



Universidades Lusíada

Rodrigues, Sara Cátia Guedes

A problemática relativa à prova nas diferentes fases do processo penal : declarações do arguido e a sua confissão

<http://hdl.handle.net/11067/2929>

Metadados

Data de Publicação	2012
Resumo	<p>O tema desta dissertação é a problemática relativa à prova nas diferentes fases processuais, as declarações do arguido e a sua confissão. Após uma primeira parte voltada sobretudo para a conceptualização, os princípios e meios de prova do processo penal, dedicaremos a segunda parte deste trabalho à análise das declarações do arguido em fase anterior ao julgamento. Traçaremos a nossa posição quando à valoração ou não da confissão que daí possa advir mesmo que posteriormente o arguido se remeta ao...</p> <p>The theme of this dissertation is the question of the proof at different procedural stages, the statements of the accused and his confession. After a first part mainly regarding the conceptualization, the principles and means of proof in the criminal procedure, we will dedicate the second part of this work to the analysis of the accused's statements before trial. We will outline our position concerning the validation or not of the confession that may result from there even if the accused remain...</p>
Palavras Chave	Direito, Processo Penal, Prova, Arguido
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T23:39:02Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A Problemática Relativa à Prova nas Diferentes Fases do
Processo Penal – Declarações do Arguido e a Sua Confissão**

Sara Cátia Guedes Rodrigues

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto - 2012

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar ao Professor Doutor Manuel Lopes Porto, que reuniu a função de diretor do Mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto e a de docente, tendo inspirado muitos de nós com a sua experiência e dedicação.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Doutor Mário Monte que, tendo sido também meu docente durante a fase curricular deste mestrado, procurou aguçar a capacidade crítica dos seus alunos, buscando nas suas aulas o debate sobre os temas da atualidade referentes ao processo penal. Sem a sua orientação e crítica, este trabalho não teria sido possível.

Agradeço igualmente aos meus professores da licenciatura, aos quais ficarei sempre grata por se terem feito parte da minha vida académica, nomeadamente, o Professor Fernando Lobo, o Professor Doutor Fernando Torrão, a Professora Ana Raquel Conceição e o Professor Augusto Meireis.

Não poderia deixar de fazer um especial agradecimento aos meus colegas e amigos que de alguma forma também fazem parte deste trabalho, contribuindo com o apoio e incentivo necessários, sem esquecer da valiosa crítica no momento certo. Entre outros cabe nomear a Diana Raimundo, João Firmino, Magali Pereira e Miguel Vale.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha família, especialmente à minha irmã que sempre me incentivou e, acima de tudo, me apoiou em todas as minhas lutas e sonhos. Agradeço também ao Jorge pela disponibilidade e paciência que sempre teve para ouvir os meus desabaços, mas sobretudo pelo carinho e dedicação que sempre demonstrou. E claro, ao Dr. S. M. por todos os conselhos e orientação nos dias mais difíceis.

Índice

Introdução	1
1. Justificação do tema.....	1
2. Metodologia utilizada	2
Parte I	4
A Prova em Processo Penal. Conceptualização, Princípios e Meios.....	4
Capítulo I	5
Processo Penal: Conceito e Modelos.....	5
1. Considerações gerais	5
2. Modelos ou sistemas processuais	9
2.1 Modelo Acusatório.....	9
2.1.1 Críticas.....	11
2.2 Modelo Inquisitório	12
2.2.1 Críticas.....	13
2.3 Modelo Misto.....	15
3. Breve análise sobre a contemporaneidade dos Modelos, em especial do português. 16	
3.1 Processo Penal Alemão.....	16
3.2 Modelo anglo-saxónico.....	17
3.3 Modelo francês.....	17
3.4 Modelo processual penal português.....	18
4. Conclusão	20
Capítulo II	22
Breve Análise Sobre os Princípios Relativos à Prova no Processo Penal	22
1. Princípio da presunção de inocência/	22
2. Princípio <i>In Dubio Pro Reo</i>	25
3. Princípio da Livre Apreciação da Prova.....	26
4. Princípio da investigação ou verdade material	29
5. Princípio da Imediação	32
6. Princípio do Contraditório	36
7. Princípio da legalidade	37
Capítulo III	39

Meios de Prova, em especial a prova testemunhal	39
1. Conceito	39
1.1 Prova Testemunhal.....	41
1.1.1 Capacidade e dever de testemunhar.....	44
1.1.2 Direitos e deveres das testemunhas	45
1.1.3 Recusa de testemunho	47
1.1.4 Escusa e proibição de testemunho por dever de segredo.....	48
1.2 Prova por acareação	50
1.3 Prova por reconhecimento	50
1.4 Prova por reconstituição	52
1.5 Prova Pericial	53
1.6 Prova Documental.....	54
2. Conclusão.....	55
Parte II.....	57
Declarações do Arguido em fase anterior ao Julgamento – Ignorar ou Valorar?.....	57
Capítulo I.....	58
O Direito Comparado como contributo para uma diferente perspetiva.....	58
1. A escolha dos ordenamentos	58
2. Soluções no direito comparado.....	58
2.1 Espanha	58
2.2 Brasil	61
2.3 Itália.....	64
2.4 França.....	66
Capítulo II	67
Estatuto do Arguido.....	67
1. Introdução.....	67
2. Constituição de Arguido.....	68
3. Direitos e Deveres do Arguido.....	70
4. Declarações do Arguido	71
5. Interrogatórios de Arguido	72
5.1 Primeiro interrogatório judicial de arguido detido.....	72
5.2 Primeiro interrogatório não judicial de arguido detido.....	74
5.3 Outros interrogatórios	76

Capítulo III	78
Valor probatório das declarações do arguido	78
1. Considerações gerais	78
2. Breve análise sobre as declarações do arguido na perspectiva do Código de Processo Penal de 1929 – o seu valor probatório	80
3. Breve análise sobre as declarações do arguido na perspectiva do Código de Processo Penal de 1987 – o seu valor probatório	85
Capítulo IV	88
Posição da Doutrina Portuguesa no que às declarações de Arguido diz respeito.....	88
1. Doutrina portuguesa	88
a) Manuel Cavaleiro Ferreira.....	88
b) Jorge Figueiredo Dias	91
c) Germano Marques da Silva	92
d) Teresa Pizarro Beleza	94
e) Paulo Pinto de Albuquerque	95
f) Rodrigo Santiago	97
2. Conclusão.....	98
Capítulo V	99
Admissibilidade ou não das declarações do arguido prestadas anteriormente ao julgamento – a nossa posição.	99
As recentes propostas de alteração do Código de Processo Penal português.....	99
1. Declarações do arguido como meio de prova	99
2. As recentes propostas de alteração do CPP português – art. 357º	104
2.1 Nota prévia.....	104
3. As posições da Ordem dos Advogados portuguesa, Magistratura do Ministério Público e da Magistratura Judicial.....	105
3.1 Parecer da Ordem dos Advogados portuguesa.	105
3.2 Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público	106
3.3 Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses.....	108
4. Posição crítica	110
Parte III	115
<i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i> como limite à livre apreciação da prova?.....	115
Capítulo I	116
<i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i>	116

1. G�nese do <i>Nemo Tenetur</i> no Direito Processual Português	116
2. Direito � não autoincrimina�o ou <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> e o direito ao silêncio como seu núcleo essencial	118
3. Fundamentos Constitucionais do <i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i>	122
4. O <i>Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare</i> no Direito Processual Português	124
4.1. �mbito de aplicabilidade	126
4.2. �mbito de validade do <i>nemo tenetur</i>	127
4.3. Consequências jurídicas da viola�o do princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	129
5. Limites do Direito ao Silêncio na Lei Processual Penal	130
6. O <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> e a livre aprecia�o da prova.....	132
Conclusões	135
Bibliografia	141
Tabela de jurisprudência utilizada	149

Resumo

O tema desta dissertação é a problemática relativa à prova nas diferentes fases processuais, as declarações do arguido e a sua confissão. Após uma primeira parte voltada sobretudo para a conceptualização, os princípios e meios de prova do processo penal, dedicaremos a segunda parte deste trabalho à análise das declarações do arguido em fase anterior ao julgamento. Traçaremos a nossa posição quando à valoração ou não da confissão que daí possa advir mesmo que posteriormente o arguido se remeta ao silêncio em sede de audiência. Daremos também a conhecer a solução preconizada no direito comparado, bem como na doutrina, e ainda as diferentes soluções adotadas pelos Códigos de Processo Penal de 1929 e 1987. Analisaremos as atuais propostas de alteração da lei, criticando os vários pareceres que foram surgindo e ficando uma vez mais o nosso posicionamento relativamente à problemática em questão.

A terceira parte deste trabalho resultará do estudo feito sobre o princípio *nemo tenetur si ipsum accusare*, concluindo se se trata de um limite à livre apreciação da prova.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is the question of the proof at different procedural stages, the statements of the accused and his confession. After a first part mainly regarding the conceptualization, the principles and means of proof in the criminal procedure, we will dedicate the second part of this work to the analysis of the accused's statements before trial. We will outline our position concerning the validation or not of the confession that may result from there even if the accused remains silent during trial. We will also bring forward the solution that is advocated in comparative law, as well as in the doctrine, and also the different solution adopted by the Portuguese Penal Code from 1929 and 1987. We will analyze the current drafted amendments of the law, criticizing the legal opinions that came through and consolidating once more our position as to the matter at hand.

The third part of this work will be the result of the study about the principle *nemo tenetur si ipsum accusare*, concluding if it is a limit to the free assessment of the proof.

Palavras-Chave

Declarações; arguido; confissão; valoração; prova; juiz; defensor; direitos fundamentais; princípios constitucionais; direito ao silêncio; fases processuais; livre apreciação da prova.

Siglas e Abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AA.VV. – autores vários

ac. – acórdão

art., arts. – artigo, artigos

al. – alínea

Cap. – Capítulo

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – Confira, confronte

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CPP29 – Código de Processo Penal de 1929

CPP87 – Código de Processo Penal de 1987

CRP – Constituição da República Portuguesa

D.R. – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. – Edição

i.e. – id est (isto é)

LEC – Ley de Enjuiciamiento Criminal

MP – Ministério Público

n.º – número

p., pp. – página, páginas

RCEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

s., ss. – seguinte, seguintes

s.l. – sem edição de local

séc. – século

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

vol. – volume

Introdução

1. Justificação do tema

No direito processual penal português, a atividade probatória não concretiza um catálogo de meios de prova admissíveis, razão pela qual a regra será a da admissibilidade de todos os meios de prova que não sejam proibidos por lei. É o que estatui o artigo 125º do Código de Processo Penal, “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, aqui está implícito o princípio da legalidade. “ A prova – enquanto actividade probatória – é o espaço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência de um crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis”¹.

Por outro lado, a valoração atribuída aos meios de prova também não está *a priori* estabelecida, razão pela qual todas as provas valerão o mesmo, pelo menos em princípio, cabendo ao tribunal apreciá-las livremente.

A problemática da prova nas diferentes fases do processo penal, especialmente no que à valoração atribuída às declarações do arguido diz respeito, consubstancia o principal ponto de reflexão do presente estudo.

Justificamos a escolha deste tema pelo facto de verificarmos a ocorrência de constantes mutações da nossa comunidade e a crescente evolução da criminalidade, sobretudo a criminalidade violenta e organizada, mas também porque achamos que o regime aplicável a essas declarações – e à eventual confissão que delas possa advir –, tal qual está redigido atualmente, contribui para um efetivo descontentamento e desconfiança da nossa sociedade para com a justiça do nosso país. Razão pela qual defendemos que se exige da parte do legislador, um olhar diferente e adaptado aos tempos que se vivem atualmente. Parece-nos hoje inegável a necessidade de uma reforma profunda e sólida do processo penal português, de forma equilibrada e coerente, claro está, quanto à valoração das declarações do arguido, ainda que prestadas em atos anteriores ao julgamento, mesmo que em sede de audiência se

¹Cfr. Paulo de Sousa Mendes, “As proibições de Prova no Processo Penal”, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 1997, p. 133.

remeta ao silêncio, desde que respeitados certos requisitos e desde que impostos determinados limites, os quais daremos conta na exposição deste estudo.

Sabemos que por via do art. 355º do Código de Processo Penal, só valem, em princípio², as provas diretamente produzidas em sede de audiência. E que a condenação do arguido com base, unicamente, na confissão deve ser prestada em audiência de julgamento, de forma livre, integral e sem reservas, nos termos do art. 344º do Código de Processo Penal.

Mas como deverá ser valorada a confissão em sede, por exemplo, de instrução, perante um Juiz de Instrução Criminal, e na presença do Ministério Público e defensor, se, posteriormente, em sede de audiência o arguido se remeter ao silêncio? Pois bem, essa prova será tida como inexistente, não será valorada, nem poderá chegar ao conhecimento do Juiz de Julgamento.

Vivemos numa Democracia firme, possuímos uma magistratura independente, onde o regime ditatorial já não persiste, assim, não se imporá uma mudança na nossa lei processual penal no sentido de poderem ser valoradas as declarações do arguido prestadas em ato anterior à audiência, ainda que se remeta ao silêncio subsequentemente, desde que respeitados certos limites, por respeito aos direitos da vítima?

A essência deste trabalho residirá, então, em demonstrar que a valoração dessa confissão em sede de julgamento não ofende os princípios estruturantes do Código de Processo Penal, nem tão pouco os direitos fundamentais do arguido.

2. Metodologia utilizada

Importa, neste momento, ainda que de modo sintético, traçar o caminho que nos propusemos trilhar a propósito da problemática relativa à prova nas diferentes fases processuais, sobretudo no que às declarações do arguido diz respeito.

Num primeiro momento, faremos uma abordagem, ainda que geral, sobre os princípios e modelos processuais. Começaremos, por tecer umas considerações gerais sobre o conceito de processo penal, para seguidamente retratarmos, debaixo de algumas críticas, as principais características dos Modelos Acusatório, Inquisitório e

² Excecionam-se as declarações para memória futura, nos termos do art. 271º do CPP.

Misto, e abordaremos, também, a contemporaneidade dos Modelos. Faremos uma incursão pelos princípios relativos à prova no Processo Penal e não terminaremos sem antes analisar os principais meios de prova no âmbito deste trabalho.

Num segundo momento, analisaremos de um modo mais profundo e crítico as declarações do arguido, produzidas em fase anterior ao Julgamento. Começaremos por analisar as soluções no Direito Comparado, escolhendo os ordenamentos jurídicos com base na diferença de tratamento dada às declarações do arguido, quando comparado com o nosso processo penal. O objetivo será dar outra perspectiva como forma de abrir horizontes para outras possibilidades. Os ordenamentos tratados serão o espanhol, o brasileiro, o italiano e o francês.

Posteriormente, partiremos para a análise do Estatuto do Arguido, para depois examinarmos qual o valor probatório das declarações do arguido à luz dos Códigos de Processo Penal de 1929³ e 1987⁴. A posição da doutrina portuguesa quanto a esta questão também será tratada. Por fim, faremos uma abordagem crítica sobre a Proposta de Alteração do Código de Processo Penal, mas apenas no que às declarações do arguido diz respeito, ficando a nossa posição.

Faremos ainda uma incursão pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, em que abordaremos a sua génese, o direito ao silêncio como seu núcleo essencial, os seus fundamentos constitucionais. Veremos, ainda, qual o âmbito de aplicabilidade no direito português, bem como o âmbito de validade e as consequências jurídicas da sua violação. Chegados a este ponto, tentaremos responder quais são os limites do direito ao silêncio e se o princípio do *nemo tenetur* é ou não um limite à livre apreciação da prova.

³ Entrou em vigor por via do Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929.

⁴ Entrou em vigor por via do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro de 1987.

Parte I

A Prova em Processo Penal. Conceptualização, Princípios e Meios.

Capítulo I

Processo Penal: Conceito e Modelos

1. Considerações gerais

Não poderíamos iniciar este estudo sem antes tentarmos definir o conceito de Processo Penal, ainda que de forma breve, uma vez que a natureza deste nosso tema se insere nesta área do Direito.

O direito penal, em sentido formal, deve ser entendido como um conjunto de normas jurídicas às quais corresponde um determinado comportamento humano, social e juridicamente censurável, que tem como consequência a atribuição de uma pena ou medida de segurança⁵. Para que tal circunstância venha a concretizar-se será necessária a intervenção do processo penal, entendendo-se, assim, que este consiste na “*aplicação da lei penal aos casos concretos*”⁶, “por meios previamente definidos e conformes com o respeito dos direitos fundamentais – essencialmente do arguido, mas também do ofendido –, por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos, o que se não é também um direito fundamental é, seguramente, um valor fundamental”⁷. Assim, a aplicação do processo penal contribui para a Justiça e Segurança Jurídica, constituindo ambas *uma finalidade do direito*⁸, estando sempre presente o respeito pelos princípios e direitos constitucionalmente previstos⁹.

³ Vide Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Tomo I, Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 3.

⁶ Vide Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal, Volume I, 5ª Edição*, Editorial Verbo, 2008, p. 23.

⁷ Vide Raul Soares da Veiga, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, *in* *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação Científica de: Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 185.

⁸ Vide A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p. 73.

⁹ “O direito penal «total» cumpre uma função específica de *protecção* dos bens fundamentais de uma comunidade, que directamente se prendem com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação constitui o *crime*”. Vide Jorge de Figueiredo Dias, “*Direito Processual Penal*”, 1ª Edição, 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 24.

A relação entre o direito penal e o direito processual penal é, portanto, uma *relação de mútua complementaridade funcional*¹⁰, na medida em que “o direito penal não é susceptível de aplicação voluntária, só se efetiva mediante a instauração de um processo, e por decisão jurisdicional”¹¹. No entanto, o processo penal “tem necessariamente de desempenhar finalidades autónomas do Direito Penal, relacionadas com as garantias de defesa e com a disciplina do Estado na prossecução punitiva”¹².

O processo é a forma de realização da jurisdição, sendo esta uma função específica do Estado. A jurisdição pode ser tomada em três sentidos diversos: como poder ou função jurisdicional, enquanto faculdade contida no direito de soberania do Estado; como o conjunto de órgãos aos quais compete o exercício do poder jurisdicional, isto é, os tribunais; e como atividade pela qual se exerce a função jurisdicional.

A atividade jurisdicional é, sem dúvida, um elemento característico e fundamental do processo, ela supõe a resolução de um conflito de interesses tutelados pelo direito, mediante a aplicação da lei ao caso concreto. Contudo, a função jurisdicional não é a única atividade a ser exercida pelos tribunais, até porque ela deverá ser “preparada, auxiliada e completada por outras actividades dos próprios tribunais ou dos outros sujeitos processuais. A jurisdição qualifica o processo, mas não constitui todo o processo”¹³.

O processo penal deve ser entendido como uma ciência complexa, intrínseca a um Estado de Direito, influenciado por valores culturais, socioeconómicos e políticos muitas vezes antagónicos entre si¹⁴, sabemos que nem sempre os conflitos em causa são de fácil resolução, já que muitas vezes se restringem importantes direitos em prol de outros, sendo, obviamente, determinantes os fatores *supra* referidos para dirimir a eventual contenda.

¹⁰ Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 28.

¹¹ Vide Manuel Cavaleiro de Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume I, Lisboa, 1955, p.6.

¹² Vide Maria Fernanda Palma, “O problema penal do processo penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 41.

¹³ Vide Manuel Cavaleiro de Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume I, Lisboa, 1955, p.8.

¹⁴ “O processo penal é uma instituição jurídica e social complexa onde se reflectem necessariamente os valores culturais de um dado momento histórico e as próprias ideologias do poder. A sua complexidade resulta da necessidade de articular na sua estrutura não só elementos meramente técnicos, mas também históricos, económicos, lógicos, éticos, culturais e políticos na disposição dos meios para garantir a realização do máximo conteúdo possível daqueles valores, os quais, por sua vez, frequentemente entram em conflito.”, Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p.25.

A busca pela verdade material é uma das funções instrumentais do processo penal, com vista ao restabelecimento da paz na comunidade jurídica, da qual todos nos fazemos parte. Acautelando sempre que a justiça só poderá ser prosseguida quando guiada por valores constitucionais.¹⁵ “A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada legalmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”¹⁶.

De facto, é inadmissível aos olhos da Justiça e da nossa Lei Fundamental que a busca da verdade se oriente por trilhos torpes e que as investigações criminais redundem em incomensuráveis atentados contra o cidadão investigado. Porém, a realização da justiça, por meios processualmente válidos e por forma a alcançar a paz jurídica entre os cidadãos, constituem três pólos autónomos, de universos e valores geradores de implicações inevitavelmente antitéticas. Assim, o expectável e o desejável será a existência de um modelo processual penal que possua concordância prática relativamente as estas três teologias antinómicas, de forma a garantir a eficácia da justiça penal.

Por vezes, é posta em causa a legitimidade do processo penal quando este desempenha uma outra função, a político-criminal, colocando-se a questão de saber se, por vezes, essa função não põe em causa o princípio da presunção de inocência do arguido. É certo que o processo penal contém medidas preventivas que derivam elas próprias das penas. Contudo, nem sempre a função preventiva é antagónica relativamente aos direitos fundamentais do arguido. Assim, “à pergunta até onde é legítimo que o Processo Penal desempenhe uma função político-criminal relativamente semelhante à da pena, sem condenação antecipada do arguido e sem que as intervenções do Estado correspondam à aplicação de verdadeiras medidas de segurança pré-condenatórias, impõe-se a seguinte resposta: até ao ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reacções privadas expressivas das

¹⁵ Tal como resulta da Constituição da República Portuguesa no seu art. 32º, que tem como epígrafe “Garantias do processo criminal”.

¹⁶ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 361.

pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um plano de diálogo entre o arguido e a sociedade”¹⁷.

O processo penal tem, ainda, uma função preventiva relativamente à actividade criminosa que quando levada ao limite acaba mesmo por aplicar verdadeiras penas, *v.g.*, a prisão preventiva. O legislador entendeu que sempre que haja o risco de continuação da actividade criminosa por parte do arguido¹⁸, perigo de fuga¹⁹, perigo de perturbação do inquérito ou instrução²⁰ ou perigo de perturbação grave da ordem e tranquilidade públicas²¹, o julgador terá legitimidade para aplicar tal medida de coacção funcionando aqui claramente a função preventiva especial.

Discute-se além do mais, se não caberá ao processo penal a função reparadora do dano do arguido. Para Maria Fernanda Palma esta função estará à partida dificultada por duas razões fundamentais: “ uma excessiva formalização da presunção de inocência, transfigurada por vezes em *cliché* e que nunca corresponde a uma presunção de que se não é culpado mas apenas de que se não é autor e um quadro legal em que a culpabilidade é praticamente esvaziada e reduzida a um juízo negativo de valor”²². De facto, a análise da culpa nem sempre ocorre, bem como a compreensão das razões que despoletaram o crime. No entanto, a análise destes quesitos demonstra-se essencial na busca das razões que conduziram ao crime e, conseqüentemente, fundamental na prevenção e reparação da actividade criminosa na nossa sociedade. Daí que a análise da culpa do arguido como problema central deva tornar-se realidade.

¹⁷ Vide Maria Fernanda Palma, “O problema penal do processo penal”, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p.42.

¹⁸ O perigo de continuação da actividade criminosa decorrerá de um juízo de prognose de perigosidade social do arguido, a efectuar a partir de circunstâncias anteriores ou contemporâneas à conduta que se encontra indiciada e sempre relacionada com esta.

¹⁹ Haverá perigo de fuga sempre que, a partir de elementos objetivos, exista uma razoável probabilidade de que o arguido, em liberdade, se ausente para parte incerta com o propósito de se eximir à ação penal.

²⁰ O perigo de perturbação do inquérito ou da instrução reporta-se às fontes probatórias que já se encontram nos autos ou que possam vir a ser obtidas e consiste no risco sério e actual de ocultação ou alteração das mesmas por parte do arguido. Para o efeito torna-se necessário identificar não só a situação mas também a prova relativamente à qual se possa sustentar que o arguido poderá comprometer o decurso normal da investigação, perturbando o processo formativo da prova.

²¹ O perigo de perturbação grave da ordem e tranquilidade públicas encontra-se particularmente relacionado com o direito à liberdade e à segurança dos cidadãos que possam ser potenciais vítimas da conduta criminosa indiciada.

²² Vide Maria Fernanda Palma, “O problema penal do processo penal”, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 45.

2. Modelos ou sistemas processuais

Ao longo da nossa história temos vindo a desenvolver variados sistemas processuais tendo em vista alcançar, ou pelo menos tentar, uma melhor adequação do processo penal à comunidade onde nos inserimos. A evolução do ser humano e o tipo de sociedade em questão – em termos políticos, culturais, económicos e temporais – são fatores determinantes na adoção de um dado sistema e também na identificação do mesmo, bem como dos valores fundamentais que se pretendem alcançar.

Portugal, sofreu inúmeras transformações no que se refere ao seu sistema processual próprias de um país que, apesar de não ser perfeito, procurou sempre evoluir, na medida do possível, e libertar-se das amarras políticas²³ pelas quais atravessou. Diria que tais circunstâncias interferem até hoje no nosso sistema processual. No entanto, quanto a nós, deveríamos olhar um pouco mais para o futuro, sem medo do que para trás ficou, pois de outro modo estaremos a agir de uma forma condicionada e tal virá a refletir-se no nosso “olhar” sobre determinadas matérias, nomeadamente, no tratamento dado pelo sistema processual português à figura do arguido e da vítima.

Os principais modelos processuais são o inquisitório e o acusatório, brotando deles características específicas e apresentando ambos vantagens para a prossecução e evolução da justiça.

Passaremos agora a analisar os principais modelos ou sistemas processuais que foram surgindo ao longo dos tempos, bem como algumas das suas vantagens e desvantagens.

2.1 Modelo Acusatório

O modelo acusatório reflete uma busca pela igualdade entre os sujeitos processuais, ofendido e arguido, procurando equilibrar de uma forma justa e equitativa o confronto entre a defesa e a acusação²⁴. Para tal, conta com a figura do juiz, ficando

²³ Estado Novo foi o regime político autoritário e corporativista de Estado que vigorou em Portugal durante 41 anos, desde 1933 até 1974, quando foi derrubado pela Revolução do 25 de Abril, também conhecida simbolicamente pela Revolução dos Cravos.

²⁴ O juiz surge como um “árbitro” superior e independente que controla o “duelo judiciário entre acusação e defesa”, Assim, Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal” Almedina, 2001, p. 29.

este “numa posição de independência, super “partes”, apenas interessado na apreciação objectiva do caso que lhe é submetido pela acusação”²⁵.

A busca da prova não é tarefa do juiz, mas sim do ofendido ou de quem o represente, pois é com a iniciativa deste que nasce a acusação²⁶, tendo o arguido um papel ativo durante a atividade processual. Assim se compreende que “*cuando la persecución penal se deja a cargo de particulares, el proceso penal es un proceso de partes que comienza necesariamente con el ejercicio de la acción de un actor contra un demandado*”.²⁷ Ao juiz cabe sim assegurar o cumprimento do princípio do contraditório, da publicidade e da oralidade, fazendo o controlo dos vários intervenientes, sendo reconhecida a ambas a possibilidade de uma se pronunciar sobre as provas apresentadas pela outra, isto é, de as contradizer”²⁸. Cabendo-lhe, também, a direção do processo, ficando clara a distribuição de tarefas – qual triângulo de funções – entre os sujeitos processuais, isto é, quem acusa, quem defende e quem julga²⁹, sendo que “ao juiz está vedada qualquer actividade probatória, cingindo-se este a apreciar as provas que comprovam a factualidade alegada pelas partes, pois entende-se que a imparcialidade constitui garantia do próprio arguido. O juiz somente podia decidir *secundum allegata et probata*”³⁰.

Este modelo processual pressupõe que o arguido não seja coartado da sua liberdade ao longo de todo o processo, facto que evidencia uma promoção do princípio da presunção de inocência³¹, pretendendo-se salvaguardar a liberdade e direitos individuais de uma pessoa que no fim de contas se venha a provar ser inocente. Por um lado estão os interesses do Estado, cujo objetivo será punir pelos

²⁵ Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p.56.

²⁶ Assim Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 56.

²⁷ Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 86.

²⁸ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 63.

²⁹ Ao juiz caberá acima de tudo defender a liberdade, traduzido numa igualdade de armas e de oportunidades, princípio consagrado no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:” Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

³⁰ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 63.

³¹ Princípio sobre o qual falaremos no Capítulo III.

crimes cometidos e, por outro, está temos o interesse do “indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas da sua liberdade”³².

2.1.1 Críticas

Apesar da clara intenção de querer salvaguardar a posição do arguido num processo que contra si corre, acautelando-lhe a garantia de liberdade, as desvantagens que este modelo processual pode trazer para a nossa sociedade podem ser graves.

Se não vejamos: o facto de a acusação estar dependente da iniciativa de alguém gera um certo receio de impunidade, na medida em que muitas vezes a vítima terá dificuldade em acusar uma pessoa de quem possa, eventualmente, depender. “Sabemos que nos ditos estados de direito democrático, após a proclamação da igualdade dos homens perante a lei, vemos que os poderosos usufruem de uma deslavada e cínica impunidade, porque ninguém ousa acusá-los”.³³

Além disto, está facilitada a aceitação de uma acusação completamente desprovida de força probatória³⁴, podendo ter como consequência uma acusação falsa que apesar de não se refletir na prisão do acusado acarreta consigo um estigma social a que sempre acaba por conduzir a existência de um processo penal.

A liberdade do arguido durante toda a fase processual também poderá trazer consigo alguns dissabores, nomeadamente, a falsificação ou destruição de material probatório, a coação que este poderá exercer perante a vítima no sentido de esta retirar a queixa, entre outras situações que se refletem de forma negativa no processo e que são danosas para a comunidade no geral e para o indivíduo em particular.

Por outro lado, se o arguido confessasse a autoria do crime de que foi acusado – ainda que não o seja – o juiz poderia apreciar livremente aquela prova, sem indagar

³² Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal” (Lições coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra), secção de textos da FDUC, Coimbra, 1988-9, p.40.

³³ Vide Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal” Almedina, 2001, p. 31.

³⁴ “Este modelo desprotege quer a sociedade quer o indivíduo, porque qualquer um está **sujeito a uma acusação por razões de inimizades, de vingança, de ódio, de despeito, de malícia, de astúcia e de extorsão**, provocando uma acusação contra um inocente que, devido à sua condição, está sujeito às “contingências da justiça humana”. Cfr. Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal” Almedina, 2001, p. 31.

outras provas que corroborem aquela, pois não lhe cabe a ele investigar os factos, o “direito à prova, reconhecido às partes, comporta a natural responsabilidade, nesta matéria, para estas, pois sobre cada uma delas recai não somente o ónus de alegação dos factos, mas também de comprovar a matéria alegada, delimitando, com a sua actuação o objecto do processo, ao qual o juiz está vinculado na sua apreciação”³⁵.

Admitimos ser extremamente tentador um modelo processual que se pauta pela igualdade entre partes, onde se asseguram os direitos constitucionalmente protegidos do arguido ao mais alto nível e onde a imparcialidade do juiz é inquestionável. Porém, tal escolha sempre nos levará a injustiças sociais difíceis de ignorar.

O objetivo será sempre encontrar o equilíbrio entre a proteção do bem jurídico ofendido e a proteção de quem o ofendeu, neste caso o arguido que merece ser tratado com toda a dignidade e respeito. Parece-me, no entanto, que o modelo acusatório pende mais para um lado do que para o outro, levando a proteção do arguido ao extremo, não existindo, assim, o equilíbrio desejado.

2.2 Modelo Inquisitório

O modelo inquisitório, ao contrário do anterior, é um processo sem partes em que o juiz é o *dominus* de toda a fase processual e tem em vista a prossecução dos interesses do Estado.

Antes de mais, o surgimento do processo inquisitório deve ser entendido como uma necessidade social para dar resposta à insegurança da comunidade e também como forma de travar a impunidade dos criminosos e não tanto como um sistema que tem em vista a opressão. No entanto, esta intenção inicial, que era boa, depressa de desvaneceu transformando este modelo numa estrutura incapaz de solucionar as questões processualmente relevantes perante um Estado de Direito Democrático fundado em valores de respeito pela dignidade da pessoa humana, em que a função punitiva do Estado era exacerbada ao mais alto nível.

Este modelo baseou-se em três características fulcrais: secretismo, escrita e ausência do princípio do contraditório, pois tendo fundamento na “estima pública do

³⁵ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 63.

suspeito e o êxito das investigações “passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os actos”³⁶. Contava, apenas, o que estivesse presente nos autos.³⁷

É o juiz que vai em busca de todo o material probatório de forma livre, tendo sempre em vista a busca pela verdade material que ganha neste modelo maior evidência. O (agora) magistrado judicial não depende da existência de acusação para atuar, existindo, portanto, total ausência de separação de poderes.

2.2.1 Críticas

Este modelo processual despe o arguido de quaisquer garantias processuais caindo, assim, no exagero de lhe vedar os direitos relativos à sua condição processual, estando este sob alçada do juiz que é “ao mesmo tempo acusador e, por isso, perde a independência necessária a um julgamento imparcial”³⁸. “Quer o papel da vítima – com a superação da vingança privada como fito que se visava alcançar com a “repressão” do facto criminoso –, quer o do arguido – que aparece relevado à condição de “objecto” do processo, sem reconhecimento pela sua personalidade jurídica –, são suplantados pela intervenção de uma entidade pública”³⁹. No processo inquisitório o juiz detém, interroga, investiga e condena⁴⁰, orientado pela busca da verdade material. Ausência de separação destes poderes acarreta consigo graves problemas para a boa resolução da causa, podendo ocorrer sérias injustiças para o arguido degradando, conseqüentemente, a confiança por parte da comunidade na justiça.

Devido ao secretismo proclamado por este processo, - justificado pelo facto de as provas poderem vir a ser destruídas por alguém com interesse nisso, nomeadamente, o arguido –, o arguido está impossibilitado de se defender

³⁶ Vide Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 34 e Hélio Tornaghi, “Curso de Processo Penal”, Vol. I, Editora Saraiva, 4ª Edição, S. Paulo, 1987, p. 14.

³⁷ “Quod non est in actis non est in mundo” Cfr. Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 34.

³⁸ Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 38; Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 34.

³⁹ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 60.

⁴⁰ O juiz “reúne, desde o princípio, o material probatório, interroga o imputado, dirige o juízo e dita a sentença”, assim Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p.121.

convenientemente⁴¹, pois não conhece a denúncia e, por vezes, fica privado da sua própria liberdade se em causa estiver um crime de maior gravidade. Além disso, sendo o juiz simultaneamente acusador e julgador conduziu a situações de abuso de poder graves, contra os quais os suspeitos não tinham quaisquer direitos nem garantias processuais⁴².

O processo inquisitório tem fundamentalmente natureza escrita para que as provas que “iam sendo produzidas pudessem, em qualquer momento, ser alvo de apreciação (o que se lograva alcançar com a redução a escrito das provas realizadas), em uma acção de “cristalização”, sendo admissíveis todos os meios probatórios, inclusive a tortura como forma de obter a confissão do arguido.

Esta prova merecia o epíteto de “prova rainha” e, assim, se alcançava a verdade material, fim último deste sistema processual, assistindo-se a um real esvaziamento dos direitos do arguido”⁴³. Situação altamente reprovável e contrária a um Estado de Direito.

Outro problema intrínseco a este modelo processual é o facto de não existir contraditório, situação bastante penosa para o suspeito e incompreensível sob o ponto de vista da prossecução saudável do processo penal. Atualmente é impensável ocorrer tal situação em Portugal, já que está adstrito à nossa Lei Fundamental que assegura e consagra o princípio do contraditório. Além disso, está ainda sujeito a diversas leis internacionais, nomeadamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e também ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deste modo, estão assegurados todos os direitos fundamentais do arguido.

Uma coisa é certa, a participação ativa do juiz no processo irá certamente contribuir para que esteja mais informado do que qualquer um acerca do andamento do mesmo. No entanto, tal fará com que o juiz, que se exige que seja uma figura

⁴¹ “Desordens evidentes, mas consagradas em muitas nações tornadas necessárias pela fraqueza da constituição, eis o que são as acusações secretas. Um tal costume torna os homens falsos e fingidos. (...) Os homens, então, habitam-se a mascarar os próprios sentimentos e, com a prática de esconde-los dos outros, acabam enfim por escondê-los de si mesmos. (...) Quais são os motivos com que se justificam as acusações e as penas secretas? A saúde pública, a segurança e a conservação da forma de governo? Mas que estranha constituição essa onde quem detém o poder e a opinião, mais eficaz ainda, receia cada cidadão”. Cesare Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”, tradução de José de Faria Costa, revista por Primola Vingiano, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1998, pp. 90 e ss.

⁴² Vide “O Processo” (Der Prozess) de Franz Kafka. Disponível em <http://www.livros-digitais.com/livro.asp?livro=9>. Neste romance a personagem acorda certa manhã e, sem que saiba os motivos, é presa e sujeita a um processo por um crime que não lhe é revelado.

⁴³ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 61.

idónea e imparcial, dificilmente o seja, se detiver o poder de deter, interrogar, investigar e sentenciar. É humanamente impossível, diremos nós, conciliar todos estes aspetos exigidos ao julgador.

2.3 Modelo Misto

O modelo processual misto⁴⁴, como a própria nomenclatura indica, pressupõe a mistura de dois sistemas ou modelos processuais. Apesar de o processo de tipo misto não se reconduzir a um modelo único, sendo diversas as combinações possíveis⁴⁵, focaremos, em especial, o modelo inquisitório e o acusatório, por serem ambos praticados em conjunto em Portugal.

Após aplicação destes dois sistemas processuais, e agora que estão enunciadas as principais características destes dois sistemas processuais, procurou-se a conjugação de ambos para que os cidadãos pudessem usufruir das vantagens de cada um.

