

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**REFLEXÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO EM
AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO DAS DECLARAÇÕES DO ARGUIDO
PRESTADAS EM FASES ANTERIORES**

Maria Faria Perestrelo

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Forense

Sob orientação do Doutor Henrique Salinas

Janeiro de 2013

O meu profundo agradecimento:

Ao Professor Doutor Henrique Salinas pela sua disponibilidade, dedicação e partilha de saber na orientação da dissertação;

À minha família, pais, irmãos e avó, pela inquestionável ajuda e incentivo constante, proporcionando-me as ferramentas essenciais para a concretização de todos os meus objetivos, incluindo a realização deste trabalho;

Ao Pedro pelo seu apoio, sua presença permanente e compreensão, determinantes para esta etapa da minha vida;

A todos os meus amigos, em especial à Ana Mendonça Lopes, Luísa Pinto Soares e Pedro Vaz de Almada, pela grande amizade e espírito de entre-ajuda que foram fundamentais para a realização de este tão ansiado momento;

À família Cunha Ferreira pela sua amizade e inestimável ajuda.

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

“Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original que todas as citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar”.

ABREVIATURAS

ASJP	Associação Sindical dos Juizes Portugueses
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal
MP	Ministério Público
OPC	Órgãos de polícia criminal
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO.....	2
ABREVIATURAS	3
ÍNDICE	4
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	5
SOLUÇÃO LEGAL VIGENTE.....	7
Princípio da imediação	7
Alínea a) do artigo 357.º do CPP	8
Alínea b) do artigo 357.º do CPP	11
RAZÃO DE SER DA NORMA EM VIGOR	13
Enquadramento histórico.....	13
Direito ao silêncio	15
Princípio da imediação	16
Princípio da não auto-incriminação.....	17
Princípio do contraditório.....	18
Princípio da oralidade.....	20
PROPOSTA DE LEI n.º 77/XII	22
REFERÊNCIA A OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.....	26
Brasil	26
Itália.....	30
Espanha	31
ANÁLISE CRÍTICA.....	34
Reflexão acerca dos princípios estruturantes do processo penal.....	38
O alcance das declarações valoráveis do arguido	43
POSIÇÃO DEFENDIDA	46
BIBLIOGRAFIA.....	51

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como sabemos, o Processo Penal limita, frequentemente, direitos e garantias inerentes ao indivíduo. Ora, quando se discute acerca da finalidade última do Processo Penal, a primeira questão que surge é sempre a da descoberta da verdade e, conseqüente, realização da justiça. Segundo JORGE FIGUEIREDO DIAS, o princípio da verdade material traduz-se na investigação pelo tribunal dos factos sujeitos a julgamento, “(...) *independentemente das contribuições dadas pelas partes (...)*”¹. A descoberta da verdade é primordial para uma decisão final de condenação ou absolvição.

Contudo, a prossecução deste princípio é sempre condicionada a dois fatores determinantes, designadamente, ao respeito pelas garantias de defesa do arguido e às proibições de prova.

A temática que nos propomos aqui analisar – proibição de leitura de declarações em audiência de julgamento prestadas pelo arguido em fase de inquérito ou instrução – trata, então, de um dos limites impostos pelo legislador português à obtenção da verdade material.

Pretendemos, assim, ao longo da nossa dissertação avaliar a relação entre, por um lado, a necessidade de proteger o arguido através dos limites às provas e, por outro, a procura da verdade material.

O objeto da nossa dissertação incide, especificamente, sobre o artigo 357.º do Código de Processo Penal. A relevância desta matéria manifesta-se pelo facto de esta não ter sido objeto de muitas análises aprofundadas. Assim, uma vez que os estudos acerca deste assunto são bastante escassos, não se pode dizer que exista uma posição doutrinária dominante.

Cumpre, agora, mencionar a estrutura utilizada para a redação da nossa dissertação.

Iniciaremos com uma abordagem descritiva do regime atual da leitura das declarações do arguido.

No capítulo seguinte iremos expor a *ratio* desta solução legal, analisando, para o efeito, alguns princípios basilares do Processo Penal.

Feito o enquadramento legal, sem prejuízo do risco que sabemos correr, ousamos fazer uma análise crítica ao sistema atualmente em vigor. Avaliaremos, ainda, a proposta de reforma ao Código de Processo Penal, e mais especificamente, a solução prevista para a norma em questão².

¹ V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 188.

² A Proposta de Lei n.º 77/XII foi aprovada pelo Conselho de Ministros no dia 21 de junho de 2012, e posteriormente, submetida à apreciação da Assembleia da República.

Por fim, no último capítulo, estaremos em condições de apresentar a posição que defendemos, nomeadamente, a solução legislativa, que, a nosso ver, mais se coaduna com a sociedade em que vivemos. De forma a reforçar a posição por nós defendida, recorreremos a exemplos paradigmáticos que se praticam em outros ordenamentos jurídicos.

SOLUÇÃO LEGAL VIGENTE

Princípio da imediação

A questão da admissibilidade da valoração de declarações prestadas em fases anteriores à audiência de julgamento é um tema que assume extrema relevância no processo penal português e constitui, regra geral, elemento de alguma dificuldade e polémica na sua aplicação prática ³. Estamos, então, perante o problema da admissibilidade da leitura de depoimentos dos intervenientes prestados em fase anterior à do julgamento.

Pela relevância do tema, exige-se o máximo rigor na determinação do seu âmbito. Assim, o Código de Processo Penal (doravante designado abreviadamente de “CPP”) regula, através de normas claras e precisas – nomeadamente nos seus artigos 355.º, 356.º e 357.º - o regime de leitura das declarações prestadas em fases preliminares à audiência de julgamento ⁴.

O Direito português não admite, em princípio, que as declarações do arguido (em fase anterior) sejam, em sede de audiência de julgamento, objeto de reprodução e valoração ⁵. Deste modo, proíbe-se a utilização de quaisquer provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência para o efeito de formação da convicção do tribunal. Esta conclusão decorre do princípio geral consagrado no artigo 355.º do CPP. Tal como se escreve no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de abril de 2009, “*o princípio da imediação diz-nos que deve existir uma relação de contacto directo, pessoal, entre o julgador e as pessoas cujas declarações irá valorar, e com as coisas e documentos que servirão para fundamentar a decisão da matéria de facto*” ⁶.

Exceções ao princípio da imediação

Neste sentido, apenas são admitidas duas exceções à proibição de reprodução e valoração que, por constituírem a génese do nosso ensaio, importa analisar.

A primeira destas exceções encontra-se consagrada na alínea a) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP e determina que a leitura de declarações anteriormente prestadas pelo arguido só é

³ V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, *Revista de Ciência Criminal* 7, 1997, p. 403.

⁴ V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, p. 404.

⁵ Note-se que o mesmo não ocorre com as declarações extra-processuais do arguido. Não abordaremos, contudo, esta temática uma vez que não é objeto do nosso estudo. V. PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 428.

⁶ V. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, processo n.º 2912/06.9 de 22 de abril de 2009.

permitida, independentemente da entidade perante a qual foram prestadas, mediante a sua solicitação. Desta forma, no caso de o arguido o requerer, podem ser lidas, visualizadas e ouvidas as declarações prestadas por este diante do órgão da polícia criminal, do Ministério Público ou do juiz ⁷. Por seu turno, a segunda exceção, contemplada na alínea b) do n.º1 do referido preceito, determina que as declarações prestadas anteriormente pelo arguido, diante do juiz, podem ser lidas, visualizadas e ouvidas se, na audiência, o arguido tiver prestado declarações contraditórias ou discrepantes com aquelas.

Como referimos, o n.º 1 do artigo 357.º constitui o cerne do nosso estudo, pelo que se nos afigura essencial analisar detalhada e rigorosamente cada uma das exceções já mencionadas.

Alínea a) do artigo 357.º do CPP

No que concerne à alínea a) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP, importa, em primeiro lugar, referir que da expressão, “*a solicitação do arguido*”, se conclui, desde logo, que a leitura de declarações do arguido feita em fase anterior não pode, de forma alguma, ocorrer contra a vontade deste. Destarte, se o juiz colocar ao arguido a questão da autorização da leitura das suas anteriores declarações e este responder afirmativamente, mostra-se respeitado o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP ⁸. Contudo, neste caso, como se escreveu no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (adiante, “TEDH”) Kaste e Mathiesen v. Noruega, de 9 de novembro de 2006, a resposta do arguido tem de ser inequívoca.

Importa ainda referir que, no que concerne à solicitação aqui em causa, esta só pode ser realizada pelo arguido ou pelo defensor munido de poderes especiais para esse efeito (cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (adiante abreviadamente “STJ”) de 29 de janeiro de 1992) ⁹.

A este propósito, DAMIÃO DA CUNHA refere que a leitura das declarações, a solicitação do próprio arguido, deve ser tida como uma das formas do exercício de prestar declarações na audiência de julgamento (artigos 343.º e 345.º do CPP). Assim sendo, entende o referido Autor que, uma vez que “*as declarações prestadas em audiência de julgamento estão*

⁷ V. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2011.

⁸ Neste sentido vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – doravante, “STJ” - de 12 de março de 1992, *utad*, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado e Legislação complementar*, Almedina, 2009.

⁹ V. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob.cit.*

*submetidas à liberdade de declarar do arguido, também o âmbito das declarações prestadas pelo arguido pode ser livremente conformado por ele (...)*¹⁰.

Considera DAMÃO DA CUNHA, que o arguido pode escolher livremente, de entre as declarações que prestou no decurso do processo, a leitura de algumas ou somente parte delas¹¹.

Com o devido respeito, não perfilhamos deste entendimento. Somos em crer que um raciocínio deste tipo põe em causa a descoberta da verdade material e a boa decisão da causa, princípio básico do direito processual português. Como esclarece o STJ de 19 de dezembro de 2006, “a qualidade processual de um sistema de justiça avalia-se pela capacidade de aproximar a sua verdade da verdade real”¹². Ora, o Direito Processual Penal tem como finalidades primárias a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Em virtude deste princípio, deve o tribunal, na audiência de julgamento, para além dos meios de prova oferecidos em tempo oportuno pelas partes, proceder oficiosamente à produção da prova necessária à descoberta da verdade, nos termos estabelecidos no artigo 340.º do CPP.

