

A (R)EVOLUÇÃO SILENCIOSA DO SISTEMA PENAL PORTUGUÊS

PAULO DUARTE TEIXEIRA

Resumo: o autor, do ponto de vista processual, debate a aplicação do regime de atendibilidade das declarações do arguido em audiência, expondo as principais querelas jurisprudenciais (aplicação ou não do artigo 354.º, n.º 4, do CPP e dever ou não de audição das mesmas em julgamento). Revela, também, alguns problemas práticos (irregularidades do auto de declarações e a sua elaboração). Depois, analisa o novo regime do artigo 328.º-A do CPP. Em termos substanciais, aborda a construção de uma diferente concepção de bem jurídico para os crimes de pornografia. De seguida, revela o reavivar de uma velha/nova polémica relativa às fronteiras entre as figuras da instigação e da autoria mediata no pacto para matar.

Palavras-chave: transportabilidade de declarações do arguido na fase de julgamento; confissão; declarações de co-arguido; leitura de auto em audiência; princípio da plenitude de assistência; imediação; concentração; oralidade; fundamentação de despacho que ordena a transcrição no registo; aplicação de norma registral no tempo; instigação; autoria mediata; pacto para matar; pornografia; menores; bem jurídico, concurso de crimes; base de dados pedófilos; proporcionalidade; adequação; inconstitucionalidade; registo criminal.

[Percurso normativo: artigos 144.º, 345.º, n.º 4, 328.º-A, 356.º e 357.º do CPP; artigos 22.º, 26.º, 30.º, 131.º, 176.º, n.º 1, al. d), e 177.º, n.º 1, do CP; Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto.]

1. PROBLEMAS PRÁTICOS DA ATENDIBILIDADE EM JULGAMENTO DAS ANTERIORES DECLARAÇÕES DO ARGUIDO

A Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro¹, alterou normas importantes do Código de Processo Penal (CPP), estabelecendo, no que aqui nos interessa, o regime de transportabilidade para julgamento das declarações do arguido prestadas nas fases anteriores. Esta solução polémica e controversa era, há muito, defendida pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP),

¹ Todos os arestos sem menção de outra fonte expressa constam da base de dados da DGSI, em “www.dgsi.pt”; os do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) estão disponíveis em “[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)”.

visando um processo penal “orientado pelo espírito de reforço da confiança dos cidadãos e das garantias efectivas das vítimas e dos arguidos”².

O legislador foi sensível a esses argumentos, consagrando, no art. 357.º, n.º 1, al. b), do CPP, que passa a ser permitida a leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido quando estas tenham sido proferidas “perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º”. Mais se estabeleceu que “as declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.º”. No art. 141.º do CPP, foi aditada uma alínea ao n.º 4, que impõe ao juiz o dever de informar o arguido “de que, não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova”.

Essa alteração legislativa deu origem a múltiplas análises³ e reacções, algumas clamando pela sua inconstitucionalidade⁴, irrelevância⁵ ou desadequação.

Superadas as críticas de inconstitucionalidade⁶ e reconhecendo-se que a dita alteração constituiu uma efectiva compressão à estrutura acusatória do

² Cfr. “<http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/11/Linhas-de-reforma-do-processo-penal.pdf>” (acedido em Agosto de 2017, tal como as demais fontes *online* citadas sem outra menção de data).

³ Cruz, Andreia, “A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal no domínio das declarações anteriores ao julgamento”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, (Outubro-Dezembro de 2013), pp. 1139-1224; Martins, Joana Boaventura, “Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, contributo para uma mudança de paradigma”, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014; Mendes, Paulo de Sousa, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, disponível em “www.idpcc.pt”; Mesquita, Paulo Dá, “A Utilizabilidade Probatória no Julgamento das Declarações Processuais Anteriores do Arguido e a Revisão de 2013 do Código de Processo Penal”, in “As alterações de 2013 aos Código Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?”, org. André Lamas Leite, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 133 a 152; Oneto, Isabel, “As Declarações do Arguido e a Estrutura Acusatória do Processo Penal Português”, disponível em “www.revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3253”; Paes, Adriana Dias, “Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português”, Coimbra, Almedina, 2007. Silva, Germano Marques da, “Notas avulsas sobre as propostas de reforma das leis penais (Propostas de lei n.ºs 75/II, 76/XII e 77/XII)”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 72, (Abril-Setembro de 2012), pp. 521-543.

⁴ Ordem dos Advogados, Parecer sobre a proposta de Lei n.º 77/XII, pedido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, disponível em “www.parlamento.pt”.

⁵ Cunha, José Damião da, “Aspetos da revisão de 2013 do CPP, algumas notas e apreciações críticas”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n.º 2 (Abril-Junho de 2013), pp. 237-276.

⁶ A única decisão, que conhecemos que abordou em concreto esta questão é o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 31.08.2016, proferido no processo n.º 225/13.9JACBR.C12016, Colectânea de Jurisprudência/Relações, 2016, tomo IV, p. 45, no qual se decidiu: “as modificações operadas pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro (Ref. 289/2013) no regime da utilização superveniente das declarações prestadas pelo arguido nas fases do processo anteriores ao julgamento não constituem compressões intoleráveis dos

processo penal, cumpre partilhar, apenas, algumas questões resultantes da sua aplicação prática.

1.1. Anomalias na realização do interrogatório

Uma questão curiosa foi suscitada no processo n.º 39/13.6GDGDM, do Juízo Central Criminal do Porto. No decurso do julgamento, foi formalmente exposto que as declarações de um dos arguidos, prestadas nos termos do art. 141.º, n.º 4, al. b), do CPP perante o Ministério Público (MP), foram efectuadas na esquadra policial perante Órgão de Polícia Criminal (OPC), após o que o arguido e o seu defensor assinaram esse auto, perante o Magistrado do MP, confirmando-o.

Não deixa de ser curioso que foi, precisamente, o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP)⁷ que propôs que as declarações prestadas perante OPC, com a presença de defensor, pudessem também ser usadas em julgamento, proposta essa que o legislador, prudentemente, não aceitou, consagrando, até, no art. 144.º, n.º 2, do CPP, que esse depoimento não pode ser delegado pelo MP em OPC. E bem se compreende essa cau-

*princípios do contraditório, da imediação e da oralidade. Com efeito, pressuposta a plena informação do arguido sobre as consequências da sua conduta processual, quando opta, de forma livre e voluntária e assessorado por todas as garantias processuais, por prestar declarações designadamente, na fase de inquérito, sabe o valor probatório que as mesmas manterão ao longo de todo o processo e as consequências que delas para si advirão, em qualquer circunstância. Como nota o Cons. Santos Cabral, “a posição do arguido perante os factos que lhe são imputados é agora perspectivada de uma forma global em relação a todo o processo desde o seu início até ao julgamento. Simultaneamente, o arguido tem conhecimento que as suas declarações têm igual valia, seja qual for a fase processual em que forem prestadas, o que, por alguma forma, é um reconhecimento da sua dignidade como sujeito processual (Código de Processo Penal Comentado, 2014, Almedina, pág. 591)”. Paulo Dá Mesquita, loc. cit., defende que: “a alteração do artigo 357.º, n.º 1, do CPP constituiu uma revisão cirúrgica que não envolveu reforma de princípios estruturais”, embora possa “constituir uma das expressões do reforço do adversarialismo no sistema processual português”. Todavia, “o sistema acusatório pode conviver com a regra para retornar à fórmula dos Miranda warnings, de que tudo o que disser pode ser utilizado contra si, sendo ao nível dos princípios do processo penal, essencial garantir que o arguido livremente prescindiu do seu direito ao silêncio, estava consciente da susceptibilidade de utilização probatória contra si do que disser e o Estado agiu com lealdade cumprindo todos os seus deveres de informação”. Acrescentaremos, apenas, que o TEDH tem afirmado que o arguido tem um direito ao silêncio e de não contribuir para a auto-incriminação (*Funke v. France*, §44), direitos esses que existem desde que é questionado pela polícia (*John Murray v. the United Kingdom*, §45). Tal direito pressupõe um dever de informação preciso e efectivo e assistência por advogado (*Brusco v. France*, §54), mas não é absoluto e pode ser renunciado (*John Murray v. the United Kingdom*, §47). Entre nós, e nesta matéria, veja-se a exaustiva exposição de Ramos Soares, Manuel, “Proibição de desfavorecimento do arguido em consequência do silêncio em julgamento — a questão controversa das ilações probatórias desfavoráveis”, *Revista JULGAR*, n.º 32 (Maio-Agosto de 2017), pp. 13 e ss..*

⁷ Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, “Parecer do SMMP relativo ao Anteprojecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal”, disponível em “<http://www.smmp.pt/?p=29575>”.

tela legislativa. Se o depoimento pode ser usado como meio de prova contra o arguido, importa ter completa certeza da sua fidedignidade. Neste caso, porém, não está em causa a delegação total do interrogatório, mas sim o procedimento de este, depois de redigido pelo OPC, vir a ser confirmado pelo arguido perante o MP, na presença de defensor. Estamos, assim, perante uma prática, por certo errada, mas que não parece violar a disposição do art. 144.º, n.ºs 2 e 3, do CPP.

De notar, porém, que esta prática afecta, no mínimo, a posterior valoração dessas declarações, nos termos do art. 127.º do CPP, pois o modo, local, sujeitos e forma como as perguntas são colocadas e as respostas foram, neste caso, transcritas condicionam materialmente o acto, bem como a sua posterior credibilidade. Por outro lado, poderá ser defensável que as exigências do art. 141.º do CPP constituem não meras formalidades processuais, mas exigência intrínsecas de validade do acto. Nesta perspectiva, quando o legislador impediu a delegação, pelo MP, da realização do interrogatório, terá pretendido que, pela sua especial importância, tal acto fosse integralmente realizado pelo magistrado, e não parcialmente delegado.

1.2. Falta de menção da indisponibilidade de meios de gravação

Resulta do n.º 7 do art. 141.º do CPP que, quando o depoimento não possa ser gravado, essa menção terá de constar do auto.

A razão de ser da exigência da gravação é a comprovação fiel e total do efectivo teor das declarações do arguido. Este vício parece não configurar, porém, qualquer nulidade, já que não é assim cominada na lei (arts. 119.º e 120.º do CPP), devendo, por isso, ser configurada como mera irregularidade, que estaria sanada nos termos do art. 123.º do CPP⁸.

Recentemente, nesta matéria, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 19.05.2015, proferido no processo n.º 404/14.1GCMFR-A. L1-5, decidiu que *“mesmo que o auto em causa (onde foram somente gravadas as declarações do arguido, promoção do MP, requerimento da defesa e decisão judicial acerca da medida de coacção) enfermasse de algum vício, este nunca poderia ser a nulidade, posto que o acto está materialmente*

⁸ Note-se que uma questão análoga foi largamente discutida e resolvida no que respeita à fase de julgamento, numa situação concretamente mais grave (deficiente gravação). Inicialmente, foi entendido, pelo acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 5/2002, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que esse vício constituiu mera irregularidade. Depois, a nova redacção do art. 363.º do CPP configurou a mesma como nulidade, sendo, actualmente, pacífico entre nós que essa nulidade está sujeita ao regime de arguição e de sanção composto pelos arts. 105.º, n.º 1, 120.º, n.º 1, e 121.º, todos do CPP, conjugados com o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro. Ou seja, a mesma terá de ser arguida nos 10 dias seguintes ao momento em que se o arguido dela teve conhecimento. Neste caso, se aplicável à situação, teria o arguido de vir arguir essa deficiência desde a data do interrogatório. Pelo que, mesmo nesta interpretação sistemática — que, note-se não é inteiramente análoga (aqui, as declarações existem, apenas foram escritas e não gravadas, sem menção do motivo) —, sempre a mesma estaria sanada.

documentado, sendo que a sua desconformidade formal apenas poderia redundar em irregularidade, nos termos do art. 123.º do CPP, dando direito, neste caso, à sua correcção (transcrição da gravação) na medida em que afectaria a sua validade e os actos subsequentes”.

Ou seja, parece-nos que a obrigação de na acta constar essa menção é uma norma de cariz operativo, que visa um controlo do funcionamento processual posterior. Mas não é essa omissão que, em si mesma, afecta a materialidade do acto. Esta é afectada pela utilização efectiva da transcrição ao invés da gravação das declarações, meio esse que deve ser a regra.

1.3. Leitura/audição das declarações no julgamento

No âmbito dos problemas práticos da aplicação deste novo regime, levanta-se a questão da obrigatoriedade, ou não, da sua leitura, em sede de audiência de discussão e julgamento. Nesta matéria, a lei parece ser clara, mas existe uma nova controvérsia judicial.

O acórdão do TRC de 04.02.2015, proferido no processo n.º 212/11.1GACLB. C1, considerou que, sendo essa leitura obrigatória, “[n]ão tendo sido lidas em audiência de julgamento as declarações prestadas pelo arguido no inquérito, a valoração das suas declarações constitui valoração proibida de prova, nos termos do art. 355.º do CPP”.

