

A INFORMÁTICA NA AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

Registo da audiência e meios de produção de prova à distância

A JUSTIÇA E OS MEIOS INFORMÁTICOS - Prática forense, adequação, gestão e segurança do sistema

Carlos Pinto de Abreu*

1. O leal procedimento judiciário e judicial (*due process of law*) e a audiência de julgamento como fase nobre e essencial do processo penal onde imperam os princípios da audiência, da participação, da proximidade, da imediação e do amplo contraditório e na qual toda a prova pessoal deve, em boa regra, ser presencial e oralmente produzida e a prova real aí exibida, ponderada e publicamente apreciada – os artigos 321º, 327º, nº 2, e 355º do Código de Processo Penal.
2. A justiça devida (*suum quique tribuere*), como expressão da legitimidade dos Juízes na sua administração em nome do Povo, a necessidade da rigorosa e racional fundamentação das decisões judiciais (remissão), a *ratio* das regras da imediação e da documentação da audiência ou do registo da prova, a importância do auto ou da acta e a imprescindibilidade de um registo completo e eficaz, tão rigoroso e fidedigno quanto possível – os artigos 99º e 362º a 364º do Código de Processo Penal.
3. Os são princípios e as boas práticas de um processo legítimo e democrático. O (adequado) registo da audiência (*quod non est in actis, non est in mundo*). Os (excepcionais) meios de produção de prova à distância (*vigilantibus non dormientibus, jura subveniunt*). Um breve excuro pelo direito comparado. Os exemplos do direito alemão, brasileiro, espanhol, francês, inglês e italiano, entre outros. A lei, a doutrina, a jurisprudência e a prática. Entre o ser [ou o não ser] e o dever ser [mas não apenas para (a)parecer]. A livre apreciação da prova não prescinde de fronteiras e de regras e não se confunde com o arbítrio ou a insindicabilidade última do juízo – os artigos 127º e 374º, nº 2, do Código de Processo Penal.

* Esta intervenção teve o apoio inestimável do Dr. David Silva Ramalho, sem o qual não teria sido possível coligir toda a informação e, atempadamente, elaborar este humilde texto que ora se disponibiliza.

A Justiça e a Memória...

Aquela, a Justiça, um dos eternamente proclamados objectivos do Estado de Direito. Esta, a Memória, o objecto indispensável da sua prossecução no palco, por excelência, do Processo Penal: a audiência de julgamento.

E o que é a livre convicção do julgador se não a expressão da memória do julgamento?

A expressão da memória da factualidade documentalmente impressa e pessoalmente relatada, das impressões, sensações, pensamentos, e também das apreensões do julgador, filtrada pelas expurgatórias exigências de rigor, de distância, de racionalidade e de imparcialidade a si impostas, numa busca do resultado objectivo, subjectivamente possível e exigível.

Essa “*memória* –, já dizia Pessoa - *é a consciência inserida no tempo*”.

O conjunto de factos cristalizados, de percepções, leituras e experiências mentalmente catalogadas e organizadas de forma tendencialmente empírica, cronológica, analítica ou racional.

Porém, a verdade é que a desejável recuperação e cristalização da factualidade pretérita e da representação mental e histórica do passado se encontra em constante conflito, quer com a erosão do tempo, quer com as falsas memórias, quer com a sua vizinha – a fértil imaginação, por vezes virtuosa e desejável no domínio da ficção, mas neste caso, na justiça, provocante, perversa, perigosa e tóxica.

Porque todo o julgamento, ainda que futuro, se ancorará no passado e porque o Direito só é Direito enquanto puder regular o presente e representar mensagem para o futuro, é imperativo que, por um lado, a lei, que regula de forma geral e abstracta todas as situações a ela subsumíveis durante a sua vigência, e, por outro, os factos concretos e necessariamente pretéritos ou presentes que se submetem à apreciação do julgador, se possam sintetizar, encontrar e equilibrar dentro do quadro espaço-temporal da audiência de julgamento e convergir na concretização da universalmente procurada e ansiada Justiça.