O princípio do inquisitório domina a fase anterior ao julgamento⁴⁶, uma vez que durante esta fase processual é o princípio do acusatório que prevalece, salvaguardando as garantias e interesses do arguido.

A prova recolhida na fase pré-acusatória não constituía diretamente prova em sede de julgamento, uma vez que essa devia ser (re)produzida na audiência, na qual se analisava e apreciava sobre o mérito da causa com a intervenção de todos os sujeitos processuais: acusador, defesa e juiz.

Este modelo processual contava, na primeira fase do processo, com o auxílio de um órgão especializado a quem cabia a promoção da iniciativa processual, que não era dependente exclusivamente da vontade da vítima, nem do próprio juiz, a quem incumbiam tarefas de instaurar o processo e promover a investigação, recolhendo material probatório, defendendo ao mesmo tempo interesses e valores da sociedade⁴⁷.

A fase de julgamento é dominada pelo juiz e é onde o sistema acusatório mais se evidencia, estando presentes os princípios do contraditório e da oralidade.

⁴⁴ Neste sistema o Ministério Público promove o processo em nome da vítima – que pode ser um cidadão ou o Estado.

⁴⁵ Assim Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 60.

⁴⁶ Fase essa que é dominada pela atuação do Ministério Público em representação da vítima - que pode ser um cidadão ou o próprio Estado.

⁴⁷ Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 64.

O que parece resultar da união destes dois modelos é o aproveitamento daquilo que cada um possui de melhor. Ou seja, usufruir do princípio do inquisitório para encetarmos uma investigação em que a busca da verdade material, que nesta fase prevalece e, por outro lado, durante a fase de julgamento iniciar a apreciação de todo o material probatório, respeitando o princípio do contraditório e salvaguardando as garantias reservadas ao acusado.

3. Breve análise sobre a contemporaneidade dos Modelos, em especial do português

3.1 Processo Penal Alemão⁴⁸

O processo penal alemão, fortemente influenciado pelo Direito Francês, combina princípios do processo inquisitório com os do procedimento acusatório puro⁴⁹. O procedimento acusatório realiza-se na medida em que o tribunal se mantém afastado de toda a atividade investigatória no procedimento preparatório. Os resquícios do processo inquisitório verificam-se depois de interposta a ação, uma vez que o juiz passa a ser o *dominus* do processo.

O processo penal alemão rege-se igualmente pelo princípio da investigação ou princípio da verdade material. Este princípio supõe que o tribunal não esteja adstrito à vontade das partes para que possa investigar, nem tão pouco às declarações por elas proferidas⁵⁰. Ele pode ter iniciativa própria para investigar os factos da ação.

Resumidamente, conforme nos dá conta Claus Roxin, o processo penal alemão pode caracterizar-se como sendo um *procedimento acusatório com princípio de investigação*⁵¹. Ou seja, sendo um “tipo de proceso autónomo, debe ser diferenciado

⁴⁸ Seguiremos os ensinamentos de Claus Roxin.

⁴⁹ Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 122.

⁵⁰ “El principio de investigación significa, en particular, lo siguiente: 1. El tribunal no está vinculado por las partes del proceso, en especial, por la confesión del acusado; es plenamente libré frente a ella. 2. En el proceso penal – en contraposición al proceso civil – no puede haber precedimiento en rebeldía, en el cual, por el hecho de que el acusado no comparece, se extrae, sin más, la conclusión de que se reconoce culpable y de que es culpable. 3. El tribunal no está limitado por los requerimientos de prueba: puede y debe recurrir de oficio a otros medios de prueba no solicitados ni por fiscalía ni por el acusado.”, Cfr. Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 99.

⁵¹ Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 123.

del procedimiento inquisitivo de Derecho común, así como del procedimiento acusatorio puro⁵².

3.2 Modelo anglo-saxónico

No sistema processual inglês não existe a figura do Ministério Público europeu continental com as mesmas características, e nem fase instrutória⁵³, nem mesmo facultativa. Assumindo, assim, a polícia um papel de destaque no que respeita à investigação criminal, sendo certo que a sua intervenção dependerá sempre da prévia autorização do juiz, quando em causa estejam direitos e liberdades individuais.⁵⁴

Podemos, portanto, verificar que no sistema inglês existe uma clara separação de poderes, uma vez que a entidade que investiga não será a entidade a decidir se determinada pessoa irá ou não a julgamento. Já referimos que a entidade responsável pela atividade investigatória é a polícia, como tal, não nos pareceria correto – mas sim perigoso e excessivo – que esta detivesse também o poder de levar alguém a julgamento, sob pena de existir quebra de imparcialidade. Essa decisão é, pois, tomada após um intenso debate entre as partes: acusação, defesa e o público⁵⁵.

Nos E.U.A a figura do Ministério Público já ganha alguma importância – em contraposição ao que se verifica no sistema inglês. Uma vez que, apesar de não ser ele o responsável pela investigação, possui o poder de acusar ou não, fazendo uso de vastos poderes de oportunidade⁵⁶.

3.3 Modelo francês

O modelo francês, responsável por influenciar tantos outros países europeus, caracteriza-se pela distribuição de competências de investigação entre as forças

⁵² Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p.123.

⁵³ Vide José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 86.

⁵⁴ Vide Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 43.

⁵⁵ Assim Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 44.

⁵⁶ Assim José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p.86.

policiais, o Ministério Público e o Juiz de Instrução. Sendo que este deverá ser independente e livre, de forma a garantir a isenção durante toda a fase investigatória⁵⁷.

O Ministério Público, figura preponderante do modelo francês, comanda a polícia a quem cabe realizar o inquérito⁵⁸ e detém a ação penal assente em critérios de oportunidade, coadjuvado com relativa imparcialidade e autonomia⁵⁹, “devendo apresentar o autor do crime a julgamento através da *citação directa* quando as infracções não forem graves”⁶⁰.

A abertura da instrução será requerida se em causa estiverem crimes mais graves, ficando a fase de instrução a cargo do Juiz de Instrução⁶¹. No entanto, mesmo perante crimes que não se demonstrem graves o Ministério Público poderá requerer a abertura de instrução, em vez de citar diretamente o suspeito⁶².

O encerramento do processo “nos termos do modelo francês e salvaguardada a autonomia de actuação do M.º P.º para as infracções menos graves, é a Câmara de Acusação que encerra a fase preparatória, ou de todo em todo fá-lo a jurisdição de instrução”⁶³.

3.4 Modelo processual penal português

Diz-nos a nossa Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 32º - (5) que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de

⁵⁷ Vide José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 87.

⁵⁸ “O sistema francês conta com um inquérito «preliminar» ou «de flagrante», levado a cabo pela polícia e sob a direção do M.º P.º”, Cfr. José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 88.

⁵⁹ Vide José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 87.

⁶⁰ Vide José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 89; G. Stefani, G. Levasseur e B. Bouloc, *Procedure Pénale*, Dalloz, Paris, 15.ª Edition, p. 43, *Apud* Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 46.

⁶¹ Vide Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 46.

⁶² Vide G. Stefani, G. Levasseur e B. Bouloc, *Procedure Pénale*, Dalloz, Paris, 15.ª Edition, pp.23, 44 ; José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 87, *Apud* Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 46, nota 169.

⁶³ Vide José Souto Moura, “*Inquérito e Instrução*”, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 89.

juízo e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”⁶⁴.

Sabemos, porém, por tudo quanto expressámos anteriormente, que o nosso sistema processual não consiste num modelo acusatório puro. “*O sistema acusatório não é incompatível com momentos ou fases inspiradas no inquisitório, desde que justificadas pela procura da verdade e sempre submetidas ao dever de lealdade para com o arguido*”⁶⁵. Não é, portanto, de estranhar que a fase de inquérito seja subjugada ao princípio do inquisitório. “*O inquérito é uma fase processual iminente investigatória, durante a qual se procedem às diligências tidas por necessárias para apuramento de um facto passado*”⁶⁶, dominado pelo Ministério Público⁶⁷ que possui vastos poderes nesta etapa processual. Esta fase decorre de forma secreta⁶⁸ até à acusação, evidenciando os resquícios de natureza inquisitória, e escrita, conforme dispõem os artigos 86º e 275º do nosso Código de Processo Penal. Sendo certo que não poderão ser descurados os princípios da legalidade, de oficialidade, de verdade material e da lealdade.

A fase de instrução possui carácter meramente facultativo e é dominada pelo princípio do inquisitório prosseguido pelo juiz que acusa de forma autónoma⁶⁹. O intuito da instrução é a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de

⁶⁴“A consagração da estrutura acusatória do processo criminal pela Constituição representou uma significativa inovação e um importantíssimo programa de reforma do processo penal que foi plasmada no Código de Processo Penal de 1987”, vide Jorge Miranda/ Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 359.

⁶⁵ Vide Jorge Miranda/ Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 359.

⁶⁶Vide Código de Processo Penal, “Comentários e notas práticas, Magistrados Do Ministério Público Do Distrito Judicial do Porto”, Coimbra Editora, 2009, p. 666.

⁶⁷ Ainda que necessite da autorização do Juiz de Instrução para a realização de certos atos processuais. Pois existem certos atos que são praticados por determinados sujeitos processuais em função da fase processual que estiver em causa. No entanto, existem exceções, isto é, independentemente da fase processual em questão e de quem seja o seu *dominus*, há certos atos que apenas poderão ser praticados por um Juiz, sob pena de ferirem a sua validade. “A determinação constitucional estabelecida no artigo 32º da CRP, relativa às garantias de defesa a que o processo criminal deve obedecer, nomeadamente a prática de actos que se prendam directamente com os direitos fundamentais do cidadão, implica necessariamente que determinados actos sejam da competência do juiz”, como nos diz José Mouraz Lopes, “Garantia Judiciária no Processo Penal - Do Juiz e da Instrução”, Coimbra Editora, 2000, p. 29. É o caso da admissibilidade da constituição de assistente no processo, a declaração da excepcional complexidade do processo, a condenação do faltoso em pena de multa e a emissão de mandados de detenção, a recolha de declarações para memória futura, a concordância com a suspensão do inquérito e a concordância com o arquivamento em caso de dispensa da pena.

⁶⁸ “A fase preliminar mantém-se, deste jeito, secreta como modo de evitação da potencial estigmatização decorrente da exposição pública de um qualquer cidadão à justiça penal”, cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 70.

⁶⁹Vide Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves/ Manuel Monteiro Guedes Valente, “Lei e Crime: Agente Infiltrado Versus Agente Provocador, Os Princípios do Processo Penal”, Almedina, 2001, p. 53.

arquivar o inquérito, sendo que ambas as opções acarretam consigo duas consequências distintas: submeter ou não a causa a julgamento, nos termos do art. 286º do CPP.

O seu conteúdo “é constituído pelo conjunto dos actos que o juiz entender dever levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido e o seu defensor e o assistente e o seu Advogado (art. 289.º n.º1 do CPP) ”⁷⁰. No despacho instrutório o Juiz de Instrução cuidará de responder “se existem indícios suficientes de que existiu crime e de quem é o seu autor, ou seja de saber se se verificam os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança”⁷¹. A intervenção do Juiz de Instrução é, assim, marcada pela salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido e pela confirmação ou não do inquérito.

E, finalmente, a fase de julgamento, que se pressupõe que assente numa estrutura acusatória, é também ela temperada com o princípio da investigação. As declarações do arguido quando proferidas em sede anterior a esta fase só serão aqui valoradas se houver contradição ou se o arguido solicitar a respetiva leitura. Caso contrário, se o arguido se remeter ao silêncio, o Juiz de Julgamento não terá conhecimento delas, serão tidas como inexistentes.

Destarte, facilmente verificamos o que ficou dito no início da análise ao modelo processual penal português, ou seja, não se trata de um modelo acusatório puro, mas sim mitigado pelo princípio do inquisitório e pelo princípio da investigação. A separação de poderes está fortemente evidenciada no nosso processo penal, estando de algum modo facilitada a tarefa de respeito pelos princípios constitucionalmente consagrados.

4. Conclusão

Feita a incursão pelos vários sistemas processuais, percebemos que Portugal caminha no rumo certo, uma vez que já passou pela experiência de um sistema inquisitório, não coadunável com um estado de Direito Democrático, em que a

⁷⁰ Vide Raul Soares da Veiga, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais”, Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, pp.198 e 199.

⁷¹ Vide Raul Soares da Veiga, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais”, Coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p.199.

confissão era a “rainha das provas” e devia ser obtida a todo o custo, ainda que se tivesse que recorrer a meios torpes e totalmente reprováveis, violando-se descaradamente os direitos fundamentais do arguido que era perspectivado como um mero objeto do processo.

Atualmente, vigora antes um sistema acusatório, mitigado pelo princípio da investigação da verdade material. Essa busca pela verdade deve pautar-se por caminhos válidos, garantindo-se a salvaguarda pelos direitos fundamentais do arguido, pois de outro modo toda a prova produzida será nula.

Mas a verdade é que, apesar de vivermos noutra era, a sombria incursão pelo inquisitório levou-nos para um caminho que embora protetor dos interesses do arguido, menospreza um pouco a outra parte, a vítima. Referimo-nos, especificamente, ao tema central deste nosso estudo, às declarações do arguido, que por vezes confessa os factos que lhe são imputados, mas que, posteriormente, em sede de julgamento se silencia, não chegando tais declarações ao conhecimento do Juiz de Julgamento. Essa situação acontece (não só, mas também) porque ainda hoje se invoca na doutrina e jurisprudência do nosso país os tempos idos do sistema inquisitório, que não é mais a realidade em Portugal. O nosso país evoluiu e anseia por uma adequação do CPP à realidade dos nossos dias, sob pena de se continuar a centrar os interesses do processo penal na pessoa do arguido, esquecendo a vítima.

Capítulo II

Breve Análise Sobre os Princípios Relativos à Prova no Processo Penal

1. Princípio da presunção de inocência^{72/73}

O princípio da presunção de inocência do arguido encontra-se constitucionalmente consagrado nos termos do art. 32º - (2) da Constituição da República Portuguesa⁷⁴ e exige que nenhum arguido possa ser considerado culpado até trânsito em julgado do processo que contra si corre, onde seja proferida decisão condenatória.

Sabemos que a existência de um processo crime contra um qualquer cidadão lhe pode trazer situações manifestamente danosas, sobretudo no que se refere ao seu bom nome e reputação perante a sociedade em que está inserido. Esta situação é verificável pelo facto de ainda haver uma sociedade preconceituosa e pouco informada acerca do significado da palavra “arguido” – e do respectivo estatuto que lhe está subjacente –, pois é visível o peso negativo que este termo possui.

⁷² Este princípio está consagrado em diversos diplomas legais, quer a nível nacional, quer a nível internacional. Na Constituição da República Portuguesa no seu art. 32º - (2): “Todo o arguido se presume inocente até trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa;

Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 11º - (1): “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”, - (2) “Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, também consagra este princípio, art. 6º - (2): “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

E, finalmente, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos, art. 14º - (2): “Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”.

⁷³ Vide Alexandra Vilela, “Considerações Acerca Da Presunção De Inocência Em Direito Processual Penal, Coimbra Editora, 2000.

⁷⁴ Doravante CRP.

O que se pretende evitar com a proclamação deste princípio é a verificação desse prejuízo durante o processo, quer externa, quer internamente, pois nem a sociedade poderá marginalizar um indivíduo (arguido) pelo simples facto de contra si correr um processo, nem os tribunais poderão deixar de assegurar a defesa do arguido catalogando-o, desde logo, como culpado, “pois não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada”⁷⁵. Será, portanto, inadmissível uma presunção de culpa⁷⁶. Como nos diz Tomás Vives Antón⁷⁷: “cabe precisar que el *núcleo duro* del derecho constitucional a la presunción de inocencia se enuncia diciendo que el imputado ha de ser tenido (esto es, tratado como inocente y juzgado inocente) en tanto su culpabilidad no resulte probada más allá de toda duda razonable”⁷⁸.

O arguido não tem que fazer prova da sua inocência, não recaí sobre ele qualquer ónus da prova, pois essa tarefa é dirigida ao Ministério Público, bem como ao Juiz, por via do princípio da investigação. Assim, ainda que o Ministério Público não reúna material probatório que tenha uma base sólida para acusar ou não, ao juiz é dada a possibilidade de intervir no sentido de suprir essa insuficiência.⁷⁹ De resto, não faria sentido se de outro modo fosse.

Não obstante o arguido se presumir inocente, este terá sempre a possibilidade refutar a acusação contra si deduzida, sendo-lhe permitido acesso à acusação e ao despacho de pronúncia – caso este tenha sido proferido em sede de instrução que, como sabemos, é facultativa. Tal “impõe ao Ministério Público a obrigatoriedade de apresentar em tribunal todas e quaisquer provas de que disponha, sejam favoráveis ou desfavoráveis à acusação”⁸⁰.

De facto, é do interesse do arguido que tome a iniciativa de contraditar a acusação, uma vez que ele é a parte mais interessada na resolução do litígio. Sabemos, contudo, que não será obrigatório fazê-lo, não sendo pois prejudicado se adotar uma

⁷⁵ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 82.

⁷⁶ De outro modo estaríamos a regressar aos idos do processo de estrutura inquisitória.

⁷⁷ Percurso profissional disponível no site: http://www.tirant.com/autorList?aut_id=3745.

⁷⁸ Vide Tomás Vives Antón, “El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 31.

⁷⁹ Nos termos do art. 340º do nosso Código de Processo Penal.

⁸⁰ Cfr.. Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pp. 82-83; Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves, “A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação / A Providência Do Habeas Corpus em Virtude de Prisão Ilegal, 2ª Edição, Almedina, 2004, pp. 55-56.

postura passiva face ao processo, pois **“a iniciativa da prova em processo penal português pertence assim quer aos sujeitos processuais que se ligam à acusação e à defesa, quer sobretudo aos tribunais.** Costuma até dizer-se, com o que concordamos, que no processo penal se alguém tem de provar alguma coisa, esse alguém é o juiz (o tribunal) ⁸¹.

Este princípio deve ser relacionado com o princípio “in dubio pro reo”, sobre o qual falaremos mais adiante, pois é um corolário do princípio da presunção de inocência ⁸².

O princípio da presunção de inocência é sem dúvida uma das garantias mais importantes que advoga o arguido, sendo revelador do sistema processual penal em vigor no nosso país.

Acolhemos a ideia de que sem a verificação deste princípio na nossa ordem jurídica seríamos enquanto cidadãos comuns gravemente afetados, sendo a ineficácia de todo e qualquer processo uma amarga realidade, pois estaríamos acorrentados à ideia de culpa ⁸³, mesmo antes de uma sentença condenatória.

A questão que defendemos relativamente à confissão do arguido em sede anterior ao julgamento, tema central desta dissertação que será em sede oportuna esmiuçado, não pretende a desvalorização deste princípio, pois defendemos que ele deverá ser respeitado e praticado ao longo de todo o processo. A eventual confissão que advenha das declarações do arguido em sede anterior ao julgamento não possui a mesma força probatória da confissão plasmada no art. 344º do CPP, ela deverá, tão-só, ser valorada com respeito pela livre apreciação da prova, o que não implica (obrigatoriamente) uma condenação do arguido.

⁸¹ Cfr. Mário Ferreira Monte, in “O problema do “ônus” de prova e da oneração do direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: reflexões a partir do direito luso-brasileiro”, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, Brasil, 2012.

⁸² Vide Rui Patrício, “O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no atual processo penal português (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)”, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, Lisboa, 2000, p. 30.

⁸³ Estaríamos a violar o princípio da culpa, que sendo um princípio estruturante do direito penal é o fundamento e o limite da pena, art. 40º - (2) Código Penal. A culpa é “o limite máximo da moldura e a defesa da ordem jurídica o limite mínimo da moldura”, Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p.174.

2. Princípio *In Dubio Pro Reo*

O princípio *in dubio pro reo*, corolário do princípio *supra* tratado, assenta num “princípio geral do processo penal, pelo que a sua violação conforma uma autêntica questão-de-direito”⁸⁴.

Como refere o ilustre Prof. Germano Marques da Silva, “a dúvida sobre a responsabilidade é a razão de ser do processo. O processo nasce porque uma dúvida está na base e uma certeza deveria ser o seu fim”. Deveria sim, porém, nem sempre é possível recolher material probatório suficientemente forte e capaz de dissolver todas as dúvidas que muitas vezes surgem. E quando assim é, ou seja, quando o julgador não tiver certeza sobre os factos decisivos para a sua decisão deve pronunciar-se de forma favorável em relação ao arguido.

O “*in dubio*” é a dúvida, a inexistência de prova, daí que não se possa consolidar uma acusação assente na incerteza, ou seja, jamais poderá ser condenado o arguido se existir realmente dúvida⁸⁵ fundada quanto ao facto de este ter praticado ou não um determinado crime. “Se o juiz, finda a produção de prova num processo, não consegue superar alguma dúvida, não consegue ter a certeza se o arguido cometeu o crime ou não, ou se os pressupostos de facto de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, ou de uma circunstância agravante ou atenuante, se verificaram realmente, então ele deve decidir em favor do arguido, *in dubio pro reo*”⁸⁶. Conhecemos, certamente, a célebre expressão de Aristóteles: “any one of us would prefer to pass a sentence acquitting a wrong-doer rather than condemn as guilty one who is innocent”⁸⁷. De facto, a ideia de se condenar um inocente a uma pena como se culpado fosse é bastante aterradora e choca com todos os princípios que o processo penal e própria lei fundamental visam prosseguir.

A recolha da prova cabe ao Ministério Público e também ao juiz, por via do princípio da investigação, como já tivemos oportunidade de referir. A não prova, a dúvida fundada nessa ausência, acaba por acarretar a absolvição do arguido (e não a

⁸⁴ Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pp. 217 e 218.

⁸⁵ Note-se, todavia, que não é qualquer dúvida sobre os factos que vai confirmar a absolvição do arguido, tem que ser uma dúvida razoável.

⁸⁶ Teresa Pizarro Beleza, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº 74, Abril – Junho 1998, p. 41.

⁸⁷ Aristóteles, Problemata, n. 13 (citação extraída de The Works of Aristotle, vol. VII, Book XXIX), Apud Cristina Líbano Monteiro, “Perigosidade De Inimputáveis e « In Dubio Pro Reo»”, Coimbra Editora, 1997, p. 48.

condenação), pois o juiz não pode ficar no impasse de absolver ou condenar, a decisão tem que ser obrigatoriamente proferida e, além disso, “as consequências da «não prova» devem ser sofridas por quem tinha a obrigação de fazer prova”.⁸⁸ Ou seja, o arguido não poderá ser prejudicado por que os sujeitos processuais responsáveis não alcançaram o intento que pretendiam prosseguir, pois não é sobre ele que recai o ónus de prova, aliás, a haver ónus de prova em Processo Penal, ele deverá recair sobre o Tribunal, como anteriormente já referimos.

Como refere José Souto Moura, “num puro sistema acusatório conjugado com o princípio da inocência, a acusação tem o ónus de provar os factos que imputa ao arguido. Se não o conseguir, nem por isso a defesa tem qualquer ónus de provar a inocência para que a absolvição surja (...). E percebe-se: se se ficciona o arguido inocente, para que é que se vai provar... a inocência? A haver algo que careça de prova é o contrário, ou seja a culpa”⁸⁹, sem que não haja lugar jamais a uma presunção de culpa, pois esta já foi há muito banida da nossa CRP e, consequentemente, do nosso sistema processual.

Concluimos, deste modo, que sempre que o tribunal decida com base em material probatório não suportado de modo suficiente, tendo o julgador decidido em desfavor do arguido com base na dúvida e incerteza, estaremos perante uma violação do princípio *in dubio pro reo*. Contudo, importa esclarecer que “o princípio não constitui uma regra probatória em sentido próprio, isto é, uma regra relativa à produção ou valoração da prova, nomeadamente à dúvida sobre credibilidade de um dado meio de prova individualmente considerado, reportando-se, antes, às consequências da não realização de prova suficiente sobre a verdade ou falsidade de um facto, depois de concluído o processo de valoração da prova produzida”⁹⁰.

3. Princípio da Livre Apreciação da Prova

O princípio da livre apreciação da prova encontra-se constitucionalmente consagrado no art. 32º - (2) da CRP e vem também enunciado no art. 127º do Código

⁸⁸Vide José Souto Moura, “A Questão da Presunção de Inocência do Arguido”, in RMP, nº 42, ano 11, p. 45.

⁸⁹ Vide José Souto Moura, “A Questão da Presunção de Inocência do Arguido”, in RMP, nº 42, ano 11, p.

⁹⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo nº 1238/07-1, de 16/10/2007, disponível no endereço: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0ec573981e3fa9d78025737f003ee9a3?OpenDocument>.

de Processo Penal⁹¹, que dispõe que *a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente*⁹². Constitui regra quase inatacável do processo penal atual a regra segundo a qual a apreciação da prova é “livre”, isto é, que a prova é apreciada “em consciência” pelo Tribunal – processo penal espanhol –, ou que a apreciação da prova se faz de acordo com a regra da “íntima convicção” do julgador – processo penal francês –, ou do seu livre conhecimento – processo penal italiano⁹³.

O sistema de prova livre é um sistema que comporta riscos, muitas vezes provenientes de uma falta de prudência e preparação técnica por parte do julgador. Daí que esta regra nem sempre tenha sido interpretada da forma mais correcta, na medida em que a livre apreciação da prova era tida como uma valoração ilimitada e descontrolada da convicção íntima do julgador⁹⁴.

Mas, não se iluda quem pensa que a interpretação e respetiva aplicação deste princípio se pautam por critérios de subjetividade e livre arbítrio, ele traduz-se antes na “valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisitos necessários para uma efectiva motivação da decisão”⁹⁵.

Assim, verificamos que este princípio é possuidor de limites endógenos, uma vez que condicionam o próprio processo de convicção e de descoberta da verdade material, são eles o grau de convicção requerido para a decisão, a proibição dos meios de prova e a observância do princípio da presunção de inocência; e exógenos, na medida em que condicionam o resultado da prova, refletindo-se na observância do “*in dubio pro reo*”⁹⁶.

⁹¹ Que doravante enunciaremos como CPP.

⁹² Entenda-se entidade competente por juiz.

⁹³ Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p. 239.

⁹⁴ Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, coordenação científica Maria Fernanda Palma, 2004, p. 240.

⁹⁵ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional nº 1165/96, Processo nº 142/96 de 19/11/1996, disponível no endereço: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961165.html>.

⁹⁶ Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 335.

A livre apreciação da prova por parte do julgador não deve de forma alguma pautar-se critérios subjectividade e parcialidade, deve antes assentar em regras de racionalidade e lógica, sendo certo que as regras de experiência também devem ser tidas em conta aquando da apreciação da prova.

Segundo o douto entendimento de Cavaleiro Ferreira, “as normas de experiência não são matéria de facto; são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto «sub judice», assentes na experiência comum e, por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam, mas para além dos quais têm validade”⁹⁷. E como nos diz Paulo Saragoça Matta, “na ponderação a haver, deverá pautar-se por regras lógicas e de racionalidade, de modo tal que quando confrontados com terceiros com o decidido possam estes aderir ou afastar-se, também racionalmente, da valoração feita”⁹⁸. De facto, de outro modo não nos parece que possa ser, pois a prova carreada ao longo do processo não pode ser tratada de modo caprichoso, defraudando critérios que estão subjacentes não só ao princípio da livre apreciação da prova mas também aos princípios da presunção de inocência e o “in dubio pro reo”. Além disso, existe também um dever intrínseco a este princípio e que deve ser sempre verificado que é a dever de fundamentação de todos os actos decisórios, sejam eles uma sentença, recurso ou despacho, “dir-se-á que um bem estruturado e bem delimitado *dever de fundamentação* das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do *princípio da livre apreciação da prova*”⁹⁹.

Pois só por via da fundamentação poderemos comprovar o uso das regras da lógica e da razão, dos conhecimentos técnicos e científicos e a todos aqueles que derivam da experiência do julgador.

Nas palavras sábias do Prof. Jorge de Figueiredo Dias, as quais subscrevemos inteiramente, este “princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto *arbitrária* – da prova produzida.

Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade (como já dissemos que tem toda a discricionariedade jurídica) os seus

⁹⁷ Vide Manuel Cavaleiro Ferreira, Curso de Processo Penal II, Lisboa, 1956, p. 300.

⁹⁸ Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 251.

⁹⁹ Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 255.

limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma *liberdade de acordo com um dever* – o dever de perseguir a chamada «verdade material» – de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios *objectivos* e, portanto, em geral *susceptível* de motivação e de controlo”¹⁰⁰. “Embora as provas sigam um sistema de tarifamento e o juiz deva decidir segundo a sua consciência, utilizando o seu bom senso e a sua experiência de vida (...), essa consciência, esse bom senso e essa experiência são as de um jurista profissionalmente treinado para ponderar criticamente as dificuldades de decisão, capaz de fundamentar lógica e racionalmente as opções que toma”¹⁰¹.

Destarte, por tudo quanto referimos cabe-nos concluir que “a livre apreciação da prova constitui, assim, mais um dever do julgador do que um poder, impondo-se-lhe axiologicamente como uma verdadeira obrigação no exercício delegado do poder soberano de aplicar a Justiça, traduzindo-se por isso na possibilidade de *formar uma convicção pessoal de verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e experiência, objectiva e comunicacional*”^{102 103}.

4. Princípio da investigação ou verdade material

O princípio da investigação ou verdade material está consagrado no art. 340º-(1) do CPP, o qual prescreve que *o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa*¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pp. 202 e 203.

¹⁰¹ Vide Teresa Pizarro Beleza, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº 74, Abril – Junho 1998, pp. 40 e 41.

¹⁰² “Para ser objectiva, tem que ser desprovida de qualquer subjectivismo injustificável, ser assente em elementos reais externos ao Tribunal, (...) é aquele, aliás, que justifica a imparcialidade soberana, e elevada, do Juiz, não prejudicada pelo seu poder de investigação (...). Para ser comunicacional, tem de ser intrinsecamente reflectida e claramente compreensível por terceiros, com o que se procura garantir, ao limite, a inexistência de falhas ou erros de julgamento e se permite que a pena infligida possa cumprir os fins para que foi criada”. Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p. 278.

¹⁰³ Vide Paulo Saragoça da Matta, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 258.

¹⁰⁴ Este princípio assenta, por um lado, na “admissibilidade da produção, oficiosamente ou a requerimento, de todos os meios de prova que ao tribunal se afigurem necessários “para a descoberta da verdade e da boa decisão da causa”; por outro, através da permissão de meios de prova constantes da

O princípio da investigação, já anteriormente referenciado, indica que nem o juiz nem o Ministério Público estão adstritos às eventuais provas recolhidas quer pela defesa, quer pela acusação. Pelo contrário, eles não só podem como devem por iniciativa própria recolher todo o material probatório possível para que não restem dúvidas quanto à responsabilidade ou não do arguido. Definido o objeto do processo pela acusação, o tribunal deve procurar alcançar a verdade material por todos os meios processualmente admissíveis.

Segundo o entendimento de Claus Roxin, o qual humildemente acatamos, o princípio da investigação significa que o tribunal não está vinculado às afirmações das partes do processo, em especial, no que diz respeito à confissão do acusado. Além disso, no processo penal, ao contrário do que acontece no processo civil, em determinados casos os factos não se dão por provados pelo simples motivo de o arguido não comparecer em audiência, sendo a figura da revelia e os efeitos que dela advêm inexistentes no processo penal. Por último, o tribunal não está limitado às provas requeridas, ele pode e deve officiosamente requerer outros meios de prova não solicitados pelas partes ou mesmo pelo Ministério Público¹⁰⁵.

O enunciado deste princípio não pressupõe um processo de estrutura inquisitória, como já anteriormente caracterizamos, simplesmente o juiz tem uma postura ativa durante o processo, pois recai sobre ele *o ónus de investigar*.

Vejamos um exemplo dado por Figueiredo Dias a este propósito: “A, acusado de um crime de homicídio doloso, defende-se alegando provocação da vítima, ou mesmo só oferecendo o merecimento dos autos, ou nem se defende mas antes confessa o crime e a culpa. Nem por isso o tribunal fica impedido ou absolvido de investigar se, em vez ou para além da provocação, ou da defesa formal do arguido, ou da própria confissão, este não terá atuado v. g. em estado de *legítima defesa*, justificativo do facto. Não, evidente, que a propósito de qualquer crime o tribunal tenha que indagar, autónoma e exaustivamente, da *inexistência* de causas justificativas; mas tem que o fazer, não só quando tal lhe seja alegado, mas sempre

acusação, da pronúncia ou da contestação, os quais poderão ser produzidos, através de acção officiosa do tribunal, precedida de pré-aviso aos sujeitos processuais”, cfr. José António Barreiros, “O julgamento do novo Código de Processo Penal”, in O Novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, 1997, p. 276.

¹⁰⁵Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, pp. 99-100.

que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas”¹⁰⁶.

Pensamos que este exemplo é bastante esclarecedor no que se refere à caracterização do princípio em análise. Aproveito para destacar, por razões óbvias, a situação em que o arguido confessa o crime e a culpa. De facto, a atitude do juiz, seja o de instrução ou o de julgamento, em caso de confissão, livre e esclarecida, não deve remeter-se à passividade. Penso que só existindo um amplo conhecimento sobre os factos ocorridos durante toda a fase processual, independentemente de servirem para condenar ou absolver o arguido, é que o tribunal poderá formar uma convicção mais aproximada da verdade material. O que não quererá dizer que se ignore tal confissão sem mais. Pois independentemente de o arguido estar protegido pelo princípio da presunção de inocência, o mesmo não impossibilita que se possa usar prova produzida por ele mesmo, imagine-se confessando os factos, se esta confissão estiver livre de vícios, prestada na presença do defensor, MP e do juiz.

Não se quer com isto dizer que o arguido seja inelutavelmente sujeito a uma condenação, porque poderá não o ser, podendo o Juiz de Julgamento absolvê-lo com base no princípio da livre apreciação da prova. No entanto, será importantíssimo do ponto de vista do princípio da descoberta da verdade material que se o arguido prestar tais declarações, em sede anterior ao julgamento, estas não sejam ignoradas de todo, independentemente de ele vir a ser condenado ou não. Abordaremos com maior profundidade esta questão mais adiante.

Nas palavras do Prof. Figueiredo Dias, “em processo penal está em causa, não a «verdade formal», mas a «verdade material», que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*”.¹⁰⁷

Sendo um dos princípios mais importantes do processo penal deve ser prosseguido com respeito e fidelidade. Pois o propósito de um processo também será

¹⁰⁶Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 193.

¹⁰⁷Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pp. 193-194.

a reconstrução dos acontecimentos, com vista a chegar a uma decisão justa e equilibrada.

5. Princípio da Imediação

Apesar de não existir uma formulação expressa do princípio da imediação no nosso CPP, ele encontra-se presente em vários artigos do mesmo, nomeadamente, no artigo 355º.

Segundo Claus Roxin, o princípio da imediação consiste no facto de o juiz dever “*elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba*”¹⁰⁸. “*El tribunal que dicta la sentencia debe observar por sí mismo (inmediación formal); en principio, no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas. El tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir que no puede utilizar equivalente probatorio alguno (inmediación material); sin embargo, cf. las limitaciones y excepciones*”.¹⁰⁹

O Prof. Figueiredo Dias afirma que este princípio se pode interpretar como “*a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão*”¹¹⁰. Sendo o princípio da imediação também conhecido como o da prova imediata, tem como consequência a necessária presença do arguido no durante julgamento. Por aqui se vê que a imediação vale como regra geral para todo o processado¹¹¹.

O Prof. Germano Marques da Silva entende que o princípio da imediação pretende significar *que a decisão jurisdicional só poderá ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais direta com os factos probandos e seja feito o mais brevemente possível, logo que finda a audiência de*

¹⁰⁸ Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 102.

¹⁰⁹ Vide Claus Roxin, “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 394.

¹¹⁰ Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 232.

¹¹¹ José António Barreiros, “O julgamento do novo Código de Processo Penal”, in O Novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal, Almedina, 1997, p. 277.

juízo.¹¹² Ou seja, “consiste no dever de apreciar ou obter meios de prova mais directos e na recepção da prova pelo órgão legalmente competente”.¹¹³

Percebe-se, assim, que estamos perante um princípio que diz, sobretudo, respeito à atuação do juiz e o modo como ele é capaz de analisar todo o material probatório e vinculado a ele proferir decisão final devidamente fundamentada.

As provas que não tiverem sido produzidas em sede de audiência não podem ser utilizadas, exceto nos casos previstos no art. 356º do CPP que como norma excepcional que é não admite aplicação analógica. Assim, resulta da conjugação do art. 355º com o art. 356º, ambos do CPP o seguinte: supondo que o arguido confessa ser autor do crime de que vem acusado em sede de instrução, perante o Juiz de Instrução, de forma livre e esclarecida, não coagido de forma física nem moral e, em audiência de julgamento nada diz, fazendo uso do seu legítimo direito ao silêncio, tal confissão não poderá ser tomada em consideração pelo Juiz de Julgamento.

Querirá, então, isto dizer que o princípio da imediação se sobrepõe ao princípio da investigação ou verdade material? Parece-nos que sim, no entanto, não concordamos com tal sobreposição. Além disso, defendemos que o princípio da imediação estará assegurado se as declarações que o arguido proferir forem gravadas em áudio e visual, para posteriormente serem (re)produzidas em sede de julgamento. Deste modo, o Juiz de Julgamento facilmente perceberá o contexto em que foram obtidas.

