

AS REFORMAS PENAL E PROCESSUAL PENAL UM (OUTRO) OLHAR POR ENTRE AS NORMAS

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR
Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

1. As alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal (Leis n.ºs 59/2007, de 4 de Setembro e 48/2007, de 29 de Agosto), especialmente no que respeita ao processo penal, determinaram alguma intensidade no discurso crítico, mas, porventura, no imediatismo da intervenção, sem a espessura que a relevância das questões mereceria e sem a direcção que a centralidade dos problemas aconselharia.

Fechado o tempo do primeiro ciclo crítico – ou das críticas de primeiro ciclo – outras e diversas reflexões serão necessárias, exigidas pela natureza das matérias e pela relevância que assumem na estrutura do sistema jurídico.

Fala-se em reforma ou reformas.

A expressão, é, contudo, polissémica, merecendo algum cuidado prévio na análise.

Com efeito, em rigor, falar de “reforma” de um corpo normativo que tem de revelar uma unidade funcional e sistémica e necessariamente coerente, como são, ou devem ser, os instrumentos de codificação, supõe uma intervenção que pela natureza e amplitude reordene os modelos e introduza modificações na substância.

A reforma pressupõe uma nova, ou outra forma, modo ou modelo, substituindo uma coerência por outra coerência que comporte uma identidade própria.

Modificações ou reformulações pontuais, mesmo com alguma amplitude ou dimensão quantitativa, constituem ajustamentos para superação de bloqueios ou resolução de dificuldades de aplicação, ou de reordenamento das práticas, quando não de «más práticas», sem a natureza que possa ser erigida à dimensão qualitativa e sistémica de reforma.

A leitura conjunta das novas soluções num modelo de unidade interna e de coerência de resultado permitirá concluir se se trata de ajustamentos mais ou menos pontuais, ou se nos confrontamos com uma verdadeira reforma.

É esta leitura que me proponho.

2. É um dado de verificação empírica que cada maioria pretende deixar a sua reforma, como afirmação e marca de água de uma vontade política.

Nas sociedades da contemporaneidade, a formação e a afirmação da vontade política no reordenamento dos sistemas penais, têm estado muito condicionadas por intensas modificações dos paradigmas de compreensão de valores e referências que se pensavam sem tempo, com resultados traduzidos muitas vezes num legislar compulsivo ou em voluntarismo legislativo.

Na génese, uma agregação complexa de sentimentos difusos, desde a ansiedade social nascida das projecções, estatísticas e comunicacionais, de certos factores de massa - a soma exponencial dos pequenos e médios actos de criminalidade contra a propriedade e instrumentalmente contra as pessoas - , passando pelo pânico moral que parece ter-se apossado das sociedades confrontadas com representações do mal, ou do “mal radical”, sentido como verdadeira desordem cósmica (os fenómenos, adensados pela expressão comunicacional, da pedofilia e do abuso sexual de crianças), até

aos medos - o medo total que a dimensão do terrorismo em rede global hoje suscita.

A resposta discursiva - que constitui a primeira mensagem da reacção política - surge, em geral nas sociedades ocidentais, em registo dramatizador, em lógica de guerra ao crime e *real politik* de cultura securitária, com a exasperação da utilização do direito penal e dos seus mecanismos instrumentais como resposta imediata para a resolução dos conflitos, aquietação do pânico ou apaziguamento dos medos.

O discurso tornou-se redutor, reflectindo uma tendência para reduzir a questão da incerteza existencial a um problema de “ordem” - “law and order” - e de obsessão punitiva, numa lógica sacrificial.

Entre o discurso expansionista da cultura securitária e um modelo simbólico do direito penal fora de uma política criminal coerente, a distância é demasiado apertada.

A nova segurança é, nesta lógica, equivalente a direito penal: alargar e endurecer a intervenção do direito penal, como que criando um «novo senso comum penal». O direito penal para tudo serve e ao direito penal tudo se pede.

Mas a intensa, e cada vez mais expandida convocação do direito penal vem marcada por um novo paradigma desconstrutor de referências, pelo afastamento de princípios fundamentais que se pensavam sedimentados no património penal - necessidade, subsidiariedade de intervenção, *ultima ratio*, direito penal mínimo, defesa da eminente dignidade da pessoa humana.

A exacerbação da reacção social e a criminologia da vida quotidiana, que induz um voluntarismo legislativo, provoca inevitavelmente uma paralisia das mediações democráticas. Dependente da opinião, a democracia fica refém dos pânicos morais propagados em sociedades mediáticas.