Note-se, no entanto, que o nosso entendimento não pretende, de forma alguma, desconsiderar o carácter acusatório do Direito Processual Penal Português.

Importa, neste âmbito, abrir um parêntesis no nosso estudo para referir que a estrutura acusatória se traduz na separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga. Ao arguido, enquanto sujeito processual, é concedida liberdade de atuação para exercer a sua defesa face à acusação¹³.

A este modelo contrapõe-se o modelo de estrutura inquisitória, segundo o qual o juiz tem a possibilidade de, simultaneamente, inquirir, acusar e julgar. O réu vê, desta forma, a sua defesa restringida, tornando-se quase que um mero objeto de investigação. Por seu turno, o tribunal, tendo como fim último a descoberta da verdade e defesa da sociedade, investiga oficiosamente, em segredo e sem contraditório¹⁴.

¹⁰ V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, p.421.

¹¹ *Ibidem*

¹² V. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, processo n.º 06B4220 de 19 de dezembro de 2006, Bettencourt de Faria.

¹³ V. GERMANO MARQUES DA SILVA E HENRIQUE SALINAS, “Anotação ao artigo 32.º”, em JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, e, pp. 702 e ss.

¹⁴ *Ibidem*.

Saliente-se que no modelo processual penal atual vigora, como resulta, aliás, do artigo 32.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa (abreviadamente “CRP”), o princípio do acusatório, sendo este, no entanto, mitigado pelo princípio da investigação. Corresponde, assim, a um modelo a que chamamos de modelo misto.

Assim, o que distingue essencialmente o estatuto do arguido no processo de tipo acusatório e no modelo inquisitório é o fato de, no modelo atual, ser inadmissível obter declarações do arguido contra a vontade deste. Consequentemente, a utilização de medidas coativas contra o arguido encontra-se rigorosamente delimitada por lei ¹⁵.

Ao negarmos ao arguido o direito de escolher, de entre as declarações que proferiu durante todo processo, aquelas que mais lhe convém, não estamos, de forma alguma, a aproximarmos do modelo inquisitório e, eventualmente, a violar os princípios básicos da estrutura acusatória. Pelo contrário, cremos que só desta forma é possível respeitar a estrutura fundamental do Processo Penal Português.

A este respeito realçamos que, *“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”* ¹⁶.

Assim, apesar de vigorar entre nós o princípio do acusatório, ao julgador não se deixa de impor a procura da verdade material por meios processuais, naturalmente válidos e respeitadores da dignidade e garantia de defesa do arguido ¹⁷.

Caso considerássemos, como DAMIÃO DA CUNHA, que o arguido poderia escolher apenas uma parte das declarações por si prestadas nas fases anteriores do processo, estaríamos não só a contribuir para uma possível descontextualização dos depoimentos prestados por aquele sujeito ao longo de todo o processo, como a permitir que este utilizasse em seu benefício um artifício que impedisse a descoberta da verdade e boa decisão da causa.

Acresce que esta nossa posição não interfere, de forma alguma, com o direito ao silêncio, uma vez que o arguido é livre de optar por não prestar declarações nem solicitar a leitura das declarações.

¹⁵ V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob.cit.*, p. 436.

¹⁶ V. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *ob.cit.* pp. 702 e ss.

¹⁷ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, ” Proposta para debate sobre a valoração em audiência das declarações do arguido prestadas em fase anterior”, *Mudar a Justiça Penal - Linhas de Reforma do Processo Penal*, 2011, p.73.

O que está aqui em causa são os casos em que o arguido pede a leitura das declarações anteriormente prestadas. Aqui julgamos, como já referimos, que não faz sentido permitir que este tenha o livre arbítrio de escolher a leitura da parte das declarações que mais lhe convier.

Alínea b) do artigo 357.º do CPP

Interessa, agora, analisar a segunda exceção à proibição de reprodução e valoração, consagrada na alínea b) do artigo 357.º do CPP.

O mencionado preceito parte do pressuposto de que não existe concordância do arguido. Assim sendo, se o arguido não solicitar a leitura das declarações processuais proferidas antes da audiência, para esta ter lugar é necessário que, cumulativamente, o arguido tenha prestado declarações na audiência; existam contradições e discrepâncias face às declarações passadas; e, ainda, que as declarações anteriores tenham sido produzidas perante o juiz ¹⁸.

Para melhor compreendermos esta exceção, importa, antes de mais, distinguir os conceitos de *discrepância* e *contradição*, na medida em que estes são passíveis de criar alguma confusão.

A discrepância consiste, essencialmente, numa variação da descrição dos factos. Já a contradição traduz-se numa incompatibilidade lógica entre duas afirmações, duas negações ou ainda entre uma afirmação e uma negação.

Ora, facilmente se depreende que, no caso de o arguido simplesmente se recusar a prestar declarações em audiência, não se verifica nem uma situação de discrepância, nem uma situação de contradição, face às declarações feitas anteriormente. Contudo, o mesmo já não sucede quando o arguido, nas declarações produzidas em fase anterior, confirma determinados factos, vindo depois negá-los em sede audiência de julgamento. Neste caso, estamos perante uma situação de discrepância ¹⁹.

Requisitos

Sem nos querermos debruçar demasiado sobre esta temática, consideramos não ser demais analisar sucintamente os requisitos essenciais da admissibilidade da leitura de declarações do arguido.

Antes de mais, é importante determo-nos sobre a necessidade de o arguido exercer o seu direito a prestar declarações em julgamento.

¹⁸ V. PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2011, p. 434, nota de rodapé 222.

¹⁹ *Ibidem*.

Nesta matéria, considerou o legislador português que o silêncio ou a verificação da ausência do arguido em audiência inutilizam todas as anteriores declarações prestadas perante um juiz, quando o arguido não manifeste vontade que estas sejam valoradas.

Exige-se ainda que as declarações tenham sido prestadas por um sujeito na qualidade de arguido, ou seja, por uma pessoa singular após a sua efetiva constituição como arguido, nos termos previstos nos artigos 58.º e 59.º do CPP²⁰.

Como bem sabemos, a constituição de um sujeito como arguido é dotada de especiais particularidades. É, designadamente, dotada de um formalismo mais complexo e de uma maior garantia face a outros intervenientes processuais.

Podemos, então, afirmar que o estatuto de arguido lhe confere, inevitavelmente, direitos processuais autónomos (entre eles uma participação constitutiva do caso concreto) que têm necessariamente de ser respeitados por todos os restantes participantes processuais²¹.

Assim, caso um sujeito preste declarações, sem que tenha havido constituição formal como arguido ou caso se verifique uma omissão das formalidades necessárias, as declarações não podem, de forma alguma, ser valoradas, para efeitos de prova em qualquer fase processual. É, pois, fundamental salvaguardar que o sujeito que presta declarações não tenha dúvidas quanto ao alcance e significado processual que as mesmas podem conter. Daqui se retira que existe, de facto, uma ligação entre, por um lado, a constituição formal do arguido e, por outro, o valor processual das declarações por ele prestadas²².

Por fim, é também requisito fundamental para a valoração deste tipo de declarações que se verifique a sua leitura. Ora, uma vez que a leitura dos autos constitui produção de prova, não se compreende que não se permita que as declarações sejam lidas em audiência. Mais, esta leitura é absolutamente fundamental para assegurar o debate contraditório.

Do exposto resulta que, caso não se verifique a efetiva leitura das declarações do arguido, a utilização e valoração das mesmas não é admissível. Este facto tem como consequência direta a impossibilidade de reprodução dos autos anexos ao processo²³.

²⁰ V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, pp. 420.

²¹ V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob.cit.*, pp. 424 e ss.

²² V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, p. 422.

²³ *Ibidem*, pp. 441.

RAZÃO DE SER DA NORMA EM VIGOR

Após a análise do regime de leitura das declarações do arguido produzidas em fase anterior à audiência de julgamento, aprez averiguar a *ratio* do artigo 357.º n.º 1 alínea a) e b) do CPP para podermos abordar, de forma crítica e rigorosa, a Proposta de Lei n.º 77/XII.

Em primeiro lugar, importa ter presente que o Direito Processual Penal pode pôr - e põe frequentemente - em causa direitos individuais dos sujeitos processuais, especialmente do arguido.

Como TERESA PIZARRO BELEZA bem esclarece, “(...) *muitas normas do processo penal situam-se em algum ponto de equilíbrio, por vezes difícil e sempre delicado, entre as necessidades de investigação e repressão dos factos geradores de responsabilidade criminal e a exigência de respeitar os direitos das pessoas: suspeitos, arguidos, vítimas e testemunhas*”²⁴.

Somos em crer que o princípio da não valoração de declarações prestadas anteriormente se encontra, precisamente, na linha que divide, por um lado, a necessidade de assegurar as garantias de defesa do arguido e, por outro, a de salvaguardar os interesses da sociedade.

Ora, tanto a fase da investigação, como a fase da audiência de julgamento constituem, inevitavelmente, situações que comportam uma restrição das garantias do arguido.

Torna-se, pois, imprescindível impor limites legais²⁵.

Para enquadrar a questão central do nosso estudo, importa fazer uma breve resenha histórica. A importância deste sumário reside no facto de todos os limites que a lei processual penal estabelece poderem ser explicados à luz do contexto histórico que lhes deu origem²⁶.

Enquadramento histórico

Tempos houve – nomeadamente, os séculos XVII e XVIII – em que a estrutura do processo penal, na generalidade das legislações europeias continentais, era do tipo inquisitório. O processo inquisitório dependia claramente da palavra do arguido. Aqui, o silêncio era

²⁴ V. TERESA PIZARRO BELEZA COM A COLABORAÇÃO DE CHARLES BROOKS, DAVID CATANA, ELIANA GERSÃO, RUI SÁ GOMES, JOSÉ SOUTO DE MOURA, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES E ELISABETH SOUSA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Edição da Associação Académica, 1993, p.137.