Admitimos que o princípio da imediação contém grande importância para a defesa do arguido e da própria sentença¹¹⁴. No entanto, parece-nos lamentável que em detrimento dessa segurança se esqueçam outros princípios conformadores do processo penal, refiro-me não só ao princípio da investigação e descoberta da verdade material, mas também aos direitos que a vítima possui, claramente menosprezados perante situações como esta.

O facto de possuímos um sistema favorável ao arguido, diríamos mesmo, um sistema (demasiado) protetor relativamente ao arguido, contribui em larga medida para que esta realidade teime em permanecer estática. Bem sabemos que o

¹¹²Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, pp. 89 e 90.

¹¹³Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 114.

¹¹⁴Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, art. 355º, nota 2, p. 914.

entendimento da doutrina em geral vai noutra sentido e compreendemos as razões atinentes a tal entendimento, porém, consideramos que deveria haver uma olhar mais equilibrado e ajustado à atualidade relativamente a estes dois sujeitos processuais. Basta-nos fazer breve uma reflexão para rapidamente percebermos que a vítima continua em desvantagem face à posição do “confortável” do arguido.

Perante esta situação questionamos também qual é, afinal, o papel do Juiz de Instrução, pois ainda que este obtenha prova confessional, se o arguido lançar mão do seu direito ao silêncio, em fase posterior, é como se nada tivesse sido dito. Se o juiz tem a capacidade de atestar as declarações para memória futura (art. 271º CPP) feitas por testemunhas, partes civis, assistente, não encontro razão para não poder atestar as declarações feitas pelo arguido em fase de instrução.

Os juízes são pessoas físicas que formam a vontade, que são suportes ou titulares – embora não exclusivos – dos órgãos tribunais judiciais, aos quais se transmite a independência funcional dos tribunais¹¹⁵.

Quanto ao conceito de Juiz de Instrução constante do nosso CPP “corresponde ao órgão judicial, o tribunal, com competência em matéria de instrução criminal, e não à pessoa física, o concreto magistrado judicial titular desse órgão e função”.¹¹⁶ Existe aqui uma clara necessidade de distinguir a pessoa física, do órgão do Estado a que corresponde a figura do Juiz de Instrução. Assim, importará referir que o Juiz, enquanto pessoa física¹¹⁷, é quem torna efetivos os objetivos do Estado e/ou das instituições que lhe são subjacentes, fazendo uso de um conjunto de meios normativos.

O Juiz de Instrução é a autoridade judiciária responsável para decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, cabendo-lhe a direção da instrução que consiste num poder de investigação “autónoma”¹¹⁸ do caso submetido.

¹¹⁵ Cfr. Paulo Dá Mesquita, “Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 167.

¹¹⁶ Vide Paulo Dá Mesquita, “Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 168.

¹¹⁷ Está sujeita ao estatuto dos magistrados judiciais e, conseqüentemente, está adstrita à correspondente independência, impedimentos e incompatibilidades. A eventual responsabilidade disciplinar fica a cargo do Conselho Superior de Magistratura.

¹¹⁸ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, p. 783.

Sendo ele um órgão pertencente à magistratura a sua atuação pauta-se por critérios de objetividade¹¹⁹, imparcialidade¹²⁰ e independência¹²¹ relativamente aos objetivos já traçados pelo Ministério Público¹²², com vista a controlar o respeito pelos direitos fundamentais, sob pena de comprometer todo o processo.

Assumindo, assim, o compromisso de acautelar a verificação dos direitos fundamentais do arguido a sua função visa, sobretudo, garantir que as investigações e a própria decisão de acusação se processem em conformidade com as garantias legais e constitucionais que muitas vezes o zelo dos investigadores tende a desconsiderar.

Destarte, não se compreende a nossa lei atual relativamente à valoração das declarações do arguido, ela reflete uma visão exageradamente paternalista do legislador que sem dúvida se compreendeu em tempos passados, mas não atualmente. É quanto a nós uma posição que põe em causa o próprio papel do Juiz de Instrução e a sua idoneidade enquanto tal, pois se, por um lado, o chamamos de “juiz das liberdades”¹²³, no sentido de garantir os direitos fundamentais do arguido, por outro, não valoramos as declarações de arguido quando a si dirigidas por colocarem em causa esses mesmos direitos fundamentais se o arguido se remeter ao silêncio numa fase posterior. Mas a verdade é que se essas declarações tiverem sido validamente conseguidas, não existe qualquer tipo de violação dos direitos fundamentais do arguido.

Teremos de confiar mais nestes atos processuais dirigidos por juízes de direito, figuras idóneas que apesar de serem – obviamente – seres humanos e, portanto, serem falíveis, são também munidos de experiência, uma vez que só magistrados com mais de dez anos de carreira e com um percurso de mérito, poderão ser Juiz de Instrução Criminal.

¹¹⁹ A lei impõe objetividade ao juiz na condução dos processos, para garantir que assim seja, a lei cria os institutos dos impedimentos, recusas e escusas, que obstam a que o juiz interfira no processo e seja tentado a afastar-se da objetividade. A objetividade está intimamente ligada com o princípio da imparcialidade.

¹²⁰ O princípio da imparcialidade exigido ao longo do processo, mais não é do que uma obrigação ética por magistrado judicial, em representação do Estado, perante os restantes sujeitos processuais, e significa que ele não poderá ser tendencioso sobre os interesses que lhe são submetidos. A imparcialidade do juiz é um pressuposto essencial para que a relação processual se instaure validamente.

¹²¹ O princípio da independência encontra consagração no art. 216º da CRP e no art. 4º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, e é o princípio segundo o qual os magistrados judiciais estão apenas sujeitos à CRP e à Lei. Não estando submetidos a ordens ou instruções devem, no entanto, respeitar, como todos os cidadãos, as decisões dos Tribunais Superiores.

¹²² “O órgão Juiz de Instrução é autónomo e independente do órgão Ministério Público (embora ambos sejam órgão de administração da justiça) existindo entre os dois uma relação de *equiordenação*”, cfr. Paulo Dá Mesquita, “Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003, p. 171.

¹²³ Expressão do Senhor Procurador – Geral da República, Dr. Souto Moura.

6. Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está consagrado constitucionalmente, nos termos do art. 32º - (5) da CRP, sendo, portanto, um princípio fundamental do processo penal e destaca-se, sobretudo, em sede de audiência de julgamento. Além disso, encontra-se igualmente presente no CPP, designadamente, no art. 327º CPP.

Na fase instrutória encontrá-lo-emos evidenciado no debate instrutório, relativamente à prova aí produzida. Quanto ao inquérito esta é a fase em que o contraditório menos se destaca, mormente, por vigorar o princípio inquisitório e todo o secretismo que lhe está subjacente, pelo menos até à acusação.

O processo penal é estruturalmente contraditório e, como tal, a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei estabelece traduzem-se numa discussão entre a acusação e a defesa. Cada uma das partes deduz razões de facto e de direito, oferecendo provas e verificando também as provas que contra si são deduzidas¹²⁴. Ou seja, as partes são chamadas para dizerem de sua justiça, tomam conhecimento do que contra si é deduzido e podem defender-se de um modo mais conveniente e eficaz.

Por via deste princípio, a condenação com base em provas que não tenham sido discutidas em sede de audiência não poderá acontecer, mesmo que estejam presentes nos autos, sendo este um dos principais motivos para que a valoração das declarações do arguido nos moldes que defendemos, não sejam tidas em conta.

O papel do juiz é fundamental para a prossecução deste princípio, uma vez que apesar de lhe assistir o dever de investigar, “não deve ele, todavia, levar a cabo a sua actividade solitariamente, mas deve para tanto ouvir quer a acusação quer a defesa”¹²⁵ e examinar os meios de prova antes de formar a sua convicção.

“Quando o tribunal determine a produção oficiosa de prova, os demais sujeitos processuais têm o direito de requerer a produção de prova contrária”¹²⁶. Porém, “a arguição da violação do princípio do contraditório fica prejudicada se esta violação não se repercutiu na sentença. Por exemplo, se o depoimento de uma testemunha da acusação não foi submetido a contraditório, mas também não foi utilizado para

¹²⁴ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 115; Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p.360, nota 5.

¹²⁵ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 149.

¹²⁶ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 4ª Edição, Lisboa, 2011, p. 848, nota 3.

fundamentar a condenação, aquela violação do princípio não releva. (...) Mas se um relatório policial suplementar, acompanhado do resultado de uma perícia, foi junto aos autos, com o parecer do MP de que o relatório não era relevante para o destino da causa, sem que a defesa tenha tido conhecimento quer do relatório quer da opinião do MP, há violação do princípio do contraditório, mesmo que o tribunal não tenha fundamentado a sua decisão no relatório”¹²⁷.

Parece-nos fazer todo o sentido tal posição, pois a defesa poderia ter tido opinião diversa do MP acerca do relatório e este poderia, eventualmente, abonar a favor do arguido. Fará, portanto, todo o sentido arguir da violação do princípio do contraditório neste caso.

O direito ao contraditório deve ser sempre assegurado, quer nos tribunais, quer na nossa sociedade, pois todos temos direito à nossa versão dos acontecimentos e à defesa sobre os factos de que somos acusados. Só assim poderemos alcançar a verdade material e tentar dissipar eventuais dúvidas relativamente aos acontecimentos em exame. Assim, as declarações que o arguido possa proferir em atos anteriores ao julgamento, devem ser submetidas ao contraditório em sede de audiência, por respeito ao arguido, mas sobretudo à vítima, cujos interesses são muitas vezes colocados num plano inferior comparativamente ao arguido.

7. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade vem enunciado no art. 125º do CPP que preceitua que *são admitidas as provas que não forem proibidas por lei*, tendo o legislador optado por uma não taxatividade dos meios de prova.

Este preceito legal permite, assim, “a admissibilidade de qualquer meio de prova, mesmo que não conste na lei, ou mesmo que seja atípico, **desde que não esteja proibido pela lei**, consagrando, pois, o princípio da **liberdade de prova**”¹²⁸.

Como refere o Prof. Germano Marques da Silva, *o princípio da liberdade dos meios de prova* nem sempre foi admitido. *Na Baixa Idade Média e mais tarde no*

¹²⁷ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 849, nota 8.

¹²⁸ Vide Fernando Gonçalves/Manuel João Gonçalves, “Os Tribunais, As Polícias e o Cidadão, o Processo Penal Prático”, 2ª Edição – Revista e Atualizada, Almedina, 2002, p. 133.

*Estado absoluto predominava o sistema da prova tarifada e da prova legal que teve por finalidade principal limitar o arbítrio dos juízes*¹²⁹.

Também segundo este autor, o *Ministério Público deverá proceder sempre que se verifiquem os pressupostos jurídico-factuais da incriminação e processuais da acção penal*¹³⁰. E, como tal, deverá orientar-se pelo princípio da legalidade¹³¹, representando o Estado e defendendo os interesses determinados pela lei.

Caso ocorra a utilização de provas proibidas estas deverão ser consideradas nulas por via do art. 126º do CPP.

Defendo que as declarações do arguido em sede anterior ao julgamento só possam ser acedidas pelo Juiz de Julgamento – ainda que o arguido se remeta ao silêncio – se obtidas em conformidade como princípio da legalidade. Isto é, se forem obtidas de forma livre e esclarecida, perante o Juiz de Instrução, na presença de defensor, que deverá ser obrigatória.

¹²⁹ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 101.

¹³⁰ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume I, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 72.

¹³¹ Deve relacionar-se este princípio com o da oficialidade.

Capítulo III

Meios de Prova, em especial a prova testemunhal

1. Conceito

São permitidos, em regra, todos os meios de prova que não atentem contra a dignidade da pessoa humana, nem contra os princípios penalmente relevantes. Assim preceitua o art. 125º do CPP o princípio da legalidade.

A inexistência de limites quanto ao uso de meios de prova, desde que não sejam proibidos por lei, delata a importância que o princípio da descoberta da verdade material tem no nosso sistema processual. Porém, como o direito processual penal é *direito constitucional aplicado* – apesar de haver quem discorde desta interpretação¹³² – o legislador processual não pode permitir a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em busca da verdade material, para além do que a própria Constituição permite¹³³.

O direito probatório, intrinsecamente ligado às normas relativas à produção de prova e respetiva valoração, constitui um fator essencial para qualquer processo. Para Bentham “a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas”¹³⁴. Expressão que na sua simplicidade retrata a complexidade do direito probatório. “A actividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não

¹³² “Não deixaremos de conceber aquela primeira, isto é, a ordem jurídico-constitucional material, como “o referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito”, (vide José de Faria Costa, “O Perigo em Direito Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 189) E, levantamos, por outro lado, sérias reservas a expressões como *o direito processual penal é direito constitucional aplicado*, pois que, em nosso entendimento, tal proposição tem um carácter redutor, já que assim não só se apagam as diferentes autonomias dos dois ramos do direito, como também se insinua uma pã-constitucionalização de efeitos, não diríamos perversos, mas intoleráveis, cfr. José de Faria Costa, “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico; Teoria e Prática do Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Lisboa, 1998, p. 187.

¹³³ Vide Rui da Silva Leal, “Eu sou arguido...amanhã. Os direitos de garantia”, in *Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 120.

¹³⁴ Bentham, “Traité des Preuves Judiciaires”, p. 246, *Apud*, Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in *Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 221.

dos factos que são pressuposto da estatuição da norma”¹³⁵, sendo que “a premissa menor do chamado silogismo judiciário é precisamente constituído pela situação concreta, factual, subsumível à premissa maior que é constituída pela previsão normativa. A aplicação das consequências jurídicas previstas na norma (estatuição) está pois dependente da prévia demonstração da ocorrência dos factos descritos hipoteticamente na previsão da norma. É a esta demonstração que se dirige a actividade probatória”.¹³⁶ Tal demonstração só será possível através dos meios de prova.

O nosso CPP não define meio de prova, porém, delimita o seu objeto: constituindo *objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*¹³⁷ e, no caso de existir pedido cível, os *factos relevantes* para determinar a *responsabilidade civil*. A relevância do facto é determinada em função do objetivo do processo, mas também abrange os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais e os factos relevantes para a decisão sobre questões prévias, interlocutórias ou incidentais verificadas na pendência do processo.¹³⁸ “As provas – enquanto meios de prova – são os elementos com base nos quais os *factos relevantes* podem ser demonstrados”.¹³⁹

Os meios de prova distinguem-se dos meios de obtenção de prova, sendo que no direito português são meios de prova: a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a acareação, o reconhecimento, a reconstituição do facto, a perícia e o documento.

São métodos proibidos de prova não só os meios de prova, mas também os meios de obtenção de prova que estão previstos no art. 126º do CPP. As proibições de prova dão lugar a provas nulas, sendo que esta nulidade se desdobra em nulidade insanável e nulidade sanável. A nulidade da prova proibida que atinge o direito à

¹³⁵ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 78.

¹³⁶ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 78, nota 1.

¹³⁷ Art. 124º do CPP.

¹³⁸ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 329-330, nota 1.

¹³⁹ Paulo Sousa Mendes, “As proibições de Prova no Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, p. 133.

integridade física e moral é insanável; a nulidade de prova proibida que atinge os direitos à privacidade é sanável pelo consentimento do titular do direito.¹⁴⁰

Bem se compreende que assim seja, pois jamais se poderá valorar a prova obtida à custa de brutalidade, quer física, quer moral. Longe vão os tempos de tortura neste país, apesar de continuarem a ser a realidade de muitos outros como, por exemplo, os do médio oriente que, como sabemos, não estão solitários na busca pela mudança. Resta-nos a esperança – que no nosso íntimo é já uma certeza – que embora esta mudança tarde em chegar acabará por ser o destino da humanidade.

1.1 Prova Testemunhal

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais importantes do processo penal e vem prevista no art. 128º do CPP, sendo livremente apreciada pelo juiz pois “o princípio vale hoje (ao contrário do que sucedeu até ao séc. XIX) sem quaisquer limitações, podendo mesmo dizer-se ser este o seu campo de eleição”¹⁴¹.

As testemunhas só podem prestar depoimento relativamente a factos de que tenham conhecimento direto e que constituam objeto da acusação ou da pronúncia. Como afirma Paolo Tonini, *dei fatti da provare il testimone può avere una conoscenza diretta o indiretta. Ha una conoscenza diretta quando ha percepito personalmente il fatto da provare com uno dei cinque sensi. Ha una conoscenza indiretta quando ha appreso il fatto da una rappresentazione che altri ne ha fatto a você, per scritto o com altro mezzo.*¹⁴²

Assim, o conhecimento direto resultará daquilo que a testemunha conseguir apreender imediatamente pelos seus sentidos e isso dará origem ao testemunho direto, diverso do testemunho de ouvir dizer, pois neste caso a testemunha apenas relata um conhecimento que também a ela foi relatado.

Existem proibições relativamente às inquirições feitas às testemunhas, nomeadamente, as que incidam sobre convicções pessoais da testemunha, bem como

¹⁴⁰ Paulo Sousa Mendes, “As proibições de Prova no Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, p. 335, nota 4.

¹⁴¹ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pp. 206 e 207.

¹⁴² Paolo Tonini, “La Prova Penale”, Quarta edizione, CEDAM 2000, p. 100.

questões de direito, juízos de valor ou conclusões que não sejam apoiados por factos¹⁴³.

Como bem diz Marques Ferreira, esta proibição é de difícil aplicação prática relativamente a testemunhas abonatórias ou “de obrigação” e aos testemunhos técnicos, pois que como seres humanos que são vêm as situações de uma determinada perspectiva, muitas vezes diferente de uma outra pessoa que presenciou a mesma situação. Isto deve-se à falibilidade dos nossos sentidos, aliado a maneiras de pensar e assimilar diversas. Além disso, será difícil a uma testemunha abonatória não depor baseada nas suas convicções pessoais, pois se bem vistas as coisas, esse é o seu “papel”.

No entanto, o art. 130º - (2) mostra-nos exceções a esta limitação, dizendo que *a manifestação de meras convicções pessoais sobre factos só é admissível: quando for admissível cindi-la do depoimento sobre factos concretos; quando tiver lugar em função de qualquer ciência, técnica ou arte; quando ocorrer no estúdio de determinação da sanção.*

O depoimento indireto também é uma proibição a este meio de prova, pois exige-se que a testemunha deponha apenas sobre factos sobre os quais possua conhecimento direto. “Diz-se que tem conhecimento *directo* da ocorrência em apreço quando o mesmo resulta da percepção pessoal da testemunha (...), isto é, colhido através dos seus sentidos; e diz-se que tem conhecimento *indirecto* ou de ouvir-dizer quando o mesmo se formou por intermediação da percepção de outrem e transmitido através de uma representação oral, escrita ou mecânica”¹⁴⁴.

Diz-nos o art. 129º do CPP que se o depoimento da testemunha incidir sobre o que esta ouviu dizer determinadas pessoas o juiz *pode*¹⁴⁵ chamar essas pessoas a depor, de outro modo não poderá ser valorado, naquela parte, o depoimento produzido. Tal situação visa dar cumprimento ao princípio da imediação, pois “o juiz deverá tomar contacto imediato com os elementos de prova, ou seja, através de uma

¹⁴³ Assim Fernando Gonçalves/Manuel João Alves, “Os Tribunais, As Polícias e o Cidadão, o Processo Penal Prático”, 2ª Edição – Revista e Atualizada, Almedina, 2002, p. 155; Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 234.

¹⁴⁴ Vide Carlos Adérito Teixeira, “Depoimento Indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração *versus* Proibição de Prova”, in Revista do CEJ, 1º Semestre 2005, n.º 2, p. 129.

¹⁴⁵ Adotamos humildemente a posição de Paulo Pinto de Albuquerque, pois também julgamos que a substituição do vocábulo “pode” pelo vocábulo “deve” estaria mais conforme com a realização do princípio da investigação e da imediação.

percepção directa ou pessoal”¹⁴⁶. Ainda que o juiz não o faça haverá sempre a possibilidade de o defensor requerer que a pessoa referida pela testemunha seja ouvida.

No entanto, acontecem não raras vezes situações que impossibilitam o depoimento dessas pessoas, como tal, se o depoimento não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas, o depoimento já poderá ser valorado. Verificamos que esta norma, de carácter excecional, obsta a que o juiz tome conhecimento direto em certos casos.

Estas exceções têm que ser devidamente confirmadas, não só a morte ou anomalia psíquica, mas também que a pessoa que não foi possível encontrar exista realmente e se possa ter conhecimento dos últimos locais de residência e do seu modo de vida, pois se a testemunha não tiver condições para indicar a pessoa ou a fonte pelas quais tomou conhecimento dos factos o seu depoimento não poderá ser valorado no que a essa parte diz respeito¹⁴⁷.

Impõe-se, também, perceber se é passível de ser valorado o testemunho de ouvir-dizer ao arguido caso este se remeta ao silêncio. Sendo certo que, naquela situação em que o arguido decida prestar declarações, não haverá motivo para não valorar o depoimento da testemunha de ouvir-dizer, “desde que este (...) corrobore a versão daquela, mesmo não significando uma confissão integral e sem reservas. De igual modo, mesmo que a confirmação do arguido não seja completa mas significativa, não deixará de se conferir relevância probatória ao testemunho indirecto”.

Do mesmo modo, “não parece defensável proibir a valoração do depoimento indirecto (...), quando o arguido – confrontado com o mesmo – presta declarações mas contraria as afirmações que a testemunha assegura terem sido proferidas por este, ou então justifica tê-las feito numa base de afirmações não sérias ou, porventura, para encobrir alguém”.¹⁴⁸ Na opinião do Carlos Adérito Teixeira, devem ser valoradas quer as declarações do arguido quer as da testemunha, pressupondo sempre que o arguido é ouvido enquanto tal.

¹⁴⁶ Vide Eduardo Correia, “Processo Criminal”, 1956, p.192, *Apud* Marques Ferreira, Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 235.

¹⁴⁷ Assim, Marques Ferreira, Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 237.

¹⁴⁸ Vide Carlos Adérito Teixeira, “Depoimento Indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração versus Proibição de Prova”, in Revista do CEJ, 1º Semestre 2005, n.º 2, pp. 167 e 168.

A admissibilidade e a valoração de depoimento indireto perante o silêncio do arguido estão, portanto, dependentes da verificação dos pressupostos impostos pelo art. 129º do CPP, acarretando a ausência destes a sua inutilização.

1.1.1 Capacidade e dever de testemunhar

Em geral, qualquer pessoa tem capacidade para ser testemunha, podendo apenas recusar-se nos casos expressamente previstos na lei. A violação injustificada do dever cívico de prestar depoimento na qualidade de testemunha é punível pelo art. 360º - (2) do Código Penal¹⁴⁹.

Uma das situações que consubstancia incapacidade para testemunhar é a interdição por anomalia psíquica¹⁵⁰ (art. 131º CPP). A outra é uma circunstância de *índole processual* e diz respeito ao facto de se ser arguido ou coarguido no mesmo processo ou em processos conexos, parte civil ou assistente constituído (art. 133º CPP).

Quanto ao arguido, afirmam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves que *a presunção de inocência como corolário do respeito pela dignidade da pessoa humana, impõe que o processo penal seja justo, não se conformando com um tratamento privilegiado da confissão como meio de prova, tantas vezes obtida mediante tortura física e psicológica nos idos do processo de estrutura inquisitória, que se caracteriza pelo princípio da presunção da culpa.*

Concordamos em absoluto que deveremos ter um processo penal justo, o mais justo possível. No entanto, não nos parece correto continuar a invocar os tempos do passado para a dar ao arguido garantias excessivas, pois nem só em torno dos seus direitos e garantias gira o processo. É necessário não esquecer a vítima, nem os direitos que a esta também assistem. Não faz sentido continuar a invocar a tortura física e psicológica como argumento válido, pois esta não é a regra é quanto muito uma exceção e, como tal, essa invocação só irá prejudicar o fim do processo, a descoberta da verdade material e, conseqüentemente, as partes do processo e em última *ratio* a comunidade em geral, pois se bem pensarmos são os casos concretos que acabam por dar origem à generalidade dos casos. É preciso lembrar que os tempos mudaram, já não vivemos num processo de estrutura inquisitória, já não vivemos num

¹⁴⁹ Doravante CP.

¹⁵⁰ A interdição por anomalia psíquica deverá ser estabelecida por decisão transitada em julgado.

Estado que de Direito pouco tinha, num Estado opressivo. Os tempos são outros e, portanto, não me parece justo nem coerente que se continuem a invocar razões do passado por serem completamente desadequadas ao nosso quotidiano e à sociedade em que vivemos.

Dizem estes autores que se a confissão tiver sido feita em sede de julgamento, se o crime for punível com pena de prisão igual ou inferior a 5 anos, e se tratar de uma confissão integral e sem reservas, nessas circunstâncias a confissão já pode constituir a “rainha de todas as provas”, como resulta do disposto no art. 344º CPP. Assim, depreendo que a única diferença é perante quem se prestam as declarações, ou seja, se perante o Juiz de Instrução ou o Juiz de Julgamento, pois ainda que o arguido confesse os factos integralmente e sem reservas, devidamente assistido pelo seu defensor e perante um Juiz de Instrução, tais declarações não poderão sequer chegar ao conhecimento do Juiz de Julgamento se o arguido se remeter ao silêncio. Sabemos que o arguido não é testemunha, que nem sequer é obrigado a prestar qualquer colaboração com o tribunal e entendemos a razão pela qual está impedido de depor enquanto testemunha. Todavia, pensamos que as suas declarações em sede anterior ao julgamento deveriam ser analisadas em audiência como uma qualquer outra prova obtida pelo caminho certo, ou seja, livre de vícios e ilegalidade.

Quanto às pessoas que se tiverem constituído assistentes estas podem prestar declarações no processo a requerimento seu, do arguido ou mesmo da autoridade judiciária. Não intervêm enquanto testemunhas, mas sim prestando declarações na qualidade de assistentes.

As partes civis também não intervêm enquanto testemunhas, mas podem depor nessa qualidade.

1.1.2 Direitos e deveres das testemunhas

Os direitos das testemunhas vêm enunciados no art. 317º do CPP e são eles o direito de audiência, correção dos tribunais e a indemnização a título de compensação das despesas realizadas.

Como refere o Prof. Germano Marques da Silva *testemunhar é não só um dever jurídico, mas também um importantíssimo dever ético*, porém, as testemunhas sofrem, por vezes, graves incómodos para verem esses deveres cumpridos.

O direito à audiência consiste no facto da testemunha ser chamada a participar no processo para responder *acerca de todos os elementos ou circunstâncias da infração, tempo, lugar e modo como foi cometida, fim com que foi praticada, causa que a determinou, dano moral e material utilizado e ainda sobre o carácter, antecedentes, conduta e situação económica e social do arguido e do ofendido*¹⁵¹. Pretende-se não estabelecer limites mais estreitos ao efetivo conhecimento da testemunha.

Estabelece a lei, no seu art. 138º do CPP que à testemunha não poderão ser feitas perguntas sugestivas ou impertinentes, nem quaisquer outras que possam prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas¹⁵², cabendo a tarefa de controlar tais situações ao juiz.

O direito à correção dos tribunais significa apenas a salvaguarda da consideração que a todos é devida por parte dos advogados e do tribunal. “O menosprezo ou atitude agressiva para com as testemunhas em geral ofende a sua honorabilidade e é indigna dos órgãos de justiça. Acarreta de resto a tendência para a retracção da prova testemunhal prestável, e para a sua organização artificial, com grave dano dos verdadeiros meios de prova”¹⁵³.

É indiscutível que o tribunal deverá tratar a testemunha com a maior correção possível, sem recurso à severidade ou opressão, pois decerto irá condicionar o seu depoimento e, conseqüentemente violar o art. 138º do CPP no que diz respeito à espontaneidade e sinceridade das respostas. Sabemos que por vezes existe falsidade nos testemunhos, cabendo ao juiz a gestão dessa situação tendo sempre presente o dever de correção que tem para com a testemunha.

Quanto ao direito a indemnização as testemunhas que hajam comparecido em audiência podem requerer¹⁵⁴ uma compensação pelas despesas realizadas. Como sabemos, muitas das vezes as testemunhas notificadas têm que percorrer largos quilómetros para comparecer a uma audiência ou faltar aos seus empregos, devendo por isso ser compensadas. Essa compensação é calculada em função de tabelas aprovadas pelo Ministério da Justiça, valendo como custas do processo a cargo de quem as suportar.

¹⁵¹ Vide Cavaleiro Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume I, Lisboa, 1955, p. 335.

¹⁵² É, por exemplo, sugestiva a clássica pergunta: “O carro era azul ou preto?”, quando na verdade a pergunta deveria ser feita de outro modo: “De que cor era o carro?”.

¹⁵³ Vide Cavaleiro Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume I, Lisboa, 1955, p. 336.

¹⁵⁴ Essa compensação nunca será feita oficiosamente, mas sim a requerimento do interessado.

Os deveres das testemunhas vêm enunciados no art. 132º CPP, cabendo-lhes, salvo disposição em contrário:

- Apresentar-se, no lugar e no tempo devidos, à autoridade por quem tiver sido legitimamente convocada ou notificada, mantendo-se à sua disposição até ser por ela desobrigada;

A pessoa regularmente convocada ou notificada que faltar injustificadamente é condenada pelo juiz ao pagamento de uma multa. Podendo ainda o juiz ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a sua detenção pelo tempo indispensável à realização da diligência.

- Prestar juramento, quando ouvida por autoridade judiciária;

A recusa em prestar juramento equivale à recusa em depor (art. 94º - (4)). Sendo que os menores de dezasseis anos não prestam juramento, nem mesmo perante autoridade judiciária (art. 91º - (5)).

- Obedecer às indicações que legitimamente lhe forem dadas quanto à forma de prestar depoimento;

Tal circunstância não interfere com o conteúdo do depoimento, já referimos anteriormente que este deverá ser livre, sem recurso a sugestões ou indicações por parte de quem inquirir.

- Responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas.

O testemunho falso constitui crime punível com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias. Se o testemunho falso for praticado depois de ter sido prestado juramento e ter sido feita advertência das respetivas consequências penais, a pena pode ir até 5 anos de prisão ou multa até 600 dias.

1.1.3 Recusa de testemunho

A recusa de testemunho vem regulada no art.134º do CPP. A maioria das pessoas aí descritas, ligadas por razões de afinidade e parentesco, serão advertidas para o facto de não serem obrigadas a prestar depoimento pela entidade competente, cabendo-lhes a decisão de depor ou não. Além destas, também os arguidos do mesmo crime ou crime conexo, em caso de separação de processos, podem recusar-se a testemunhar (art. 133º - (2)).

1.1.4 Escusa e proibição de testemunho por dever de segredo

▪ Segredo profissional e religioso

Temos conhecimento que determinadas profissões estão sujeitas a sigilo profissional, sob pena de sanção por parte da Ordem profissional a que pertençam. Este é o caso dos advogados, médicos, solicitadores, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser¹⁵⁵. Os ministros da religião ou confissão religiosa estão também abrangidos por esta proibição de testemunho quando o seu testemunho verse sobre confissão. Contudo, entendemos que tal testemunho não deverá ser proibido nos casos em que, por exemplo, um padre enquanto cidadão comum assiste a um crime.

Mas, como refere o Prof. Germano Marques da Silva, “suscitando-se dúvidas sobre a legitimidade da escusa, o *tribunal*¹⁵⁶ pode decidir que o depoimento seja prestado”.¹⁵⁷

A violação deste segredo está criminalmente tipificada no art. 184º do CP, não se confundindo o direito de escusa com a incapacidade para depor, pois é apenas com fundamento naquele segredo que a pessoa se recusa a testemunhar.

O direito de escusa não sendo absoluto perante valores sociais mais relevantes admite, portanto, normas jurídicas que regulamentem no sentido de permitirem o controlo da legitimidade, quebra do segredo profissional em circunstâncias lícitas, a quebra do segredo mediante o consentimento do interessado, titular do direito de segredo.

▪ Segredo de Funcionários

No exercício de determinadas funções certos funcionários¹⁵⁸ obtêm certos conhecimentos sobre os quais têm o dever de guardar segredo quando inquiridos perante um tribunal. É o que nos diz o art. 136º do CPP.

¹⁵⁵ Vide art. 135º do CPP.

¹⁵⁶ Apenas o tribunal pode decidir sobre o dever de testemunhar, competindo na fase de instrução ao Juiz de Instrução tal tarefa.

¹⁵⁷ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 127.

¹⁵⁸ Conceito de funcionário está previsto no art. 386º.

Se o funcionário for inquirido por autoridade judiciária sobre os factos que estejam abrangidos pelo segredo de funcionário ele deve recusar-se a depor, sob pena de cometer um crime de violação de segredo por funcionário (art. 383º do CP), ou crime de violação de segredo profissional (195º CP) se não tiver dolo do crime *supra* referido.¹⁵⁹

Ao contrário do que sucede relativamente ao segredo religioso, os funcionários não têm a faculdade de se escusarem a testemunhar, simplesmente não podem ser inquiridos sobre essas matérias., salvo decisão do tribunal. Esta situação configura uma proibição relativa de prova, pois apesar de o funcionário não ter direito a escusar-se a depor, o seu testemunho só é admissível em certas circunstâncias.¹⁶⁰

▪ **Segredo de Estado**

O segredo de Estado abrange, nomeadamente, os factos cuja revelação possam causar dano à segurança, interna ou externa do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional, ainda que não constituam crime.

Se a autoridade judiciária colocar perguntas à testemunha sobre factos que constituam segredo de Estado, esta deve escusar-se a responder, sob pena de incorrer numa infração criminalmente punível (art. 316º CP – Crime de Violação de Segredo de Estado). Sendo certo que não haverá dever de escusa nos casos em que o funcionário tenha denunciado crimes contra o Estado português, como prescreve o art. 137º - (2) do CPP. De outro modo o dever de segredo de Estado não poderá ser quebrado. No entanto, se este for invocado, deverá ser confirmado pelo Ministério da Justiça no prazo de trinta dias, passado este prazo se não houver confirmação, o testemunho deverá ser prestado (art. 137º - (3)).

¹⁵⁹Neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 391, nota 2.

¹⁶⁰ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 153.

1.2 Prova por acareação

A necessidade de lançar mão deste meio de prova surge de declarações contraditórias de duas pessoas, tendo por intuito esclarecer depoimentos divergentes sobre o mesmo facto. Deste modo, este é um meio de prova subsidiário, apenas admissível quando haja contradição.

É frequente ouvirmos em tribunal duas versões sobre o mesmo facto, não querendo isto dizer que alguém está a deturpar a realidade dos factos, simplesmente nem sempre se tem a mesma perspetiva sobre os mesmos acontecimentos e, no final, pode até suceder que se trate de uma divergência apenas aparente.

O esclarecimento dessas divergências contribui para melhor valorar os depoimentos, *apesar de raramente se extraírem resultados diretos da acareação quanto à indagação da verdade*¹⁶¹.

A competência para determinar a realização da acareação é determinada em função da fase processual em que nos encontremos, assim, durante o inquérito será o MP a determiná-la, durante a fase instrutória será o Juiz de Instrução e na fase de julgamento será o Juiz de Julgamento.

A fase processual também releva para outra questão, pois se as declarações não poderem ser utilizadas na fase processual em que se procede à acareação, então estas serão inúteis e inadmissíveis¹⁶².

A acareação pode ter lugar oficiosamente ou a requerimento conforme dispõe o art. 146º - (3).

1.3 Prova por reconhecimento

A prova por reconhecimento, como diz o Prof. Germano Marques da Silva, *consiste na confirmação de uma percepção sensorial anterior, ou seja, consiste em estabelecer identidade entre uma percepção sensorial anterior e outra atual da pessoa que procede ao ato.*

¹⁶¹ Vide Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p.251.

¹⁶² Vide Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 193.

Este meio de prova diz respeito não só ao reconhecimento de pessoas, mas também de coisas, sendo que apesar do CPP não disciplinar o reconhecimento que incida sobre qualquer percepção sensorial reconhecível (sons, cheiros e quaisquer outros fenómenos captáveis pelos sentidos), Germano Marques da Silva entende não haver nada que o proíba¹⁶³.

Antes de ser feito o reconhecimento físico de pessoas propriamente dito, a pessoa que procede à identificação deverá descrever o identificando com a indicação de todos os pormenores de que se recorde, sem confronto presencial. Em seguida é-lhe perguntado se já a tinha visto antes e em que condições. Por último é questionada sobre circunstâncias que possam influir na credibilidade da sua identificação¹⁶⁴.

Está, portanto, subjacente a este meio de prova, uma reflexão sobre algo que já havia apreendido anteriormente, podendo haver em comum meramente o objeto dessa reflexão.

A lei não estabelece qualquer restrição em relação às pessoas que devam fazer a identificação, nem em relação aos identificados. Uma testemunha, um assistente ou ofendido podem ser chamados a identificar um arguido, mas também uma testemunha pode ser chamada a identificar outra testemunha ou um assistente. Se a identificação for cabal, ou seja, se satisfizer o critério probatório da fase processual em que o reconhecimento teve lugar, dá-se por concluído o ato processual.

Se a identificação não for cabal, a autoridade judiciária competente ou o juiz presidente podem recorrer a uma de duas opções: ou mostrar fotografias, filmes ou gravações à pessoa que deva fazer a identificação ou proceder ao reconhecimento presencial.

Ao reconhecimento de objetos são aplicáveis as regras estabelecidas para o reconhecimento de pessoas, conforme prescreve o art. 148º do CPP.

A primeira modalidade de reconhecimento processa-se com base na descrição do objeto, recorrendo-se a todos os pormenores possíveis.

Se esta identificação não deixar dúvidas, a autoridade judiciária competente e o juiz presidente dão por concluído o ato processual. Se deixar dúvidas ter-se-á que recorrer ao reconhecimento presencial do objeto.

¹⁶³ Vide Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 194.

¹⁶⁴ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 423 e seguintes.