É, efectivamente, na audiência de julgamento, fase nobre e essencial do processo penal, na presença das magistraturas, do Juiz e do Procurador, do

defensor e do patrono, dos Advogados, e do arguido e da vítima, dos Cidadãos, que a Justiça pode ser mais facilmente prosseguida e, por vezes, alcançada.

Mas a mera existência de audiência pública não basta.

É necessário que acima da autoridade, da soberania e da potestade do juiz esteja o fiel da lei, o império dos princípios... e a lógica da razão, até da razão comum.

Daqueles princípios que visam, não só dar todas as garantias constitucionais e legais de defesa ao arguido e de protecção à vítima, mas também criar as condições necessárias para que o julgador possa formar a sua convicção de forma fundamentada, livre e esclarecida, para com ela tomar, humanamente, a decisão mais racional, acertada e cautelosa possível.

Refiro-me aos princípios que enformam o Estado de Direito democrático e que, em matéria de processos punitivos, só podem ser concretizados no âmbito da audiência de julgamento.

Os princípios da audiência, da participação, da proximidade, da imediação e do amplo contraditório; princípios estes segundo os quais toda a prova pessoal deve, em boa regra, ser presencial e oralmente produzida (não lida e muito menos pré-constituída) e toda a prova real aí exibida, ponderada e publicamente apreciada (sem remissões vagas e indiscriminadas ou surpresas *a posteriori*).

Os princípios que apenas se podem desenvolver sem peias e concretizar naquele momento e naquele local em que os sujeitos processuais tudo conhecem ou devem conhecer, e se encontram reunidos face a face, publicamente escrutinados, em busca da certeza da verdade possível ou, apesar de todos os esforços e na sua falta, da dúvida absolutória.

Mas esses princípios, receio, de tão frequentemente proclamados como etéreos ideais dados como garantidos, correm o risco de soçobrar face às mais ou menos ténues e constantes ofensivas surdas que lhes são dirigidas.

Com o paulatino enfraquecimento da sua outrora intransigente e firme defesa, cada vez mais traduzida numa truculenta verbalização, oca de significado prático e desprovida de convicção cultural, estes princípios correm o sério risco de um

dia virem a não avançar mais do que o vento das palavras de quem os invoca perante uma surdez de quem os ignora.

E é na defesa da constante incorporação destes princípios básicos na prática forense que urge afastar o epigonismo jurisprudencial, por vezes legitimador de um conformismo acrítico, e impor a efectiva aplicação do Direito com vista à Justiça.

Porquanto a resignação à administração da justiça suficiente ou, pior, da justiça que outros têm como necessária para acalmar as pulsões populares, resultará inevitavelmente na denegação ou num arremedo de justiça, dever-se-á afastar a eupatia do possível e regressar à defesa do razoável e do exigível.

Essa defesa, esse controlo de qualidade que não prescinde de uma série de variáveis, deverá passar, em primeiro lugar, e na generalidade dos processos, pela imposição da presença do arguido na audiência de julgamento e, em segundo lugar, pela tendencial rejeição da admissibilidade generalizada ou indiscriminada dos meios de produção de prova à distância, fundada por vezes em meras razões de conforto, de comodidade e de conveniência ou invocada em nome da celeridade processual, da eficácia ou, até, do novel pragmatismo judiciário.

No que concerne à presença do arguido na audiência de julgamento, especialmente no respeito pelos princípios da audiência e da participação, tem-se vindo a assistir a um gradual enfraquecimento dessa garantia de defesa, e à sua progressiva conversão num dever (sem conteúdo dogmático) do arguido, ou mesmo num ónus (sem alcance prático).

Com efeito, passámos de um regime de rígido impedimento constitucional – salvo raríssimas excepções – do prosseguimento do processo de ausentes, para a consagração, na revisão constitucional de 1997, da admissibilidade, a título ainda excepcional é certo, mas só no texto da lei, do julgamento na ausência do arguido.

Com vista à consagração e densificação legal deste normativo constitucional, surgiu a Lei nº 59/98, de 25 de Agosto, que estabeleceu como limite mínimo para o prosseguimento da audiência na ausência do arguido a existência de duas faltas consecutivas deste.

