

## Presença e ausência do arguido no julgamento penal

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS \*

**Resumo:** Sobre o direito irrenunciável de presença e o dever de comparência do arguido na fase de julgamento em processo criminal muito há a dizer. Este texto tenta ser um ensaio reflexivo sobre algumas facetas problemáticas de tal binómio. Trata-se de uma crónica. Não se estranhe, por isso, que não haja, como se exigiria se estivéssemos diante de uma dissertação académica, nem aparelho bibliográfico, nem citação jurisprudencial. O que segue é, controverso que esteja, saber de experiência feito, realidade sentida não pelo cotejo com o que se leu mas o que se viveu, essa forma de gnoseologia tantas vezes arredada do que se tem por sério neste mundo talar do Direito.

### Presença do arguido e razão da justiça penal

Ao contrário do processo civil – de onde dimanaram historicamente alguns dos conceitos do primitivo processo penal – a presença do arguido na audiência de julgamento é um requisito lógico ante a natureza do sistema de justiça de que se trata e com ele compatível numa unidade indissociável.

Várias são as razões que podem ser alinhadas em tal sentido:

- (1) Como forma única de o fazer sentir aquele acto processual como coisa sua, ante o qual ele haverá de interiorizar os termos em que decorre a tramitação, a produção da prova, afinal, o próprio ritual de julgamento, criando no seu mundo cognitivo a representação da Justiça em acção, e na

---

JURISMAT, Portimão, n.º 4, 2014, pp. 79-90.

\* Advogado.

sua emotividade, os sentimentos consequentes dos quais resultará a sua adesão ao sistema de valores do Estado de Direito;

Creio ser este o ponto nodal do sistema, tantas vezes esquecido por alguma da nossa prática judiciária: o julgamento não é uma formalidade em que a presença do arguido seja algo dispensável, sim momento formal essencial de um ritual que é – em caso de condenação – o primeiro passo para a interiorização pela sua pessoa dos valores basilares do Estado de Direito, das regras de vivência comunitária, em suma, o iniciar do caminho para a sua ressocialização.

- (2) Como meio adestrado a garantir-lhe a percepção da prova que vai desfilar ante o pretório, aquela que o poderá incriminar e aquela de onde poderá resultar a sua exculpação, tudo lhe proporcionando a oportunidade de sobre isso formar um juízo e, em nome do contraditório, intervir, fazendo consignar a sua posição;

Como poderá alguém que não o próprio, cujos actos estão sujeitos a julgamento, perceber, até ao limite do pormenor relevante, o que é dito pelos coarguidos – tantas vezes propensos a exonerarem-se sobrecarregando no ausente – pelos ofendidos, pelas testemunhas, o que está nos documentos, o que é, em sede de prova pericial tida como verdade oponível autoritariamente ao próprio poder de julgar (veja-se o artigo 163º)?

Como poderá um defensor consciente sentir-se confortável ante factos ou alegados factos que atingem aquele que assiste sem ter consigo quem sobre eles possa dar-lhe o arrimo de uma versão, um comentário, uma sugestão quanto à forma de os contraditar?

Acaso não é a percepção de um tribunal prudente que, tendo diante de si o próprio arguido, pode fazer funcionar, nos seus rigorosos termos, a regra da imediação probatória, que não é um princípio atinente à forma do processo, mas meio instrumental essencial para se alcançar a íntima convicção, a qual é critério reitor da aferição da prova, consoante o artigo 127º do CPP?

Como, sem a presença do próprio, medir a reacção, até fisionómica, que a prova produz naquele contra quem ou a benefício de quem é produzida?

Como aferir, com empenhamento e profundidade, da personalidade de quem é julgado e assim a culpabilidade – que é o requisito ético

de um Direito Penal da culpa – sem ter para julgá-lo a personagem do qual se cura? E não se diga que se julgam apenas factos na sua dimensão objectiva, sim factos oriundos de seres humanos concretos que na sua possível prática se envolvem com a dimensão integral dos seus seres, os quais, julgados em ausência ou com rara presença, não são – diga-se – julgados sequer, sim avaliados apenas como um corpo decapitado de ocorrências sem causa.