Sabemos que este é um meio de prova bastante frágil e falível, exigindo-se, assim, o maior cuidado na análise do mesmo, pois sabemos que os nossos cinco sentidos são erróneos, são influenciáveis por variados fatores e induzem o ser humano em engano. Daí que se proceda com o máximo de cautela e rigor relativamente às regras contidas no art. 147º, sob pena de se perder todo o valor probatório.

1.4 Prova por reconstituição

Havendo necessidade¹⁶⁵ de determinar se um facto poderia ocorrer de uma certa forma, é admissível lançar mão da reconstituição. A diligência representa uma encenação de uma versão provável do facto nas condições em que se supõe ter ocorrido o facto criminoso.

A reconstituição do facto não tem por finalidade a comprovação de um facto histórico, mas antes verificar se um facto poderia ter ocorrido nas condições em que se afirma ou supõe a sua ocorrência e na forma da sua execução.

No tocante à divulgação da diligência a lei é clara quando diz que *a publicidade da diligência deve, na medida do possível, ser evitada*. Isto é, “nem o público, nem os órgãos de comunicação social podem participar na diligência (...). A *ratio* é elementar: a reprodução do feito criminoso atinge fortemente a dignidade das pessoas envolvidas e dissemina uma conduta criminalmente censurável. Os participantes na reconstituição do facto têm direitos e deveres. Se a reconstituição tiver lugar em processo em que vigore a publicidade interna, todos os sujeitos processuais e respectivos advogados têm o **direito de acesso** à diligência e, portanto, devem ser para ela notificados. Tratando-se de reconstituição como arguido preso, ele é obrigatoriamente assistido pelo defensor, por interpretação extensiva do art. 144º - (3), do CPP”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ “A diligência só se realiza quando se afigurar **necessária** para determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma, mas este meio de prova não é subsidiário do meio de obtenção de prova do exame, uma vez que a reconstituição pode ser necessária, mesmo que tenham sido recolhidos vestígios do cometimento do crime”, Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 430, nota 3.

¹⁶⁶ *Vide* Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 430-431, nota 5 e 6.

1.5 Prova Pericial

Por vezes, para que possamos apreciar um determinado facto é necessário que recorrer a especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. A perícia é, portanto, um meio de prova que visa a avaliação de vestígios da prática do crime com base nesses especiais conhecimentos.

A perícia não é confundível com o exame, já que o exame é um meio de obtenção de prova que incide sobre pessoas, lugares e coisas e cinge-se à verificação da existência ou não de vestígios que possa ter deixado a prática do crime.

Existem alguns autores que considerem que “a perícia não é verdadeiramente um meio de prova, nem pessoal, nem real. Destina-se a auxiliar o julgador ou o instrutor do processo na função que lhes é peculiar de desvendar o significado de provas preexistentes ou de apreciar o seu valor”¹⁶⁷, a perícia será mais *meio de apreciação de prova* segundo este entendimento.

Manuel de Andrade afirmava que perícia “traduz-se na percepção, por meio de pessoas idóneas para tal efeito designadas, de quaisquer factos presentes, quando não possa ser directa e exclusivamente realizada pelo juiz, por necessitar de conhecimentos científicos ou técnicos especiais, ou por motivos de decoro ou de respeito pela sensibilidade (legítima susceptibilidade) das pessoas em quem se verificam tais factos (...)”¹⁶⁸.

A prova pericial ajuda o tribunal a esclarecer situações que este não seria capaz de compreender, pois não será exigível que um juiz tenha conhecimentos que são específicos de uma outra profissão ou atividade especializada.

O perito é responsável por observar, recolher dados e analisá-los atendendo aos conhecimentos especiais que possui. Das conclusões que retirar dará origem ao respetivo relatório pericial que constitui meio de prova.

Na aceção do Prof. Germano Marques da Silva, “o objecto da perícia é a percepção de factos ou a sua valoração. Com efeito, o perito pode descobrir meios de prova, recorrendo a métodos científicos únicos a permitirem a sua apreensão ou pode exigir-se ao perito não a descoberta dos factos probatórios, mas apenas a sua

¹⁶⁷ Vide Cavaleiro Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume II, Lisboa, 1955, p. 346.

¹⁶⁸ Vide Manuel de Andrade, “Noções Elementares de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1976, p. 261.

apreciação”¹⁶⁹. Contudo, “o perito não é um substituto do julgador quanto à factualidade que convoca um especial conhecimento técnico, científico ou artístico, deve ser antes entendido como um auxiliar ou colaborador daquele. Isto é, a factualidade sobre a qual versa o juízo científico e técnico não se encontra subtraída à livre apreciação do julgador, pois este tem ao seu dispor outros meios de prova de onde podem promanar outros factos que venham a infirmar aqueles que serviram de “ferramenta de trabalho” ao perito, afectando a validade da conclusão contida no juízo formulado por este”¹⁷⁰.

Da análise dos artigos¹⁷¹ que à perícia dizem respeito verificamos que existem perícias em geral (art. 152º) e perícias em particular (art. 159º e 160º). As perícias em geral são feitas em *estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado*, e realizadas *por perito nomeado de entre as pessoas constantes na lista de peritos existentes nas comarcas ou pessoas de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa*. As perícias em particular são as médico-legais, as psiquiátricas e as sobre a personalidade, e são realizadas em organismos próprios para cada uma delas.

A omissão de perícia obrigatória gera uma nulidade nos termos do art. 120º - (2) – al. h), mas se estivermos perante uma perícia necessária constitui uma mera irregularidade.

1.6 Prova Documental

A prova documental é um meio de prova que possui, em determinados casos, bastante força probatória.

Segundo o nosso Código Civil *a prova documental é a que resulta de documento; diz-se documento qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto*.

A iniciativa da junção de documento cabe aos sujeitos processuais, mas também ao MP quando tenham acesso a documentos que ajudem na resolução da questão.

¹⁶⁹ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993 p. 198.

¹⁷⁰ Vide Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 93.

¹⁷¹ Artigos do CPP.

O art. 164º - (1) do CPP diz-nos que documento é a *declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal*. Porém, a compreensão da matéria relativa à prova documental só poderá estar correta se atendermos à definição de notação técnica constante do art. 230º - (4) do CP e a distinção entre documentos particulares autênticos e autenticados regulados pela lei civil (art. 363º e 369º do CC). Sendo que quando estivermos perante um documento que assuma natureza particular, estes devem ser valorados livremente pelo julgador, no que concerne aos documentos autênticos ou autenticados, os factos neles exarados ou constantes consideram-se provados, isto é, têm força probatória plena, nos termos do art. 169º do CPP, primeira parte¹⁷².

A prova documental é inadmissível se o respetivo conteúdo violar proibições legais respeitantes aos restantes meios de prova.

A lei portuguesa considera inadmissível o documento que contiver “declaração” anónima, ou seja, quando não está assinada ou marcada de modo a identificar o seu autor, nem o seu autor é identificável por nenhum modo. A declaração com assinatura falsa é em princípio um documento anónimo, mas se for identificável o seu autor, por exemplo, através de uma perícia, esse documento é utilizável como meio de prova. O mesmo vale para a assinatura ilegível cuja autoria venha a ser determinada por outro modo.

2. Conclusão

Os meios de prova ocupam um lugar importantíssimo no processo penal, eles são o pressuposto da atividade decisória do julgador e também o seu próprio limite e fundamento, razão pela qual não poderíamos deixar de os abordar, pelo menos os principais, no âmbito deste trabalho.

Defendemos a valoração das declarações do arguido quando prestadas em sede anterior a julgamento, ainda que este se remeta ao silêncio em audiência, devendo essa confissão ser livremente apreciada pelo juiz. Dessa apreciação poderá resultar uma condenação ou absolvição. No entanto, julgamos que a busca por parte dos órgãos competentes, como as polícias, o MP e o próprio juiz, de outros meios de prova que

¹⁷² Cfr. Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 98.

corroboem essa confissão é essencial e imprescindível para um processo que se pretende justo e equitativo.

Depreendemos que o ponto de partida para a boa resolução da causa e para uma aproximação à verdade material será a prova que, como sabemos, advém dos meios de prova. “É recorrente afirmar-se que a *prova* visa demonstrar a realidade dos factos, que a *verdade processual* se reconduz ao resultado da prova, equivalendo este à convicção de que certo enunciado de facto é justificada e racionalmente aceitável e, ainda, que a *verdade material* corresponde a uma verdade processualmente válida e cujo escrutínio não reside, exclusivamente, na disponibilidade dos sujeitos processuais mas também no poder-dever do tribunal a prosseguir e esgrimir à luz da liberdade de apreciação e de parâmetros de mediação legal”¹⁷³. Assim, sendo a busca e a produção de provas imprescindível para que o tribunal chegue a uma boa decisão da causa, defendemos que essa busca se pautar por caminhos válidos, onde a garantia e o respeito dos direitos fundamentais seja uma realidade. Pois “as provas – enquanto meios de prova – são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados”¹⁷⁴.

¹⁷³ Vide Carlos Adérito Teixeira, “Depoimento Indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração versus Proibição de Prova”, in Revista do CEJ, 1º Semestre 2005, n.º 2, p.127.

¹⁷⁴ Cfr. Paulo de Sousa Mendes, “As proibições de Prova no Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 1997, p. 133.

Parte II

Declarações do Arguido em fase anterior ao Julgamento – Ignorar ou Valorar?

Capítulo I

O Direito Comparado como contributo para uma diferente perspetiva

1. A escolha dos ordenamentos

Chegados a este ponto, parece-nos apropriado fazer uma breve análise sobre a forma como determinados ordenamentos jurídicos se posicionam relativamente à valoração a atribuir às declarações do arguido feitas em sede anterior à fase de julgamento, caso venha posteriormente a remeter-se ao silêncio.

A escolha dos ordenamentos jurídicos foi feita com base na diferença de tratamento relativamente à questão em enfoque. Debruçamo-nos, portanto, sobre ordenamentos jurídicos que valoram de forma diversa, da constante do CPP português, as declarações do arguido – quando prestadas em sede anterior ao julgamento.

Apresentaremos, então, algumas considerações sobre o ordenamento espanhol e brasileiro, desde logo, pela proximidade que possuímos com estes dois países. Posteriormente, abordaremos a temática na perspectiva do ordenamento italiano e do francês.

A abordagem no plano comparado será feita de forma dinâmica, ou seja, com base na respetiva lei processual penal e jurisprudência.

2. Soluções no direito comparado

2.1 Espanha

Em Espanha a prova por confissão é recebida com determinada cautela, na medida em que se exige o apuramento da sua autenticidade e veracidade numa primeira análise.

O Código de Processo Penal Espanhol - ou “Ley De Enjuiciamiento Criminal”¹⁷⁵ - prevê no seu Capítulo IV o regime “de las declaraciones de los procesados”, dispondo o art. 406. da LEC que “La confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito. Com este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieren conocimiento del hecho”.

No nosso ordenamento jurídico também o legislador se preocupou com este facto ao estabelecer por via do princípio da investigação – previsto nos termos do art. 340º do CPP - que o tribunal pode ordenar oficiosamente ou a requerimento a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade material e da boa decisão da causa, ou seja, o juiz não deve ficar sujeito às diligências efetuadas pelos restantes sujeitos processuais, deve antes ser dinâmico e ir em busca de todas as evidências que o coloquem no trilho da verdade material, não esquecendo, obviamente, que todos os seus atos deverão ser legalmente admissíveis.

Feito este paralelismo entre estes dois ordenamentos jurídicos impõe-se que façamos um outro e chamemos à colação o caso em que o arguido em audiência de julgamento nega ou presta declarações contraditórias com o depoimento anteriormente prestado. Neste caso, em ambos os ordenamentos será possível que o Juiz de Julgamento tenha acesso a tais declarações e, tanto assim é, que nos termos do art. 405º da LEC, “si en las declaraciones posteriores se pusiere el procesado en contradicción con sus declaraciones primeras o retractare sus confesiones anteriores, deberá ser interrogado sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación”. Em Portugal essa situação encontra-se prevista nos termos do art. 356º - (3) – b) do CPP¹⁷⁶.

No ordenamento jurídico espanhol tem-se entendido que o conceito de contradição deverá ser alargado. Ou seja, ele deverá englobar, também, todas as condutas do arguido que juridicamente possam ser consideradas contrárias às

¹⁷⁵ Doravante LEC.

¹⁷⁶ “É também permitida a leitura de declarações anteriormente prestadas perante juiz: b) quando houver, entre elas e as feitas em audiência, contradições ou discrepâncias”.

assumidas nas fases antecedentes. Desta forma existe a possibilidade de se valorarem as declarações do arguido que posteriormente se remete ao silêncio em julgamento, nos termos do art. 714º da LEC, pois, nos termos deste artigo, tal conduta consubstancia uma discrepância contradição. Assim, “cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

Em Portugal esta interpretação não colhe, pois a partir do momento em que o arguido se remete ao silêncio não contradiz aquilo que anteriormente declarou, nem deixa de contradizer, sendo que tal postura jamais o poderá prejudicar, como constatamos por via do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Fevereiro de 2009¹⁷⁷.

Para finalizar, resta-nos verificar qual a posição da LEC relativamente ao valor probatório a atribuir às declarações prestadas pelo arguido em fase de inquérito ou instrução se, posteriormente, se remeter ao silêncio.

Entende a jurisprudência espanhola quanto a esta matéria que o direito ao silêncio é um direito que assiste ao arguido e que pode exercer-se a cada momento processual. No entanto, o uso do direito ao silêncio em julgamento não anula as eventuais declarações ocorridas em momento precedente se estas tiverem sido prestadas perante um Juiz de Instrução, na presença de defensor e após ter sido devidamente alertado acerca dos direitos constitucionais que lhe assistem – mormente o direito ao silêncio. A única hipótese em que se proíbe a sua valoração é quando se prove que existe ilicitude na sua obtenção¹⁷⁸, doutro modo, estas declarações são levadas ao conhecimento do Juiz de Julgamento através da aplicação do art. 730º da LEC que dispõe o seguinte: “podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

¹⁷⁷ Relator Jorge Dias, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁸ “El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la Sentencia condenatoria”. Sobre esta matéria conferir o Acórdão do STC 86/1995, de 6 de Junho, publicado em <http://www.legalsolo.com/ShowSentencia.do?sentenciaId=STC1995-086&sentenciaType=Sentencia&text=#div2>.

Podemos, assim, concluir que existem algumas semelhanças entre o ordenamento espanhol e o português, v.g., o princípio da investigação, que permite que o juiz não tenha uma posição passiva ao longo do processo, mas sim uma posição dinâmica. Num sistema acusatório mitigado, como é o espanhol, de outro modo não poderia ser.

Por outro lado, existem, naturalmente, diferenças entre ambos, como de resto procuramos evidenciar, restando, neste momento, destacar apenas aquela que assenta no facto de o direito ao silêncio não se poder reportar a momentos anteriores, ou seja, o facto de o arguido se remeter ao silêncio em julgamento, não faz com que a – eventual – confissão, anteriormente proferida, seja anulada e não chegue ao conhecimento do Juiz de Julgamento. Desde que tenham sido prestadas perante um juiz, na presença de defensor e após ter sido informado dos direitos constitucionais que lhe assistem, mormente o direito ao silêncio, o arguido decida prescindir deles.

Sem dúvida que é uma posição que reveste todo o sentido para nós e que vai de encontro ao âmago deste nosso trabalho.

2.2 Brasil

A confissão no sistema processual penal brasileiro pauta-se por regras bastante diversas das praticadas em Portugal, daí que nos pareça importante nos debruçarmos sobre elas.

Neste ordenamento a confissão é um meio de prova bastante forte, no sentido de poder mesmo, por si só, sustentar uma condenação, como nos diz Julio Fabbrini Mirabete: “a confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos pode levar à condenação do acusado”¹⁷⁹. No entanto, ela não é absoluta, sendo necessário respeitar determinados requisitos – intrínsecos¹⁸⁰ e

¹⁷⁹ Vide Julio Fabbrini Mirabete, “Processo Penal”, 18ª Edição, São Paulo, Atlas, 2006, p. 288.

¹⁸⁰“Verossimilhança: ou seja, a probabilidade do fato ter ocorrido como foi confessado, não sendo a declaração absurda e devendo conter uma sequência lógica da narrativa.

Certeza: deve o réu confessar fatos que sejam do seu conhecimento e não dependam de comprovação por outras fontes.

Persistência: a repetição da confissão, uma vez que quando o réu, de fato admitir sua culpa, narra a mesma versão tantas quantas forem às vezes em que foi ouvido. Porém deve-se tomar um cuidado nesse ponto. Exigir do réu a repetição do que foi dito, em determinadas condições, pode criar no acusado uma forma de tortura psicológica, levando-o a contradizer-se.

Coincidência: deve haver coincidência com os demais elementos probatórios que estão no processo. Não deve ser levado em consideração uma confissão que vai exatamente de encontro a todas as demais provas colhidas durante a investigação.

extrínsecos¹⁸¹ – para que seja admitida e, além disso, não dispensa a restante produção de prova.

O Código de Processo Penal brasileiro¹⁸² regula a confissão no seu Capítulo IV – Da Confissão -, e preceitua no seu art. 197º que “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adoptados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”¹⁸³.

O direito ao silêncio está consagrado na Constituição Federal, sendo, portanto, um direito inato, intrínseco ao arguido, devendo ser entendido no processo penal como uma proteção constitucional, assegurada contra a autoincriminação. Não pode existir nenhuma conclusão desfavorável para o arguido, pelo simples facto de este ter preferido lançar mão do direito ao silêncio, isto é, de abster-se de prestar declarações que podem acarretar uma autoincriminação. No entanto, o CPP brasileiro deixa algumas dúvidas quando se refere a este direito, queremos com isto chamar á colação a própria norma onde este direito vem referido, art. 198º, que preceitua o seguinte: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz”. Entendemos que o legislador não elaborou de forma coerente a parte final desta norma, uma vez que dela parece resultar que será possível ao juiz formar uma determinada convicção através da postura silenciosa do arguido, quando na verdade tal atuação apenas é tida como uma mera informação, não podendo ser valorada e, conseqüentemente, não podendo formar-se convicção alguma a partir de tal atuação. Extraí-se do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal que o silêncio é direito individual constitucionalmente garantido, daí que não é possível imaginar que a sua utilização, em juízo ou fora dele, terá para o cidadão algum efeito

Conteúdo relacionado ao confitente: a confissão deve ser relacionada à pessoa do réu, ele deve assumir a autoria. Quando o réu faz menção a terceiro, não deve ser considerada como confissão. Nesse caso pode servir como testemunho, ou delação, que também são meios de provas admitidas no processo”. *Vide* Guilherme de Souza Nucci, “O valor da confissão como meio de prova”, 2ª Edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 155 e ss.

¹⁸¹“Pessoal: a confissão deve ser feita pela pessoa do réu. Não é admitindo a produção por defensor do mandatário, ainda que com poderes específicos para este ato, ou por mais amplos e ilimitados que sejam. Expressa e reduzida a termo: não existe a confissão tácita no ordenamento brasileiro, desta forma a confissão produzida oralmente, deve constar por termo no processo para que tenha validade.

Livre e espontânea: deve ser livre de coação ou erro.

Juiz competente: prestada diante do juiz competente para julgar a lide.

Produzida por pessoa capaz: o confidente deve possuir saúde mental e discernimento sobre o que está fazendo.” *Vide* Guilherme de Souza Nucci, “O valor da confissão como meio de prova”, 2ª Edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 155 e ss.

¹⁸² Doravante CPP brasileiro.

¹⁸³ O caráter não absoluto da prova por confissão está bem evidenciado na última parte desta norma.

lesivo para ele. Ou é direito individual e pode ser usado em restrição e sem consequências, ou não o é¹⁸⁴.

Além disso, o próprio art. 186º do CPP brasileiro refere que o silêncio “poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Claro está que, desta forma, o arguido não se permite contribuir para a descoberta da verdade material e, logicamente, para a sua defesa. Contudo, não parece coerente, sob pena de se criarem situações injustas, que o juiz retire da postura do arguido qualquer conclusão que lhe seja prejudicial. No fundo, ele está apenas a fazer uso de um direito que lhe assiste. Assim, “a autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder”¹⁸⁵.

Casos há, em que o acusado, ainda que advertido de todos os seus direitos, opta por falar. Deste modo, a prova que tiver sido obtida no primeiro interrogatório judicial ou posteriormente poderá ser usada em julgamento. Sendo certo que a jurisprudência predominante nos Tribunais brasileiros tem reiteradamente decidido que a “confissão vale, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório”¹⁸⁶.

Quando a confissão ocorre posteriormente, isto é, depois do primeiro interrogatório, terá que ser reduzida a termo para que possa valer como confissão judicial¹⁸⁷, conforme dispõe o art. 199º do CPP brasileiro¹⁸⁸. Apesar de não estarmos perante uma prova absoluta, pois ela está sujeita à confrontação com as demais provas – como já havíamos referido -, ela será, além disso, “divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”, nos termos do art. 200º do CPP brasileiro.

¹⁸⁴ Neste sentido Rômulo de Andrade Moreira, “Da confissão no processo penal”, consultado em: <http://br.monografias.com/trabalhos/confissao-processo-penal/confissao-processo-penal.shtml>.

¹⁸⁵ Cfr. Julio Fabbrini Mirabete, “Código de processo penal interpretado”, 4ª Edição, São Paulo, Atlas, 1996, p. 241.

¹⁸⁶ Cfr. Acórdão Tribunal de Justiça de São Paulo, APELAÇÃO nº 0002134-03.2009.8.26.0481, p.3.

¹⁸⁷ “A confissão judicial, por presumir-se livre dos vícios da inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória ainda que seja o único elemento incriminador”, neste sentido Adalberto José Queiróz Telles de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, São Paulo: Ed. RT, 2ª edição, 1987, p. 86. Há, portanto, confissão judicial quando esta é feita judicialmente ao longo do processo, perante juiz competente e desprovida de nulidade.

¹⁸⁸ Art. 199º do CPP brasileiro: “A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195º”.

A retratabilidade da confissão é a possibilidade que é dada ao arguido de voltar atrás naquilo que disse. A retratação pode ser total ou parcial, sendo que na primeira hipótese o arguido desdiz os factos na totalidade, na segunda hipótese apenas é negado uma parte do que foi declarado. Para que a retratação possa ser atendida será necessária a existência de material probatório que a corrobore. “A propósito, jurisprudência e doutrina seleccionadas pelo Desembargador Nelson Fonseca do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo em julgado proferido nos autos da ACrim nº 218.429-3/3: Tem-se entendido que “a confissão judicial (...) só perderá sua força se desmentida por veemente prova em contrário”¹⁸⁹.

Outra característica da confissão é que ela é divisível, isto é, ela poderá ser aceite apenas em parte, a adoção da indivisibilidade da confissão colidiria com o princípio do livre convencimento do juiz.

Em suma, como de resto deixamos já anunciar, as diferenças entre o direito processual penal português e o brasileiro são óbvias. Pois se para o primeiro a confissão do arguido, proferida antes do julgamento, só pode ser valorada posteriormente se este não se remeter ao silêncio; no segundo, a confissão proferida pelo réu anteriormente ao julgamento já poderá ser utilizada, desde que seja comparada com outras provas e que este não se retrate.

2.3 Itália

No ordenamento jurídico italiano as declarações de arguido são passíveis de serem valoradas, ainda que prestadas em fases anterior ao julgamento, desde que averiguados determinados requisitos – como de resto se tem exigido nos ordenamentos que temos vindo a analisar.

O Código de Processo Penal Italiano (Codice di Procedura Penale) consagra no *Libro I, I Soggetti, Titolo IV* as disposições relativas ao *Imputato*, art. 60º e seguintes.

Prescreve o art. 64º - (3) – a) e b) que as declarações prestadas em interrogatório pelo arguido só poderão ser valoradas se este tiver sido advertido de que tem direito a permanecer em silêncio quando questionado sobre os factos que lhe são imputados, e, ainda assim, opte por falar, mesmo sabendo que tais declarações poderão ser contra si usadas. Não obstante, o processo prosseguirá o seu curso ainda

¹⁸⁹ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, APELAÇÃO nº 0460738-40.2010.8.26.0000, p.3.

que o arguido se remeta ao silêncio, como poderemos comprovar através da leitura da norma *supra* referida: “Prima che abbia inizio l’interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall’articolo 66, comma 1, há facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso”.

Respeitada a exigência da lei processual penal italiana confirmaremos a utilização válida e legalmente admissível das declarações do *imputado* em sede de julgamento, nos termos do art. 513º - que tem como epígrafe “Lettura delle dichiarazioni rese dall’imputato nel corso delle indagini preliminari o nell’udienza preliminare”.

Importa também referir que o legislador italiano permitiu a admissibilidade das declarações prestadas por arguido a órgão de polícia criminal - ainda que sob o controlo do MP – em sede de julgamento, bem como perante o próprio MP ou Juiz durante a instrução ou audiência preliminar: “Il giudice, se l’imputato è contumace o assente ovvero rifiuta di sottoporsi all’esame¹⁹⁰, dispone, a richiesta di parte, che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall’imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell’udienza preliminare (...)”¹⁹¹. Assim, ainda que o arguido não se submetta ao *esame* remetendo-se ao silêncio, as suas declarações poderão ser chamadas à colação em sede de julgamento.

Concluimos, deste modo, que o ordenamento jurídico italiano, apesar de impor alguns requisitos para que se possa valorar as declarações do arguido, permite que até as declarações prestadas a um órgão de polícia criminal venham a ser admitidas, desde que controladas pelo MP ou Juiz, durante a instrução ou audiência preliminar. O nosso entendimento é que a lei italiana não deveria ir tão longe ao admitir e valorar as declarações prestadas perante a polícia.

¹⁹⁰ O exame aqui referido está previsto nos termos do art. 503º e diz respeito às questões que podem ser colocadas ao arguido ao longo do processo e que são efetuadas nos termos do art. 498º e 499º, todos do Codice di Procedura Penale.

¹⁹¹ Art. 513º - (1) do Código de Processo Penal Italiano.

2.4 França

No ordenamento jurídico francês a confissão¹⁹² é aceite como meio de prova, no entanto, ela não tem um valor absoluto, pois é sujeita à livre apreciação do juiz – como, de resto, ficam sujeitas as demais provas – tal como resulta do art. 428º do Code de Procédure Pénale: “L’aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges”.

Ao arguido é atribuído o direito ao silêncio, não sendo ele obrigado a manifestar opinião sobre a sua culpabilidade, conforme nos diz o art. 328º do Código de Processo Penal francês: “Le président interroge l’accusé et reçoit ses déclarations. Il a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité”.

Todavia, apesar de não recair sobre o arguido tal responsabilidade, casos há em que o arguido acaba por querer manifestar essa culpabilidade. Talvez por isso o legislador francês tenha introduzido o chamado “Plea Bargaining” ou “reconnaissance préalable de culpabilité”, também chamado “confissão de culpa”, no Código de Processo Penal pela lei 9 de março de 2004¹⁹³. Importa dizer que “La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité constitue une nouvelle réponse pénale visant, dans l’esprit du législateur, à éviter la lourdeur d’un examen en audience lorsqu’un accord existe sur certains points. Elle constitue aussi, aux yeux des praticiens, une atteinte aux droits de la défense et à la possibilité pour chacun d’être jugé avec une nécessaire sérénité”¹⁹⁴. Tal circunstância permite uma maior celeridade processual, pois evita-se a realização de audiência e julgamento sempre que haja acordo sobre determinados pontos.

Concluimos, assim, que o arguido deverá ser informado que lhe assiste o direito ao silêncio e que este perdura ao longo do processo, funcionando mesmo em audiência de julgamento; a confissão pode ser aceite como meio de prova, nos termos do art. 428º do code de procédure pénale, mas não tem valor absoluto. A confissão tem, portanto, como características ser livre, divisível, não absoluta e retratável.

¹⁹²“ L’aveu est la reconnaissance par un plaideur de l’exactitude d’un fait allégué contre lui, qui constitue un mode de preuve du fait avoué. *Vide* <http://fr.wikipedia.org/wiki/Aveu>.

¹⁹³ *Vide* Wikipédia no seguinte endereço:
fr.wikipedia.org/wiki/Reconnaissance_prelable_de_culpabilite_en_procedure_penale_francaise.

¹⁹⁴ *Vide* Wikipédia no seguinte endereço:
fr.wikipedia.org/wiki/Reconnaissance_prelable_de_culpabilite_en_procedure_penale_francaise.

Capítulo II

Estatuto do Arguido

1. Introdução

Antes de mais, cumpre assinalar que assume a qualidade de **arguido** todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal, sendo que essa qualidade se conserva durante todo o processo.

Como já dissemos anteriormente, o arguido é um sujeito processual adstrito a direitos e deveres plasmados em estatuto próprio: Estatuto do Arguido.

A constituição de arguido é obrigatória nos casos previstos no art. 58º do CPP, bem como nas situações previstas no art. 59º do CPP.

Uma vez que a constituição de arguido não depende da suscetibilidade de responsabilidade criminal, pode ser constituído arguido pessoa imputável ou inimputável, desde que seja maior de 16 anos.

Os direitos e deveres deste sujeito processual estão previstos no art. 61º do CPP e também consagrados na CRP, justificando a expressão de que “o Processo Penal é Direito Constitucional aplicado”¹⁹⁵.

Como sujeito processual que é, é por vezes responsável pelo material probatório trazido para o processo¹⁹⁶. No entanto, nem sempre essas provas têm valor probatório à luz da nossa lei processual penal, pois tudo dependerá da fase processual em que estas forem produzidas.

¹⁹⁵ Vide Rui Pereira, “Entre o “Garantismo” e o “Securitarismo”, A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal, in “Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 250.

¹⁹⁶ Responsável no sentido em que intervém no processo e, como tal, apesar de não estar obrigado a produzir prova, por vezes opta por fazê-lo.

2. Constituição de Arguido

O processo penal surge de um facto jurídico, humano e voluntário, com relevância para a ordem jurídica. Esse facto, cometido por um determinado agente, certo ou incerto¹⁹⁷, dá início a uma investigação e, conseqüentemente, à primeira fase processual: o inquérito. Se durante essa fase houver pessoa (ou pessoas) determinada em relação à qual recaía fundada suspeita de ter cometido um crime, fará todo o sentido atribuir-lhe a qualidade de arguido.

Determina o art. 57º - (1) que “assume qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal”. Não se quer com isto dizer que estejamos a condenar uma pessoa *a priori*, estamos tão-só a dar-lhe a possibilidade de se tornar sujeito processual e de lançar mão de certos direitos e deveres. Pois que “é profundamente diverso o regime do interrogatório do arguido (...), relativamente ao das testemunhas e declarantes, revestindo-se aquele de um formalismo mais complexo e de muito maiores garantias do que este. Ao que acresce que só para aquele e não para este vale a exigência da presença de advogado”¹⁹⁸, de forma a assegurar o cumprimento de todos os deveres legais ao longo de todo o processo.

A constituição de arguido vem plasmada no art. 58º do CPP, enunciando esta norma as situações de constituição obrigatória de arguido, sendo certo que a situação prevista no nº1, alínea d), 2ª parte, dá origem a algumas dúvidas. Senão vejamos: do auto de notícia, levantado por autoridade judiciária, órgão de polícia criminal ou por outra entidade policial que presencie o crime, pressupõe conhecimento direto da situação ocorrida. Assim, não parece lógico que a autoridade judiciária dê notícia manifestamente infundada de um crime que presenciou, não se entendendo, portanto, a formulação da referida norma. Na perspectiva de Paulo Pinto de Albuquerque, confundiu-se auto de notícia (art. 243º do CPP) com notícia de um crime dada por qualquer pessoa às autoridades, isto é, com denúncia. Mas como sabemos a denúncia feita por qualquer pessoa não dá lugar de *per si* a constituição de arguido.

¹⁹⁷ Sabemos que por vezes não é possível apurar o autor de um determinado crime, podendo ser instaurado processo contra incertos. Assim, como nos ensina sabiamente Figueiredo Dias, não devemos ligar esta ideia de «constituição de arguido» ao momento inicial do processo penal, pois “o simples conhecimento (notícia) de uma infração obriga o MP a desenvolver toda uma atividade processual de investigação que, seja embora dirigida contra «desconhecidos» e não chegue mesmo a dirigir-se «contra pessoa determinada», constitui *instrução preparatória* e, por isso, *faz já parte do processo penal*”.

¹⁹⁸ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 424 – 425.

Mas, a reforma do CPP conduziu também a importantes inovações, resultando da conjugação do artigo *supra* referido com o art. 272º do CPP resulta que o MP ou órgão de polícia não têm de constituir arguido e interrogar como tal a pessoa determinada contra quem corre inquérito, se não houver suspeita fundada da prática de crime. Verificamos, também, que quando a constituição de arguido é realizada por órgão de polícia criminal é comunicada ao juiz no prazo de 10 dias, com vista à respetiva confirmação. E, além de tudo isto, se forem omissas ou violadas as formalidades legais relativas à constituição de arguido, as declarações prestadas não poderão ser utilizadas como prova¹⁹⁹.

Concordamos em absoluto com estas inovações, não faria sentido constituir alguém arguido sem que houvesse pelo menos a suspeita fundada²⁰⁰ de que o crime em causa tenha sido por ele cometido. Seria muito fácil acusar qualquer um da prática de um crime, ninguém estaria a salvo. Acresce que as formalidades relativas à constituição de arguido devem ser sempre respeitadas, não havendo justificação para que tal não aconteça, caso contrário poderemos comprometer o processo, acarretando tal circunstância as devidas consequências.

Importa também referir que segundo o disposto no art. 59º - (1) do CPP, a constituição de arguido dar-se-á igualmente no caso de durante uma inquirição de uma pessoa que não é arguido surgir fundada suspeita de ela ter cometido o crime.

A constituição como arguido ocorre através de comunicação, oral ou escrita, e é feita por autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal.

Uma vez formalizada legalmente a constituição de arguido este passa a ser sujeito processual, gozando em qualquer fase do processo, salvo as exceções da lei, de direitos, mas também de alguns deveres (art. 61º do CPP).

A constituição como arguido implica a entrega – sempre que possível no próprio ato – de documento em que constem a identificação do processo e do defensor, se este tiver sido nomeado, e os direitos e deveres processuais intrínsecos a essa circunstância (art. 58º - (4)).

¹⁹⁹ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 181, nota 2.

²⁰⁰ “O conceito de “fundada suspeita” não se distingue do conceito de “suspeita”, pois trata-se de um mesmo grau de convicção como resulta expressamente do art. 59º, nº 2, que mantém a exigência da mera “suspeita” como fundamento do direito de requerer a constituição de arguido”. Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 182, nota 3.

3. Direitos e Deveres do Arguido

O art. 61º do CPP enumera um conjunto de direitos e deveres a que o arguido está sujeito, enumeração essa que não é taxativa como se pode verificar pela expressão “em especial”, já que existem pelo código e na própria CRP outros direitos para além dos aqui contemplados.

De acordo com esta norma, são direitos do arguido o direito de presença em atos processuais que lhe digam diretamente respeito; direito de audiência, que não diz apenas respeito ao direito do arguido ser ouvido, “mas, mais amplamente, o direito de ser ouvido, de se pronunciar, também sempre que o tribunal ou o Juiz de Instrução tenham de tomar decisão que o possa afectar pessoalmente”²⁰¹; direito de informação por parte da autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal sobre os direitos que lhe assistem; direito ao silêncio, pois já aqui referimos que o silêncio do arguido não pode ser interpretado como se este fosse culpado, nem prejudica-lo em caso algum, pois ele goza da presunção de inocência; direito a defensor em todos os atos processuais, ao contrário do que se verificava em tempos idos, pois o arguido só teria contacto com o seu defensor «a partir do primeiro interrogatório judicial». Ou seja, “consagrava-se assim legalmente o que hoje é comumente considerado inconstitucional (por violação do disposto no art.32º, nºs 1 e 3, da Constituição). A incomunicabilidade do arguido, sujeito, quantas vezes, a arbitrariedades ou violências das polícias, sem poder contactar, antes daquele interrogatório, com quem o havia de defender!”²⁰²; direito de intervenção, no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurem necessárias, não estando vinculado à intervenção do MP, nem o Juiz de Instrução; direito de recurso, salvo as exceções previstas na lei.

Os deveres processuais a que o arguido está adstrito são o dever de comparência perante o juiz, MP ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e for devidamente convocado; dever de verdade perante as questões colocadas pela entidade competente sobre a sua identidade e antecedentes criminais, sempre que a lei o exigir, incorrendo em responsabilidade penal pela falta de resposta – crime de desobediência – ou por proferir declarações falsas – crime de falsas declarações;

²⁰¹ Vide José Gonçalves da Costa, “O Estatuto do Arguido no Projeto de Código de Processo Penal (Uma Primeira Leitura)”, Revista do Ministério Público, Jornadas de Processo Penal, p. 263.

²⁰² Vide José Gonçalves da Costa, “O Estatuto do Arguido no Projeto de Código de Processo Penal (Uma Primeira Leitura)”, Revista do Ministério Público, Jornadas de Processo Penal, p. 265.

prestação de termo de identidade e residência e o dever de sujeição a diligências de prova e medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente.

4. Declarações do Arguido

Segundo o art. 140º do CPP, sempre que o arguido prestar declarações, ainda que se encontre detido, deve encontrar-se livre na sua pessoa. É proibido o uso de algemas ou talas, como no passado, ou de qualquer outro artifício que diminua a liberdade do arguido ou que o condicione de alguma forma. A segunda parte do preceito, porém, acarreta consigo uma exceção usada apenas na medida do estritamente indispensável: *salvo se forem necessárias cautelas para prevenir o perigo de fuga ou atos de violência*.

