a que acima chamei pré-compreensão, o campo da antecipação de sentido, da intuição de uma relevância jurídica do caso; momento indispensável para prosseguir. Em segundo lugar, a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos. Aqui, fundamentalmente, o problema da prova, o problema da verdade jurídica como verdade prática. Mas não se trata, como nas conceções tradicionais, da prova de factos puros, mas da comprovação de que o problema jurídico — já antecipado e “pré-compreendido”, no momento anterior —, como problema prático, existe, ou seja, tem fundamento fáctico. Quanto à questão-de-direito, para o autor em causa, temos, muito resumidamente, uma análise que distingue: a questão-de-direito em abstrato, que tem por objeto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso a decidir; a questão-de-direito em concreto, que diz respeito ao problema do próprio juízo concreto que há-de decidir o caso *sub judice*.

De uma certa forma, a questão-de-direito em concreto comporta uma comprovação (ou não) da questão-de-facto no primeiro dos seus sentidos acima apontados. Podemos, pois, falar, à maneira de Karl Engisch, de um “ir e vir de perspectiva entre o facto e a norma”. Na verdade, a questão-de-facto determina a questão-de-direito, mas esta, na sua vertente abstrata, determina a questão-de-facto, *maxime* no seu primeiro momento. Ou, por outras palavras, por ordem lógica e cronológica: questão-de-facto no primeiro sentido acima apontado e questão-de-direito em sentido abstrato; questão-de-facto no segundo sentido apontado; por fim, questão-de-direito em concreto.

Mas o que se disse não significa, de nenhum modo, que à decisão judicial presida o arbítrio ou a discricionariedade, no sentido de voluntarismo e individualismo acrítico, ou a mais pura subjetividade, no sentido de uma interpretação do facto trazido a julgamento desligada de um esforço de objetividade, objetividade enquanto atribuição de um sentido suscetível de ser

comummente reconhecido. Até porque se impõe ao juiz a obrigação de motivar / fundamentar a decisão, sendo certo que a motivação / fundamentação das decisões judiciais se destina, em primeira linha, a excluir o carácter voluntarístico, emocional ou arbitrário das decisões judiciais, tornando-as capazes de se imporem à comunidade jurídica. O que se pretende é salientar a dimensão criadora da função do juiz.

Contudo, a motivação — pressuposto da validade da sentença, segundo dispõem os artigos 374.º e 379.º do CPP — não afasta o “pré-juízo”. A exigência da motivação não faz com que um convencimento baseado numa leitura das provas (ou numa heurística ou hermenêutica da norma) orientada por “pré-juízos” não seja aceitável, do ponto de vista da motivação, pois, afinal, todos (ou muitos), naquele contexto, formulariam os mesmos “pré-juízos”. Ou seja, tudo o que se afirmou sobre subjetividade e motivação / fundamentação em nada afasta o que também se afirmou quanto à questão da pré-compreensão. Uma coisa é o mecanismo de obtenção da decisão, outra coisa é a motivação dessa decisão, que, desde logo, pode ou não explicitar o que determinou esta ou aquela escolha, esta ou aquela decisão¹⁰. Se há um “pré-juízo”, antes do início da audiência de julgamento, ele influenciará a interpretação de tudo o que aí se passar, determinando a convicção do julgador, na apreciação da prova, e determinando também a interpretação do Direito. E a sua decisão, mesmo que explicita, em sede de motivação, o “pré-juízo” que lhe esteve na base¹¹, será, o mais das vezes, suscetível de aceitação e reconhecimento por parte da comunidade, pois esse “pré-juízo” decorre, em toda a linha, do “círculo” de vivências e de linguagem do julgador, da condição humana e social do julgador, afinal, condição comum aos demais (a muitos, ao menos) elementos da comunidade — e, assim, aos demais participantes processuais. Presentes em uma sala de audiências — permita-se a interrogação —, de um tribunal criminal, seja como participantes processuais (em sentido amplo), seja como “espectadores”, não formularemos todos (ou muitos) um “(pré-)juízo” semelhante, ao ouvirmos, por exemplo, a narração do passado criminal do arguido e, seguidamente, a narração da acusação contra ele proferida? E como espectadores de televisão, como ouvintes de rádio e como leitores de jornais (tudo coisas que o decisor também é, inevi-

¹⁰ Note-se como o n.º 2 do artigo 374.º do CPP é “elástico” (permita-se a expressão) quanto ao alcance da motivação / fundamentação. Sobre esta questão, é interessante a ideia de Niklas Luhmann, nomeadamente na sua obra *Legitimation durch Verfahren*, de que as razões reais das decisões (experiências pessoais do juiz, estatuto diferenciado dos intervenientes processuais, por exemplo; e, podemos acrescentar, entre outros, antecedentes sociais e criminais, estereótipos, crenças, notícias) não são levadas à discussão, nem aparecem na motivação formal da decisão.