Mas, pelo contrário, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 14.09.2016, proferido no processo n.º 2087/14.0JAPRT.P1, considerou que “as declarações prestadas em primeiro interrogatório judicial pelo arguido, após ter sido advertido do disposto no art. 141.º, n.º 4, al. b), do CPP, porque integradas no processo, consideram-se examinadas em audiência e não têm de ser ali lidas para serem valoradas pelo tribunal na decisão final”. Em consequência do que valorou as mesmas, alterou a matéria de facto e condenou o arguido. Os fundamentos-base desse raciocínio foram o conceito amplo de documento, a analogia com as declarações para memória futura e a não violação do princípio da publicidade da audiência⁹.

No nosso entender, a posição deste último aresto visou solucionar, por certo, uma particular situação processual, mas não deverá ser aplicada noutras situações. Isto porque a obrigatoriedade da menção da leitura consta do n.º 9 do art. 356.º do CPP, que sanciona a mesma com a nulidade. Por seu turno,

⁹ Este aresto considerou que o arguido “depois de expressamente informado de que as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou não preste declarações em audiência de julgamento, o arguido, acompanhado do seu defensor, prestou declarações. A acusação indicou estas declarações como meio de prova. Apesar do silêncio do arguido na audiência, o detalhe, a espontaneidade e a precisão das informações prestadas associados à verificação do evento e à falta de qualquer outra explicação para a obtenção e detenção da vela de explosivo permitem-nos afirmar, à luz das regras da experiência (art. 127.º do CPP) que ele deteve e guardou, desde data não apurada e até 24 de Outubro de 2014, a referida vela de explosivo”.

decorre do art. 357.º, n.ºs 1 a 3, do CPP que a valoração das declarações prestadas pelo arguido devidamente informado nos termos do art. 141.º, n.º 4, al. b), do mesmo código exige a sua reprodução ou leitura em audiência de julgamento, para cumprimento do contraditório e, embora de algum modo limitado, dos princípios da imediação e da oralidade. Essas declarações, mesmo que “reproduzidas ou lidas em audiência”, não valem como confissão. Logo, a falta de leitura das mesmas implicaria a proibição da sua valoração.

Questão diversa será quando o teor dessas declarações não contém informação relevante (para todo o objecto da prova) e, por isso, as declarações anteriores não são utilizadas para a convicção do tribunal. Parece que, neste caso, a exigência da sua leitura é inútil e desnecessária, à luz do princípio da economia processual, sendo que a sanção (art. 355.º do CPP) não tem quaisquer consequências processuais (ou seja, as declarações já não foram usadas sequer como meio de prova).

Outra questão é a de saber se, fazendo menção na acta e com o acordo de todos os intervenientes, essa leitura/audição pode ser dispensada em julgamento. Parece que, tendo o arguido possibilidade de prescindir de direitos processuais bem mais graves (nomeadamente a interposição de recurso e a realização total ou parcial do julgamento através da confissão), poderá, querendo, prescindir também da leitura das suas próprias declarações anteriormente prestadas¹⁰.

1.4. Valor probatório das declarações do arguido nos casos em que este é julgado na sua ausência

Colocou-se a questão de saber se as declarações do arguido poderiam ser utilizadas como meio de prova contra este, numa situação concreta em que o mesmo, apesar de regularmente notificado, não compareceu nem justificou a sua falta. A questão poderia ser interessante, mas está expressamente solucionada no art. 141.º, n.º 4, al. b), do CPP, que dispõe que a advertência do arguido menciona que “*não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência (...)*”. Solução diferente não se compreenderia, pois, deste modo, o arguido, através da simples ausência da audiência, poderia destruir um meio de prova válido e pré-constituído.

Mais complexa é a questão da utilização dessas declarações quando exista separação de processos nos termos do art. 133.º do CPP¹¹. Mas, tendo

¹⁰ O TEDH julgou legítima a renúncia directa ou indirecta, expressa ou implícita, às garantias, desde que não afecte interesse público e seja esclarecida (*Hermi v. Italy* [GC], §73).

¹¹ No acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 181/2005 (disponível, como os demais deste tribunal, em “www.tribunalconstitucional.pt”), decidiu-se que não é desconforme à Constituição da República Portuguesa (CRP) a interpretação deste preceito (art. 133.º, n.º 2, do CPP) no sentido em que não é exigível o consentimento para o depoimento, como testemunha, de anterior co-

em conta que as declarações do arguido assumem natureza pessoal, quando prestadas nessa qualidade parece que não poderão ser usadas como depoimento testemunhal pré-constituído em outro processo. Por isso, a sua leitura, nos termos do art. 356.º, n.º 2, al. b), do CPP (por acordo), apenas se admite, sob melhor estudo, porque o estatuto de arguido que detinha quanto as prestou lhe concedia um âmbito de protecção superior ao de qualquer testemunha. Mas parecem só poder ser reproduzidas com base nessa norma e, por isso, com consenso dos intervenientes, estando sujeitas à natural valoração, nos termos do art. 127.º do CPP, da parcialidade/comprometimento da testemunha, anterior arguido, em relação aos factos em análise.

Outra questão nesta sede prende-se com a norma que impede que o tribunal considere as declarações anteriormente prestadas pelo arguido, reproduzidas ou lidas em audiência, como confissão (art. 357.º, n.º 2, do CPP). Parece-nos, porém, que esta norma visou, essencialmente, evitar que não seja produzida qualquer prova em julgamento, por forma a impor, não apenas um controlo material sobre a veracidade das declarações, como uma imediação do tribunal com os restantes meios de prova. Nesta interpretação, o que a norma impede é que o tribunal, tendo em conta as declarações do arguido em fase anterior, aplique a previsão do art. 344.º, n.º 2, als. a) e b), e, nessa previsão, ouça a gravação e passe “de imediato à fase das alegações”. Parece-nos que todos os restantes efeitos processuais e substantivos da confissão, caso a mesma esteja contida nas declarações e, por exemplo, o arguido não compareça em julgamento, devem e podem ser aplicados. Por um lado, esta é uma situação que só favorece o arguido. Depois, a *ratio* da norma é, precisamente, proteger o arguido, obrigando, neste caso, o tribunal a produzir os meios de prova existentes. E, por fim, os efeitos da confissão radicam nas normas substantivas e não no regime das declarações do arguido em fase anterior ao julgamento¹². Ou seja, esta norma apenas desloca os efeitos processuais da confissão do início para o final da produção de prova, não pondo em causa, por exemplo, uma atenuação da pena abstracta ou concreta.

1.5. Valor probatório das declarações quanto aos co-arguidos

Nesta matéria, o parecer da Ordem dos Advogados (OA)¹³ relativo a alteração legislativa mencionava, expressamente, a salvaguarda de que o

-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objecto de decisão transitada em julgado. Esta decisão afirma que o impedimento para depor cessa no caso de o co-arguido deixar de o ser no processo separado, por qualquer forma por que o procedimento criminal se extinga. Para mais amplos desenvolvimentos nesta matéria, cfr. Cruz, Andreia, *ob. cit.*, pp. 1180 e ss..

¹² Nesta matéria Rodrigues da Cunha, António, “A colaboração do arguido com a justiça — A confissão e arrependimento no sistema penal português”, *Revista JULGAR*, n.º 32 (Maio-Agosto de 2017), pp. 45 e ss..

¹³ A OA é peremptória em afirmar que nunca devem ser admitidas as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro, quando o primeiro se recusar a responder às perguntas que lhe são dirigidas, *apud* Cruz, Andreia, *ob. cit.*, p. 1212.

novo regime não poderia pôr em causa o direito do co-arguido previsto no art. 345.º, n.º 4, do CPP¹⁴. Note-se, aliás, que, no âmbito da alteração legislativa, a norma ficou intocada, o que apontava, desde logo, para a salvaguarda dessa situação. Acresce que, mesmo que nada se dissesse, o certo é que nas situações aí previstas o co-arguido nunca pôde utilizar o seu direito de contraditório. Por um lado, não esteve presente por si ou através do seu mandatário/defensor no momento em que as declarações foram prestadas e, por outro, em audiência o co-arguido exerceu também o seu direito ao silêncio coarctando, pois, esse contraditório. Por isso, parece ser simples concluir, com o acórdão do TRL de 19.07.2016, proferido no processo n.º 79/15.0JAPDL.L1-5¹⁵, que “(...) as declarações prestadas em inquérito, perante o Ministério Público, por um arguido, mesmo que lidas em audiência ao abrigo daquele normativo, não podem ser valoradas contra um co-arguido, desde que quem as prestou em inquérito exerça, em audiência de julgamento, o direito de não pretender prestar declarações”.

Porém, a questão passou a ser controversa, pois o acórdão do TRC de 18.11.2015, proferido no processo n.º 535/13.5JACBR.C1, decidiu que “[o] depoimento de arguido prestado em inquérito perante magistrado do Ministério Público, na presença do defensor, que não preste declarações em audiência de julgamento, pode ser lido em audiência de julgamento e está sujeito à livre apreciação da prova, desde que advertido nos termos do art. 141.º, n.º 1, al. b), do CPP, não estando ferido de falta de contraditório, inconstitucionalidade ou nulidade, relativamente aos co-arguidos incriminados com o depoimento, se assistiram ao acto de leitura e nada requereram”.

Em sentido oposto, igualmente no TRC, o acórdão de 31.08.2016, proferido no processo n.º 225/13.9JACBR.C1¹⁶, é claro ao afirmar: “[n]a parte referente ao co-arguido, essas declarações não podem valer como meio de prova, em prejuízo deste, quando o arguido declarante recusa prestar declarações em audiência, exercendo o direito ao silêncio, inviabilizando o exercício do contraditório por parte do co-arguido afectado por aquelas declarações”.

Mas o recente acórdão do TRP de 12.10.2016¹⁷, proferido no processo n.º 101/13.5JAAVR.P1, considerou que “[a]s declarações feitas pelo arguido em sede

¹⁴ No domínio do regime anterior à Reforma de 2007, o TC, no acórdão n.º 524/97, considerou que a norma do n.º 2 do art. 345.º ofendia o art. 32.º da CRP ao não garantir o exercício do contraditório ao co-arguido que no processo é alvo de declarações de outro co-arguido, em seu prejuízo.

¹⁵ No mesmo sentido, cfr. o acórdão do TRC de 21.06.2017, proferido no processo n.º 320/14.7GASPS.C1.

¹⁶ Colectânea de Jurisprudência/Relações, 2016, tomo IV, p. 45.

¹⁷ Pelo seu interesse transcrevemos a fundamentação relativa a esta questão: “[n]ada autoriza uma interpretação restritiva, por forma a limitar a aplicação do normativo dos arts. 141.º, n.º 4, al. b), e 357.º, n.º 1, al. b), do CPP ao declarante. Note-se, aliás, que não se diz que as declarações prestadas antes do julgamento podem ser utilizadas para condenar o declarante, mas sim que “poderão ser utilizadas no processo”, expressão que inculca a ideia de uma utilização ampla, designadamente a possibilidade da sua utilização na formação de um juízo probatório no sentido da condenação de outros co-arguidos. Mas a questão que, pertinente-

de primeiro interrogatório judicial a que foi sujeito na fase de inquérito, obtidas com observância daquelas formalidades (art. 141.º, n.º 4, al. b), do CPP) podem ser utilizadas pelo tribunal na formação da sua convicção mesmo em relação aos co-arguidos, desde que estes tenham acesso a tais declarações”.

Salvo melhor opinião, parece-nos que a solução desta querela estará na delimitação do princípio do contraditório, coadjuvado pelos elementos histórico e sistemático da alteração legislativa. Como já referimos, esta, ao deixar intocada a norma relativa às declarações do co-arguido (quando, note-se, alterou várias outras normas, nomeadamente os arts. 64.º e 356.º do CPP), e tendo conhecimento do parecer da OA¹⁸, indica, historicamente, que nenhuma intenção teve de alterar esse regime. Bastará dizer que a exposição de motivos¹⁹ refere, apenas, que “[a]s modificações que se propõem incidem, fundamentalmente, sobre o âmbito do poder jurisdicional na aplicação de medidas de coacção e sobre a possibilidade de, salvaguardados os direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio, as declarações que o arguido presta nas fases preliminares do processo serem utilizadas na fase de julgamento”.

