

Os impedimentos entre a imparcialidade do juiz e funcionalidade do sistema

Notas sobre a recente alteração do art. 40.º CPP*

Pedro Soares de Albergaria
(Juiz desembargador
Presidente do Tribunal de Comarca dos Açores)

I

§ 1 É meu propósito partilhar aqui algumas notas e cogitações sobre as recentes alterações operadas pela L 94/2021, de 21.12.¹, ao regime de impedimentos constante do art. 40.º do Código de Processo Penal (CPP)², alterações estas nominalmente introduzidas como resposta à Estratégia Nacional Anticorrupção (ENA) aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros 37/2021, de 6.4. Nominalmente, disse, pois como adiante melhor se verá não é possível estabelecer qualquer relação significativa entre a dita alteração e a mencionada Estratégia. Seja como for, a minha preocupação residirá menos na exegese e acerto dogmático do regime prefigurado³, embora aqui e ali me atreva a uma incursão nesse temário, do que no impacto prático dele na organização e funcionalidade do sistema judiciário. No fundo, cumpre-me dar testemunho da minha visão de prático do direito, um que praticou em tribunais criminais e de instrução criminal e por sobre isso exerce

* Texto que serviu de base à comunicação como mesmo título no colóquio subordinado ao tema “As Alterações à legislação penal e processual penal no contexto da Estratégia Nacional Anticorrupção” (org. dos Profs. Doutores António Almeida e Costa, André Lamas Leite e Sandra Oliveira e Silva), que teve lugar no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Porto no dia 28.3.2022. Manteve-se o tom coloquial inerente ao contexto da comunicação.

¹ Art. 11.º e ss. da L 94/2021, de 21.12.

² Ulteriores referências a artigos de lei sem menção do diploma referem-se ao CPP.

³ A matéria tem sido amplamente tratada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e do Tribunal Constitucional (TC), bem como pela doutrina nacional. Por mais recente, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, “A imparcialidade do juiz do julgamento”, *Revista do CEJ*, 1, 2021, p. 81 ss. Em termos monográficos, MOURAZ LOPES, *A tutela da imparcialidade endoprocessual no Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

agora, precisamente, funções de gestão enquanto presidente de um tribunal judicial de primeira instância.

II

§ 2 A história do art. 40.º, norma matricial a respeito da tutela da “imparcialidade endoprocessual”⁴ é, todos sabemos, a história da sucessiva ampliação do seu perímetro normativo. Na sua redacção originária, de 1987⁵, cingia-se ao vedar a participação do juiz em recurso ou pedido de revisão relativos a decisão que tivesse proferido ou em que tivesse participado, ou no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tivesse presidido; em 1998⁶ acrescentou-se-lhe o impedimento do juiz que tivesse “aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva”; em 1999⁷, esclareceu-se que aquele impedimento funcionaria quer a medida de coacção fosse aplicada no inquérito quer na instrução; em 2007⁸, estendeu-se o impedimento ao juiz que tivesse aplicado medida de coacção de proibição ou imposição de condutas ou obrigação de permanência na habitação e bem assim àquele que tivesse recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta, especificando-se que igualmente abarcado ficaria o juiz que tivesse proferido ou participado em decisão de recurso ou pedido de revisão anteriores; enfim, em 2013⁹ esclareceu-se¹⁰ que a decisão de recurso antes referida teria de ser uma que tivesse conhecido, a final, do processo, de decisão instrutória ou de decisão de aplicação de uma das medidas de coacção que, a serem aplicadas, activariam o impedimento (proibição ou imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva).

⁴ MOURAZ LOPES in: ANTÓNIO GAMA *et al.*, *Comentário Judiciário do Código do Processo Penal*, t. I (arts. 1.º a 123.º), Coimbra: Almedina, 2019, p. 471, § 1.

⁵ DL 78/87, de 17.2.

⁶ L 59/98, de 25.8.

⁷ L 3/99, de 13.1.

⁸ L 48/2007, de 29.8, e Decl. de Rect. 105/2007, de 9.11.

⁹ L 20/2013, de 21.2.

¹⁰ Considerando a norma introduzida pela lei referida na nota antecedente como “interpretativa”, cf. STJ 23.5.2018 (LOPES DA MOTA), p. 1211/21.1PBLSXL.L3-A.S1, www.dgsi.pt.

§ 3 A descrição do regime de tutela da imparcialidade endoprocessual não ficaria completa sem mais duas notas, já que a mesma não se circunscreve ao art. 40.º: primeiro, ela surge nas als. c) e d) do n.º 1 do art. 39.º ainda sob a configuração de verdadeiro impedimento respeitando a “«posições» funcionais diferenciadas”¹¹ do juiz que tiver intervindo, ou dever intervir, no processo em certa veste processual (como representante do MP, órgão de política criminal, defensor, advogado do assistente ou da parte civil, perito ou testemunha); depois, nem toda a mencionada protecção da imparcialidade em razão das funções do juiz num mesmo processo se actualiza no plano radical, por *automático*, do impedimento: precisamente no n.º 2 (e 4) do art. 43.º, que respeita a recusas e escusas, e portanto ao reino das *ponderações*, se dispõe que “a intervenção do juiz (...) em fases anteriores do mesmo processo fora dos casos previstos no artigo 40.º” pode constituir fundamento de recusa¹². Creio que tem interesse focar este aspecto, desde logo porque se como acima disse a história dos impedimentos é a da sucessiva ampliação do respectivo âmbito de aplicação, a mesma tem sido lograda pelo progressivo esvaziamento do citado fundamento de escusa/recusa – breve, no passar da declaração do *iudex inhabilis* do juízo do tribunal para o legislador. Adiante voltarei aqui (§ 10 ss.).

§ 4 Pois bem, consumando o sucessivo alargamento dos fundamentos de impedimento, veio o legislador, pela L 94/2021, proceder não apenas a uma alteração do regime, mas ao que com propriedade podemos chamar de *mutação* dele. Com efeito, as soluções até agora consagradas, várias impulsionadas por jurisprudência do TC, estabilizaram-se pelo decurso de 8 anos de vigência (desde 2013), podendo-se-lhes creditar uma aceitação, se não unânime, ao menos generalizada, de doutrina¹³ e de jurisprudência. Num tal ambiente de relativa

¹¹ MOURAZ LOPES (n. 4), p. 465, §12. Também há impedimentos preordenados à tutela da imparcialidade endoprocessual em leis processuais penais extravagantes, de que é exemplo o art. 17.º/4 da L 93/99, de 14.7.

¹² Redacção introduzida pela L 59/98, de 25.8.

¹³ Indo implícita, nessa generalização, vozes discrepantes, como p. e x., a de RUI PATRÍCIO, “Imparcialidade e processo penal: três problemas”, *Julgár*, 30, 2016, p. 43 ss.

acalmia judiciária e doutrinária é deveras estupefaciente que a mencionada lei venha a simplesmente consagrar como fundamento de impedimento de juiz intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativamente a processo no qual tenha praticado, ordenado ou autorizado *qualquer* dos actos previstos nos arts. 268.º/1 e 269.º/1, aqui cabendo, já não a aplicação das medidas de coacção de proibição ou imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação e prisão preventiva, mas ainda e sem pretensão de exaustão, um rol de actos como ter: presidido a primeiro interrogatório de arguido detido¹⁴; aplicado qualquer medida de coacção com excepção do termo de identidade e residência¹⁵; procedido a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário¹⁶ ou ordenado ou autorizado buscas domiciliárias¹⁷; ordenado ou autorizado a apreensão de correspondência¹⁸ ou tomado conhecimento do conteúdo de correspondência apreendida¹⁹; declarado a perda a favor do Estado de bens apreendidos quando o MP arquivar o inquérito²⁰; ordenado ou autorizado exame ou perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa²¹; ou ainda ordenado ou autorizado a intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações²².