²⁵ V. TERESA PIZARRO BELEZA COM A COLABORAÇÃO DE FREDERICO ISASCA E RUI SÁ GOMES, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Edição da Associação Académica, 1993, p.67.

²⁶ *Ibidem* p.53.

considerado uma ofensa à boa administração da justiça. Neste contexto, as declarações do arguido prestadas ao longo do processo eram, frequentemente, extraídas através do recurso à tortura sendo, posteriormente, utilizadas no julgamento para efeitos de valoração. Valiam, assim, indiscriminadamente as máximas “*confessio regima probationum*” e “*confessus pro convicto habatur*”. A confissão era, como tal, considerada a prova por excelência, a *rainha* das provas ²⁷.

Mais recentemente, em Portugal, durante o período da Ditadura Nacional e do Estado Novo, a repressão criminal e os abusos policiais propiciavam a coação do arguido a confessar a prática do crime ²⁸. A confissão era, essencialmente, utilizada de forma a que o arguido reconhecesse a sua culpa e, conseqüentemente, a razão do Estado.

Deste modo, a lei processual penal portuguesa começou, lentamente, a reagir contra esta visão da confissão como prova definitiva ²⁹. Surgiu, igualmente, da parte da doutrina, a preocupação de criação de elementos que garantissem, efetivamente, a dignidade processual do arguido.

Foi, especificamente, a reação a uma cultura judiciária desinteressada pela proteção das fases anteriores ao julgamento e que entendia a confissão como um poder absolutamente desmedido que levou à consagração de um regime de proibição de utilização, em audiência de julgamento, das declarações prestadas em fases anteriores ³⁰.

O modelo inquisitório puro desapareceu, assim, dos ordenamentos jurídicos atuais, sem deixar qualquer rasto.

O CPP atual foi aprovado pelo DL n.º 78/87 de 17 de fevereiro, substituindo o CPP de 1929. Neste contexto, as soluções adotadas no código de 1987 passam a estabelecer um regime que zela, fundamentalmente, pelas garantias individuais dos sujeitos processuais em geral e do arguido em particular. Passou-se, então, a impor como limite para valoração da palavra do arguido a determinação da sua vontade, dando um enorme enfoque à sua liberdade de decisão. É concedida ao arguido a liberdade de falar, liberdade essa que se manifesta particularmente aquando das declarações que presta “(...) *decidindo à margem de toda a coerção sobre como quer pronunciar-se*” ³¹.

²⁷ *Ibidem*, p.68.

²⁸ PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p. 438, nota de rodapé 224.

²⁹ V. TERESA PIZARRO BELEZA COM A COLABORAÇÃO DE FREDERICO ISASCA E RUI SÁ GOMES, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, *ob.cit.*, p.69.

³⁰ V. PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p. 426.

³¹ V. ESER apud PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p.427.

Tal como já referimos foi precisamente esta luta contra a confissão prévia que levou a que no atual CPP, mais especificamente na alínea a) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP, fosse consagrada a regra geral de proibição das anteriores declarações, no caso de a respetiva leitura, em audiência, não ser solicitada pelo arguido ³². Curiosamente, a solução legal vigente que se traduz num apagamento radical para efeitos probatórios das declarações passadas (sem um ato voluntário do arguido em julgamento que permita recuperá-las) já fora ponderada e rejeitada no século XIX ³³.

Podemos concluir, com base nas asserções anteriores, que a proibição de valoração, em audiência de julgamento, das declarações processuais anteriores ao julgamento está historicamente ligada à ideia de uma política preventiva contra táticas manipuladoras e conclusões precipitadas que o tribunal de julgamento pudesse retirar a partir de determinadas afirmações do arguido sobre os factos ³⁴.

Ora, uma vez que o Processo Penal se constrói, em regra, tendo como base os valores inerentes a uma comunidade num determinado período histórico, compreende-se que a história passada e recente tenha sempre um papel de destaque na determinação de qualquer solução legal vigente. De resto, a redação do artigo 357.º do CPP é, desse facto, um bom exemplo.

Trata-se, como vimos, de uma norma que pretende prevenir, através das limitações que impõe ao regime de leitura, um regresso a um regime com características fundamentalmente inquisitórias.

Direito ao silêncio

Grande parte da doutrina entende esta limitação legal como um “*reflexo inultrapassável do direito ao silêncio que imporia manter-se intocável o regime legal vigente*” ³⁵.

É, portanto, certo que, com a solução legal vigente, se pretende, igualmente, evitar que o arguido, ao fazer uso da faculdade de permanecer em silêncio, se prejudique. Por outras palavras, não se pode permitir que o facto de o arguido se abster de prestar declarações - em

³² V. PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p.435.

³³ *Ibidem* p.436, nota de rodapé n.º 222.

³⁴ *Ibidem* p.440.

³⁵ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *ob.cit.*, p.75.

especial, as que possam de alguma forma incriminá-lo - deva ser considerado um comportamento concludente da sua culpabilidade ³⁶.

A este propósito, há quem defenda que a possibilidade de declaração prestadas pelo arguido em fase de inquérito constitui um entrave ao bom funcionamento da justiça penal, na medida em que o arguido, tendo conhecimento dos efeitos de prestar depoimento, optaria por permanecer calado, e com isso, afetaria a fase de investigação ³⁷.

Aqui chegados, não podemos deixar de nos debruçar acerca dos princípios estruturantes do processo penal, nomeadamente aqueles que tiveram uma influência direta na redação do preceito em análise.

Os princípios do processo penal – nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – dão sentido à generalidade das normas e pretendem ser, primordialmente, uma orientação para o legislador³⁸. Assim, não restam dúvidas que um fator que contribui, inevitavelmente, para a proibição da utilização livre das declarações no processo e que, no fundo, está relacionado com a importância atribuída ao estatuto do arguido é o facto de as declarações do arguido estarem diretamente ligadas ao princípio da imediação e à relação comunicacional entre o tribunal e o arguido ³⁹.

Princípio da imediação

Como sabemos, o Processo Penal português estabelece a regra segundo a qual são apenas válidas as provas diretamente examinadas em audiência de julgamento. É o chamado princípio da imediação ⁴⁰.

Dispõe o n.º 1 do artigo 355º do CPP 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*", ressalvando o n.º 2 que "*as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes*".

³⁶ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *ob.cit.*, p.75.

³⁷ Sobre o desenvolvimento desta matéria *infra* p. 40.

³⁸ V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob.cit.*, p. 113.

³⁹ V. PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p.435, nota de rodapé n.º 222.

⁴⁰ V. TERESA PIZARRO BELEZA com a colaboração de CHARLES BROOKS, DAVID CATANA, ELIANA GERSÃO, RUI SÁ GOMES, JOSÉ SOUTO DE MOURA, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES E ELISABETH SOUSA, *ob.cit.*, p.152.

Em primeiro lugar, este princípio implica o respeito por um outro – o princípio da oralidade – que aprofundaremos mais adiante ⁴¹. Em oposição a um processo penal submetido predominantemente ao princípio da escrita, o princípio da imediação exige uma relação próxima entre as provas e o juiz, de tal forma que desta relação decorrerá uma percepção material por parte do juiz. Essa percepção estará, naturalmente, na base da sua decisão. Verifica-se, assim, que a consagração do princípio de imediação implica obrigatoriamente a presença do arguido (331.º e seguintes do CPP) ⁴².

Ora, o regime resultante das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP visa precisamente salvaguardar as situações que possam, de alguma forma, atingir os princípios processuais penais, como é o caso da imediação. Uma vez que, nestes casos, a prova é produzida em momentos anteriores à audiência, pretendeu-se restringir o âmbito em que as mesmas são reproduzidas e valoradas.

Fê-lo, ao limitar ao acordo do arguido a leitura das declarações prestadas por este em fases anteriores do processo. Esta concordância manifesta-se, quer através da solicitação da leitura das declarações (alínea a)), quer quando o arguido demonstra simplesmente a vontade de prestar declarações (alínea b)). Neste último caso, impõe-se que o arguido tenha aceite e concordado com a prestação de declarações no decurso do julgamento, pois só assim é que se poderá gerar a situação de uma eventual discrepância com declarações que anteriormente tenha prestado.

Princípio da não auto-incriminação

PAULO DÁ MESQUITA alude, ainda, ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, como justificação para a existência da proibição em causa. Em termos genéricos, o princípio da não auto-incriminação estabelece que ninguém pode ser forçado a prestar qualquer tipo de informação ou declaração que seja apta a direta ou indiretamente incriminar a sua pessoa. O arguido tem assim direito ao silêncio e, caso opte pela palavra, tem o direito a não dizer a verdade, a não confessar e a não apresentar prova contra si mesmo. Adotou-se, assim, uma política preventiva, na qual o respeito pela prerrogativa exerce um papel primordial, designadamente, no combate à atividade das autoridades repressivas ⁴³.

⁴¹ *Infra*, p. 20.

⁴² Hoje o CPP evita o antigo processo à revelia, criando, assim, a possibilidade de um arguido ser declarado contumaz (335.º, 336.º e 337.º) como forma de o forçar a comparecer.

⁴³ V. PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p.436, nota de rodapé n.º 222.

De facto, não podemos negar que o arguido é, entre todos os sujeitos processuais, o mais vulnerável e que, por essa razão, merece um tratamento jurídico adequado ao seu estatuto. Assim, facilmente se compreende que DAMIÃO DA CUNHA considere que a possibilidade de leitura de declarações prestadas em fase preliminar à da audiência de julgamento tenha, necessariamente, de ser mais limitada do que as dos restantes participantes processuais ⁴⁴.