O direito penal simbólico e o direito penal eminentemente funcionalista, em lugar de reforçar os valores comumente

sentidos como património necessário de coesão, descontinuum as referências e enfraquecem a função de suporte e inclusão de valores federadores, podendo descer a efeitos de ficção ou puramente utilitaristas, não assumidos como valores fundamentais na consciência social.

Os excessos de resposta, contudo, arruinam sempre a legitimidade e muitas vezes a eficácia.

A fuga para o direito penal - o “tout pénal” ou a “república penal” - altera o paradigma e fragiliza os modelos.

E, acrescente-se, traz colada a corrosão do espaço semântico das categorias penais.

3. Este “ar do tempo” em que as redensões penais se assumem como teologia, e que alguns definem como “populismo penal”, não parece, todavia, ter condicionado a intenção e as recentes soluções legislativas no Código Penal.

Diversamente, soluções que ficaram adoptadas parecem surgir em contra-ciclo, sem a firma expressa de concretização ou prossecução de uma ideia ou vontade de descompressão.

O reordenamento ficou, por regra, poupado a contaminações produzidas pelas reacções sociais e pelas influências da criminologia do quotidiano.

A Parte Geral do Código Penal, com efeito, consagrou soluções com maior amplitude e abertura a medidas alternativas, permitindo um mais largo espectro de possibilidades pelo alargamento dos pressupostos – multa de substituição; prisão por dias livres; em semi-detenção; instituição da permanência na habitação como modo de execução de penas de prisão de determinado limite.

Mas, sobretudo, com a afirmação de uma ruptura quase central na fixação dos novos pressupostos da suspensão da execução da pena de prisão, com a elevação do limite para cinco anos.

Deve saudar-se a solução, que vem permitir uma maior flexibilidade na utilização da medida de substituição. Mas a apli-

cação vai impor, certamente, uma recomposição dos métodos, não apenas no que respeita a maior exigência na averiguação dos elementos necessários à formulação do juízo de prognose favorável, mas igualmente nas diferentes abordagens prudenciais que serão aconselhadas pela leitura conjugada das imposições de prevenção geral como limite à suspensão da execução.

Sublinhe-se, no entanto, que as razões da nova abordagem, segundo a leitura por entre as linhas que a exposição de motivos da Proposta de Lei permite, remete, em muito, para questões relativas à execução que estiveram presentes nas medidas propostas pela Comissão de Reforma do Sistema Prisional.

Na parte especial, as alterações revelam uma linha de continuidade na apreensão dos valores e na interpretação das referências sobre as condutas que carecem de tutela penal – a afirmação da *ultima ratio*, que deve constituir a marca de um direito penal de valores, sem alastramento da fragmentaridade.

E também com continuidade na dimensão das molduras penais, sem a exasperação reclamada por algum discurso e pela manipulação política das vítimas que serve de razão para as políticas de endurecimento.

O legislador resistiu a cruzadas morais e populistas que podem romper os equilíbrios nos valores comuns que cimentam o Estado de Direito.

Não obstante uma ou outra concessão a expressões penais simbólicas («emotivo-conflituais» ou de *political correctness*, como a importunação sexual ou mesmo a especificação e a extensão típica da violência doméstica, em que as formulações parecem ceder demais à linguagem do tempo), a coerência e o equilíbrio nos valores protegidos mantêm uma unidade em redor dos consensos sociais relevantes na definição dos bens jurídicos e valores cuja afectação não é socialmente suportável, impondo tutela penal.

Mudança de paradigma – ou reconfiguração radical – poderá surpreender-se pela nova abordagem consequencialista nos crimes contra o património.

A admissibilidade da reparação consensual como causa de exoneração da responsabilidade criminal em alguns casos (nos mais típicos casos de furto - valor elevado e consideravelmente elevado, coisa transportada em veículo e guardada em gaveta, espaço fechado ou cofre) relativiza os valores e fragiliza as referências. Numa visão pragmática, é imolado o sentimento de desvalor de condutas que, por si, não deixam de ser socialmente muito desvaliosas, afectando regras essenciais de convivência e agregação social.

A privatização do direito penal contra a propriedade altera de forma marcada o equilíbrio dos valores estruturantes do Código Penal.

No mais que parece relevante, as alterações foram tributárias de compromissos internacionais e das obrigações que Portugal assumiu ao ratificar Tratados ou no âmbito da União Europeia.