¹¹ Em bom rigor, deveria sempre ser explicitado, já que a decisão penal, para além da expressão clara dos factos e dos fundamentos de Direito que estiveram na base da decisão, deve também enunciar os meios probatórios que levaram a entidade decisora a decidir como decidiu e, bem assim, as regras da experiência, a lógica ou a razão em função das quais pelas provas produzidas se julgaram provados os factos com base nos quais se decidiu. O *iter* formativo da convicção, em suma.

tavelmente, descontada a possibilidade, meramente literária, da torre de Montaigne)?

Há, pois, que concluir que a aplicação do Direito ao caso concreto (ou, em coerência com o que em cima fica dito, talvez devamos dizer, melhor, a realização do Direito) pressupõe sempre o papel criador do juiz e que a pré-compreensão é um elemento incontornável da decisão judicial, como de todo o fenómeno de conhecimento. Razão pela qual devemos afastar todos os elementos que possam viciar ou orientar numa certa direção essa antecipação de sentido do binómio caso-norma, devemos procurar afastar todos “os meios de orientação do juízo do julgador”¹², pugnando pela “pureza” desse juízo, entendendo essa “pureza”, não como total (e impossível e indesejável, já se viu) alheamento do mundo, mas, por exemplo, como alheamento relativamente ao processo anterior à fase do julgamento, ou relativamente à vida do arguido anterior e posterior aos factos em apreço, quando não relacionada com tais factos, ou, diretamente para o que aqui me ocupa, em tudo o que respeita às notícias (por definição, incompletas, desequilibradas, quando não mesmo fantasiadas, sobre o caso) que vão surgindo, em especial as que respeitam a momentos da investigação, quando a defesa do visado ainda não existe ou, existindo, é incipiente.

Porque sabemos hoje que o momento da *applicatio* é o momento nuclear no Direito, seja este de filiação anglo-americana ou romano-germânica, devemos ter a preocupação de garantir, nesse momento mais do que em qualquer outro da construção do “edifício jurídico”, que os valores essenciais que são os de um certo ordenamento num dado momento estejam presentes, sendo certo que a imparcialidade, contendo também uma vertente fundamental de não contaminação pelos ruídos públicos acerca de um caso, é essencial nesse edifício de valores (e garantias) essenciais, constituindo pressuposto nuclear da função de julgar e condição básica de legitimidade e validade do processo.

E, aqui chegados, faço inteiramente minhas e sublinho as palavras de Maria Fernanda Palma, quando afirma¹³ que “*não podemos afirmar a possibilidade de realização, na sociedade, de uma ideia, quando forem criadas, formalmente, condições de obstrução efetiva da mesma*”. Na verdade, e por outras palavras, não devemos pugnar apenas, para o que agora nos ocupa, pela ausência de meios que conduzam diretamente à diminuição do alcance de um dado princípio jurídico, mas também pela ausência de meios que indiretamente conduzam a essa mesma diminuição. Como bem lembra Maria Fernanda Palma¹⁴ — referindo-se concretamente ao conceito de discriminação

¹² A expressão é de Maria Fernanda Palma, em *A Constitucionalidade do Artigo 342.º do Código de Processo Penal (O Direito ao Silêncio do Arguido)*.

¹³ Obra citada.

¹⁴ Obra citada. E dispenso-me de citar aqui Edward Herman e Noam Chomsky, para não ser suspeito de ir ideologicamente longe de mais, na obra onde explicam como se pode “fabricar”, sem especial dificuldade, o consenso (refiro-me a *Manufacturing Consent — The Political Economy of the Mass Media*).

indireta que tem sido tratado pela jurisprudência comunitária / europeia — é crescente a tendência para considerar como violações relevantes de determinados princípios condutas que só indiretamente os afetam, designadamente através da criação de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento, à sua plena realização.

Já se vê, pois, que não acredito nos tabus referidos, como disse, e que me custa aceitar que alguém verdadeiramente acredite — salvo sempre o devido e canónico respeito por quem pensa de modo diferente. E olhemos agora, como se impõe, mais de perto para cada uma das três realidades problemáticas.