Pela razão apontada, e tal como tivemos oportunidade de verificar, o arguido, relativamente às suas declarações, goza sempre de um pleno poder de manifestação de vontade na audiência de julgamento, faculdade que é totalmente autónoma do carácter voluntário das declarações prestadas em fase anterior ⁴⁵.

Tal como PAULO DÁ MESQUITA, entendemos que o legislador português, ao atribuir ao arguido a disposição absoluta sobre as suas declarações, está a abrir, perigosamente, caminho para que este proceda a uma reflexão estratégica dos riscos de prestar declarações. Ora, o arguido, tendo conhecimento de que as declarações, quando reproduzidas em sede de julgamento, podem ser utilizadas em seu desfavor, vai necessariamente medir as palavras que profere e agir com a maior cautela, de forma a proteger o seu interesse. ⁴⁶

Estamos, claramente, na presença de um pleno poder de decisão por parte do arguido relativamente ao que disse durante o processo o que, por sua vez, constitui uma proteção do mesmo contra as declarações que prestou em fase anterior à audiência de julgamento. Encontramo-nos, portanto, perante uma proibição de prova preventiva que limita a liberdade de apreciação do juiz ⁴⁷.

Mas será que tal solução não se revela um excessivo paternalismo do arguido? Pela sua especial complexidade, procuraremos analisar esta questão à frente com maior detalhe.

Princípio do contraditório

Fator que contribuiu também para a proibição da prova preventiva foi o princípio do contraditório. Este princípio é um dos argumentos fundamentais utilizados para a intransmissibilidade probatória das declarações. Assume, por isso, uma enorme importância na estrutura do processo penal bem como na proteção atribuída ao arguido, plasmada no artigo 357.º do CPP. A relevância deste princípio na audiência de julgamento é notória, na

⁴⁴ V. PAULO DÁ MESQUITA, *ob.cit.*, p.437, nota de rodapé 224.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 434

⁴⁶ *Ibidem*, p. 444, nota de rodapé 235.

⁴⁷ *Ibidem* p. 437.

medida em que estamos perante uma imposição de carácter constitucional. No n.º 5 do artigo 32.º da Lei Fundamental, podemos ler: “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”.

Considera-se que este princípio constitui a base da garantia de um julgamento justo, na medida em que permite que o arguido seja confrontado de forma imediata e oral com todos os elementos de prova utilizados contra si.

Pela relevância que assume o princípio em análise, este encontra-se, igualmente, consagrado na atual legislação processual penal portuguesa, se bem que sob formas diferentes, consoante a fase do processo em que se encontre. Deste modo, estabelece o artigo 327.º do CPP no seu n.º 1 que “*as questões incidentais sobrevindas no decurso da audiência são decididas pelo tribunal, ouvidos os sujeitos processuais que nelas forem interessados*”. Acrescenta o n.º 2 que “*os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal*”⁴⁸.

Note-se que o princípio do contraditório é algo inerente ao direito de defesa. A essência desta faculdade manifesta-se, sobretudo, no debate existente entre a acusação e a defesa de participarem na produção de prova, de contestarem as razões oferecidas por outros sujeitos processuais e de apresentarem a prova relativa aos factos que alegam⁴⁹.

Desta forma, o princípio do contraditório apenas se realiza eficazmente quando a acusação e a defesa tenham efetivamente a possibilidade de conhecer as opiniões, argumentos e conclusões da contraparte, manifestando as suas ideias⁵⁰.

Só é, portanto, possível uma realização plena do princípio do contraditório com a participação ativa da acusação e da defesa na produção de prova, o que pressupõe, necessariamente, a presença do arguido no julgamento.

Assim, tal como referimos, proíbe-se a condenação do arguido com base em prova que não foi produzida e discutida em audiência de julgamento⁵¹.

Da mesma forma, para que o artigo 357.º do CPP possa ser, efetivamente, aplicado exige-se, nos termos do artigo 332.º do CPP, a presença do arguido na audiência de julgamento, na medida em que, para que as declarações das fases anteriores possam ser valoradas em sede de

⁴⁸ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Editora Verbo 2000, p. 219 e ss.

⁴⁹ V. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *ob.cit.*, pp. 732 e ss.

⁵⁰ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob.cit.*, p. 222.

⁵¹ V. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *ob.cit.*, pp. 732 e ss.

juízo, é necessário que este tenha, efetivamente prestado declarações na audiência ou que, pelo menos, tenha dado o seu acordo para que as declarações fossem lidas ou visualizadas na audiência.

Posto isto, importa perceber se estamos a diminuir a igualdade de armas entre a acusação e a defesa, ao permitirmos a leitura das declarações do arguido no caso de o arguido não estar presente na audiência ou, ainda que o esteja, se remeta ao silêncio. Estaremos, neste caso, a violar o princípio do contraditório?

Considera DAMIÃO DA CUNHA que “*a imediação, a oralidade e a contraditoriedade representam certamente princípios da audiência de julgamento e, portanto, princípios de decisão; mas co- envolvem – em especial o princípio da contraditoriedade – ainda a ideia de igualdade dos sujeitos processuais na audiência de julgamento*”⁵². Assim, refere o Autor que não poderá, de forma alguma, existir um pleno contraditório quando não seja dada igual oportunidade de o exercer. A este propósito, o Tribunal Constitucional tem entendido que o princípio do contraditório só pode ser plenamente exercido se o sujeito processual teve, durante o decurso da audiência de julgamento, a possibilidade de discutir a prova apresentada em plena igualdade com os outros intervenientes processuais⁵³.

Princípio da oralidade

Resta-nos fazer uma breve menção ao não menos importante princípio da oralidade, na medida em que este, tal como referido, se relaciona, naturalmente, com os *supra* expostos princípios da imediação e do contraditório.

Regra geral, a audiência de julgamento está sujeita ao princípio da oralidade. É assim em relação às provas produzidas em sede de julgamento⁵⁴. Este princípio tem como finalidade garantir o respeito pela imediação da prova, a espontaneidade das declarações e a publicidade dos atos processuais. Pretende, em primeiro lugar, evitar processos escritos, próprios de um regime inquisitório e zelar pela proteção de arguidos com um nível cultural mais baixo, não só porque compreendem melhor os atos processuais praticados ao longo da audiência, como têm mais facilidade em se defender pela via da oralidade.

Podemos, deste modo, concluir que o legislador português - apesar de estabelecer aqui um regime excecional à valoração da prova, procurou garantir a salvaguarda dos princípios

⁵² V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, p.406.

⁵³ V. JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *ob.cit.*, pp. 732 e ss.

⁵⁴ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, *ob.cit.*, p. 224.

processuais penais, como é o caso da oralidade. Apraz-nos considerar que a regra da oralidade exerceu também influência na redação deste preceito. A alínea b) do preceito em análise pressupõe, nitidamente, o exercício do princípio da oralidade, na medida em que só se aceita a leitura das declarações do arguido se em fase anterior, se revelarem contrárias ao produzido em audiência, pressupondo que o arguido use da sua palavra para que as declarações anteriores possam ser valoradas.

Acresce que o princípio da oralidade se manifesta pela leitura efetiva da prova, exigência que se encontra consagrada no preceito em questão.

Assim, face à análise do artigo 357.º do CPP, logramos afirmar que as exceções à produção de prova em audiência de julgamento são pontuais e limitadas e baseadas numa ideia de harmonia com os princípios fundamentais da prova. O legislador procurou garantir que, na tomada das declarações do arguido, ficassem salvaguardados os princípios básicos inerentes à produção de prova⁵⁵.

Será que uma solução contrária à redação vigente seria suscetível de pôr em causa o princípio da imediação e, por consequência, o princípio da oralidade e do contraditório?

Procuraremos dar resposta a esta questão ao longo das próximas páginas do nosso ensaio.

⁵⁵V. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob.cit.*, p. 442.

PROPOSTA DE LEI n.º 77/XII

No início deste ensaio, referimos muito brevemente em que consistia a Proposta de Lei n.º 77/XII, relativa à vigésima alteração ao Código do Processo Penal de 1987. Cabe, então, neste capítulo analisar extensamente a referida proposta legislativa, e mais concretamente a alteração ao preceito *sub judice*.

A revisão ao Código do Processo Penal incide, fundamentalmente, “*sobre o âmbito do poder jurisdicional na aplicação medidas de coação* ⁵⁶ e sobre a possibilidade de, salvaguardados os direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio, as declarações que o arguido presta nas fases preliminares do processo, serem utilizadas na fase de julgamento” ⁵⁷.

Tem, ainda, o objetivo de alargar o âmbito de aplicação do processo sumário à generalidade dos crimes, com exceção da criminalidade organizada, dos crimes contra a segurança do Estado e dos crimes relativos às violações de Direito Internacional Humanitário. Visa, também, delimitar o âmbito de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, preservando a intervenção deste órgão para os casos de maior gravidade.

Pretende-se, então, mais especificamente, proceder a uma alteração aos artigos 64.º (obrigatoriedade de assistência do defensor), 141.º (primeiro interrogatório judicial do arguido detido), 144.º (outros interrogatórios do arguido), ⁵⁸ 194.º (audição do arguido e despacho de aplicação de medidas de coação de garantia patrimonial) e 357.º (leitura permitida de declarações do arguido), todos do CPP.

Na exposição de motivos da Proposta justifica-se a revisão ao Código do Processo Penal pela necessidade de adequação entre, por um lado, a celeridade e eficácia no combate ao crime e a defesa da sociedade e, por outro, pela garantia dos direitos de defesa do arguido ⁵⁹.

⁵⁶ Propõe-se que o juiz de instrução criminal aplique medidas de coação diversas – quanto à sua natureza, forma de execução e medida - das requeridas pelo MP. Para o efeito impõe-se a existência de fuga (ou perigo de fuga), perigo de continuação da atividade criminosa ou de perturbação da ordem e tranquilidade pública.

⁵⁷ In www.portugal.gov.pt.