Do ponto de vista sistemático, a posição que nega a aplicação do art. 345.º, n.º 4, do CPP atinge resultados incongruentes, pois concede maior valor às declarações prestadas em sede de inquérito do que às prestadas em

mente, tem de equacionar-se é saber se há alguma razão válida para assim não ser, isto é, para que se exclua a possibilidade de reprodução e, sobretudo, de valoração, como meio de prova, de declarações de um co-arguido prestadas nas fases preliminares do processo, e que na audiência exerceu (total ou parcialmente) o seu direito ao silêncio, em desfavor de outro co-arguido. Trata-se de um elemento de prova recolhido com recurso a uma metodologia em que o contraditório está, ab initio, excluído. Mas estamos perante aquilo que se designa por “provas repetíveis” (normalmente, recolhidas numa fase inquisitória do processo, em que não existe o contraditório e por isso não podem, sem mais, ser valoradas no julgamento, carecendo de ser renovadas ou produzidas de novo nesta fase perante o juiz, que deve poder formar a sua convicção independentemente da investigação criminal, e perante a acusação e a defesa) e há sempre a hipótese de reaproveitar um elemento de prova formado sem recurso a uma metodologia contraditória, através de mecanismos que permitam ao arguido atingir não só o conteúdo da prova como o processo que tenha levado à sua obtenção. É óbvio que o direito ao silêncio exercido na audiência pelo arguido declarante implica uma compressão do direito ao contraditório. Ainda assim, pôde essa prova ser devidamente contraditada pelos co-arguidos por ela afectados no momento em que os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade operam em pleno, ou seja, na audiência? (Neste caso o arguido) pode exercer o contraditório porque se procedeu à reprodução das declarações do co-arguido D, mas sobretudo porque a arguida/recorrente, antes do julgamento, teve acesso a essas declarações, conhecia o seu conteúdo e, necessariamente, sabia que elas poderiam vir ser, como foram, reproduzidas em audiência e contra si valoradas, pelo que pôde indicar e produzir prova que as contrariasse. Por outro lado, como já se aludiu, não pode ter-se por adquirido que o arguido D... se tenha recusado a responder a questões colocadas pela defesa da arguida B..., já que nenhuma pergunta lhe foi feita na sequência da reprodução daquelas suas declarações, porventura porque nada mais acrescentaria de útil à defesa desta arguida”.

¹⁸ Disponível em “<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID =37090>”.

¹⁹ Disponível em “<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID =37090>”.

juízo. Estas últimas ficariam sempre sujeitas ao limite formal do art. 345.º, n.º 4, do CPP quando as prestadas numa fase anterior, logo sem idênticas garantias e respeito pelo contraditório, não teriam o limite dessa norma. Ou seja, o co-arguido teria menos garantias de defesa perante as declarações prestadas em sede própria (juízo perante tribunal singular ou colectivo) do que perante as prestadas durante o inquérito (por exemplo, perante o MP).

Por outro lado, o princípio do contraditório, que decorre do art. 32.º da CRP, significa²⁰: “[o] dever e o direito de o juiz ouvir a acusação e a defesa relativamente a matérias objecto da decisão; o direito de audiência dos sujeitos processuais que possam ser afectados pela decisão, dessa forma lhes garantindo uma influência no desenvolvimento do processo; e, quanto ao arguido, o direito de este se pronunciar e contraditar todos os meios de prova e argumentos trazidos ao processo”²¹.

Por último, o recente acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 17.03.2015, proferido no processo n.º 117/08.3GBRMZ.E1, esclarece, também, que, para as declarações incriminatórias do co-arguido poderem valer, contra o arguido, em juízo, tem este de ter a efectiva possibilidade de o poder contraditar em audiência, de exercer um contraditório *pela* prova, e não apenas um contraditório *sobre* a prova. Ora, nesta situação, o co-arguido, ao ver-se confrontado com as anteriores declarações, que nem sequer ouviu anteriormente, fica materialmente impedido de as pôr em causa, interrogar ou contraditar. O *supra* citado acórdão do TRC de 31.08.2016 salienta, também, que “[o] exercício do contraditório relativamente a declarações de arguido não pode ser perspectivado sob um ponto de vista meramente formal, antes devendo sê-lo, sobretudo, sob o ponto de vista substancial. Por isso, se ele não passa exclusivamente pela formulação de perguntas ao arguido que prestou declarações em prejuízo de co-arguido — bem podem ser tais declarações contraditadas pelo oferecimento de outros meios de prova que as abalem — a possibilidade de questionar directamente o arguido declarante é tida pela lei como fundamental para a admissão da valoração probatória das declarações”.

Ora, o uso do silêncio é, já em si, uma recusa expressa a prestar esclarecimentos sobre toda a matéria da causa, incluindo as declarações prestadas em fase anterior. Concluimos, pois, sempre com o devido respeito por melhor opinião, que, nessa situação (silêncio ou recusa expressa), as declarações do arguido prestadas em fase anterior não podem ser valoradas contra os co-arguidos²².

²⁰ Cfr. Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 522 e ss.

²¹ Cfr., por todos, o acórdão do TC n.º 133/2010, que, a dado passo, afirma: “[d]ecisivo é que o arguido contra quem tais declarações sejam feitas valer não tenha sido impedido de submetê-las ao contraditório”.

²² Note-se que a questão já poderá ser mais duvidosa quanto ao depoimento na fase de instrução, ao qual os restantes arguidos e mandatários/defensores tenham comparecido e tenham podido exercer o seu contraditório (art. 292.º, n.º 2, do CPP).

2. A FISSURA NO PRINCÍPIO DA PLENITUDE DA ASSISTÊNCIA DO JUIZ

A famosa expressão de Kirchmann de 1847 — *“três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho”*²³ — é inteiramente aplicável à recente alteração ao CPP realizada pela Lei n.º 27/2015, de 14 de Abril. Este diploma introduziu o art. 328.º-A²⁴ do CPP, que estabelece excepções ao princípio da plenitude da assistência do juiz²⁵. Tal princípio, que decorre, por sua vez, dos princípios da mediação e oralidade, era longamente debatido na doutrina e jurisprudência, sendo afirmado em termos quase absolutos. Segundo Manuel de Andrade²⁶, a *“continuidade, da qual decorria a plenitude da assistência permite que a instrução, discussão e julgamento se façam seguidamente com o menor intervalo possível (princípio da concentração) realizando maior contacto entre o julgador e as provas. Estas virão a ser, geralmente, apreciadas por quem assistir à sua produção, sob a impressão viva colhida nesse momento e formada através de certos elementos ou coeficientes imponderáveis mas altamente valiosos”*.

Entendia a nossa jurisprudência²⁷ que esse princípio, nos termos da anterior redacção do art. 328.º do CPP, visava a concentração da audiência de julgamento, *“corolário dos princípios da oralidade e da imediação com decisivo relevo para a apreciação conjunta e esgotante de toda a matéria do processo, quer a concentração espacial, quer a concentração temporal, estão inequivocamente consagradas no art. 328.º, n.º 1”*. E, nessa perspectiva, *“salientava a superioridade do juízo presencial em tempo real permitindo a integral, directa e própria apreensão e compreensão do material probatório com o qual se sustentará a decisão de forma uniforme, a propósito do princípio da continuidade”*.

2.1. A referida alteração põe em causa esta situação, não apenas eliminando qualquer sanção para a interrupção da audiência por mais de 30 dias (actual art. 328.º do CPP)²⁸, mas regulando, no novo art. 328.º-A do CPP, que:

²³ *Apud* acórdão do TRC de 23.09.2009, proferido no processo n.º 413/06.4TATND.C1.

²⁴ O diploma decorre da proposta de Lei n.º 263/XII e o seu processo legislativo está acessível em [“https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38800”](https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38800).

²⁵ Segundo Lebre de Freitas, José, “Código de Processo Civil Anotado”, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 633, *“o princípio da plenitude da assistência dos juizes é um corolário dos princípios da oralidade e da 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”*.

²⁶ “Noções Elementares de Processo Civil”, 1976, p. 283.

²⁷ Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 11/2008, do STJ, Diário da República, 1.ª série, n.º 239, de 11 de Dezembro de 2008.

²⁸ Veja-se, nesta medida, o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 1/2016, do STJ, Diário da República, 1.ª série, n.º 2, de 5 de Janeiro de 2016, que concluiu o seu raciocínio

“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 colectivo 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.

[...]

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”.

De acordo com a exposição de motivos, quer da proposta, quer do diploma definitivo, este visou regular de forma distinta do processo civil o regime de substituição dos juízes, tendo em conta “a complexidade das matérias em discussão, o que leva ao inerente e inevitável prolongamento das audiências, aumentando o risco de, no seu decurso, virem a ocorrer vicissitudes pessoais intransponíveis dos magistrados judiciais. Nestes casos, a inutilização de todos os actos processuais praticados até esse momento é um resultado dificilmente compreensível, atendendo ao funcionamento colegial do órgão decisor, bem como à actual obrigatoriedade de gravação das audiências, sendo também contrária aos interesses da agilidade na realização da justiça e da economia processual”²⁹.

Note-se que o contacto directo do decisor com os meios de prova é/era um ponto estrutural do sistema português³⁰, de tal modo que o art. 355.º do CPP dispõe que não podem relevar para a formação da convicção do juiz quaisquer meios de prova que não tenham sido produzidos ou apreciados em sede de

“tradicional” com a simples menção dessa alteração legislativa, que, assim, pelo que se percebe, condicionou a sua decisão.

²⁹ Nessa exposição de motivos diz-se: “(...) [n]a verdade, sucede amiúde em processo penal os julgamentos efectuados por tribunal colectivo envolverem dezenas de testemunhas, que prestam depoimentos extensos, atenta a complexidade das matérias em discussão, o que leva ao inerente e inevitável prolongamento das audiências, aumentando o risco de, no seu decurso, virem a ocorrer vicissitudes pessoais intransponíveis dos magistrados judiciais. Nestes casos, a inutilização de todos os actos processuais praticados até esse momento é um resultado dificilmente compreensível, atendendo ao funcionamento colegial do órgão decisor, bem como à actual obrigatoriedade de gravação das audiências, sendo também contrária aos interesses da agilidade na realização da justiça e da economia processual. Consagra-se, deste modo, como regra, a solução do aproveitamento dos actos processuais praticados até ao momento em que faleceu ou se impossibilitou um dos membros do tribunal colectivo, admitindo-se a possibilidade de ser decidida a repetição de tais actos se as circunstâncias o aconselharem”.

³⁰ Acórdão do TRE de 25.03.2014, proferido no processo n.º 145/06.3GDTV.D.E2.

audiência de julgamento, encontrando-se nos arts. 356.º e 357.º do CPP um elenco taxativo das possibilidades de restrição do princípio da imediação³¹.

É certo que a necessidade de substituição de juízes era notória e evidente face à inusitada duração dos cada vez mais frequentes “megaprocessos” e que essa solução é frequente internacionalmente³² e estava, até, consagrada no nosso ordenamento para o tribunal de júri.

Mas, nessas soluções, a substituição de juízes em nada contendia com os princípios da imediação e da plenitude da assistência³³. Na nova norma, parece ser o oposto, ou seja, “*não se repetem os actos já praticados, a menos que as circunstâncias aconselhem a repetição de algum ou alguns dos actos já praticados*”. Esta redacção mereceu, por isso, acesas e justas críticas por parte da OA³⁴, de um parecer externo de Paulo Saragoça da Matta³⁵ e até mesmo do Conselho Superior da Magistratura, que, no seu parecer, considerou que a diferente composição do tribunal (colectivo/singular) não justifica a alteração do regime, já que “*no confronto entre os princípios da plenitude da assistência dos juízes e a sua derrogação, devem prevalecer aqueles*”.

É, pois, com surpresa que, desde a sua entrada em vigor até à data, tenha sido proferida, tanto quanto sabemos, apenas uma decisão de um tribunal superior sobre a mesma³⁶, mas na vertente mais pacífica, referente ao impedimento definitivo.

³¹ Albuquerque, Paulo Pinto de, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 893, refere claramente que essas normas assumem natureza excepcional.

³² Cfr. a regulamentação do código “tipo” das Nações Unidas para a ex-Jugoslávia, consagrada no Código de Processo Penal da Republica do Kosovo, em “<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/Criminal%20Procedure%20Code.pdf>”, que consagra, no art. 289.º, a possibilidade de serem designados juízes de reserva que assistem *ab initio* a todos os actos de produção de prova.

³³ Nos termos do Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, o tribunal de júri é constituído, desde o início, por 8 jurados (4 efectivos e 4 suplentes). E, nos termos do art. 1.º, n.ºs 3 e 4, desse diploma, “[o]s jurados suplentes intervêm quando, durante o julgamento ou antes do seu início, algum dos efectivos se impossibilitar, nos termos do n.º 2 do art. 16.º, n.º 4. Para os efeitos previstos no número anterior, os jurados suplentes devem assistir às audiências de julgamento para as quais tiverem sido seleccionados, só sendo permitida a sua intervenção em regime de substituição caso tenham comparecido a todas as sessões de julgamento antecedentes àquela em que a respectiva intervenção se tiver de efectuar”.