Ao contrário do que ocorre com as declarações de testemunhas, o arguido não presta juramento e se o fizer toda a prova obtida será considerada nula, sendo essa nulidade insanável, nos termos do art. 126º - (2) alínea b) do CPP.

As declarações do arguido são alvo de alguma controvérsia, estando a sua valoração dependente da fase processual em que as mesmas tiverem sido proferidas, sendo certo que “para além de constituírem meio de prova, constituem ainda um meio de defesa, ou seja cabe ao arguido prestar tais declarações como bem entender para a eficácia da sua defesa”²⁰³.

O arguido deve responder com verdade às questões sobre os seus antecedentes criminais e sobre a sua identificação – já o referimos anteriormente em sede de deveres do arguido –, caso contrário incorrerá em responsabilidade criminal. Não tem, no entanto, “o dever de responder sobre os factos que lhe são imputados e, se responder, faltando à verdade, não incorre em responsabilidade. Porém, tais declarações poderão ser utilizadas como prova contra si, desde que obtidas após a constituição de arguido e com respeito pelas formalidades expressas nos arts. 58º e 59º”²⁰⁴.

²⁰³ Cfr. Magistrados do Ministério Público, “Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas”, Coimbra Editora, 2009, p. 376, nota 2.

²⁰⁴ Cfr. Magistrados do Ministério Público, “Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas”, Coimbra Editora, 2009 p. 377, nota 5.

5. Interrogatórios de Arguido

A lei processual prevê categorias distintas de interrogatório de arguido, conforme seja a sua situação processual, ou seja, se está detido ou em liberdade, ou se estamos na fase de inquérito, instrução ou julgamento. Tendo ainda relevância a autoridade judicial que recebe tal interrogatório. Achamos necessária e importante esta distinção presente no CPP, pois a valoração do que o arguido declarar – se optar por declarar alguma coisa – também dependerá disso.

O nosso CPP estipula três categorias de interrogatório do arguido: primeiro interrogatório judicial de arguido detido (art. 141º); primeiro interrogatório não judicial de arguido detido (art. 143º) e outros interrogatórios (art. 144º).

5.1 Primeiro interrogatório judicial de arguido detido

O art. 141º do CPP contempla a situação em que o arguido é detido e sujeito ao seu primeiro interrogatório judicial. Esta situação ocorre quando o arguido que não deva ser julgado de imediato é interrogado pelo Juiz de Instrução, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção.

Este interrogatório visa, sobretudo, revelar ao detido os motivos da sua detenção²⁰⁵, são ouvidas as suas razões, cabendo ao juiz decidir se os motivos que efetivaram a detenção ainda persistem e se será necessário aplicar outra medida de coação, além do termo de identidade e residência²⁰⁶, de acordo com os elementos de prova existentes. Sem olvidar que a aplicação de medida de coacção por parte do Juiz de Instrução não poderá ser superior à requerida pelo MP²⁰⁷, sendo “inegável no que

²⁰⁵ Na redação anterior do art. 141º - (1) do CPP já existia a obrigação do MP apresentar ao detido as razões da sua detenção e as provas que a fundamentam. Contudo, há quem defenda que na prática tal dever não era cumprido na sua essência. Com a nova redação dada ao art. 141º - (4) este dever passou a ter que ser reduzido a escrito. *Vide* Ana Cristina Carvalho, “Primeiro interrogatório judicial de arguido detido”, *in* Revista do CEJ, Nº 11, pp. 130 e 131.

²⁰⁶ “Não se trata apenas de saber se há indícios dos factos imputados ao arguido pelo Ministério Público, mas também se existem motivos que justificam a privação da liberdade do arguido”, Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 403, nota 1.

²⁰⁷ Apesar de, recentemente, com o surgimento do Projeto de Alteração do CPP, haver a possibilidade de esta norma ser alterada, na medida em que se pretende dar a possibilidade de o juiz, durante o inquérito, poder aplicar medida de coação diversa, ainda que mais grave, da requerida pelo MP, com fundamento no art. 204º, alíneas a) e c) do CPP. Não pretendemos aprofundar este assunto, mas tão-só advertir que poderá estar eminente uma mudança referente a este preceito.

diz respeito à fase de inquérito que o legislador pretendeu “responsabilizar” – no bom sentido da palavra – o MP quanto à efectiva condução do mesmo”²⁰⁸.

A Lei 48/07 de 29 de Agosto, responsável pela introdução do nº 1 do art. 141º, traduz-se na exigência da explicação dos motivos da detenção e apresentação das provas que a fundamentam perante o juiz de forma *circunstanciada*²⁰⁹, significando um acrescido dever de cuidado e de *proficiência* por parte do órgão de polícia criminal responsável pela detenção²¹⁰.

Cumprem-se, deste modo, exigências feitas pela nossa Constituição, pois que o seu art. 28º - (1) prescreve que “a detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coação adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa”.

O interrogatório é feito exclusivamente pelo juiz, pois tem natureza judicial, na presença do defensor e do Ministério Público e funcionário de justiça.

Se o arguido não tiver defensor constituído é-lhe nomeado um para o ato, pois nos termos do art. 64º - (1) alínea a), o primeiro interrogatório judicial de arguido detido deve obrigatoriamente ser assistido por defensor. Segundo o que nos diz o Prof. Germano Marques da Silva, esta obrigatoriedade não visa tanto o controlo da atividade do juiz, como visa a defesa eficaz do arguido, visto que este se encontra numa situação delicada e em que toma pela primeira vez conhecimento dos indícios que contra si existem.

Esta imposição por parte da lei resulta também do facto de estar em causa a aplicação ou não de uma medida de coação – cumulativa com o termo de identidade e residência²¹¹ – “existindo a necessidade de garantir a credibilidade da justiça”²¹², acresce que o facto de a decisão “sobre a sujeição do arguido a medidas de coacção

²⁰⁸ Vide Ana Cristina Carvalho, “Primeiro interrogatório judicial de arguido detido”, in Revista do CEJ, Nº 11, p. 131.

²⁰⁹ A indicação circunstanciada dos motivos da detenção e das provas que a fundamentam deve traduzir-se na indicação concreta dos factos (tempo, modo, lugar – sempre que possível) e do direito determinantes da detenção, e com os quais pretende o MP que o arguido seja confrontado. Bem como dos concretos meios de prova que a fundamentam. Vide Ana Cristina Carvalho, “Primeiro interrogatório judicial de arguido detido”, in Revista do CEJ, Nº 11, p. 131.

²¹⁰ Assim José Braz, “Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade”, 2ª Edição, Almedina, 2010, p. 114.

²¹¹ Doravante TIR.

²¹² Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 200.

(...) tem natureza contraditória. A ausência do Ministério Público ou de defensor determina a nulidade insanável do interrogatório [art. 119º, als. b) e c)]²¹³.

Aquando do início do interrogatório o arguido deverá ser advertido para o facto de estar adstrito a um dever de verdade sobre as perguntas acerca da sua identidade e antecedentes criminais, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal, como já referimos anteriormente²¹⁴. Bem como dos restantes direitos que lhe assistem nos termos do art. 61º do CPP.

O juiz deverá, também, adverti-lo para o facto de ter direito a permanecer em silêncio sobre os factos que lhe são imputados e de comunicar em privado com o seu defensor. Sendo certo, sem qualquer tipo de dúvida, que a omissão desta advertência configura uma proibição de prova e, previsivelmente, a proibição de valoração de eventuais declarações. Acontece, porém, que por vezes o arguido, ainda que tomando conhecimento dos direitos que possui, opta por falar. Neste caso, ainda que tais declarações não consubstanciem proibição de prova, também não é certo que possam ser valoradas em sede de julgamento, pois tal valoração estará dependente da postura que o arguido adotar posteriormente.

5.2 Primeiro interrogatório não judicial de arguido detido

Diz-nos o art.143º do CPP que o arguido que não tiver sido presente ao Juiz de Instrução a fim de ser interrogado em ato seguido à sua detenção, é apresentado ao Ministério Público competente na área em que a detenção se tiver operada, podendo ouvi-lo sumariamente. A razão de ser desta norma é “revelar ao detido os motivos da sua detenção, ouvir as razões do detido e colocar Ministério Público em posição de decidir se os motivos que determinaram a detenção ainda subsistem em face das razões do detido e se justificam a aplicação de TIR ou medida de coação mais grave ou medida de garantia patrimonial”²¹⁵.

O facto de o arguido ser sujeito a medidas de coação por parte do MP, em vez do Juiz de Instrução, é alvo de discórdia por parte de alguns autores, nomeadamente,

²¹³ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 200.

²¹⁴ Convém, no entanto, advertir – apesar de não termos a pretensão de aprofundar este tema – que está em curso um Projeto de Alteração do CPP que visa eliminar a obrigatoriedade do arguido responder com verdade às perguntas sobre os seus antecedentes criminais e prisionais.

²¹⁵ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 413, nota 1.

José Lobo Moutinho, que defende que por estarem em causa direitos fundamentais do arguido aquando da aplicação do TIR, “ele cabe exclusivamente ao Juiz de Instrução”²¹⁶.

Ainda assim, diz-nos a nossa lei processual penal, que este interrogatório “é da competência do MP, tem carácter facultativo e natureza sumária”²¹⁷, aplicando-se-lhe contudo, com as devidas adaptações, nos termos da nova redacção introduzida pela Lei 48/2007 de 29 de Agosto, o regime previsto no art. 141º para o interrogatório judicial, nomeadamente, a obrigatoriedade da presença de defensor”²¹⁸, pois exceto nos casos em que é possível autorrepresentação²¹⁹, o arguido deve ser assistido por defensor.

Resulta da leitura do nº 3 do art. 143º do CPP que o MP tem a possibilidade de optar por duas vias, isto é, pode decidir-se pela libertação imediata do arguido ou providenciar para que este seja presente ao Juiz de Instrução para o primeiro interrogatório judicial²²⁰.

Assim, caso a detenção seja ilegal, o MP não valida a detenção, revoga a constituição como arguido e, caso tenha sido já aplicado, retira a aplicação do TIR, ordenando a libertação do sujeito; caso seja legal, existem duas possibilidades, ou o MP valida a detenção e a constituição como arguido e, sendo suficiente o TIR, aplica-o ou mantém-no, no caso de ter sido já aplicado, ordenando a sua libertação de imediato, ou sendo necessária medida de coacção mais grave do que o TIR ou medida de garantia patrimonial, requer ao juiz a realização de primeiro interrogatório judicial do arguido

²¹⁶ Vide José Lobo Moutinho, “Arguido e Imputado no Processo Penal Português”, Universidade Católica Editora, 2000, p. 93.

²¹⁷ Significa isto, no entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque, que o interrogatório do MP não tem necessariamente que compreender todos os momentos do interrogatório judicial.

²¹⁸ Vide José Braz, “Investigação Criminal - A organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade”, 2ª Edição, Almedina, 2010, p. 117.

²¹⁹ Ou seja, quando a constituição de defensor não seja obrigatória.

²²⁰ Este artigo, envolto em alguma polémica que põe em causa a sua constitucionalidade ou não, conta com a opinião de alguns autores, nomeadamente, Germano Marques da Silva que defende a sua constitucionalidade. Argumenta para tanto, que “nem o interrogatório nem a libertação por parte do Ministério Público são proibidas pela Constituição e a sua razão de ser é evitar que o detido permaneça privado da sua liberdade para além de 48h sem que a validade da sua detenção seja apreciada por um juiz. Nem a libertação impede que a validade da detenção seja posteriormente apreciada pelo juiz. Não pode ser sacrificada a liberdade do arguido para que a legalidade da sua detenção possa entretanto ser apreciada; seria absurda a inversão de valores”.

Paulo Pinto de Albuquerque também vai no sentido de defender a constitucionalidade da norma.

Opinião divergente tem José Gonçalves da Costa, que defende que o nº 3 do art. 143º ofende os artigos 32º - (1) e (4), e art. 28º - (1) da CRP, “na medida em que permite a libertação de um detido sem apresentação ao juiz, para controlo da legalidade da detenção”.

para esse efeito²²¹. Concluímos, deste modo, que se for previsível *ab initio* a aplicação de medida de coação mais grave do que o TIR ou a aplicação de garantia patrimonial, não se justifica que o MP proceda à realização do primeiro interrogatório do arguido detido, pois não tem competência para tal, devendo de imediato remeter o arguido ao Juiz de Instrução para que este realize o primeiro interrogatório.

Entende José Braz, que o objetivo deste ato processual visa o controlo e saneamento prematuro de eventuais detenções ilegais efetuadas pelos órgãos de polícia criminal.

O n.º 4 do art. 143.º preceitua que em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, o MP se decida por restringir ao arguido o contacto com qualquer pessoa, desde que não seja o seu defensor, pois tal contacto deverá sempre ser assegurado.

Para que o interrogatório não judicial de arguido detido decorra de uma maneira eficaz é importantíssimo o papel dos órgãos de polícia criminal, que após a detenção do indivíduo devem comunicá-lo ao Ministério Público, afim deste tomar as providências necessárias que tenham como finalidade o cumprimento da lei processual penal e da lei fundamental.

5.3 Outros interrogatórios

A competência para a realização de qualquer interrogatório depende da fase processual em que os mesmos decorram, como já havíamos referido inicialmente. Assim, os interrogatórios subsequentes de arguido, preso ou em liberdade, serão efetuados durante o inquérito pelo Ministério Público ou pelo órgão de polícia criminal, se o Ministério Público lhe delegar essa tarefa. O Juiz de Instrução tem competência para interrogar na fase de instrução – se a ela houver lugar –, e o Juiz de Julgamento interroga durante a fase de julgamento, não sendo aqui admissível a delegação dessa função a nenhum órgão de polícia criminal²²².

Estes interrogatórios obedecem às mesmas regras que regulam o primeiro interrogatório de arguido detido, sendo sempre feitos na presença de um defensor,

²²¹ Assim Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 414, nota 8.

²²² Esta limitação resulta da revogação pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto que permitia aos órgãos de polícia criminal a realização do interrogatório na fase de instrução e julgamento.

caso se trate de arguido preso, e nas demais situações de constituição obrigatória de defensor, estando o arguido adstrito e consciente dos restantes direitos que lhe assistem.

O arguido interrogado tem também deveres, nomeadamente, a obrigação legal de responder com verdade às perguntas sobre os seus antecedentes criminais, sob pena de incorrer no crime de falsas declarações. A necessidade de plasmar os antecedentes criminais remonta à Idade Moderna, assumindo o certificado de registo criminal um papel importante na investigação judicial e policial²²³. Ainda que haja quem defenda que a pergunta ao arguido acerca dos seus antecedentes criminais consubstancia uma afronta ao princípio de presunção de inocência, sendo, portanto, inconstitucional, o Tribunal Constitucional veio dizer que assim não é, tendo entendido que a informação prestada pelo arguido durante o interrogatório, diante um órgão de polícia criminal, terá relevância para o Ministério Público requerer ou não certa medida de coação ao juiz²²⁴.

De facto, se soubermos *ab initio* que será necessário aplicar medida de coação ao arguido – além do TIR –, sabendo que esta aplicação é da competência do Juiz de Instrução e se a isto acrescentarmos o facto de o MP ter naturalmente acesso a essa informação, posteriormente, não me parece de todo ofensivo dos direitos do arguido que tal questão possa ser feita.

Para o caso de o arguido estar em liberdade o MP não pode restringir-lhe o contacto com outras pessoas. Ocorre o mesmo relativamente ao arguido preso depois do interrogatório judicial ter sido realizado²²⁵.

²²³ Sobre este assunto *vide* Catarina Veiga, “Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal”, Almedina, 2001.

²²⁴ *Vide* Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 416, nota 7.

²²⁵ *Vide* Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, nota 8.

Capítulo III

Valor probatório das declarações do arguido

1. Considerações gerais

As declarações que o arguido possa proferir ao longo do processo podem ser valoradas quando cumpridas algumas exigências que a lei impõe.

Já deixamos adivinhar, pelo que anteriormente explicitamos, que as declarações deste sujeito processual só ganham amplitude e aceitação se tiverem sido proferidas de forma livre e consciente, sem recurso a qualquer tipo de coação, sendo este advertido sobre todos os direitos e deveres que lhe são intrínsecos perante a entidade judicial competente. Apoiamos em absoluto esta posição, na medida em que defendemos que *a verdade só será bem-vinda se vier pelo caminho certo*. A liberdade que o arguido possui de confessar²²⁶ – ou deixar de o fazer em determinado momento processual –, a autoria dos factos que lhe são imputados deve ser determinada, tão-só, pela sua vontade própria e nada mais. Só assim poderemos garantir o respeito pela sua dignidade pessoal e demais direitos que lhe são atribuídos.

A confissão do arguido em sede de audiência vem regulada nos termos do art. 344º do CPP, sendo que se forem respeitados os requisitos impostos pela norma, a confissão será admissível.

Dispõe este preceito (no seu nº 1) que no caso de o arguido *declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se pretende fazer uma confissão integral e sem reservas*, regulando, assim, as consequências dessa modalidade de confissão (nº 2)²²⁷, bem como as suas exceções

²²⁶ A confissão é um ato pessoal, que só pode ser exercido presencialmente pelo próprio, na audiência, oral ou, sendo mudo, por escrito, nos termos da lei.

²²⁷ A confissão integral e sem reservas por parte do arguido implica a renúncia à produção de prova, considerando-se os factos confessados como provados; a passagem imediata às alegações orais, seguida da absolvição do arguido ou da determinação da pena a aplicar e a redução a metade do imposto de justiça devido.

(nº 3)²²⁸, deixando adivinhar a existência de um outro tipo de confissão (nº 4), isto é, a confissão parcial e/ou com reservas²²⁹.

A fase processual em que o arguido opte por, eventualmente, confessar é da maior relevância para determinar os efeitos probatórios dessa confissão. Como nos diz o Prof. Germano Marques da Silva, “se o arguido prestar declarações, confessando os factos imputados, *releva a fase processual e a forma da confissão para determinar os seus efeitos probatórios*, muito embora seja sempre válido o princípio de que o valor probatório da confissão será sempre livremente apreciado pelo tribunal”²³⁰, quer o favoreça ou não. A livre apreciação da prova pressupõe a coerência de critérios objetivos que permitam concretizar uma fundamentação racional e lógica.

O arguido pode também optar por nada declarar durante toda a fase processual, usufruindo de um direito de defesa que a Constituição lhe atribui, isto é, fazendo uso do seu direito ao silêncio. Este silêncio apresenta-se, assim, como uma informação processual, porém, tal informação não poderá ser valorada no sentido de o favorecer, sendo que o contrário também não será admissível²³¹. “Se é certo que o direito ao silêncio não pode desfavorecer o arguido, não pode deixar de assinalar-se que também não o pode beneficiar e, muitas vezes, pode objectivamente impedir o tribunal de conhecer factos que são apenas do conhecimento pessoal daquele e que se falasse o poderiam de algum modo favorecer, v. g., factos que poderiam integrar uma causa de exclusão de ilicitude ou da culpa; circunstâncias atenuantes, arrependimento sincero, etc.”²³².

Concluimos, deste modo, que o arguido poderá optar por uma de três vias: confessar integralmente e sem reservas; optar pelo silêncio ou prestar declarações.

Como já referimos, a confissão do arguido só vem regulada quando este confesse em sede de audiência. Contudo, ele pode optar por fazer declarações em

²²⁸ Casos em que houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles; quando o tribunal, em sua convicção suspeitar do carácter livre da confissão, designadamente por dúvidas acerca da imputabilidade plena do arguido ou veracidade dos factos confessados, ou quando o crime seja punível com pena de prisão superior a 5 anos.

²²⁹ De acordo com esta situação, sempre que a confissão for parcial e com reservas ou integral e sem reservas, nos casos excepcionados no nº3 da norma em análise, o tribunal decide, segundo a sua convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção de prova.

²³⁰ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 206.

²³¹ Assim prescreve o art. 343º - (1) do CPP.

²³² Vide Magistrados do Ministério Público, “Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas”, Coimbra Editora, 2009, p. 858, nota 3.

qualquer fase processual, surgindo a questão de saber qual a valoração a atribuir às declarações proferidas em sede de Inquérito e/ou Instrução.

A confissão por parte do arguido aquando das referidas fases processuais relativamente aos factos que lhe são imputados será (também) livremente apreciada. No entanto, tal ocorrência não dispensa a continuação de recolha de prova por parte do Ministério Público nem do próprio juiz - no exercício do princípio da investigação ou verdade material – “para se evitarem situações em que o tribunal na fase de julgamento seja colocado perante uma alteração da situação confessória do arguido sem que no processo existam outros meios de prova”²³³.

2. Breve análise sobre as declarações do arguido na perspetiva do Código de Processo Penal de 1929 – o seu valor probatório

Durante muitos séculos, enquanto vigorava um sistema processual inquisitório, a confissão era a principal prova, era mesmo considerada a *regina probationum*.

A principal razão devia-se ao facto de se ter cristalizado normativamente uma regra de experiência, a regra segundo a qual sempre que alguém confessa um mal é, em princípio, verdade.

Ao chegarmos às revoluções liberais esta prova foi rejeitada por estar associada a questões negativas como a tortura, a coação, entre outras práticas altamente reprováveis e degradantes para o ser humano.

O Código de Processo Penal de 1929²³⁴ ²³⁵, aprovado através do Decreto nº 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, por via “de *l’air du temps*, não levava suficientemente a sério a *ideia de oralidade*, permitindo largo apelo, em julgamento, ao material probatório recolhido na fase da *instrução preparatória*”²³⁶. No entanto, no

²³³Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 206.

²³⁴ O Decreto nº 16:489, de 15 de Fevereiro de 1929 (Diário do Governo, nº37, I série), responsável pela aprovação do Código de Processo Penal de 1929 – *notável diploma para a época em que foi promulgado* -, foi alvo de alterações sucessivas em matéria de processo penal, pelo facto de, em determinados momentos, *não servir o direito substantivo*. Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, “tratou-se, além disso, de diplomas projectados em horizontes históricos vários, com diferente densidade ideológica e cultural, e, por isso mesmo, prestando homenagem a distintas concepções do mundo e da vida, do Estado e do cidadão, da comunidade e da pessoa, e portadores de programas político - criminais centrífugos e frequentemente antagónicos”.

²³⁵ Doravante CPP de 29.

²³⁶ Vide Rodrigo Santiago, “Reflexões Sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova” no Código de Processo Penal de 1987, *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, Jan –Mar, 1994, p. 30.

que respeita à prova testemunhal, por via do art. 438º do CPP de 29, *não serão lidos às testemunhas ao seus depoimentos escritos na instrução, salvo depois de elas haverem deposto, a-fim-de esclarecerem ou complementarem os depoimentos prestados na audiência de julgamento*²³⁷. O espírito do legislador parece ir no sentido de não querer condicionar o testemunho em causa, pois *“há testemunhas que para se esquivarem a um novo depoimento, começam logo por dizer que se reportam ao que disseram no corpo delicto. Isso não é lícito, por motivos transparentes. A testemunha tem de depor sem a prévia leitura do seu anterior depoimento. Se fica alguém do que tinha dito ou se está em contradição com o depoimento anterior, o inquiridor chama a atenção para êsse facto, a-fim dela completar o depoimento ou esclarecer a contradição. Se vai mais além do que consta do depoimento antigo, também se lhe pergunta o motivo porque não disse tudo da primeira vez”*²³⁸.

A prova testemunhal e por declarações vinham consagradas nos termos do art. 214º do CPP de 29 e consistia na audição como testemunhas das “pessoas que fossem indicadas pelo Ministério Público, pelo participante, ofendido, ou parte acusadora, as referidas por estas e ainda quaisquer outras que o juiz entenda poderem contribuir para a descoberta da verdade”. Apesar de não resultar desta norma a impossibilidade do depoimento de arguido e coarguido como testemunhas, a verdade é que por via dos artigos 96º e 97º, *a contrario*, do mesmo diploma eles não estão adstritos ao dever de juramento, assim, não poderão ser considerados como testemunhas²³⁹.

Relativamente ao interrogatório do arguido que, anteriormente denominado réu, – ou seja, “a pessoa contra a qual foi dirigida uma acusação criminal judicialmente recebida, i. é, a pessoa criminalmente *pronunciada* com fundamento numa acusação pertinente”²⁴⁰ –, vem consagrado nos termos do art.425º do CPP de 29. O arguido era, então, interrogado pelo presidente do tribunal relativamente ao seu nome, estado, filiação, idade, naturalidade, residência, se sabia ler ou escrever, se já esteve preso ou respondeu por algum processo e, em caso afirmativo, quando e por que motivo, sendo em seguida perguntado sobre os factos de que vem acusado. A falta ou a falsidade de resposta a estas perguntas acarretava como consequência a pena de

²³⁷ Itálico nosso.

²³⁸ Vide José Mourisca, Código de Processo Penal (Anotado), Volume III, Tipografia Vouga – Albergaria - A – Velha – 1933, p.307, nota 1289.

²³⁹ As pessoas que não podem ser testemunhas vêm prescritas nos termos dos artigos 216º a 218º do CPP de 29.

²⁴⁰ Vide A. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra, 1968, p. 152.

desobediência e de falsas declarações, respetivamente. Um pouco à semelhança do que ocorre hoje em dia.

Antes de começar o interrogatório propriamente dito sobre os factos que lhe são imputados, o juiz deveria adverti-lo “de que não é obrigado a responder às perguntas que lhe vão ser feitas, pois têm apenas por fim proporcionar-lhe o ensejo de se defender e contribuir para o esclarecimento da verdade e não de obter elementos para a sua condenação” (nº1). O nº 3 do mesmo preceito dá, também, a possibilidade do juiz a qualquer altura, ”durante a produção de prova, officiosamente ou a requerimento da acusação ou da defesa, quando o entenda por conveniente, fazer ao réu quaisquer perguntas sobre qualquer facto ou circunstância que interesse à descoberta da verdade, ou confrontá-lo com as testemunhas, com os outros réus ou com o ofendido”.

As perguntas deverão ser feitas pelo presidente do tribunal, nos termos do art. 429º do CPP de 29, “mas tanto a acusação como a defesa poderão pedir que os interrogados esclareçam as suas respostas ou que lhes façam novas perguntas, no intuito de esclarecer a verdade, podendo o presidente indeferir, se entender que as perguntas são desnecessárias ou proibidas por lei”.

Resulta das normas agora enunciadas, que já nesta altura o arguido beneficiava da possibilidade de não responder às perguntas colocadas no processo, estando presente o direito ao silêncio. Podendo, no entanto, ser sujeito a questões colocadas pelo presidente (nas situações já enunciadas), visando prosseguir no caminho de esclarecimento dos factos. Resulta também do normativo legal que as questões têm a finalidade de contribuir para a descoberta da verdade, proporcionando ao *réu* a possibilidade de se defender, *e não o de obter elementos para a sua condenação*. É, ainda, dada a possibilidade aos defensores de ambas as partes, salvo indeferimento do presidente, de colocar novas questões, uma vez mais com o objetivo de esclarecer a verdade dos factos.

Um dos direitos que ao arguido assiste é “*o direito de ser ouvido* quer sobre os factos que incriminatoriamente lhe sejam imputados (...), quer sobre a validade jurídico-processual de todos os actos e diligências requeridas pelo M. P. ou ordenados officiosamente pelo juiz”²⁴¹. Assim, tem o arguido direito a defender-se e o *direito geral de contradição*.

²⁴¹Vide A. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra, 1968, p. 160.

Segundo o Código de 29, o réu era submetido a quatro tipos de interrogatórios, o primeiro dos quais a lei designa por “ das perguntas” e se encontra consagrado nos termos do art. 278º e seguintes. Este ato ocorre naquelas situações em que o réu é preso e em que deverá ser interrogado *dentro das primeiras vinte e quatro horas, a contar do momento da apresentação dos presos em juízo*. Diz-nos Castanheira Neves que se este interrogatório *não é exclusivamente um meio de defesa do arguido – pois não está impedido que se colham dele elementos úteis para “o esclarecimento da verdade” pro e contra e para a própria instrução do processo –, é por certo uma garantia importante de que ele beneficia, já que esse interrogatório como que se traduz num processo especial de apreciação da prisão feita, que aí será confirmada na sua legalidade e justificação concreta e infirmada*.

Outro interrogatório de extrema importância, para o andamento do processo e boa resolução da causa, diz respeito ao interrogatório realizado no começo da audiência de julgamento. Já nos referimos anteriormente a ele, mas, importa, ainda, dizer que quanto aos factos que são imputados ao arguido, este artigo funciona como um meio de defesa do arguido e, tanto assim é que o juiz está obrigado a adverti-lo do benefício que a lei lhe dá e que vem consagrado no nº 1 do art. 425º, isto é, que o réu não é obrigado a responder às perguntas que lhe são feitas, pois as respostas podem ser incriminatórias. ”Mas já não parece implicar isto que não devem ser consideradas em sentido desfavorável as respostas que possam ter esse relevo, desde que advertido da faculdade de não responder, o réu o tenha querido fazer apesar de tudo. Isto porque, para além da finalidade de defesa, não deixa de visar igualmente este interrogatório “o esclarecimento da verdade” – i. é, não deixa de propor-se a verdade material”²⁴². Parece-nos que este entendimento vai de encontro com o espírito do legislador da época, posição que humildemente aceitamos e com a qual concordamos. Opinião diversa tem Rodrigo Santiago que, apesar de concordar que este interrogatório é *prescrito fundamentalmente como meio de defesa do arguido*, já não concorda com o facto de serem *consideradas em sentido desfavorável as respostas que possam ter esse relevo*. Na sua perspetiva a questão relevante “não é a confissão, mas a do *valor probatório das declarações do arguido*. Ora, **confessar não é, necessariamente, co-honestar os factos constantes da acusação. Confessar é responder com verdade** – rectius: responder de acordo com a versão assumida pelo Tribunal, ou seja, com a **verdade judicial**.

²⁴² Assim A. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra, 1968, p. 162 e ss.

O terceiro interrogatório realiza-se no último ato da audiência de julgamento e realiza-se findas as alegações, conforme prescreve o art. 468º, consubstanciando este um exclusivo meio de defesa do arguido.

Existe ainda uma quarta possibilidade de o réu ser chamado a depor, a prestar declarações, sempre que o juiz o entenda por conveniente, oficiosamente ou a requerimento do MP ou dos assistentes. “Só que não se trata já nestes casos de meios de defesa do réu, mas apenas de meios de prova produzidos pelo próprio arguido”²⁴³.

A confissão por parte do arguido vem regulada nos termos do art. 284º do CPP de 29 e implica que, caso ela venha a ocorrer, o arguido tenha que contar ao tribunal pormenorizadamente, como tudo ocorreu, nomeadamente, os motivos, o modo e meios empregados para cometimento do crime em causa. “O réu pode invocar para justificação motivos ponderosos, v.g., a desafronta da sua honra, violência graves ou mesmo qualquer justificação de facto. (...) O presente artigo também se observa na audiência de julgamento. Ainda que o arguido tenha confessado a infracção, o juiz deve proceder a tôdas as diligências para o apuramento da verdade”²⁴⁴. O juiz não poderá decidir na ausência da prova ou contra esta, ou seja, a sua íntima convicção terá que assentar em toda a prova produzida para, posteriormente, decidir pela condenação ou absolvição do arguido²⁴⁵.

Importa referir, antes de finalizar, que o CPP de 29 foi sofrendo algumas alterações ao longo dos tempos, com o objetivo de se adaptar às transformações da sociedade. No entanto, “a manta de retalhos que nele podíamos encontrar já apresentava demasiados recortes e, por mais retoques que se lhe fizesse, o ajustamento à nova concepção jurídico-constitucional firmada na Constituição da República Portuguesa de 1976, era premente”²⁴⁶. De facto, passando Portugal pela transformação a nível político-social que passou, livrando-se das amarras de um regime autoritário, nada mais urgente e necessário que consagração de um CPP completamente adaptado à nova realidade.

²⁴³ Vide A. Castanheira Neves, “Sumários de Processo Criminal”, Coimbra, 1968 p. 163 e 164.

²⁴⁴ Vide José Mourisca, Código de Processo Penal (Anotado), Volume III, Tipografia Vouga – Albergaria - A - Velha – 1933, p. 59.

²⁴⁵ Vide Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 73.

²⁴⁶ Vide Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 73.

3. Breve análise sobre as declarações do arguido na perspetiva do Código de Processo Penal de 1987 – o seu valor probatório

O Decreto-Lei nº 78/87 de 17 de Fevereiro, responsável pelo surgimento do Código de Processo Penal de 1987, demonstrou-se de uma enorme importância para os desafios da sociedade portuguesa da época, configurando importantes alterações no que respeita à matéria que aqui nos interessa, as declarações do arguido e dando continuidade ao modelo acusatório mitigado pelo princípio da investigação.

Com o passar do tempo e com a consolidação da nossa democracia, podemos dizer com segurança que o respeito e a salvaguarda pelos direitos fundamentais do arguido são hoje uma realidade no nosso país. Não queremos com isto dizer que não existem exceções, como sabemos, o direito processual penal e a proteção dos direitos fundamentais, particularmente do arguido, não se manifesta de modo absoluto, pois não podemos esquecer que este ramo do direito busca, também, ao mesmo tempo a verdade material e a restituição da paz jurídica. No entanto, não poderemos deixar de constatar que ocorreu, de facto, uma evolução positiva no tratamento da justiça portuguesa para com o arguido desde o CPP de 29, reconhecendo-se de um modo mais efetivo concretizador a salvaguarda pelos direitos fundamentais. Um indicador quanto a isso é que, ao contrário do que anteriormente acontecia, a confissão do arguido não é mais considerada a rainha das provas, sendo valorada de acordo com os ditames de um regime que já não é o autoritário. As declarações do arguido (continuam) a constituir um meio de prova, mas também constituem um meio de defesa, cabendo-lhe prestar tais declarações como bem entender para uma defesa que se quer eficaz, sendo certo que as declarações devem ser livremente tomadas, mesmo que o arguido se encontre detido ou preso.

O arguido deve ser inquirido sobre os factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto de prova, sendo “o depoimento um acto de natureza pessoal que não pode, em caso algum, ser feito por intermédio de procurador”²⁴⁷. Note-se, no entanto, que não está obrigado a prestar juramento em caso algum, e se o fizer tais declarações serão nulas, consubstanciando tal ocorrência uma nulidade insanável. Além disso, o arguido não tem, relativamente à factualidade vertida nos autos, o ónus de esclarecer nem de afastar a sua – eventual – responsabilidade, pois

²⁴⁷ Vide António Augusto Tolda Pinto, “A tramitação processual penal”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2001, p. 329

não vigora o princípio do dispositivo, nem o da autorresponsabilidade probatória das partes. De todo o modo, caso opte por não exercer o seu direito ao silêncio, não lhe é exigível que diga a verdade.

O legislador de 1987 quis, assim, dar a possibilidade de os sujeitos processuais carream para o processo provas, sem que a isso estejam obrigados e sem que o tribunal se sujeite apenas a essas provas, mas que busque outras se achar necessário, por isso a estrutura do nosso processo penal é uma estrutura acusatória, mitigada pelo princípio da investigação e consagrada pela CRP de 1976.

A existência de separação de poderes consagrada no CPP de 87, retirou ao juiz o poder discricionário do processo, em que ele era responsável por inquirir, acusar e julgar. Com o advento do CPP de 87 houve, pelo contrário, uma distribuição de competências, em que o MP “actuando em cumprimento de um dever de objectividade decorrente do princípio da legalidade a que está vinculado no exercício das suas funções, deverá encetar todas as diligências que considere necessárias para apurar a verificação de uma infracção penal e, quando constatar determinada factualidade cujo recorte assenta na prática de ilícito criminal, deverá sujeitá-la à competente apreciação jurisdicional concretizada na fase de julgamento, através da dedução da acusação”²⁴⁸.

Por sua vez o Juiz de Julgamento, na fase de julgamento, tem a competência para apreciar e valorar a prova produzida até então, “quer tenha sido aduzida pela acusação, quer pela defesa, mas à qual o seu juízo valorativo não está “amarrado”, não exercendo a sua função como se de um árbitro se tratasse, antes podendo ordenar a realização de quaisquer diligências probatórias que se lhe afigurem de utilidade”²⁴⁹, por força do princípio da investigação.

Existe, ainda, uma terceira figura que intervém no processo: o Juiz de Instrução Criminal, que decorre da Constituição da República de 1976. No entanto, a fase instrutória não era inédita pois já o CPP de 1929 conferia competência para realizar tanto a instrução preparatória, como contraditória ao juiz. Todavia, porque esse era o Juiz de Julgamento, não poderíamos falar em Juiz de Instrução²⁵⁰, pelo menos na mesma aceção que atualmente temos dele, ou seja, como sujeito processual de um sistema de estrutura acusatória do processo penal. Só mais tarde é que o Código

²⁴⁸ Vide Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 80.

²⁴⁹ Vide Rosa Vieira Neves, “A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)”, 1ª Edição, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011, p. 81.

²⁵⁰ Cfr. José Souto Moura, “Inquérito e Instrução”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1995, p. 90.

de Processo Penal Novo (C.P.P.N.) viria a alterar de forma drástica o papel do Juiz de Instrução, estabelecendo uma única instrução, tendo esta caráter facultativo e integrando obrigatoriamente um debate oral ²⁵¹. O Juiz de Instrução Criminal é, então, considerado o *dominus* da fase de instrução – quando a esta houver lugar²⁵², mas, por outro lado, respeitando “a autonomia do Ministério Público, não caindo na tentação de fazer deste – ainda que com epíteto de “guardião da legalidade democrática” – um simples polícia qualificado nas mãos do Juiz de Instrução”²⁵³.

