

PROTECÇÃO DE TESTEMUNHAS EM PROCESSO PENAL

Rui Patrício *

Nos termos do artigo 139.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, “*a protecção das testemunhas e de outros intervenientes no processo contra formas de ameaça, pressão ou intimidação, nomeadamente nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, é regulada em lei especial*”. E o n.º 3 do artigo acrescenta que, nesses casos de protecção (e também nos casos de imunidades e prerrogativas previstos no n.º 1 do mesmo), “*fica assegurada a possibilidade de realização do contraditório legalmente admissível no caso*” – o que, aliás, constitui logo um prenúncio dos problemas que esta protecção poderá trazer ao contraditório, como se verá adiante.

Trata-se de uma matéria nova, que veio ao Código de Processo Penal na revisão (ou reforma) de 1998 – embora se não deva esquecer que o Código de Processo Penal tinha já, e continua a ter, várias disposições dispersas que se prendem, directa ou indirectamente, com a protecção de testemunhas, como por exemplo as que respeitam à publicidade, às regras da inquirição ou aos poderes do Juiz no que concerne à direcção da audiência (disposições, aliás, que tornam redundantes algumas das medidas de protecção estabelecidas na lei em causa, nomeadamente no que toca às chamadas testemunhas especialmente vulneráveis). E tal matéria veio ao

* Mestre em Direito, Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado.

Código no seguimento da legislação atinente a direitos das testemunhas de outros países, europeus e outros, sem esquecer também a Recomendação n.º R (97) 13 do Conselho da Europa (é, aliás, matéria à qual o Conselho tem dado significativa importância), e trata-se de matéria que dá expressão ao que alguns chamam “as exigências que os tempos actuais colocam ao Direito Criminal” (no seu conceito mais amplo), a “mudança de paradigma na criminalidade” ou a “emergência de novas formas de criminalidade” (expressões, aliás, vagas, muito abrangentes, pouco claras, amiúde falhas de rigor conceptual e analítico).

Já lá iremos. Fiquemo-nos agora pela análise do modo como o legislador concretizou o programa que enunciou no aludido artigo 139.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, no tocante à protecção das testemunhas e de outros intervenientes no processo. Isto é, passemos os olhos pela Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, bem como pelo recente Decreto-lei n.º 190/2003 de 22 de Agosto, pelo qual o Governo – já, aliás, no curso do chamado “*caso Casa Pia*”, que trouxe para a luz do dia, para o bem e para o mal, a questão da protecção de testemunhas – veio regulamentar aquela lei de 1999, conforme a mesma anunciara logo no seu artigo 32.º.

Ora, antes de dar atenção aos principais aspectos dessa lei, a saber as quatro vertentes da protecção de testemunhas (ocultação e teleconferência, reserva do conhecimento da identidade da testemunha, medidas e programas especiais de segurança e testemunhas especialmente vulneráveis), e antes também de avançar com algumas reflexões sobre essa mesma lei, nó que toca ao seu significado e simbolismo no processo penal hodierno, por um lado, e, por outro, no que toca à sua compatibilização ou ao seu conflito com princípios fundamentais do processo penal, cumpre dar atenção e sublinhado a dois aspectos.

O primeiro é que, embora a coberto da designação “medidas para protecção de testemunhas”, com que se vulgarizou, resulta claro, quer logo do artigo 139.º, n.º 2 do CPP, quer da Lei 93/99, que as medidas de protecção em causa não se destinam unicamente às testemunhas, em sentido processual penal próprio, mas também a outros intervenientes processuais, desde que, no dizer do artigo 2.º, a) da Lei 93/99, se trate de “*pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo*”.

O que significa, a meu ver, que podemos ter abrangidos por tais medidas, e para além das testemunhas propriamente ditas, por exemplo os peri-

tos ou mesmo o assistente. Mas, convém sublinhar já, para evitar o erro que muito se tem visto em tempos recentes (sobretudo a propósito, uma vez mais, do chamado “*caso Casa Pia*”), e no que ao assistente diz respeito, que a possibilidade de o mesmo ser abrangido por estas medidas protectoras nada tem que ver, na minha leitura, com a questão da tutela dos “direitos das vítimas”, quer se esteja com tal expressão a fazer referência ao princípio vitimológico (princípio geral com manifestações quer no Direito Penal *stricto sensu*, quer no Direito Processual Penal), quer se esteja a fazer referência ao concreto estatuto processual penal do assistente.

Para efeitos de aplicação das medidas de protecção em causa, nada importa que a pessoa carecida de protecção seja alegada vítima ou não, que assuma ou não a veste processual de assistente, que seja mera testemunha, perito ou outro interveniente, importa, tão-só, que possua o conhecimento já mencionado e que veja (directa ou indirectamente, por via de familiares ou outras pessoas que lhe sejam próximas) ameaçados certos bens jurídicos (vida, integridade física, integridade psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado).

E, ainda dentro desta ordem de considerações, importa ter em conta que, em face do texto legal, me parece que se não deve excluir desta disciplina de protecção o próprio Arguido, nomeadamente o co-Arguido, que veja ameaçados aqueles bens jurídicos, por força do seu alegado conhecimento sobre os factos objecto do processo, e desde que verificados os demais pressupostos da lei de protecção e, bem assim, da legislação processual penal no seu conjunto. Estou a pensar, nomeadamente, nos chamados “arrepentidos”, figura de Arguido (de co-Arguido, necessariamente) que se caracteriza, como é sabido, pela “colaboração com a Justiça”, a troco de algum benefício, a final, no que à sanção penal diz respeito. E figura esta, à qual, por definição, poderá quadrar bem a necessidade de protecção (relativamente aos demais co-Arguidos), por exemplo no quadro da criminalidade terrorista ou da criminalidade referente à chamada “constelação da droga” – aliás, no quadro desta última, a figura do arrependido tem expressão legal clara (veja-se o artigo 31.º do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro).

Não entro aqui e agora, como é evidente, na problemática específica dos “arrepentidos”, por não ser esse o objecto da reflexão a que hoje aqui me proponho, embora, e como é sabido, tal problemática se revista do maior interesse, quer atentando em questões processuais penais de recorte, digamos assim, mais técnico (por exemplo o valor probatório das declara-

ções do co-Arguido), quer atentando em questões de índole mais geral, e que são também de índole estruturante, como a questão da equidade e da lealdade do processo penal.

Aliás, em matéria de equidade e lealdade do processo, calha sempre também chamar outra figura à colação, a do chamado agente “infiltrado ou encoberto” (para já não falar do “provocador”), figura que, por sinal, também, não raras vezes e por razões óbvias, carecerá da protecção que a Lei 93/99 estabelece. E curioso é também que a figura do agente “infiltrado” encontre também acolhimento – que, entre nós, podemos dizer fundador – na legislação relativa ao tráfico de estupefacientes (vejam-se os artigos 59.º e 59.º-A do Decreto-Lei 15/93, hoje revogados pelo Regime Jurídico das Acções Encobertas, Lei 101/2001, de 25 de Agosto, que deu foros de cidadania processual plena ao “agente infiltrado”, e na qual se remete expressamente para aquela outra lei da protecção de testemunhas que aqui agora se analisa).