⁵⁸ Neste preceito cria-se uma exceção à regra de equiparação das formalidades dos interrogatórios realizados pelos órgãos de polícia criminal, eliminando, neste caso, a necessidade de se informar o arguido que as declarações por ele prestadas podem ser valoradas no processo penal. Ora, esta alteração vem em linha de conta com a opção legislativa de não permitir a valoração de declarações prestadas em fases preliminares ao julgamento, perante autoridade diversa do juiz ou Ministério Público.

⁵⁹ Proposta de Lei n.º 77/XII disponível em www.parlamento.p.t

Com as modificações propostas prevê-se uma alteração do quadro processual penal atual, nomeadamente no que respeita ao estatuto do arguido, mais especificamente, o seu direito ao silêncio e ao princípio da não auto-incriminação.

Relativamente à questão que, aqui, nos interessa, isto é, a alteração ao número 1 alínea b) do 357.º do CPP, propõe o projeto legislativo a admissibilidade, em sede de julgamento, da leitura de declarações da pessoa do arguido prestadas em fase anterior, mesmo que este, em audiência de julgamento, tenha exercido do seu direito ao silêncio. Exige-se para tal, que estas tenham sido feitas perante autoridade judiciária, ou seja, diante do Ministério Público ou do juiz, e sempre com assistência de defensor.

Impõe-se, ainda, que o arguido tenha sido advertido do seu direito ao silêncio e que se abdicar do mesmo, o seu depoimento pode vir a ser utilizado no processo, e, sendo caso disso, em seu desfavor.

Assim, deixa de ser requisito que o arguido demonstre uma manifestação de vontade concordante com a leitura das declarações anteriormente produzidas. Para além deste requisito, elimina-se a condição “contradições e discrepâncias”.

A alteração ao preceito mencionado introduz, ainda, o n.º 2, que determina que “*As declarações anteriormente prestadas pelo arguido e lidas em audiência estão sujeitas à livre apreciação da prova nos termos do artigo 127º*”⁶⁰.

Importa referir a justificação dada pela Proposta de Lei para a necessidade de alteração do artigo 357.º do CPP. Assim, na sua exposição de motivos podemos ler o seguinte:

*“A quase total indisponibilidade de utilização superveniente das declarações do arguido legalmente prestadas nas fases anteriores do processo tem conduzido, em muitos casos, a situações geradoras de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça. Impunha-se, portanto, uma alteração ao nível da disponibilidade, para utilização superveniente, das declarações prestadas pelo arguido nas fases anteriores ao julgamento, devidamente acompanhadas de um reforço das garantias processuais”*⁶¹

A Ordem dos Advogados desvaloriza esta “*indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça*”, por considerar impossível aferir a respetiva credibilidade,

⁶⁰ V. *infra* p. 43.

⁶¹ Proposta n.º 77/XII disponível em www.parlamento.pt.

tendo apenas como fontes determinadas notícias que enfatizam reações de alguns manifestantes ⁶².

Acrescenta, ainda, o Parecer que o argumento invocado na exposição de motivos da Proposta não pode, de forma alguma, servir para legitimar uma restrição a uma garantia de defesa do arguido tão importante como é caso do direito ao silêncio.

Na opinião de Associação Sindical dos Juízes Portugueses – doravante abreviadamente “ASJP”, com a qual estamos de acordo, o debate acerca deste tema não vem apenas da *vox populi*, divulgada pelos meios de comunicação social. Também os juristas se interrogam acerca da solução legal vigente, considerando que este garantismo excessivo é um fator de descredibilização do sistema de justiça penal português ⁶³.

Contudo, não podemos deixar de refletir quando os cidadãos não compreendem determinadas proibições legais, como ocorre, aliás no caso concreto, por considerarem que não faz sentido que um arguido confesse um crime que cometeu perante uma entidade judicial e, posteriormente, não se possam utilizar essas declarações confessórias para o condenar.

Interessa-nos, neste contexto, ponderar se a utilização e valoração, em sede de julgamento, das declarações do arguido produzidas em fases preliminares e que, posteriormente, em audiência de julgamento se remete ao silêncio ou não comparece, se traduz num desrespeito inadmissível aos princípios da imediação, oralidade, contraditório, direito ao silêncio e garantias de defesa do arguido, consagradas constitucionalmente ⁶⁴.

Resumidamente, a questão que nos interessa analisar é se a solução legal vigente se revela ou não uma visão excessivamente paternalista da lei processual penal portuguesa. Será que numa democracia madura e consolidada, isto é, longe de um estado autoritário, onde se entendiam os receios relativos à investigação e aos próprios juízes, não se deve deixar de dar primazia aos interesses do Estado?

Tendo em conta o panorama atual, isto é, uma democracia baseada nos alicerces do Estado de Direito, não se exigirá mesmo que as declarações do arguido prestadas perante um juiz em

⁶² V. *Parecer da Ordem dos Advogados relativo ao Projecto de proposta de lei de alteração ao Código de Processo Penal, dezembro de 2011.*

⁶³ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 75.

⁶⁴ *Ibidem* p. 84.

fases anteriores sejam valoradas, mesmo que este se remeta ao silêncio ou esteja ausente, sem com isso atingir as suas garantias de defesa e desequilibrar os valores em jogo? ⁶⁵

⁶⁵ V. Gabinete DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, “Proposta para debate sobre a valoração em audiência das declarações do arguido prestadas em fase anterior”, *Mudar a Justiça Penal - Linhas de Reforma do Processo Penal*, 2011, p. 72.

REFERÊNCIA A OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Com o propósito de encontrarmos a solução mais adequada para aplicar no nosso sistema processual penal, considerámos relevante proceder, *a priori*, a uma análise sumária comparativa das soluções legais vigentes em outros ordenamentos jurídicos.

Note-se que não se pretende, aqui, estudar aprofundadamente cada regime, uma vez que não é esse o objetivo de uma dissertação desta natureza.

Assim, daremos uma perspectiva geral acerca de alguns países que permitem a valoração em julgamento das declarações antes prestadas pelo arguido, como são os casos de Itália, Espanha e Brasil.

Brasil

Ora, iniciando a nossa “viagem” pelo Brasil, importa, desde já, averiguar o regime da confissão. Confessar - no âmbito do processo penal - é, segundo GUILHERME DE SOUSA NUZZI “(...)admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”⁶⁶.

Nos termos do artigo 190.º do Código de Processo Penal brasileiro, o momento próprio da confissão é, em regra, o interrogatório judicial do arguido, e quando assim é, o juiz deverá indagá-lo sobre os motivos e circunstâncias do fato incriminatório e se outras pessoas concorreram para a infração.

Se, pelo contrário, a confissão ocorrer fora do interrogatório, estabelece o artigo 199.º do mencionado diploma, que esta deverá ser tomada por termo, de forma a assegurar o registo solene deste ato. A confissão extrajudicial, uma vez que não assegura as garantias constitucionais inerentes ao processo penal - especialmente o contraditório e a ampla defesa - trata-se apenas de um meio de prova indireto.

Necessita, então, de ser confrontada com outras provas e confirmada pelas provas produzidas em juízo, não sendo suficiente uma mera probabilidade de veracidade da declaração confessória, para haver condenação.

Contrariamente, a confissão judicial, uma vez que é produzida diante entidade judicial, encontra-se, naturalmente, sob o manto protetor de ampla defesa, e é, por esta razão, meio de

⁶⁶ V. GUILHERME DE SOUZA NUZZI, *Manual de execução penal e execução penal*, p. 437.

prova direto. Porém, não deixa, por isso, de ter de ser confrontada com outros elementos probatórios e por eles corroborada.

Interessante posição foi a adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, relativamente à confissão produzida perante órgão de polícia criminal. Aqui argumentou-se o seguinte: *“na verdade, a confissão policial, por si só, nada significa. Se o juiz na sentença leva em conta a confissão porque ‘corroborada por outras provas’, cremos que está considerando ‘as outras provas’, pouco tendo em validade, senão nenhuma, a confissão policial. Esta, obtida sem o contraditório, acreditamos ser um nada em matéria probatória. Quando muito, serve de elemento de convicção de acusador para o indício da ação penal”*⁶⁷.

Assim sendo, relativamente ao valor probatório da confissão, podemos desde já afirmar que este não é absoluto. É, então, por esta razão que o referido Código prevê expressamente no seu artigo 197.º a necessidade de se realizar a efetiva produção de prova, no sentido de se apurar a veracidade das declarações produzidas pelo arguido. Estabelece, assim, o referido artigo que *“O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados 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”*⁶⁸.

Em relação aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos para se considerar a confissão como meio de prova, considerando, em primeiro lugar, os intrínsecos, temos a sua verossimilhança, isto é, a probabilidade do facto ter ocorrido tal como foi declarado pelo arguido. Para se preencher este primeiro requisito é, então, essencial que a confissão contenha uma determinada narrativa lógica dos factos.

Necessário é, ainda, que haja certeza da parte da pessoa do arguido quando este confessa o crime, ou seja, quando o arguido confessa os factos tem de ter, verdadeiramente, conhecimento dos mesmos. Assim, os factos narrados pelo arguido devem-se bastar a si próprios, sem carecerem de outros elementos de prova para a sua corroboração. Impõe-se, também, que haja persistência na confissão. Este requisito determina que quando o arguido narra os fatos, deve fazê-lo sempre com a mesma versão, de forma a garantir uma certa coerência narrativa.

⁶⁷ V. GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*, 11.ª edição, Editora Afiliada, fevereiro 2012, p.454.

⁶⁸ V. ALEXANDRE CABRIAN ARAÚJO REIS, VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES E EDUARDO SARAIVA, COORDENADOR: PEDRO LENZA, *Direito Processual Penal*, fevereiro 2012, p.282.

Exige-se, igualmente, que haja coincidência entre a confissão e as restantes provas que constam do processo.

Por último, mas não menos relevante, cumpre referir que o conteúdo da confissão deve estar relacionado com a pessoa do arguido, devendo este assumir a sua autoria. Assim, quando este, por exemplo, aquando da confissão mencionar um terceiro, não se pode considerar a declaração como confissão, mas apenas como testemunho ou delação ⁶⁹.