O mesmo limite viria a ser reduzido, com o Decreto-Lei nº 320-C/2000, de 15 de Dezembro, a uma falta do arguido, após a qual o julgamento prosseguiria na segunda data designada.

O regime que temos actualmente, previsto no artigo 333º CPP, respeitante à falta e julgamento na ausência do arguido notificado para a audiência, estabelece como critério, a ser apreciado pelo tribunal, para o prosseguimento, ou não, da audiência, na primeira das datas designadas, o da indispensabilidade da presença do arguido.

Portanto, se o tribunal entender que não é indispensável a presença do arguido, ainda que a sua falta seja justificada e se deva a motivos atendíveis, nos termos dos nºs 2 a 4 do art. 117º CPP – como sejam motivos de internamento por doença ou impossibilidade física comprovada de deslocação ao tribunal –, então, dispõe o número 2 do art. 333º CPP, a audiência não será adiada, devendo os meios de prova ser produzidos independentemente da presença do arguido.

Esta regra estender-se-á ainda aos casos em que numa só sessão sejam produzidas todas as provas, salvo se o defensor apresentar requerimento para que o arguido seja ouvido, caso em que se interromperá a audiência.

Assim recuam, para níveis perigosos, os princípios da audiência, da participação e do contraditório face ao avanço inexorável dos princípios da celeridade, da economia processual e da concentração, mais a mais, quando nem sequer há hoje a possibilidade, permitida pelo Código de Processo Penal de 1929, de requerer novo julgamento.

Já no que concerne à referida necessidade de resistência face à abusiva ou excessiva generalização dos meios de produção de prova à distância, cumpre avançar com algumas rápidas mas simples considerações.

Porquanto a convicção do julgador se forma através da sua percepção da prova, tal como ela é apresentada, no seu todo e em cada um dos seus mais ínfimos pormenores, perguntar-se-á, em que medida poderá essa intelecção ser bem exercida mediante a produção de prova não presencial, sobretudo com a péssima qualidade dos meios disponíveis?

Será o resultado dos interrogatórios de um arguido, ou das inquirições de uma testemunha, apreendido da mesma forma se aquelas diligências forem realizadas por meio de videoconferência ou até de teleconferência em vez de o serem, cara a cara, na presença física do julgador?

Não se pretende aqui questionar que o julgador possa fundamentar a sua convicção correctamente e com justiça nos casos excepcionais em que a prova é produzida à distância.

Antes se questiona se será equiparável a apreensão sensorial e racional de um meio de prova produzido em audiência – no respeito pelos princípios da imediação e da oralidade previstos no art. 355º CPP – àquela que é, quantas vezes deficientemente, produzida com recurso a meios informáticos e à distância.

E havendo uma diminuição qualitativa nessa compreensão, por mais ténue que seja, serão os benefícios obtidos (eficácia e celeridade) merecedores desse sacrifício (qualidade e fidedignidade)?

A resposta terá de ser tendencialmente negativa.

Com efeito, a produção de prova à distância nunca poderá deixar de ser manifestamente exígua, cautelosa e excepcional, devidamente fundamentada por razões superiores ao mundano utilitarismo judiciário e sempre, sem excepção, norteadas pelo intemporal valor da Justiça e pela absoluta Dignidade da Pessoa.

Pois a memória, dizia-vos há pouco, é a base da convicção do julgador.

E sendo a memória da prova feita de impressões obtidas sobretudo através da observação directa e da apreensão imediata, então se ela for imperfeita, assim o será também o conteúdo e alcance do juízo de facto ou de direito vertido da sentença ou no acórdão.

A impossibilidade ou a maior dificuldade de avaliação presencial e sensitiva da linguagem corporal, das oscilações da voz, da postura do arguido ou da expressão facial da testemunha, poderá trazer consigo as sementes do erro, do engano e da injustiça.

Cria-se, assim, um perigo tão mais grave quanto a vantagem da simples e aparente diminuição dos custos com o recurso aos meios de prova à distância.

Daí que devam estes meios ser encarados como um mal necessário, a aplicar parcimoniosamente apenas e tão-só nos poucos casos em que sejam verdadeira e absolutamente imprescindíveis e, claro, sem qualquer outra alternativa possível e razoável.