³⁴ Onde se afirma: “[m]as, então, os tão propalados princípios da imediação e da oralidade — tantas vezes e tão insistentemente invocados pelos Tribunais da Relação como justificação para não poderem alterar a matéria de facto dada por assente na primeira instância aonde, aqui sim, aqueles princípios, segundo afirmam sempre os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, se exercitam na sua verdadeira acepção e com toda a plenitude — passam a letra morta ou a revelar menor importância a partir de agora? (...) É, na perspectiva da Ordem dos Advogados, absolutamente intolerável que esta alteração possa vir a ser aprovada. Sobretudo pelos motivos explanados na exposição de motivos: a celeridade processual” cfr. “http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=135578&ida=138759”.

³⁵ Disponível em “<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38800>”, cfr. p. 35.

³⁶ Decisão singular, num conflito de competência, proferida no TRE, em 07.04.2017, no processo n.º 50/17.8YREVR. A norma em causa foi aplicada no processo n.º 39/13.6GDGDM, que correu termos no Juízo Central Criminal do Porto. No decurso do julgamento, por impedimento

Compreende-se a solução legislativa, na medida em que a gravação da audiência e a duração de determinados julgamentos criam problemas práticos de permanência e continuidade do tribunal colectivo, os quais, recorde-se, não são compartilhados pelos restantes sujeitos processuais legalmente substituíveis.

Todavia, uma outra solução simples e que em nada faria perigar os princípios da imediação, continuidade e oralidade seria o instituto do *reserved judge*, amplamente usado nos tribunais internacionais³⁷ e, entre nós, na *supra* referida lei do tribunal do júri. A intervenção destes juízes, é meramente subsidiária (na medida em que não intervêm em qualquer deliberação até à ocorrência do efectivo impedimento), mas plena e contínua na medida em que assistem a toda a produção de prova e estão aptos, pois, a deliberar sobre o objecto do processo com total conhecimento da produção de prova. É certo que tal medida, poderia pôr em causa a eficácia na gestão dos meios humanos disponíveis, mas salvaguardaria de forma mais efectiva as garantias de defesa do arguido e os princípios da oralidade, imediação e plenitude da assistência.

2.2. O Impedimento temporário

Das três situações reguladas (impedimento definitivo, impedimento temporário e transferência, aposentação), abordaremos apenas aquela que é, supostamente, mais frequente na prática: o impedimento temporário. Desde logo, face ao seu teor literal levantam-se as questões que se passam a enunciar.

a) O âmbito da substituição abarca o juiz presidente ou apenas os vogais?

Três argumentos simples apontam para a limitação do regime de substituição apenas aos vogais do tribunal colectivo. Em primeiro lugar, o teor

devido a baixa médica de uma das senhoras juízas adjuntas, foi esta, depois de dois adiamentos, substituída na composição do colectivo, por despacho transitado, nos termos do art. 328.º-A, do CPP, tendo todos os intervenientes dispensado a renovação da prova produzida, que se limitava, porém, às declarações iniciais gravadas de dois dos arguidos.

³⁷ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o estatuto do tribunal internacional penal para a antiga Jugoslávia, em "http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_1660_2006_fr.pdf", o estatuto do Tribunal Criminal Internacional do Ruanda (Resolução n.º 1431 (2002), de 14 Agosto 2002), em "http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf", e a regulamentação do código "tipo" das Nações Unidas para a ex-Jugoslávia, consagrada no Código de Processo Penal da República do Kosovo, em "<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/Criminal%20Procedure%20Code.pdf>", que consagra, no art. 289.º, a possibilidade de serem designados juízes de reserva para assistirem a todo o julgamento, por forma a intervirem, se necessário, na deliberação, caso ocorra o impedimento de qualquer outro. Regulamenta expressamente, no seu art. 311.º, que "*quando a composição do colectivo tiver sido alterada o julgamento começará desde o início, mas o colectivo, ouvidas as partes, poderá decidir não proceder à nova audição de testemunhas ou peritos e realizar de novo a inspecção judicial, mas proceder à leitura dos depoimentos prestados ou leitura da acta de inspecção previamente realizadas*".

literal da norma que expressamente afirma a impossibilidade “de um dos juízes adjuntos”. Depois, o argumento histórico, porque foi essa precisamente uma das questões suscitadas pelo parecer da ASJP³⁸, questão essa que se considerou clarificada no teor literal constante do projecto³⁹. Por fim, por razões sistemáticas, já que, sendo o presidente quem tem o encargo de elaborar o despacho que determina a substituição, nunca poderia ser ele o objecto dessa mesma substituição. Logo, por apelo até à natureza excepcional desta norma, parece seguro que o presidente do tribunal nunca poderá ser substituído temporariamente.

b) A substituição é única ou pode abarcar sucessivos juízes ao longo do julgamento sem qualquer limite?

Esta questão parece ser hipotética, mas, tendo em conta a duração de determinados processos, pode vir a colocar-se, na medida em que o teor literal da norma omite qualquer restrição temporal à utilização dessa substituição. Faz, aliás, parte do parecer da OA quando aí se pergunta: “[e] se o juiz substituto vier também a falecer ou a ficar permanentemente impossibilitado? Pode ser substituído novamente?”.

A resposta a esta dúvida deverá ser encontrada de acordo com os princípios gerais, segundo os quais a mesma assume uma natureza excepcional, na medida em que restringe um princípio geral. Se o princípio da plenitude da assistência dos juízes é um corolário lógico e necessário dos princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova, parece seguro que a composição do colectivo não pode mudar sucessiva e cumulativamente, em termos tais que o tribunal colectivo deixe de assumir a mesma natureza, quer na forma, quer na substância. Permitir que o julgamento termine, por exemplo, com dois vogais distintos dos iniciais, mantendo apenas a permanência do seu presidente, seria alterar de forma decisiva a composição do tribunal colectivo e transformá-lo, na prática, num tribunal singular, em que apenas o presidente teria a visão global e unitária do julgamento. Acresce que a dialéctica da deliberação — que, note-se, funda a existência do tribunal colectivo — iria desaparecer. Recorde-se, aqui, que o TC⁴⁰ ainda recentemente decidiu que o efectivo acesso ao tribunal colectivo constituiu um direito de defesa do arguido. Nessa medida, o parecer da ASJP, com o qual concordamos, foi claro ao considerar que, sob pena de inconstitucionalidade, a norma teria de ser interpretada restritivamente, de forma a permitir a substituição sucessiva de apenas um dos juízes adjuntos⁴¹.

³⁸ *Loc. cit.*, nota 2.

³⁹ Cfr. o *supra* referido processo legislativo, discussão na especialidade.

⁴⁰ Acórdão do TC n.º 174/2014. Veja-se, também, o acórdão do TC n.º 428/2013.

⁴¹ *Loc. cit.*.

c) Qual o teor da audição do juiz substituto e qual a validade jurídica da sua posição quanto à repetição da prova?

A norma estabelece que o juiz substituto seja ouvido sobre a repetição ou não dos actos probatórios já produzidos, mas nada estabelece sobre o modo como essa audição deve ser efectuada e as consequências da posição assumida. Tendo em conta que, até para efeitos de recurso, se trata de uma formalidade processual, parece-nos natural e lógico integrar essa audição e resposta no domínio da disciplina dos actos da audiência, mediante gravação da mesma, nos termos gerais dos arts. 362.º a 364.º do CPP. Questão diversa se colocará quando ocorrer uma posição oposta entre o presidente do colectivo e o vogal substituto sobre a repetição da prova. Note-se que a audição e posição sobre a necessidade de repetição da prova são pessoais (cabem ao vogal substituto), mas a redacção do despacho fundamentado que a determina cabe ao presidente. Numa hipotética situação de divergência, teremos de integrar a lacuna através do recurso, por analogia, ao regime da deliberação, aplicando, se necessário, as normas dos arts. 365.º e ss. do CPP, das quais resultará que a deliberação será efectuada mediante maioria de votos (art. 365.º, n.º 3, do CPP), sendo o despacho que ordena ou não a repetição da prova elaborado pelo “*presidente ou, se este ficar vencido, o juiz mais antigo dos que fizerem vencimento*” (que, nos termos da norma paralela do art. 372.º, n.º 1, do CPP, “*elaboram a sentença de acordo com as posições que tiverem feito vencimento*”).

d) Qual o regime aplicável ao regresso do juiz substituído?

O n.º 4 do art. 328.º-A do CPP dispõe que o juiz substituto continuará a intervir não obstante o regresso ao serviço do juiz substituído. À primeira vista, esta norma permitiria que os dois juízes adjuntos integrassem o colectivo⁴². Parece-nos que o sentido sistemático da norma só pode significar que o juiz substituído, mesmo que cesse o seu impedimento temporário, não pode integrar novamente o colectivo. Desde logo, porque o regime de deliberação não foi alterado por esta norma e, por isso, seria inexequível proceder à mesma com um número par de votos. É certo que a norma em causa parece ilógica, se for lida nestes termos⁴³, mas recorde-se que, no nosso entender, a mesma resolve, desde logo, eventuais conflitos de serviço entre os dois vogais (substituído e substituto), tal como a previsão idêntica do art. 605.º, n.º 2, do Código de Processo Civil que dispõe, também, que “[o] juiz substituto continua a intervir, não obstante o regresso ao serviço do juiz efectivo”. Logo, pretender que, com o regresso do juiz substituído, o colectivo passaria a integrar 4 juízes seria estender de forma desmesurada o teor literal da norma, sem qualquer congruência sistemática e teleológica.

⁴² Foi esta a interpretação de Paulo Saragoça da Matta, no parecer citado (nota 35), pág.48.

⁴³ Crítica de Paulo Saragoça da Matta, *loc. cit.*.

e) Qual o regime aplicável para determinar a repetição ou não repetição dos actos?

Esta é a principal e mais delicada questão.

Mas, para a integral compreensão da mesma, é necessário colocar em perspectiva a actual relevância do princípio da imediação, do qual decorre, naturalmente a necessidade de repetição ou não dos meios de prova.

Nesta matéria, teremos de notar que, actualmente, em muitos casos e de forma frequente, a mediação não é já total, devido à natureza dos meios de prova, aos meios de produção da mesma e aos avanços da tecnologia⁴⁴.

A prova científica e tecnológica (intercepções, gravações, filmagens, etc.) é, hoje, cada vez mais frequente, o que implica uma menor importância da prova testemunhal. Em segundo lugar, a própria forma de produção da prova (note-se, aqui, o depoimento por videoconferência, que é a regra no caso dos peritos e que é cada vez mais frequente no caso das testemunhas) implica um grau de mediação mais reduzido⁴⁵.

Depois, a imediação radica numa concepção apriorística de que essa é a única e melhor forma de apreender e avaliar, através do cotejo de linguagem unitária, corporal e gestual os depoimentos dos intervenientes.⁴⁶

Tendo isso presente, de acordo com a actual disposição prevista no art. 328.º-A do CPP, teremos sempre, com respeito por melhor opinião, de efectuar uma aplicação restritiva da letra da lei.

Na verdade, dizer-se que a regra é a não repetição dos actos já praticados (art. 328.º-A, n.º 2, do CPP) é uma conclusão que, aplicada acriticamente, pode violar de forma decisiva os princípios da plenitude da assistência, da oralidade e da apreciação da prova.

Note-se, aqui, que a análise teleológica sistemática e histórica do preceito demonstram precisamente o contrário.

Do ponto de vista teleológico, a concepção que vigora entre nós ainda é que a assistência directa do juiz é independente do registo fonográfico

⁴⁴ Veja-se a profunda análise desta matéria por Dá Mesquita, Paulo, “Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português — Convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova a imediação e a confiança nos juízes”, Revista JULGAR, n.º 25 (Janeiro-Abril de 2015), pp.109 a 144.

⁴⁵ Arts. 158.º, n.º 2, 317.º, n.º 1, e 350.º, n.º 3, do CPP. A teleconferência constitui, ainda, uma das possibilidades de inquirição das vítimas de violência doméstica (art. 32.º da Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio) e esse regime é a regra no caso da lei de protecção de testemunhas (arts. 2.º, al. c), 5.º e 6.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho).

⁴⁶ Salienta, nesta matéria, Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.* (nota anterior), p. 134: “[e]m Portugal, o valor facial da imediação persiste associado a dois pressupostos gnoseológicos: (a) a aparência e o comportamento não-verbal dos depoentes auxiliam o julgador de facto sobre a honestidade do testemunho; (b) o núcleo da veracidade dos testemunhos centra-se na honestidade. Mas, (1) por um lado, a tese de que, através das regras da experiência comum e do comportamento não-verbal se podem extrair conclusões fiáveis sobre a veracidade do testemunho é objecto de profundas dúvidas. (2) Por outro, a percepção dos sinais emitidos pela testemunha (alegadamente reveladores da sua integridade e segurança) revela-se carecida de relevo gnoseológico relativamente a testemunhas honestas e confiantes mas enganadas”.