Não será inoportuno salientar, neste ensejo, a profunda alteração que está já aí. O direito penal, que é certamente a «disciplina jurídica mais ancorada no aconchego dos conceitos, das regras, dos axiomas jurídicos e nas manifestações de soberania do Estado-nação» (FARIA COSTA, “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, Ano 136, Maio-Junho de 2007, p. 260), já não radica apenas na disponibilidade dos Estados.

O Tribunal de Justiça, em duas recentes decisões, veio afirmar expressamente a competência comunitária para impor aos Estados a adopção de medidas de carácter penal (no rigor, a definição de infracções no nível da competência comunitária), sempre que o recurso ao direito penal e o sancionamento de violações a disposições comunitárias, for considerado como necessário – estritamente necessário – à efectividade de desenvolvimento e execução de políticas comunitárias.

A dimensão instrumental e funcionalista do direito penal está, assim, assumida também como expressão da construção europeia, limitando o espaço de intervenção dos órgãos nacionais.

Novo, na dimensão de regime geral, apenas o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas e a definição correspondente das espécies de penas aplicáveis – artigos 90º-A a 90º-M.

A responsabilidade penal das pessoas colectivas ficou assim genericamente estabelecida e muito alargada, embora ainda referida a uma lista de crimes relativamente extensa.

E, de certo modo, com uma nova perspectiva ou alteração de paradigma. Alargou-se, com efeito, o âmbito de responsabilização penal das pessoas colectivas, que como construção dogmática um pouco instrumental e acolhida a ficções, estava pensada para organizações que operavam no mundo dos negócios, sendo, por isso, a criminalidade económica e ecológica o campo privilegiado de responsabilidade criminal.

E, nessa perspectiva, a responsabilidade das pessoas colectivas restringia-se a infracções cometidas pelos órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo.

Com a nova modalidade de responsabilidade por violação de dever de vigilância o legislador integrou no universo material da responsabilidade das pessoas colectivas tipos de crimes, que pela tipicidade, valores e construção são dificilmente pensáveis para fora das pessoas físicas.

Este alargamento, que no rigor define uma nova infracção, ou uma nova forma de participação atípica na infracção, para além de colocar problemas difíceis de construção dogmática pode transportar dúvidas sobre o princípio da proporcionalidade.

Heterogénea, com várias alterações dispersas de finalidades múltiplas, a intervenção legislativa constitui uma recomposição de um modelo, mas não uma reconstrução das essências.

No rigor, não atingirá a dimensão de uma reforma.

4. As alterações do CPP, por seu lado, de acentuada amplitude quantitativa e relevância qualitativa, aconselham uma outra análise em perspectiva geral sistêmica que é meu propósito considerar.

Se existem corpos normativos em que tanto o rigor das fórmulas como a coerência intra-sistemática dos modelos são verdadeiramente constitutivos, os códigos de processo penal serão os exemplos paradigmáticos.

A preexistência de princípios gerais (e fundamentais) de conformação, a interligação de várias fases nos procedimentos, a intervenção em competências conjugadas de várias entidades e sujeitos processuais, bem como, em outro nível de considerações, a apertada coordenação de soluções processuais com injunções constitucionais, aconselham especiais cuidados nas revisões, exigindo ao legislador acrescidas cautelas na prevenção de disfunções resultantes de afectação da harmonia inerente a um conjunto que só pode ser coordenado.

Os códigos de processo penal suportam mal a introdução avulsa de soluções pretendidamente pragmáticas ou aparentemente suscitadas por recitações pontuais de desvios de patologia, se tais soluções estiverem arredadas dos princípios estruturantes ou se traduzirem algum conteúdo não compatível com o equilíbrio, a coerência e a estrutura de um determinado modelo do processo.

Por exemplo, pequenas alterações pontuais e aparentemente sem relevante projecção externa, podem afectar momentos essenciais da estrutura acusatória; do mesmo modo, a introdução, em geral, da regra da publicidade afecta decisivamente o equilíbrio, a coerência e a conjugação lógica das sequências de um dado modelo de processo pensado e baseado no fundamento da reserva das fases preliminares.

Na metodologia de análise que proponho, referirei alguns pontos que me parecem de acentuada relevância – a questão da

publicidade das fases preliminares, as funções do juiz de instrução, a estrutura da fase de instrução e o regime dos recursos.

De par, algumas considerações também, em perspectiva sobretudo conceptual, sobre o que parece constituir um outro paradigma na interceptação de comunicações.