Aliás, se se vir bem, pode dizer-se que, entre nós, foi a legislação atinente à “constelação da droga” que anunciou os reflexos na legislação processual penal da alteração do “paradigma da criminalidade” a que já aludi e a que voltarei adiante.

Para já, e antes de entrar na descrição dos principais traços das quatro vertentes de protecção, realço um segundo aspecto relativo ao nosso quadro legal em matéria de protecção de testemunhas (e outros intervenientes processuais), segundo aspecto esse que começo por apresentar como uma dúvida, que me assalta de cada vez que percorro o artigo 139.º, n.º 2 do CPP, a Lei 93/99 ou o Decreto-lei 190/2003, e que é esta: qual é o fim último, qual é a razão de ser, qual é o escopo principal deste quadro legal, o que pretendeu o legislador acima de tudo assegurar, a tutela dos bens jurídicos pessoais dos intervenientes processuais a proteger (vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado) ou a realização das finalidades processuais de administração da justiça e das necessidades de combate ao crime.

Dir-se-á, porventura, que esta dúvida é infundada, ou mesmo ociosa, por ser óbvia a resposta à questão enunciada: visou o legislador tutelar ambas as coisas, de um passo os citados bens jurídicos pessoais, do outro a repressão penal. Concedo que a resposta, aparente, possa ser óbvia e que seja a que se acaba de formular, mas não significa isso, em meu entender, que tal resposta, dita óbvia, responda à minha dúvida: é que uma coisa é saber o que se tutela ou procura tutelar, outra, bem diversa, é saber o que

se tutela como fim último, como *ratio essendi*, independentemente de se alcançar, pelo caminho, a tutela de outras coisas.

No fundo, o que pergunto é isto: neste quadro legal, o que é “instrumento” do quê, tutela-se (de um jeito que apelidaria de “utilitarista” ou “funcionalista”) os aludidos bens jurídicos pessoais como modo de assegurar a colaboração das testemunhas ou outros intervenientes processuais e, assim, alcançar os fins da repressão penal, ou tutela-se antes (de um jeito que apelidaria de “substancialista”) aqueles bens jurídicos, podendo tal tutela ter por reflexo a melhor consecução das finalidades de repressão penal.

E tal pergunta não é, a meu ver, ociosa, é fundamental, e é fundamental ser respondida, desde logo para uma correcta interpretação da lei (sabendo-se, como se sabe, a importância que os elementos sistemático e teológico têm na interpretação), e depois para um correcto confronto e uma correcta solução desse confronto, em larga medida conflituante, entre esta disciplina de protecção de testemunhas e outros intervenientes processuais e alguns princípios fundamentais do processo penal.

E não me escuso a avançar já com a resposta, pese embora lhe apontar, expressamente, um carácter algo dubitativo, que releva, primeiro, da novidade destas matérias entre nós, novidade que provoca a minguia de reflexão doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria, bem como a minguia de casos que ajudem a pensar a lei, e, segundo, do facto de vir aqui hoje partilhar convosco o resultado das reflexões decorrentes do meu primeiro confronto com esta matéria.

E a resposta é esta: se é certo que eu gostaria de poder ver no nosso actual quadro legal, em matéria de protecção de testemunhas e de outros intervenientes processuais, como *ratio essendi* do mesmo, a protecção dos bens jurídicos pessoais que acima citei (ou mesmo só de alguns deles, como adiante referirei), guardando para a realização das finalidades da repressão penal, apenas, uma tutela reflexa daquela, a verdade é que vejo na lei muitos sinais de que, ao contrário, é outro o fim último desta lei (ou, se tal não esteve na *mens legislatoris*, está ou pode estar na efectiva aplicação da lei), fim esse que é o êxito da repressão criminal, do qual a protecção dos bens jurídicos pessoais das testemunhas é mero instrumento.

Vejam, pois, porque absolutamente necessário para se compreender a razão pela qual cheguei à conclusão (ou, visto de outro modo, à aporia) que acabo de enunciar, as quatro vertentes de protecção consagradas na lei e os seus principais traços.

Em primeiro lugar, a ocultação e teleconferência, que a Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, disciplina nos seus artigos 4.º a 15.º.

Tal medida de protecção tem lugar quando, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente, ou da testemunha, o Tribunal decida que a prestação de declarações ou de depoimentos que deva ter lugar em acto processual público ou sujeito a contraditório decorra com ocultação de imagem ou com distorção de voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha, sendo certo que a decisão deve fundar-se em factos ou circunstâncias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação, entendendo-se intimidação como toda a pressão ou ameaça, directa, indirecta ou potencial, que alguém exerça sobre a testemunha com o objectivo de condicionar o seu depoimento ou declarações, na definição feita no artigo 2.º, alínea b) da Lei n.º 93/99.

Sempre que ponderosas razões (é a expressão da lei) de protecção o justifiquem, e tratando-se de produção de prova de crime que deva ser julgado pelo Tribunal colectivo ou pelo júri, é admissível o recurso à teleconferência, que pode ser efectuada com a distorção de imagem ou de voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha.

Os artigos 6.º e ss. da Lei regulam os demais aspectos da medida (requerimento, local, acesso ao local, compromisso, magistrado acompanhante, perguntas, reconhecimento, não revelação de identidade, acesso ao som e à imagem e imediação, este último aspecto, aliás, objecto de uma curiosa disposição legal, que traduz uma verdadeira *contradictio in terminis*, ao declarar que “os depoimentos e declarações prestadas por teleconferência, nos termos deste diploma e demais legislação aplicável, consideram-se, para todos os efeitos, como tendo tido lugar na presença do juiz ou do Tribunal”). Mas adiante, pois as considerações ficam para uma segunda parte; por ora, descrevamos sumariamente as medidas de protecção.

E a segunda delas (regulada nos artigos 16.º a 19.º da Lei n.º 93/99) consiste na reserva do conhecimento da identidade da testemunha, que pode ter lugar, durante alguma ou em todas as fases do processo, se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições:

- (i) O depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes previstos nos artigos 169.º, 299.º, 300.º ou 301.º do Código Penal e no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, ou a crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta;

- (ii) A testemunha, seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado;
- (iii) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha; e
- (iv) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo.

Prevê, depois, a Lei que a não revelação da identidade da testemunha é decidida pelo Juiz de Instrução, a requerimento do Ministério Público, o qual contém a indicação dos fundamentos para a não revelação da identidade no caso concreto e a indicação das provas que devam ser produzidas.

Estabeleceu-se, depois, algumas regras – estas de aplaudir, sem reservas – no sentido de assegurar a imparcialidade do juiz, quer quanto à apreciação do pedido de não revelação da identidade, quer quanto às fases ulteriores do processo.

Após o que a Lei prevê, no seu artigo 18.º, o chamado processo complementar de não revelação de identidade. Isto é: para apreciação do pedido de não revelação de identidade é organizado um processo complementar, secreto e urgente, em separado, ao qual apenas tem acesso o Juiz de Instrução e quem ele autorizar, Juiz esse que assegurará a guarda e a confidencialidade do processo.

