

A JUSTIÇA PENAL, A VERDADE E A GUERRA NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

Pelo Dr. Carlos Melo Alves

Inspirado pelas ideias iluministas, o direito penal atingiu a sua maturidade e estabilidade no final do século passado. A sua função primordial passou a ser a defesa da liberdade, da integridade física e do património dos cidadãos, respeitando sempre os direitos fundamentais de cada um, como defendeu Feuerbach.¹

Numa outra vertente, o direito penal apenas intervém subsidiariamente, constituindo a última *ratio* da proteção dos interesses dos cidadãos. Entre nós, os ensinamentos de Figueiredo Dias² preconizam isso mesmo: o direito penal protege o bem jurídico e tem uma função subsidiária na defesa desses bens, conforme sugere o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Gomes Canotilho

¹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A Teoria Penal de P. J. A. Feuerbach e os Juristas Brasileiros do Século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil. 395 f. Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

² Figueiredo Dias, Para uma Dogmática do direito penal secundário, p.II

e Vital Moreira³ enumeram os requisitos necessários para que a restrição de direitos fundamentais seja constitucionalmente legítima.

Na viragem do século XXI tudo se alterou. O reacender de conflitos antigos e o nascimento de novos problemas questionou a política central da segurança dos povos. A delimitação das fronteiras territoriais, o terrorismo — com referência para os atentados de 2011 — o fundamentalismo religioso e a criminalidade transnacional organizada vieram recolocar o direito penal e exigir uma maior intervenção, pondo em causa os seus princípios basilares.

As expectativas da opinião pública, suportadas por campanhas políticas de caça ao voto, sugerem o agravamento das sanções penais, observando-se um horizonte de quebra da preservação de um quadro de direitos fundamentais que protejam a dignidade humana.

As nuvens que pairam pelo mundo são cada vez mais negras e obrigam-nos a deitar um olhar mais longo, quiçá mais profundo, sobre as razões que nos levaram a chegar à beira de um precipício que não sabemos como contornar: a guerra.

Os beligerantes arvoram-se donos de uma verdade material cada vez mais complexa e cujas razões, no limite, se apresentam com elevado grau de subjetividade, travando-se de argumentos, alguns assaz duvidosos, para desferirem ataques, ceifando vidas humanas e provocando danos de consequências incomensuráveis.

É o Direito que, em última análise, é reclamado como instrumento capaz de evitar e resolver os conflitos entre os povos.

O respeito pelo Direito entre os povos nasce, em primeira linha, da força do Direito em cada Estado. É, pois, o sistema de justiça de cada país que decisivamente pode evitar as guerras entre os povos.

Num Estado de Direito, os direitos fundamentais do cidadão protegem-no contra o poder do mais forte. Numa palavra, a defesa dos direitos fundamentais do cidadão é o alimento, a voz e o refúgio dos mais fracos.

³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p.388

*

Deitando um olhar para o nosso sistema de justiça penal, o Código de Processo Penal Português foi retratado, durante muitos anos, maioritariamente, como um modelo equilibrado no que concerne à segurança e à defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Acompanhando a sua evolução, constata-se que o Código de Processo Penal tem sofrido significativos revés no âmbito das garantias de defesa dos direitos fundamentais do arguido.

A tudo isto não tem sido alheio o populismo penal em que a justiça se tem tornado. A justiça penal é diariamente consumida pela opinião pública com a abertura de telejornais com os processos mais emotivos, criando-se ou sugerindo-se que uma intervenção do Estado mais musculada e dura traria efeitos benéficos para a sociedade. Todo este ambiente é propício à crescente supressão dos direitos fundamentais do cidadão.

Pela importância de que o tema da defesa dos direitos fundamentais do cidadão se reveste, destacaremos alguns tópicos que merecem uma análise mais cuidada e que refletem a diminuição crescente da proteção das garantias dos direitos fundamentais do cidadão.

I

Apesar de não ter recebido o devido destaque, a alteração introduzida ao disposto no artigo 310.º do Código de Processo Penal provocou uma acentuada diminuição dos direitos fundamentais do cidadão.

As divergências na jurisprudência verificadas no início da entrada em vigor do Código de Processo Penal terminaram com o acórdão de fixação de jurisprudência⁴, que permitia o recurso das nulidades e das demais questões prévias ou incidentais. Mais tarde, o Supremo Tribunal de Justiça⁵ decidiu atribuir efeito imediato ao recurso da decisão instrutória.