Apesar de ser visível a evolução do nosso CPP de 87, quando comparado ao anterior, verificamos que a caminhada é longa e, portanto, haverá muito mais para evoluir. Talvez por isso estejamos na iminência de mais uma alteração ao CPP português, mas sem dúvida que o CPP de 87 e a aproximação a um processo de estrutura acusatória vieram dar uma nova perspectiva à confissão e ao seu valor probatório.

A análise ao Código continuará em, certa medida, no capítulo seguinte, através da abordagem da posição da doutrina portuguesa relativamente às declarações de arguido.

²⁵¹ Cfr. José Souto Moura, “Inquérito e Instrução”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1995, p. 91.

²⁵² A fase instrutória visa a comprovação da decisão do MP deduzir acusação, a requerimento do arguido; a comprovação da decisão de o assistente deduzir acusação, em caso de procedimento dependente de acusação particular, a requerimento do arguido e a comprovação da decisão do MP de não deduzir acusação, a requerimento do assistente, quanto aos crimes de natureza pública ou semipública.

²⁵³ Vide Anabela Miranda Rodrigues, “O inquérito no novo Código de Processo Penal” in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1995, p. 68.

Capítulo IV

Posição da Doutrina Portuguesa no que às declarações de Arguido diz respeito

1. Doutrina portuguesa

a) Manuel Cavaleiro Ferreira

No entendimento de **Manuel Cavaleiro Ferreira**, que se encontra narrado na sua obra²⁵⁴ – pela qual nos guiaremos nesta parte do nosso trabalho –, “a confissão do réu não é o objectivo da instrução”.

O *réu* tem o direito a ser ouvido sobre os factos que lhe são imputados, a prestar declarações, é um direito que lhe assiste. Sabemos que dessas declarações pode surgir a confissão que, apesar de não ser o objetivo da instrução, poderá contribuir para o ponto de partida de outras averiguações. “Não é de subestimar a grande importância destas declarações”, pois elas revestem grande importância, “simplesmente as declarações do arguido são, além de declarações, no estrito significado do termo, expressão livre da personalidade do arguido. Não há verdadeira declaração sem liberdade”.

Não poderíamos estar mais de acordo no que a isto se refere, pois também entendemos que só a declaração proferida de forma livre poderá ser, de facto, verdadeira.

Ainda que não atribuamos a conotação de *regina probationum* à confissão, ela é de extrema importância quando dita *despida* de obrigação ou coação, ou seja, quando dita por vontade própria do arguido fazendo uso de um direito que jamais lhe deverá ser vedado. Assim se entende, nas palavras de Cavaleiro Ferreira que “a

²⁵⁴ Vide Cavaleiro Ferreira, “Curso de Processo Penal”, Volume II, Lisboa, 1955, p.321 e ss.

declaração, para o ser, precisa de provir do próprio declarante: não pode ser coacta ou automática”.

A liberdade do arguido vai mais longe ainda, uma vez que ele pode recusar-se a prestar declarações ao longo do processo. Além disso, não estando ele adstrito a um dever de verdade, ainda que opte por prestar declarações, estas podem não corresponder à realidade dos factos. Esta “liberdade das declarações liga-se à posição de parte no processo, e ao respeito, por conseguinte, dos direitos ou interesses de defesa. Haverá assim uma liberdade de prestar declarações (...); ao contrário do que sucede com todos os demais declarantes no processo penal não há uma obrigação jurídica de declarar a verdade. Não há, certamente, uma direito à mentira; mas a veracidade do conteúdo nas declarações não é um dever jurídico, legalmente sancionado”.

Cavaleiro Ferreira vai no sentido de admitir a declaração do arguido como elemento de prova se esta for livre, “essa liberdade é a única forma de salvaguardar a sua natureza de acto moral, oriundo da vontade e decisão do próprio declarante”.

Sabemos que em tempos idos o recurso a meios menos próprios, digamos assim, com o objetivo de extrair declarações do arguido eram uma realidade. Tal circunstância acabaria por afetar a *personalidade do arguido* e, por conseguinte, a sua liberdade.

A lei, proibindo há largas décadas tais métodos por se demonstrarem muitíssimo degradantes para o arguido, ferindo direitos valiosos e intocáveis, foi no sentido da doutrina da época de Cavaleiro Ferreira, que se mantém atual. Assim, será de extrema importância referir dois argumentos deste autor, os quais humildemente corroboramos e tomamos como nossos. “Em primeiro lugar, se muitas vezes a obtenção irregular da declaração não determina a sua inveracidade, outras corre-se o grave risco de falsidade, officiosamente provocada”. É certo e conhecido que em casos de tortura o indivíduo optava por confessar, ainda que essa confissão não correspondesse à verdade dos factos, com o único objetivo de travar o sofrimento físico e psicológico.

O outro motivo referenciado por este autor assenta na ideia de que sendo o processo penal uma forma de luta contra o crime e possuindo uma função ética, “o combate ao mal não pode fazer-se por modo irregular ou imoral: um fim moral não justifica meios reprováveis; bem pelo contrário toda a estrutura do processo deve ser

impregnada de alto sentido ético, porque o exemplo de dignidade é já de per si um modo de reprovação”.

Conclui-se, deste modo, e seguindo o pensamento deste autor que “todas as cautelas legais se reconduzem ao mesmo princípio geral: garantia da liberdade das declarações. São actos irregulares todos os que se destinem a obter a confissão, pela violência física ou moral, ou pela fraude”.

Em audiência é necessário que o arguido tenha presente que o fim das perguntas que lhe são dirigidas – e a que não tem que responder – é proporcionar-lhe “o ensejo de se defender e contribuir para esclarecimento da verdade e não o de obter elementos para a sua confissão”.

São inadmissíveis, já o sabemos, as torturas físicas, bem como as simples ameaças de violências físicas ou prisão e, ainda, o recurso a hipnose ou métodos medicamentosos de forma a diminuir a resistência pessoal à sugestão de declarações comprometedoras. As razões para tal entendimento são mais que óbvias, pois se há diminuição da liberdade do arguido as provas que daí advêm estão viciadas, não podendo ser usadas por serem ilegais.

Após a exposição sobre as declarações do arguido tratadas por Cavaleiro Ferreira, preparamo-nos neste momento para dar a conhecer qual a sua posição relativamente ao seu valor probatório: “a confissão, em processo penal, não tem o valor duma prova legal. Pelo facto de tais declarações serem comprometedoras não determinam legalmente uma conclusão sobre a sua veracidade”. Resulta desta afirmação uma clara fragilidade da confissão por parte do arguido. E, por isso, “a lei impõe uma averiguação concreta do conteúdo da confissão e o seu confronto com os restantes elementos de prova. Se o arguido confessa a infracção, será especialmente perguntado pelos motivos dela, tempo, lugar, modo e meios empregados para o seu cometimento (art. 284º). É que uma confissão que não é pormenorizada, e sobretudo que deixa inexplicados motivos plausíveis do crime, é uma confissão suspeita”.

Se os motivos que levam o arguido a confessar determinado crime são muitas vezes insondáveis²⁵⁵, outras há em que a sua confissão resulta de um claro arrependimento pelo crime cometido.

Não se demonstra, de facto, uma tarefa fácil a apreciação do conteúdo da confissão, não podemos, porém, ignorar que o seu contributo é muitas vezes precioso para a descoberta da verdade.

²⁵⁵ Tendo em vista, por exemplo, encobrir um outro crime ou um outro agente.

b) Jorge Figueiredo Dias

Para Figueiredo Dias “não será lícito em qualquer momento (...) caracterizar a situação do arguido como a de uma «parte processual»”²⁵⁶. Não lhe fazendo sentido considerar *certos interrogatórios como meios de defesa do arguido* ou como *meios de prova*, pois “qualquer dos interrogatórios tem de ser revestido de todas as *garantias* devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão do seu *direito de defesa* ou, se quisermos, um *meio de defesa*”²⁵⁷. Admite, no entanto, que “*qualquer* dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da *verdade material*, podendo nesta medida legitimamente reputar-se um *meio de prova*”²⁵⁸.

Sabemos já a possibilidade que o arguido possui de ser remeter ao silêncio ou então de responder positiva ou negativamente às questões que lhe são colocadas, tornando-se, deste modo, evidente, “que a *relação intercedente entre o arguido e a finalidade de obtenção da verdade* que o processo penal visa se encontra como que «cortada» - no sentido de que aquele não é obrigado a participar nesta finalidade através das suas declarações e não é, portanto, destinatário próprio do respectivo «dever de colaboração na administração da justiça penal» ”²⁵⁹. No âmbito do depoimento do arguido, “teremos que distinguir consoante este confesse ou negue os factos que lhe são imputados. A negação fica, naturalmente, submetida por inteiro ao princípio da livre apreciação e convicção. A confissão, porém, está sujeita, quanto ao seu valor, a um verdadeiro *critério legal* de apreciação”²⁶⁰.

Figueiredo Dias adota a posição da doutrina dominante no que respeita à adoção do silêncio por parte do arguido, ou seja, não poderá ser este prejudicado juridicamente, nem desfavorecido, pois “o exercício de um tal direito processual não

²⁵⁶ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 442.

²⁵⁷ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 443.

²⁵⁸ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 443.

²⁵⁹ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 448, *Apud* Eduardo Correia, RDES 14 (1967) 34, 38 ss.

²⁶⁰ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 207.

pode ser valorado como *indício ou presunção de culpa*²⁶¹. Sendo certo que o exercício de tal direito consubstancia a perda de um outro, ou seja, a atenuação especial da pena em virtude de confissão. Não se trata de desfavorecer o arguido, simplesmente tal posição perante o processo também não o poderá favorecer nessa medida.

No mesmo sentido de Cavaleiro Ferreira, também Figueiredo Dias entende que ao arguido cabe um dever de verdade caso opte por proferir declarações, é um dever moral que lhe assiste. Mas, a verdade “é que do reconhecimento de um tal dever não ressaltam quaisquer consequências práticas para o arguido que minta, uma vez que tal mentira não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele”²⁶².

Tal entendimento não nos poderá levar a concluir que o arguido possui um direito a mentir, “o que sucede simplesmente é ter a lei entendido ser *inexigível* dos arguidos o cumprimento do dever de verdade”²⁶³.

c) Germano Marques da Silva

O entendimento de Germano Marques da Silva quanto ao valor probatório a atribuir às declarações de arguido, vai no sentido da doutrina dominante.

Entende este autor que independentemente da fase processual em causa o silêncio do arguido não poderá ser valorado como meio de prova, sendo a sua opção tão-só o exercício de um direito de defesa que em nada o poderá desfavorecer.

No entanto, se o arguido se decidir por confessar os factos que lhe são imputados, “*releva a fase processual e a forma da confissão para determinar os seus efeitos probatórios*, muito embora seja sempre válido o princípio de que o valor probatório da confissão será sempre livremente apreciado pelo tribunal”²⁶⁴.

Entende este autor que durante o inquérito e a instrução, o valor probatório da confissão será sempre livremente apreciado e que, - posição que concordamos em

²⁶¹ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 448.

²⁶² Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 451.

²⁶³ Vide Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 451.

²⁶⁴ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 206

absoluto – ainda que o arguido confesse os factos, “a confissão não dispensa a continuação de recolha de prova e a produção de prova para se evitarem situações em que o tribunal na fase de julgamento seja colocado perante uma alteração da situação confessória do arguido sem que no processo existam outros meios de prova”²⁶⁵.

Durante a fase de julgamento a valoração da confissão tem efeitos diversos. “Se o crime for punível com pena de prisão superior a cinco anos ou se houver co-arguidos que não confessem todos integralmente, sem reservas e coerentemente, ou ainda se o tribunal suspeitar do carácter livre da confissão, a confissão do arguido será livremente apreciada pelo tribunal”²⁶⁶.

Germano Marques da Silva concorda com a inovação traçada pelo CPP/87 no que diz respeito à confissão do arguido. Refere ele que “longe vai o tempo em que a confissão do arguido era considerada a rainha das provas (*probatio probantissima*) e já longe também aquele em que as declarações do arguido obtidas de modo inquisitório, em fases processuais em que as garantias de defesa eram nulas ou quase, tinham valor para efeitos de julgamento”²⁶⁷.

Invoca-se, uma vez mais, o facto de termos vivido uma época em que vigorava o sistema inquisitório e em que as garantias do arguido eram escassas justificando-se, desta forma, a posição adotada pelo legislador. No entanto, esta não é a realidade de hoje, o nosso sistema processual evoluiu e em nada se compara ao inquisitório. “No processo moderno, as declarações do arguido, em qualquer fase processual, são rodeadas de amplas garantias processuais para que sejam prestadas livremente e o seu valor especial de meio de prova só é atribuído à confissão em audiência de julgamento e mesmo assim ainda sujeita ao controlo do tribunal” nos casos previstos²⁶⁸.

²⁶⁵ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p. 206.

²⁶⁶ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p.207.

²⁶⁷ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p.207.

²⁶⁸ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 1993, p.207.

d) Teresa Pizarro Beleza

Sabemos já que o nosso CPP declara inadmissíveis as provas obtidas com recurso a violência física ou moral, sendo consideradas por via do art. 126º - (1) nulas.

Quer isto dizer “que se alguém – o Ministério Público, a Polícia Judiciária ou seja quem for – obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil porque *em absoluto não utilizável*”²⁶⁹.

Teresa Beleza defende ainda que “uma confissão obtida sob tortura será sempre uma prova inadmissível, ainda que, por absurdo, o confitente consentisse em ser torturado”. Coisa diferente se passa no entender desta autora, se estivermos perante uma busca domiciliária (meio de obtenção de prova que será lícito se) autorizada pelo titular do direito à inviolabilidade do domicílio.

Da análise das disposições do nosso CPP, conclui a autora que “uma das regras básicas do nosso Processo Penal é que, pelo menos em princípio, só valem as provas directamente apresentadas em audiência de julgamento – é o chamado princípio da imediação (art.355º), que é uma das mais importantes garantias de funcionamento do contraditório. São exceção os casos em que a lei permite a leitura em audiência de declarações prestadas por pessoas que não as podem aí repetir viva voz (arts. 356º e 357º).

Resulta, ainda, da sua análise que para que se possa compreender o regime da confissão a que se refere o art. 344º do CPP, será necessário ter em conta o regime jurídico em que a confissão é obtida. Ou seja, se estamos perante um regime “em que a confissão faz prova plena, como tendem a ser os sistemas acusatórios modernos de tipo anglo-americano e, noutro extremo, os regimes que «desconfiam» em absoluto da confissão e nunca a admitam como meio de prova, como era o caso do nosso Código anterior (1929).”

O nosso CPP admite, de facto, que as declarações do arguido sejam valoradas em sede de julgamento, claro está. No entanto, tal confissão para que seja integralmente valorada necessita de respeitar algumas exigências que a lei estabelece e, também, algumas limitações. Senão vejamos, “o art. 344º do actual Código permite

²⁶⁹ Vide Teresa Pizarro Beleza, “ «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº74, p. 44.

ao tribunal condenar um arguido com base, exclusivamente, numa confissão²⁷⁰. Para tanto, deve a confissão ser prestada em julgamento, deve ser livre, «integral» e «sem reservas». Note-se, contudo, que “o tribunal pode sempre pôr em causa o carácter livre e espontâneo da confissão, «nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido» e pode duvidar da veracidade dos factos confessados, conforme reza a alínea b) do n.º 3 do art. 344º. Além disso, os efeitos da «confissão integral e sem reservas» estatuídos no n.º 2 do art. 344º são travados por uma de duas circunstâncias, enumeradas no n.º 3²⁷¹.

Para Teresa Beza, o Direito português estabeleceu uma grande mudança relativamente à relevância probatória da confissão, uma vez que, atualmente, a confissão fará prova plena, sem necessidade de corroboração, sendo certo, porém, que o tribunal tem uma *margem de liberdade na aceitação ou rejeição da confissão*, situação que nos afasta do modelo anglo-americano. “Assim sendo, o art. 344º do Código de Processo Penal, mais do que estabelecer uma verdadeira e plena excepção ao princípio da livre apreciação, dá ao juiz uma série de linhas de orientação que devem presidir à valoração da confissão²⁷²”.

e) Paulo Pinto de Albuquerque

Relativamente à matéria em análise, Paulo Pinto de Albuquerque revela no seu comentário ao art. 344º do CPP que a sua posição vai de encontro com a posição da doutrina nacional.

Nas suas palavras o arguido pode confessar “**em qualquer momento** da audiência, desde as suas primeiras declarações até às últimas declarações e ao encerramento da audiência (artigo 361º) e mesmo na audiência para determinação da sanção (artigo 371º)”²⁷³.

Quanto às declarações prestadas pelo arguido em sede anterior à fase de julgamento, entende o autor que os seus efeitos já não caberão neste artigo,

²⁷⁰ Vide Teresa Pizarro Beza, “ «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº74, p. 52.

²⁷¹ Vide Teresa Pizarro Beza, “ «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº74p. 53.

²⁷² Vide Teresa Pizarro Beza, “ «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal português”, in Revista do Ministério Público, nº74, p. 54.

²⁷³ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 888.

prescrevendo no seu comentário que “se o arguido tiver feito uma **confissão na contestação ou em qualquer outro momento anterior à audiência** ou mesmo uma **confissão extrajudicial**, ainda que escrita, essa confissão não tem efeitos previstos no artigo 344º, porquanto este regime depende da renovação diante do tribunal da manifestação de vontade do arguido, como impõe o princípio da imediação vertido para o artigo 357º”²⁷⁴. Existe, porém, uma exceção: “**confissão feita pelo arguido durante as declarações para memória futura**. Neste caso, a confissão é relevante para efeitos do artigo 344º, se ao tempo em que foi produzida o objecto do processo já estava definido, isto é, se já tinha sido proferida pronúncia ou, pelo menos deduzida acusação”.

A confissão feita anteriormente à fase de julgamento não se mostra tão relevante quanto pode parecer, uma vez que se o arguido se remeter ao silêncio em fase de julgamento e não houver prova suficiente para que se conclua que o arguido é efetivamente culpado, essa confissão não poderá ser valorada, é como se não tivesse sido feita. “Por isso, o MP não deve fiar-se em **confissão feita na fase de inquérito, mesmo diante do Juiz de Instrução**, devendo procurar outros meios de prova que sustentem a acusação. É que se o arguido fizer uso do seu direito ao silêncio na audiência, a confissão feita anteriormente nos autos, mesmo diante de Juiz de Instrução, não pode ser lida na audiência (artigo 357º, nº1, al.ª b), *a contrario*). O mesmo vale para a fase de instrução, devendo o Juiz de Instrução procurar outros meios de prova que sustentem a pronúncia”²⁷⁵.

Se o arguido pretender confessar em audiência de julgamento, o juiz presidente deve fazer-lhe as advertências exigidas por lei, sob pena de nulidade.

²⁷⁴ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 888.

²⁷⁵ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 889.

f) Rodrigo Santiago

Para expormos a posição deste autor relativamente a esta matéria basear-nos-emos num seu artigo “Reflexões sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova”²⁷⁶.

Afirma este autor que a confissão, vista como a “rainha das provas”, esteve sempre associada a sistemas penais de estrutura inquisitória e a métodos suscetíveis de ofender a integridade física e a liberdade moral do suspeito.

Contudo, este meio de prova foi sendo aceite pelo processo penal de matriz anglo – saxónico. “ A respectiva aceitabilidade passa necessariamente pelos métodos de obtenção da confissão e na valoração a atribuir a esta como mais um meio de prova e não na qualidade de *regina probationum*, que lhe era reconhecida pelo processo penal inquisitório”²⁷⁷.

O CPP de 87 e a aproximação a um processo de estrutura acusatória vieram dar uma nova perspetiva à confissão e ao seu valor probatório. Além disso, a lei atribuiu ao juiz “o encargo de assegurar que a confissão é feita *de livre vontade e fora de qualquer confissão*”, sendo que quando estejam envolvidos vários arguidos esta “só releva se for *integral, sem reservas e coerente*, por banda de todos eles”. Quanto à confissão prevista no artigo 344º não se traduz na “ideia de *transacção sobre o objecto do processo*, não resultando, *hoc sensu*, de um *bargaining*, como é próprio dos processos penais dos países de cultura anglo-saxónica e, mais especificamente, de um processo tipicamente acusatório, ou de *partes*”²⁷⁸.

Este autor invoca a importância da presença do princípio do contraditório em sede de audiência de julgamento, mesmo no que concerne a questões incidentais no decurso da audiência e aos meios de prova *apresentados* no decurso da audiência (art.327º). Remete-nos, ainda, para o art. 355º - (1) que prescreve que *não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência*.

Conclui o autor nesse seu trabalho que não estão os arguidos “impedidos de produzir prova – a chamada prova «por declarações do arguido» – mesmo no decurso

²⁷⁶ Vide Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fascículo 1, Jan - Mar 1994.

²⁷⁷ Vide Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fascículo 1, Jan - Mar 1994, p. 48.

²⁷⁸ Vide Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fascículo 1, Jan - Mar 1994, p. 49.

da audiência de julgamento, nos termos dos artigos 140º e seguintes, como decorre, entre outros, do disposto nos artigos 343º e 345º²⁷⁹ do CPP. No entanto, relativamente às declarações em sede anterior ao julgamento, nada nos diz.

2. Conclusão

A orientação da doutrina portuguesa vai no sentido em que está estruturado o nosso CPP. Como tal, não é chamada à colação a possibilidade de atribuir valor probatório às declarações e à eventual confissão que daí possa advir, prestadas em inquérito ou instrução, mesmo que, posteriormente, o arguido se remeta ao silêncio em julgamento.

No entanto, vários autores frisam a fragilidade da prova obtida aquando dessas fases processuais, defendendo que nem o MP, nem o próprio Juiz de Instrução, consoante os casos, se devam bastar por esse material probatório, pelo contrário, deverão indagar por outros meios de prova que sustentem a acusação deduzida pelo MP.

O facto de haver vários autores que defendem que as declarações proferidas anteriormente à audiência sejam livremente apreciadas pelo juiz, indica que não estão muito longe daquilo que nós defendemos, pois também reprovamos taxativamente que essa prova seja tida como a “rainha das provas”, como de resto já afirmamos anteriormente. Contudo, não concordamos que ela seja tida como inexistente, não podendo ser valorada se o arguido depois de as proferir se remeter ao silêncio em audiência. Afinal, se ela tiver sido proferida por meios legalmente admissíveis, não estará viciada e, como tal, deveria ser apreciada livremente pelo Juiz de Julgamento.

²⁷⁹ Vide Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fascículo 1, Jan - Mar 1994, p.62.

Capítulo V

Admissibilidade ou não das declarações do arguido prestadas anteriormente ao julgamento – a nossa posição.

As recentes propostas de alteração do Código de Processo Penal português.

1. Declarações do arguido como meio de prova

As declarações que o arguido possa proferir ao longo do processo podem ser valoradas quando cumpridas algumas exigências que a lei impõe.

Já deixamos adivinhar, pelo que anteriormente explicitamos, que as declarações deste sujeito processual só ganham amplitude e aceitação se tiverem sido proferidas de forma livre e consciente, estando este advertido para todos os direitos e deveres que lhe são intrínsecos e perante a entidade judicial competente. Apoiamos em absoluto esta posição, pois *a verdade só será bem-vinda se vier pelo caminho certo*.

O arguido pode até optar por nada declarar, seja qual for a fase do processo, usufruindo de um direito de defesa que a Constituição lhe atribui, o direito ao silêncio, não podendo tal opção ser valorada como meio de prova ou prejudicar o arguido de alguma forma. Esta posição é unânime na doutrina e na jurisprudência.

Mas, no caso de o arguido declarar que pretende confessar²⁸⁰ os factos que lhe são imputados, situação que consubstancia o preceituado no art. 344º do CPP, o juiz presidente deve perguntar-lhe se o faz de *livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se pretende fazer uma confissão integral e sem reservas*, sob pena de nulidade. O valor daquilo que o arguido disse é de tal modo significante para a formação da convicção do julgador que nos termos do art. 328º - (6) do CPP, se a produção de prova em sede de audiência (nomeadamente, a confissão) tiver sido

²⁸⁰ A confissão é um ato pessoal, que só pode ser exercido presencialmente pelo próprio, na audiência, oral ou, sendo mudo, por escrito, nos termos da lei.

interrompida ou adiada por mais de 30 dias, ela será considerada ineficaz e ter-se-á que proceder à repetição da mesma.

No que respeita à fase de Inquérito e Instrução, a confissão por parte do arguido relativamente aos factos que lhe são imputados, será livremente apreciada, sem nunca olvidar, no entanto, que essa confissão não dispensa a continuação de recolha de prova por parte do Ministério Público, nem do próprio Juiz – no exercício do princípio da investigação ou verdade material –, “para se evitarem situações em que o tribunal na fase de julgamento seja colocado perante uma alteração da situação confessória do arguido sem que no processo existam outros meios de prova”²⁸¹. O facto de o arguido ter confessado na fase de Inquérito ou Instrução, não impede que em fase de Julgamento se remeta ao silêncio. Nessa situação, se não houver material probatório que indique se o arguido é culpado ou inocente, nenhuma prova figurará, uma vez que as declarações feitas não chegarão ao conhecimento do Juiz de Julgamento, não restando outra alternativa senão absolver o arguido²⁸².

Esta situação choca-nos por dois motivos, o primeiro dos quais diz respeito à não valoração da confissão do arguido pelos motivos anteriormente referidos, pois se esta tiver sido feita perante um Juiz de Instrução Criminal, o respetivo defensor, de forma livre, esclarecida e consciente, parece que esta fase é completamente obsoleta, desprovida de qualquer utilidade para o andamento do processo e para a boa resolução da causa, pois o que aí tiver sido dito estará dependente de uma atuação subsequente do arguido. Tendo ele optado naquela altura por confessar, porque não levar ao conhecimento do Juiz de Julgamento esse material probatório se ele não está impregnado de vícios ou nulidade? Estaremos sempre dependentes da posição que o arguido adotar em fase posterior ao Inquérito e Instrução, frustrando tudo quanto até ali se apurou por via daquilo que ele declarou.

Sabemos que a não valoração dessas declarações tem subjacente o respeito por princípios constitucionalmente consagrados (v.g., o princípio da presunção de inocência, o do contraditório, o da imediação) que já tivemos oportunidade de

²⁸¹ Vide Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, Volume II, 5ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 206.

²⁸² Destarte, verificamos que o papel do silêncio ao longo do processo reveste, igualmente, bastante importância, sendo corolário do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sobre o qual nos debruçaremos mais adiante.

analisar. Porém, não poderemos ignorar a realidade que nos envolve e que os tempos mudaram e, bem assim, a criminalidade, que hoje em dia é bem mais complexa e organizada do que há 20 anos atrás e, conseqüentemente, do que aquando da entrada em vigor no CPP de 87. Por altura da comemoração dos 20 anos do nosso CPP, o ilustre Figueiredo Dias referiu o seguinte: “Trata-se, em meu parecer, antes e sobretudo de, no estabelecimento da concordância prática entre os interesses conflitantes, integrar o interesse das vítimas reais e potenciais, presentes e futuras, da grande e da nova criminalidade. (...) o ponto de equilíbrio dos interesses conflitantes já deve ser outro, e diferente, para a grande e nova criminalidade, concretamente, para o terrorismo e criminalidade organizada”²⁸³, alertando, assim, para a importância de uma mudança do CPP.

Quanto a nós, fará o maior sentido permitir ao Juiz de Julgamento o acesso ao que foi produzido ao longo do processo, inclusive as declarações do arguido, mormente, se estivermos perante crimes de maior gravidade que afetem a coletividade – como, por exemplo os enunciados no art. 187º do CPP. Pois a alteração que defendemos na lei prende-se, principalmente, com “a preocupação de conceder à vítima o papel que deve ter no processo penal, sobretudo no quando de uma criminalidade mais grave e complexa, onde a vítima se apresenta para os eventuais infractores em situação de desproporcionada fragilidade. Não necessariamente em toda e qualquer criminalidade, mas pelo menos naquela mais grave (...), onde, nomeadamente, nem sempre é fácil a produção de outra prova, como a testemunhal, pelo receio que as pessoas têm de se submeter a um tal inquisitório, muitas vezes de grande risco. E com isto não cremos que estejamos a colocar em causa conquistas de um Estado de Direito democrático, de feição garantística, senão a conceder, na ponderação valorativa que os casos reivindicam, um peso diferente aos interesses das vítimas em casos manifestamente carentes de uma tal tutela”²⁸⁴

²⁸³ Vide Figueiredo Dias, “O processo penal português: problemas e perspectivas”, in *Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, p. 812.

²⁸⁴ Palavras proferidas pelo autor, o Prof. Mário Ferreira Monte, nas Jornadas de Processo Penal – Professor Doutor Figueiredo Dias, “Uma singela homenagem, mas profundamente sentida, promovida pelo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra ao Professor Doutor Figueiredo Dias”, Tema: “O valor da palavra e do silêncio no processo penal, à margem das recentes propostas de alteração do CPP”, no dia 25 de fevereiro de 2012.

O impedimento da lei nesse sentido leva-nos ao segundo motivo, que é o facto de, ainda assim, os órgãos de polícia criminal, o Ministério Público e o próprio Juiz, não cuidarem de investigar por todos os meios legalmente admissíveis, os factos imputados ao arguido, no sentido de descobrirem provas que corroborem ou não a acusação, adotando, por vezes, uma atitude incauta que leva ao incumprimento das respetivas funções. A total ausência de prova consubstanciará absolvição do arguido – não se sabe se justa ou injustamente – por via do princípio *in dubio pro reo*. Não nos parece que os legítimos interesses da coletividade ficam, deste modo, assegurados e, frise-se, que não pretendemos com isto afirmar que o arguido deva ser condenado numa situação como esta, tal conclusão anda longe da nossa convicção, queremos – tão-só – fazer perceber que se a investigação não funcionar e não cumprir os objetivos mais elementares que visa prosseguir, nem a comunidade da qual todos fazemos parte, estará bem representada, nem o arguido verá as suas garantias processuais realizadas, como consequência, muito menos a vítima.

Sabemos os danos nefastos que um processo criminal poderá trazer ao arguido, nomeadamente, ao seu bom nome – todos conhecemos o célebre provérbio popular “*onde há fumo há fogo*” enfatizado pela sociedade quando em causa está a constituição de alguém como arguido –, portanto, não nos parece seguro que a investigação não esclareça convenientemente se o arguido é ou não responsável pelos factos que lhe são imputados. Sobretudo, se a ausência desse esclarecimento se dever ao facto de o arguido ter já confessado em sede de inquérito ou instrução, pois esta prova não é já considerada “a rainha das provas” e, portanto, não basta, por si só.

Imaginemos, numa conjectura mais pessimista, que o arguido é efetivamente culpado pelo crime de que vem acusado. No entanto, por mera estratégia processual, decide remeter-se ao silêncio, não tendo as entidades competentes providenciado uma investigação exaustiva, com vista a assegurar a função que têm em mãos, ou seja, o esclarecimento de todos os factos. Neste caso não poderemos jamais dizer que a justiça funcionou. Todo o processo demonstrou-se inútil, pois os seus fins não foram cumpridos, ficando a vítima numa situação completamente desprotegida e desacautelada. Isto verifica-se porque a ordem jurídica é demasiado protetora dos interesses do arguido, mas deixa em segundo plano a vítima, invocando-se a época em que vigorava o sistema inquisitório, em que o arguido era menosprezado e presumia-se pela sua culpa. Contudo, devemos ultrapassar esses tempos idos pois vivemos noutra era, noutro momento que nada tem que ver com esse e em que, por isso

mesmo, seria exigível que houvesse mais equilíbrio relativamente aos direitos que assistem a estes sujeitos processuais. Pois no futuro podemos nos aperceber que estamos a cometer o mesmo erro do passado, só que desta vez com outro sujeito processual.

Também há quem defenda que assim é, pelo facto de qualquer um estar sujeito à constituição de arguido, mas não poderemos ignorar que também qualquer um poderá, do mesmo modo, estar sujeito à qualidade de vítima. Razão pela qual não se entende este argumento por tão fácil que é de contestar.

A verdade material deverá ser o ponto de chegada de um processo e a razão de ser de uma investigação criminal. Admitimos, porém, que por mais esforço e dedicação por parte do Ministério Público, do próprio Juiz e das polícias, nem sempre é possível encontrar meios de prova além da confissão do arguido – e, muitas vezes, nem com esse meio é possível contar, caso em que o arguido se remete ao silêncio desde o início do processo.

Sabemos que *de iure constituto* nada existe na lei nacional a favor da nossa posição²⁸⁵, não sendo valorada a confissão feita durante o Inquérito ou Instrução, ainda que seja perante um Juiz de Instrução. Caberá, nesse caso, ao MP procurar outros meios de prova que sustentem a acusação. É que se o arguido fizer uso do seu direito ao silêncio na audiência, a confissão feita anteriormente e presente nos autos, mesmo diante de Juiz de Instrução, não pode ser lida na audiência (art. 357º - (1) alínea b), *a contrario*). O mesmo vale para a confissão feita na fase de Instrução, devendo o Juiz de Instrução procurar outros meios de prova que sustentem a pronúncia.

²⁸⁵ Apesar de, recentemente, terem surgido propostas de alteração do CPP relativamente à valorização da confissão. Assunto que trataremos no ponto seguinte.

2. As recentes propostas de alteração do CPP português – art. 357º

2.1 Nota prévia

Surgiu recentemente, na comunicação social o anúncio da Ministra da Justiça²⁸⁶ sobre um projeto de Proposta de Lei que visa alterar pontualmente o CPP, com vista à adequação entre a necessidade de eficácia no combate ao crime e defesa da sociedade e, também a garantia dos direitos de defesa do arguido. Esta reforma no processo penal, esperada para 2012, prevê que as declarações e confissões feitas pelo arguido em fase de inquérito, na presença de advogado e perante uma autoridade judiciária, não deixem de ter validade no julgamento, ainda que o arguido se remeta ao silêncio.

Aquando do início desta nossa investigação, nada faria prever que esta alteração viria a ser proposta. O que se demonstrou num enorme incentivo para continuarmos a defesa do que julgamos ser o caminho certo, tendo em conta a situação atual da justiça em Portugal. E, por outro lado, trouxe a público as posições defendidas, sobre o assunto objeto do nosso estudo, pelas principais “ordens” profissionais ligadas à justiça do nosso país, e que, jamais, poderíamos deixar de referir por se demonstrarem de extrema importância para a boa resolução deste trabalho.

A proposta que o Governo anunciou, tal como decorre de Resolução do Conselho de Ministros nº 17/1011, DR, Iª série, nº 45, de 4 de Março de 2011, refere o seguinte: “c) A consagração legal da valoração da prova produzida durante a fase de inquérito ou instrução, designadamente as declarações do arguido, desde que prestadas perante juiz e com garantias plenas de defesa, incluindo a assistência de advogado”.

Além desta importante alteração, prevêem-se outras que apenas referiremos, sem a pretensão de realizarmos uma análise profunda. Elas respeitam à obrigatoriedade de assistência do defensor, nos termos do art. 64º; ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, nos termos do art. 141º, e outros

²⁸⁶ Paula Teixeira da Cruz, Ministra da Justiça desde 21 de Junho de 2011 do XIX Governo Constitucional de Portugal.

interrogatórios, nos termos do art. 144º; à audição do arguido e despacho de aplicação de medidas de coação e de garantia patrimonial, nos termos do art. 194º.

3. As posições da Ordem dos Advogados portuguesa, Magistratura do Ministério Público e da Magistratura Judicial

3.1 Parecer da Ordem dos Advogados portuguesa²⁸⁷.

No seguimento do anúncio do Ministério da Justiça referente à alteração do CPP, a Ordem dos Advogados Portuguesa emitiu um parecer dando conta da posição que defende. Por razões óbvias, focaremos apenas as questões que se prendem com as declarações do arguido.

Relativamente à apreciação sobre a permissão de leitura das declarações do arguido em sede de julgamento, defende a Ordem que se trata de uma proposta inconstitucional, “na medida em que permite a leitura, em julgamento, de anteriores declarações do arguido, nos casos em que o mesmo tenha exercido, no seu próprio julgamento, o direito ao silêncio, pois viola a norma do nº 1 do art. 32º da Constituição”.

Além deste argumento, é ainda invocado o art. 14º - (3) alínea g) do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos – adotado pelas Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que entrou em vigor em Portugal em 15 de setembro de 1978 –, como forma de comprovar a incongruência entre a alteração da lei processual penal e o compromisso a que Portugal se comprometeu internacionalmente e que preceitua que “qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade”, “a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

A Ordem dos Advogados invoca, ainda, que “a alteração proposta também cria uma situação de contradição insanável com a norma do nº1 do art. 343º do CPP”, pois esta norma preceitua que o arguido não é obrigado a prestar declarações, apesar de a lei lhe dar a possibilidade de o fazer, sem que o silêncio o possa desfavorecer. Assim,

²⁸⁷ Parecer da Ordem dos Advogados sobre o projecto de proposta de lei de alteração dos seguintes artigos do Código de Processo Penal, disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=115190.

argumentam que, apesar de o arguido ser informado que o seu silêncio não o pode desfavorecer e de ter exercido o direito de não prestar quaisquer declarações sobre os factos de que vem acusado, a alteração de lei se trata de uma forma de desfavorecimento do arguido pelas declarações que anteriormente prestou, uma vez que passará a permitir a leitura de declarações que o arguido tiver prestado anteriormente ao julgamento – “ou seja, é-lhe dito em julgamento que não pode ser desfavorecido pelo seu silêncio, mas, no fim de contas, as declarações anteriormente prestadas podem desfavorecê-lo”.

Chamam, ainda, à colação o facto de a proposta de lei pretender introduzir obrigatoriedade de assistência de defensor em todos os interrogatórios feitos por autoridade judiciária, através da introdução de uma nova alínea b), ao art. 64º - (1). Defendendo a Ordem que “também deverá consagrar-se a obrigatoriedade de assistência do defensor, nos interrogatórios feitos, por órgão de polícia criminal”.