- (3) Como local onde, por estar em causa o apuramento da sua responsabilidade, lhe é conferida a oportunidade formal (artigo 61º, n.º 1, b)) de a poder reconhecer, através de confissão (artigo 344º), de a negar, ou invocar circunstâncias mitigadoras da mesma, prestando declarações, querendo fazê-lo, pois que quanto aos factos a tal não é obrigado (artigos 343º, 61º, n.º 1, d)).

Estamos ante um sistema em que a confissão é acto pessoal, insusceptível de ser prestada mediante representação, mesmo nos casos em que, ausente, o arguido é representado pelo defensor (artigo 343º, n.º 4 e artigo 344º).

Trata-se daquela personalidade que não está coberta pela faceta da defesa em que esta, para além de garantir a assistência técnica ao arguido, opera como representação do mesmo (artigo 63º, n.º 1).

Toda uma progressiva aculturação que tem vindo a tomar conta do nosso subconsciente colectivo em matéria de justiça penal tem trazido, porém, a representação imagética do julgamento criminal com um figurino em que, tal como no processo civil, o arguido está como se ao lado do seu defensor, e não sentado na cena de julgamento, como o vértice para onde tudo naquele acto converge; assim é no que chega em doses maciças pela cinematografia, pela televisão, dos julgamentos norte-americanos.

De facto, a arquitectura das nossas salas de audiências para a justiça penal traduz bem essa triangulação de que o “banco dos réus” é o vértice, estando contidos no interior de tal corpo geométrico, na lateral, o Ministério Público, a representação forense dos ofendidos e os defensores, o funcionário que assiste ao acto e redige a acta e, presidindo, os juízes. É nesse espaço geométrico que tudo ocorre; o vértice determina o ponto de convergência, simbólica que denota o sentido e significado do que ali se passa.

A própria prova por declarações e testemunhal ocorre dentro dessa espaço e diante do arguido, se bem que nem sempre em termos de este poder visio-  
nar o rosto de quem é ouvido, construção que é apta a pôr em crise um

requisito essencial da defesa, qual seja a plenitude da percepção da prova por aquele que sofre os efeitos da mesma.

### **Obrigatoriedade de comparência**

A regra geral, enunciada no artigo 332º do CPP, é, em sede de audiência de julgamento, a do dever de presença – obrigatoriedade – que chama a lei – sendo excepcional a possibilidade de julgamento na ausência do arguido. Isto é enunciado que, como veremos, traduz apenas uma aparência de realidade, tais são as possíveis excepções.

Trata-se de uma decorrência do princípio geral, enunciado na alínea a) do n.º 1 do artigo 61º, onde se clausula como um dos direitos do arguido «estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito». Ora se há acto processual que revista tal natureza a audiência de julgamento, como acto definitivo de produção probatória, integra-a sem qualquer dúvida.

Mas trata-se de dever que não impende apenas sobre o arguido mas por igual sobre as autoridades judiciárias e todos aqueles órgãos da administração da justiça que com eles colaborem.

Assim se compreende que:

- (1) Estando o arguido preso em comarca diferente daquela onde deva ser julgado, o tribunal o requirite «à entidade que o tiver à sua ordem» (n.º 2 do artigo 332º);

Esta previsão não pode ser interpretada no sentido de essa requisição não ser obrigatória quando o arguido for julgado na comarca onde se situa o estabelecimento onde se encontra preso, pois a tal obsta o disposto no n.º 1 do artigo 114º quando prevê que a notificação de arguido que se encontra preso é requisitada ao director do estabelecimento onde se encontra sob prisão.

- (2) O tribunal está vinculado, no caso de ausência do arguido que se ache regularmente notificado, a tomar todas as medidas necessárias e legalmente admissíveis «para obter a sua comparência» (n.º 1 do artigo 333º);

As medidas em causa consistem essencialmente na condução coercitiva, tal como o preveem os artigos 115 e 116º, n.º 2, o n.º 4 do artigo 332º e o n.º 7 do artigo 333º.

- (3) O tribunal deve proporcionar ao arguido as condições para a sua deslocação, quando este o requerer de modo fundamentado (n.º 3 do artigo 332º).

Não concretiza o normativo em que consistirá tal «requerimento fundamentado», mas resulta da lógica das coisas que se tratará de aduzir impossibilidade de meios financeiros para custear a deslocação ou desproporcionada onerosidade da mesma.