E, no que me parece ser uma das mais curiosas e sintomáticas soluções deste quadro legal (já direi porquê), o Juiz de Instrução – segundo dispõe o n.º 3 do artigo 18.º da Lei 93/99 – solicita à Ordem dos Advogados a nomeação de advogado com perfil adequado (esta é a expressão da lei) para a representação dos interesses da defesa, com intervenção limitada ao processo complementar.

Depois, o Juiz procede às diligências que repute necessárias para apuramento dos pressupostos da concessão da medida e, antes de proferir decisão, convoca o Ministério Público e aquele representante da defesa para um debate oral e contraditório sobre os fundamentos do pedido.

Decidida a reserva do conhecimento da identidade, a pessoa em causa recebe uma designação codificada, pela qual passará a ser referenciada no processo, e que é comunicada à autoridade judiciária com competência na fase em que o processo se encontre.

Certo é também, por um lado, que a medida em apreço é revogada

logo que se mostra desnecessária, e, por outro lado, que a pessoa objecto da medida pode prestar depoimento ou declarações com recurso à ocultação de imagem ou à distorção de voz ou à teleconferência.

A fechar, o legislador prescreve – prescrição essa de cuja eficácia poderá duvidar qualquer um que conheça bem a feição, teórica e prática, e as armadilhas do princípio da livre apreciação da prova e, bem assim, do princípio da fundamentação das decisões judiciais – que nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada.

Em terceiro lugar, temos as medidas e programas especiais de segurança, figura que todos, pelo menos de um modo impressionista, conhecerão, por via da cinematografia, nomeadamente norte-americana, ou por via da literatura da especialidade.

Efectivamente, trata-se aqui de medidas como:

- a) Indicação, no processo, de residência diferente da residência habitual ou que não coincida com os lugares de domicílio previstos na lei civil;
- b) Ter assegurado transporte em viatura fornecida pelo Estado para poder intervir em acto processual;
- c) Dispor de compartimento, eventualmente vigiado e com segurança, nas instalações judiciárias ou policiais a que tenha de se deslocar e no qual possa permanecer sem a companhia de outros intervenientes no processo;
- d) Beneficiar de protecção policial, extensiva a familiares ou a outras pessoas que lhes sejam próximas;
- e) Usufruir na prisão de um regime que lhe permita estar isolada de outros reclusos e ser transportada em viatura diferente.

Isto sempre que (na expressão da lei) ponderosas razões de segurança o justifiquem, estando em causa crime que deva ser julgado pelo tribunal colectivo ou pelo júri (e sem prejuízo de outras medidas de protecção previstas no diploma).

Estas medidas são ordenadas pelo Ministério Público, durante o inquérito, officiosamente, ou a requerimento da testemunha ou do seu representante legal ou por proposta das autoridades de policia criminal, e, posteriormente ao inquérito, pelo Juiz que presidir à fase em que o processo se encontra, a requerimento do Ministério Público.

A decisão é precedida das diligências necessárias para avaliar a necessidade e a adequação da medida no caso concreto, e é reexaminada de três em três meses, mantendo-se, modificando-se ou revogando-se as medidas aplicadas, sendo certo que, em caso de protecção policial, esta é assegurada por corporação policial que não tenha tido intervenção relevante na investigação.

Ainda neste capítulo das medidas e programas especiais de segurança, prevê-se a possibilidade de ser aplicado um programa especial de segurança, na pendência do processo ou mesmo depois de se encontrar findo, para a testemunha (no citado sentido amplo que a lei consagra), o seu cônjuge, ascendentes, descendentes, irmãos ou outras pessoas que lhe sejam próximas, se cumulativamente estiverem reunidas as seguintes condições:

- (i) O depoimento ou as declarações disserem respeito aos crimes referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 16.º, isto é, tráfico de pessoas, associação criminosa, comum ou no âmbito do tráfico de estupefacientes, organizações terroristas e terrorismo;
- (ii) Existir grave perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou para a liberdade; e
- (iii) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo que se presume ou que se tenha revelado essencial para a descoberta da verdade.

Tal programa centra-se na aplicação de medidas de protecção e apoio, nomeadamente as seguintes, que poderão ser complementadas por regras de comportamento a observar pela pessoa beneficiária do programa:

- a) Fornecimento de documentos emitidos oficialmente de que constem elementos de identificação diferentes dos que antes constassem ou devessem constar dos documentos substituídos;
- b) Alteração do aspecto fisionómico ou da aparência do corpo do beneficiário;
- c) Concessão de nova habitação, no País ou no estrangeiro, pelo tempo que for determinado;
- d) Transporte gratuito da pessoa do beneficiário, do agregado familiar e dos respectivos haveres para o local da nova habitação;
- e) Criação de condições para angariação de meios de subsistência;
- f) Concessão de um subsídio de subsistência por um período limitado.

Neste capítulo, regula-se ainda uma comissão de Programas Especiais de Segurança (artigo 23.º da Lei 93/99), o procedimento (burocrático, digamos assim) a adoptar nos casos de programas especiais (artigo 24.º) e a matéria dos impedimentos (artigo 25.º).

Por fim, uma quarta vertente ou quarto capítulo do nosso quadro legal atinente à protecção de testemunhas, respeitante às testemunhas especialmente vulneráveis.

Aqui, nos artigos 26.º a 31.º da Lei n.º 93/99, estabelece-se um conjunto de medidas que deverão aplicar-se quando num determinado acto processual deva participar testemunha especialmente vulnerável, o que poderá decorrer, no dizer do texto legal, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da sua própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência.

Note-se, aliás, que a Lei 93/99, logo no seu artigo 1.º, anunciara que nela se previam também medidas destinadas a obter, nas melhores condições possíveis, depoimentos ou declarações de pessoas especialmente vulneráveis, mesmo que se não verifique o perigo para os seus bens jurídicos ou de pessoa próxima a que já aludi.

Manda a lei que, quando num determinado acto processual deva participar testemunha especialmente vulnerável, a autoridade judiciária competente providenciará para que, independentemente da aplicação de outras medidas previstas na Lei 93/99, aquele acto decorra nas melhores condições possíveis, com vista a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

Não concretiza a lei, contudo, o que seja a especial vulnerabilidade da testemunha, nem especifica o que sejam aquelas “melhores condições possíveis”. Mas prevê, concretamente, que:

– A autoridade judiciária, logo que se aperceba da especial vulnerabilidade da testemunha, deverá designar um técnico de serviço social ou outra pessoa especialmente habilitada para o seu acompanhamento e, se for caso disso, proporcionar à testemunha o apoio psicológico necessário por técnico especializado, técnicos esses que poderão ser autorizadas a estar presentes no decurso do acto processual em que a testemunha especialmente vulnerável deva intervir (artigo 27.º);

E que:

– Durante o inquérito, o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverão ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime, mandando também a lei que, sempre que pos-

sível, seja evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271.º do CPP, isto é, as (agora) célebres “declarações para memória futura” (artigo 28.º);

E que:

– Nas fases subsequentes ao inquérito, o Juiz que presida a acto processual público ou sujeito ao contraditório, com vista à obtenção de respostas livres, espontâneas e verdadeiras, pode (artigo 29.º):

- a) Dirigir os trabalhos de modo que a testemunha especialmente vulnerável nunca se encontre com certos intervenientes no mesmo acto, designadamente com o arguido;
- b) Ouvir a testemunha com utilização de meios de ocultação ou de teleconferência, nomeadamente a partir de outro local do edifício do tribunal, aplicando-se devidamente adaptado o disposto nos artigos 4.º a 15.º da Lei 93/99; e/ou
- c) Proceder à inquirição da testemunha, podendo, depois disso, os outros juizes, os jurados, o Ministério Público, o defensor e os advogados do assistente e das partes civis pedir-lhe a formulação de questões adicionais;

E ainda que:

– Sempre que tal se lhe afigure útil, o Juiz que presida a acto processual público ou sujeito a contraditório poderá notificar o acompanhante (o mencionado técnico de serviço social ou outro) para que compareça perante si com a testemunha especialmente vulnerável para fins exclusivos de apresentação e para que lhe sejam previamente mostradas as instalações onde decorrerá o acto em que deva participar (artigo 30.º);

Por fim:

– Prevê-se a possibilidade de a testemunha especialmente vulnerável poder ser afastada temporariamente da família ou do grupo social fechado em que se encontra inserida, o que é decidido pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público (art.º 31.º).