(gravação) dos actos da audiência de julgamento, pois este, só por si, não garante nem preenche o princípio da plena assistência do juiz. Nestes termos, a convicção do tribunal (no julgamento da matéria de facto) é formada, para além dos dados objectivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, *“também pela análise conjugada das declarações e depoimentos, em função das razões de ciência, das certezas e ainda das lacunas, contradições, hesitações, inflexões de voz, (im)parcialidade, serenidade, “olhares de súplica” para alguns dos presentes, “linguagem silenciosa e do comportamento”, coerência de raciocínio e de atitude, seriedade e sentido de responsabilidade manifestados, coincidências e inverosimilhanças que, porventura, transpareçam em audiência, das mesmas declarações e depoimentos. Trata-se de um acervo de informação não-verbal, dificilmente documentável, mas (supostamente) imprescindível e incindível para a valoração da prova que seja produzida a fim de ser apreciada segundo as regras de experiência comum e lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica, pressupostos subjacentes à livre apreciação e convicção do julgador em análise crítica das provas que concorreram para a formação da sua convicção”*⁴⁷.

Depois, sistematicamente, a regra geral continua a ser enunciada no n.º 1 desta norma, assumindo as possibilidades de substituição clara natureza excepcional⁴⁸. Nessa medida, a recente anotação do Ex.mo Senhor Conselheiro Oliveira Mendes⁴⁹ é simples, literal e clara: *“o princípio admite excepções”*.

Do ponto de vista histórico, cumpre relembrar que a expressão “de preferência”, que constava do projecto (no art. 328.º-A, n.º 2 do CPP, nessa versão, previa-se que *“...a menos que as circunstâncias aconselhem, de preferência, a repetição...”*), foi eliminada. Poder-se-ia dizer que essa eliminação revela uma concreta intenção legiferante que terá optado pela não repetição dos actos. Note-se, porém, que não é essa a conclusão da análise histórica do processo legislativo. A densificação da cláusula geral foi efectuada após uma crítica formulada no parecer da PGR⁵⁰ que questionou *“essa expressão, dizendo que a margem interpretativa era demasiado ampla (...) e a mesma (...) deixará sempre dúvida sobre a alternativa à repetição dos actos, quando parece ser intenção do legislador que a repetição deva ter lugar quando as circunstâncias o aconselhem”*. Por isso, a eliminação não significou uma diferente opção pela preferência na repetição, visando, apenas, substituir uma cláusula geral, demasiado ampla, pelos critérios valorativos enunciados no n.º 7 dessa norma.

Ou seja, na sua aplicação prática, e apesar da eliminação da expressão “de preferência”, o colectivo deverá atender a que a regra geral contida no art. 328.º-A do CPP ainda corresponde ao princípio da plenitude da assistência do juiz, tal como expresso na epígrafe da norma e no n.º 1 desse artigo.

⁴⁷ Acórdão do STJ de 31.05.2012, proferido no processo n.º 12/09.9T2AND.A.C1.S1, entre vários.

⁴⁸ Art. 11.º do Código Civil e acórdão do STJ de 09.12.2014, proferido no processo n.º 04B2076.

⁴⁹ *Et all.*, “Código de Processo Penal Anotado”, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 1023.

⁵⁰ *Loc. cit.*.

2.3. Os critérios pragmáticos que limitam a não repetição dos actos

Os critérios legais estão apontados no n.º 7: “*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*”. Estes dizem respeito, fundamentalmente, a razões de celeridade e exequibilidade — e não razões de formação da convicção do tribunal e de salvaguarda do direito de defesa dos arguidos. Acresce que assumem natureza meramente indicativa, como resulta da expressão “nomeadamente”.

No nosso entender, a decisão de repetir ou não a prova deve ser condicionada, além do mais, aos seguintes testes ou critérios.

2.3.1. Critério da imediação

Se a regra geral (princípio da plenitude) visa efectivar o princípio da imediação, então este será o primeiro factor, e o mais relevante, na decisão de repetição ou não de meios de prova. Nesta medida, todos os actos já praticados que não impliquem qualquer mediação ou uma mediação limitada não devem ser repetidos. Será este, por exemplo, o caso dos esclarecimentos periciais, aos quais a linguagem silenciosa e comportamental é alheia, pois, recorde-se, não serão valorados tendo em conta esses factores. Será, também, o caso de todos os actos praticados por escrito e ainda o caso das declarações para memória futura. Em segundo lugar, não será útil repetir um depoimento através de um meio que garante a mesma ou menor imediação do que a já constante no processo através da gravação. Será o caso, por exemplo, de uma testemunha, entretanto ausente do país, cujo depoimento, a ser repetido, terá de ser prestado por carta rogatória, ou de outra que, beneficiando agora do regime de protecção de testemunhas, venha a depor com distorção de voz e imagem. Ou seja, se a imediação da repetição é igual ou menor do que do acto já gravado, não parece ser necessária qualquer repetição.

2.3.2. Critério da possibilidade

Este critério decorre do n.º 7 da norma em questão e está já contido no princípio da economia processual. Pressupõe que a repetição da prova seja possível material ou juridicamente ou adequada num juízo de proporcionalidade entre o resultado a alcançar e a actividade a desenvolver. Será o caso de testemunhas de difícil localização ou deslocação e cujo depoimento já gravado permite concluir da sua pouca ou nenhuma utilidade para o juízo probatório.

2.3.3. Critério da utilidade

Implica uma ponderação da qualidade da prova produzida. Poderá não se justificar a repetição de depoimentos testemunhais que nada ou pouco adiantam ou que, por exemplo, se revelam apenas de ouvir dizer. Podemos usar aqui um critério análogo ao da “regra 401” das “Regras Federais de Prova” (*Federal Rules of Evidence*) americanas⁵¹, nos termos da qual a prova necessária/útil é aquela que tem aptidão para que a existência ou não existência de um facto seja mais provável do que seria sem a sua utilização. Consagrou-se, aqui, uma relação entre o meio (prova) e o fim (facto). Logo, se, após a produção de prova, se revela que a testemunha, por exemplo, depôs longamente, mas nada de útil acrescenta ao objecto da prova, é evidente que este depoimento pode não ser repetido, por não ser útil. Será o caso de um depoimento de ouvir de dizer, dos casos em que as testemunhas já nada se recordam, etc.

De notar que este critério está, por exemplo, implícito no art. 340.º, n.º 4, do CPP, que pode ser aqui utilizado como uma ponderação análoga (mas mais restrita) da necessidade de repetição. Esta norma dispõe que a prova suplementar deve ser indeferida quando: “*b) as provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas; c) o meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou d) o requerimento tem finalidade meramente dilatória*”.

2.3.4. Critério da necessidade

Este critério coincide com o da utilidade, mas pode ser relevante se entendido como um juízo sobre o resultado já adquirido do meio de prova que terá de se repetir. Pressupõe, para sermos honestos, uma pré-avaliação da prova, do seu conteúdo e do seu hipotético alcance para o juízo probatório, de tal modo que a mesma possa ser qualificada como relevante/irrelevante. Enquadram-se aqui os casos de testemunhos que terão um conteúdo probatório, mas este será de escasso alcance, tendo em conta a avaliação da prova (por exemplo, confirmação de autos, reconhecimentos, etc.). Estamos, aqui, perante uma diversidade de meios de prova (com destaque para a prova testemunhal) que terão de ser aferidos em concreto e casuisticamente.

2.3.5. Critério da verdade material

No juízo da ponderação deverá ser preponderante o resultado material que se visa tutelar com a própria produção de prova, a obtenção da verdade

⁵¹ Em “https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_401”.

material através dos meios processuais legítimos. Colocar, pois, a celeridade à frente deste princípio será deturpar o escopo final do julgamento.

2.3.6. Critério da protecção dos direitos de defesa do arguido

Consabido que o arguido tem direito à prova, parece que a actividade que este, após contraditório prévio, repete importante e o seja objectivamente deve ser deferida. Nesta matéria, teremos de notar que, tratando-se de uma repetição, a conclusão será mais simples ou evidente do que a admissão de uma prova a produzir cujo conteúdo e consequências se podem antever, mas, na realidade, se ignoram nas suas totais dimensões.

2.3.7. Critério da celeridade

Nesta matéria, o n.º 7 do art. 328.º-A do CPP aponta alguns critérios. A data da prática do crime parece apontar para os riscos de prescrição, visando, por isso, uma adequação e proporcionalidade entre a actividade a desenvolver e o resultado a salvaguardar. A natureza do crime aponta para uma semelhante ideia de proporcionalidade.

2.4. Em conclusão, o essencial será proteger, em maior grau, a imediação e a percepção unitária e global da prova produzida⁵². Note-se, nesta matéria, que mais do que a gravação da prova, será a colegialidade do tribunal que permitirá efectuar uma triagem fundamentada da prova já produzida e da sua importância, juízo esse sempre submetido a contraditório prévio e que, no fundo, deve ser restrito, fundado e excepcional. De notar, aliás, que, nesse juízo, será sempre decisiva a opção do juiz substituto⁵³, pois, além de este ser obrigatoriamente ouvido, o despacho a proferir é passível de recurso, que, devido à alteração do art. 407.º, al. k), do CPP, efectuada pela Lei n.º 27/2015, de 14 de Abril, sobe imediatamente.

Logo, a opção por uma celeridade desmurada e infundada, consubstanciada na não repetição de meios essenciais de prova, pode não causar maior eficácia, mas antes, se não for usada com a devida cautela, provocar um efeito contrário com inúteis repetições de actos de julgamento⁵⁴.

⁵² Cfr. neste sentido, mais detalhadamente, Paulo Saragoça da Matta, *ob. cit.*, pp.50 a 53.

⁵³ Note-se que, também por isso, nos parece mais leal que todos os intervenientes conheçam a posição do juiz substituto, a qual, por isso, deverá constar da acta da audiência.

⁵⁴ Outro critério prático limitador decorre das normas deontológicas. Como salienta Fried, Charles, "A Meditation on the First Principles of Judicial Ethics", *Hofstra Law Review*, 2004, vol. 32, iss. 4, article 10, pp. 1227 e ss., "uma série de profissionais possuem códigos deontológicos, desde os médicos aos advogados, passando pelos cabeleireiros, agentes funerários, terapeutas sexuais e agentes imobiliários. Contudo, o que caracteriza de forma evidente as

3. “PACTO PARA MATAR”: A REABERTURA DOS LIMITES DA INSTIGAÇÃO

Se algo parece ser certo, na nossa prática judiciária, é a estabilidade dos acórdãos de fixação de jurisprudência, até alteração legislativa da norma cuja interpretação fixaram. Por isso se diz na gíria que para ir contra eles é preciso ter alma de Ícaro com asas para voar⁵⁵.

De entre tais decisões, um dos mais controversos foi o acórdão n.º 11/2009, do STJ, de 18.06.2009⁵⁶, onde foi fixada a seguinte jurisprudência: *“é autor de crime de homicídio na forma tentada, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos arts. 22.º, n.ºs 1 e 2, al. c), 23.º, 26.º e 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efectivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer acto de execução do facto”*.

Recorde-se que esse aresto foi elaborado com um número pouco habitual de votos de vencido e com extensas declarações de voto⁵⁷. Ali se analisou um caso em que *“[o] arguido encomendou a morte de uma pessoa a outrem, que definiu o montante monetário a receber do mandante pela prestação do facto, que o mandante aceitou, vindo a pagar-lhe parte daquele valor, e, dando-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, devendo a restante parte da quantia ser paga depois da execução do mesmo, tendo ficado convicto e na expectativa de que o facto seria praticado pelo executor”*. Considerando, sinteticamente, que *“o arguido ao delinear o plano criminoso contactando outrem para o realizar, ao entregar-lhe parte do montante estabelecido pelo pagamento do serviço letal, e, dando indicações relacionadas com a prática do facto, tinha plena intenção de causar a morte da pessoa visada, por intermédio de outrem (...)”*. E que, *“se o “homem de trás” mudar*

regas aplicáveis aos juízes é o poder “imenso” que estes possuem de interferir de forma irremediável na vida e no status dos restantes indivíduos”.

⁵⁵ Apesar de o teor do art. 445.º, n.º 3, do CPP expressar que *“a decisão que resolver o conflito não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, mas estes devem fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão”*. O certo é que só em situações-limite se pondera a alteração dessa posição (cfr. acórdãos do STJ de 03.04.2008, proferido no processo n.º 689/08, e de 28.10.2009, proferido no processo n.º 1012/08.1GLSNT.S1), sendo que, *“ante a publicitação de uma solução uniformizadora emanada do Supremo, sem embargo de situações-limite em que outra solução seja justificada pelas circunstâncias, só uma incompreensível teimosia poderá justificar, na generalidade dos casos, o não acolhimento pelas instâncias da jurisprudência fixada”* — Geraldês, António, “Uniformização de Jurisprudência”, em em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ager_MA_26301.pdf, pág. 6.

⁵⁶ Diário da República, 1.ª série, n.º 139, de 21.07.2009.