Por último, referem que o argumento invocado “de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça”, não é de todo justificável para que se permita “a leitura, em julgamento, de anteriores declarações do arguido, ainda que prestadas perante autoridade judiciária, com assistência de defensor e com a advertência de que podem vir a ser utilizadas no processo”.

Por tudo isto que relatamos, “a Ordem dos Advogados considera desconformes com a Constituição e, por isso, inconstitucionais, as alterações do projecto de proposta de lei”.

3.2 Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público²⁸⁸

Ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público²⁸⁹ foi solicitado um parecer pela Ministra da Justiça, relativamente ao projeto de Proposta de Lei que visa alterar pontualmente o Código de Processo Penal. É sobre esse parecer que nos debruçaremos neste momento.

No entendimento do SMMP é imperioso alterar o paradigma vigente, pelo que concorda com a alteração ao CPP, salvaguardando sempre os direitos do arguido, bem

²⁸⁸ Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao Anteprojecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal, disponível em:

http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_smmp_anteprojecto_ppl_alteracao_cpp_dez_2011.pdf.

²⁸⁹ Doravante SMMP.

como os estruturantes princípios da imediação e oralidade da produção de prova. No entanto, em alguns pontos, não prescinde de sugerir algumas alterações à Proposta de Lei.

Também eles defendem a obrigatoriedade de comunicação ao arguido do direito ao silêncio que lhe assiste e, ainda, que no caso de querer prestar declarações, estas poderão ser utilizadas em julgamento. “Para além disso, recorde-se que hoje, antes de ser interrogado, o arguido toma **conhecimento dos factos** que lhe são imputados e **dos meios de prova** que sustentam tal imputação – art. 141º - (4) - alíneas c) e d)”. Por outro lado, a obrigatoriedade de assistência de defensor nestes casos, deve também ser uma realidade. Estando neste ponto em total acordo com o projeto de alteração do CPP, “não tendo assim qualquer sentido (...) que não possam ser livremente valoradas em julgamento as declarações voluntárias prestadas por um arguido assistido por defensor e esclarecido das consequências que para si podem advir de tais declarações, mesmo que em fase posterior se remeta ao silêncio, pois que o que se tem necessariamente de acautelar é que desse silêncio não resulte um privilégio odioso para o arguido: um verdadeiro “direito à impunidade””.

O SMMP defende que se deverá ir mais longe, ou seja, que mesmo as declarações prestadas perante um órgão de polícia criminal, nos casos em que o arguido foi assistido por defensor no interrogatório, devem ser valoradas em audiência – desde que advertido para todas as consequências que as suas declarações poderão acarretar. Cumprindo estes requisitos assegurar-se-ão as garantias do arguido, na perspectiva do SMMP. Usando para reforçar o seu argumento que “não importa tanto o “quem interrogou”, mas sim “a forma como o fez”, e isso ficará plasmado no auto que o tribunal de julgamento saberá interpretar e valorar”.

Propõem, deste modo, uma alternativa à redação do art. 357º - (1) alínea b) do projeto: “Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal com assistência de defensor e o arguido tenha sido advertido nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do nº 4 do art. 141º”.

Quanto à pretensa violação dos princípios da imediação e da oralidade quanto à produção de prova em sede de julgamento, por via da valoração das declarações prestadas pelo arguido em fases processuais anteriores, o SMMP não concorda que ela exista: “ambos os princípios se encontram salvaguardados, pois, durante o julgamento, a leitura dessas declarações é feita perante o tribunal. Por outro lado, a leitura em audiência das declarações prestadas antecipadamente pelo arguido permite que sobre

as mesmas se exerça o **contraditório**, garantindo-se assim a discussão oral sobre o seu teor, estando o Tribunal impedido de as valorar sem a sua renovação na audiência, respeitando-se assim o princípio da oralidade e respeitando-se o disposto na norma contida no art. 355º do Código de Processo Penal”. Já no que se refere ao respeito pelo princípio da imediação ele é assegurado por via da obrigatoriedade da presença do arguido em audiência, salvo nos casos de julgamento na ausência do arguido, pois que não só o Tribunal poderá confrontar o arguido com o teor das declarações, como o princípio é respeitado desde que a este seja dada a possibilidade de prestar (querendo) declarações até ao encerramento da audiência. Assim, estes direitos “não são afectados pelas alterações propostas e que permitem assim salvaguardar o princípio da imediação”. Entenda-se que as declarações lidas em audiência não podem, em caso algum, ter efeito confessorio dos factos, sendo antes livremente apreciados pelo Tribunal.

O parecer do SMMP foca também a orientação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem sido no sentido de que os elementos de prova devem em princípio ser produzidos em audiência pública, tendo em vista debate contraditório, mas tal não impede a utilização das provas recolhidas na fase de instrução do processo, com a condição de se ter assegurado o contraditório aquando da obtenção das mesmas, ou seja, no momento da sua produção. Esse princípio também poderá ser assegurado no momento da sua valoração em julgamento. Importa, também dizer, que a alteração proposta é também conforme a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º), pois estando assegurado o princípio do contraditório, também estará assegurado o direito a um processo equitativo.

3.3 Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses²⁹⁰

O parecer que nos propomos analisar neste momento tem como base as Linhas de Reforma do Processo Penal, que surgiram após mais de um ano de reflexões por

²⁹⁰Parecer: Proposta de Lei que visa a alteração do Código de Processo Penal, disponível em: <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/12/Parecer-altera%C3%A7%C3%B5es-ao-CPP-Dezembro-de-2011.pdf>

parte de um grupo de trabalho pertencente ao Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical dos Juizes Portugueses²⁹¹.

A origem deste estudo relaciona-se com as constantes preocupações com o rumo da justiça no nosso país e o parecer insere-se, também ele, no “processo de audições despoletado pelo Ministério da Justiça sobre uma Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, onde se expressa a opinião da ASJP e se formula “sugestões de modificação das alterações propostas, norteadas pelo propósito de contribuir para que se encontrem as melhores soluções ao nível legislativo, como condição para a correta aplicação da lei penal e processual penal e, consequentemente, para um melhor desempenho da função judicial, cujo exercício é constitucionalmente confiado aos tribunais”.

Quanto à proposta de alteração que visa permitir a leitura das declarações prestadas pelo arguido a ASJP concorda decisivamente com o princípio da valoração em audiência de anteriores declarações do arguido. No entanto, existem dois aspetos sobre os quais possuem voz discordante: o primeiro é que se aceite a valoração em audiência quer das declarações prestadas perante o juiz, quer perante o MP; o segundo é o facto de não se exigir registo audiovisual, ou pelo menos registo áudio, para que as declarações possam ser valoradas em audiência.

Quanto ao primeiro aspeto de discordância, importa dizer que nada tem a ver com razões de “índole corporativa ou de deslocado narcisismo relativamente ao papel do juiz no processo”, o que a ASJP pretende fazer notar é que se tratam de duas magistraturas diversas no que se refere à teleologia e natureza da intervenção “no inquérito e às exigências decorrentes de princípios estruturais do processo em matéria de prova e julgamento”.

Constituindo as declarações do arguido uma exceção aos princípios da imediação e da oralidade, quando prestados em sede anterior à fase do julgamento, e havendo necessidade e obrigação legal de os respeitar – pois só dessa forma se garante que a prova pessoal relevante seja produzida de forma oral perante o tribunal de julgamento –, “a prestação de declarações perante o juiz representa, pois, a garantia mínima de que aquelas foram prestadas contraditoriamente num quadro de isenção e liberdade de declaração, que a presença obrigatória de defensor não pode substituir”. Sabemos que o MP tem a obrigação de investigar e providenciar a acusação ou o arquivamento do inquérito, “pelo que não obstante o seu dever de objetividade não

²⁹¹ Doravante ASPJ.

pode deixar de se envolver e comprometer interessadamente com a dedução e sustentação da acusação, o que nos parece dificilmente compatível com a direção da tomada de declarações auto inculpatórias do arguido, para valerem em audiência, mesmo que este aí não compareça ou se remeta ao silêncio”.

Quanto ao segundo aspeto, ao não se exigir o registo audiovisual, ou pelo menos áudio, entende a ASJP que a proposta não foi elaborada tendo em conta a atual realidade dos tribunais, uma vez que já é possível este registo na generalidade das situações. Impõe-se, portanto, que se tenha em atenção esta sugestão, dado que “a espontaneidade e fidedignidade das declarações não são suficientemente asseguradas com a sua transcrição”.

Assim, no entender da ASJP, a lei deverá reservar a admissibilidade em julgamento das declarações prestadas por arguido ao Juiz de Instrução, “no limite, será preferível que o Ministério Público possa suscitar a tomada de declarações perante o Juiz de Instrução sempre que o arguido se disponha a proferir declarações auto inculpatórias antes do julgamento”.

Parece resultar da Proposta de Lei que a confissão proferida pelo arguido em fase anterior ao julgamento não possui o mesmo valor da produzida nos termos do art. 344º do CPP, ou seja, como se ela tivesse sido produzida em julgamento, “daí a regra da sua sujeição ao princípio da livre apreciação da prova”.

No que diz respeito à admissibilidade de condenação do arguido com base em declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, quando não corroboradas por qualquer outra prova, entende a ASPJ que o legislador deve fazer uma opção clara de forma a evitar dúvidas desnecessárias na doutrina e jurisprudência.

4. Posição crítica

Após a exposição dos pareceres destas três instituições, verificamos que, apesar de entre elas haver pontos de vista comuns, há também divergência quanto à leitura permitida de declarações do arguido.

Sendo taxativa a recusa de admissibilidade destas declarações por parte da Ordem dos Advogados, e por tudo quanto dissemos no primeiro ponto deste Capítulo (IV), facilmente se perceberá que não podemos acompanhar esta orientação, bem como os argumentos que a conduzem.

Não corroboramos da opinião que refere que a solução preconizada pela proposta de alteração de lei é inconstitucional, por violar o art. 32º da CRP. Da proposta de alteração não resulta nenhuma negação às garantias de defesa do arguido, pois estas serão obrigatoriamente asseguradas pelo seu defensor e também pelo juiz. Além disso, continua a não existir uma obrigação de o arguido contribuir para a sua autoincriminação, porém, se este optar pelo direito, que também lhe assiste durante todo o processo, de se pronunciar sobre os factos de que vem acusado – depois de devidamente advertido das consequências dessa postura –, essa possibilidade não lhe deverá ser vedada, por respeito à sua liberdade enquanto ser humano e, conseqüentemente, respeitando a sua liberdade de expressão, pois vivemos num país livre.

Não concordamos, igualmente, com o argumento de que existe contradição com o art. 343º - (1) do CPP, na medida em que se trata de um falso argumento. O facto de lhe ser dito, em julgamento, que o seu silêncio não o pode desfavorecer e se dar a possibilidade de o Juiz de Julgamento apreciar as declarações prestadas em sede anterior, nada tem de contraditório. O uso do direito ao silêncio jamais o prejudicará, porém, se em determinada altura ele prescindiu desse direito e, como tal, tomou a decisão de falar, mesmo sabendo que podia adotar outra posição sem que isso o desfavorecesse, tais declarações não poderão ser ignoradas. Entenda-se que não é o seu silêncio que o prejudica, mas sim, eventualmente, as declarações que prestou – sabendo que não tinha obrigação de as prestar.

Um outro aspeto que teremos que focar diz respeito à possibilidade de poderem ser valoradas tais declarações mesmo quando prestada perante órgão de polícia criminal. Apesar de acreditarmos que o mais relevante será acautelar que o arguido preste as declarações na presença do seu defensor, estando, deste modo, assegurados os seus direitos de defesa e os seus direitos fundamentais, não poderemos deixar de nos pronunciar sobre a quem é que essas declarações são feitas.

O projeto de proposta de lei refere que as declarações do arguido, prestadas perante o juiz ou o MP nas fases preliminares, podem ser lidas e valoradas em audiência. Verificamos, então, que o parecer o SMMP vai num sentido ainda mais abrangente que a própria proposta, pois aceita que as declarações possam ser feitas perante órgão de polícia criminal. Ao contrário do parecer da ASJP que, por outro

lado, apenas defende que essas declarações do arguido apenas poderão ser aceites se forem prestadas perante juiz.

O MP ocupa no processo uma importante posição, sendo ele o responsável por dirigir a fase de inquérito e por deduzir acusação ou arquivamento, não desempenha o papel de parte interessada no processo. Além disso, os magistrados do ministério público são dotados de total rigor técnico, motivados por princípios de imparcialidade e objetividade. Como tal, não vemos razão para que não possam ser valoradas as declarações que lhe são prestadas por arguido, em sede anterior a julgamento. No entanto, discordamos do entendimento que defende que as mesmas possam ser valoradas perante os órgãos de polícia criminal. Pese embora o importante papel que também eles possuem durante a investigação, auxiliando o MP, estarão mais condicionados no que respeita à objetividade e imparcialidade. Assim, chegando ao conhecimento dos órgãos de polícia criminal que o arguido pretende confessar, deverão conduzi-lo a uma autoridade judiciária a fim de este prestar a tais declarações²⁹².

Também entendemos que a gravação áudio e visual cumpre melhor as exigências feitas pelo princípio da livre apreciação da prova, pois permite uma maior fidelidade sobre o contexto em que foram prestadas as declarações e, dessa forma, poderá o Juiz de Julgamento decidir com maior clareza. Além disso, a imediação e a oralidade estão também asseguradas, cumprindo-se a exigência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que pretende assegurar que todos tenham direito a um processo justo e equitativo. Pelo que defendemos que, em regra, esse procedimento seja cumprido. Sabemos, no entanto, que haverá situações em que não será possível proceder a essa gravação – razões de ordem técnica e que não se prendem com o fator humano –, nesses casos entendemos, a par da ASPJ, que deverá constar do auto o motivo dessa impossibilidade, sob pena de nulidade, sendo as declarações serão reduzidas a escrito, ou objeto de gravação áudio e, posteriormente, serão livremente apreciadas pelo tribunal de julgamento.

²⁹² Das palavras proferidas pelo Prof. Mário Ferreira Monte, nas Jornadas de Processo Penal – Professor Doutor Figueiredo Dias, “Uma singela homenagem, mas profundamente sentida, promovida pelo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra ao Professor Doutor Figueiredo Dias”, Tema: “O valor da palavra e do silêncio no processo penal, à margem das recentes propostas de alteração do CPP”, no dia 25 de fevereiro de 2012, resulta a mesma posição.

A ASPJ coloca uma questão relevante que diz respeito à possibilidade de se admitir a “condenação do arguido apenas com base em declarações prestadas em fase anterior – por exemplo nos casos de julgamento na ausência do arguido ou este se recusar a prestar declarações – quando as mesmas não sejam corroboradas por qualquer outra prova”, defendendo que o legislador deve ser claro quanto a este assunto. Apesar de, como sabemos, ser possível condenar o arguido com base em escutas telefónicas, desde que cumpridos os requisitos de admissibilidade, sendo indiferente se o arguido se remete ao silêncio ou não, existe quem defenda que deveria haver um limite na proposta de alteração da lei, no sentido de não permitir a condenação do arguido com base nas declarações prestadas em sede anterior ao julgamento, se não houver nenhuma outra prova que corrobore essa. No entanto, pensamos ser mais grave a valoração de declarações provenientes de escuta telefónica, “registadas sem o consentimento do arguido, sem qualquer advertência sobre as suas consequências, sem algum advogado que o possa aconselhar e sem a presença de uma autoridade judiciária. São colhidas em restrição do direito à privacidade, do direito à palavra ou à voz, com intromissão nas telecomunicações, e podem ser usadas em julgamento”²⁹³.

Assim, não entendemos que continuem a existir (apenas) pruridos relativamente à admissibilidade das declarações do arguido em sede de inquérito ou instrução, pois se elas são prestadas perante autoridade judiciária, na presença de defensor, optando por falar livre e conscientemente, prescindindo do seu direito ao silêncio, entendemos que estão neste caso melhor salvaguardadas as suas garantias constitucionais²⁹⁴.

Não entendemos, já o dissemos, que essa confissão deva ser considerada a “rainha das provas” como antigamente, mas que deva ser livremente valorada pelo juiz, não resultando daí, necessariamente, uma condenação do arguido.

²⁹³ Palavras proferidas pelo Prof. Mário Ferreira Monte, nas Jornadas de Processo Penal – Professor Doutor Figueiredo Dias, “Uma singela homenagem, mas profundamente sentida, promovida pelo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados de Coimbra ao Professor Doutor Figueiredo Dias”, Tema: “O valor da palavra e do silêncio no processo penal, à margem das recentes propostas de alteração do CPP”, no dia 25 de fevereiro de 2012, apesar de este autor defender que o legislador deveria impor um limite quanto à valoração das declarações do arguido, prestadas em sede anterior ao julgamento, se não houver mais nenhuma prova que confirme aquela.

²⁹⁴ Criticamos a posição que resulta do parecer da Ordem dos Advogados relativamente à alteração da lei. Mas, ao mesmo tempo, criticamos a própria lei atual por permitir que se restrinjam direitos constitucionais do arguido valorando, independentemente da remissão ao silêncio por parte do arguido em sede de julgamento, as escutas telefónicas, desde que validamente conseguida, mas que para todos os efeitos não são por ele consentidas e, todavia, continua a não valorar uma confissão validamente produzida, sem quaisquer vícios, consentida pelo arguido, na presença do seu defensor e perante o juiz.

Em suma, e por tudo quanto dissemos anteriormente, somos a favor da admissibilidade da leitura das declarações do arguido quando prestadas em sede anterior ao julgamento. Impomos, contudo, algumas exigências: que o arguido seja informado acerca do direito ao silêncio e que dele pode usufruir ao longo de todo o processo sem que isso possa desfavorecê-lo; que seja assistido obrigatoriamente por defensor, sendo o seu papel imprescindível para assegurar o cumprimento de todos os direitos do arguido; que as declarações sejam prestadas perante o Juiz de Instrução Criminal ou MP e que, pelo menos em regra, se proceda à gravação áudio e visual da prestação dessas declarações. Quando tal não for possível, deverá constar obrigatoriamente nos autos as razões desse impedimento e as declarações serão reduzidas a escrito para que o tribunal possa livremente apreciá-las. A falta de algum destes requisitos consubstanciará uma proibição de prova. Deste modo, pensamos que não estão em causa a ofensa dos direitos fundamentais do arguido, nem os restantes princípios que estruturam o nosso processo penal. Defendemos, assim, que esta deverá ser a solução adotada pelo legislador caso venha efetivamente a dar-se a alteração ao CPP.

O caminho iniciado pelo projeto de proposta de alteração de lei demonstra-se adequado aos dias de hoje, sendo que o processo penal já impunha uma reflexão sobre estes pontos há muito tempo, de forma a credibilizar a justiça do nosso país.

Parte III

***Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* como limite à livre
apreciação da prova?**

Capítulo I

Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare

1. Génese do *Nemo Tenetur* no Direito Processual Português

Etimologicamente, a expressão *nemo tenetur se ipsum accusare*²⁹⁵ provém do Latim e significa, literalmente, que “ninguém é obrigado a acusar a si próprio”. A doutrina portuguesa atribui a sua origem à tradição jurídica anglo-saxónica, numa época de mudança em que em vez de um sistema processual inquisitório viria a vigorar um sistema processual penal acusatório “como forma de reacção contra os procedimentos inquisitórios que transformavam o arguido em instrumento da sua própria condenação”²⁹⁶.

No ano da Instauração da República Portuguesa, ou seja, em 1910, surgiu um Decreto – o Decreto de 28 de Dezembro de 1910 – que viria a concretizar do ponto de vista legal a afirmação deste princípio no nosso país, o qual estabeleceu que nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, devendo o juiz informá-lo previamente desse direito. Claro está que já nesta altura se estabeleceram limites a esta regra, limites esses que assentam na obrigação por parte do arguido de responder às perguntas relativas à sua identidade e, posteriormente, com a entrada em vigor do CPP de 1929, acerca dos seus antecedentes criminais²⁹⁷.

²⁹⁵ Refira-se que este princípio pode também ser denominado, designadamente, por *nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur se detegere, nemo tenetur edere* contra se, ou apenas *nemo tenetur*.

²⁹⁶ Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, Almedina, 2009, p. 37.

²⁹⁷ Apesar de atualmente essa obrigação por parte do arguido só se verificar na fase de inquérito e instrução. Pois a norma 342º do CPP viria a modificar-se nesse sentido por se demonstrar inconstitucional, pondo em causa o princípio da presunção de inocência do arguido e o princípio da não autoincriminação. Vide Maria Fernanda Palma, “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, in Revista do Ministério Público, nº 60, (Outubro – Dezembro 1994), p.108.

A redação do anterior artigo era:

“1. O presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação.

O direito ao silêncio na altura da entrada em vigor do CPP de 1929 aplicava-se somente à fase de julgamento, tendo mais tarde sido estendido às restantes fases processuais por via do DL nº 185/72, de 31 de Maio, ano em que houve também revisão constitucional²⁹⁸.

Em 15 de setembro de 1978, Portugal comprometeu-se internacionalmente a aplicar no seu ordenamento o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, por via do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos²⁹⁹, que já tinha sido adotado pelas Nações Unidas anteriormente, em 16 de dezembro de 1966. E é nos termos do art. 14º - (3) alínea g) que o encontramos plasmado: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou confessar-se culpada”.

No entanto, é sabido que “quase um século e meio antes já havia quem na doutrina portuguesa reivindicasse o reconhecimento jurídico do direito ao silêncio”³⁰⁰, estamos a referir-nos a Pascoal de Melo Freire³⁰¹ que terá abordado esta temática

2. Em seguida, o presidente pergunta ao arguido pelos seus antecedentes criminais e por qualquer outro processo penal que contra ele nesse momento corra, lendo-lhe ou fazendo com que lhe seja lido, se necessário, o certificado de registo criminal.

3. O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal.” Daí que o Tribunal Constitucional se tenha pronunciado no sentido de considerar o nº 2 inconstitucional: Acórdão do Tribunal Constitucional nº 695/95: “em tal fase do procedimento penal tal como está entre nós estruturado, estão já em princípio juntos aos autos elementos documentais oficiais relativos a tais antecedentes criminais, o que tornaria a exigência legal do nº 2 do artigo 342º do CPP excessiva e irrazoável perante as garantias de defesa do arguido”; “decide-se: A) Julgar inconstitucionais as normas do artigo 89º, nº 3, quando interpretada como não autorizando a confiança do processo penal em fase de adiamento da audiência de julgamento com fundamento na manifesta exiguidade do processado, e do artigo 342º, nº 2, ambas do Código de Processo Penal, por violação do princípio das garantias de defesa ínsito no artigo 32º, da Constituição da República Portuguesa”.

²⁹⁸ Vide Augusto Silva Dias / Vânia Costa Ramos, “O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português”, Coimbra Editora, 2009, p. 12 e ss.

²⁹⁹ Assim, reza o preâmbulo do dito diploma internacional que “Os Estados Partes no presente Pacto: Considerando que, em conformidade com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo; Reconhecendo que estes direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana; Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, usufruindo das liberdades cíveis e políticas e liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um gozar dos seus direitos cíveis e políticos, bem como dos seus direitos económicos, sociais e culturais; Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efectivo dos direitos e das liberdades do homem; Tomando em consideração o facto de que o indivíduo tem deveres em relação a outrem e em relação à colectividade a que pertence e tem a responsabilidade de se esforçar a promover e respeitar os direitos reconhecidos no presente Pacto”.

³⁰⁰ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português”, Coimbra Editora, 2009, p. 10.

³⁰¹ Jurisconsulto e estudioso da história do direito português.

aquando do Projecto de Código Criminal e nas Instituições de Direito Criminal³⁰², defendendo este que “o réu apenas prestaria juramento caso se dispusesse a confessar voluntariamente. Já no que se refere às perguntas feitas pelo juiz, não deveria o réu prestar juramento”³⁰³.

Este autor defendeu sem dúvida – a par de diversos autores estrangeiros –, ideias muito à frente para a sua época, razão pela qual esta prática não colheu os frutos desejados, tendo sido abruptamente modificada e caído em desuso, uma vez que Portugal ainda não estava preparado para tal mudança. Só em 1987, aquando da entrada em vigor do CPP de 1987 é que viria a ser oficialmente consagrado o direito ao silêncio, nos termos dos artigos 61º - (1) – alínea d); 132º - (2); 141º - (4), alínea a) e 343º - (1), todos do CPP, sendo que toda a valoração de prova obtida através da violação deste direito passava a ser expressamente proibida.

Quanto à previsão expressa na nossa lei fundamental verificamos que ainda não ocorreu revisão constitucional nesse sentido. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes no sentido de considerar este princípio como tendo natureza constitucional.

2. Direito à não autoincriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito ao silêncio como seu núcleo essencial

A liberdade de declaração e depoimento, como assinala Esser, “abre ao arguido o mais irrestrito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas”³⁰⁴. Porém, esta possibilidade dada ao arguido não pressupõe uma obrigação, mas, tão-só, uma opção, conferida pelo nosso sistema processual penal que vê este sujeito processual sob um duplo ponto de vista consagrado na nossa lei fundamental: enquanto, por um lado, arma o arguido com um

³⁰² Disponível no site: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/2123.pdf>.

³⁰³ Vide Augusto Silva Dias / Vânia Costa Ramos, “O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contra-ordenacional português”, Coimbra Editora, 2009, p. 10.

³⁰⁴ Vide Esser (A.), “Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren”, ZStW 1967, págs. 565 e segs., *Apud* Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 121.

direito de defesa, nos termos do art. 32º - (1) da CRP, por outro, confere-lhe uma presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação³⁰⁵. Daí que a nossa lei não penalize o arguido se este optar por se remeter ao silêncio fazendo uso do privilégio contra a autoincriminação. Todavia, senão o fizer e optar por se pronunciar, a sua contribuição terá que ser uma “afirmação livre e esclarecida de autorresponsabilidade”³⁰⁶. A relação existente entre o privilégio contra a autoincriminação – ou *nemo tenetur se ipsum accusare* ou, ainda, *privilege against self-incrimination* – e o princípio do direito ao silêncio revela-se extremamente próxima e, por isso mesmo, muitas vezes se tomam, erradamente, por sinónimos para descrever uma mesma realidade.

De facto, têm ambos conteúdos idênticos – embora não sejam totalmente coincidentes – assentando em torno de direitos intrínsecos à condição de arguido e possuindo enquadramento na Lei Fundamental – ainda que de forma não expressa. Muito embora, estivesse já presente nas representações subjacentes à Magna Charta³⁰⁷, o princípio *nemo tenetur* viria a deixar a sua marca no direito inglês, triunfando a partir de 1679³⁰⁸ e, no que ao sistema jurídico americano diz respeito, foi no ano de 1791 que estes direitos lograram consagração no texto constitucional, estando previsto no *V Amendment*³⁰⁹ *the privilege against self-incrimination*,

³⁰⁵ Cfr. Catarina Veiga, “Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal”, Almedina, 2000, p. 42.

³⁰⁶ Vide Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 121.

³⁰⁷ Desde a *Magna Charta* a liberdade de declaração vai sendo gradualmente reconhecida, acabando mesmo por se converter em princípio da *common law*, vide Frederico Lacerda da Costa Pinto/Teresa Pizarro Beleza, “Prova Criminal e Direito de Defesa em Processo Penal”, Almedina, 2011, p.119.

“A Magna Carta (significa “Grande Carta” em latim), cujo nome completo é Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo”. Cfr. http://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta.

³⁰⁸ Vide Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 123.

³⁰⁹ “*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled in any criminal case to be a witness against himself, or to confess guilt*”.

proclamando a Constituição: “No person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”³¹⁰.

O privilégio contra a autoincriminação, em linhas gerais, estabelece que nenhum arguido tem a obrigação de se autoincriminar e praticar atos lesivos para a sua defesa, nomeadamente, recusando-se a prestar declarações. Nesta situação estamos perante um caso em que o arguido se remete ao silêncio, com vista a fazer uso do princípio do *nemo tenetur*. “A sua consagração está assim essencialmente relacionada com a necessidade de definir limites na busca da verdade, de modo a evitar os abusos que vinham a praticar-se no âmbito dos processos inquisitórios”³¹¹.

Compreendemos a preocupação do legislador em criar mecanismos de defesa para que o arguido seja respeitado na sua essência e enquanto sujeito processual. Felizmente, vivemos num estado de direito onde já não vigora um sistema tão limitador e opressivo dos direitos humanos e fundamentais como era o inquisitório.

Em Inglaterra o direito ao silêncio³¹² e o princípio da não autoincriminação alcançaram forma e foram evoluindo ao longo do tempo, até se transformarem em princípio da Common Law³¹³. Eram tempos difíceis em que a mudança era importante mas lenta, pois mesmo após insistentes manifestações contra o sistema e apesar de a doutrina ter entendido que o tratamento dado ao arguido era abusivo, na prática, o arguido ainda tinha que se declarar inocente ou culpado no início do julgamento, pois se fizesse uso do seu direito ao silêncio seria “o mesmo que cometer suicídio”³¹⁴.

Em Portugal, a verdadeira mudança ocorreu quando o arguido passou a ter o direito³¹⁵ de se fazer acompanhar por defensor ao longo de toda a fase processual. Todavia, verificamos que o direito à não auto-incriminação continua até aos dias de

³¹⁰ Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009, p. 37.

³¹¹ Vide Sofia Saraiva de Menezes, “Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”, Coordenação: Frederico Lacerda da Costa Pinto/Teresa Pizarro Beleza, Almedina, 2011, p. 118.

³¹² “O direito ao silêncio afirma-se progressivamente na Inglaterra do século XVIII, com o fortalecimento do sistema acusatório e das garantias processuais, como a assistência ao arguido por defensor”, Assim, Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, Almedina, 2009, p.37.

³¹³ Vânia Costa Ramos, “*Corpus Iuris 2000: Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, in Revista do Ministério Público, nº 108 (Out-Dez 2006), p.136.

³¹⁴ Vânia Costa Ramos, “*Corpus Iuris 2000: Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, in Revista do Ministério Público, nº 108 (Out-Dez 2006), p. 137.

³¹⁵ Este direito passou a ser garantido por lei a partir de 1836 – Act of enabling persons indicted of Felony to make their defense by Counsel or Attorney.

hoje ausente na Constituição da República Portuguesa, bem como no nosso Código de Processo Penal³¹⁶, mas já não o princípio do direito ao silêncio, que encontra reflexo no art. 61º - (1) – alínea d) do CPP.

A doutrina admite que o direito ao silêncio se estende a outras formas de colaboração autoincriminatória que não apenas as declarações do arguido, ainda assim, importa referir que são discutidas duas posições relativamente à extensão do direito ao silêncio. A primeira extensão minimalista refere que o direito ao silêncio incide apenas sobre as declarações do arguido em sentido estrito e sobre os factos que lhe são imputados, indo neste sentido Frederico de Lacerda da Costa Pinto³¹⁷. A outra parte posição, extensão maximalista, entende que o direito ao silêncio deverá abranger outros meios de prova, “num sentido que não o estritamente comunicacional, mas abrangendo, por exemplo, a entrega de documentos”³¹⁸.

Na verdade, independentemente da existência da doutrina maximalista, o arguido é, por vezes, compelido fornecer informações documentais ou a submeter-se a exames que tenham por objetivo o apuramento da verdade material. Sendo certo, sem qualquer tipo de dúvida, que a sua validade dependerá sempre da forma como foram colhidas tais provas e por quem foram autorizadas.

Entendemos que não é sustentável a doutrina que defende a abrangência do direito ao silêncio a outras formas que não a comunicacional. Desta forma estaríamos a proteger apenas os interesses do arguido, sem nem sequer pensar nos interesses da vítima ou da sociedade onde nos inserimos. Sabemos que ninguém é obrigado a contribuir para a sua autoincriminação e aceitamos que o arguido por estratégia processual e no uso de um direito que lhe assiste não se pronuncie sobre os factos de que vem acusado ao longo do processo. Contudo, existem determinadas situações em

³¹⁶ “Não obstante o princípio *nemo tenetur* – seja na sua vertente de direito ao silêncio do arguido, seja na sua dimensão de “privilégio” do arguido contra uma autoincriminação – não estar expressa e diretamente plasmado no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional. Decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como matriz jurídico-constitucional do princípio.”, *Vide* Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina 2009, p. 39. Quanto à lei processual é possível, através da articulação de determinadas normas, assegurar as exigências do princípio do *nemo tenetur*, desde logo, através da consagração do direito ao silêncio, por exemplo.

³¹⁷ Frederico Lacerda da Costa Pinto, “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, CMVM Almedina, Coimbra, 2009, p.95.

³¹⁸ Neste sentido Vânia Costa Ramos, “*Corpus Iuris 2000* – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, *in* Revista do Ministério Público, nº 108 (Out-Dez 2006), p.133.

que, se a intervenção dos órgãos de polícia criminal não fosse possível, estaríamos a comprometer a existência de uma efetiva investigação no verdadeiro sentido da palavra. Estaríamos a tornar impossível a intervenção dos nossos polícias nas estradas portuguesas, pois o suspeito poderia recusar-se a “soprar ao balão” recorrendo ao privilégio contra a autoincriminação; os investigadores da Polícia Judiciária estariam, igualmente, impedidos de proceder a buscas ou revistas; aos próprios procuradores do MP seria restringido o poder e o dever de investigar que possuem e, finalmente, os Juízes de Direito do nosso país estariam impedidos de demandar certas diligências, sob pena de se tornarem inócuas de futuro. Tal posicionamento acarretaria um irreversível desequilíbrio a nível processual, dificilmente reparável e causador de danos nefastos para a nossa sociedade e para a credibilidade da justiça em Portugal.

3. Fundamentos Constitucionais do *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*

Para que possamos determinar o conteúdo e o alcance do princípio *nemo tenetur* e, conseqüentemente, do direito ao silêncio e à não autoincriminação enquanto seus corolários, será necessário, antes de mais, determinar o concreto fundamento constitucional destes, apesar de já termos referido anteriormente que não se encontram expressamente consagrados na CRP.

Existem duas correntes que visam dar resposta a esta questão: a material ou substantiva e a processual ou adjetiva. Para a primeira corrente, o fundamento constitucional destes direitos está intimamente relacionado com alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º da CRP³¹⁹. Outros há, dentro da mesma corrente, que concebem aqueles direitos como reflexo dos direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, artigos 25º³²⁰ e 26º³²¹ da CRP³²².

³¹⁹ Art. 1º CRP: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. A dignidade da pessoa humana concretiza-se em múltiplas normas, sobretudo no campo dos direitos fundamentais. Ver anotação ao art. 1º da CRP de Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 73 e ss.

³²⁰ Art. 25º - (1) CRP: “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”; (2):” Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”.

³²¹ Art. 26º - (1) CRP: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

³²² Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina 2009, p. 40.

A segunda corrente defendida pela doutrina portuguesa sustenta que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação, enquanto corolários do *nemo tenetur*, buscariam a sua “fonte jurídico-constitucional nas garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, designadamente no princípio do processo equitativo e no princípio da presunção de inocência, consagrados, designadamente, nos artigos 20º - (4)³²³; 32º - (2) e (8)³²⁴ da CRP”³²⁵, como projeção da estrutura acusatória do processo.

Entendem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade que o fundamento destes direitos reside nas concretas garantias processuais que a Constituição prevê em matéria criminal, na medida em que sustentam aqueles direitos e concretizam a sua realização processual, v.g., reconhecendo e tutelando as garantias inerentes à qualificação do arguido como um autêntico sujeito processual.

A jurisprudência parece ir no mesmo sentido da doutrina, merecendo destaque alguns acórdãos do Tribunal Constitucional³²⁶, nomeadamente o nº 695/95, o qual já citamos anteriormente, o Acórdão nº 181/2005 e também o Acórdão nº 155/2007, os quais demonstram indiscutivelmente que para este tribunal o direito ao silêncio é uma componente das garantias de defesa, nos termos do art. 32º - (1) da CRP.

Apesar da doutrina portuguesa ter tal entendimento, não é possível deixar de referir, que também a proteção de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, é assegurada por parte do princípio do *nemo tenetur*. Uma vez que “através do reconhecimento e consagração dos direitos do arguido, e concretamente do seu direito ao silêncio e a não ser obrigado a contribuir para a sua própria inculpação, se protegem direitos fundamentais como a dignidade humana e, de forma mais imediata, a liberdade individual, na medida em que o arguido não fica reduzido a mero objecto da actividade probatória, podendo recusar-se, em nome da sua insindicável autonomia, a ser meio de prova contra si mesmo”³²⁷. Contudo, não se pode admitir que este seja o fundamento direto e imediato do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Também Vânia

³²³ Art. 20º - (4) CRP: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”;

³²⁴ Art. 32 - (2) CRP: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”; (8): “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

³²⁵ Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009, p. 41.

³²⁶ Disponíveis em www.dgsi.pt.

³²⁷ Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009, p. 41.

Costa Ramos conclui que “o próprio ímpeto egoísta e auto-favorecedor do arguido, que segue o seu instinto de sobrevivência, não parece encaixar na dignidade da pessoa humana”³²⁸.

Concluímos, deste modo, que é nas garantias processuais, que a Constituição atribui ao princípio do *nemo tenetur*, que este encontra o seu fundamento imediato, tendo, portanto, natureza processual, “assumindo somente de forma mediata e mais afastada uma natureza constitucional de ordem material ou substantiva”³²⁹.

4. O *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* no Direito Processual Português

O direito ao silêncio, sendo um dos corolários do princípio *nemo tenetur*, podendo mesmo dizer-se que constitui o seu núcleo essencial, tem como titulares o arguido e o suspeito.