Também não diz o preceito em que consistirão tais «condições», se o adiantamento de verba para a deslocação, se o fornecimento de transporte, tudo, afinal, a esvaziar-se na prática quando a norma proclama, mas para o vazio, uma generosa intenção.

Num registo complementar poderá incluir-se no oferecimento de tais condições as adequadas a garantir a segurança de quem pretende comparecer e encontra risco na materialização dessa intenção.

Na lógica de que a obrigatoriedade de comparência impende sobre o arguido mas também sobre o tribunal, a lei prevê, como meio para determinar a presença do arguido, compelindo-o a esta, a contumácia, a qual ocorre (artigo 335º a 337º) quando (i) esgotados estiverem os meios para a efectivação da notificação do arguido para comparecer em julgamento (ii) ou não tendo sido obtida a sua detenção ou prisão preventiva – tal como as preveem os artigos 116º, n.º 2 e 254º - (iii) ou na sequência de uma evasão.

Tal mecanismo opera por pressão psicológica, porquanto é gerador de efeitos lesivos para a liberdade ambulatoria e de disposição patrimonial do arguido, desde a sujeição imediata a mandados de detenção ou a aplicação da prisão preventiva, a anulabilidade de negócios jurídicos que celebre e a proibição de obtenção de certidões, documentos ou registos e até o próprio arresto dos seus bens.

Ante essa gestão forçada do risco cabe ao arguido a decisão – tomada já com liberdade residual de decidir – de comparecer em audiência ou ficar à mercê do efeito destes meios dissuasores, que caducam uma vez obtida a sua presença (artigo 336º).

Cotejando a evolução histórica do sistema, a contumácia estava prevista, na primitiva redacção do Código de 1987, como elemento integrante de uma lógica da impossibilidade do julgamento à revelia, que o Código de 1929 admitia, embora segundo figurinos que se foram diferenciando, e aquele quis inviabilizar.

Hoje, ante as possibilidades que a lei e a prática foram abrindo à eventualidade de julgamento com o arguido ausente, trata-se de uma espécie de *ultima ratio* por via da qual o processo fica suspenso a aguardar a comparência (artigo 335º, n.º 3).

### **Ausência permitida/Dispensa de comparência**

A fórmula legal prevista no n.º 1 do artigo 332º traduz, como se viu, uma aparência jurídica, a de que todo o sistema radica em torno de um julgamento que só por excepção pode ter lugar na ausência do arguido.

Sucede, porém, que, como veremos (i) não só o elenco de casos em que a ausência é permitida tem um âmbito relativamente amplo e fluído (ii) como, para além disso, ao ditar as suas previsões, o legislador por mais de uma vez se exprime em termos que denotam o seu real sentir, o de que só exige a presença quando o tribunal «considerar indispensável» a presença do arguido (n.º 5º do artigo 332º; n.º 1 do artigo 333º e n.º 3 do artigo 334º, neste último caso relaxando o requisito a «absolutamente indispensável»).

Cotejando o citado artigo 332º do CPP verifica-se que as excepções à obrigatoriedade de presença em audiência de julgamento se circunscrevem ao previsto (i) nos números 1 e 2 do artigo 333º (ii) no artigo 334º.

O enunciado desses três preceitos peca por pouco rigor sistemático, pelo que, para melhor percepção há que proceder a um enunciado das circunstâncias em que a ausência do arguido pode ocorrer:

- Como facto consumado quando, tendo comparecido à audiência de julgamento, o arguido dela se afastar – apesar de caber ao tribunal tomar as providências necessárias para garantir a presença, incluindo a sua detenção – e for entendido pelo tribunal que não é indispensável a sua presença (números 4 e 5 do artigo 332º), caso em que o julgamento prossegue sendo ele representado pelo seu defensor;

Ao contrário do que sucede ante o estatuído no n.º 1 do artigo 333º do CPP, onde se prevê que o indispensável se reporta «à descoberta da verdade material», a lei não estabelece aqui qual o critério dessa indispensabilidade. Creio que, por paridade de razão, o critério terá de ser o mesmo; além disso, como veremos de seguida, não poderá valorar-se exclusivamente o que relevar para a descoberta da verdade material sem considerar o que for determinante para a defesa do arguido.