IV.

A primeira delas prende-se, como disse, com o artigo 40.º do Código de Processo Penal, *rectius*, com o que nesse artigo (ou noutro lugar do CPP) falta, a meu ver, ou seja, vedar (impedir) a intervenção na fase da instrução a juiz que antes tenha decretado medidas de coação (e não curo aqui de outras intervenções, como por exemplo as buscas, matéria que também demanda reflexão).

A Constituição da República impõe claramente uma estruturação acusatória do processo penal, nos termos do seu artigo 32.º, n.º 5. Por outro lado, a Lei de Autorização dada ao Governo para legislar em matéria de processo penal impôs a máxima acusatoriedade (ainda que temperada com um princípio de investigação judicial). Ora, é comumente aceite que a estrutura acusatória do processo penal (para além de impor a vinculação temática) tem uma dimensão material, ou seja, implica a distinção entre as fases do processo, inquérito, instrução e julgamento, mas também uma dimensão orgânico-subjetiva, isto é, implica que as entidades a quem cabe dirigir as sobreditas três fases processuais penais sejam distintas, não podendo, nomeadamente, por um lado, ser a mesma entidade que investiga e acusa e que julga, e não podendo, por outro lado, ser o mesmo o juiz a quem compete a instrução e a quem compete o julgamento. E a entidade que julga e as entidades que investigam e acusam e dirigem a instrução não podem ser as mesmas precisamente para que a entidade que julga possa ter uma atitude imparcial, atitude que, naturalmente, não teria se tivesse feito a investigação ou dirigido a instrução. Não seria legítimo o Código de Processo Penal estabelecer um regime segundo o qual fosse o mesmo juiz a investigar, acusar e julgar, porque se o fizesse claramente quando o juiz viesse julgar a causa já teria os seus “pré-juízos”, os seus *preconceitos*, formados em relação à causa, uma vez que teria desenvolvido o esforço no sentido da investigação e da acusação.

A imparcialidade pode, precisamente, definir-se como a ausência de qualquer “pré-juízo” ou *preconceito* em relação à matéria a decidir ou quanto às pessoas afetadas pela decisão, devendo e podendo ser apreciada segundo uma dupla perspetiva ou aproximação, conforme se referiu. E para isso relevam

considerações de carácter orgânico, formal e funcional relativas ao Tribunal, ou seja, através da composição e organização funcional e estrutural do sistema, deverá ser garantida a imparcialidade do juiz (e deverão igualmente ser garantidos os demais princípios estruturantes daquele mesmo sistema).

Ora, foi isso precisamente que o legislador teve em vista no artigo 40.º do CPP, vedando nomeadamente que o juiz que julga seja o juiz que tenha decretado medidas de coação dos artigos 200.º a 202.º ou tenha intervindo na instrução. Parece tão claro que creio que não são necessárias mais considerações. Donde não se compreende a razão pela qual o artigo 40.º (ou outro lugar do CPP) não veda (como deveria vedar, a meu ver) que intervenha na instrução, nomeadamente no debate instrutório e na prolação do despacho final desta fase processual, o juiz que antes tenha sido chamado a intervir para efeitos de aplicação daquelas medidas de coação.

Com efeito, não vejo que não exista uma prescrição de imparcialidade para a fase da instrução, antes pelo contrário, tanto mais quanto mais se trata da primeira possibilidade verdadeira de o arguido contraditar em sede judicial a pretensão da sua submissão a julgamento e da sua condenação. Nem creio que seja de alguma forma defensável que não se aplica nesta fase uma exigência de imparcialidade. Ora, se assim é, como me parece que é, os riscos para a imparcialidade que advêm da anterior aplicação de medidas de coação que o legislador assinalou no artigo 40.º do CPP para o juiz de julgamento são as mesmas, *mutatis mutandis*, que existem para o juiz da instrução. Dito de outro modo, a anterior intervenção na aplicação de medidas de coação tanto pode abalar a imparcialidade (objetivamente, e também subjetivamente) do juiz de julgamento quanto a do juiz de instrução. Não vejo que haja diferença, pelo que só posso criticar o facto de o legislador não vedar expressamente ao juiz que antes aplicou medidas de coação ser o juiz de instrução no mesmo processo.