⁵⁷ Votos de vencido dos Ex.mos Senhores Conselheiros Carmona da Mota, Henriques Gaspar, Santos Carvalho, Rodrigues da Costa, Arménio Sottomayor, Souto de Moura e Maia da Costa.

*de ideias e comunicar ao aliciado que não pagará a prestação inicialmente proposta, ou que, afinal, já não pretende a execução do facto, o aliciado não cometerá o facto punível”. Pelo que quem tem nas mãos a última decisão sobre a execução do facto possui, do mesmo passo, aquele poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime, que é a quinta-essência do domínio do facto*⁵⁸.

Esta decisão foi objecto de um exaustivo comentário por Nuno Brandão⁵⁹, que incluiu a reprodução de todas as decisões proferidas nesse processo, nomeadamente a de 1.^a instância.

Este autor considera, além do mais, que “[m]esmo nos casos de autêntica autoria mediata, em que o homem-da-frente é efectivamente instrumentalizado pelo homem-de-trás, a regra deverá ser a de que o facto só se inicia para o homem-de-trás quando o homem-da-frente dá começo à execução. Não só porque, apesar de o executor actuar como instrumento às mãos do agente mediato, até aquele lhe dar início ninguém poderá garantir que a execução irá ser realmente levada a cabo, como também e essencialmente porque (...) a conduta do autor mediato e do executor devem ser vistas como uma unidade, como uma acção global”.⁶⁰ Acrescentando que “não reconhecer a instigação como uma modalidade de autoria, (consiste em) (...) ampliar (...) a categoria da autoria mediata para nela fazer entrar as situações de subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato, que, porém, reduzidas as coisas à sua forma mais simples, afinal se traduzem numa acção de determinação de um homem-de-trás sobre um homem-da-frente responsável e se identificam, numa perspectiva substancial, com a instigação”⁶¹. E concluindo que, mesmo que assim não fosse, “só porque a regulação legal da autoria mediata não contém qualquer especificação quanto a essa matéria do início da execução pelo homem-da-frente, (...) o procedimento interpreta-

⁵⁸ Os factos provados eram sucintamente que: “o arguido M delineou um plano criminoso no sentido de proceder à eliminação física da assistente, MT, sua mulher, e, para esse efeito, resolveu contratar uma ou duas pessoas que fossem capazes de levar por diante os seus intentos, mediante o pagamento de um montante a combinar, sendo que todos os pormenores para a boa prossecução de tal plano seriam por si determinados e ditados. Animado por esse propósito, o arguido contactou telefonicamente um estabelecimento comercial detido por pessoas de nacionalidade russa. Após uma fase inicial em que os russos SP e AZ pensaram que o arguido precisava de alguém que cuidasse de uma pessoa idosa ou doente, o equívoco cessou com a recepção de uma carta remetida pelo M, na qual eram fornecidos os primeiros elementos sobre a rotina diária do alvo e definidos os termos em que o homicídio deveria ser praticado, indicando a data e local da sua consumação, a arma a usar e o modo de execução e impondo a simulação do móbil do crime. No dia 29 de Maio, de manhã, o arguido voltou a telefonar, tendo obtido confirmação de que essa carta foi recebida. Nesse telefonema “quis saber se tinham já arranjado alguém para executar o serviço, tendo-lhe sido respondido negativamente”. Nessa mesma tarde o SP denunciou a situação à Polícia Judiciária”.

⁵⁹ “Pacto para matar: autoria e início de execução”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 18, n.º 4 (Outubro-Dezembro de 2008), pp. 531 a 605, em “<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/454>”, cuja numeração usamos.

⁶⁰ *Loc. cit.*, p. 40.

⁶¹ *Loc. cit.*, p.41.

tivo que se impunha seria o de indagar se a situação objecto de decisão — a de um agente mediato que contratou outrem, plenamente responsável, para matar uma terceira pessoa, mediante uma contrapartida, não se mostrando provado que esta tenha chegado a ser efectivamente colocada em perigo”.

Posteriormente, foi elaborada uma tese de mestrado sobre essa precisa matéria por Isabel Trocado⁶², que concluiu, também, que “[o] critério distintivo entre autoria mediata e instigação é o princípio da autorresponsabilidade. Na autoria mediata, o responsável criminal é o autor mediato, enquanto na instigação, quer o instigador, quer o instigado são responsáveis. Quando ambos os participantes são responsáveis, não se pode antecipar o início da responsabilização penal do mandante para momento anterior ao início da execução pelo homem-da-frente, pois o homem-de-trás, ao contratá-lo para matar, inquestionavelmente não o quer fazer por suas próprias mãos”⁶³.

Recentemente o acórdão do TRP de 10.02.2016, proferido no processo n.º 1898/09.2JAPRT.P1, decidiu não aplicar a doutrina fixada pelo acórdão de uniformização. Porque, no seu entender, *“nem todos os aliciamentos ou pactos para matar convivem com a relação de domínio da vontade e da acção do mandante sobre o executor. As situações de aliciamento ou de “pacto para matar” não são todas iguais (não só relativamente à quantidade dos actos preparatórios ou de execução a realizar mas também da qualidade da vontade dos agentes envolvidos). A responsabilidade por tentativa de homicídio do autor mediato, nas decisões condenatórias, revela uma antecipação e um alargamento contra legem do início da tentativa do autor mediato, já que os actos descritos são ainda preparatórios, não integráveis na alínea c) do n.º 2 do art. 22.º do Código Penal, pois não se verifica a “conexão de perigo” nem a “conexão temporal” para a vida da vítima. (...) Irreleva a existência ou não de acordo entre mandante e executor para a prática do homicídio, a que não se sigam acto ou actos idóneos a produzir o resultado típico, a morte”.*

Basicamente, este aresto fundamenta a sua decisão de divergência do acórdão uniformizador considerando que quando não existe execução ou início da execução por parte dos executores e, não sendo punida a instigação na forma tentada, os mandantes do crime não podem ser punidos como instigadores. Assim não será punível *“o comportamento do agente que contrata outra pessoa, para que esta mate terceiro, se ninguém chegou a praticar qualquer acto de execução do crime (matar) em virtude de a proposta formulada não ter obtido acolhimento e ainda se obtivesse, não terem sido praticados actos de execução”.* Termina considerando que, *“face ao nível de perigosidade que encerram estas situações e do bem jurídico vida aqui protegido, faria com certeza todo o sentido a previsão tipológica criminal da*

⁶² Monteiro, Isabel Maria Trocado, “Proposta de Homicídio — da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio”, dissertação de mestrado, Universidade católica do Porto, Maio de 2014, acessível em “<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/>”.

⁶³ *Loc. cit.*, pp. 37 e ss..

“proposta de homicídio”, podendo dizer-se que nos deparamos com uma grave omissão legislativa de punibilidade”. Este aresto foi objecto de recurso para o STJ, pelo que se irá suscitar novamente a questão de saber se a interpretação do acórdão uniformizador violou ou não o princípio da legalidade restringindo o critério legal da instigação⁶⁴.

Posteriormente a esse aresto, a aguardar decisão do recurso interposto pelo MP, foi proferido o acórdão de 1.ª instância do Juízo Central Criminal do Porto (UP1, J2), no processo n.º 1324/15.8T9PRT, no qual se decidiu absolver os dois arguidos da prática de um crime semelhante, considerando-se que a factualidade provada não permitia concluir pela existência de execução, pelo que se estaria, aqui, perante uma tentativa de instigação não punível. Neste aresto, não estará em causa, em rigor, a posição do acórdão uniformizador, mas, fundamentalmente, uma diferente factualidade que não atinge o grau da que condicionou esse mesmo acórdão.

Esta decisão da comarca do Porto salienta, além do mais, que: “*nem todos os aliciamentos são iguais havendo pois que atender, tendo em conta a riqueza concreta dos factos da vida e as distinções tipológicas e normativas a realizar, à realidade fáctica em que se fundam não só no que diz respeito à quantidade de actos praticados, sejam eles preparatórios ou já de execução, mas também à qualidade da vontade dos agentes envolvidos, sob pena de degradação do próprio conceito de autoria imediata e de desvalorização das situações que podem e devem encarar-se como instigação*”, concluindo que “*não obstante não se duvidar que os factos que se demonstrou terem sido praticados pelos arguidos são moralmente reprováveis, causadores de alarme social e poderem demonstrar personalidades criminalmente perigosas, o certo é que não integrando os mesmos qualquer crime descrito como tal segundo a lei penal vigente à data em que os mesmos foram praticados, por respeito ao princípio da legalidade criminal*”.

Por isso, a discussão sobre o enquadramento da situação do “pacto da matar”, nas suas diversas factualidades, voltou uma vez mais, a estar aberta, apesar do referido acórdão uniformizador.

4. O BEM JURÍDICO E O PROBLEMA DO CONCURSO DE CRIMES NO CASO DA DETENÇÃO/IMPORTAÇÃO/DISTRIBUIÇÃO DE SUPORTES COM ACTOS DE PORNOGRAFIA DE MENORES

É cada vez mais frequente a existência de processos-crime em que está em causa o cometimento fraccionado de centenas de crimes de distribuição, detenção ou comercialização de pornografia infantil, seguindo o entendimento

⁶⁴ Já após a elaboração deste artigo, foi distribuída a Revista Portuguesa de Ciência Criminal n.º 1 de 2017, que incluirá uma análise a este aresto, por Susana Aires de Sousa (“Contratado” Para Matar: O Início da Tentativa em Situações de Aliciamento: comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016”).

tradicional de que a cada menor representado nos vários suportes (em regra fotos ou vídeos) corresponde um bem jurídico pessoal violado⁶⁵.

4.1. O bem jurídico desta norma é tradicionalmente indicado como sendo *“não somente a autodeterminação sexual mas, essencialmente, o direito do menor a um desenvolvimento físico e psíquico harmonioso, presumindo-se que este estará sempre em perigo quando a idade se situe dentro dos limites definidos pela lei”*⁶⁶.

Por isso, a nossa jurisprudência tem sido maioritária a afirmar que, nesse caso, estaríamos perante um concurso real de infracções que deveria corresponder ao número de vezes que a acção praticada violou o bem jurídico protegido.

A solução “normal” para esta situação será a de condenar, mas comprimir as penas concretas e unitárias de forma a não exceder a moldura abstracta aplicável⁶⁷. E, em termos práticos, o número de crimes é aferido, desde logo na acusação, não pelo número de menores intervenientes nos actos, mas pelo número de suportes detectados (vídeos ou fotos).

4.2. A aplicação do instituto do trato sucessivo

Outra solução, de que é representativo o acórdão do TRE de 16.03.2017, proferido no processo n.º 72/15.3 JASTB.E1, é a de aplicar, aqui, a figura do crime de trato sucessivo e, conseqüentemente, imputar ao arguido a prática de um único crime. Esta solução funda-se, além de mais, em problemas

⁶⁵ Cfr. o acórdão do TRE de 16.03.2017, proferido no processo n.º 72/15.3 JASTB.E1, que analisou a prática de 539 crimes de pornografia de menores agravados, previstos e punidos pelos artigos 176.º, n.º 1, al. d), e 177.º, n.º 7, do Código Penal.

⁶⁶ Acórdão do STJ de 05.09.2007, proferido no processo n.º 07P2273. Cfr., ainda, o acórdão do STJ 12.10.2011, proferido no processo n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1. Ver, ainda, Albuquerque, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal”, Universidade Católica Editora, 2008, p. 487, nota 3, que afirma: *“o bem jurídico reside mais directamente na protecção da personalidade em desenvolvimento dos menores, entendida tanto numa dimensão interior (psicofísica ou moral) como noutra exterior (social ou relacional), embora não deixando de atentar, ainda que remotamente, na sua autodeterminação sexual”*.

⁶⁷ Acórdãos do STJ de 22.04.2015, proferido no processo n.º 45/13.0JASTB.L1.S1 (concurso entre abuso sexual e pornografia), de 12.10.2011, proferido no processo n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1 e de 22.4.2015, proferido no processo n.º 45/13.0JASTB.L1.S1 (condenação por 46 crimes em 5 anos de prisão indeferindo a aplicação do crime continuado), do TRE de 17.03.2015, proferido no processo n.º 524/13.0JDLSB.E1 (que condenou um arguido por: 105 crimes de pornografia de menores, previstos e punidos pelos arts. 176.º, n.º 1, al. d), e 177.º, n.º 6, do Código Penal, na pena de 2 anos e 4 meses de prisão por cada um deles; 3109 crimes de pornografia de menores, previstos e punidos pelo art. 176.º, n.º 4, do Código Penal, na pena de 3 meses e meio por cada um deles; e, em cúmulo jurídico dessas penas, na pena única de 7 anos e 6 meses de prisão) e do TRC de 11.11.2015, proferido no processo n.º 372/12.4TACLD.C1 (apesar de, no caso, ter absolvido o arguido).

processuais de determinação efectiva quer do número de condutas, quer do número concreto de vítimas que constam desses suportes⁶⁸.