5. O CPP/87, estruturado essencialmente em três fases – inquérito, instrução e julgamento – seguiu um modelo em que as fases preliminares decorriam sob o princípio da exclusão da publicidade: o segredo de justiça, interno e externo.

Eram e são conhecidos os fundamentos do princípio da exclusão da publicidade, que, todavia, por circunstâncias externas que foram determinando alguma erosão teleológica, sofreram externa e culturalmente uma inversão significativa.

O segredo de justiça (ou, melhor, a exclusão da publicidade do processo preliminar), teleológica, estrutural e conceptualmente protegia a investigação. Só adjacentes se lhe colaram outros valores, relevantes, é certo, mas que, enquanto tais, têm meios e vias autónomos de protecção.

Hoje em dia, com algum desgaste teleológico, entende-se que o fundamento do segredo de justiça assenta numa tripla ordem de considerações e interesses, alguns em notória tensão dialéctica.

Serve o interesse do Estado na realização de uma justiça serena e independente, poupada a intromissões de terceiros e a especulações sensacionalistas que perturbem a serenidade e o rigor dos inquéritos, ou o interesse em evitar que o arguido, pelo conhecimento antecipado dos factos e provas, actue de forma a perturbar o processo dificultando o apuramento dos factos ou a reunião das provas; mas serve também o interesse ou o direito do acusado em não ver publicamente revelados factos que podem não vir a ser provados, prevenindo graves prejuízos para a sua reputação e dignidade, e ainda outros interesses, designadamente

dos presumíveis ofendidos, na não revelação de factos prejudiciais à sua reputação e consideração social.

Do ponto de vista do interesse público no exercício da acção penal – que deveria ser o único âmbito que o código de processo deveria cuidar – o segredo tutela a integridade e a eficácia da investigação.

No plano das pessoas, protege direitos quer de natureza pessoal – o bom nome, a consideração, quer de natureza processual – a presunção de inocência, como direito processual fundamental, inscrito na Constituição (artigo 32.º, n.º 2) e no artigo 6.º, parágrafo 2.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Na recomposição do regime da publicidade nas fases preliminares do processo nas recentes alterações (artigo 86º do CPP), o legislador, em meta leitura de intenção, resguardou ainda o essencial da função da exclusão da publicidade – a integridade da investigação. Resguardou-a, todavia, não pela regra, mas pela excepção, condicionada a concordância do juiz de instrução; esta inversão fragiliza as prioridades e desvaloriza a função do segredo, além de impor uma alteração radical das culturas e dos métodos de realização e direcção do inquérito.

Além disso, um modelo de regulação em que se revelam desvios de teleologia que podem ter sérios efeitos, o regime legal parece estabelecer como sanção funcional contra a direcção do inquérito uma excepção à excepção (artigo 89º, nº 6 CPP), quando se determina a publicidade de processo em segredo findos os prazos legais de realização do inquérito. Esta é uma previsão que perturba decisivamente o modelo, rompendo ao mesmo tempo com o equilíbrio que ainda pudesse ser encontrado no novo sistema.

O regime ficou, assim, complexo, de leitura reversa e com efeitos que certamente não serão positivos.

A uma perspectiva coerente substituiu-se uma outra regulação que, por modos que dificilmente se revelarão compatíveis, apenas por excepção admite salvaguardar a relevância primordial

da exclusão da publicidade para a integridade da investigação, tutelada, porém, não pela entidade a quem cabem a função e a responsabilidade pelo inquérito, mas pelo juiz de instrução.

Para além de todas as dúvidas e dificuldades procedimentais, as novas soluções traduzem uma alteração radical da coerência de um modelo de processo que expressamente se afirmou querer manter e respeitar.

E imediatamente em dois momentos essenciais, com projecção na concepção das funções do juiz de instrução de garantia e protecção de direitos fundamentais.

A inversão do princípio da exclusão da publicidade obrigará, necessariamente, a recomposições na realização do inquérito. Os órgãos de polícia criminal, sob a direcção do Ministério Público, irão, por certo, reordenar métodos e estratégias, redefinir prioridades, perspectivar resultados segundo prognose de eficácia ou de êxito, reservar ou preservar fontes, sobreestar processualmente na exposição precoce dos meios de prova, no acomodamento que é possível com uma leitura da intenção legislativa que não favorece o resguardo da eficácia, que constitui uma finalidade e valor marcantes nas fases preliminares, designadamente no inquérito.