§ 5 Sobre isto, não se pode olvidar que quer o art. 268.º quer o art. 269.º contêm uma *norma da remissão* (al. e) do n.º 1 de ambos os preceitos) que tanto opera para o *interior* (para o CPP) como para o *exterior* (para a legislação processual penal extravagante). A respeito da primeira, cabe ao juiz de instrução, entre muitos outros actos: admitir uma pessoa a intervir no processo como assistente²³; determinar ou validar a determinação de sujeição do inquérito a segredo de justiça,

¹⁴ Art. 268.º/1/a.

¹⁵ Art. 268.º/1/b, excepto, ao que parece, se o tiver aplicado no culminar de primeiro interrogatório de arguido detido...

¹⁶ Art. 268.º/1/c.

¹⁷ Art. 269.º/1/b.

¹⁸ Art. 269.º/1/d.

¹⁹ Art. 268.º/1/d.

²⁰ Art. 268.º/1/e.

²¹ Art. 269.º/1/a/b.

²² Art. 269.º/1/e.

²³ Art. 68.º/4.

ou dirimir conflito sobre a manutenção desse segredo²⁴; decidir sobre conflito a respeito da consulta dos autos ou da obtenção de certidão e informação e bem assim sobre prorrogação regime de segredo²⁵; sancionar faltoso com multa processual e eventualmente determinar a sua detenção para comparência em diligência²⁶; reexaminar medidas de coacção e de garantia patrimonial²⁷; determinar a imediata apresentação de detido que tiver impetrado *habeas corpus* e decidir da providência²⁸; tomar declarações para memória futura²⁹; dar ou não a sua concordância a arquivamento com fundamento em dispensa de pena³⁰ ou a suspensão provisória do processo³¹.

§ 6 Quanto à segunda, quer dizer a respeito da *remissão para diplomas extravagantes*, sendo impossível (e desnecessário) traçar aqui todos os actos que são deferidos ao juiz de instrução, bastará pensar na competência para: dar concordância à suspensão provisória do processo no crime de corrupção activa ou de oferta indevida³²; autorizar a apreensão de documentos pertinentes a instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda electrónica³³; autorizar ou ordenar o controlo de conta bancária³⁴; autorizar ou ordenar o registo de voz ou imagem³⁵; tomar conhecimento, tacitamente validando-a, de acção encoberta autorizada pelo MP, ou mesmo autorizá-la, em certas circunstâncias³⁶; determinar a recolha de amostra de ADN com finalidades de investigação criminal³⁷; decidir sobre a junção aos autos de dados ou documentos informáticos susceptíveis de revelarem dados

²⁴ Art. 86.º/2/3/5.

²⁵ Art. 89.º/2/3.

²⁶ Art. 116.º/1/2.

²⁷ Art. 213.º

²⁸ Art. 221.º/1/3.

²⁹ Art. 271.º

³⁰ Art. 280.º/1.

³¹ Art. 281.º

³² Art. 9.º/1 da L 36/94, de 29.9, com a redacção da L 94/2021, de 21.12.

³³ Art. 3.º/3 L 5/2002, de 11.1.

³⁴ Art. 4.º/2 L 5/2002, de 11.1, e art. 49.º L 83/2017, de 18.8.

³⁵ Art. 6.º L 5/2002, de 11.1.

³⁶ Art. 3.º/3/4 L 101/2001, de 25.8.

³⁷ Art. 8.º/1/4 L 5/2008, de 12.2.

personais íntimos ou danos para a privacidade de terceiros, autorizar ou ordenar a apreensão de correio electrónico e registos de comunicação de natureza semelhante ou decidir sobre a interceptação de comunicações electrónicas³⁸.

§ 7 Mas a reforma não se limitou a alargar, até ao limite cogitável, a paleta de actos susceptíveis de invocarem, diz-se que para tutela da imparcialidade endoprocessual, a solução radical do impedimento. A mais disto, acrescentou-se no n.º 2 do art. 40.º que “nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos da alínea a) e e) do número anterior”. Esta alteração faz eco da posição de alguns autores, como RUI PATRÍCIO, com base em um argumento de simetria: se a prática de certos actos no inquérito (o autor tinha em vista, cumpre dizer, apenas a aplicação das medidas de coacção – condicionadas à demonstração de “fortes indícios” – que no texto pré-revisto já espoletavam o impedimento) tornam o juiz inábil para o julgamento, não há razões para não o tornarem inábil para a instrução³⁹. Não é meu propósito aqui debater o bom fundamento da solução, bastando-me com três notas: a primeira, para dizer que a pertinência do n.º 2 do art. 40.º está logo contingente de se saber se todos os actos previstos na al. a) do n.º 1 desse preceito relevam para a tutela da imparcialidade endoprocessual – e a esta questão dificilmente alguém, a não ser o legislador de Dezembro de 2021, responderá afirmativamente; em segundo, ainda circunscrevendo os actos da alínea a) do n.º 1 às medidas de coacção cuja aplicação implica a verificação de forte indicição do facto, nem por isso a solução é indiscutível, autoevidente, como vem pondo de relevo alguma, autorizada, doutrina;⁴⁰ enfim, numa reforma que em algum ponto dá sinais de querer inverter a lógica de que a instrução é uma espécie de antecipação do julgamento – veja-se a n.ºvel redacção do art. 291.º/3, que condiciona a repetição de actos instrutórios

³⁸ Arts. 16.º/3, 17.º e 18.º L 109/2009, de 15.9.

³⁹ RUI PATRÍCIO (n. 13), p. 53 ss. Também, PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Megaprocessos – fatalidade, estratégia, oportunismo?”, in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ET AL. (orgs.), *Corrupção em Portugal – Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa: UCE, 2021, p. 455 e n. 15.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, 2022, § 3, II, 3 ss. (no prelo).

indispensáveis ao pressuposto de ter sido *requerida* – aqui parece que há (mais) um passo atrás.

§ 7.1 Da solução deriva, pois, que por princípio juiz *da* instrução e juiz *das* liberdades já não podem ser a mesma pessoa, no que vão implicados problemas e equívocos. Um equívoco quanto às funções do juiz das liberdades, parecendo-se pressupor que ele é precisamente o que não é: um juiz investigador. Em termos tais que, para lisura do processo, haveria que chamar à colação, em toda a sua pureza, na relação entre as duas figuras, a lógica mesma do princípio da acusação. Depois, a cisão prática, pessoal, entre as duas figuras deslacha-se no separar na lei processual o que nessa mesma lei, noutro lado (art. 17.º), e também na lei orgânica (art. 119.º LOSJ⁴¹) se mandou fundir, algo que reclama a pergunta de saber o que vai o legislador fazer dos Juízos de Instrução Criminal (competentes para os actos jurisdicionais em inquérito e para instrução)⁴². Enfim, e é o que para aqui mais me importa, criou-se um sistema de “impedimentos em dominó”: o juiz que tiver praticado acto jurisdicional em inquérito fica ferido na sua imparcialidade para a instrução (logo para dirigi-la, diz agora a lei; já não como antes, e apenas, para presidir ao debate⁴³), para o julgamento e para o recurso, tal como o juiz da instrução fica para o julgamento e para o recurso – e o do julgamento para o recurso. Não vale a pena frisar o tipo de tensão que isto causará no sistema judicial.

§ 8 Completou o legislador o rol de impedimentos com o, verdadeiramente insondável, n.º 3 do art. 40.º, nos termos do qual “[n]enhum juiz pode intervir em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutro

⁴¹ Lei da Organização do Sistema Judiciário (L 63/2013, de 26.8).