As vantagens processuais deste entendimento jurisprudencial podem ser vistas sob três ângulos.

⁴ Acórdão de fixação de jurisprudência 6/2000, de 19.01.2000

⁵ Acórdão de Fixação de Jurisprudência nº 7/2004, de 21.10.2004

- a) Sendo as decisões instrutórias parcialmente recorríveis, o juiz de instrução proferiria decisões mais fundamentadas, mostrando a experiência que muitas delas favoreceriam o arguido;
- b) A possibilidade de mais um grau de jurisdição permitiria que muitas decisões instrutórias fossem revogadas e os processos arquivados;
- c) Mesmo sendo proferida decisão instrutória, os autos seriam remetidos para a fase de julgamento já sanados de vários vícios processuais, o que permitiria um escrutínio mais focado na verdade material pelo tribunal de julgamento.

Nesta configuração, a celeridade do processo não era posta em causa, uma vez que o recurso não teria efeito suspensivo e evitaria que muitos cidadãos fossem submetidos ao espectro sempre negativo de um julgamento. Além disso, haveria uma maior aproximação das armas de defesa e de acusação — ao nível da recorribilidade da decisão instrutória.

Com as alterações introduzidas no artigo 310.º do Código de Processo Penal, pela Lei 48/2007 de 29/08, o legislador cortou o direito de o arguido recorrer das nulidades e outras questões incidentais da decisão instrutória. As consequências desta alteração legislativa estão à vista de todos os profissionais do foro. Decisões instrutórias, sistematicamente encostadas à acusação, que, em sede de julgamento, redundam em absolvições, para além de limitarem as garantias de defesa dos arguidos, provocam um sentimento de frustração das expectativas comunitárias. Aos olhos do cidadão comum, é incompreensível que o arguido acusado e pronunciado por um crime venha a ser absolvido em sede de audiência de julgamento.

II

As alterações legislativas introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21/2 aos artigos 141.º, 356.º e 357.º do Código de Processo Penal cercearam direitos fundamentais do arguido.

O direito à não autoincriminação do arguido (no brocado latino *nemo tenetur se ipsum accusare*), que parecia consolidado no sistema penal, veio a ser derrogado pela possibilidade de as declarações prestadas nas fases anteriores ao julgamento, perante autoridade judiciária, serem valoradas em sede de audiência, ainda que se opte pelo silêncio.

Ainda que as testemunhas não compareçam em julgamento, a valoração dos seus depoimentos, prestados perante o Ministério Público nas fases anteriores do processo, veio limitar o exercício do contraditório. Na fase de inquérito, as testemunhas prestam depoimento sem a presença do defensor do arguido. São depoimentos prestados à luz de uma determinada tese, perfilhada pela acusação, cujo conteúdo tende, por várias razões, a vincular, para o bem ou para o mal, o seu sentido na audiência de julgamento. As testemunhas vão para julgamento vestidas com uma roupagem colada a uma versão defendida pela acusação.

Esta alteração legislativa veio retirar à audiência de julgamento a centralidade da produção da prova, desviando-a para uma fase processual anterior, na qual o exercício do contraditório se encontra ausente ou muito limitado.

III

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal até à presente data que se assiste a um crescente florescimento de meios ocultos de investigação.

Se, até há pouco tempo, o processo penal tinha, sobretudo, uma função de reação, o certo é que, cada vez mais, surge com tarefas de prevenção, atingindo espaços públicos e cidadãos, sem que exista qualquer suspeita da prática de crimes. O cidadão comum é monitorizado, diariamente, por vários dispositivos de videovigilância e de controlo dos meios de telecomunicação.

São várias as categorias de investigação oculta: escutas telefónicas, faturação detalhada, localizações celulares (metadados), escutas entre presentes, varrimento (identificação do número de um aparelho e do respetivo cartão dos telemóveis que se encontrem em determinada zona geográfica), ações encobertas, gravações fonográficas ou fotográficas não consentidas (em regra, associadas às ações de vigilância), buscas online GPS (*Global Positioning System*) e informadores anónimos. A variedade e a complexidade destes meios ocultos de investigação justificariam que o legislador estabelecesse uma teoria ou um regime geral destes meios de obtenção de prova que, consabidamente, atingem a intimidade e privacidade do cidadão comum. Porém, ao invés de estabelecer um regime uniforme, o legislador continua a legislar de forma dispersa

não só pelo Código de Processo Penal como pela legislação extravagante, como acontece com a Lei 5/2002, de 11/1 e a Lei 101/2001 de 25/8.