A não ser — o que não julgo aceitável, de nenhum jeito — que, afinal, a garantia judicial da instrução não deva ser uma verdadeira garantia judicial (logo marcada, entre o mais, pela imparcialidade), ou que na fase da instrução o legislador “suspenda” a estrutura acusatória do processo ou, pelo menos, aceite a possível perversão dos propósitos daquela mesma estrutura, ou ainda que pretenda que o juiz de instrução seja capaz de fazer o que o próprio legislador considera que para o juiz de julgamento não é possível, ou seja, que se alheie do que antes conheceu, pensou e decidiu em sede de medidas de coação, que exigem, recorde-se, uma indiciação forte (*cfr.* artigos 200.º a 202.º do CPP). Se para o juiz de julgamento isso é a quadratura do círculo, para o juiz de instrução não o é menos.

Não ignoro que, por exemplo, o artigo 43.º, n.º 2, do CPP prescreve que a intervenção do juiz em fases anteriores do processo fora dos casos do artigo 40.º pode constituir fundamento de recusa e escusa. Mas isso não me tranquiliza, e não é suficiente, pois, por um lado, trata-se de uma mera possibilidade (e não de um impedimento nos termos estabelecidos no artigo 40.º), e, por outro lado, essa possibilidade deve ser averiguada nos termos muito

(demasiado) exigentes do artigo 43.º, n.º 1, do Código (“motivo sério e grave”), termos esses que a nossa jurisprudência, como é sabido, tornou ainda mais exigentes, ao ponto de se poder dizer, sem correr o risco de exagerar, que raramente os Tribunais encontram motivo sério e grave adequado a gerar desconfiança sobre a imparcialidade. Às vezes até encontram motivo, uma vez ou outra motivo sério, mas motivo sério e também grave é muito raro — como bem sabe toda a nossa comunidade jurídica. Ao que acresce, finalmente, militando também para a minha opinião no sentido da insuficiência do artigo 43.º, n.º 2, do CPP, o facto de serem diferentes as consequências quanto aos atos praticados por juiz impedido e por juiz recusado ou escusado (*cfr.* respetivamente, os artigos 41.º, n.º 3, e 43.º, n.º 5, do CPP).

E vejamos agora a segunda questão em cima apontada.

V.

Como é sabido, os autos, no nosso processo penal, são materialmente unos, ou seja, as peças e os documentos relativos a todas as fases processuais constituem um só processo, no qual, à medida que os atos processuais se sucedem, vão sendo incorporadas as peças e os documentos processuais. Assim sendo, chegada a fase do julgamento, ao juiz de julgamento são presentes os autos, compostos, nessa altura, pelas peças relativas às fases processuais anteriores (inquérito e, se for o caso, instrução), para que ele proceda ao seu saneamento, nos termos do artigo 311.º do CPP. Ou seja, no início da fase do julgamento, a Lei não se limita a dar ao juiz a possibilidade de conhecer o que das fases processuais anteriores ficou (e essa mera possibilidade já poderia ser — é — problemática, pois o juiz tem à sua disposição, para leitura, nesse momento e até ao fim da fase de julgamento, tudo o que antes está documentado nos autos), mas impõe-lhe que o faça (pelo menos quanto a parte significativa do processo, a relevante para a decisão no âmbito do artigo 311.º), visto que lhe cabe sanear o processo. E depois disso, continua, repete-se, com o processo, todo ele, ao seu dispor, incluindo com o que não pode tomar em conta nos termos legais plasmados nos artigos 355.º a 357.º do CPP.

Ora, já referi *supra* como o primeiro contacto que o sujeito toma com o objeto é, em qualquer fenómeno de conhecimento, determinante. Viu-se igualmente que, em sede de decisão judicial, é inevitável a formação de “pré-juízos” por parte do julgador (e, aliás, por parte de qualquer outro sujeito a cujo conhecimento o processo seja oferecido), quando do(s) primeiro(s) contacto(s) com o caso. Viu-se ainda que esses “pré-juízos”, essa antecipação de sentido, condicionam (podem condicionar) a valoração dos factos e, bem assim, a heurística e a hermenêutica da norma, influenciando, *ipso facto*, a decisão final. Vimos também a relação entre a decisão e a motivação.