⁴² Essa radical cisão (pessoal) entre juiz das liberdades e juiz *da* instrução parece ser o que propugna PAULO SARAGOÇA DA MATTA (n. 39), p. 455, de modo a que o juiz de instrução surja como “verdadeira *ardósia em branco*” (itálico no original). Deixando na margem as objecções a uma tal tese extrema, certo é que garantir uma consumada operatividade dela implicaria, a mais de recursos humanos adicionais, consonante alteração da orgânica judiciária.

⁴³ Evidentemente é destituído de sentido que um juiz que num momento tenha “dirigido” a instrução, nela não tendo praticado porventura quaisquer actos relevantes e nem tendo presidido ao debate fique impedido de presidir ou participar no julgamento (ou recurso). É insondável a razão de ser e a amplitude da norma.

processo pelos crimes previstos nos artigos 359.º ou 360.º do Código Penal”. A norma não contém qualquer elemento susceptível de, remotamente sequer, apontar para o perigo de o que ela literalmente refere manchar a imparcialidade do juiz. O acto de mandar extrair uma certidão em denúncia de um crime é em si mesmo anódino do ponto de vista da neutralidade do juiz que assim ordena; juiz que até pode tê-lo feito sob promoção do titular da acção penal. E por sobre isto se o que o legislador pretendeu significar, elipticamente ainda, foi que o juiz que possa ser chamado a testemunhar está impedido de “intervir em processo” que tenha origem na “certidão”, então a norma é desnecessária: a hipótese já dá azo a impedimento nos termos do art. 39.º/1/d; e não há qualquer particularidade em o juiz ser, ou poder vir a ser, testemunha de um crime de falsidade de depoimento ou declaração ou de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução, ou testemunha de *qualquer outro* crime.

III

§ 9 Até agora o meu cuidado foi essencialmente descritivo e se aqui e ali se desvelou algum tom crítico, foi por ser ele irresistível diante do desacerto, captável a olho nu, das soluções que a descrição foi desenhando. Mas pretendo, agora sim, deixar algumas notas críticas não apenas ao resultado da reforma e suas consequências práticas na funcionalidade do sistema judicial, mas também ao caminho trilhado para chegar à solução a que se chegou. A esse respeito que impõe-se uma primeira indagação destinada a desvelar a proveniência do novo texto que se fixou no art. 40.º Se há aqui coisa clara é a de que ele se gerou a partir da Proposta de Lei 90/XIV, do Governo, e do Projecto de Lei 876/XIV, do PSD. Em termos enxutos, aquela mantinha incólumes as alíneas a), b), d) e e) do n.º 1 do art. 40.º, aditando-lhe um número 2 nos termos do qual “[n]enhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior”; a mais disso, na alínea c) do n.º 1, sobre ter participado em julgamento anterior, estipulava um impedimento decorrente de o juiz ter participado em tentativa frustrada de celebração de acordo sobre a pena

aplicável.⁴⁴ Já o texto do projecto social democrata literalmente estendeu os fundamentos do impedimento, na alínea a) do n.º 1 do art. 40.º, a todo o acto praticado, ordenado ou autorizado por juiz nos termos dos arts. 268.º/1 e 269.º/1, alterou a al. b) do n.º 1 daquele primeiro preceito em termos de o impedimento do juiz aí referido não ter como critério a presidência de debate instrutório, mas antes o ter “dirigido a instrução”, concorreu com o projeto do Governo a respeito do n.º 2 do art. 40.º (*supra*) e, enfim, aditou um n.º 3 nos termos do qual impedido fica o juiz de intervir “em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutro processo pelos crimes previstos nos artigos 359.º ou 360.º do Código Penal”.⁴⁵

§ 9.1 A síntese das posições do Governo e do maior partido da oposição consumou-se no texto que tomou forma de lei, em termos tais que a posição do último fez vencimento na alínea a) e b) do n.º 1 e no n.º 3 do art. 40.º, sendo certo que a proposta do Governo para a al. c) desse preceito caiu na precisa medida em que caiu todo o proposto regime dos acordos sobre a pena aplicável. De *comum* a

⁴⁴ Era a seguinte a redacção do art. 40.º proposta pelo Governo (Proposta de Lei 90/XIV/2.ª):

1 – [anterior corpo do artigo]:

a) -----

b) -----

c) Participado em julgamento anterior ou em tentativa de celebração de acordo sobre a pena aplicável, contando que a confissão do arguido tenha sido documentada nos termos do n.º 11 do artigo 312.º;

d) -----

e) -----

2 – Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior.”

⁴⁵ Era a que se segue a redacção do art. 40.º constante do projecto social-democrata (Projecto Lei 876/XIV/2.ª):

“1 – Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver:

a) Praticado, ordenado ou autorizado ato previsto no n.º 1 do artigo 268.º ou no n.º 1 do artigo 269.º;

b) Dirigido a instrução;

c) Participado em julgamento anterior;

d) -----

e) -----

2 – Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior.

3 – Nenhum juiz pode intervir em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutro processo pelos crimes previstos nos artigos 359.º ou 360.º do Código Penal.”

ambas as propostas ficou o impedimento do juiz para intervir em instrução no caso de ter “participado” em algum dos actos previstos na alínea a) do n.º 1 do art. 40.º⁴⁶. Vendo as coisas assim, sendo naturalmente o art. 40.º, como toda a norma de lei, produto da deliberação parlamentar, o texto daquele louvou-se essencialmente no projecto apresentado pelo PSD. Sendo que o artigo 40.º, saído do esforço de consensualização entre a bancada parlamentar do partido de suporte do Governo e a do maior partido da oposição, foi de resto aprovado por todas as forças políticas com assento parlamentar – em nenhum ponto da discussão do *texto de substituição* (PS-PSD) tendo sido feita qualquer observação, positiva ou negativa, ao regime de impedimentos.^{47 48}

⁴⁶ Muito embora, cumpre advertir, o teor dessa proposta comum tenha alcance bem diferente na sua referência àquela alínea, consoante nos fiquemos pelas hipóteses já consignadas na versão pré-revista (aplicação das medidas de coacção reguladas nos arts. 200.º a 202.º), como se premeditava na proposta governamental, ou tenhamos em conta a latíssima redacção da falada al. a) (todos os actos previstos nos arts. 268.º/1 e 269.º/1), como se pugnou, e ficou a constar da lei, no texto do projecto dos sociais democratas.

⁴⁷ Ficou então assim o art.º 40.º na redacção da L 94/2021, de 21.12 (em itálico as alterações relativamente ao regime pretérito):

- 1 – Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver:
 - a) *Praticado, ordenado ou autorizado ato previsto no n.º 1 do artigo 268.º ou no n.º 1 do artigo 269.º;*
 - b) *Dirigido a instrução;*
 - c) *Participado em julgamento anterior;*
 - d) *Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior;*
 - e) *Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta.*
- 2 – *Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos da alínea a) ou e) do número anterior.*
- 3 – *Nenhum juiz pode intervir em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutro processo pelos crimes previstos nos artigos 359.º ou 360.º do Código Penal.”*

⁴⁸ O texto de substituição, a respeito do qual vários deputados se congratularam pelo “esforço de consensualização” e pelo “trabalho aturado e cuidadoso”, “rigoroso” e “exaustivo do ponto de vista jurídico”, pode consultar-se em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396d4d7a5a684d7a59314e6930784d3245314c545268593255744f44526a5969316a4e32526b596a566a4e7a4a6c596d4d756347526d&fich=f36a3656-13a5-4ace-84cb-c7ddb5c72ebc.pdf&Inline=true> (último acesso em 23.3.2022).