É este, em suma, o quadro legal que a Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, estabeleceu em matéria de protecção de testemunhas, quadro esse, depois, complementado, quanto a questões de carácter organizativo e técnico, bem como quanto a infra-estruturas e meios tecnológicos, e ainda quanto a regras procedimentais e burocráticas, pelo já mencionado Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto.

Aliás, quanto a este diploma regulamentar da citada Lei n.º 93/99, é de atentar na seguinte questão (que pode ter interesse para processos pendentes onde a questão da protecção de testemunhas tenha sido suscitada): é que a Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, estabelecia, no seu artigo 33.º, que entraria em vigor no 60.º dia posterior ao da sua publicação; porém, igualmente estabelecia, no seu artigo 32.º, n.º 2, que as medidas nela previstas poderiam ser requeridas e adoptadas a partir da data e nas demais condições previstas na sua legislação regulamentar.

Ora, isto pode, e deve, suscitar a questão de saber se a Lei n.º 93/99 entrou em vigor antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto, ou pelo menos antes da sua publicação, entrada em vigor aquela que ocorreu em 23 de Agosto de 2003, isto é, no dia seguinte ao da sua publicação, segundo manda o artigo 20.º de tal Decreto-lei.

E resposta que dou a tal questão é negativa, o que significa que não terão a cobertura da Lei n.º 93/99, com todas as consequências legais daí decorrentes, quaisquer medidas aí previstas requeridas e/ou determinadas antes de 23 de Agosto de 2003, ou pelo menos de 22 de Agosto, pois parece-me claro que, apesar da fixação de um prazo de 60 dias de *vacatio legis*, a Lei 93/99 só entraria em vigor quando entrasse em vigor a sua lei regulamentar, ou pelo menos quando ela fosse publicada, num caso claro de entrada em vigor dependente de um evento legislativo futuro.

Mas não ficam por aqui – infelizmente, digo – os problemas que vejo neste quadro legal, bem como as dúvidas e as críticas que o mesmo me suscita. Vejamos, então, alguns problemas, ainda que a traço necessariamente grosso, como o tempo disponível para esta intervenção impõe.

Digo, para começar, que me parece evidente – e, portanto, dispenso-me de longas considerações sobre tal problemática – que todas as medidas previstas na descrita legislação de protecção de testemunhas que impliquem que a uma das partes (e uso o termo partes por conveniência de exposição, sem curar aqui da questão de saber se é próprio ou impróprio falar-se, entre nós, de partes em processo penal) seja sonogada a possibilidade de saber quem é a testemunha (ou outro interveniente) conflituam com os princípios do contraditório e da igualdade de armas, ambos meios inarredáveis de realização de um processo penal equitativo e democrático.

Efectivamente, o primeiro daqueles princípios assenta na ideia de contradição sistemática entre as posições da acusação e da defesa, ideia essa que há-de assumir a sua expressão máxima na fase do julgamento (embora – e ao contrário do que por vezes erradamente se pensa e também

erradamente se decide – esteja também presente em fases anteriores, mas com alcance significativamente mais reduzido), pois é nessa fase do julgamento que se concentra a produção, a crítica e a contradição das provas em que o Tribunal irá fundar a sua convicção.

Por seu lado, o princípio da igualdade de armas ou da isonomia processual, cabendo – a meu ver – naquele mais vasto princípio do contraditório, e constituindo uma decorrência da estrutura acusatória do processo, dirige-se especificamente às posições e actuações processuais da acusação e da defesa, impondo, não uma igualdade matemática ou lógica entre as armas de que acusação e defesa poderão dispor para realizarem a apontada contradição sistemática, mas uma igualdade qualitativa, isto é, uma igualdade assente numa relação meio-fim, que se cumpre sempre que à acusação e à defesa sejam dados meios igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos.

Ora, assim sendo, não pode ignorar-se que se a acusação ou a defesa não conhecem a identidade de testemunhas, ou se a não conhecem completamente, aqueles princípios sairão afectados, sendo certo que não vejo que se possa com acerto sustentar que o que importa, para assegurar o contraditório e a igualdade de armas, é, tão-só, que à acusação ou à defesa sejam asseguradas as possibilidades de contra-interrogar, contra-inquirir ou contra-instar cada testemunha ou outro interveniente sobre aquilo que o mesmo respondeu às perguntas formuladas antes em sede de interrogatório, inquirição ou instância.

É que tal visão seria uma visão necessariamente defeituosa, porque incompleta, da questão, já que não importa apenas o que a testemunha ou outro interveniente diz, mas também quem é, que identidade tem, que relações e que interesses tem, que história tem, que passado se lhe conhece, que futuro se lhe prevê. Só assim, cabal e completamente, se pode analisar o seu depoimento.

Como pode, na verdade, realizar-se uma contradita a alguém cuja identidade se desconhece? E, mesmo que se não queira chegar tão longe, a tal incidente formal, como se pode, cabal e completamente, colocar em causa, se for caso disso, a sua credibilidade? Como se averigua e testa a sua razão de ciência? E como pode, com eficácia, proceder-se à sua aca-reacção com outro depoente?

Perguntas estas que deixo, retoricamente, e cuja resposta tenho por óbvia. Sobretudo para quem seja ou tenha sido, como hoje se usa dizer, “operador judiciário”, e tanto mais quanto mais se tiver presente que o

contra-interrogatório (pleno, cabal, eficaz) é, necessariamente, o “critério epistemológico” ou “o princípio metodológico a seguir para se obter uma aproximação à verdade”.

Mas, avançando, não importa apenas, para que acusação ou defesa plenamente contraditem, e o façam com igualdade, saber quem depõe. Necessário é também que assistam a tal depoimento, que assistam, que o vejam, que o ouçam, e presencialmente, sem distorções. Pois, como é sabido, o acto de depor não se esgota no dizer, sendo tão importante quanto o que se diz o modo como se diz, cabendo nesse modo, por exemplo, a expressão facial, a expressão corporal, as interjeições da voz, às vezes algo tão simples mas também tão subtil, e tão importante, como um ligeiro embargo de voz, um baixar de olhos, um rubor na face. É de tudo isto que é composto o complexo acto de dizer e de, dizendo, comunicar, e é, portanto, de tudo isto que é composto o complexo acto de depor e, com isso, fazer prova.