O resguardo na informalidade, na prioridade das actividades de inteligência, e o recurso acrescido a espaços pré-processuais nos casos de maior complexidade de investigação tenderão a ocupar o lugar da reserva que algumas investigações necessariamente pressupõem e exigem. Recorde-se que se mantêm em vigor os caminhos abertos pela Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, em que, a coberto da prevenção, que é uma noção complexa e com perímetro difuso, estão admitidas e implícitas as possibilidades de resguardo de elementos de prova contra o risco da exposição processual.

6. Mas onde o novo regime se afasta decisivamente da concepção do anterior processo penal, será pelas novas competências que, nesta parte, ficaram cometidas ao juiz de instrução.

Prevendo para o juiz de instrução a competência para autorizar que o processo decorra sem publicidade na fase de inquérito, e para confirmar, ou não, a decisão do Ministério Público que determine a exclusão da publicidade, a solução legal corta radicalmente com o paradigma anterior não apenas quanto ao modelo estrutural do processo preliminar, mas muito também sobre a base teórica e dogmática da concepção das funções do juiz no inquérito.

No processo penal português o juiz de instrução está funcionalmente vinculado à protecção dos direitos fundamentais e de garante da realização das concordâncias práticas no processo entre valores fundamentais conflitantes.

É, verdadeiramente, um juiz das liberdades, intervindo directamente ou autorizando actos que afectem a liberdade e direitos de matriz constitucional relativos à integridade pessoal, à privacidade das comunicações, à preservação do direito á reserva pessoal do domicílio e à protecção de segredos de interesse público.

Na coerência do modelo do processo penal português, o juiz de instrução não deveria nunca ser activa ou negativamente comprometido com o êxito, eficácia ou os resultados da investigação.

Por isso, se a exclusão da publicidade no inquérito tem como primeira finalidade a garantia da integridade e da eficácia da investigação, envolver o juiz de instrução na questão do segredo ou da exclusão do segredo resulta, de facto e em rigor, em associar o juiz ao êxito ou ao fracasso da investigação.

Tal competência introduz uma contradição intrínseca e insuperável no estatuto do juiz de instrução.

Com efeito, na publicidade ou no segredo, seja enquanto regra ou como excepção, não estão, por si mesmos, envolvidos direitos fundamentais que ao juiz de instrução cumprisse salvar.

Esta matéria, tão evidentes as coisas são, não deveria merecer muito espaço de discussão.

Se nas fases preliminares, especialmente no inquérito, a exclusão da publicidade preserva a integridade da investigação, que deveria ser a sua primeira, decisiva, ou porventura até única função, a intervenção do juiz de instrução como juiz das garantias e das liberdades não assume qualquer sentido nem no plano dos princípios, nem no plano funcional.

Não se identificam, aqui, de facto, quaisquer direitos ou garantias que cumpra salvaguardar.

Os direitos de personalidade, de reserva da intimidade ou ao bom nome estariam, em si mesmos, salvaguardados pela exclusão da publicidade, e por isso, neste aspecto e nesta finalidade, a intervenção do juiz apenas se justificaria às avessas, isto é, para determinar a exclusão e não para não aceitar a exclusão da publicidade.

Os direitos de defesa, por seu lado, não estão aqui implicados na dimensão da exigência constitucional de intervenção de garantia do juiz, uma vez que a exclusão da publicidade nas fases preliminares, mesmo no que respeita ao segredo interno, não afecta o essencial de direitos processuais fundamentais que ao juiz cumpre estritamente salvaguardar.

A construção do novo regime e as soluções consagradas revelam, assim, uma alteração radical de modelo, tanto no que respeita ao valor e às finalidades do princípio da exclusão da publicidade, como também da função do juiz de instrução.

O novo regime contém, em si, elementos ou um núcleo de contradição e inversão sistémica, que produzirá, muito provavelmente, dificuldades de compatibilização, ou pior, disfunções e incongruências no interior do processo.

Posicionar o juiz de instrução, que seja apenas neste aspecto, no centro de decisões com consequências operativas, ou atribuir-lhe competências que, no rigor e na descodificação das aparências, se apresentam como verdadeiramente sancionatórias (processualmente sancionatórias) relativamente às entidades que

realizam ou dirigem o inquérito (como é o caso de prorrogação dos prazos do inquérito para poder ter lugar a exclusão da publicidade), altera decisivamente a função do juiz de instrução e introduz uma perturbação intensa na coerência do processo.

As soluções são, em muito, anti-sistémicas e, mesmo aparentemente pontuais e localizadas, podem criar o risco de romper os equilíbrios e de implosão prática do modelo, com consequências devastadoras no plano da operacionalidade, da eficácia e dos resultados.