Ora, logo ocorre dizer que, então, o juiz de julgamento, ao ter o primeiro contacto com o caso trazido a julgamento, por meio do conhecimento dos

autos, em ordem ao saneamento do processo, forma (ou, pelo menos, pode formar, para os mais céticos acerca da questão da pré-compreensão) os seus “pré-juízos” sobre o mesmo caso. O que — cumpre concluir, em face do que se disse — é inevitável, por estarmos na presença de um fenómeno de conhecimento, que, de mais a mais, obriga a uma decisão, ou seja, que obriga à exteriorização, à comunicação do resultado. Sendo certo que esses “pré-juízos” são determinados pelo “estar-no-mundo” do juiz, pela “sociologia da ação jurisdicional”, mas também pelo modo como lhe aparece o caso trazido a julgamento. Se no conhecimento o sujeito e o objeto são interativos, então o modo como o objeto é apresentado ao sujeito é determinante para o modo como este o conhece.

Ponto agora é saber se o modo como esse primeiro contacto do juiz de julgamento com o processo ocorre e o modo como os referidos “pré-juízos” se formam (ou, concedemos, se podem formar) estão ou não em harmonia com a imparcialidade (numa das suas duas vertentes relevantes, ou mesmo em ambas), que aqui nos ocupa. E, antecipando a conclusão, cumpre dizer que a resposta é negativa. Na verdade, este primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso, por via dos autos, em ordem ao saneamento do processo, é, por um lado, um contacto “desequilibrado” (digamos assim), pois, em regra, nessa altura, o processo há-de conter mais suportes da acusação do que da defesa, sendo certo, por outro lado, que o conhecimento dos autos, em toda ou em parte da sua extensão, faz o juiz tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão. Vejamos em separado cada uma destas duas questões, ainda que muito brevemente.

No momento do saneamento do processo, é certo que dos autos constam as peças do inquérito, culminando este, em princípio, na acusação. Ora, sendo o inquérito uma fase processual de natureza inquisitória, onde o princípio do contraditório tem uma expressão diminuta, parece-nos inegável que, ao conhecer peças do inquérito (*maxime* o despacho de acusação), o juiz conhece, no essencial, o caso tal como ele é visto pela acusação. Ora, é sabido que a acusação é uma antecipação da decisão final, um projeto de sentença, sendo certo que, se o primeiro contacto do juiz com o caso é por via da acusação, o seu “pré-juízo” sobre o caso poderá ser um “pré-juízo” orientado no sentido do “caso da acusação”. De mais a mais, quando não houve instrução, não tendo o arguido — a não ser em sede de interrogatório no inquérito, o que é, deste ponto de vista, manifestamente limitado — exposto ainda o “seu caso”. A este respeito, não pode, aliás, deixar de referir-se o simbolismo do modo como se inicia, entre nós, a audiência de julgamento. Após os atos introdutórios, e não havendo lugar a exposições introdutórias (e diz-nos o nosso conhecimento, direto e “de ouvir dizer”, que raramente as há), identifica-se o arguido e o juiz lê ou resume ao arguido a acusação contra si proferida, perguntando-lhe em seguida o que diz ele sobre a mesma. Ou seja, a audiência não começa por uma apresentação da acusação por parte da entidade a quem cabe formulá-la e sustentá-la, isto é, o Ministério

Público, começa sim por uma apresentação da acusação pelo próprio julgador. O arguido é, logo no início da audiência de julgamento, não apenas um sujeito processual, mas o sujeito processual acusado, e não apenas do ponto de vista da entidade acusadora, mas também, de uma certa forma, do ponto de vista da entidade julgadora. E certo é também que o artigo 311.º do CPP impõe ao juiz, para o saneamento, uma particular atenção à acusação.

Parece, pois, incontestável que a primeira visão que o juiz de julgamento tem do caso trazido a julgamento é, fundamentalmente, a visão da acusação. E, de outro passo, cumpre assinalar que o juiz só tomará contacto com a visão da defesa algum tempo depois¹⁵ (bastante tempo depois, por vezes, atentas as vicissitudes de funcionamento de muitos Tribunais portugueses), no momento da apresentação de contestação (*cf.* artigo 315.º do CPP), ou só no momento da audiência de julgamento. E relevante é também o facto de, antes da audiência de julgamento, o juiz, caso tenha havido apresentação de contestação, não só conhecer em momentos diferentes a visão da acusação e a visão da defesa (a primeira sempre em primeiro lugar), como conhecer também as diligências probatórias da acusação em sede de inquérito, sem correspondência com diligências probatórias da defesa. (O que, aliás, também levanta problemas em matéria de presunção de inocência, de contraditório e de igualdade de armas, tudo temas que aqui não tratarei¹⁶.)