Só por ingenuidade ou inexperiência se poderá julgar que a audiência virtual é igual à audiência real.

O que significa que qualquer medida que afaste a testemunha (ou outro interveniente) da acusação ou da defesa no momento de depor, que lhes roube a sua imagem, que lhes sonegue a genuinidade da sua voz, que faça mediar entre ela e a acusação ou a defesa meios tecnológicos, rouba um pouco (ou muito) às possibilidades da cabal realização do contraditório e da igualdade de armas.

E – acrescente-se – tanto mais quanto mais uma ou outra, acusação ou defesa, em momento anterior, e sem que a outra o tivesse, tenha tido a possibilidade de conhecer a identidade do depoente, de estar cara a cara com ele, de ouvir a sua voz, de aquilatar, em suma, e por tais meios, das características da sua pessoa, pois esse conhecimento anterior (que, neste contexto, diríamos privilegiado) permitir-lhe-á, porventura, ultrapassar algumas das dificuldades que o afastamento, a reserva de identidade, a distorção de imagem ou de voz ou a mediação possam introduzir, assim mais se acentuando a frustração do contraditório e a desigualdade; pois a parte que não tem tal conhecimento prévio (a que chamei privilegiado) é duplamente desfavorecida, desfavorecida porque está no presente “às cegas” ou parcialmente “às cegas”, mas também porque o passado (que, nesta matéria, não teve) a não ilumina.

Ora, e quando quem se vê assim privado da plena possibilidade de contraditório e da igualdade de armas é a defesa, tudo isto redundará em

diminuição das garantias de defesa, diminuição essa que é sinónimo de violação, pois manda o nosso Direito, desde logo por imperativo constitucional (artigo 32.º, 1 da Constituição da República), que essas garantias sejam todas.

Aliás, se nesta parte da exposição me tenho referido sempre à acusação e à defesa, tratando-as de igual modo no que respeita aos problemas que as medidas de protecção de testemunhas *sub judice* trazem para o contraditório e a igualdade de armas, a verdade é que não é necessário um muito complexo exercício hermenêutico da lei, conjugado com a experiência judiciária comum, para se concluir que, o mais das vezes, será a defesa quem se verá privada do pleno contraditório e da igualdade de armas, nestes casos de protecção de testemunhas.

Toda a Lei 93/99, ou pelo menos grande parte dela, está, aliás, pensada, na minha leitura, para as testemunhas de acusação (ou, não estando assim pensada, é preferencialmente, quando não exclusivamente, para elas que se dirige em termos práticos, digamos), testemunhas essas alegadas vítimas ou quaisquer outras (mesmo o co-Arguido “arrependido”, que assim se transmuta em verdadeira testemunha de acusação) – isto apesar de, a abrir, e como se disse já, a lei afirmar que se entende por testemunha qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituem objecto do processo.

Procurarei demonstrar, com alguns breve exemplos, o que acabo de afirmar.

Quanto à reserva de conhecimento da identidade da testemunha, é evidente, desde logo porque apenas se prevê que seja o Ministério Público a requerer ao Juiz de Instrução tal medida, sendo, aliás, também certo que toda a medida se encontra disciplinada em matéria de decisão por referência ao Juiz de Instrução, o que automaticamente nos remete para a fase do inquérito ou, quando muito, para a fase da instrução, o que, convenhamos, aponta claramente para as testemunhas da acusação, sobretudo quando conjugamos isso com a exclusividade de requerimento por parte do Ministério Público e com a perfeita articulação entre o segredo que governa o inquérito e aquela reserva de conhecimento da identidade da testemunha, reserva essa que a acompanhará, em princípio, durante os ulteriores termos do processo.

Dir-se-á que não será tanto assim, pois o Ministério Público está governado pela objectividade, investigando à *charge* e à *décharge*. Porém,

tenho tal objecção por improcedente, não só porque sou dos que duvidam de que o princípio da objectividade seja muito mais do que um dos mitos fundadores do nosso sistema processual penal, mas também porque vejo com dificuldade que testemunhas de defesa possam estar em causa em fases processuais em que seja o Juiz de Instrução quem deve decidir, sobretudo no inquérito, tanto mais que, pela lógica das coisas e pela própria natureza e desiderato desta medida de reserva do conhecimento da identidade da testemunha, será no inquérito, por via da regra, que a medida deverá começar.

Depois, se a lei tem também no seu horizonte, em igualdade, as testemunhas de defesa, porque não se prevê a possibilidade de ser o Arguido ou o Defensor a requerer? É certo que, na maioria dos casos, na vida dos Tribunais, a questão se porá relativamente à acusação e às suas testemunhas, mas não exclusivamente; pense-se na necessidade de proteger testemunhas de defesa, por exemplo, do Assistente ou de um co-Arguido. É possível que tal aconteça. Porquê, então, arredar o Arguido e o Defensor?

E isto para já não falar na postergação dos direitos do Assistente que esta lei acarreta, Assistente esse que é um verdadeiro e próprio sujeito processual penal, inclusive com assento constitucional. Porque não há-de o Assistente poder, por exemplo, ao requerer instrução, requerer a reserva do conhecimento da identidade de testemunhas que arrola?

E, igualmente, no caso das medidas e programas especiais de segurança, apenas se prevê a possibilidade de ser o Ministério Público a decidir durante o inquérito (oficiosamente ou a requerimento da testemunha ou ainda por proposta das autoridades de polícia criminal – apenas), sendo certo que, depois do inquérito, cabe ao Juiz de Instrução decidir, tendo o Ministério Público o monopólio do requerimento.

Mais uma vez se pergunta: porque é o Arguido arredado desta disciplina, por exemplo, relativamente às testemunhas que indica no requerimento de abertura da instrução, ou mesmo na contestação? Não se poderão colocar aí, e quanto a elas, as ponderosas razões de segurança a que a lei alude? E o Assistente, outro esquecido pela disciplina legal?

E – outro exemplo – em sede de protecção de testemunhas especialmente vulneráveis, o afastamento temporário, diz a lei, é decidido pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público; só do Ministério Público.

E, curiosamente, ainda no quadro das medidas protectivas das testemunhas especialmente vulneráveis, prevê-se, como uma dessas medidas, que o Juiz deverá dirigir os trabalhos de modo que a testemunha nunca se

encontre com certos intervenientes no mesmo acto, designadamente – diz a lei – com o Arguido.

Depois, atentemos na prescrição do artigo 16.º da Lei 93/99, em matéria de reserva do conhecimento da identidade de testemunhas: a medida só terá aplicação se, além do mais, estivermos na presença de presumíveis crimes de tráfico de pessoas, associação criminosa (comum ou no âmbito da droga), organizações terroristas, terrorismo, ou de crimes puníveis como pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta.

Ou seja, o legislador tem no seu horizonte a criminalidade especialmente violenta e/ou organizada e, portanto, um determinado tipo de agente, o que só pode significar, evidentemente, que tais medidas protectoras se desenham, preferencialmente, se não mesmo exclusivamente (em termos práticos), para quem depõe do lado da acusação contra aquele agente-tipo, seja testemunha, perito ou mesmo o co-Arguido “arrependido”.