7. A revisão da disciplina relativa a interceptação e gravação de conversações telefónicas ou transmitidas por outros meios apresenta importantes reajustamentos, que têm sido referidos nas impressões que passam para o espaço público como construção de mais apertados limites, tanto nos pressupostos, como nos sujeitos ou nos meios procedimentais de realização e fixação.

As impressões que passam não parecem, contudo, ter correspondência com a realidade por detrás das normas.

No que respeita aos pressupostos, foi alargado o catálogo de crimes em que a interceptação é admitida na investigação.

Relativamente aos sujeitos, a restrição a categorias de catálogo poderá não ter mais do que um significado simbólico, pois fora do âmbito subjectivo agora expressamente delimitado seria certamente difícil verificar a concorrência dos pressupostos materiais que justificam a medida.

Os procedimentos ficaram, por seu lado, regulamentados mais em pormenor, mas, contrariamente às aparências, no sentido de consolidação de alguma deriva de uso que a prática foi deixando instalar. A consagração expressa da possibilidade de distanciamento do juiz de instrução é, a este respeito, reveladora.

Mas, na leitura que me permito fazer, a questão central está na ambiguidade sobre a natureza deste meio que parece resultar do novo regime.

Na verdade, a interceptação e gravação das comunicações não constitui meio de prova, mas um dos meios de obtenção de prova, distinguindo-se as categorias, separadamente previstas na lei, por vários elementos (Título II, artigos 128º a 170º, «Dos meios de prova» e Título III, artigos 171º a 190º, «Dos meios de obtenção da prova», do Livro III do CPP).

Esta divisão sistemática retira a sua justificação, segundo os Autores, de um duplo fundamento: lógico e técnico-processual.

No plano lógico, os chamados meios de prova «caracterizam-se pela capacidade de fornecer ao juiz resultados probatórios directamente utilizáveis em sede de decisão», enquanto os «meios de obtenção de prova não são de *per se* fontes de convencimento, mas tornam possível adquirir coisas materiais, vestígios ou declarações dotadas de aptidão probatória».

No plano técnico-processual, «os meios de obtenção de prova caracterizam-se igualmente pelo facto de, dirigindo-se a fazer entrar no processo elementos que preexistem à investigação judiciária, assentam no factor surpresa», pelo que, «nestes casos a prova é preconstituída».

A diferença entre as categorias resulta, desde logo, da circunstância de os elementos probatórios se formarem na sequência da apresentação dos meios de prova; em diverso, através do meio de obtenção da prova, pode ser adquirido para o processo um elemento que preexista ou pode preexistir à intervenção do próprio meio; também os meios de prova, por regra, são apresentados perante o juiz em audiência contraditória; os meios de obtenção da prova são destinados a intervir na fase do inquérito; os meios de obtenção da prova estão essencialmente adstritos ao factor surpresa; os meios de prova relevantes têm de ser apresentados e produzidos com a plena garantia do contraditório.

Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema*

probandi», são meios técnico-operativos para recolher no processo esses instrumentos de demonstração

A intercepção de comunicações, como outras medidas especiais (meios ocultos) de investigação que afectam direitos essenciais da personalidade, e que revelam, por isso, descontinuidades e antinomias no discurso normativo, têm de ser consideradas na sua precisa finalidade de investigação para, apesar de tudo, serem preservadas, na maior medida possível, concordâncias práticas entre valores e direitos em conflito.

Por isso, não podem (não devem) constituir mais do que meios de descoberta de prova ou de obtenção de meios de prova que permitam, na adequada sequência do trabalho de investigação, adquirir para o processo e, posteriormente, administrar as provas relevantes sobre os factos.

Enquanto meio de obtenção da prova, as escutas telefónicas não constituem (ou não constituíam) em rigor, prova, mas apenas instrumentos técnico-processuais que, em situações típicas (de “catálogo”) e segundo critérios de estrita necessidade e proporcionalidade podem permitir às autoridades de investigação a informação sobre circunstâncias, factos ou elementos que lhes possibilitem a procura ou a mais fácil descoberta de meios de prova, que possam ser, então e como tais, adquiridos para o processo e para utilização prestável, posteriormente, nas fases subsequentes do processo, designadamente na fase contraditória da audiência.