Os “pré-juízos” que o juiz pode formar (concede-se, uma vez mais, ao não afirmar que forma) poderão, não só ser orientados no sentido do “caso da acusação”, como poderão também não ser eficazmente contrariados pela defesa, quando esta chega ao seu conhecimento, dado o lapso de tempo que medeia entre uma coisa e outra e os mecanismos de formação e sedimentação dos fenómenos cognitivos. Ou seja, para além do carácter “desequilibrado”, quantitativa e qualitativamente, a favor do “caso da acusação”, do primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso, em ordem ao saneamento do processo, o que quero agora acentuar é que isso pode ser agravado pelo facto de (mormente nos casos em que não houve instrução requerida pelo arguido) acusação e defesa não chegarem ao conhecimento do juiz ao mesmo tempo, mas a acusação sempre primeiro (muito primeiro, o mais das vezes) do que a defesa.

E caso tenha havido também instrução (requerida pelo arguido), aquele contacto inicial do juiz com o caso submetido a julgamento também não será “equilibrado”. Em primeiro lugar, se é verdade que o arguido, ao requerer a abertura de instrução, tem a possibilidade de contrapor à tese da acusação a sua tese, não é menos verdade que, ainda assim, não deixa de haver um “desequilíbrio”, quantitativo e qualitativo, entre os suportes da defesa e da acusação constantes dos autos (a favor da acusação), adicionando às peças

¹⁵ Ressalvados os casos de instrução requerida pelo arguido, questão que adiante melhor se verá, e que, de qualquer modo, não altera significativamente os dados do problema.

¹⁶ E que tratei já, no meu citado *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido...*

processuais da instrução as do inquérito e adicionando ainda às diligências probatórias da instrução as diligências probatórias do inquérito levadas a cabo pelo Ministério Público, sem as correspondentes diligências probatórias da defesa — sendo certo também que o Ministério Público, apoiado na força e nos meios institucionais do Estado, tem uma certa superioridade relativamente ao arguido e tem meios que a defesa nunca terá.

Em segundo lugar, não pode ignorar-se a natureza da instrução e o modo limitado como esta se processa (desde logo na Lei, e amiúde ainda mais na prática), sendo de assinalar, a meu ver: por um lado, o contacto mediato que o juiz de instrução toma com grande parte das diligências probatórias (mormente a inquirição de testemunhas, muitas vezes realizada pelos OPC) e o facto de poder indeferir as diligências probatórias requeridas pela defesa; por outro lado, o facto de a lei determinar que para a pronúncia do arguido bastam indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, ou seja, o facto de uma decisão instrutória no sentido da pronúncia do arguido não necessitar de uma convicção de culpa deste, mas tão-só de um juízo indiciário. Ao que se soma, friso, a importância que um despacho de acusação e um despacho de pronúncia (ambos indiciários), juntos, poderão ter no que respeita à formação de “pré-juízos” por parte do juiz de julgamento, que tomará contacto com um caso que, vencidas as barreiras do inquérito e da instrução, se apresenta como um caso em que tudo aponta para a culpa do arguido¹⁷. Acrescendo, finalmente, mas não com menos importância, que várias regras da fase do julgamento impõem ao juiz especial atenção à acusação ou à pronúncia, mas não já ao requerimento de abertura da instrução formulado pelo arguido.

Assim se vê que, quer haja apenas inquérito, quer haja também instrução (requerida pelo arguido), o primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso trazido a julgamento, por via do saneamento do processo, é um contacto “desequilibrado”, pois, em regra, os autos, favorecerão, quantitativa e qualitativamente, a tese da acusação, em detrimento da tese da defesa. E esse desequilíbrio é, naturalmente, maior nos casos em que não houve instrução, embora a existência desta não resolva o problema.

Ora, este “desequilíbrio” poderá orientar os “pré-juízos” que o juiz de julgamento, nesse momento, forma sobre o caso, no sentido da tese da acusação, o que é suscetível de pôr em causa (objetivamente, sem dúvida, e nalguns casos mesmo subjetivamente, embora baste o problema na primeira vertente) a imparcialidade. E isto porque, se esses “pré-juízos” forem orientados no sentido da tese da acusação, formar-se-á (poder-se-á formar) no

¹⁷ Sempre digo, aliás, que considero a instrução, do ponto de vista da estratégia da defesa, o mais das vezes, não só inútil, como contraproducente — veja-se o que escrevi muito recentemente sobre isto, em “*Obituário da Instrução em Processo Penal*”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, setembro de 2016.

jugador uma “(pré-)convicção” de culpabilidade do arguido, ainda antes do início da audiência de julgamento.