§ 9.2 Chegados aqui, uma primeira perplexidade nos sai ao caminho. Todos sabemos, é coisa óbvia, que um saudável regime de impedimentos cumpre a difícil tarefa de responder a dois deuses: por um lado, o da Justiça, já que a imparcialidade do juiz é condição *sine qua non* daquela; por outro, o da funcionalidade do sistema penal em razão dos seus recursos e sem a consideração dos quais nenhuma justiça é possível, justa ou injusta, permita-se-me o paradoxo. Breve, também aqui do que se trata é, *grosso modo*, da eterna tensão (e do requerido equilíbrio) que integra o etograma do processo penal: garantir as soluções mais justas, por um lado, e as mais eficazes, por outro. Em termos tais, que se exigimos demais ali, podemos falhar aqui; e se implicamos em demasia aqui, corremos o risco de decair ali. Assim sendo, defronte de uma *radical mutação* do regime dos impedimentos, como aquela que desafortunadamente tomou a força de lei, impele-se o intérprete a verificar nas “exposições de motivos” das propostas ou projectos⁴⁹ as “razões” que terão animado o legislador. Em face da magnitude da alteração não podia ser que aquelas tivessem sido silenciadas. Pois bem, não apenas se silenciaram, como a toada das “exposições de motivos” corre como se o modelo de impedimentos não fosse chamado ao julgamento da *eficácia* do sistema e nem ao juízo sobre a *justiça* dele.

§ 9.3 Pegando pela Proposta de Lei governamental detectam-se na “exposição de motivos”, por dezassete vezes, vocábulos que remetem para uma certa, digamos assim, *racionalidade económica ou utilitarista*, como “eficaz”, “efetividade”, “efetivas”, “eficiência”, “eficiente(s)”, “célere”, “celeridade”, mas nenhuma palavra sobre o impacto que a alteração ao regime de impedimentos, mesmo na versão mitigada da proposta governamental, aportaria à *funcionalidade* do sistema penal. Inversamente, na “exposição de motivos” do projecto social democrata, topa-se por duas vezes com uma expressão, agora de *sabor deontológico*, concretamente o “reforço dos direitos do arguido a um processo justo, leal e equitativo”, no coração do qual, já se vê, jaz a *exigência de juiz imparcial*. Mas o que não se estabelece aí é

⁴⁹ Já que há muito que não há “exposições de motivos” vestibulares aos textos da lei mesma.

qualquer relação entre aquela expressão e esta exigência, como seria de esperar num projecto que leva o regime de impedimentos tão longe quanto é cogitável! Não se faz, de resto, também aqui, como ali, qualquer menção ao regime de impedimentos. E este desamparo, naturalmente, perturba o entendimento do intérprete, ao menos daquele que assuma uma perspectiva zetética, que procura razões por detrás das coisas, enfim, que pressupõe que os actos de poder hão-de assentar em motivos racionalmente fundados e, por isso, convincentes.

§ 9.4 Perplexidade que se adensa se tivermos em conta o *referente (de estratégia) político-criminal* que declaradamente enforma a *solução legal* (L 94/2021). Aquele referente, bem se vê, é a ENA, aprovada por Resolução do Conselho de Ministros, daí que a citada lei literalmente se apresente como instrumento que “[a]prova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas”. Sendo assim que se apresenta à comunidade de cidadãos seria de esperar, mediante consulta da mencionada Resolução, que se dissolvesse dúvida sobre o sentido e alcance gerais da revolução copernicana em tema de impedimentos do juiz; nomeadamente, referência à necessidade do reforço da tutela da imparcialidade logo ao nível radical do regime de impedimentos, *como imprescindível à actualização legislativa da estratégia anticorrupção*. Por exemplo, podia-se dar o caso de haver suficientes razões empiricamente fundadas para crer que a comunidade não aceita menos do que um regime de impedimentos susceptível de trazer uma idealizada assepsia ao exercício da função judicante. Mas, mais uma vez, debalde se esforçará o intérprete: nada disso se encontra ali; nem isso, nem a mais remota menção ao tema. Pode dizer-se, pois, que a norma do art. 40.º, na redacção que vingou, se apresenta, na economia da L 94/2021 e referida à ENA, como uma espécie de “norma cavaleira”.

§ 10 Um dos desconcertantes efeitos normativos da máxima expansão dos impedimentos, no afã de tudo declarar suspeito, é o de reclamar retórica pergunta sobre a remanescente serventia do fundamento de escusa/recusa (suspeições, *proprio sensu*) previsto no art. 43.º/2 que jazeu intocado como se nada tivesse

sucedido àqueloutro preceito – *rectior*, como se com ele não guardasse *relação* alguma. Com efeito, dispendo-se no n.º 2 do art. 43.º que “[p]ode constituir fundamento de recusa⁵⁰ (...) a intervenção do juiz (...) em fases anteriores do mesmo processo fora dos casos do artigo 40.º”, e por sua vez estipulando este art. 40.º que a prática de qualquer acto que cumpra ao juiz de instrução no inquérito o impede de dirigir a instrução e participar no julgamento ou recurso, e que se dirigir a instrução se torna inábil para o julgamento e, enfim, que se participar no julgamento lhe fica vedado decidir em recurso, pergunta-se, então, qual o âmbito de aplicação das suspeições sustentadas em anterior intervenção no processo? Evidentemente, nenhuma ou quase nenhuma. E com isso mais do que se invertendo a lógica que intercedia entre impedimento, por um lado, e escusa/recusa, por outro, simplesmente como que se eliminando um dos polos da relação mesma, entre aquele e estas.

§ 10.1 A este respeito caberá repetir o que já atrás se disse e é mais ou menos óbvio: um saudável regime de impedimentos implica um correcto balanceamento entre duas exigências distintas – por um lado, a de garantir uma justiça imparcial (e não só subjectivamente); do outro, assegurar a funcionalidade do sistema de justiça penal. No art. 40.º na formulação pré-revista esse balanceamento obedecia a uma lógica bem evidente ao eleger como actos susceptíveis de accionarem o impedimento a aplicação das medidas de coacção (e só elas) previstas nos arts. 200.º a 202.º. Não apenas estas se mostram *as mais gravosas* para a esfera do cidadão, mas também (por serem as mais gravosas) requerendo a demonstração de um nível indiciário (“fortes indícios”) não requerido pelas demais. Era *compreensível*, pois, que o legislador fizesse passar por aí a fronteira do impedimento (art. 40.º/a) – ainda que a *necessidade* de prefigurar tal impedimento não seja doutrinariamente indiscutível⁵¹. Só para apontar ainda mais dois dos casos porventura mais relevantes, era (e é) óbvio que presidir a *debate instrutório* ou intervir em anterior *julgamento* (art. 40.º/b/c) implicava (e implica) um

⁵⁰ E de escusa, por remissão do n.º 4.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO (n. 40), § 3, II, 3.

“compromisso” com a matéria de facto incompatível com o postulado da imparcialidade em julgamento (ou decisão de recurso) subsequentes – no mínimo juízes nestas condições serão *percepcionados* pela comunidade como inábeis para presidir (ou tão só participar, no caso de julgamento por tribunal colegial) a tais actos.

§ 10.2 Ainda que o rigor da solução plasmada no art. 40.º pré-revisto pudesse ser questionado com argumentos pertinentes e autorizados⁵², dava ela nota de *sensatez* na parcimónia mediante a qual dispunha sobre o elenco de impedimentos. Dificilmente alguém negará que o presidir a debate instrutório ou o intervir em julgamento implica um comprometimento com o acervo factual que conforma o objecto do processo incompatível com ulterior intervenção em julgamento (na primeira hipótese) ou em recurso (em ambas as hipóteses); e pode admitir-se até, sem entrar na discussão desta zona cinzenta, que o mesmo vale para actos isolados como a aplicação de uma medida de coacção em cujos pressupostos figure a forte indicição do facto ilícito. São actos que – admitamo-lo –, pelo que exigem ao juiz em termos de apreciação da prova e do grau de convencimento estabelecido sobre ela, *só por si* suscitam reserva sobre a imparcialidade dele⁵³; e certamente essa reserva surge como *aparente* à comunidade. O que não vejo é como é que se pode dizer o mesmo a respeito da ampla (melhor: omnicompreensiva) panóplia de actos consagrados na al. a) do n.º 1 do art. 40.º saído da L 94/2021, como a autorização de uma busca ou o registo de voz ou imagem, ordenar uma perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa, ou ainda nas hipóteses extremas de confirmação tácita de uma acção encoberta, de cognição de correspondência ou de admissão de alguém a intervir como assistente!