Parece, contudo, que caminhamos no sentido oposto.

Veja-se, a título exemplificativo, o caso da instalação de sistemas de videoconferência nos estabelecimentos prisionais, dos quais o Estabelecimento Prisional da Guarda foi pioneiro, com vista, pasme-se, à diminuição de custos de transporte do arguido para o tribunal, facilitando (!) ou mesmo obrigando (!?) ao seu interrogatório a partir do próprio estabelecimento prisional.

No entanto, não deve daqui extrair-se, nem a necessária infalibilidade da apreensão da prova quando produzida presencialmente, nem o dogma da plena nocividade do recurso às novas tecnologias na audiência de julgamento.

Pelo contrário, a actualização tecnológica e a implementação de sistemas informáticos mais avançados na audiência de julgamento afiguram-se como sendo da maior importância, quer no âmbito dos meios de produção de prova à distância, quer no âmbito do próprio registo da audiência, como aliás já foi testado em encontro anterior de magistrados.

Esta mesma importância foi confirmada, no âmbito do regime da documentação da audiência, pela Lei nº 48/2007, através da consagração, nos artigos 363º e 364º CPP, da obrigatoriedade de registo de todas as audiências de julgamento, em regra, através de gravação magnetofónica ou audiovisual.

Foi um avanço civilizacional significativo e um marco histórico na nossa legislação processual penal, cultura jurídica e prática judiciária.

Apesar de a lei continuar a prever somente a gravação magnetofónica, há que fazer uma interpretação actualista do termo, no sentido de nele se ler também a gravação áudio digital, porquanto ambas são gravações de som, embora a primeira seja feita em cassete e a segunda em CD.

Além do mais, antecipa-se que, com o tempo, e de acordo com o programa já iniciado pelo Ministério da Justiça em 2006, através do qual foram instalados sistemas de gravação digital em cerca de 600 salas de audiência, este novo

formato venha a substituir por completo a, cada vez mais obsoleta e facilmente perecível, gravação em fita magnetofónica.

Não obstante a lei continuar a prever a possibilidade de utilização de meios estenográficos ou estenotípicos ou de outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral da audiência de julgamento, a verdade é que os mesmos foram meramente consagrados a título excepcional.

Excepções inclusivamente mais onerosas e morosas do que a regra uma vez que passaram a ser os únicos meios de registo a carecer de transcrição manual ou mecânica por parte de funcionário do tribunal, nos termos do art. 101º nº 2 do CPP.

Apesar da proficuidade da proliferação de meios de documentação da audiência tecnologicamente mais avançados, pouco tempo tardou a que a prática os tornasse contraproducentes.

Com o alargamento da instalação de novos meios técnicos de gravação áudio ou audiovisual nos tribunais portugueses, cedo surgiram práticas subversivas dos princípios que aqueles mesmos meios deveriam promover.

Rapidamente os princípios da imediação, da concentração e da celeridade processual foram consumidos pela ideia de que a tecnologia no registo da audiência por si só, permitiria, ao julgador reviver e relembrar tudo o que nela se passou, simplesmente pela sua posterior audição ou visionamento.

Assim se passou a entender que a proibição de adiamento da audiência por mais de 30 dias, prevista no art. 328º nº 6 CPP, não seria aplicável aos casos em que fossem utilizados estes meios de gravação.

Semelhante entendimento foi inclusivamente perfilhado, apesar da válvula de escape, pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão 473/2007, onde se pode ler o seguinte: *“a existência de documentação de prova e a não desmesurada dilação entre as duas sessões é de molde a afastar o risco de esvanecimento ou confusão na memória dos intervenientes processuais das ocorrências verificadas na sessão anterior”*.

Foi somente no dia 11 de Dezembro de 2008, cerca de dez anos após o início da implementação dos novos meios de registo da audiência, com o Acórdão de

Fixação de Jurisprudência 11/2008, que essa prática judicial foi proscrita e se passou a entender que *“o adiamento da audiência de julgamento por prazo superior a 30 dias implica a perda de eficácia da prova produzida com sujeição ao princípio da imediação. Tal perda de eficácia ocorre independentemente da existência de documentação a que alude o artigo 363.º do mesmo diploma”*.