- Como situação excepcional quando, estando o arguido notificado para comparecer em julgamento, faltar e o tribunal considerar que não é absolutamente indispensável a sua presença «desde o início da audiência» para o efeito da «descoberta da verdade material» (n.º 1 do artigo 333º);

Considero discutível que o único critério legalmente consagrado haja sido o da indispensabilidade – reforçada com a fórmula exasperante do «absolutamente indispensável» - para a descoberta da verdade material, porquanto relevante haveria de ser por igual o requisito do «absolutamente indispensável» para a defesa do próprio arguido.

Dir-se-á que é a este arguido que caberá ajuizar sobre essa matéria, nomeadamente se com a sua ausência não estará a fazer perigar tal possibilidade de se defender não sendo encargo do tribunal subrogar-se à sua pessoa neste particular. Sucede, porém, que a ausência pode ocorrer por razões perante as quais não se pode concluir que o arguido tenha renunciado ao direito de presença mas esta ocorra simplesmente por impossibilidade, ainda que momentânea, de comparecer e, deste modo, ante esta lei, estar-se-á a fazer triunfar uma descoberta da verdade com irrelevância da defesa daquele que é o primeiro atingido pelo que for considerado como sendo essa verdade obtida com ablação da sua pessoa.

- Como ausência consentida nos casos de «idade, doença grave ou ausência no estrangeiro» (número 4 do artigo 333º e n.º 2 do artigo 334º).

Ante o enunciado da lei nenhum consentimento releva fora estes casos tipificados em que o mesmo opera no âmbito de circunstâncias de excepcional relevo.

O direito de presença é, deste modo, irrenunciável.

- Como situação especial, no caso de julgamento na forma comum decorrente do reenvio do processo a partir da forma sumaríssima quando o arguido (i) não puder ser notificado do despacho que designa a data para o julgamento (ii) faltar injustificadamente a esse julgamento (artigo 334º, n.º 1).

A primeira situação é inadmissível nos termos em que está formulada. Ao limite o que a lei pretende clausular é que essa impossibilidade de notificação ocorra depois de efectivadas todas as diligências adequadas para o efeito, mas o modo como o preceito se encontra redigido abre a porta ao abuso de o mero facto da não notificação possibilitar o julgamento na ausência.

Deixámos para o fim o sistema que veio a coroar uma tortuosa evolução legislativa que passou pela admissibilidade da revelia (modelo do Código de 1929), impossibilidade da mesma (sistema primitivo do Código de 1987): a possibilidade de julgar na ausência os arguidos sujeitos a termo de identidade de residência em que haja sido prevista tal eventualidade.

Escrevendo no domínio do Código de Processo Penal de 1929 o Professor Figueiredo Dias enunciava qual era a situação no seu livro *Direito Processual Penal*, I, páginas 464-465, publicado em 1974: «Do princípio da responsabilidade pessoal – como aliás de outros princípios que presidem à audiência de julgamento penal, nomeadamente o da imediação – deveria ainda resultar a geral impossibilidade de uma audiência de julgamento sem a *presença* do arguido; a geral impossibilidade, i.e. de um verdadeiro *processo penal de ausentes*. Não foi essa todavia a solução seguida pelo nosso CPP nos arts. 562º e seguintes, que pelo contrário aceitou o julgamento de ausentes dentro de um *processo penal especial*».

Eis o que resulta do artigo 196º, n.º 3, d): o arguido é sujeito a essa medida coactiva, de natureza obrigatória, pela qual lhe é fixado um dever de informação quanto à sua domiciliação, sendo que qualquer afastamento por mais de cinco dias do local que para o efeito indicou permite (i) a sua notificação dos termos do processo por via postal simples, mediante prova de depósito, considerando-se válida e eficaz quando feita por essa forma, isto é, mesmo sem a evidência de que a comunicação haja sido efectuada (ii) a sua representação subsequente é assumida pelo defensor constituído ou nomeado, o qual não pode prestar declarações em seu nome (iii) enfim, para o que releva, a possibilidade de o julgamento ter lugar na sua ausência, nos termos do artigo 333º.