Trata-se de uma situação frequente, tendo sido já analisada pelo acórdão do STJ de 12.06.2013, proferido no processo n.º 1291/10.4JDLSB, que afirma: “[o] crime de trato sucessivo serve também hipóteses de pluralidade de crimes, mas cuja prática conforma uma actividade, prolongada no tempo, em que se torna tarefa difícil, se não arbitraria, definir o concreto número de actos parcelares que a integram”^{69_70}.

De notar, porém, que essa aplicação não é pacífica e merece críticas nos casos de lesões a bem jurídicos pessoais⁷¹.

4.3. O crime único mediante a concepção de um bem jurídico transpessoal

Mas talvez uma terceira via seja mais simples, prática e dogmaticamente possível.

⁶⁸ Note-se, aqui, a dificuldade em determinar qual o real número de menores contidos em determinados ficheiros, na medida em que, por vezes, os seus rostos não são identificáveis (até pela resolução das imagens), sendo que a própria investigação identifica o número de crimes não pelo número concreto de vítimas, mas sim pelo número de ficheiros, que, recorde-se, podem repetir, ou não, esses mesmos menores. Na decisão de 1.ª instância analisada nesse aresto do TRE de 16.03.2017, foi expressamente referido: “[n]ão obstante, a condenação pela prática de milhares de crimes não se vislumbra razoável, desde logo, por não ter sido individualizado cada um dos downloads, e cada uma das partilhas”. Nos mesmos termos, o acórdão do TRE de 05.07.2016, proferido no processo n.º 255/13.0 TELSB.E1.

⁶⁹ No mesmo sentido, o acórdão do STJ de 29.11.2012, proferido no processo n.º 862/11.6TAPFR.S1, onde se pode ler: “[q]uando os crimes sexuais são actos isolados, não é difícil saber qual o seu número. Mas, quando os crimes sexuais envolvem uma repetitiva actividade prolongada no tempo, torna-se difícil e quase arbitraria qualquer contagem. O mesmo sucede com outro tipo de crimes que, tal como o sexo, facilmente se transformam numa “actividade”. A doutrina e a jurisprudência têm resolvido este problema, de contagem do número de crimes, que de outro modo seria quase insolúvel, falando em crimes prolongados, protelados, protraídos, exauridos ou de trato sucessivo, em que se convencionou que há só um crime — apesar de se desdobrar em várias condutas que, se isoladas, constituiriam um crime — tanto mais grave [no quadro da sua moldura penal] quanto mais repetido”.

⁷⁰ Aplicando a mesma figura do trato sucessivo, podem ler-se os acórdãos do TRE de 25.10.2016, proferido no processo n.º 562/11.7TASSB.E1, do TRP de 07.06.2017, proferido no processo n.º 481/14.5JABRG.P1 (situação distinta, pois tratou-se de condenação por um crime no envio de várias fotografias da mesma menor) e do TRL de 15.12.2015, proferido no processo n.º 3147/08.JFLSB.L1-5.

⁷¹ Cfr. o acórdão do STJ de 06.04.2016, proferido no processo n.º 19/15.7JAPDL.S1, que afirma: “se o resultado prático pretendido pelo legislador foi a supressão da benesse do crime continuado em caso de condutas contra bens eminentemente pessoais, também é inadmissível a punição dos crimes contra bens eminentemente pessoais como um único crime «de trato sucessivo», fccionando o julgador um dolo inicial que engloba todas as acções. Tal ficção constituiria uma fraude ao propósito do legislador. É evidente que o apelo à figura de trato sucessivo permite ultrapassar uma outra questão que é o da determinação concreta do número de actos ilícitos que devem ser imputados. Porém, esse é um tema que convoca a forma como se faz a investigação criminal e a diligência acusatória e não uma questão de dogmática penal”.

O crime de pornografia de menores é praticado por “*quem distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos que utilizem menor*” (al. c) do n.º 1 do art. 176.º do Código Penal) ou por quem “*adquirir ou detiver aqueles materiais com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder*” (al. d) do n.º 1 do art. 176.º do Código Penal).

A fonte da disposição (art. 176.º do Código Penal, introduzido pela reforma de 2007 — Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) é o Protocolo Facultativo de 25.05.2000 à Convenção Sobre os Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003, conferindo à pornografia infantil o significado, segundo o seu art. 2.º, al. c), de qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais, relativamente ao que se deveria garantir abrangência pelo direito criminal ou penal de actos de produção, distribuição, difusão, importação, exportação, oferta, venda ou posse (art. 3.º, n.º 1, al. c), daquele diploma) .

As Nações Unidas definem pornografia infantil como sendo qualquer representação por qualquer meio de uma criança em actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação das partes sexuais — art. 2.º, al. c), do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos da Criança, sobre o Tráfico de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia, de 2002.

E a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI, do Conselho da Europa, de 22.12.2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que, no art. 1.º, al. b)-i), define como pornografia infantil com crianças reais qualquer material pornográfico que as descreva ou represente visualmente “*envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas*”. Segundo a alínea a) do mesmo artigo 1.º, “criança” é qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade.

Mas, na modalidade de importação, detenção e exportação de material pornográfico, parece ser mais adequado configurar o bem jurídico não tanto como a autodeterminação sexual, mas sim como um crime de perigo abstracto (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de mera actividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

Nesta matéria, Maria João Antunes⁷² afirma ser “*duvidoso que o objecto da tutela seja, ainda a liberdade e a autodeterminação do menor (...). As modalidades de acção directamente ligadas ao comércio de material pornográfico justificarão antes a criação de um tipo penal autónomo, não inserido nos crimes contra as pessoas*”.

⁷² Antunes, Maria João, “Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, Revista JULGAR, n.º 12 (Setembro-Dezembro de 2010), pp. 154 e ss..

Ou seja, parece ser mais adequada a qualificação do bem jurídico não como a liberdade ou autodeterminação sexual, a qual foi violada pelos “actores das imagens”, mas, antes, de modo mais geral, a protecção da personalidade em desenvolvimento do menor, entendida tanto numa dimensão interior (psicofísica ou moral) como noutra exterior (social ou relacional).

A este propósito, salientam Pedro Soares de Albergaria e Pedro Lima⁷³, citando desenvolvidamente várias doutrina estrangeira: “(...) [d]ificilmente pode aceitar-se uma adequada ligação entre a detenção de material pedopornográfico e a lesão da liberdade ou autodeterminação sexual dos menores. Independentemente das formulações que se ensaiem para procurar estabelecer essa ligação, certo é que sob um ponto de vista retrospectivo a lesão já se consumou, sem concurso do detentor, quando este vem à detenção do dito material; de um ponto de vista prospectivo, é pouco convincente e mesmo forçado, nos termos que já vimos, assentar nessa detenção lesões futuras da liberdade ou autodeterminação sexual dos mesmos ou de outros menores. O bem jurídico não se encontra na área da liberdade ou autodeterminação sexual, mas antes, de modo mais geral, na da personalidade em desenvolvimento do menor, entendida tanto numa dimensão interior (psico-física ou moral) como noutra exterior (social ou relacional). (...) Afigura-se-nos, porém, que melhor se diria tratar-se aqui do recurso à dignidade humana entendida de modo supra-individual, em dimensão objectiva, i. e., referida à humanidade em conjunto ou a uma categoria de pessoas (in casu, aos infantes e jovens menores) e não a qualquer concreta pessoa (menor). (...) Bem jurídico protegido seria, assim, a “dignidade humana” dos menores, na esfera sexual, merecedores “no seu conjunto” de reconhecimento e respeito face à circulação de imagens e estímulos que os exponham a relações de mercantilização e aproveitamento”.

Segundo esta posição, não existe, pois, um problema de concurso de crimes, porque, em rigor, não estaremos perante um bem estritamente pessoal.

Em primeiro lugar, porque, nesta modalidade do crime de pornografia, não é normalmente o número de vítimas o critério a atender, uma vez que em causa está o objecto dessa acção, que não se confunde, propriamente, com determinada(s) pessoa(s), mas com a tutela do perigo decorrente da mesma.

Depois, porque, como salientam Pedro Soares de Albergaria e Pedro Lima⁷⁴, o bem jurídico, neste caso, assume natureza supra-individual e, por isso, não se pode considerar estritamente pessoal. No mesmo sentido, o acórdão do TRP de 17.11.2010, proferido no processo n.º 5/04.2AILSB.P1 considerou que “[n]o que respeita à problemática do concurso de crimes, cumpre referir que não partilhamos do entendimento de que haverá tantos

⁷³ “O crime de detenção de pseudopornografia infantil — evolução ou involução?”, Revista JULGAR, n.º 12 (Setembro-Dezembro de 2010), pp. 206 e ss..

⁷⁴ *Loc. cit.*

crimes como o número de vítimas. Este tipo legal de crime visa tutelar bens jurídicos traduzidos no interesse da comunidade em proibir a circulação, o acto de venda, comercialização, a simples transmissão de registos audiovisuais de carácter pornográfico com crianças com idade inferior a 14 anos. O legislador, através deste preceito, visou, também, resolver o problema da criminalização do tráfico de fotografias, filmes e gravações pornográficas com crianças baseado num bem jurídico supra-individual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma criança. Assim, não se aceita que a norma proteja interesses exclusivamente pessoais com a consequente multiplicação de ilícitos e de crimes”.

Em terceiro lugar, porque a anti-juricidade de comportamentos não se reporta à mera contagem naturalística de crimes cometidos, mas, antes, à negativa valoração desses comportamentos. Sob este prisma, será mais conveniente atender ao juízo de censura dirigido a essa actividade reiterada e habitual e não à identidade dos intervenientes concretos que, nalguns casos, não podem ser determinados e/ou contabilizados⁷⁵. Acresce, por fim, que a estrutura socialmente típica do crime de pornografia revela, em regra, uma reiteração de condutas, de tal modo que estas integram uma actividade, se não contínua, pelo menos homogénea.

Deste modo, configurando-se o bem jurídico do tipo em causa como não estritamente pessoal, mas sim de índole supra-individual, podem-se superar as dificuldades de determinação concreta das vítimas do crime e adequar a punição à habitualidade e reiteração própria desse tipo de criminalidade, sem que tal venha a constituir, na prática, uma atenuação das necessidades de prevenção⁷⁶.

5. DAS POLÉMICAS REGISTRAS À INTENÇÃO SECURITÁRIA

Sabemos que falar de registos só é menos enfadonho do que abordar questões relativas a custas judiciais. Mas, uma recente polémica, e uma omissão são reveladoras de actuais dialécticas da nossa cultura jurídica e de caminhos que parecem revelar já um direito penal da emoção com cariz securitário.

⁷⁵ Note-se, aqui, que, para sermos coerentes com a concepção do bem jurídico pessoal, a acusação teria de discriminar a identidade de cada menor que consta dos suportes, depois ter-se-ia de verificar se esse menor não consta simultaneamente de vários suportes, tudo isto em situações que integram milhares e milhares de fotos e/ou vídeos pornográficos, muitos deles com baixa resolução, não permitindo ver traços identificadores marcantes.

⁷⁶ Pois, tal como no crime de trato sucessivo e contrariamente ao crime continuado, não existe qualquer diminuição de culpa, antes a reiteração criminosa, revelando uma persistência da resolução criminosa, que demonstra, até, uma culpa agravada e que, assim, será medida de acordo com a reiteração de actos e respectiva ilicitude.

5.1. O registo dos criminosos “pedófilos”

O recentemente aprovado sistema de identificação de criminosos condenados por crimes sexuais contra menores (vulgo pedófilos), não mereceu, até hoje, tanto quanto resulta da nossa pesquisa, qualquer decisão de um tribunal superior ou do TC⁷⁷.

Essa Lei n.º 103/2015, de 24 de Agosto, criou um novo sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, o qual entrou em vigor em 24 de Novembro (art. 10.º, n.º 2, desse diploma).

Nos termos do art. 1.º, “[o] sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor constitui uma base de recolha, tratamento e conservação de elementos de identificação de pessoas condenadas por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor”.

O seu âmbito incluiu, nos termos do art. 2.º, “os cidadãos nacionais e não nacionais residentes em Portugal, com antecedentes criminais relativamente aos crimes previstos no artigo anterior”, sendo que o n.º 2 do mesmo artigo prevê que “[i]ntegram o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor as seguintes decisões: a) as decisões que apliquem penas e medidas de segurança, as que determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e as que declarem a sua extinção (...)”.

E as suas finalidades são, nos termos do art. 3.º, “[o] acompanhamento da reinserção do agente na sociedade, obedecendo ao princípio do interesse superior das crianças e jovens, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso, bem como auxiliar a investigação criminal”.

Todavia, essa lei, além da criação da base de dados, cria também novas obrigações para os condenados.