⁵² IDEM, *Ibidem*.

⁵³ Num amplo estudo empírico conduzido na Alemanha apurou-se (“efeito perseverança”), sobre um caso-tipo ambíguo, que dos magistrados que tivessem um lato conhecimento da prova produzida na investigação 71% deles condenaria, contra apenas 23% se não tivessem tido aquele conhecimento. Cf. BERND SCHÜNEMANN, “O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205 ss.

§ 10.3 Não que a prática de alguns desses actos não possa concorrer, e até concorrer decisivamente, para afastar um juiz que interveio em inquérito de decisivos e ulteriores momentos do *iter* processual (*v. g.*, julgamento ou recurso). Mas por princípio isso sucederá já por mor de uma lógica, digamos assim, de “acumulação”. Pode suceder que *reiteradas* intervenções de um juiz num inquérito, presidindo a primeiro interrogatório de arguido detido, autorizando buscas e intercepções telefónicas, controlando a regularidades destas, autorizando ou ordenando perícias, tomando declarações para memória futura, e um largo etc., implique uma cognição tal da factualidade que se vai progressivamente desenhando e dos meios probatórios em que ela assenta que o torne inábil para garantir um processo justo, venha ele a intervir em momento decisivo dele. Simplesmente, é talvez praticamente impossível, e seguramente desaconselhável, ensaiar verter tais hipóteses em um cardápio de impedimentos – sendo precisamente aqui que se desvela luminosa a inapropriada conjugação do regime de impedimentos consagrado no art. 40.º com o regime de suspeições, lá onde se prevê que estas possam ocorrer a respeito de juiz interveniente em “fases anteriores do mesmo processo” em termos de gerar “motivo sério e grave” a respeito da sua imparcialidade e “fora dos casos do art. 40.º” (art. 43.º/1/2).

10.4 Com efeito, e para trazer aqui uma certa e conhecida conceptualização, mesmo sem ter a certeza se o faço sem risco de reparo, o art. 40.º está erigido como uma “regra” enquanto o art. 43.º/1/2/4 está delineado como “princípio”. Quer dizer, o impedimento é pré-ponderado pelo legislador, de modo que verificados os respectivos pressupostos ele é automaticamente accionado; já a norma ínsita no segundo carece de “optimização”, a levar a efeito pelo órgão chamado a decidir sobre a suficiência dos fundamentos de escusa/recusa. Ou dito de outro jeito: a lógica do impedimento é a automaticidade, daí a rigidez dos fundamentos (e a taxatividade do catálogo⁵⁴); a das escusas/recusas é a mediação ponderadora, daí a

⁵⁴ Concordamos que se trata de uma espécie de “taxatividade alargada”, de modo a abranger os impedimentos previsto no CPC que por identidade ou até maioria de razão tenham de valer no processo penal. Sobre o ponto, FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO (n. 40), § 3, II, 1, e HENRIQUES

flexibilidade dos fundamentos (e a abertura das hipóteses). Deste jeito o legislador resolveu um *problema de técnica legislativa*, por ser impossível prever e quantificar de modo fechado as situações em que por mor de reiteração de intervenções (ou com base em outro e relevante critério) um juiz se torna inábil tendo por critério a tutela da imparcialidade endoprocessual; e foi sensível a um problema ao qual qualquer legislador, por o ser, deve ser sensível: a *funcionalidade do sistema* à luz dos recursos existentes. Ora, ao fazer transitar para o plano do impedimento todo e qualquer acto praticado pelo juiz de instrução em inquérito, praticamente esvaziou o perímetro normativo das escusas/recusas e assim qualquer possibilidade de ponderação no caso concreto. Consagrou um regime que confunde impedimentos materialmente fundados com “impedimentos” (apenas) formalmente impostos e, por isso, até, susceptíveis de afrontarem o princípio do (e o direito fundamental ao) juiz legal ou natural (art. 32.º/9 CRP), já que um impedimento implica sempre um desvio à regra da competência legalmente pré-determinada, desvio esse que há-de assentar em considerações *materiais-axiológicas* de valia constitucional (a tutela da imparcialidade). E sobre isso lançou as bases do caos funcional no sistema judiciário, a qual muitas e muitas entidades com responsabilidades sinalizaram, aliás em termos tais que julgo inéditos nestas coisas.⁵⁵ E é aqui que agora me demorarei mais um pouco.

GASPAR in: HENRIQUES GASPAR *ET AL.*, *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 127 e s.

⁵⁵ Logo o Presidente do STJ, “Juizes temem o caos nos tribunais e pedem revisão de lei com um mês”, *Jornal de Notícias* (23.12.2021); o Presidente da Associação sindical dos Juizes Portugueses, em “Um disparate monumental”, *Público* (15.12.2021) e em “Agora é que vem aí o Diabo”, *Público* (23.2.2022); e várias vezes o Bastonário das Ordem dos Advogados, em “A precipitação em legislar”, *Jornal i* (28.12.2021), em “O caos instalado nos Tribunais”, *Jornal i* (22.3.2022) e em “Colapso Judicial”, *Correio da Manhã* (23.3.2022). Também jornalistas se aperceberam do problema: FELÍCIA CABRITA/JOSÉ MIGUEL PIRES, “Alterações no processo penal auguram caos nos tribunais”, *SOL* (6.2.2022); RUI GUSTAVO, “CSM tenta travar caos anunciado nos Tribunais”, *Expresso* (11.3.2022); HUGO FRANCO/RUI GUSTAVO, “«O juiz fica agora impedido de quase tudo»: magistrados contestam o artigo 40 de uma lei que vai «criar uma enorme tensão judicial»”, *Expresso* (16.3.2022); LUÍS ROSA, “Presidente do Supremo critica poder político por criar novos obstáculos à «celeridade e eficácia da justiça penal»”, *Observador* (17.3.2022); ANA HENRIQUES, “Novas leis penais para combater corrupção provocarão problemas «gravíssimos», alerta presidente do Supremo”, *Público* (17.3.2022); NELSON MORAIS, “Lei anticorrupção vai entorpecer ainda mais os tribunais, alerta presidente do Supremo”, *Jornal de Notícias* (17.3.2022); EDGAR NASCIMENTO/JOÃO SARAMAGO, “Nova lei ameaça criar caos nos tribunais”, *Correio da Manhã* (21.3.2022); EDUARDO DÂMASO, “A lei anti-Carlos Alexandre”, *Sábado* (24.3.2022). E também académicos, como ANDRÉ LAMAS LEITE, “A partir de ontem é que vão ser elas”, *Público* (22.3.2022). Do ponto de vista institucional, advertiu logo para

§ 11 Contra o já intuído quadro negro a respeito das repercussões da solução legal na funcionalidade do sistema não vale desde logo esgrimir (e importa prevenir o) argumento corrente de que o legislador disse mais do que o que queria, que não podia ser que actos como a constituição como assistente, a autorização tácita para acção encoberta, a determinação de perícia às características psíquicas de alguém, ou um ror de outros actos palmarmente anódinos no que tange à afectação da neutralidade do juiz a respeito de ulteriores intervenções processuais, estivessem abrangidos pelo perímetro normativo da al. a) do novo art. 40.º, e que portanto todo o intérprete razoável dali excluirá esses ou outros actos jurisdicionais, mediante interpretação restritiva, reduções teleológicas ou uso de outros ferramentas hermenêuticas. Isto é bem verdade⁵⁶, mas pouco avança, e antes pelo contrário, a propósito do que agora curo: a *funcionalidade* do sistema judicial

os riscos do regime o CSM, em dois pareceres, de 23.9.2019 e de 1.8.2021, o primeiro sobre a “proposta de Lei n.º 90/XIV” do Governo e o segundo sobre o “Projeto de Lei n.º 876/XIV/2.ª (PSD). Isoladamente na defesa da solução, na imprensa, a deputada Mónica Quintela, cf. RUI GUSTAVO, “Deputada defende lei dos impedimentos dos juizes: «Estou estupefacta com as interpretações que têm sido feitas»”, *Expresso* (21.3.2022).