De facto, não é razoável que se possa fundar uma maior dilação do período que medeia entre audiências de julgamento, simplesmente no facto de essas audiências estarem gravadas – muitas vezes meramente em formato áudio e com as deficiências de qualidade e de fidedignidade conhecidas, de tal modo que levaram já a várias anulações de julgamento.

Em primeiro lugar, porque a memória não é meramente auditiva, nem mesmo visual, nem tão pouco pode ser integralmente reavivada por simples gravações. A memória é também circunstancial, empírica e impressiva.

Características que serão inevitavelmente suprimidas, esquecidas ou diminuídas com o inexorável desgaste do tempo e cujo desvanecimento deturpará a correcta formação da percepção primeira e convicção última do julgador, independentemente de este ter procurado repristinar a percepção e recuperar a memória em gravações feitas há tempo demais.

O segundo motivo pelo qual a orientação jurisprudencial anteriormente referida não poderia proceder, é baseado numa questão de ordem prática.

Não é expectável que o juiz escute e/ou observe integralmente as gravações de todo o julgamento antes de cada nova audiência.

Não pode a memória física de uma cassette, de um CD ou de um DVD pretender substituir a memória do julgador, antes terá de ser um mero complemento de registo, um desfibrilhador cerebral ou um simples ressuscitador mnemónico em situações específicas e não para uma repetição ou reapreciação integral da oralidade da audiência.

Especialmente quando as gravações enfermam de uma qualidade muitíssimo inferior à desejável e causam o desconforto e até a desconfiança que conhecemos na sua reprodução, audição ou transcrição.

Além do mais, mesmo que o julgador insista na audição das gravações de fraca qualidade, sempre o mesmo ficará com uma sensação de incómodo decorrente desse constante, e quase doloroso, esforço de compreensão do conteúdo reproduzido.

Uma sensação que o julgador poderá involuntariamente associar ao caso e ao arguido, ou ao caso e à vítima, e que será susceptível de influir negativamente no julgamento e na decisão final.

Mas nem só, nem principalmente, para relembrar o juiz *a quo* da prova produzida, ou para coadjuvamos os restantes sujeitos processuais na preparação do julgamento ou das alegações, serve o registo da audiência.

Ousar-se-á avançar, até, dizendo que nem é essa a sua finalidade principal.

Como bem relembra Germano Marques da Silva, da conjugação das (já referidas) normas dos arts. 363º e 364º com as dos arts. 412º nº4 e 431º al.b), todas do CPP, não restam dúvidas de que o registo da prova constitui “*condição essencial da eficácia do recurso em matéria de facto*”.

Particularmente essencial após a consagração, pela Lei nº 59/98, da admissibilidade de recurso alargado em matéria de facto das decisões do tribunal colectivo e, pela Lei nº 48/2007, da admissibilidade de recurso em matéria de facto das decisões do tribunal de júri.

Ficou, deste modo, após um longo percurso de avanços e recuos, consagrada, ampla e universalmente, a garantia efectiva da dupla jurisdição em matéria de facto.

Assim, com recurso a um registo eficaz da prova, efectuado automaticamente por dispositivos tecnológicos adequados e livres da subjectividade intrínseca ao ser humano, permite-se aos sujeitos processuais e, até, ao público uma sindicância mais informada, incisiva e exigente da apreciação da prova feita pelo tribunal *a quo*, e uma mais fácil apreensão, percepção e compreensão, por parte do tribunal *ad quem*, mas também do Povo, das objecções realmente levantadas pelos recorrentes e recorridos, em especial, ou das dúvidas ou certezas dos *media* e dos cidadãos, em geral.

Com o abandono da regra da audiência oral no tribunal de recurso, levado a cabo pela Lei nº 48/2007, e a sua conversão em excepção, no art. 411º n.º 5 CPP, o registo da audiência será ainda mais importante, pois poderá ser o único “contacto” áudio ou audiovisual que o tribunal de recurso terá com os sujeitos processuais, já que a previsão da renovação da prova nos tribunais superiores é norma em desuso, ou melhor, *rectius*, pior, nunca usada.