Passando agora à menção dos requisitos extrínsecos, devemos referir que a confissão tem de ser sempre pessoal, isto é, só é válida se feita pelo próprio acusado. Encontra-se, assim, vedada a possibilidade de o acusado, aquando das declarações confessórias, se substituir por procurador ou por advogado ⁷⁰. Exige-se, ainda, que seja expressa e reduzida a termo.

Deve, também, ser livre, espontânea e prestada por pessoa capaz. Por fim, exige-se que seja produzida perante um juiz competente para o efeito.

A relevância destes pressupostos é, especialmente, notória através da consequência da sua violação, que não poderia deixar de ser a invalidade da confissão.

Cumprido a este propósito referir que segundo o artigo 200.º do CPP brasileiro, a confissão é valorada em julgamento, não enquanto prova plena, mas sujeita à livre apreciação do juiz.

Determina o referido preceito que: “*A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto*”.

Pelo exposto, podemos verificar que a lei processual penal brasileira admite, claramente, a divisibilidade e retratação da confissão. Isto significa que a confissão, conjugada com os demais elementos de prova, pode ser aceite apenas em parte (divisível) e pode o arguido, após ter confessado o crime, negar a sua declaração no todo ou um segmento dela (retratação) ⁷¹. A divisibilidade decorre, assim, da possibilidade de o juiz tomar como verdadeira apenas uma parte da confissão, desconsiderando outra parte. Recorre-se, aqui, ao exemplo de TOURINHO FILHO: “*se o réu confirma ter praticado um homicídio e alega que o fez em legítima defesa, o juiz pode aceitar como verdadeira apenas a admissão de autoria, quando realçada por outros elementos, desprezando a justificação apresentada sem amparo em outras provas*” ⁷².

Por sua vez, a retratação consiste na faculdade de o acusado “*desdizer-se*, ou seja, de apresentar nova versão, negando a imputação que havia, anteriormente, confessado. Note-se

⁶⁹ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 79, nota de rodapé 84.

⁷⁰ V. ALEXANDRE CABRIAN ARAÚJO REIS, VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES E EDUARDO SARAIVA. COORDENADOR: PEDRO LENZA, *ob.cit.*, p.281.

⁷¹ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 79, nota de rodapé 84.

⁷² V. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 33.º Edição, V. III., p.326.

que, admitida a possibilidade de retratação, esta não vincula, todavia, o juiz que, fundado no exame global das provas recolhidas durante a instrução, poderá decidir pela veracidade ou não da confissão retratada ⁷³.

Como já verificámos, não é adequado dar o mesmo valor às confissões extrajudicial e judicial. A primeira é somente um indício de culpa, que necessita de ser confirmada em juízo pelas demais provas, enquanto que a segunda se traduz num meio de prova direto, mas também se exige que seja corroborada por outros elementos probatórios. Isto significa que se houver confissão perante autoridade policial (extrajudicial) e, posteriormente, em juízo, o arguido negar o depoimento por ele prestado, este valerá apenas como indício de prova.

O legislador procurou, assim, assegurar os direitos fundamentais do arguido, não admitindo uma valoração da confissão como prova absoluta e irrefutável.

⁷³ V. GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*, ob.cit., p. 461.

Itália

Cabe, agora, fazer uma “*paragem*” no sistema processual penal italiano.

Nos termos do artigo 513.º do Código de Processo Penal italiano, admite-se a valoração das declarações do arguido prestadas anteriormente quando este não compareça na audiência de julgamento ou se recuse a um “*exame*”, isto é, recuse-se a responder a determinadas questões. Tal como na lei processual penal portuguesa, as declarações podem também ser lidas em audiência de julgamento desde que haja contradições com o depoimento anteriormente prestado (503.º n.º 3 do Código de Processo Penal italiano) ⁷⁴.

Contudo, para que a valoração das declarações seja admissível, são exigidos alguns requisitos, nomeadamente os estabelecidos no artigo 64.º do Código de Processo Penal italiano. Assim, apenas se podem utilizar as declarações produzidas anteriormente pelo arguido, se este for advertido da possibilidade de não responder aos factos incriminatórios que lhe são imputados e de que, caso opte por prestar declarações, estas podem valer contra si ⁷⁵.

Cumprе referir que as declarações anteriores podem ser prestadas tanto perante o juiz e Ministério Público, como diante do órgão de polícia criminal. Condição essencial é que se verifique sempre a presença do defensor.

No que respeita ao alcance probatório das declarações confessórias, diz Carlo Tonnarelli que “(...) *existe quem entenda que as mesmas podem ser suficientes para a sua condenação, desde que o juiz, ao abrigo do princípio da livre apreciação das provas, (...) acreditar nas mesmas. Outros entendem que as declarações, mesmo que confessórias exigem evidências que confirmem a veracidade, autenticidade e fiabilidade das mesmas*” ⁷⁶.

Tal como no Brasil, a confissão é, no regime processual penal italiano, passível de ser dividida e retratada.

Note-se, por fim, que nos termos no artigo 192.º do referido diploma, estas declarações não têm efeito probatório pleno, ficando sempre sujeitas à livre convicção do tribunal ⁷⁷.

⁷⁴ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer relativo ao Antreprojecto de Proposta de Lei de alteração do Código Processo Penal* p. 10, disponível em www.smmp.pt.

⁷⁵ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 80.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *ob.cit.*, p. 10, disponível em www.smmp.pt.

Espanha

Não podemos terminar este *percurso* pelos sistemas processuais penais, sem antes nos debruçarmos sobre o regime da confissão consagrado em Espanha.

Aqui, tal como nos sistemas *supra* averiguados, são tomadas precauções específicas para a prova por confissão, designadamente, através da prática de determinadas diligências para apurar a sua veracidade (artigo 406.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal - doravante abreviadamente “LEC”). Sabemos que a admissão de culpa, por ser algo contrário à essência do ser humano, deve ser avaliada de forma rigorosa e prudente. É, assim, indispensável que o juiz confronte a confissão com as demais provas existentes nos autos, não podendo, de forma alguma aceitar que esta, isoladamente, possa levar à condenação do arguido. De facto, nem poderia ser de outra forma, uma vez que a admissão de culpa envolve direitos fundamentais em que se inserem o processo legal, a ampla defesa, e até mesmo, o direito à liberdade.

Tal como no ordenamento jurídico português, dispõe o artigo 405.º da LEC que, caso o arguido em audiência de julgamento preste declarações contraditórias com as prestadas anteriormente, poderá atender-se a esta prova para efeitos de valoração em julgamento^{78 79}.

Importa, agora, averiguar a solução legal espanhola para o caso de o arguido, após ter prestado declarações em sede de interrogatório, remeter-se ao silêncio durante a audiência de julgamento.

De forma a aprofundar esta matéria, interessa estudar, com maior detalhe, o comentário de GONZALEZ TORRES à sentença do Supremo Tribunal de 30 de março de 2010. A referida decisão vem confirmar a jurisprudência assente relativamente ao valor probatório das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, quando este se remete ao silêncio.

Assinala-se, no mencionado comentário, que o arguido tem, efetivamente, o direito de utilizar do seu silêncio em cada momento processual, contudo este direito não tem eficácia retroativa. Por outras palavras, não se pode permitir que o arguido apague as declarações já produzidas em momentos precedentes. Assim, quando o arguido se remete ao silêncio em julgamento,

⁷⁸ Contrariamente à Lei Portuguesa, no sistema legal espanhol não se estabelece qualquer distinção perante que entidade foram prestadas essas declarações.

⁷⁹ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 76.

não pode ter com isso a intenção de afetar as declarações legitimadamente produzidas em fases preliminares do processo ⁸⁰.

No acórdão *sub judice*, a vítima, casada com o acusado, optou por, em sede de julgamento, se remeter ao silêncio (artigo 416.º da LEC). Também o arguido exerceu o seu direito ao silêncio, previsto pelo artigo 24.2 da Constituição Espanhola.

Face a este cenário, o juiz dispunha apenas das provas documentais, que tinham sido devidamente gravadas. Admitiu-se, assim, por via do artigo 730.º da LEC, a introdução, na audiência de julgamento, das mencionadas provas documentais ⁸¹.

Entendeu-se que este silêncio não deveria ser, como já referimos, impedimento para se utilizar em audiência de julgamento as declarações prestadas em sede de interrogatório. A este propósito, considera o Supremo Tribunal não haver qualquer limitação aos princípios da imediação, publicidade e contraditório, na medida em que as partes ficam salvaguardadas através da possibilidade que lhes é concedida em debater o conteúdo do depoimento anterior⁸².

Assim, entende o Supremo Tribunal de Espanha, a nosso ver acertadamente, que não faz sentido não admitir a valoração da prova se o arguido, durante o interrogatório, após ter sido advertido dos seus direitos constitucionais, designadamente, o direito ao silêncio, opta, no exercício da sua liberdade, por narrar os factos e renunciar a essa faculdade.

Considera, contudo, o Tribunal Constitucional Espanhol que *“para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar en el sometido a la consideración de este Tribunal si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle”* ⁸³.

⁸⁰ V. GONZALEZ TORRES ABOGADOS SL, *El valor probatório de las declaraciones sumariales del acusado cuando este guarda silencio en el juicio oral segun el tribunal*, 24 de maio de 2010, disponível em www.facebook.com.

⁸¹ Dispõe o referido preceito que *“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”*.

⁸² V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 77.

⁸³ V. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia n.º 86/1995, Sala 1ª, de 6 de junho de 1995.

De notar que a jurisprudência espanhola vai mais longe, admitindo, em determinadas situações, a valoração de declarações prestadas perante os órgãos da polícia criminal. ⁸⁴Para além do já referido artigo 730.º, também se tem encontrado a permissão de valoração, em julgamento, de anteriores declarações do arguido que em audiência se remete ao silêncio, numa outra disposição legal, nomeadamente, no artigo 714.º da LEC ^{85 86}.