Aliás, também no que respeita às medidas e programas especiais de segurança, se delimita o âmbito da aplicação das medidas em função, além do mais, dos tipos de crime, pois a medida só terá aplicação quando estejam em causa crimes que devam ser julgados pelo tribunal colectivo ou pelo júri, isto é, crimes graves, atendendo às regras da competência fixadas nos artigos 13.º a 16.º do Código de Processo Penal, o que, mais uma vez, pressupõe ou pode pressupor um certo tipo de agente, um agente-tipo perigoso.

E o mesmo sucede em matéria de teleconferência, onde também se delimita o âmbito de aplicação da medida em função do tipo de crime (crime que deva ser julgado pelo tribunal colectivo ou pelo júri).

Em tudo isto se pode ver a ideia já mencionada, ou seja: o quadro preferencial da protecção de testemunhas é o de um certo tipo de criminalidade grave, que pressupõe um certo tipo de agente, especialmente perigoso, pelo que importa dele proteger as testemunhas. Que testemunhas? Evidentemente, as da acusação.

Aliás, tenho para mim ser muito criticável, do ponto de vista da estrita protecção das testemunhas, esta delimitação do âmbito de aplicação das medidas protectoras em função do tipo de crime (directamente ou por via das regras da competência), pois parece-me óbvio que podem existir, em processos relativos a crimes que não sejam de tráfico de pessoas, de

associação criminosa ou de terrorismo, e mesmo em processos relativos a crimes da competência do tribunal singular (e, por isso, menos graves), necessidades, mesmo necessidades ponderosas, de protecção de testemunhas, sendo certo que esta lei não permite que, nesses casos, se lance mão de alguns dos mecanismos nela previstos (por sinal, alguns deles os mais protectivos).

O que – voltando à minha dúvida inicial – mal se perceberia se o escopo último, ou ao menos principal, da lei fosse proteger os bens pessoais fundamentais das testemunhas, mas já se entende melhor se o escopo último da lei for o de assegurar a realização da repressão penal, que será tanto mais necessária quanto mais grave for a criminalidade que se enfrenta ou se julga enfrentar.

Dito de outro modo: quanto à criminalidade menos grave (pelo menos, numa certa lógica das coisas e numa certa mundividência), o Estado não protege as testemunhas, mesmo que os seus bens pessoais estejam em perigo sério e grave, e suporta, com isso, o preço da sua possível deserção do processo e, assim, a ausência de prova e da consequente repressão penal; na criminalidade mais grave, não.

Nisto, as testemunhas, com os seus bens pessoais (vida, integridade física, psíquica, liberdade e património) são meros instrumentos. Do que se trata, não é tanto dos direitos das testemunhas, mas mais, como o legislador inadvertidamente confessa logo no artigo 1.º da Lei n.º 93/99, das necessidades de combate ao crime.

Aliás, é esta necessidade de combate ao crime que me parece ser a ideia estruturante deste regime legal, necessidade de combate ao “crime grave”, ao “crime organizado”, ao “crime cartelar” e “poderoso”, o grande fantasma criminal de hoje, que careceria de ser exorcizado, quer através da expansão e do endurecimento do Direito Penal *stricto sensu*, quer através da “musculação” do Direito Processual Penal.

E é também esta ideia, estou em crer, que explica o “preço demasiado alto” (que adiante explicarei melhor) que o regime legal em matéria de protecção de testemunhas e outros intervenientes obriga a pagar em matéria de restrição ao contraditório, à igualdade de armas e às garantias de defesa, mas também à oralidade e à imediação, pois tudo quanto acima se disse relativamente ao afastamento da testemunha, à distorção da sua imagem ou à distorção da sua voz, por exemplo, conflitua com os princípios fundamentais do processo penal que são a oralidade e a imediação, e que nos dizem, respectivamente, que só as provas produzidas ou discutidas

oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão, e que a decisão só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa.

Princípios estes que visam a descoberta da verdade, que visam a melhor compreensão, a melhor percepção do que efectivamente ocorreu, que visam a melhor reconstituição do passado que cada processo procura, o conhecimento do único que cada caso é.

E princípios estes que, não só saem, como se viu, diminuídos por determinadas disposições da lei a que já se fez referência (ou por outras, como, por exemplo, as declarações para memória futura a que a lei concede alguma preferência em matéria de testemunhas especialmente vulneráveis), mas também, indirectamente, pela apontada diminuição do contraditório e da igualdade de armas, uma vez que a plena oralidade e a plena imediação pressupõem também a plena dialéctica entre acusação e defesa acerca do material probatório e probando.

E não posso também deixar de registar a desconfiança que, na minha leitura, perpassa pela lei relativamente ao Defensor, ao qual nunca é dada a possibilidade de, autonomamente, tomar a iniciativa, requerendo medidas protectivas, para quem quer que seja (nem no único caso em que expressamente se prevê a possibilidade de o Arguido as requerer, em sede de ocultação e teleconferência), assim se ignorando o seu estatuto de verdadeiro e próprio sujeito processual penal. Sendo certo, por outro lado, que o Defensor é sistemática e ostensivamente afastado dos procedimentos relativos à apreciação e decisão das medidas protectivas, ao ponto de, em sede de processo complementar, relativo à reserva do conhecimento da testemunha, o Defensor ser afastado, solicitando o Juiz de instrução à ordem dos Advogados a nomeação de advogado com perfil adequado (perfil adequado é a expressão da lei) para a representação dos interesses da defesa, perfil adequado que, segundo parece, o legislador entende que o Defensor pode não ter.

E esta desconfiança revela, pelo menos, três coisas, a meu ver, ou se não revela, pode contribuir para as inculcar (e, como se sabe, toda a lei é um poderoso condicionante do pensamento):

Em primeiro lugar, o Magistrado do Ministério Público tem, ao nível do seu estatuto processual penal, mas também ao nível simbólico e ritual, uma posição supraordenada relativamente ao Defensor.

Em segundo lugar, o Defensor é – permita-se-me a ligeireza da linguagem – o “suspeito do costume”, o “suspeito do costume” de, qual

intruso no processo, vir atrapalhar, entorpecer ou enterrar a boa administração da Justiça, administração essa comandada pelas magistraturas, pelas magistraturas que coabitam, que se vestem de igual, que se sentam lado a lado e que entram juntas na sala de audiências. O Defensor continua, amiúde, a ser identificado, se não mesmo confundido, com o Arguido e os seus interesses, descaracterizando-se ou diminuindo-se assim, quer no *law in books* (de que é exemplo esta lei), quer sobretudo no *law in action*, o seu estatuto processual penal, singular e próprio, por um lado, e, por outro, quando o Defensor é advogado (o mais das vezes), o estatuto deste, nas suas dimensões deontológica e sócio-política.

Em terceiro lugar, a assinalada desconfiança comprova que a Lei 93/99 é, como se disse, uma lei para a investigação, uma lei para as testemunhas de acusação, uma lei para o “caso da acusação”; preferencialmente, pelo menos.