⁵⁶ Assim, FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO (n. 40), § 3, II, 3, a, de acordo com os quais se “impõe uma (...) interpretação restritiva, que englobe na figura apenas situações abrangidas pelo teor do preceito em que o juiz, no inquérito, formulou um juízo de suspeita indiciária sobre o arguido em apreço, dela assim excluindo todos os demais casos, nomeadamente, aqueles em que o juiz não tomou qualquer decisão ou que, embora tendo proferido um despacho, se haja tratado de decisão não carecida da verificação de indícios da prática do crime.” Três notas: a *primeira*, para acompanhando a posição dos autores, se nos afigurar como palmarmente fora do perímetro normativo do impedimento, por notoriamente inapropriadas para fazer perigar a imparcialidade do juiz [e por isso, até, susceptíveis de implicarem com o princípio do juiz natural (art. 32.º/9 CRP), sentido em que a falada interpretação *restritiva* seria verdadeira interpretação *conforme*; cf. § 10.4, do texto], hipóteses, entre outras, como a constituição de assistente (art. 68.º/4), a determinação ou validação da determinação de sujeição de inquérito a segredo de justiça ou o dirimir conflito a respeito da manutenção dele (arts. 86.º/2/3/5), o decidir conflito a respeito da consulta dos autos ou da obtenção de certidão e informação e bem assim sobre a prorrogação do regime de segredo (art. 89.º/2/3), o sancionar faltoso com multa processual e eventualmente determinar a sua detenção para comparência em diligência (art. 116.º/1/2); a *segunda*, para consignar que o intérprete deve ser criterioso na delimitação desse perímetro normativo, por via da interpretação restritiva, pois bem ou mal o legislador declaradamente pretendeu alargar o âmbito dos impedimentos muito para lá da solução pré-revista: qualquer que seja a delimitação casuística não deverá ir ao ponto de por via dela se ignorar que a lei consagra um leque maximalista de impedimentos; a *terceira*, para constatar que essa premente necessidade de interpretação restritiva, cuidadosa que seja, em boa medida acaba por remeter a matéria dos impedimentos para o reino das ponderações casuísticas, que é no fim de contas próprio do regime de suspeições (escusas/recusas), com tudo o que isso implica em matéria de (in)segurança jurídica e de inerente “desassossego” funcional do sistema judicial.

penal. É lição da vida judiciária que a habilitação legal para o uso de um instrumento leva invariavelmente ao uso dele – e isso sucede especialmente, como é o caso, quando o legislador ao invés de fixar critérios *materiais* se limita a formular critérios formais. Portanto, o dito argumento não vale nesta sede pela razão de que é precisamente por a norma *literalmente* abranger, *sem critério*, um imenso rol de hipóteses que anuncia como perturbadoras da imparcialidade que é tão certo como a lei da gravidade que se suscitarão inúmeros recursos⁵⁷ e infindáveis conflitos de competência⁵⁸ por mor de aplicação mais ou menos literal do regime que ela consagra. Recursos e conflitos a que os tribunais de relação terão de dar resposta aparentemente com o quadro de recursos humanos vigente.^{59 60}

⁵⁷ Se o juiz não reconhecer impedimento que lhe haja sido oposto, cabe recurso nos termos do art. 42.º/1, 2.ª parte.

⁵⁸ Se o juiz se considerar impedido, não cabe recurso (art. 42.º/1, 1.ª parte); mas se o juiz a quem for remetido o processo não reconhecer aquele impedimento, declinando a recepção dos autos, o impasse terá de ser dirimido mediante o mecanismo de resolução dos conflitos de competência (art. 34.º ss.).

⁵⁹ À discussão referida no texto, somar-se-á a decorrente do problema da aplicação no tempo da lei processual penal, matéria a respeito da qual não houve o cuidado dispor na L 94/2021. Seja como for, as normas que prescrevem impedimentos não serão, cremos, meras normas “processuais formais”, “processuais em sentido estrito”, de “direito processual técnico” ou “formulárias”, ou como se lhes queira apodar: jazendo a imparcialidade do juiz no coração do processo justo e equitativo, assistindo ao arguido verdadeiro direito fundamental ao juiz imparcial (art. 32.º/5 CRP e 6.º CEDH), elas conformam o estatuto jurídico-substantivo daquele. Em decorrência, e sem pretender tomar posição sobre o problema, certamente será equacionada a sua imediata aplicação a actos processuais não exclusivamente produzidos no domínio da lei anterior, *sem* a limitação prevenida na al. b) do n.º 2 do art. 5.º, não custando imaginar os danos que isto pode causar. Os casos mais prováveis serão *audiências de julgamento em curso* à data da entrada em vigor do art. 40.º com a nova redacção, em que se apure, e p. ex., que um dos juízes ordenou, em inquérito, um acto previsto na al. a) do n.º 1 daquele preceito (em tratando-se de juiz-adjunto, talvez se equacione a aplicabilidade, com as devidas adaptações, do disposto no n.º 2 do art. 328.º-A); ou ainda às *instruções em curso* à entrada em vigor da lei, posto que a prática de um dos actos previstos na al. a) do n.º 1 do art. 40.º impede o juiz de meramente “dirigir” a instrução, nos termos da al. b) daquele preceito (evidentemente e nessa leitura, a conjugação das als. a) e b) do n.º 1 do art. 40.º com o n.º 1 do art. 5.º presta-se a afastar vários juízes que “meramente dirigem” instruções em curso). Naturalmente, os mencionados problemas podem ser até certo ponto *amenizados* mediante a *interpretação restritiva* do novo cardápio de impedimentos (cf. *supra*, n. 56), na precisa medida em que saber se se está perante um impedimento *precede* logicamente a questão de saber se releva uma sucessão de leis em matéria de impedimentos.

⁶⁰ A Reforma aportada pela L 94/2021 tem igualmente a potencialidade de afectar directa e severamente os tribunais de relação a respeito de impedimentos, diante do disposto na al. d) do n.º 1 do art. 40.º com a latíssima panóplia de impedimentos agora previstos na al. a) do mesmo preceito. Mais: se uma das *possíveis* interpretações da eliminação do n.º 2 do art. 419.º (que dispunha que o presidente de secção só interviria para desempatar no caso de não se formar maioria entre o relator e o juiz-adjunto) for a de que doravante o próprio *presidente de secção* intervém em todas as deliberações, para lá de ser essa uma possibilidade apenas para quem desconheça a quantidade de deliberações que podem ser tomadas numa única conferência, certo é que sempre que ele

§ 11.1 Feita esta advertência, uma questão de maior substância: é regra básica da actividade legislativa, regra que é condição de ela se poder levar à conta de actividade *legisprudente*, ter a mesma em consideração a *realidade* sobre a qual vai dispor, feita de pessoas, organizações, enfim, de instituições, que se têm alguma característica comum é a relativa assimetria. É por isso, essencialmente para chegar aqui, que com certo acinte tenho insistido no termo “empírico”. E o que se me afigura inscrito em letras garrafais na solução legal é que a mesma desconsiderou a *realidade* sobre a qual se destinava a decidir; ou, pior, pensou apenas numa pequena *parcela* dessa realidade, talvez numa ou outra grande cidade do país onde os recursos judiciais são mais abundantes, porque não me atrevo a pensar que teve em vista apenas unidades de sentido ainda mais pequenas. No fundo não teve em conta que uma *lei*, por definição destinada a ser aplicada à *generalidade* do território nacional, não pode deixar de limitar a sua vocação reguladora no preciso ponto em que a *força normativa dos factos* se lhe opõe – residindo este ponto naquelas comarcas que pelos meios que lhes estão afectos ou pela sua configuração geográfica são incapazes de responder às suas exigências em termos de não se afundarem em caótica disfuncionalidade. No fundo impunha-se-lhe observar aquele princípio nos termos do qual “nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco”. Um imperativo não apenas de racionalidade, mas também de solidariedade.