Assim, nos termos do art. 13.º, “[o] agente (...), após o cumprimento de pena ou medida de segurança, ou a colocação em liberdade condicional, tem o dever de: a) comunicar o seu local de residência e domicílio profissional, (...); b) declarar qualquer alteração de residência, no prazo de 15 dias; c) comunicar, previamente, ausência do domicílio superior a cinco dias e seu paradeiro. (...) 3 — Os deveres de comunicação, a que se refere o n.º 1, têm a seguinte duração, a contar da data mencionada na alínea a) do mesmo número: a) cinco anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de multa

⁷⁷ Para uma análise dos regimes de direito comparado veja-se Nunes, Ariana Barros Trévidic, “O sistema de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor”, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa Faculdade de Direito (Escola de Lisboa), em “<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20430/1/Final.pdf>”.

ou pena de prisão até 1 ano, ainda que substituída por outra pena, ou medida de segurança; b) 10 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 1 ano e não superior a 5 anos, ainda que substituída por outra pena; c) 15 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 5 anos e não superior a 10 anos; d) 20 anos, quando tiver sido aplicada ao agente pena de prisão superior a 10 anos.”

Acrescenta o art. 14.º, n.º 1, desse diploma que “[a] falta de cumprimento dos deveres de comunicação a que se refere o n.º 1 do artigo anterior é punida com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”.

Ou seja, essa nova base de dados de registo criminal implica novas e mais graves consequências. Assim, parece ser evidente que, apesar de estarmos perante direito supostamente subjectivo, e no seu teor literal o factor de conexão ser a data da decisão condenatória e não a da prática do crime, parece-nos que não pode ser aplicável a factos cometidos antes da sua entrada em vigor. Conforme salienta Figueiredo Dias⁷⁸, o registo criminal assume uma tripla natureza consoante a sua função concreta. Poderá constituir um meio de prova, quando estamos perante o acesso a anteriores condenações, natureza meramente instrumental, quando é usado para fins estatísticos, e natureza análoga à da pena, quando visa permitir o acesso administrativo.

Nesta situação, pelo menos a obrigação de informação referida no art. 13.º do referido diploma parece assumir uma natureza substancial, na medida em que impõe medidas de localização, baseando-se numa ideia de defesa social, ainda que, possivelmente, com contornos de prevenção.

5.1.1. Inscrição na base de dados de condenados por crimes anteriores

Tendo a medida assinalada efeitos, pelo menos, equiparáveis à de uma medida de segurança, parece evidente que assume natureza substancial e, por isso, coloca-se a dúvida sobre se este regime é ou não de aplicação retroactiva.

O TEDH, nos arestos *Bouchacourt v. France* (processo n.º 5335/06), *Gardel v. France* (processo n.º 16428/05) e *M.B. v. France* (processo n.º 22115/06)⁷⁹, considerou que não estava em causa a aplicação de uma medida de segurança, mas sim uma mera medida preventiva, pelo que a base de dados não violava o principio da legalidade (art. 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

⁷⁸ “Direito Penal Português — As consequências Jurídicas do Crime”, 1.ª edição, p. 645.

⁷⁹ Acessíveis apenas em língua francesa. De notar que não foi abordada a questão sobre o prisma da aplicação da lei penal no tempo, mas apenas da retroactividade de uma lei posterior (art. 7.º da Convenção), cuja violação foi afastada por se considerar que a medida era puramente preventiva e não uma pena ou medida de segurança.

Parece-nos, contudo, que, mesmo que assim não seja, sempre esse novo regime em bloco e em concreto é claramente mais desfavorável ao arguido. Por isso, nos termos do n.º 4 do art. 2.º do Código Penal, nunca poderia ser considerado e aplicado a factos anteriores. Note-se, aliás, que, mesmo que não se considere tal norma análoga a uma medida substantiva, sempre ficaria vedada a sua aplicação a qualquer processo iniciado antes da sua entrada em vigor, pois, mesmo que se considere, nesta parte, o registo como meramente adjectivo, nos termos do art. 5.º, n.º 2, do CPP, a lei processual penal não é aplicar aos processos iniciados antes da sua vigência quando implique um agravamento da situação processual do arguido⁸⁰.

Note-se, aqui, que as decisões do TEDH constituem o nível de protecção mínima, visando harmonizar a Convenção em espaços múltiplos, díspares e com diferentes enquadramentos culturais. Nessa medida, será sempre a legislação nacional, caso seja mais favorável, a que determinará, em concreto, o âmbito de protecção do cidadão perante o aparelho penal⁸¹. Ora, a redacção da nossa lei processual (para aqueles que defendam estarmos perante meras normas processuais) parece impor um limite temporal claro para a inscrição nessa base registral.

5.1.2. Da (in)constitucionalidade do regime

Mais importante do que esta questão é a dúvida sobre a constitucionalidade desse regime.

A favor da constitucionalidade, existem os argumentos esgrimidos pelo próprio legislador, que são:

- visa-se dar efectividade à realização de medidas de protecção de menores (Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto), em cumprimento do art. 5.º da Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças, implicando, pois, uma compatibilização prática dos direitos dos arguidos e dos direitos de prevenção de abusos sexuais de crianças;
- a norma visou transpor a Directiva n.º 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a qual incluiu também uma “obrigação de inibir os pedófilos já condenados do exercício de actividades profissionais que impliquem contactos regulares com crianças”;

⁸⁰ De notar que, se é seguro que esse diploma não regula termos processuais, todavia estabelece injunções e procedimentos que obrigam a um actividade procedimental a realizar no processo ou com comunicação ao mesmo (despacho, acto de registo e comunicações).

⁸¹ Veja-se, no mesmo sentido, Soares, Manuel Ramos, *ob. cit.*, p. 39.

- também a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa aprovou, em 21 de Maio de 2010, a Resolução n.º 1733 (2010), apelando a um reforço das medidas contra os criminosos sexuais, entre as quais figura a introdução no ordenamento jurídico de um registo de condenados por crimes sexuais, de forma a criar uma base de dados que permita o intercâmbio de informação entre autoridades, em conformidade com o princípio da proporcionalidade e os preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- por fim, citando a Proposta de Lei do Governo, “[e]sta iniciativa não surgiu isolada no panorama europeu, sendo inspirada nas experiências consolidadas do Reino Unido e da França, que criaram sistemas de registo de condenados com obrigações de comunicação periódica que permitem o controlo e a monitorização de deslocações ao estrangeiro e procuram prevenir o contacto profissional destes agentes com crianças. (...) “Ambos os sistemas foram objecto de análise pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em cinco acórdãos, tendo este decidido da sua conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente no respeito pelo princípio da legalidade, na dimensão «*nulla poena sine lege*», e no respeito pela vida privada e familiar, inscritos nos artigos 7.º e 8.º da Convenção. O Tribunal aceitou a natureza do registo enquanto medida preventiva da reincidência, não tendo considerado a inscrição no registo, e as obrigações de comunicação, como uma pena acessória”.

Acrescentamos, ainda, nós a favor desta posição que a própria razão de ser do registo, como salienta o acórdão do TRP de 07.07.2016, proferido no processo n.º 986/15.0TXPRT-A.P1, é “*um efeito da prática de um crime que reflecte a articulação e o equilíbrio entre uma ordem jurídica que contempla a socialização dos delinquentes como finalidade do sancionamento penal com as exigências de defesa da comunidade perante os perigos de uma possível reincidência*”.

Todavia, teremos de notar que, analisando as decisões do TEDH, as mesmas revelam uma realidade diferente da lei nacional.

No aresto *Adamson v. UK*, de 1999⁸², o TEDH considerou que não violava os arts. 3.º e 8.º da Convenção a obrigação do queixoso, anteriormente condenado pela prática de um crime sexual, de informar a entidade policial de alteração de nome e/ou morada, porque esses elementos (nome e morada) não eram públicos (apenas acessíveis pela entidade policial) e, por isso, não estava em risco de humilhação ou ataque público. Por seu turno, no aresto do caso *Gardel v. France*, de 2006⁸³, o TEDH decidiu que a obrigação de

⁸² Processo n.º 42293/98.

⁸³ Processo n.º 16428/0517. Em termos semelhantes, *Bouchacourt v. France* (processo n.º 5335/06) e *M. B. v. France* (processo n.º 22115/06), acessíveis apenas em língua francesa.

inscrição numa base de dados, ainda que por um período de 20 a 30 anos, não violava os arts. 7.º e 8.º, porque, para além de constituir uma medida preventiva e não uma pena acessória, não violava os direitos à privacidade dos condenados visto que: a) o condenado tem, na lei francesa, a possibilidade de pedir o cancelamento da inscrição por desnecessidade e a consulta da base de dados não é pública; e b) esses dados estão sujeitos a um dever de sigilo.

Ora, estes dois elementos não se encontram assim previstos na lei nacional.

Nos termos do art. 16.º, existe uma forma indirecta de acesso⁸⁴ e, nos termos do art. 15.º, não existe qualquer direito a pedir o cancelamento, mas apenas o de rectificar erros.

Será, talvez, útil recordar a crítica que Fernanda Palma⁸⁵ dirigiu a propósito da reforma penal de 2013, dizendo que as reformas “*não tinham na sua génese elementos empíricos que demonstrem, inclusive com dados estatísticos, quais os pontos de tensão (...), o que seria de grande importância para avaliar a pertinência das soluções preconizadas*”. Ou, como salienta Ariana Barros Trévidic Nunes⁸⁶, que as experiências americana e inglesa de base de dados semelhantes não comprovam empiricamente a diminuição de qualquer criminalidade deste tipo através do recurso a bases de dados.

6. CONCLUSÃO

Neste curto e limitado percurso, tentámos realçar a mutação do regime penal adjectivo e substantivo que, se não for uma revolução, é, sem dúvida, uma evolução estrutural. Desde a atendibilidade das declarações do arguido em fase processual anterior, que destrói uma prática consolidada de 30 anos e implica uma total reformulação da estratégia de defesa e, de algum modo, da própria investigação, passando pela criação de uma fissura no princípio quase sagrado da continuidade e plenitude da assistência dos juízes. Tudo parece estar em causa. Já era possível realizar uma audiência de discussão e julgamento sem a presença do arguido, ouvindo as testemunhas e peritos à distância e concluir por uma absolvição ou condenação sem olhar (olhos

⁸⁴ O art. 16.º, n.º 2, dispõe: “[o]s cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos, alegando situação concreta que justifique um fundado receio que na área de residência ou na área em que o menor frequenta actividades para-escolares ou nas imediações do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, resida, trabalhe ou circule habitualmente pessoa que conste do registo, podem requerer à autoridade policial da área da sua residência a confirmação e averiguação dos factos que fundamentem esse fundado receio sem que lhe seja facultado, em caso algum, o acesso à identidade e morada da(s) pessoa(s) inscrita(s) nos registo”.

⁸⁵ “Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal” (parecer), em “<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?bID=93773>”.

⁸⁶ *Ob. cit.*

nos olhos) qualquer pessoa. Passou agora a ser possível: alterar a composição do tribunal sem repetição de meios de prova; concluir que existe um bem jurídico social onde antes existia um pessoal; e proceder à inscrição de um condenado numa base de dados, impondo a este obrigações graves durante 20 anos.

É, pois, evidente que o sistema penal mudou, através de reformas consecutivas, por vezes desgarradas, com resultados díspares e, por vezes, incongruentes. Mas essa mudança revela, igualmente, a mudança da sociedade actual que o condiciona, mas que também o legitima.

Do certo (relações familiares, laborais, normativas e centros de poder) passamos para o incerto, líquido e fluído⁸⁷. O sistema penal, naturalmente rígido e previsível devido ao princípio da legalidade, transformou-se num ordenamento também ele permeável, aberto, flexível e lacunar (“o direito de mercúrio”). Por isso, o que se exige, hoje, ao juiz penal é muito mais do que anteriormente. Desde logo, a necessidade de, mais do que procurar apoio entre as 177.587 decisões jurisprudenciais disponíveis na principal base de dados, encontrar uma linha de conduta coerente baseada em princípios que lhe permitam optar criticamente. Depois, procurar alguma unidade sistemática, com base nesses mesmos princípios, para enfrentar as 34 alterações do CPP⁸⁸ e as 45 do Código Penal (a última das quais da Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto). Nunca esquecendo, conforme salienta Rudolph Bernhart⁸⁹, que “*existe uma linha tênue mas clara entre criação e interpretação do direito (...). Toda a decisão judicial combina interpretação e criação. Mas o papel do juiz, para evitar formas de activismo, deve desenvolver o direito passo a passo, sem se considerar um novo legislador*”.

⁸⁷ Zygmunt, Bauman, “A vida Fragmentada — Ensaios sobre a moral pós-moderna”, Relógio de Água, 2007.

⁸⁸ Dados da base de dados de legislação alojada em “<http://www.pgdlisboa.pt>”.

⁸⁹ Juiz do TEDH, entrevista de 2007 disponível em “<http://www.ejls.eu/2/18UK.pdf>”.