De outro modo, e no limite, podem constituir, mais do que o permitido pela necessária concordância entre valores fundamentais, um atentado directo ao estatuto pessoal de direitos do arguido, ou mesmo uma forma larvar de obtenção de confissões não livres, frustrando-se a garantia do princípio processual fundamental de que ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação.

Porém, as normas revistas, embora apenas de passagem, podem ser lidas por modo⁴ que altera toda uma concepção sobre a

natureza deste meio de obtenção da prova, ou pelo menos introduz uma forte ambiguidade conceptual.

Com efeito, o nº 9 do artigo 188º do CPP revisto, ao dispor a propósito das condições de validade do meio, refere expressamente que «só podem valer como prova» as conversações e comunicações que respeitem os procedimentos descritos na norma.

No que parece ser uma nova abordagem, a lei diz, pois, que «podem valer como prova» as conversações ou comunicações que respeitem os procedimentos referidos. Se «podem valer como prova», então a lei, por via indirecta e contraditoriamente com a conjugação que assume entre a sistemática e os conceitos, parece introduzir um factor de reponderação na definição dos meios de prova e na diferenciação conceptual com os meios de obtenção da prova.

Mas, se for assim, então a revisão produziu uma alteração substancial, alargando exponencialmente a função processual e o valor da intercepção de conversações e comunicações.

8. Na confluência entre a natureza e a especificidade da intercepção de conversações e comunicações como meio de obtenção de prova e outros valores relevantes, a interdição de publicação de conversações gravadas, agora expressamente prevista no artigo 88º, nº 4, merece algumas reflexões.

Não será inútil recordar, neste ensejo, que este constitui, porventura, o meio mais intrusivo e com efeitos devastadores para direitos fundamentais de personalidade e para a confiança minimamente necessária às vivências quotidianas inerente á própria dignidade da pessoa humana.

A interdição expressa de publicação de conversações tem suscitado polémicas que não parecem ter qualquer fundamento ou sentido, pelo menos nos termos e modo como têm surgido no espaço público, se bem compreendidas e interpretadas as normas, a concordância possível entre valores, e se bem interiorizado o

respeito por valores essenciais à cultura e vivência democráticas – que, por vezes, se pressentem por demais desconsiderados no discurso redutor e unilateral de algumas racionalidades fragmentadas e parcelares.

A este respeito têm, necessariamente, de ser separadamente consideradas a publicação de passagens das conversas telefónicas e a leitura em audiência do conteúdo de algumas das conversas interceptadas.

A liberdade de expressão e de comunicação constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática na qual a protecção garantida aos media é de primordial importância.

Em relação, especificamente, às referências pela comunicação social a factos relativos a processos penais pendentes, deve ser salientado que há um reconhecimento geral de que muito embora os tribunais sejam o *forum* para determinar a culpabilidade ou a inocência de uma pessoa de uma acusação criminal, isto não significa que não possa haver em outros lugares discussão prévia ou contemporânea sobre as matérias objecto de julgamentos criminais, seja em jornais especializados, ou na imprensa generalista ou entre o público em geral.

A crónica, incluindo comentários sobre processos, contribui efectivamente para garantir também a publicidade do processo e os necessários escrutínios democráticos.

Porém, o direito de informar está intrinsecamente ligado ao dever de informação, e como o TEDH tem repetidamente afirmado, devem ser exercidos no rigoroso respeito pelas obrigações e responsabilidades inerentes à missão de interesse público da comunicação.

A interdição de publicação de conversações não contém, nem tem pressuposta, qualquer limitação ao direito de crónica sobre o processo; apenas exigirá, possivelmente, maior rigor e maior elaboração na crónica judiciária, que obviamente poderá ter por fonte, a par de outros elementos relevantes, também o

conteúdo de conversações relevantes que constem do processo quando for público.

Mas a crónica ou a informação relevante não exige nem impõe a transcrição *ipsis verbis*, parcelar ou fragmentada, de conversas ou excertos avulsos de conversas gravadas.

Pode ser mais fácil e ter maior efeito nas projecções de baixo perfil de factos de diversão e laterais.

Mas o exercício do direito de informar e as garantias do exercício não supõem, nem permitem que se exijam, facilidades intelectuais para este exercício.

Não será demais recordar que o interesse do público em receber informação, como interesse público, só se justifica relativamente a factos que estejam relacionados com a acusação criminal imputada a um acusado, e esta circunstância deve ser tida em devida consideração pelos medias quando relatam sobre processos, devendo abster-se de publicar informação que, intencionalmente ou não, possa afectar o direito ao respeito pela vida privada e pela correspondência da pessoa acusada, sem relevância para os factos que estejam em causa.