E tudo isto se agrava, se levarmos em conta — conforme acima já aflorei — que, para além do contacto “desequilibrado” do julgador com o caso trazido a julgamento, no momento do saneamento do processo, a unidade (material) dos autos permite ao julgador — quer no momento do saneamento do processo, quer durante toda a fase do julgamento — tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão¹⁸.

Refiram-se, a título de exemplo, em primeiro lugar, os fundamentos de aplicação de medidas de coação, as diligências probatórias levadas a cabo em sede de inquérito pelo Ministério Público, as diligências probatórias levadas a cabo durante a instrução. Refira-se ainda, e uma vez mais, a importância que pode ter, no que tange a uma prefiguração pelo juiz de julgamento do caso *sub judice*, a conjugação de um despacho de acusação com um despacho de pronúncia; não é possível que daí resulte uma “pré-convicção” de culpa do arguido, pois se antes quem foi chamado a decidir sobre o caso assim entendeu? Refira-se também o relatório social do arguido (que não é, como devia ser, *guardado* para a fase do artigo 369.º do CPP, uma vez que vigora entre nós — teoricamente, nos termos da Lei — um sistema de *césure*) e, sobretudo, os antecedentes criminais do arguido (plasmados em CRC que já se encontra nos autos, embora também só releve para a pena).

E vemos posto em causa (ou podemos ver), por motivos óbvios, o princípio de que só valem em julgamento, nomeadamente para efeitos de formação da convicção do tribunal, as provas que tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência, pois dá-se ao juiz de julgamento a possibilidade de conhecer as diligências probatórias feitas anteriormente à fase do julgamento, as quais poderão influenciar a sua prefiguração do caso e a sua decisão final sobre ele — nos termos já repetidamente expostos —, sendo várias delas diligências probatórias que escapam ao estabelecido nos artigos 355.º a 357.º do CPP.

É isto, em suma, e da forma breve que este texto impõe, o que se me oferece dizer sobre este ponto, acrescentando apenas que estes problemas poderiam (e deveriam) ser evitados com um modelo próximo de alguns modelos de tipo anglo-americano, onde o Tribunal de julgamento não tem um

¹⁸ Não resisto, em exceção à regra geral a que aqui me propus (*cf.* nota 6 *supra*), a citar Figueiredo Dias, que no seu *Direito Processual Penal*, Vol. I, afirmava, ainda que de passagem, a propósito da instrução preparatória do Código de Processo Penal de 1929: “... aliado à circunstância de esta instrução fazer já parte do processo, ter valor relativamente aos atos processuais que se lhe seguem (nomeadamente o julgamento) e poder assim — através do conhecimento que dos seus resultados, integrados nos autos, venha a ter o juiz — condicionar ou influir o sentido da decisão final”. Mais adiante, o Professor, ao analisar a proposta de EBERHARD SCHMIDT de que, nos tribunais coletivos, apenas um dos Juízes conhecesse os autos e tivesse funções de investigação, admitia abertamente a formação de “pré-juízos” por parte desse juiz, com base no conhecimento dos autos, adiantando que os poderia comunicar aos demais juízes com intervenção no processo.

conhecimento prévio do processo relativo às fases instrutórias (*lato sensu*), nem tem um conhecimento do “caso da acusação” em um momento (muito) anterior ao momento em que conhece o “caso da defesa”, nem tem ao seu dispor autos materialmente unos; o que aqui e agora não posso desenvolver.

VI.

Finalmente, direi alguma coisa sobre a terceira realidade que aponte, a que tem que ver com o ambiente “sócio-mediático” que rodeia certos processos entre nós, e sobre ela não deixarei aqui mais do que um breve apontamento, começando por remeter para tudo quanto em cima disse sobre a força orientadora da convicção que os primeiros contactos com o tema do processo podem ter.

O interesse público por processos, em especial criminais, em Portugal (à semelhança, aliás, de vários outros países), veio para ficar. Começou, se bem me lembro, de um modo mais marcado, embora então ainda timidamente, na década de 90 do século passado e foi crescendo, tanto mais quanto mais, numa verdadeira mudança de paradigma, crescia o número de processos *white collar*. Esse crescimento acentuou-se tanto nos últimos anos, que hoje em dia, entre nós, a mediatização da justiça criminal em geral e de certos processos em particular é, ela mesma, um fenómeno, objeto de análise, de preocupação e, também, de notícias. Quando a notícia se torna notícia, isso é sinal de uma grande intensidade ou relevância da primeira. E amiúde é um sinal de preocupação, como creio que deve ser no caso que aqui nos ocupa.