Todos estes métodos ocultos de investigação atingem os direitos fundamentais do cidadão. A sua aplicação prática tem gerado particulares dificuldades na análise jurídica, pelo que avançaremos com algumas ideias.

- a) As ações encobertas constituem o meio intrusivo mais violento de todos os mencionados. Este meio é incomparavelmente mais danoso que a escuta telefónica, na qual os seus interlocutores podem moldar a conversa de acordo com algumas precauções, mesmo num dispositivo que não é seguro. Ao invés, na ação encoberta, o agente encoberto domina completamente o sentido da conversa e até o comportamento do suspeito. A atuação do agente encoberto é controlada pela forma como transmite a informação e como cativa a confiança do suspeito, estabelecendo-se uma relação de proximidade tal que o suspeito é, facilmente, levado a perpetrar comportamentos que, de outra forma, não teria.

A nível da praxis forense, a ação encoberta coloca uma multiplicidade de problemas jurídicos atinentes aos direitos fundamentais⁶.

- b) O GPS (*Global Positioning System*) constitui, a todos os títulos, uma devassa da vida privada, uma vez que permite acompanhar os passos de um cidadão enquanto viaja no veículo onde foi colocado o dispositivo.

Como resulta dos bons princípios, um meio de prova que viole os direitos fundamentais do cidadão tem de estar expressamente previsto na Lei. Nas palavras impressivas de Costa Andrade⁷, a reserva de lei tem “... o significado óbvio e facial de que só a lei pode autorizar e legitimar as medidas.” Não estando prevista na Lei processual penal, a interceção de um dispositivo GPS cai no regime das proibições de prova, previsto no artigo 126.º do Código de Processo Penal.

⁶ Vide artigo publicado no Forum Penal, conferência do 1.º Forum da Advocacia Penal Portuguesa, Carlos Melo Alves

⁷ Costa Andrade, Bruscamente no Verão Passado, p.112

A doutrina tem-se alinhado, maioritariamente, no sentido — certo — da inadmissibilidade legal da utilização deste meio oculto de investigação, uma vez que não está previsto por uma lei expressa.^{8 9}

Já a jurisprudência tem divergido quanto à admissibilidade de autorização judicial deste meio oculto de investigação.^{10 11}

Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹² veio pronunciar-se no sentido da inadmissibilidade deste meio de obtenção de prova atípico, tendo considerado que ocorreu uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, num caso em que os tribunais franceses admitiram como prova os dados de localização por via de um sistema GPS.

O que parece fora de dúvida é que não existe Lei expressa e explícita que preveja a autorização deste meio de obtenção de prova. Para contornar esta lacuna da Lei, seria necessário recorrer a interpretações analógicas ou a escalas de graduação: se a Lei permite a interceção de escutas telefónicas, então por maioria ou igualdade de razão também permite o recurso ao sistema de GPS. Aplicar-se-ia, assim, o regime das escutas previsto nos artigos 187.º a 189.º do CPP.

Em matéria de direitos fundamentais, os silêncios da Lei não podem ser ultrapassados com mecanismos como o recurso à analogia. Como advoga Costa Andrade¹³, *“por força das exigências decorrentes da reserva de lei, o regime de cada uma das singulares medidas de investigação secreta há de ser aplicado no escrupuloso e intransigente respeito pelos pertinentes dispositivos legais.”*

Decorrente desta lacuna da Lei, não raro é constatar-se nas investigações a utilização do GPS, apelidado de “lapa” na gíria policial, sem que os intervenientes do processo tenham conhecimento.

⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 528

⁹ Costa Andrade, Bruscame no Verão Passado, p.184

¹⁰ Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 2903/11.8TACSC.L1.3, de 13.04.2016 do Tribunal da Relação de Lisboa

¹¹ Supremo Tribunal de Justiça, proc. n.º780/10.5JAPRT.SI, 5.ª secção, 24.10.13

¹² Acórdão Bem Faiza c. França, de 8.05.18

¹³ Que Futuro para o Direito Processual Penal, p. 541

- c) A busca online é, a todos os títulos, diferente da busca tradicional. Apesar de ser autorizada e desencadeada sem conhecimento dos visados, a busca tradicional é, em regra, presenciada por eles ou por alguém da sua confiança, esgotando-se com a própria diligência. A busca online é um verdadeiro método oculto de investigação, pois é realizada em todo o período da sua vida às escondidas dos visados.