E, para prevenir algum desvio que possa ocorrer, a interdição de publicação, com este sentido, pode constituir um meio de prevenção da responsabilidade do Estado. Refira-se, por exemplo, a condenação do Estado italiano pelo TEDH no caso CRAXI, de 17 de Julho de 2003.

9. A aparência formalmente pontual de alterações avulsas em corpos normativos que pressupõem coerências internas pode, não raro, ocultar consequências sistemáticas que se manifestam sem que tenham sido expressamente desejadas pelo legislador.

No CPP revisto pode referir-se – e isolo a referência porque me parece paradigmaticamente relevante – a reconfiguração do modelo da instrução, que resultará, apenas, da pequena alteração do artigo 289, nº 2.

A intervenção determinante do juiz na instrução é, pode dizer-se, incindível e faz parte da própria lógica, natureza e finalidade processual da instrução.

A verificação que o juiz tem de efectuar supõe o comprometimento decisório com elementos que permitam formular um juízo sobre a consistência da decisão que lhe é presente, e que pressupõe um confronto, especialmente no que se refere à leitura indiciária dos elementos de prova, que será tanto mais consistente quanto os elementos de prova na instrução, cuja produção se revele necessária, sejam produzidos perante o juiz.

Mas, como a instrução, vista a finalidade processual, não constitui, nem pode constituir um pré-julgamento, mas apenas se destina a avaliar a consistência dos elementos de facto e de direito para submeter ou não alguém a julgamento, o quadro da intervenção do juiz nos actos de produção de prova na instrução, que determine seja a solicitação dos interessados ou mesmo oficiosamente, não pode ser integrado num modelo de contraditório que é próprio da audiência.

Por isso se dispunha que na instrução apenas o debate instrutório era contraditório.

A nova redacção da norma, porém, ao prever que o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos actos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entendam relevantes para a descoberta da verdade, vem acrescentar alguns elementos de contraditório nos actos de produção de prova na instrução.

Modifica, desta forma, em parte, o paradigma do anterior modelo de instrução, aproximando os actos de produção de prova «para a descoberta da verdade» de um formato de pré-julgamento, contrário à perspectiva original de fase preliminar para discussão sobre o valor indiciário das provas e não de antecipação contra-

ditória de administração e valoração das provas com critérios de julgamento.

10. O regime dos recursos foi substancialmente modificado.

Na construção ou reconstrução de um determinado modelo processual, o regime dos recursos – âmbito, pressupostos, graus de jurisdição, modo de julgamento – pode conviver com autonomia em relação à construção das restantes fases de processo.

Por isso, a interpretação externa sobre a necessidade de intervenção na reconfiguração do regime dos recursos pode suscitar alguma perplexidade.

O regime dos recursos em processo penal estava construído por forma a responder bem, e permitia respostas, dir-se-ia de excelência, nos termos, modos e especialmente nos prazos de decisão.

As alterações ao regime terão, pois, fundamentos que não têm que ver com a coerência nem com a eficácia do anterior modelo.

Refiro-me apenas a três momentos que devem ser objecto de reflexão.

A nova estrutura do recurso das decisões do tribunal do júri, admitindo-se a possibilidade de recurso em matéria de facto para a relação nos mesmos termos do que a decisão do tribunal colectivo, altera, por via indirecta, todo um paradigma sobre a construção e o fundamento do tribunal do júri, com consequências importantes na fragilização e menorização do princípio democrático, que sustenta, em projecção real e simbólica, a intervenção de júri na administração da justiça não apenas em nome do povo, mas também pelo próprio povo.

Num outro ponto, a regra da colegialidade, pressuposto e substância dos recursos, é constitutiva do modo de funcionamento dos tribunais superiores. As alterações nas formações de julgamen-

to, mais restritas, que resultam da revisão, reduzem a colegialidade e diminuem a circularidade de intervenção dos juízes.

Por fim, o modelo de julgamento do recurso, em que a audiência passa de regra a exceção, pode ser considerado como um retrocesso na modernidade dos sistemas comparados, resulta apenas aparentemente de uma cedência a razões meramente de conveniência de alguns intervenientes processuais.

11. Esta uma leitura muito geral que me permito fazer das recentes alterações.

Consciente de muito pouco poder contribuir para um debate consistente sobre a interpretação e a solução de pontos concretos ou questões específicas, limitado a um olhar sistémico por entre as normas, que me parece necessário e que não tem sido exteriorizado.