Mas não terminam aqui as vantagens de um registo completo, eficaz e tão rigoroso quanto possível da audiência.

Como bem observa Germano Marques da Silva, o correcto registo do depoimento das testemunhas levará, por exemplo, a uma maior facilidade de prova contra as mesmas em caso da prática de crime de falso depoimento, p. e p. no art. 360º CP.

Assim se inculcará nas testemunhas a consciência das consequências de eventuais faltas suas à verdade, logrando alcançar com a certeza da ameaça dissuasiva ou a maior probabilidade da sanção, o que a esperança da impunidade não impunha: a verdade e a fidedignidade do relato prestado.

Cumpra, então, explicitar o que entendemos por registo adequado e eficaz?

O que entendemos ser o registo adequado a satisfazer os requisitos de publicidade e preservação da oralidade e da plenitude da prova pessoal, bem como a garantir um efectivo e amplo direito ao recurso, também em matéria de facto?

Para tal, haverá que avaliar as diferentes alternativas adoptadas no direito comparado e ponderar quais as que serão mais susceptíveis de atingir, com menor custo e com maior eficácia, o referido desiderato.

A primeira hipótese que se colocaria seria a adopção de um sistema semelhante ao previsto nos arts. 134º a 140º do CPP italiano (*Codice di Procedura Penale*).

Estabelece este código, como regra geral para a documentação integral da audiência, o recurso a meios estenotípicos ou a outros meios mecânicos, como a estenografia.

No caso da excepcional, dir-se-ia mesmo residual, possibilidade de estes meios não estarem disponíveis, prevê o código o recurso à escrita manual, em caracteres comuns.

Contudo, quando a acta seja feita de forma resumida, prevê o CPP italiano, no art. 134º nº 3, que seja feita simultaneamente a gravação fonográfica da audiência, ficando a sua transcrição sujeita à vontade dos sujeitos processuais e do tribunal.

No que concerne à gravação audiovisual, o sistema processual penal italiano admite-a, apenas e só, quando se verifiquem cumulativamente os seguintes dois requisitos: é necessário que o registo estenotípico ou fonográfico seja insuficiente e ainda que o juiz entenda que a gravação audiovisual é “absolutamente indispensável”.

Como refere Franco Cordero, porventura com alguma ironia, a gravação audiovisual no sistema italiano é “*um virtuosismo técnico a usar muito parcimoniosamente*”. Descontando a ironia; não estamos, claro, de acordo.

Naturalmente, a hipotética consagração deste sistema no ordenamento jurídico português deverá ser rejeitada, uma vez que significaria um retrocesso no sistema actualmente em vigor no nosso processo penal e, até, um regresso ao passado ridículo e penoso da súmula escrita e ditada em irritantes prestações interruptivas nos tribunais singulares, sobretudo quando requerida e especialmente nos casos mais mediáticos de abuso de liberdade de imprensa.

Era a lenta tortura em suaves, mas intermináveis e irritantes, doses.

Era, infelizmente, mas já não é.

A segunda hipótese seria adoptar um sistema semelhante ao francês ou ao inglês. Nestes casos – *grosso modo* e para o que aqui nos interessa – o registo sonoro ou audiovisual da audiência de julgamento encontra-se previsto especificamente para certa criminalidade, designadamente, a mais grave, julgada em tribunais específicos – no sistema francês, o *Cour d’assises*, no sistema inglês, o *Crown court*.

Contudo, enquanto no ordenamento jurídico francês, em regra, a gravação sonora ou audiovisual da audiência de julgamento está sujeita à

discricionariedade do julgador, já no britânico a gravação sonora é automática (no *Crown court*) e necessariamente acompanhada pelo registo por meio estenográfico, embora só excepcionalmente se recorra ao registo audiovisual (em parte devido ao atraso tecnológico das salas de audiência britânicas).