Tal como o GPS, este meio de investigação não está previsto na Lei processual penal e, portanto, à luz do pressuposto da reserva de lei, não pode ser autorizado pelas autoridades judiciárias.

- d) A faturação detalhada e as localizações celulares constituem outro dos meios ocultos de investigação que ofendem cegamente os direitos fundamentais de qualquer cidadão, suspeito ou não da prática de um crime. Com o acesso a estes dados, os polícias conseguem reconstituir um ano da vida dos cidadãos. Através do cruzamento de dados, é possível saber os hábitos do cidadão comum, desde o credo que professa, o partido político a que pertence, os locais que frequenta, com quem se relaciona e até os seus desejos mais íntimos.

Durante oito anos, o sistema de justiça português permitiu que os dados dos cidadãos fossem armazenados pelo período de um ano, mesmo tendo perfeito conhecimento do conteúdo do acórdão de 8 de abril de 2014, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que declarou a invalidade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2006.

Esta demora no desencadeamento dos mecanismos processuais no sentido da apreciação da constitucionalidade das normas jurídicas que suportavam o acesso aos metadados espelha bem a conformação das entidades competentes com a violação dos direitos fundamentais do cidadão.

Uma questão com algumas semelhanças — prendia-se com o controlo jurisdicional da transferência dos dados armazenados para a investigação — correu contra um suspeito por um crime de homicídio. A decisão foi proferida pelo Tribunal

da Relação de Lisboa¹⁴, segundo a qual não podiam ser valorados, para a formação da convicção do tribunal, os dados de tráfego e de localização celular. A importância deste acórdão refletiu-se, ainda, e, sobretudo, nas consequências processuais ao nível do efeito-à-distância (por aplicação da chamada ‘doutrina da imputação objetiva’), pois o Tribunal de 1.^a Instância decidiu que a prova subsequente se encontrava toda contaminada, absolvendo o arguido de todos os crimes pelos quais havia sido condenado.

- e) As escutas telefónicas são o motor da maioria das investigações criminais. Apesar de a doutrina¹⁵ e a jurisprudência¹⁶ se alinharem na exigência da verificação de dois dos seus pressupostos de autorização das escutas telefónicas – a excepcionalidade e a suspeita qualificada –, a prática processual forense aponta-nos que são sistematicamente violados. Se – tal como se decidiu nos dois acórdãos citados – é certo que a jurisprudência teoriza a exigência desses dois requisitos, numa leitura mais atenta, constata-se que essas duas decisões resultam de recursos interpostos pelo Ministério Público. Dificilmente se encontra uma decisão de um tribunal superior que, por via da violação de algum destes requisitos, declare nulas as escutas telefónicas, com todas as consequências resultantes da contaminação da prova. Os argumentos repetem-se: o resultado da investigação veio demonstrar a necessidade da escuta telefónica.

Tal como já se escreveu num artigo para o Forum Penal, sob o título ‘Os Hackers e o Vírus em Tempo de uma Pandemia de Sentimentos’¹⁷, as ponderações da verificação dos requisitos de autorização de uma escuta telefónica têm de ser feitas no momento da decisão e não em função dos resultados que a investigação venha a obter.

¹⁴ Processo 1154/07.OPOLSB.LI, da 9.^a secção, de 15/09/11

¹⁵ Entre outros: Costa Andrade, Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal, p.114; André Lamas Leite, Entre Péricles e Sísifo: o novo regime de escutas telefónicas, in RPCC, 2007, p.625; José Damião da Cunha, O Regime Legal das Escutas Telefónicas – algumas reflexões. In Revista CEJ, n.º 9, p.207; Simas Santos e Leal Henriques, Código Processo Penal Anotado, p.928; Paulo Pinto de Albuquerque, p.507.

¹⁶ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, processos 97/10.5PJAMD-A.LI-5, de 11.01.2011 e 65/11, de 10.05.2011;

¹⁷ ‘Os Hackers e o Vírus em Tempo de Revelação de uma Pandemia de Sentimentos’

De resto, as normas jurídicas violadas saem reforçadas com a contaminação das provas mediatas e com o seu conseqüente inaproveitamento processual. A propósito de Roxin, escreve Costa Andrade¹⁸ que “(...) *incentivar-se-ia o recurso aos métodos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibição.*” A cominação com a destruição das provas constitui, além do mais, um aviso aos polícias para a necessidade de cumprimento das regras processuais, sob pena de verem o labor do seu trabalho destruído.