Trata-se de um sistema que tenho por absolutamente inaceitável, porquanto:

- (1) Se bem que assente num dever de domiciliação violado pela ausência, que não encontra assento constitucional em momento algum da Lei Fundamental, satisfaz-se com uma comunicação para um domicílio de subsistência presumida de um acto tão solenemente relevante como a convocatória para julgamento penal, isto porque por via postal simples sem prova de recepção;

Espanta que haja, com este sistema, julgamento de pessoas já falecidas, com o conseqüente desprestígio para a Justiça? Que se julguem casos de pessoas passíveis de um juízo de inimputabilidade que não é percebida por não estar em audiência quem patentemente a evidenciaria?



O que espanta é que se tenha rotinizado o sistema a tal ponto que um acto com a importância deste seja tido como uma burocracia maçadora e o incumprimento do TIR merecer como punição consequente – pois que sanção se trata como se fruto de um sistema de vindicta pública – a possibilidade da revelia, isto qualquer que tenha sido o motivo pelo qual a não notificação não tenha operado.

É que, partindo de uma filosofia paroquial – em que os cidadãos estão pelo menos todos os cinco dias em contacto com a sua caixa postal – negado pela evidência da mobilidade característica da sociedade contemporânea, dando como assente a fiabilidade de um sistema postal, consabidamente hoje em situação crítica porque em reorganização por privatização com a consequente ineficácia e incerteza, o sistema de justiça não se tolhe, num acto de consciência, quanto à eventualidade de estar a praticar uma violência legal e um atentado a, esse sim, um direito constitucional, o direito a um processo justo que garanta os adequados meios de defesa.

É a prevalência da eficácia, da celeridade à conta da indiferença.

- (2) Faz perigar de modo consciente o direito de defesa em nome de critérios puramente economicistas, pois que o próprio sistema postal tem a possibilidade, através do correio registado e do aviso de recepção - que a lei, aliás, releva (veja-se o artigo 113º, n.º 1, b)) – de garantir, claro que por meio mais oneroso, a confirmação de que o destinatário foi informado para o efeito de comparecer, isto para não falar nos outros meios de notificação, nomeadamente por contacto pessoal.

Foi esta a razão maior que levou ao sistema: ser oneroso para os serviços de Justiça suportar os custos postais que garantissem – usando embora ainda os serviços de Correio como oficiais de Justiça – a prova da efectiva notificação; poupar no uso de funcionários de justiça ou órgãos de polícia criminal para tal efeito.

Triunfando o argentário sobre o humano, o sistema contenta-se com uma ficção: pior, em relação ao presuntivo notificado, do que o “não está estivesse” é o “dá-se como tendo estado sem saber se efectivamente esteve”, o processo, essa realidade em si, esse é que não pode esperar para ser “despachado” com ou sem arguido presente porque ignorante quanto a esse julgamento do seu caso.

Comparado com o sistema processual penal que vigorou em Portugal sob a Ditadura, em que a sentença proferida à revelia nunca transitava em julgado até à notificação pessoal do arguido, porquanto não encontrava no modo como fora alcançada – sem a plena possibilidade deste se defender, comparecendo – legitimação suficiente para se impor vinculadamente a ele, comprometendo a Justiça, aquele outro que a proclamada democracia hoje oferece e que venho criticando fica muito aquém em termos de garantia de direitos e de dignidade das instituições: vale a presunção de notificação, a ficção de conhecimento, a dispensabilidade da presença, a desconsideração da personalização, a degradação do acto de julgar e o sentenciar empurrado para a categoria das rotinas da burocracia repressiva, e tudo válido, eficaz e exequível, tolerado em suma.

Escrevia em 1955 o Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira relativamente ao processo de ausentes: «procura-se, por todos os meios, a comparência do arguido, para normalizar o processo; e, falhado este objectivo, tenta-se remediar com meticolosa cautela, uma falta que desnatura o próprio processo, em razão da presumida diminuição do valor e importância da defesa. É por isso que o julgamento é sempre escrito, para que o arguido oportunamente de tudo possa tomar conhecimento e que a decisão condenatória nunca transita em julgado, sem que o arguido compareça, e renuncie ao direito que lhe é atribuído de recorrer da decisão ou de requerer novo julgamento (Cód. Proc. Penal, artsº 564º a 56º).»

É que – continuava o mesmo Mestre – estávamos ante uma «suspeita de deficiente validade, precisamente por nele não ter comparecido pessoalmente o réu.»