Em ambos os ordenamentos poderá haver casos em que o depoimento de certas pessoas, testemunhas particularmente vulneráveis ou susceptíveis de serem intimidadas, deva ser feito e registado por meio audiovisual, como aliás já devia acontecer em Portugal – até mesmo, no nosso entendimento, sem necessidade de alterar o quadro legal - mesmo em fases preliminares do processo, sem que isso limitasse a possibilidade, caso necessário, de inquirição, depois, em julgamento, ainda que de acordo com os regimes previstos na Lei de Protecção de Testemunhas.

Também a consagração deste sistema não se afigura viável nem desejável no ordenamento jurídico português.

Com efeito, a consagração no ordenamento jurídico português do registo sonoro da audiência apenas para certos tipos de crimes e a sujeição do registo audiovisual ao critério do julgador importariam, igualmente, um retrocesso intolerável para a legislação vigente.

E implicariam uma prática menos consentânea com as mais amplas garantias de defesa e de protecção dos direitos do cidadão e de útil e necessário auto e hetero controlo das decisões judiciais.

Também no ordenamento jurídico alemão se restringe a admissibilidade do registo audiovisual da audiência a casos específicos em que a prova é necessariamente produzida por meio de videoconferência, nomeadamente quando se reporte a pessoas com idade inferior a 16 anos que tenham sofrido ofensas à sua integridade física, ou no caso em que não seja possível a comparência de pessoa cujo depoimento seja indispensável.

O legislador alemão fez uma opção expressa pela excepcionalidade deste meio de prova e subsequente registo, ao permitir a sua utilização apenas e só nos casos em que seja necessária para a descoberta da verdade (arts.58^a n^{os} 1 e 2 do StPO - Strafprozessordnung).

Já a gravação sonora da audiência de julgamento ficará ao critério do julgador, podendo este optar, em alternativa, no caso da prova testemunhal, por sumarizar o depoimento de cada testemunha, ditando-o para o escrivão, sempre com a anuência da testemunha relativamente à fidedignidade da informação cuja origem lhe é imputada e vertida a escrito.

Também aqui se afigura ancestral e inadequado o registo ditado e manuscrito, como aliás já deixámos devidamente registado *supra*.

Efectivamente, parece-nos que o passo lógico a seguir no sentido do aperfeiçoamento do registo da audiência de julgamento deverá ser o que foi recentemente efectuado pela Espanha, através da Ley 13/2009, de 3 de Novembro, e que entrou em vigor no passado dia 4 de Maio.

Num audacioso passo, o ordenamento jurídico espanhol passou a consagrar, como regra, nos arts. 743 n.º 1 e 788.º da Ley de Enjuiciamiento Penal, o registo audiovisual da audiência de julgamento.

Previu ainda a nova lei processual penal do país nosso vizinho, e parece que com o intuito de assegurar a fidedignidade e a integridade das cópias disponibilizadas às partes, que em cada cópia digital deverá ser aposta a assinatura digital do Secretário judicial.

Uma chamada, pois, de atenção para a qualidade e fidedignidade das transcrições que, no limite, não prescindem da audição do suporte áudio ou audiovisual.

Ainda que os meios técnicos disponíveis possam não permitir a implementação imediata desta nova medida em todos os tribunais espanhóis, parece mais correcto submeter os condicionalismos práticos à lei e incentivar a sua superação pela produção legislativa e afectação de meios económicos, do que positivar a resignação à crença na eterna indisponibilidade económica para cumprimento da lei, legislando na medida do possível e não, como se disse atrás, do razoável e, já agora, do exigível.

Também o Brasil recentemente teve a oportunidade de seguir a via adoptada por Espanha através da Proposta de Lei do Senado n.º 156/09 que institui o novo Código de Processo Penal e que ainda só foi aprovada em primeiro turno.

Não obstante, optou o legislador brasileiro por não avançar mais do que o que já vinha previsto, desde 2008, no anterior (mas ainda vigente) Código de Processo Penal e que em pouco difere do regime português.

Contudo, da leitura da lei, quer da antiga, quer da nova, não restam dúvidas que o legislador prefere o recurso ao meio audiovisual, uma vez que prevê expressamente a possibilidade da sua utilização com fundamento na sua susceptibilidade de “*obter maior fidelidade das informações*”.