E uma lei que – e sobre isto deixo apenas uma nota, necessariamente muito breve – também me parece colocar em causa o princípio da presunção de inocência, princípio fundamental e constitucional (artigo 32.º, 2 da Constituição da República) do nosso processo penal, que muitos continuam, teimosamente, a reduzir às questões atinentes à prova, esgotando-se o mesmo, nessa visão redutora, na regra do *in dubio pro reo* ou na celebrada (e nem sempre reflectida) afirmação de que não há ónus da prova em processo penal para o Arguido.

Mas o princípio da presunção de inocência é muito mais do que isso, e tem uma outra dimensão, tão ou mais importante do que aquela, dimensão essa que entendo que se realiza, por um lado, na necessidade de assegurar ao Arguido todas as garantias de defesa para lutar pela preservação, durante o processo e no seu final, do sentido daquela presunção (o que sai afectado pela redução do contraditório e da igualdade de armas que assinala), e, por outro lado, que se realiza na atribuição ao Arguido de um tratamento de inocente, pela lei e pelo Tribunal, e não apenas no discurso, o que não se compadece com regimes legais assentes em pré-compreensões e pré-conceitos relativos a um certo tipo de criminalidade e a um certo tipo de agente, de agente-Arguido (como faz esta lei), assentando ou apontando para uma presunção de culpabilidade do Arguido suspeito ou acusado de um certo tipo de crime, Arguido esse que representaria um perigo para as testemunhas.

E o que dizer, de outro passo, do carácter extraordinariamente vago – vago e, por isso mesmo, muito abrangente – de alguns conceitos usados

nesta lei, conceitos esses que estão no cerne de algumas das medidas protectivas em causa, conceitos como “razões ponderosas” ou “especial vulnerabilidade”, uma e outra que mal sabemos o que sejam; esta última, por exemplo, sabemos que pode ser em razão da idade ou de doença, sabemos os seus potenciais motivos, mas não sabemos em que consiste, é-se especialmente vulnerável porque se pode facilmente perder a espontaneidade e a sinceridade das respostas, ou é-se especialmente vulnerável porque se pode sofrer especialmente com o *pathos* processual? E o que significa exactamente, para efeitos de concessão da medida de reserva do conhecimento da identidade, “não ser fundamentadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha” ou “o depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo”?

E o que dizer também da generosidade permitida pela lei quanto à possibilidade de concessão das medidas (e, porque não dizê-lo?, quanto à inerente possibilidade de aproveitamento das mesmas na estratégia processual, numa determinada estratégia processual, pois não se continue a recusar à estratégia, no processo penal, o estatuto de disciplina acessível e praticada por ambas as partes)? Generosidade aquela que, por um lado, decorre da apontada vaguidade e abrangência de conceitos, e, por outro, do facto de poder bastar, afinal, para obter uma medida de protecção, qualquer pressão ou ameaça, directa, indirecta ou potencial (artigo 2.º, b) da Lei 93/99). Pode trocar-se, na verdade, boa parte do contraditório pelo conforto conferido pelo exorcismo de uma ameaça potencial.

Bem vistas as coisas – e digo-o sem qualquer intuito provocatório –, o quadro legal que temos actualmente em matéria de protecção de testemunhas é, no meu juízo, um quadro legal, no essencial, voltado para a investigação, investigação não tanto no sentido de descoberta da verdade, mas investigação no sentido de dotar as entidades de investigação (leia-se, o Ministério Público e as polícias) de meios, de todos os meios, para prosseguir a sua tarefa, e para sustentar em cada caso o “caso da acusação”. Não é, aliás, por acaso que, lendo toda a Lei n.º 93/99, facilmente se vê que os seus protagonistas (e praticamente os únicos actores) são o Ministério Público e o Juiz de Instrução, ou seja, o *dominus* do inquérito e o *dominus* da instrução, das fases inquisitória e tendencialmente inquisitória do processo penal (a instrução hoje, desgraçadamente, quase plenamente inquisitória).

Nessa medida, aliás, este regime legal quadra bem com os traços gerais de um “novo” processo penal, que se vai esboçando ou insinuando,

lenta mas firmemente, no discurso (ou nalguns discursos), mas também já na lei, quer no Código de Processo Penal, especialmente com a feição que lhe foi dada por algumas revisões (ou talvez devamos dizer reformas), quer na legislação processual penal extravagante dos últimos anos, e ainda em alguma jurisprudência (não tanto ainda na doutrina); um “novo” processo penal, um “admirável mundo novo”, avesso ao (alegado) “excesso de garantismo”, portador e indutor de *law and order*, mecanismo de defesa social relativamente a novas e tão ameaçadoras formas de criminalidade que se desenham, ao ponto de, diz-se, ameaçarem a própria democracia.

Ameaça esta que – pergunto –, neste “novo” e “admirável” processo penal, poderá justificar que se sacrifique o núcleo essencial, clássico, das garantias, poderá justificar o afastamento ou o enfraquecimento dos princípios processuais penais ou de alguns deles do nosso património de mais de dois séculos? Pergunto. E pergunto também se a propalada ameaça à democracia que tal criminalidade traz não é menor do que aquela que vem do sacrifício das garantias e do afastamento ou do enfraquecimento dos princípios, que são, eles mesmos, pilares dessa democracia?

É que Roma não caiu, na verdade, às mãos dos Bárbaros, Roma caiu às mãos de si própria; os Bárbaros só aproveitaram a oportunidade.

Bem, é tempo de finalizar, e, aqui chegado, tenho que dizer e sublinhar o seguinte: as dúvidas, as críticas e mesmo os protestos que esta Lei me suscita não relevam de qualquer posição de princípio contra a protecção de testemunhas e outros intervenientes processuais, nem do desconhecimento da necessidade de dispormos de tais instrumentos, no nosso tempo.

Sei – e aceito que isso tenha implicações na disciplina do processo penal – que, mesmo que seja exagerado falar na emergência de um “novo paradigma de criminalidade”, é inegável que existem hoje, ou existem hoje com uma feição e um alcance que não tinham no passado, formas ou fenómenos de criminalidade que reclamam alguma novidade, algum aperfeiçoamento, especial atenção nos instrumentos da prevenção e da repressão, com destaque para a criminalidade organizada e/ou especialmente violenta, a criminalidade de associação ou cartelar, a criminalidade transfronteiriça, o terrorismo, fenómenos estes que muitas vezes se juntam num só.

Tudo isto me parece inegável, pese embora entender que devemos reconhecer estes fenómenos e, sobretudo, deles tirar consequências, nomeadamente ao nível do Direito Criminal (no seu sentido mais amplo), sempre com um espírito aporético e muita prudência, pois de par com o

fenómeno vai sempre a mediatização do mesmo, por um lado – temo, aliás, que possamos vir a viver um tempo, se é que não vivemos já, em que a estabilização das chamadas expectativas contrafácticas da comunidade tenha no horizonte, não o cidadão, mas o cidadão–espectador –, e, por outro lado, de par com o fenómeno vai também sempre a hiperbolização do mesmo que aquela mediatização e os nossos sentimentos de medo e insegurança suscitam (o medo do crime tornou-se, aliás, já desde os anos oitenta do século XX, um tema central dos debates criminológicos). O que, inevitavelmente, nos pode levar ao exagero oposto ao de Pangloss, isto é, ao exagero de pensarmos (e daí tirarmos consequências) que tudo vai mal e que vivemos no pior dos Mundos. Cautela. Mas isso são outras águas, e por ora cumpre regressar à protecção de testemunhas, e terminar.