O arguido pode recusar-se a responder a qualquer questão que implique a sua autoincriminação, no entanto, não poderemos esquecer que este princípio impõe limites: relativamente à identificação pessoal e antecedentes criminais, como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, sendo certo que a falsidade das respostas poderá implicar responsabilidade criminal.

Situação diversa é aquela em que o arguido, mesmo sabendo que não é obrigado a colaborar com a investigação, decide prestar declarações quanto aos factos que lhe são imputados, neste caso, “o arguido reveste as características de meio de prova (em sentido material) e a sua correcta produção e valoração apresenta indiscutível importância mas, também, alguma dificuldade: importância derivada da especial situação que o arguido ocupa relativamente ao “*thema decidendum*” aliada ao relevante contributo que os interrogatórios podem constituir para se alcançar a verdade material; dificuldade face à dupla característica de meio de prova e meio de defesa de que se revestem os interrogatórios do arguido com o consequente “direito ao silêncio” e o direito de, querendo prestar declarações, lhe não ser exigível dizer a

³²⁸ Assim, Vânia Costa Ramos, “*Corpus Iuris 2000: Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*”, Parte I, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, in Revista do Ministério Público, nº 108 (Out-Dez 2006), p. 28.

³²⁹ Vide Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova, Almedina, 2009, p. 42.

verdade sobre os factos que lhe são imputados”³³⁰. A omissão da advertência a que se refere o art. 141º - (4) do CPP³³¹ constitui uma autêntica proibição de prova.

Já na fase de julgamento o arguido será obrigado a responder sobre a sua identificação, mas já não relativamente aos seus antecedentes criminais (art. 342º do CPP), pois considerou-se incompatível com a Constituição a obrigação do arguido falar em julgamento acerca dos seus antecedentes criminais por violar o princípio da não autoincriminação. Há quem defenda que o mesmo se deveria aplicar à fase de inquérito e instrução, isto é, que o arguido não deveria fazer menção aos seus antecedentes criminais pelo facto de não abonarem a seu favor, na medida em que poderão acarretar a aplicação de medida de coação por parte do Juiz de Instrução Criminal e, além disto, entendem que se o arguido prestar declarações acerca dos seus antecedentes criminais no âmbito do processo, mais tarde, o Juiz de Julgamento terá fácil acesso a elas, fornecendo indiretamente uma imagem negativa a seu respeito³³².

Discordamos em absoluto desta posição, uma vez que não poderemos colocar um arguido que vem praticando vários crimes reiteradamente, na mesma posição de um outro que nunca cometeu crime algum, quando em causa está a aplicação de uma medida de coação. Não poderemos fazer tábua rasa da conduta que aquele cidadão teve perante a nossa comunidade, ferindo as suas regras jurídicas. Tal iria demonstrar-se injusto para aquele outro arguido que teve uma conduta exemplar, até então. Além disso, cremos que a eventual imagem negativa que os seus antecedentes criminais lhe possam trazer deve-se exclusivamente ao próprio arguido, como sujeito responsável pelos seus próprios atos.

Concluimos, assim, que a lei não deverá ser alterada no sentido de impossibilitar que o arguido faça menção aos seus antecedentes criminais em sede de inquérito e instrução, se a ela houver lugar. É necessário reafirmar que possuímos ótimos magistrados e juízes e, como tal, devemos confiar na sua imparcialidade e no rigor técnico com que tratam cada processo, uma vez que, independentemente dos antecedentes criminais, a aplicação das normas processuais deverá ser absolutamente justa e equitativa.

³³⁰ Vide Catarina Veiga, “Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal”, Almedina, 2000, p. 43.

³³¹ Se o arguido não for advertido de que pode usufruir do seu direito ao silêncio, sem que isso o possa desfavorecer, tudo aquilo que ele declarar, seja o que for, não constará nos autos pelo facto de se tratar de uma prova obtida contrariamente aos ditames constitucionais.

³³² Assim Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Autoinculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, pp.20 e 21.

4.1. Âmbito de aplicabilidade

Verificamos que o direito ao silêncio ocupa lugar de destaque na sua relação com o princípio do *nemo tenetur*, sendo certo que outras manifestações vêm surgindo relativamente a este princípio, como o direito de não entregar documentos, *v.g.*, diários íntimos, pois sobre este objeto não recai nenhum dever de entrega às autoridades judiciárias, uma vez que recai no âmbito da reserva da vida privada.

Contudo, existe uma zona em que esta aplicação não é assim tão linear, referimo-nos às situações em que o arguido é sujeito a diligências de prova, por vezes contra a sua vontade, como, por exemplo, as colheitas de ar expirado, muito comuns nas paragens stop nas estradas portuguesas. Muitas vezes, o condutor apanhado de surpresa vê-se “obrigado”³³³ a efetuar o vulgar sopro no balão, sendo de imediato feita a prova – caso a sua conduta assente num crime, conduza com uma taxa de alcoolemia acima do legalmente permitido – e, conseqüentemente, tendo o arguido contribuído para a sua própria incriminação. Chegados aqui percebemos que o direito ao silêncio e o princípio da não autoincriminação não possuem caráter absoluto, sendo em determinadas situações restringidos.

Para Costa Andrade estamos perante uma “zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de (...) meios de prova”³³⁴. Mas, o que é facto é que a realização destas diligências está prevista na lei – Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto – exigindo que o arguido se sujeite a elas, podendo em caso de recusa ser compelido a efetuar o exame por decisão da autoridade judiciária competente.

O direito português admite, ainda, a restrição do *nemo tenetur* através da realização de meios ocultos de investigação elencados no nosso CPP (*v. g.*, de escutas telefónicas), desde que respeitado o princípio da legalidade e também determinados princípios: proporcionalidade³³⁵, necessidade³³⁶ e adequação³³⁷, previstos no art. 18º -

³³³ A colocação das aspas deve-se ao facto de este não ser efetivamente obrigado a fazê-lo, uma vez que pode recusar-se à sujeição do exame, incorrendo nesse caso num crime de desobediência, nos termos do art. 348º do CP.

³³⁴ Vide Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 127.

³³⁵ “A proporcionalidade *stricto sensu* implica justa medida; que o órgão competente proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais nem menos”. Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p.162.

(2) da CRP e não se verifiquem nenhuma das situações previstas no art. 126º do CPP, caso em que estaremos perante métodos proibidos de prova.

4.2. Âmbito de validade do *nemo tenetur*

O âmbito de validade deste princípio subdivide-se em três âmbitos diversos: âmbito de validade normativo, âmbito de validade temporal e âmbito de validade material.

No que diz respeito ao âmbito de validade normativo o princípio aplica-se a todo o direito sancionatório, principalmente, ao Direito Penal e ao Direito de Mera Ordenação Social³³⁸.

Quanto ao âmbito de validade temporal, verificamos que o princípio pode vigorar mesmo antes da constituição de arguido, ou mesmo acarretar que determinado sujeito se constitua arguido. Isto é, se lhe forem colocadas determinadas questões de modo a levantar a suspeita do seu próprio envolvimento na prática de um crime, poderá ocorrer a recusa de resposta e o requerimento de constituição de arguido, nos termos do art. 59º do CPP³³⁹.

Quanto ao âmbito de validade material do princípio *nemo tenetur* diremos que requer uma análise mais cuidadosa e ponderada. Na verdade, quando nos afastamos do direito ao silêncio, como concretização nuclear que é verificamos que este princípio vai ficando mais dependente de ocorrência na vida prática, importando sobretudo a harmonização de todos os princípios a aplicar. Sabemos que é comum no nosso quotidiano assistirmos a situações em que dois bens jurídicos entram em confronto e quando assim é teremos que nos pautar por regras para solucionar a questão – tarefa que incumbe ao juiz –, ponderando a situação em concreto, dando primazia a um bem jurídico e sacrificando outro. Ou seja, “quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucional e não é possível

³³⁶ “A *necessidade* supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão”. Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 162.

³³⁷ “A *adequação* significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa a correspondência de meios a fins”. Vide Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 162.

³³⁸ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 22.

³³⁹ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 23.

na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior, nesse caso, é permitido o sacrifício deste último”³⁴⁰.

Pegando no exemplo da colheita de ar expirado, percebemos que a realização do dito exame pode acarretar uma prova contra o sujeito, pois nem só através de declarações orais alguém se pode autoincriminar. Sempre que o sujeito é ameaçado sob a forma de sanção seja a prestar declarações, fornecendo documentos ou cedendo ar, saliva ou urina, torna-se objeto de prova e, conseqüentemente, pode produzir prova contra si. No entanto, existe uma diferença entre quem presta declarações no âmbito de um processo já existente – pois já foi provavelmente constituído arguido –, e aquele que ainda não possui essa qualidade. Porém, nada impede que o condutor requeira a sua constituição como arguido nos termos do art. 59º - (2) do CPP³⁴¹.

A verdadeira razão para que perante uma operação stop os órgãos de polícia criminal tenham legitimidade para forçar o condutor a “soprar ao balão” é o facto de, apesar de se ferirem direitos constitucionalmente consagrados e de o sujeito ser obrigado a constituir prova contra si mesmo, não poderemos jamais esquecer que “a condução automóvel é uma actividade permitida sob condição, apenas quem se encontra habilitado para o efeito e em condições de o fazer com segurança, a fim de não colocar em perigo a vida e a integridade física dos outros. Sendo assim, quem conduz na via pública, tem de se sujeitar a certas medidas de controlo, como o sopro no balão, tenha ingerido ou não bebidas alcoólicas. A finalidade imediata destes testes é preventiva e não repressiva: visa principalmente apurar se o condutor está em condições de prosseguir o exercício da condução”³⁴². Este é também o sentido da jurisprudência, com o qual estamos perfeitamente de acordo. Admitimos que se possa entender como um método que representa uma intromissão na esfera privada do sujeito e que poderá ter como consequência a sua autoincriminação. No entanto, representa também uma forma de proteger bens jurídicos de toda a sociedade e prevenir que os mesmos sejam feridos e negligenciados. Razão pela qual nos posicionamos inteiramente a favor desta posição – como já anteriormente deixamos antever –, por ser a mais adequada ao caso concreto. “É nesta ponderação que encontram arrimo a restrição dos direitos à não auto-incriminação e à privacidade e a

³⁴⁰ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 23.

³⁴¹ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 24 e 25.

³⁴² Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 26.

inadmissibilidade do pedido de constituição de arguido por parte do condutor para se subtrair ao teste de alcoolemia”³⁴³.

4.3. Consequências jurídicas da violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

Deixamos já adivinhar, anteriormente, algumas consequências práticas da violação deste princípio. No entanto, como é uma questão que levanta algumas nuances achamos por bem dedicar-lhe um pouco mais da nossa atenção.

É ponto assente que por via do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* não impende sobre o arguido nenhum dever de colaboração no sentido de fornecer ou carrear para o processo qualquer tipo de prova que atente contra a sua própria defesa. Todavia, verificamos que este princípio não é absoluto, podendo, por vezes, ser restringido e sacrificado desde que se constatem determinados pressupostos que admitam a sua colaboração. Para tanto, será exigida a existência de previsão legal nesse sentido e deverão ser respeitados os princípios da proporcionalidade e necessidade, nos termos do art. 18º - (2) da CRP.

De acordo com esta orientação, por razões óbvias, serão consideradas inteiramente nulas e proibidas as provas alcançadas de forma viciada e duvidosa, não podendo ser, conseqüentemente, valoradas. Ou seja, “o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação”³⁴⁴, sob pena de se violarem pressupostos constitucionalmente previstos. Tal reflete o sistema processual em que nos inserimos atualmente, longe da repressão vivida noutros tempos, onde a tutela jurídico-constitucional de valores e direitos fundamentais como a dignidade humana, a integridade física e moral da pessoa são uma realidade e encontram-se protegidos por via do art. 32º – (8) da CRP ^{345 346}.

³⁴³ Vide Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, “O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)”, Almedina, 2009, p. 27.

³⁴⁴ Vide Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 121.

³⁴⁵ Art.32º - (8): “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

³⁴⁶ Esta regra encontra também consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos 5º e 12º; na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nos artigos 3º e 8º; e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 7º.

Assim, no caso de o exame ou a revista terem sido obtidos através de métodos proibidos, seja induzindo o arguido em erro ou tendo-o coagido³⁴⁷, desrespeitando em absoluto os deveres legais e o estatuto do arguido que são próprios de um sistema processual acusatório, a solução não poderá ser outra senão proibir a sua utilização por via do art. 126º do CPP, pois a eficácia da Justiça é um valor que deve ser perseguido, “mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”³⁴⁸.

Caso o suspeito não tenha sido constituído arguido e for compelido a efetuar um exame, dispõe o art. 59º do CPP que “a omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova”, uma posição contrária “constituiria uma fraude ao direito ao silêncio do arguido. O direito ao silêncio não visa apenas proteger o arguido de afirmações feitas por si que o possam prejudicar, mas de quaisquer afirmações feitas por si de modo não informado”³⁴⁹.

5. Limites do Direito ao Silêncio na Lei Processual Penal

Por tudo quanto referimos anteriormente, sabemos já que o direito ao silêncio nasce, apenas, com a atribuição do estatuto de arguido. Nos termos do art. 61º – (1) – alínea d) do CPP prevê-se expressamente que o arguido tem o direito de “não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”.

Por outro lado, seria de extrema importância para o apuramento da verdade material a sua intervenção ao longo do processo, pois ninguém melhor que ele para esclarecer os factos ocorridos. Além disso, o arguido tem um verdadeiro direito a ser

³⁴⁷ Diz-nos Paulo Pinto de Albuquerque que “a prova obtida mediante **coação** inclui, por exemplo, a obtida mediante a criação de um ambiente conducente a uma tentativa frustrada de suicídio do detido”, *vide* Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, p.340.

³⁴⁸ *Vide* Jorge Miranda/Rui Medeiros, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 361.

³⁴⁹ *Vide* Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011, p.184.

ouvido, tanto no primeiro interrogatório³⁵⁰, como no interrogatório obrigatório no início da audiência³⁵¹ e no final da audiência de julgamento³⁵². Todavia, para que as suas declarações não estejam impregnadas de vícios é dever dos órgãos de polícia criminal ou autoridades judiciárias e, ainda, do juiz, informá-lo previamente do direito que este possui de nada dizer e de, assim, poder usufruir do seu direito ao silêncio. Sendo a “proibição da valoração das denominadas «conversas informais», entre o arguido e os agentes policiais, realizadas na fase de inquérito e à margem das garantias e formalidades que a lei impõe, e que poderiam frustrar ilegitimamente o seu direito ao silêncio, através da «confissão por ouvir dizer», relatada por testemunha”³⁵³, uma sensata posição da parte da jurisprudência do nosso país. Além disto, “o princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio (...) da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade”³⁵⁴.

Ainda que o contributo do arguido se afigure da maior importância, a verdade é que não poderemos ignorar as diversas disposições legais que garantem e permitem uma posição diferente ao longo do processo, como são os artigos 60º, art. 141º - (4), art. 143º - (2), art. 144º - (1), 343º - (1) e 345º - (1), todos do CPP.

Concluimos, deste modo, que o arguido deve ser sempre advertido da possibilidade de poder remeter-se ao silêncio, sendo que pode haver da sua parte um silêncio total ou parcial, mas em nenhuma circunstância tal postura deverá ser valorada contra si. Conforme nos diz Jorge de Figueiredo Dias, não pode ser *juridicamente* desfavorecida a posição do arguido pelo facto de exercer o seu *direito ao silêncio*, i.é., não pode ser valorado como indício ou presunção de culpa. No entanto, já o será do ponto de vista *fáctico*, quando do seu silêncio derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infracção. Nesse caso, o exercício desse direito representará um *privilegium odiosum* para o arguido³⁵⁵. Daí que o facto de o juiz

³⁵⁰ Art. 141º - (1) do CPP.

³⁵¹ Art. 343º do CPP

³⁵² Art. 361º - (1) do CPP

³⁵³ Cfr. Sofia Saraiva Menezes, “Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”, Coordenação: Frederico Lacerda da Costa Pinto/Teresa Pizarro Belega, Almedina, 2011, p. 126.

³⁵⁴ Vide Jorge de Figueiredo Dias, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1995, pp. 27 e 28.

³⁵⁵ Cfr. Jorge Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1ª Edição 1974, Reimpressão, Coimbra Editora 2004, pp. 448 e 449.

alertar apenas o arguido no início de audiência e julgamento que tem o direito de se remeter ao silêncio sem que isso lhe traga qualquer tipo de consequências negativas ou sem que possa ser tomado como um comportamento desvalioso, não parece suficiente, pois dever-se-ia alertar, igualmente, para a circunstância de abdicar de todos os atenuantes que de outro modo usufruiria³⁵⁶, como o arrependimento.

O direito ao silêncio não é exclusivo do arguido, ele cabe também às pessoas coletivas – apesar de o ser com uma intensidade mais reduzida –, e às testemunhas, uma vez que elas podem abster-se de responder a questões que as possam autoincriminar³⁵⁷ ou comprometer certos familiares ou afins³⁵⁸. Porém, neste caso, não estarão já as testemunhas a contribuir para a sua autoincriminação caso se oponham a declarar alegando que daí advirá a sua responsabilidade criminal? Parece-nos que sim, porém, se resultar que a testemunha tem realmente responsabilidade criminal, a autoridade judiciária deverá proceder à sua constituição como arguido para que possa lançar mão de todos os direitos (e também deveres) previstos no Estatuto do Arguido e remeter-se, posteriormente, ao silêncio se assim o entender.

6. O *nemo tenetur se ipsum accusare* e a livre apreciação da prova

Começamos a terceira parte deste trabalho perguntando se o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* é ou não um limite à livre apreciação da prova. Após a abordagem anteriormente feita pensamos estar agora em condições de marcar a nossa posição quanto a esta relevante questão.

As declarações prestadas por arguido perante juiz em sede de inquérito ou instrução constituem, nos termos da lei atual, uma proibição de valoração por parte do tribunal caso o arguido venha a silenciar-se em sede de audiência de julgamento. Sendo certo que se estabelecem exceções a esta regra, ou seja, elas poderão ser já

³⁵⁶ Neste sentido também Sofia Saraiva de Menezes, “Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”, Coordenação: Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Teresa Pizarro Beleza, Almedina, 2011, p. 132.

³⁵⁷ Art. 132º - (2): “A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”.

³⁵⁸ Art. 134º - (1): “Podem recusar-se a depor como testemunhas: a) Os descendentes, as ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido; b) Quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação”.

valoradas caso o arguido solicite a leitura das mesmas, ou quando houver discrepância entre as declarações anteriormente perante juiz e as prestadas em audiência.

Resulta claro que desta enunciação que a valoração dessas declarações (as prestadas em ato anterior à audiência de julgamento) estará sempre dependente da estratégia processual que o arguido vier a adotar posteriormente. De nada vale que esse material probatório tenha sido validamente conseguido, pois se o arguido se remete ao silêncio durante o julgamento e se não se verificarem nenhuma das exceções *supra* enunciadas, o Juiz de Julgamento estará impedido de valorar essas declarações. Além disso, o juiz não poderá também valorar o silêncio do arguido, no sentido de daí retirar ilações. O silêncio é um direito que constitucionalmente lhe assiste e que pode ser usado ao longo de toda a fase processual. Assim, não poderão resultar quaisquer conclusões dessa remissão ao silêncio, nem para prejudicar o arguido, nem para o favorecer, de tal atitude resultará apenas uma informação processual.

Destarte, verificamos que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* constitui, efetivamente, um limite à livre apreciação da prova por parte do julgador, nos termos da lei atual.

Contudo, se o CPP vier a ser efetivamente alterado por via do Projeto de Alteração de Lei proposta pelo Ministério da Justiça, esta situação mudará. Ou seja, se as declarações do arguido forem produzidas respeitados os limites enunciados na Proposta, elas chegarão ao conhecimento do Juiz de Julgamento, podendo este apreciá-las livremente de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, independentemente de o arguido se remeter ao silêncio em fase de audiência de julgamento. Assim, ainda que essa confissão não consubstancie aquela outra prevista nos termos do art. 344º do CPP, o Juiz de Julgamento, poderá condenar o arguido com base apenas nessa prova, não existindo nenhuma limitação nesse sentido. Nem sendo necessária a existência de outras provas que corroborem aquela, concluindo-se, deste modo, que princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não limitará a livre apreciação da prova por parte do juiz, ele poderá de acordo com a sua livre convicção condená-lo ou absolvê-lo³⁵⁹.

³⁵⁹ Porém, há quem se insurja contra esta falta de limites. “Com o limite de não constituir a[confissão] única prova incriminatória estamos sobretudo a apelar à necessidade de tanto o juiz como o ministério público deverem esforçar-se no sentido de levar a cabo todos os meios de prova possíveis, e não assentar a condenação apenas num meio de prova que, sendo legítimo, seria, em tal contexto, o único produzido fora do julgamento”. Cfr. Mário Ferreira Monte, *in* “O problema do “ônus” de prova e da oneração do

direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: reflexões a partir do direito luso-brasileiro”, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.

Conclusões

I

É chegado momento, após a apresentação deste nosso estudo, de expormos as conclusões retiradas.

Começámos por abordar na primeira parte do nosso trabalho o conceito de processo penal, concluindo que ele deve ser entendido como uma ciência complexa, intrínseca a um Estado de Direito, influenciado por valores culturais, socioeconómicos e políticos muitas vezes antagónicos entre si.

Seguidamente, após a incursão pelos modelos processuais, verificámos que vigora atualmente em Portugal um sistema acusatório, mitigado pelo princípio da investigação da verdade material, livrando-se das amarras de um processo inquisitório e de todos os malefícios que lhe estavam subjacentes. Deste modo, pudemos verificar que Portugal evoluiu positivamente e buscou adaptar o direito vigente às exigências de uma sociedade mais evoluída e sedenta de uma maior proteção dos seus direitos.

Analisamos, ainda, meios de prova admissíveis em processo penal, especialmente a prova testemunhal.

Concluimos que eles ocupam um lugar importantíssimo no processo penal, pois eles são o pressuposto da atividade decisória do julgador, sendo também o seu próprio limite e fundamento. Além disso, contribuem para a corroboração da eventual confissão do arguido, produzida em sede anterior ao julgamento. Uma vez que as declarações do arguido não devem, segundo o nosso entendimento, ser consideradas a “rainha das provas”, deve sim ser apreciadas livremente pelo julgador³⁶⁰. Achamos que se houver material probatório que corrobore aquela confissão facilitaremos a boa decisão do julgador, sendo esta certamente mais justa.

³⁶⁰ Note-se, que na conceção que defendemos ao longo deste nosso estudo, a confissão não é equiparada à confissão obtida nos termos do art. 344º do CPP.

II

Na segunda parte do nosso estudo demos protagonismo à valoração das declarações do arguido, iniciando a respetiva análise com a questão se as devíamos ignorar ou valorar.

A incursão feita pelo direito comparado permitiu-nos verificar que existem outros ordenamentos que solucionam a questão da valoração das declarações de forma diversa da nossa. Contribuiu-se, assim, para uma diferente perspetiva, mostrando-se que é possível valorar tais declarações sem ofender os legítimos direitos do arguido, atribuídos pelas leis a que também alguns destes ordenamentos estão vinculados internacionalmente.

A análise ao Estatuto do Arguido deu-nos uma maior segurança para que, posteriormente, pudéssemos analisar o real valor probatório das declarações do arguido.

Comprendemos que a sua valoração é tida de diferentes formas, consoante a fase processual em que forem produzidas. Sendo que se estas tiverem sido produzidas em sede de audiência de julgamento, perante o juiz presidente, forem feitas de forma livre, integral e sem reservas, nos termos do art. 344º do CPP, ela será admissível.

O arguido pode também optar por nada declarar ao longo de toda a atividade processual, remetendo-se ao silêncio sem que isso o possa prejudicar ou beneficiar.

Advertido sobre o alcance do direito ao silêncio, existem situações em que o arguido opta por falar ainda na fase de inquérito ou instrução, prestando declarações e muitas vezes confessando o crime que lhe é imputado. Porém, se em sede de audiência

opta por se remeter ao silêncio as tais declarações não serão valoradas, nem chegarão ao conhecimento do Juiz de Julgamento.

Concluimos que o arguido poderá, então, optar por três vias ao longo do processo: confessar integralmente e sem reservas, optar pelo direito ao silêncio ou prestar declarações.

A doutrina portuguesa posiciona-se relativamente à valoração das declarações do arguido no mesmo sentido em que está estruturado o nosso CPP. Ou seja, admite a validade das declarações do arguido quando elas sejam prestadas em sede de audiência, nos termos do art. 344º do CPP.

Admitem a fragilidade das declarações quando prestado por arguido em fase de inquérito, e até mesmo instrução, ainda que prestadas perante Juiz de Instrução. Pois o arguido tem o direito de se remeter ao silêncio em qualquer fase processual, inclusivamente no julgamento, tornando inexistentes tais declarações.

Constatamos que o processo penal português está numa fase de mudança com o surgimento da recente Proposta de Alteração de Lei por parte do Ministério da Justiça, nomeadamente, no que ao art. 357º do CPP diz respeito. Desse advento surgiram várias posições dominantes na justiça portuguesa. Cuidamos, por isso, de analisar os pareceres da Ordem dos Advogados, Magistratura do Ministério Público e também o parecer da Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

Discordamos totalmente da posição da Ordem dos Advogados, pois apesar de apontar uma orientação prudente, não se distanciando da lei atual, ela não é compatível com tudo aquilo que defendemos ao longo desta dissertação. Não cremos que a proposta de alteração de lei negue as garantias constitucionais do arguido, elas poderão ser usufruídas a qualquer altura do processo. Porém, não poderemos ignorar as declarações que o arguido proferiu prescindindo dessas mesmas garantias.

Tanto o parecer do SMMP como da ASJP revelam uma aceitação da leitura das declarações do arguido em sede de audiência, mesmo quando prestadas em atos

anteriores. Porém, ao contrário da SMMP, a ASJP assume uma posição mais prudente impondo alguns limites a essa valoração. Assim, o primeiro é que se aceite a valoração em audiência das declarações do arguido prestadas apenas perante juiz. A segunda limitação, que é mais uma imposição, consiste em exigir a gravação audiovisual, ou pelo menos registo áudio, para que as declarações possam ser valoradas em audiência.

O SMMP vai mais longe, invocando que tais declarações sejam valoradas mesmo que sejam feitas perante o MP ou órgão de polícia criminal.

A nossa posição vai no sentido de aceitar as declarações prestadas perante o juiz ou o MP. Os magistrados do ministério público são dotados de total rigor técnico, motivados por princípios de imparcialidade e objetividade, como tal, não vislumbramos nenhum impedimento para que não se aceite as declarações que lhe forem feitas. No entanto, discordamos do entendimento que defende que as mesmas possam ser valoradas perante os órgãos de polícia criminal. Pese embora o importante papel que também eles possuem durante a investigação, auxiliando o MP, estarão mais condicionados no que respeita à objetividade e imparcialidade. Tendo os órgãos de polícia criminal conhecimento de que o arguido pretende confessar, deverão conduzi-lo a uma autoridade judiciária a fim de este prestar as tais declarações.

Mas a nossa principal exigência prende-se com presença de defensor, pois ela deverá ser obrigatória aquando da prestação dessas declarações. Só desta forma estarão assegurados os direitos de defesa do arguido.

Concluimos, também, que a gravação audiovisual cumpre as exigências feitas pelo princípio da livre apreciação da prova e assegura a realização de um processo justo e equitativo. Além disso, assegura o princípio da imediação e da oralidade e, também, o princípio do contraditório. Quando não for possível proceder a essa gravação, deverá constar nos autos o motivo dessa impossibilidade e as declarações deverão ser reduzidas a escrito para que o tribunal as aprecie segundo o princípio da livre apreciação da prova.

Conclui-se, desta forma, que somos a favor da admissibilidade da leitura das declarações do arguido quando prestadas em sede anterior ao julgamento. Impomos, contudo, algumas exigências:

- O arguido deve ser informado acerca do direito ao silêncio e que dele pode usufruir ao longo de todo o processo sem que isso possa desfavorecê-lo;
- O arguido deve ser assistido obrigatoriamente por defensor, sendo o seu papel imprescindível para assegurar o cumprimento de todos os direitos do arguido;
- As declarações devem prestadas perante o Juiz de Instrução Criminal ou MP;
- Deve proceder-se, pelo menos em regra, à gravação áudio e visual da prestação dessas declarações. Quando tal não for possível, deverá constar obrigatoriamente nos autos as razões desse impedimento e as declarações serão reduzidas a escrito para que o tribunal possa livremente apreciá-las.
- A falta de algum destes requisitos consubstanciará uma proibição de prova.

Defendemos que esta deverá ser a solução a adotar pelo legislador, caso a lei venha a ser efetivamente alterada.

III

Em 15 de Setembro de 1978, Portugal comprometeu-se internacionalmente a adotar no seu ordenamento o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, por via do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, garantindo-se que “qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: - g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”.

O advento deste direito trouxe enormes vantagens ao arguido, pois permitiu que a remissão ao silêncio por parte do arguido não acarretasse uma consequência prejudicial. Contudo, o direito à não autoincriminação não lhe retirou a possibilidade de intervir no processo.

Concluimos, porém, que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não é absoluto, podendo ser restringido por vezes. O caso paradigmático é o da admissibilidade das escutas telefônicas (desde que reunidos os requisitos necessários e previstos na lei), em que o arguido apesar de não consentir a escuta ela será valorada em sede de audiência, independentemente da sua remissão ao silêncio ao longo de toda a fase processual. Na ponderação desta possibilidade o legislador entendeu que deveriam ser restringidos certos bens jurídicos, em favor de outros mais valiosos.

Ainda assim, o legislador continua a não valorar as declarações consentidas pelo arguido proferidas seja no inquérito ou na instrução.

Essa valoração das estará sempre dependente da estratégia processual que o arguido vier a adotar posteriormente. De nada vale que esse material probatório tenha sido validamente conseguido, inclusivamente na presença do defensor e autoridade judiciária, se o arguido se remeter ao silêncio durante o julgamento.

Por essa razão, verificamos que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* constitui, efetivamente, um limite à livre apreciação da prova por parte do julgador, nos termos da lei atual. Pois ele não poderá retirar nenhuma conclusão remissão ao silêncio do arguido. De tal atitude resultará apenas uma informação, não podendo o juiz deduzir que o arguido é culpado ou inocente.

Porém, se a lei for alterada conforme vem descrita no projeto da proposta de alteração de lei, essa limitação deixará de existir. Senão vejamos: admitindo-se e valorando-se a confissão do arguido em atos anteriores ao julgamento ainda que depois se remeta ao silêncio, e não sendo necessárias outras provas que corroborem aquela, permite-nos concluir que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não limitará a livre apreciação da prova por parte do juiz, ele poderá de acordo com a sua livre convicção condená-lo ou absolvê-lo.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas pelos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, 2009.
- (A.), Eser, *Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren*, ZStW 1967, págs. 565 e segs., *Apud* Manuel da Costa Andrade, “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 121.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.
- ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.
- ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- ARANHA, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo, *Da Prova no Processo Penal*, 2.^a edição, São Paulo, Editora RT, 1987.
- ARISTÓTELES, *Problemata*, n.º 13 (citação extraída de *The Works of Aristotle*, vol. VII, Book XXIX), *Apud* Cristina Líbano Monteiro, “Perigosidade De Inimputáveis e «In Dubio Pro Reo»”, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- ANTÓN, Tomás Vives, *El Proceso Penal de La Presunción de Inocencia*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.
- BARREIROS, José António, *O julgamento do novo Código de Processo Penal*, in *O Novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1991.
- BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de José de Faria Costa, revista por Primola Vingiano, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BELEZA, Teresa Pizarro, «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, Abril – Junho 1998.

- Betham, “Traité des Preuves Judiciaires”, p. 246, *Apud*, Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 221.
- Braz, José, *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*, 2ª Edição, Almedina, 2010, p. 114.
- Carvalho, Ana Cristina, *Primeiro interrogatório judicial de arguido detido*, in Revista do CEJ, Nº 11, p. 131.
- CORREIA, Eduardo, *Processo Criminal*, 1956, *apud* Marques Ferreira, *Meios de Prova*, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.
- COSTA, José de Faria, *Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico; Teoria e Prática do Processo Penal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998.
- Costa, José Gonçalves da, *O Estatuto do Arguido no Projeto de Código de Processo Penal (Uma Primeira Leitura)*, Revista do Ministério Público, Jornadas de Processo Penal, p. 263.
- DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito á não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)*, Coimbra, Almedina, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal* (Lições coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra), secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988-9.
- _____, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, Almedina, 1995.
- _____, *Direito Processual Penal*, 1.ª Edição, 1974, Reimpressão, Coimbra, Coimbra

- Editora, 2004.
- _____, *Direito Penal*, Tomo I, Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- _____, *O processo penal português: problemas e perspectivas*, in Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- _____ / ANDRADE, Manuel da Costa, “*Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*”, Coimbra, Almedina, 2009.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa, 1955.
- _____, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa, 1956.
- FERREIRA, Marques, *Meios de Prova*, in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal, Coimbra, Almedina, 1988.
- GONÇALVES, Fernando / ALVES, Manuel João, *A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação / A Providência Do Habeas Corpus em Virtude de Prisão Ilegal*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2004.
- _____, / ALVES, Manuel João Alves, *Os Tribunais, As Polícias e o Cidadão, o Processo Penal Prático*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2002.
- GONÇALVES, Fernando / ALVES, Manuel João / VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2001.
- JUSTO, António Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

- LEAL, Rui da Silva, *Eu sou arguido...amanhã. Os direitos de garantia, in Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.*
- MATTA, Paulo Saragoça da, *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2004.*
- MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de Prova no Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 1997.*
- MENEZES, Sofia Saraiva de, *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, Coordenação de Frederico de Lacerda da Costa Pinto e Teresa Pizarro Beleza, Coimbra, Almedina, 2011.*
- MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.*
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de processo penal interpretado, 4.ª Edição, São Paulo, Atlas, 1996.*
- _____, *Processo Penal, 18.ª Edição, São Paulo, Atlas, 2006.*
- MIRANDA, Jorge /MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010.*
- MONTE, Mário Ferreira, *in “O problema do ônus de prova e da oneração do direito probatório em processo penal. Em particular, a valoração, em julgamento, da prova produzida em sede de investigação criminal: reflexões a partir do direito luso-brasileiro”, texto escrito para homenagear o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, Brasil, 2012.*
- _____, *Jornadas de Processo Penal – Professor Doutor Figueiredo Dias, “Uma singela homenagem, mas profundamente sentida, promovida pelo Conselho Distrital da Ordem*

dos Advogados de Coimbra ao Professor Doutor Figueiredo Dias”, Tema: “O valor da palavra e do silêncio no processo penal, à margem das recentes propostas de alteração do CPP”, no dia 25 de fevereiro de 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade, *Da confissão no processo penal*, consultado em:
<http://br.monografias.com/trabalhos/confissao-processo-penal/confissao-processo-penal.shtml>.

MOURA, José Souto, *Inquérito e Instrução, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1995.
_____, *A Questão da Presunção de Inocência do Arguido*, in Revista do Ministério Público, n.º 42, ano 11.
_____, *Inquérito e Instrução*, in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1995, p. 90.

Mourisca, José, *Código de Processo Penal (Anotado), Volume III*, Tipografia Vouga – Albergaria - A - Velha – 1933, p. 59.

MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, SL, Universidade Católica Editora, 2000.

Neves, A. Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968 p. 163 e 164.

NEVES, Rosa Vieira, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, *O valor da confissão como meio de prova, 2.ª Edição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Maria Fernanda, *O problema penal do processo penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004.

PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no atual processo penal português (alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 2000.

PEREIRA, Rui, *Entre o “Garantismo” e o “Securitarismo”, A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal*, in “Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Pinto, António Augusto Tolda, *A tramitação processual penal*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2001, p. 329

Pinto, Frederico Lacerda da Costa / Beleza, Teresa Pizarro, *Prova Criminal e Direito de Defesa em Processo Penal*, Almedina, 2011, p.119.

RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Iuris 2000: Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte I, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 108 (Out-Dez 2006).

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)*, in Revista do Ministério Público, n.º 60, (Outubro – Dezembro 1994).

_____, *O inquérito no novo Código de Processo Penal in Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1995.

_____, *As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matriz de um Processo Penal Europeu in “Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, s.r.l., 2000.

Santiago, Rodrigo, *Reflexões Sobre as «Declarações do Arguido» Como Meio de Prova no Código de Processo Penal de 1987*, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fasc. 1, Jan –Mar, 1994.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 5.ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008.

_____, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 5.ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008.

Stefani, G. / Levasseur, G. / Bouloc, B., *Procedure Pénale*, 15.ª Edition, Paris, Dalloz.

TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 4.ª Edição, S. Paulo, Editora Saraiva, 1987.

VEIGA, Catarina, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo pena”*, Coimbra, Almedina, 2000.

VEIGA, Raul Soares da, *O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais*, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coordenação Científica de: Maria Fernanda Palma, Lisboa, Almedina, 2004.

VILELA, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Depoimento Indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração versus Proibição de Prova*, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1.º Semestre 2005, n.º 2.

TONINI Paolo, *La Prova Penale*, Quarta edizione, SL, CEDAM 2000.

Tabela de jurisprudência utilizada:

- Acórdão do TC nº 181/2005
- Acórdão do TC nº 155/2007
- Acórdão do TC nº 695/95
- Acórdão do TC nº 1165/96
- Acórdão do TRE de 16/10/2007
- Acórdão do TJSP Apelação nº 0460738 – 402010.8.26.0000
- Acórdão do TJSP Apelação nº 0002134 – 03.2009.8.26.0481
- Acórdão do STC nº 86/1995