E é, de facto, de maior fidelidade ou fidedignidade das informações registadas que se trata.

Apenas por via do registo e da reprodução audiovisual poderá o juiz melhor reconstituir a produção da prova que presenciou e quiçá detectar pormenores que não conseguiu visionar durante a própria audiência de julgamento ou que entretanto já esqueceu ou, ainda, de que duvida no acto da deliberação e necessita confirmar.

E porquê?

Porque apenas assim, com a possibilidade de audição (do som) e visionamento (da imagem) de toda a produção de prova pessoal no julgamento, poderá o julgador dispor dos elementos necessários para comprovar o acerto e a justeza da sua íntima convicção e proferir uma sentença com base nela, consciente e seguro da sólida sustentação da sua percepção e sem receio de errar ou de a submeter à sindicância de outra instância judicial.

Por outro lado, se em sede de primeira instância o registo audiovisual é importantíssimo, dir-se-ia que em sede de recurso o mesmo é indispensável, senão mesmo imprescindível, quando se impugna a matéria de facto.

Efectivamente, não é expectável que haja uma verdadeira, séria e total dupla verificação pelo tribunal *ad quem* dos factos impugnados em recurso da decisão do tribunal *a quo*, quando aquele apenas tem acesso ao som do julgamento com base no qual foi proferida a decisão recorrida... e não tem qualquer possibilidade de visionar a imagem dos sujeitos e intervenientes processuais, como aliás já acontece com os julgamentos realizados no tribunal de Monsanto e na, assim designada, mega sala de julgamentos de Sintra.

Quando os únicos elementos de registo e documentação da prova disponibilizados pelo tribunal *a quo* ao tribunal *ad quem* são manifestamente inferiores em quantidade e qualidade informativa àqueles com base nos quais o tribunal recorrido fundou a sua convicção, naturalmente que, em caso de dúvida, aquele tenderá a abdicar da sua própria apreciação da prova e, capitulando, por incapacidade, por inércia ou por preguiça, preferirá formalmente adoptar o entendimento do julgador predecessor, abstendo-se de pensar, formular ou reformular novo juízo de mérito por receio de não ter detectado informação vital, apreensível apenas de forma visual, ou por rapidez, facilidade ou comodidade de opção.

Pergunta-se então, como conciliar a situação que se descreve, com a exigência constitucional, legal e ética de dupla verificação dos factos impugnados em sede de recurso?

Como assegurar a garantia de efectiva dupla jurisdição em matéria de facto?

A resposta é evidente: garantindo que o tribunal superior não se demita de suprir as falhas de juízo e de reparar os erros de julgamento.

Em síntese, porque o regime vigente é insuficiente, devia impor-se o registo audiovisual, e porque, por vezes, se mantém a oca aparência de direito ao recurso, sobretudo no caso em que se decide a insindicabilidade do juízo de primeira instância, é imprescindível alterar a lei e modificar as práticas; não apenas a dos magistrados a bem decidir, mas também a dos advogados a correctamente alegar.

Manter o *status quo* mais não é do que pactuar com um invólucro vazio de justiça e com o rastilho do erro, pois não se pode continuar a conceber a plena jurisdição do tribunal superior e a actualização tecnológica dos meios de registo da audiência de julgamento como um luxo desnecessário ou um *plus* disponível ou descartável, mas antes como uma imposição das regras processuais mínimas do Estado de Direito democrático e uma decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, de todo e cada Cidadão, seja vítima, seja arguido, seja, até, testemunha, interveniente processual principal ou accidental ou simples público.

Como dizia Jorge Langweg no VII Congresso dos Juizes Portugueses realizado em 24 de Novembro de 2005, há precisamente 5 anos, “a curto prazo poderemos ter a documentação em tempo real das audiências: gravação áudio e vídeo digital, com legendagem em tempo real assegurada, nos primeiros tempos por estenografia digital (e, daqui a alguns anos por um *software* de reconhecimento de voz devidamente desenvolvido e testado).

Poderíamos ter. Mas, infelizmente, não temos.

E esse é o propósito comum, quero crer, de todos os que estamos aqui presentes.

Uma boa Memória, claro.

E melhor Justiça.