Ora, esta interpretação legal baseia-se na ideia de que no conceito de contradição se deve incluir todos os comportamentos do arguido que juridicamente possam ser considerados contrários aos produzidos nas anteriores fases. Deste modo, nos termos do mencionado artigo, quando o arguido confessa os factos e, posteriormente, em audiência se remete ao silêncio, tal deve ser considerada contradição. Não estamos de acordo com esta linha de pensamento ousada, porque não podemos concordar que o arguido, quando exerça o seu direito ao silêncio esteja, necessariamente, a negar ou contradizer aquilo que foi dito anteriormente. Não sabemos as razões que o levaram a permanecer calado em sede julgamento e cremos que inferir qualquer interpretação do exercício do seu direito ao silêncio poderá ser demasiado perigoso. Acreditamos que tal interpretação poderá mesmo ser um atentado ao direito ao silêncio e à prerrogativa da não auto-incriminação, uma vez que estar-se-ia, indiretamente, a “obrigar” o arguido a prestar declarações contra a sua vontade.

Assim, como já foi mencionado anteriormente, para que se verifiquem ou discrepâncias ou contradições com as declarações prestadas pelo arguido em fase de inquérito ou instrução é necessário, em primeiro lugar, que este fale em audiência de julgamento.

⁸⁴ Sobre esta matéria *infra* p. 48.

⁸⁵ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 77.

⁸⁶ Determina este artigo o seguinte: “*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.*”

ANÁLISE CRÍTICA

Após uma breve análise do regime da confissão do arguido em vários sistemas processuais penais (Brasil, Itália e Espanha), interessa dar a conhecer alguns pareceres relativos à Proposta Legislativa de alteração ao CPP, e especialmente, à alteração ao artigo 357.º n.º 1 alínea b).

Afirma o parecer emitido pela Ordem dos Advogados, que a alteração proposta ao referido preceito é ferida do vício de inconstitucionalidade. Na opinião da Ordem dos Advogados, a razão de ser desta inconstitucionalidade está na violação do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que “*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*”.

Ora, segundo a Ordem dos Advogados, ao permitir-se a leitura, em julgamento, de anteriores declarações do arguido, nos casos em que o mesmo tenha exercido, na audiência de julgamento, o direito ao silêncio, estar-se-á, claramente, a atingir o direito ao silêncio que representa uma das garantias processuais mais importantes de defesa do arguido.

Acrescenta a Ordem dos Advogados no referido parecer que a solução legal proposta viola, ainda, o consagrado na alínea g) do n.º 3 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁸⁷. Determina a alínea do preceito *supra* mencionado o seguinte: “*3- 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 a confessar-se culpada*”.

Podemos, também, ler neste parecer que a alteração proposta ao artigo 357.º n.º 1 alínea b) entra, indubitavelmente, em contradição direta com o disposto no artigo 343.º n.º 1, ambos do CPP. De acordo com este preceito, “*O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo*”.

Justifica a verificação da incoerência entre ambos os artigos, argumentando que, apesar de o arguido ter sido advertido de que o seu silêncio não pode desfavorecê-lo, quando ele opta por não prestar quaisquer declarações sobre os factos incriminatórios, admite-se à luz da solução preconizada na Proposta de Lei a leitura de declarações que o arguido produziu em sede de

⁸⁷ Diploma adotado pelas Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor em 15 de setembro de 1978.

investigação. Desta forma, estar-se-á, segundo o referido parecer, a prejudicar o arguido, na medida em que esta leitura constitui, inevitavelmente, uma afronta ao direito ao silêncio.

Pelas razões apresentadas, podemos concluir que a Ordem dos Advogados considera desconforme com a Constituição e portanto, inconstitucional, a alteração proposta ao artigo 357.º do CPP.

Também PAULO DE SOUSA MENDES se pronuncia acerca desta matéria, considerando que a alteração ao artigo em questão, pode implicar “*uma autêntica subversão da estrutura acusatória do processo penal português*”. Escreve este Autor que tal alteração pode traduzir-se num retrocesso ao processo penal de 1832, 1837 e 184. altura em que a fase instrutória, em caso de pronúncia, poderia ser utilizada em audiência de julgamento.

Considera, ainda, PAULO DE SOUSA MENDES que, uma vez que o Código atual respeita a liberdade de determinação do arguido e o direito ao silêncio é o primeiro reflexo de tal faculdade, não faz sentido admitir o aproveitamento probatório das declarações produzidas pelo arguido em fases anteriores. Tal solução violaria, segundo este Autor, os princípios da imediação, contraditório e oralidade⁸⁸.

Interessa, igualmente, debruçarmo-nos sobre opiniões contrárias às agora analisadas, relativamente à solução preconizada na Proposta de Lei, nomeadamente o Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses (doravante abreviadamente “ASJP”) e o Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (doravante designado abreviadamente por “SMMP”).

Foi, precisamente, no âmbito do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, que a ASJP apresentou um relatório acerca das Linhas de Reforma do Processo Penal.

A ASJP começa, desde logo, por criticar esta Proposta no sentido de ter deixado vários elementos essenciais por regulamentar, sendo que na sua opinião, esta Proposta “*(...) constituiu mais uma oportunidade perdida para enfrentar os graves e prioritários problemas de eficácia e confiança da nossa justiça penal*”⁸⁹.

No que diz respeito ao tema em apreço, a ASJP não tem dúvidas que o caminho a seguir é o da valoração em audiência de anteriores declarações do arguido. Contudo, apresenta algumas

⁸⁸ V. PAULO DE SOUSA MENDES, *A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento disponível em* <http://www.idpcc.pt>.

⁸⁹ V. ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *Parecer da Proposta de Lei que visa a alteração ao Código do Processo Penal*, p.2 disponível em www.asjp.pt.

críticas, que na nossa opinião foram muito bem colocadas e, por isso, merecem a nossa referência.

Em primeiro lugar, refere a ASJP o facto de as declarações poderem ser feitas indiscriminadamente perante qualquer autoridade judiciária, seja ela o Ministério Público ou o juiz. Ora, nos termos do Parecer, esta solução não tem cabimento, devido à diversa natureza e finalidade de atuação do Ministério Público, por um lado, e do juiz por outro.

Exige-se que sejam salvaguardadas as mínimas garantias, num tema, que como já dissemos se encontra numa linha ténue entre, por um lado, garantir a defesa do arguido e, por outro proteger os interesses da comunidade. Assim sendo, a prestação de declarações perante o juiz representa, portanto, *“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”*⁹⁰.

Sabemos que o Ministério Público é o órgão titular da ação penal, cabendo-lhe, assim, a direção do inquérito. Em termos simplificados, podemos dizer que a finalidade última do Ministério Público é submeter ou não o arguido a julgamento. Cumpre-lhe, neste âmbito, averiguar se existem indícios suficientes para a prática do crime, designadamente, investigar a existência do facto ilícito, determinar os seus agentes, a responsabilidade destes e, ainda, recolher as provas para o efeito.

Segundo o Parecer da ASJP, o Ministério Público facilmente perde o sentido de imparcialidade a que está submetido, deixando-se, desta forma, envolver com a *“pretensão”* de deduzir e sustentar a acusação⁹¹. Segundo esta linha de pensamento, torna-se difícil garantir a isenção do Ministério Público, quando este assume a direção da tomada de declarações incriminatórias da parte do arguido para, posteriormente, serem utilizadas e valoradas em audiência de julgamento.

Esta conceção parece-nos arcaica, movida pelos antigos receios da verdadeira missão do Ministério Público, justificáveis numa altura em que ainda não tínhamos um Estado de Direito Democrático consolidado⁹².

Assim, neste ponto, não podemos concordar com a ASJP. Ora, ao se admitir que o Ministério Público não está apto para receber as declarações do arguido em sede de interrogatório, estar-

⁹⁰ *Ibidem*, p.13.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² V. Bernardo Marques Vidal, *A leitura em audiência de declarações de testemunhas proferidas durante o inquérito*, p. 67 disponível em run.unl.pt.

se-á indiretamente a admitir que o Ministério Público tem interesse particular na obtenção de acusação do arguido. Não podemos de forma alguma aceitar este argumento. Sabemos que a conduta do Ministério Público é guiada por critérios de estrita objetividade. De facto, não podemos negar que a fase do inquérito é revestida de características, essencialmente, inquisitórias (em oposição à fase do julgamento), uma vez que cabe ao Ministério Público a averiguação exaustiva da verdade dos factos. No entanto, também não nos podemos esquecer que este deverá ter sempre em conta que a sua função tem de ser, obrigatoriamente, exercida de forma totalmente imparcial. Assim, não nos parece que o arguido fique menos salvaguardado, por não ter a presença efetiva do juiz aquando da tomada das suas declarações. O Ministério Público terá, pois, tal como o juiz, a capacidade para ouvir as declarações, garantindo a máxima objetividade nesta conduta. Não é, de todo, correto desconfiar da capacidade de isenção do Ministério Público na direção da ação penal, já que este é, primordialmente, responsável por prosseguir o interesse coletivo, tendo como foco principal a defesa da sociedade e do Estado de Direito Democrático.

A ASJP critica, ainda, o facto de não se exigir registo audiovisual das declarações do arguido. Considera a ASJP evidente e bem que a Proposta de Lei, neste ponto, parece não acompanhar a realidade dos tribunais portugueses, uma vez que estes, em regra, já admitem o registo⁹³.