### **Presença no acto de leitura da sentença**

Dispõe com placidez o artigo 373º, n.º 3 que, estando o arguido ausente, a sentença é lida ante o seu defensor, considerando-se este assim notificado; do mesmo modo o 372º, n.º 4 adita que a leitura equivale à notificação dos sujeitos processuais que deverem considerar-se presentes.

Quer dizer, um acto que é o momento decisivo em que o tribunal emite o veredicto de culpa ou de inocência, determina a responsabilização e seus efeitos, fundamenta o porquê do que decidiu e, no limite do qual, consoante o 375º, n.º 2, o juiz, se o entender conveniente profere, em caso de condenação, uma breve alocução exortando o arguido a corrigir-se, fica transformado, pela conjugação destes preceitos, numa pura rotina, peça processual lida quantas vezes sincopada porque resumidamente, se não “por apontamento”, sem que o destinatário essencial do decidido sinta,

afinal, porque ausente, qual a valoração que a Justiça fez do seu caso. Como se nada disso fosse com ele e para ele.

A primeira finalidade que a justiça penal visa atingir, a da prevenção especial e o propósito ressocializador, afinal um dos pilares da legitimação dos Tribunais Judiciais, é, por esta forma, posta em crise, como se de uma repartição pública administrativa se tratasse.

### **Presença em fase de recurso**

Resta, neste panorama, o que se passa nas instâncias superiores: aí impera uma ideia discriminatória segundo a qual já estamos em território privativo aos que têm o benefício do “reservado o direito de admissão”, pois que a presença de arguidos é ocorrência de tal modo invulgar que se estranhará a sua presença.

Na sua lógica genética, o nosso sistema de recurso consubstanciaria uma verdadeira audiência de julgamento, pois que com possibilidade até de renovação da prova e com poderes oficiosos de conhecimento da matéria de facto mesmo no caso de o recurso ser circunscrito à questão de Direito (artigo 410º, n.º 2).

Trata-se hoje de uma fase da tramitação processual penal em que a audiência passou a ser acto para o qual o arguido é, porém, convocado apenas havendo lugar à renovação da prova (n.º 4 do artigo 430º), situação de aparição excepcionalíssima, pois de outro modo só o defensor é notificado (artigo 421º, n.º 2), e mesmo este sem que a sua falta legitime adiamento, pois em caso de ausência será nomeado outro defensor (n.º 2 do artigo 422º).

Quer dizer: mau grado o estatuído no n.º 5 do artigo 423º, quando determina que se aplicam ao julgamento em sede de recurso as disposições previstas em matéria de audiência em primeira instância, no que à presença do arguido respeita, tudo é mais restrito, este é dispensável, como se de um *aliud* se tratasse, estranho ao que ali decorre, quase ao limite intruso.

E, no entanto, é hoje legalmente permitido que em sede de recurso se converta em condenação irrecorrível sentença absolutória de primeira instância.

Terminamos com as palavras de um dos espíritos mais lúcidos do nosso pensamento jurídico.

Escrevendo em 1969, ainda sob a vigência do Código de Processo Penal de 1929 com as modificações de sucessiva legislação, usando pois a terminologia então em

uso pela qual se denominava réu ao que hoje designamos como arguido, disse António Castanheira Neves *Sumários de Processo Criminal* (páginas 168-169):

«O alto interesse processual da presença e participação processual do réu – a impor aquele direito [de presença] e a justificar este dever [de comparência] – tem o seu fundamento no carácter também eminentemente pessoal de uma incriminação e de um processo criminais, com as possíveis consequências morais e jurídicas que lhe são próprias, a tocar a honra e a dignidade do réu, e que como tais só podem admitir-se se tudo se passar perante ele, se ele for pessoalmente convencido da sua responsabilidade e culpabilidade, podendo a todo o momento tomar a iniciativa de esclarecimento, de contraditório, de impugnação, etc.; além de que a sua presença, se é sempre factor indispensável de verdade e de esclarecimento oficioso, através dos interrogatórios que neste sentido lhe faça o juiz, não é menos imprescindível para que o tribunal possa ter directo acesso à personalidade do réu, a atender na culpabilidade, na medida da pena, na determinação das medidas de segurança, etc.»

Eis o que é o reino dos valores, rebaixados que estão por tanta da nossa realidade contemporânea.