Dizia eu que reconheço a necessidade e a importância de existirem mecanismos legais de protecção de testemunhas, e, por isso, o que critico ao nosso actual quadro legal não está inquinado por qualquer posição de princípio ou desconfiança relativamente ao instituto em si.

E igualmente reconheço – e aceito, como não podia deixar de ser – que as garantias de defesa e os princípios fundamentais de processo penal que com ela mais directamente se relacionam (*maxime* os mencionados do contraditório e da igualdade de armas) – bem como, aliás, quaisquer princípios fundamentais – concorrem com outros, limitando-se uns aos outros, reciprocamente, oferecendo-nos ou procurando o processo, sempre, uma transacção entre eles.

O que há que buscar, nomeadamente entre aqueles princípios, tal como entre bens jurídicos, uns e outros com assento constitucional, e nomeadamente por força do disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, é uma concordância prática, de modo a compatibilizá-los, sem que a realização de um se faça à custa do outro, isto é, sem que a realização de um comporte sacrifícios intoleráveis para o outro, nomeadamente atingindo o seu núcleo essencial.

O que significa, na matéria que estamos aqui a tratar, pelo menos duas coisas: que as restrições a princípios fundamentais, nomeadamente os assinalados, por via das medidas de protecção de testemunhas, só possa ocorrer por força de outros princípios ou de bens jurídicos com assento e, pelo menos, igual valor na ordem constitucional, por um lado, e, por outro, que tal restrição deve ser limitada ao mínimo absolutamente necessário e não deve bulir com o núcleo essencial daqueles princípios, sendo certo que entendo serem ilegítimas todas as soluções que favore-

çam a investigação à custa dos interesses e das garantias de defesa, ou, dito de outro modo, todas as soluções que, de forma directa ou indirecta, “protejam” a investigação da defesa, já porque tais soluções partem de uma pré-compreensão inaceitável de culpabilidade, já porque tais soluções acentuam a desigualdade de partida entre acusação e defesa, desigualdade essa decorrente, por um lado, da modelação do processo penal que assenta na sua primeira fase eminentemente inquisitória, por outro, da posição supraordenada da acusação relativamente à defesa ao longo de todo o processo e, finalmente, da impossibilidade, desde logo legal, de a defesa, ela própria e por si, investigar.

Em suma, é necessário e é legítimo a protecção de testemunhas, de um lado, e, do outro, as garantias de defesa não são um valor absoluto. O que critico relativamente ao nosso actual quadro legal prende-se, por um lado, com as soluções, ou algumas das soluções, adoptadas pelo legislador e, por outro, com o que nelas vejo de expressão de um certo pensamento penal e processual penal que repudio.

Veamos, então, a concluir, e com a necessária síntese, que quadro legal de protecção de testemunhas me parece de adoptar, nos seus traços gerais:

1. Um quadro legal que, quanto a todas as medidas de protecção, assente, e assente apenas, na necessidade de protecção de bens jurídicos pessoais essenciais da testemunha ou outros intervenientes processuais e de pessoas que lhe estejam próximas, a saber, a vida, a integridade física, a integridade psíquica e a liberdade, quando, e só quando, em perigo efectivo e sério de lesão (no caso da vida) e de lesão grave (no caso dos demais). O património deve ser excluído, assumindo o Estado a responsabilidade pela compensação dos lesados.
2. Um quadro legal que estabeleça como medidas protectivas principais todas aquelas que protejam a testemunha sem comprometer as garantias de defesa, a presunção de inocência, o contraditório, a igualdade de armas, a oralidade e a imediação, a saber: protecção policial, deslocação de residência, isolamento na prisão, transporte protegido, residência protegida, protecção após o processo, inclusive com nome, identidade e fisionomia novos, bem como formas de acompanhamento e apoio.

3. Um quadro legal em que as outras medidas protectivas sejam subsidiárias relativamente às anteriores, só podendo aplicar-se quando se verifique ser seriamente previsível que aquelas não sejam suficientes ou eficazes, e só ocorrendo o perigo efectivo e sério referido em 1.
4. Um quadro legal que não estabeleça qualquer delimitação do âmbito da protecção em função dos crimes sob investigação, mas que admita a protecção em quaisquer casos, desde que verificado, e só quando verificado, aquele perigo efectivo e sério, para os bens jurídicos assinalados.
5. Um quadro legal em que, sempre e em qualquer momento, seja dado ao Ministério Público, ao Arguido, ao Defensor e ao Assistente (bem como, evidentemente, à testemunha) a possibilidade de requererem medidas protectivas, para além da possibilidade de aplicação oficiosa, pelo Juiz de Instrução ou pelo Juiz de julgamento, sendo a decisão sempre precedida do máximo contraditório que a natureza da medida consinta.
6. Um quadro legal que evite conceitos vagos e indeterminados, e perigosamente abrangentes, devendo sempre precisar, com o máximo de exactidão possível, os pressupostos e condições das medidas de protecção, sendo – repito – de afastar totalmente a aplicação das medidas protectivas com base em perigo abstracto ou potencial, ou com base em qualquer especial vulnerabilidade, ou com base em perigo sério e efectivo de lesão que não seja grave, ou ainda com base em perigo sério e efectivo de lesão grave que não se dirija aos bens jurídicos mencionados em 1.
7. Por fim, um quadro legal que estabeleça, não apenas ao nível regulamentar, mas logo também ao nível da afirmação de princípios, regras de exigência máxima relativamente aos meios tecnológicos (nos casos, subsidiários, em que forem admissíveis), meios esses que deverão ser os melhores possível e obedecer a um *standard* mínimo de qualidade, para obviar o mais possível às inerentes restrições ao contraditório, à igualdade de armas, à imediação e à oralidade.

Um quadro legal com estes traços gerais poderia ter, a meu ver, a virtualidade de proteger bens essenciais das testemunhas, em casos de perigo efectivo e sério, sem comprometer o conteúdo mínimo de um processo

equitativo, de um *due process of law* que o processo penal deve sempre ser, seja qual for a criminalidade ou alegada criminalidade que nele está em apreciação.

E isto tendo sempre no horizonte que a fórmula do artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República não traduz uma norma meramente programática, é uma cláusula geral englobadora de todas as garantias, explicitadas ou não nos números seguintes desse mesmo artigo 32.º da Constituição, e que decorram ou tenham que decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do Arguido em processo penal, sendo certo que a exigência de um processo leal vai muito além da consagração de um princípio de lealdade em matéria de meios de prova e de meios de obtenção da prova, governando todo o processo.

O que também faz com que eu continue fiel à ideia – que é todo um programa – de que, no processo penal, se algum desequilíbrio tiver de haver, ele deverá ser sempre no sentido das garantias individuais, pois a nossa ordem jurídica é inspirada, sobre tudo, por um critério superior de liberdade, assente na dignidade da pessoa humana.

Se isto fizer de mim um “liberal”, na dicotomia “securitários” – “liberais” de que hoje se ouve falar (e que, a meu ver, tanto empobrece a reflexão e a discussão), assim seja ..., e que me perdoem os “securitários”.