Podemos não gostar, podemos lamentar as causas e, ainda mais, os efeitos, podemos achar que estávamos melhor num mundo antigo em que o sistema de justiça funcionava no recato. Pois podemos, embora entre o recato e a opacidade possa ir uma distância tão curta quanto a que separa a notícia do espetáculo circense ou do despudor carnavalesco. Ser a favor ou contra não altera que seja um facto. Mas, gostando ou não, o que não convém que se faça — desde logo, porque revela o grau de civilização de um sistema processual penal, mas também porque pode ser contraproducente — é reagir como a ave que não voa e é a maior espécie viva de ave, enfiando o bico e a cabeça na areia, crenes no aforismo dos tolos e dos fracos que sentencia que “*se longe da vista, longe do coração*”.

Olhemos então de frente para a coisa, porque ela está aí, vai ficar, e não creio que vá diminuir, antes pelo contrário. Aliás, hoje em dia, em certos casos e em certos órgãos de comunicação social, a liberdade já deu lugar à libertinagem, e de tal modo que sempre que se procura cercear um pouco esta (voltando à singela e saudável liberdade) logo vem um coro de harpias tão históricas quanto hipócritas, das quais *tutti quanti* têm medo que se pelam, deixando a banda continuar a passar. E enquanto a banda passa — e passa sempre mais depressa do que o sistema de justiça anda, mesmo quando ele anda muito depressa a toques de pingalim de quem não quer perder a boleia

mediática —, o seu ruído tem efeitos (ou — vá lá — pode ter, mas essa mera possibilidade basta, como vimos, para suscitar reflexão e apreensão em matéria de imparcialidade do juiz chamado a intervir no processo, seja em que fase for, mas mais marcadamente na fase do julgamento, atenta a natureza do mesmo).

E aqueles efeitos ou a sua mera possibilidade decorrem, precisamente, de tudo quanto se disse sobre a pré-compreensão e sobre os fenómenos cognitivos, sendo uma quimera — que não adere ao que a ciência ensina e a realidade comprova — julgar e dizer que existe uma *imunidade* de princípio por parte do juiz ao que se passa à sua volta, no que respeita ao ruído mediático sobre certos processos. Qualquer um de nós é *imune*? É o juiz diferente de qualquer um de nós? Aliás, não será por acaso que, por exemplo, em certos sistemas anglo-americanos quem decide a matéria de facto é apartado das notícias e do contacto com terceiros durante o julgamento, e fortemente escrutinado antes de ele começar sobre os contactos que antes teve com a mediatização do processo ou com pessoas nele intervenientes ou com ele relacionadas.

Eu não iria tão longe, sendo aliás certo que devo confessar que não sei exatamente como se resolve o problema, cuja existência decorre de um cadinho de fatores de diferentes naturezas, pelo que o ataque ao mesmo passará por enfrentar esses diversos fatores, e também por olhar sempre a fundamentação das decisões com a máxima exigência, pois a fundamentação é uma garantia nuclear do processo penal, é — como no título do livro de Marguerite Duras — uma verdadeira “*barragem contra o Pacífico*”. E naqueles fatores não assumem papel menor (i) a violação sistemática do segredo de justiça em certos processos, designadamente logo nos primórdios dos mesmos, (ii) a fuga por parte de alguns órgãos de comunicação social aos *standards* deontológico, cívico e processual penal básicos (assumindo-se como bandeira de “*um dos lados*” do processo), (iii) os travões estatutários anquilosados sobre a intervenção pública dos profissionais forenses e (iv) um ambiente sociológico, político e cívico propício à “condenação antes do julgamento”. *Et cetera*. O tema é complexo, delicado, de muito difícil solução. Não vale é a pena fingir que ele não existe.

Existe. O ruído mediático, e tanto mais quanto mais intenso e mais desequilibrado, pode gerar proximidade do julgador em relação aos factos *sub judice*, pode provocar empatia ou antipatia ou emoções comprometedoras da isenção ou, pelo menos, geradoras de dúvida legítima por parte dos sujeitos e intervenientes processuais e/ou da comunidade sobre tal isenção. Convenhamos, pois, que a questão da mediatização dos processos criminais também é, entre outros, um problema em sede de imparcialidade. Pelo menos, digamo-lo, e isso já será um grande passo em frente. Por mim, digo-o aqui, com todas as letras e com marcada intencionalidade.