- f) A utilização de informadores anónimos consubstancia um “*método oculto de investigação*” muito utilizado pelos polícias, inexplicavelmente, com a cobertura do Ministério Público e dos tribunais. Os informadores anónimos são uma fonte surda de prova policial, insuscetível de contraditório, e fortemente violadora dos direitos fundamentais do arguido. Por regra, estes indivíduos são conhecidos dos polícias e perfeitamente identificados. Porém, a sua identificação permanece no segredo dos polícias e, por vezes, do Ministério Público.

Esta figura não está prevista no processo penal, nem em qualquer outro diploma legal. Os informadores anónimos são bufos que, a coberto do anonimato, procuram, a maioria das vezes, cobertura policial para desenvolverem comportamentos ilícitos e outros fins estranhos ao Direito.

O processo penal deve pautar-se pelo respeito dos princípios da legalidade e da lealdade. Ora, a utilização de informadores não é legal, porquanto não está prevista na Lei e é desleal, uma vez que estes indivíduos atuam à margem das regras do processo e se escondem atrás da cortina dos polícias, impedindo que os cidadãos se defendam.

Os polícias justificam o anonimato dos informadores com o receio de represálias dos visados sem razão, uma vez que a Lei estabelece um regime próprio (Lei n.º 93/99, de 14.7), com intervenção de um juiz, para autorizar a não revelação da identidade.

No entanto, o nó górdio da revelação da identidade dos informadores passa, em regra, por motivos diversos. É que, sob

¹⁸ Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, p.315

a capa de informadores, desenvolve-se uma atividade probatória à margem do processo penal e, para lhe conferir alguma cobertura legal, apresenta-se apenas o resultado. A título de exemplo: António (polícia disfarçado) ganha a amizade e a confiança de um suspeito, entra na residência deste, observa a existência de objetos ilícitos, obtém a confissão de vários ilícitos, sempre à margem do processo. Depois, transmite estas informações, que são vertidas no processo, a um órgão de polícia criminal. Com base nestas informações, são iniciadas investigações e realizada uma busca à residência do suspeito. Em julgamento, o órgão de polícia criminal esclarece que foi um colaborador que lhe forneceu informações sobre a existência de bens ilícitos na residência busca. Porém, a proibição de prova reside nas diligências levadas a cabo pelo informador. Já se vê a absoluta necessidade de identificar e contraditar os informadores.

Cada vez mais se assiste a uma policialização da investigação, desviando-se o centro de decisão do julgamento — onde os cidadãos exercem plenamente os seus direitos — para a fase de investigação, como acontece com a atuação dos colaboradores e, diretamente relacionados, dos agentes encobertos.

★

As ideias acima expostas revelam a crescente diminuição dos direitos fundamentais do cidadão.

Não raras vezes observamos decisões judiciais que moldam e postergam a legalidade da prova, certamente, convencidos os decisores de que a sociedade fica mais protegida com a almejada descoberta da verdade material. Atendendo à lição de Figueiredo Dias,¹⁹ não pode deixar de estar presente no espírito do penalista e, sobretudo, do julgador que *“a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais das pessoas surge, assim, também ela, como finalidade do processo penal. Afirmá-lo é também proteger o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado*

¹⁹ Direito Processual Penal, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.22

de Direito. São precisamente estas regras do Estado de Direito — que se prendem com os direitos fundamentais das pessoas e que exigem que a decisão final tenha sido lograda de um modo processualmente válido — que se vão impedir, em certas situações, a obtenção da verdade material.”

Se todos os países perceberem a importância dos direitos fundamentais dos cidadãos e os respeitarem, estarão a contribuir para a paz no mundo.

Na disputa e controlo de territórios, para o governo de um país, a sua verdade pode ser oposta à verdade de outro país. É uma verdade subjetiva apoiada, muitas vezes, em ideologias tão diversas que podem conduzir a outras tantas verdades subjetivas. Contudo, se a verdade formal — no fundo, os direitos fundamentais do cidadão — se sobrepusesse à verdade material, muitas guerras entre os povos seriam evitadas.