§ 11.2 A consulta do Regulamento da Lei de Organização do Sistema Judiciário⁶¹ dá boa nota da diversidade dos recursos judiciais do país. A partir dela, logo se intuem os problemas funcionais, creio bem que insolúveis em termos minimamente satisfatórios, que o regime aprovado trará. Enquanto há Tribunais Judiciais de Comarca (TJC) com vários Juízos de Instrução Criminal (JIC) cada qual

intervenha em recurso a respeito de um dos actos munificentemente previstos na al. a) do n.º 1 do art. 40.º fica impedido para intervir em recurso, respeitante aos mesmos autos e que conheça a final do objecto do processo (art. 40.º/1/d). Certo que isso já podia suceder, mas nessa interpretação tal sucederá em progressão geométrica: a) por o presidente ser chamado a intervir na decisão de *todos* os recursos; e b) por a alínea a) do n.º 1 do art. 40.º ter a *superlativa latitude* que já conhecemos.

⁶¹ DL 49/2014, de 27.3.

com vários juízes (Lisboa, Lisboa Oeste, Porto, Aveiro, Braga), outros têm um JIC dotado de vários juízes (Coimbra, Faro, Leiria, Setúbal, Santarém) ou de apenas um juiz (Açores, Évora, Madeira, Viana do Castelo), alguns dos quais nem abrangendo todo o território da comarca (Açores e Madeira) e muitos não contando sequer com qualquer JIC (Beja, Bragança, Castelo Branco, Guarda, Portalegre e Vila Real). Vários TJC têm instalados, em zonas remotas do interior, ou espalhados por várias ilhas, Juízos Locais de Competência Genérica dotados apenas de um juiz (que pratica actos jurisdicionais em inquérito, dirige instruções e preside a julgamentos). Podia continuar a descrever o mapa judiciário do país, do país *real*, mas a mais de fastidioso, seria desnecessário.

§ 11.3 Na verdade, assim o creio, o relato que fiz é suficiente para qualquer um, mesmo o mais alheio a estas coisas, compreender que o legislador no regime de impedimentos que premeditou não pode ter tido em justa conta as dificuldades dos tribunais judiciais de comarca com menos recursos humanos e com configurações geográficas mais adversas. Não procurou um *mínimo denominador comum compatível com o regime que irrogou*, em termos de garantir um sistema judicial com um módico de funcionalidade. Breve: não considerou os elos mais frágeis e, com isso, fez perigar todo o sistema. Para que não me apontem uma qualquer tendência catastrofista, permitam-me ilustrar o ponto com o caso do TJC dos Açores, certo que compreenderão a escolha, não apenas porque me é familiar, mas sobretudo por ser ali que as dificuldades se colocam com superlativa, e por isso mais nítida, intensidade. O que dele direi, repercute-se em vários tribunais do interior, porventura com menos, mas em todo o caso muito relevante, impacto. Beja, Bragança, Castelo Branco, Guarda, Portalegre e Vila Real são bons exemplos.

§ 11.3.1 Açores, todos sabemos, é um arquipélago com nove ilhas, sendo que por força do seu estatuto político-administrativo em oito delas estará instalado “um juízo do tribunal de primeira instância.”⁶² Está instalado um JIC (com um juiz) em

⁶² Art. 133.º/2 L 39/80, de 5.8, com sucessivas revisões.

Ponta Delgada, ilha de São Miguel, cuja competência se cinge a esta ilha. Nas outras sete com presença de juízos não existe JIC e em cinco delas há apenas um Juízo Local Genérico com um juiz (Santa Maria, Graciosa, São Jorge, Pico e Flores). Sempre que um desses juízes praticar um acto jurisdicional em inquérito, com a munificência que o legislador previu na al. a) do n.º 1 do art. 40.º, ficará impedido para a instrução e para o julgamento. Em resultado, um juiz de outro juízo, por força sediado noutra ilha, terá de apanhar um avião e deslocar-se para substituir o colega impedido. E não se pense que a coisa será rara à luz do novo art. 40.º Tive o cuidado de indagar quantos actos jurisdicionais pratica por semana o juiz afecto, p. ex., ao Juízo Local Genérico de São Roque do Pico (ilha do Pico) e obtive a média de oito. Imagine-se tão só o que isto implica em deslocações de juízes, tempo desperdiçado (a experiência mostra que uma deslocação inter-ilhas para um julgamento que dure um dia implica não raro a perda de quase três dias de trabalho, isto se os elementos, inclementes nas ilhas em certas alturas do ano, o permitirem) e exorbitância de dinheiros gastos (transportes aéreos, alojamento, ajudas de custo, etc.). Suspeito que isto não terá estado no horizonte problemático do legislador.

§ 11.3.2 Mesmo nos casos em que esteja instalado JIC com apenas um juiz os problemas serão de monta, já que em face da cisão que a lei praticamente operou em termos de em regra o *juiz das liberdades* não pode ser a *mesma pessoa* que o *juiz da instrução* (*supra*, § 7.1), haverá que fazer intervir outros juízes, porventura de Juízos Locais Criminais ou na sua falta de Juízos Locais Genéricos que, por sua vez, ficarão impedidos para o julgamento dos processos que lhes sejam distribuídos provenientes do JIC. Em alguns tribunais com recursos humanos mais limitados (Beja, Bragança, Évora, Guarda ou Portalegre) ou com peculiares feições geográficas (Açores) dificilmente se poderá fazer face à enxurrada de impedimentos sem lançar mão da intervenção de juízes de jurisdição não criminal, comprometendo agora uma das ideias-força do modelo institucional-orgânico implementado pela LOSJ e que se deduz de um sem número de normas desse

diploma⁶³ que é a da *especialização* dos magistrados.⁶⁴ E onde se defenda que a lei não consente uma tal solução, ou onde tal se mostre insuficiente, haverá que recorrer aos tribunais de comarca limítrofes, agora implicando a intervenção do CSM, naturalmente mais pesada do que a do presidente do tribunal^{65,66}

§ 12 Certo, todas as dificuldades que venho de descrever (§§ 11 ss.) serão, estão a ser⁶⁷, amenizadas pelas entidades com competências de gestão do sistema judicial (em especial CSM e juízes presidentes dos TJC), seja mediante reconfiguração dos regulamentos internos de substituição de juízes⁶⁸, seja pela redefinição das competências de Juízos Locais Genéricos e de Juízos Locais Criminais sediados fora dos municípios onde estejam instalados JIC⁶⁹, seja, enfim, mediante medidas de gestão tomadas em contexto de *evidente e (espera-se) transitória emergência*⁷⁰, mediadas pelo *consentimento* dos magistrados implicados, onde a lei o exija, e tudo acompanhado das acções logísticas e monitorização inerentes. Medidas essas destinadas a garantir a possível concordância entre princípios como o do juiz natural e o da funcionalidade do sistema judicial – sendo que na ausência delas quase certamente assistiríamos ao claudicar do aparelho judiciário ou, no mínimo, à sua prática incapacidade de responder ao que dele mínima e legitimamente se espera.⁷¹ Todavia estes são, como

⁶³ V. g., 40.º/2, 54.º, 74.º/1, 80.º/2, 81.º/3, 87.º/1, 94.º/4/f e 183.º/1 LOSJ.

⁶⁴ A lei em alguns pontos refere-se mesmo a um “princípio da especialização dos magistrados” (arts. 87.º/1 e 94.º/1/f LOSJ). Sobre a especialização como ideia-força do actual modelo de orgânica judicial, cf. JOÃO MIGUEL BARROS, *Sistema Judiciário Anotado*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2017, p. 27 e s.

⁶⁵ Art. 86.º/3 LOSJ.

⁶⁶ Não se pense que mesmo nos tribunais munidos de JIC (um ou mais do que um) com maior abastança de juízes não existirão trepidações. Para quem entenda que para se cumprir a rigor o preceito do juiz natural cada vez que um acto jurisdicional tenha de ser praticado em um inquérito deve este ser distribuído aleatoriamente, em sendo muitas as intervenções jurisdicionais não deverá causar estupefação a ocorrência de impedimentos em dominó, em termos de potencialmente abrangerem todos os magistrados que operem nesses juízos. Apontando para a vigência do juiz natural a respeito das fases preliminares do processo, incluindo o inquérito, Cf. FIGUEIREDO DIAS/NUNO BRANDÃO (n. 40), § 4, I, 4.

⁶⁷ Delib. CSM 8.3.2022, aprovada por unanimidade.

⁶⁸ Art. 86.º/1 LOSJ e Deliberação CSM de 27.5.2014.

⁶⁹ Art. 130.º/2/b/3 LOSJ.

⁷⁰ V. g., arts. 94/4/f LOSJ e 45.º-A/1/b EMJ.

⁷¹ A questão pode, pois, implicar, como tópicos a serem sopesados com o princípio do juiz natural, normas constitucionais que convoquem, normativizando-as, ideias de “eficácia” e “eficiência” e, assim, de funcionalidade, como sejam o direito a decisão no “mais curto prazo compatível com as

logo se depreende, meros *remédios* destinados a assegurar um módico de funcionalidade do sistema até que o legislador, assim se espera, repondere a precipitação que actualizou no art. 40.º

§ 13 Mas não são apenas problemas de funcionalidade os que se prefiguram no horizonte, sendo pertinente uma derradeira nota, agora a respeito da *lisura* de procedimentos, que pode bem ser afectada pelo novo art. 40.º Tenho para mim que a voluptuária paleta de impedimentos em razão da prática de actos jurisdicionais em inquérito, associada ao sequente impedimento para a instrução e à circunstância de muitos daqueles impedimentos poderem operar mediante iniciativa de “parte” interessada em ver a sua pretensão decidida por um certo juiz, levarão a estratégias funestas de “queimar juízes incómodos”⁷² à força de impedimentos habilmente *induzidos*.⁷³ Estas estratégias (*forum shopping* ou *judge shopping*), mais comuns nos processos “que contam”⁷⁴, nos quais se decidem matérias de relevantíssimo interesse público e mediático e onde pontificam visados com grande capacidade de acção, ferem de morte o *princípio do juiz natural* (art. 32.º/9 CRP), que jaz bem no coração do *processo justo* e que no limite assegura a

garantias de defesa” (art. 32.º/2 CRP), o direito à “tutela efectiva em tempo útil” (art. 20.º/5 CRP), sendo que autores há que estendem à administração da justiça as exigências de “eficácia” e de “racionalização de meios” que valem para a administração em geral (entre nós, cf. art. 267.º/2/5 CRP). Assim, NICOLÒ ZANON/FRANCESCA BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, quarta ed., Bolonha: Zanichelli, 2014, p. 143, fazendo menção a norma análoga da Constituição italiana; entre nós, embora não nomeando o art. 267.º/2/5 CRP, RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 211-214. Sobre o ponto, PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “O útil e o justo na gestão dos tribunais, em especial o juiz natural e a inamovibilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 27, 2017, p. 546 e s.

⁷² MOURAZ LOPES (n. 4), p. 472 e s., § 3.

⁷³ Precisamente, regulamentação omnicompreensiva de impedimentos nos idos de 2000, por acção do governo de Berlusconi, levou a práticas da natureza referida no texto.

⁷⁴ RUIZ RUIZ, *apud*, GUSTAVO BADARÓ, “A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador”, *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, 23, 112, 2015, p. 169. Se não for erguida (mediante interpretação restritiva, como deve ser óbvio) objecção ao efeito impeditivo do incidente de constituição como assistente, tão só se podem imaginar as possibilidades de manipulação, especialmente nos chamados “crimes de acção popular” (que enquadram fenomenologia criminal muito grave, como a corrupção, p. ex.), onde hipóteses do mesmo estilo das que já ocorrem com a perversa figura do “assistente-jornalista”, quer dizer aquele que se constitui não para ser assistente mas para continuar a ser jornalista, se poderão multiplicar, mas com efeitos ainda mais gravosos, agora para a integridade do princípio do juiz natural: X, arguido, interessado no afastamento do juiz Y, recorre a Z, alheio ao processo, para neste requerer a sua constituição como assistente.

igualdade dos cidadãos diante da lei, distribuindo o “risco” de um cidadão ser julgado, por exemplo, por um juiz mais “conservador” ou mais “progressista”, mais “garantista” ou mais “securitário”.⁷⁵

IV

§ 14 A norma que tenho vindo a criticar de forma tão áspera não tem na maior parte do seu novo segmento normativo qualquer fundamento dogmático atendível, seguramente não o de tutelar a imparcialidade endoprocessual, e pela catadupa de impedimentos a que dará lugar, pelos desequilíbrios que provocará (os juízos e as unidades de processos estão projectados para certo fluxo processual, calibragem que o regime vai em muitos casos prejudicar gravemente), pelas dificuldades de agendamento e de partilha de salas de audiência que criará (o juiz intervirá cada vez menos nos “seus” processos e cada vez mais nos processos de “outros”), pelas gastos de tempo e recursos financeiros que desnecessariamente convocará, com sérias implicações no tempo médios dos processos e nas pendências, enfim, pelas práticas processuais perversas a que pode dar azo, tem, dizia, todas as condições para tornar a vida dos (e nos) tribunais em uma verdadeira tribulação, que a todos, desde a credibilidade do sistema até à paciência do cidadão, vai severamente afectar. Requer, pois, urgente alteração, se não para a sua versão pré-revista, ao menos (e sem conceder na sua estrita necessidade) para que constava da proposta governamental, ainda com amplo potencial de criar tensão, mas em todo o caso, estou em crer, suportável pela generalidade dos tribunais. Enquanto tal não for possível, cumprirá aos órgãos com competências de gestão *remediarem* o dano *legalmente* infligido à capacidade de acção do sistema judicial na esperança de que a devida intervenção de quem lhe deu azo verdadeiramente tolha a *causa* da doença que se instala.

⁷⁵ GUSTAVO BADARÓ (n. 74), p. 174 e, ainda, 166 e 170 ss. Desenvolvimentos em PEDRO SOARES DE ALBERGARIA (n. 71), p. 539 ss., esp. p. 559 ss.

Bibliografia consultada (além da citada no texto)

HENRIQUES GASPAR

“Artigo 5.º”, in: HENRIQUES GASPAR ET AL., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014

MARIA FERNANDA PALMA

“Linhas estruturais da Reforma Penal. Problemas de aplicação da lei processual penal no tempo”, in: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ET AL. (orgs.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1365 ss.

PEDRO CAEIRO

“Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um «caso prático», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ET AL. (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 231 ss.

TIAGO MILHEIRO

“Artigo 5.º”, in: ANTÓNIO GAMA ET AL., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, t. I (arts. 1.º a 123.º), Coimbra: Almedina, 2019