Importa esclarecer que não há qualquer dúvida que uma mera transcrição daquilo que foi dito pelo arguido durante o interrogatório não pode, de forma alguma, garantir o mesmo grau de fiabilidade que uma declaração gravada. Em casos de declarações auto-inculpatórias, consideramos importante, senão essencial, proteger o arguido de possíveis erros judiciais de interpretação. Assim, o registo áudio visual contribui para uma avaliação fidedigna da veracidade do depoimento. Este permite, em primeiro lugar, determinar em que contexto é que o depoimento foi produzido e estudar com maior rigor a personalidade do arguido através da entoação, da prontidão da resposta, espontaneidade e linguagem gestual utilizada durante a produção destas. Note-se que o registo das declarações produzidas anteriormente pelo arguido é imprescindível para assegurar, em sede de julgamento, o respeito pelos princípios estruturantes do processo penal, nomeadamente, os princípios da imediação, oralidade e contraditório. Facilmente depreendemos que um depoimento registado e, posteriormente, apresentado em audiência de julgamento, faculta um maior contato entre o juiz e a prova (princípio da imediação), que uma mera transcrição de declarações prestadas anteriormente pelo sujeito processual. Mais, sendo estas declarações reproduzidas, como já referimos, com

⁹³ V. ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *ob.cit.*, p.13, disponível em www.asjp.pt.

maior rigor e exatidão, às partes é-lhes permitido debatê-las de uma forma mais transparente. Não cremos que seja necessário aprofundar os motivos de tal conclusão, uma vez que iremos ter a oportunidade, no seu devido tempo, de analisar a importância e efeitos dos mencionados princípios na audiência de julgamento ⁹⁴.

Já o SMMP, apesar de concordar com a obrigatoriedade de registo das declarações produzidas nas fases preliminares, considera ser suficiente a gravação magnetofónica ⁹⁵. Vê a gravação audiovisual como algo demasiado complexo, não só por exigir uma câmara apta para efetuar uma mudança de ângulos consoante seja o Ministério Público, o arguido ou o defensor a falar, como considera que não existem meios técnicos e humanos disponíveis para o efeito ⁹⁶.

Não acompanhamos este argumento. Em primeiro lugar, não consideramos essencial a gravação visual relativamente ao defensor do arguido e Ministério Público. Note-se que com esta observação não estamos, de todo, a descurar a importância da presença do defensor e a menosprezar as questões formuladas pelo Ministério Público aquando do interrogatório. Consideramos, pois, ser suficiente a gravação audiovisual das declarações do arguido (porque afinal de contas o que se pretende é zelar pela espontaneidade e entoação dada às mesmas). Obviamente que, tal como a SMMP refere, pensamos ser de igual importância a gravação, desta vez magnetofónica, daquilo que o Ministério Público e defensor dizem. Pelas razões que deixámos expostas, não vemos qualquer impedimento para não se realizar o registo audiovisual das declarações do arguido, considerando até o mesmo essencial.

Reflexão acerca dos princípios estruturantes do processo penal

Cabe-nos, agora, refletir se a alteração legal proposta põe em causa os princípios processuais penais e garantias do arguido, que, tal como verificámos *supra*, tiveram uma grande influência na consagração da solução legal vigente, designadamente, os princípios de imediação, oralidade, contraditório e, ainda, o direito ao silêncio.

Iniciaremos, então, a nossa análise com o princípio da imediação.

No que toca a este princípio, sabemos que a prova tem de ser sempre produzida ou examinada em audiência nos termos do artigo 355.º/1 do CPP. Contudo, o legislador português quis consagrar diversas exceções a esta premissa.

⁹⁴ Sobre estes princípios *infra* pp. 38 e ss.

⁹⁵ Este tipo de registo já é admitido à luz do artigo 101.º/1 do CPP, contudo não é, ainda, obrigatório.

⁹⁶ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer do SMMP relativo ao Anteprojecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal*, p.8, disponível em www.smmpt.pt.

Assim, o princípio da imediação não pode ser tido como um “*valor intocável*”, ou como obstáculo inultrapassável às provas legitimadamente produzidas e que asseguram o acesso à justiça penal.

A este propósito, importa ter presente que no sistema processual penal português já se admite o aproveitamento de provas produzidas pelo arguido em sede de interrogatório para a fase de julgamento. Exemplo disso são os casos dos reconhecimentos, reconstituições de facto e prova pericial⁹⁷.

Existe, igualmente, um conjunto de declarações (artigos 356.º e 357.º do CPP) que apesar de não serem produzidas em fases anteriores ao julgamento, podem, por razões de eficácia, ser valoradas em audiência de julgamento. Referimo-nos, *inter alia*, aos artigos 271.º e 294.º, isto é, a leitura de declarações para memória futura; a leitura de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas prestadas perante o MP ou OPC, se o MP, o arguido e o assistente estiverem de acordo quanto à sua leitura e, ainda, a leitura de declarações do arguido prestadas perante qualquer autoridade, a sua solicitação ou caso fale em audiência de julgamento e existam contradições ou discrepâncias com as anteriormente prestadas⁹⁸.

Nestes casos, apesar de não se assistir a uma efetiva produção de prova em sede de julgamento, possibilita-se sempre o seu exame, através da leitura, visualização e audição das provas apresentadas. Este exame é a única garantia de que o contato do juiz com a prova fica salvaguardado.

A valoração de prova produzida em fase do interrogatório e instrução não é, como acabámos de verificar, nenhuma novidade no nosso processo penal e mais importante, tal não parece ser considerada uma limitação inadmissível ao princípio da imediação.

Note-se que até existe jurisprudência que admite que a leitura em audiência das declarações prestadas antecipadamente não é indispensável para que se possa utilizar e valorar a prova. Ora, segundo esta jurisprudência, o princípio do contraditório não fica comprometido, uma vez que tais provas se encontram disponíveis para consulta nos autos⁹⁹.

Discordamos desta interpretação, já que trata com demasiada leveza uma questão que requer um cuidado específico. Cremos que só através da leitura efetiva da prova – ou do registo audiovisual como mais tarde demonstraremos, é que se verifica o exercício pleno do contraditório. Esta permite um debate oral acerca daquilo que foi produzido e/ou examinado

⁹⁷ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS. *ob.cit.*, p. 74.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁹⁹ *Ibide*, p. 82, nota de rodapé n.º 92.

em audiência de julgamento. Ora, não se pode negar às partes o direito de ouvir aquilo que consta dos autos, especialmente, quando se trata de fatos incriminatórios, que podem levar à condenação de um sujeito processual. Assim, ao se impor como requisito a leitura da prova, as partes poderão debatê-la, completá-la, negá-la, em plena audiência, coisa que não seria possível se se valorasse diretamente a prova constante dos autos. Não temos dúvidas que através da leitura das declarações produzidas em fases anteriores fica assegurado não só o princípio do contraditório, como o da oralidade.

Com o que acabámos de referir, parece-nos que o caminho para a transmissão de prova produzida em fases anterior à audiência para o julgamento já se encontra aberto. Como tivemos agora oportunidade de verificar, os princípios da imediação, oralidade e contraditório parecem estar, assim, garantidos.

Assim, “*o grande tabu do legislador português é o direito do arguido ao silêncio ou a sua ausência em audiência (...)*”¹⁰⁰.

O direito ao silêncio, previsto pelo artigo 61.º/ n.º 1 alínea d) é, assim, apontado, frequentemente, como um obstáculo a qualquer alteração legal nesta matéria.

Como já mencionámos *supra*, um dos argumentos invocados contra a possibilidade de valoração das declarações do arguido prestadas em fases anteriores, é o facto de esta poder ser um obstáculo à investigação criminal. Ora, o arguido, tendo sido advertido de que o depoimento que prestasse em fase de inquérito, podia ser utilizado e valorado em audiência de julgamento, opta por permanecer calado, deixando, desta forma, de narrar os factos incriminatórios. Consideramos, porém, que o argumento invocado preferiu “esquecer” as consequências prejudiciais da atual proibição plasmada no artigo 357.º do CPP. Nestes casos, apesar de concordarmos que o arguido opte, eventualmente, por exercer o seu direito ao silêncio, e com isso, dificulte a respetiva investigação, temos de ter em conta que isso apenas se trata de uma mera inferência sem meio de comprovação. Acresce que as declarações do arguido não são o único meio de prova disponível para investigação, podendo a mesma não ficar comprometida.

Creemos que ao se proibir a utilização e valoração, em sede de julgamento, de declarações do arguido em fase anterior é aniquilar, desde logo, qualquer possibilidade da confissão valer em julgamento. Tratar-se-ia, assim, a confissão como prova inexistente.

O argumento mais válido, na nossa opinião, para demonstrar a nossa discordância relativamente à inevitável violação do direito ao silêncio, foi encontrado na Proposta para

¹⁰⁰ V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 74.

Debate. Aqui se escreveu, e muito bem, que “(...) o direito ao silêncio não tem de ser estanque”¹⁰¹. O arguido tem o direito de exercer o direito ao silêncio no momento processual que entender, isto é, tanto na fase do interrogatório, como posteriormente, na audiência de julgamento, mas não se pode fazer valer dele para apagar anteriores declarações que voluntariamente prestou. Ou seja, o direito ao silêncio não pode retroagir às declarações feitas anteriormente. Deste modo, aquilo que foi adquirido durante o curso do processo forma parte definitiva dos autos. De resto, nem faria sentido permitir o contrário.

Tratar do silêncio como se fosse algo estanque seria como ignorar que a fase do inquérito e a fase de julgamento se tratam de duas fases processuais distintas e com finalidades diferentes. Estar-se-ia a assumir que o arguido é um sujeito “*imutável*”, ignorando que as suas atitudes e intenções se alteram ao longo de todo o processo.

Consideramos, no entanto, essencial, que esta alteração legal ao artigo 357.º do CPP, venha acompanhada de um reforço das garantias processuais do arguido, designadamente, da solução proposta ao artigo 141.º do CPP, isto é, a introdução da alínea b). Dispõe esta nova alínea que “(...) o juiz informa o arguido de que não exercendo o direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo”. A razão de ser desta alínea é, precisamente, esclarecer o arguido antes de ele decidir abdicar do seu direito ao silêncio.

Temos, contudo, de concordar com o parecer do ASJP quando critica a falta de precisão desta alínea b). Considera a ASJP que esta deveria ser mais clara no sentido de advertir expressamente, sem deixar margens para dúvidas, que as declarações que este prestasse em sede de interrogatório poderiam vir a ser valoradas em audiência, mesmo nos casos em que ele, mais tarde, se remetesse ao silêncio ou estivesse ausente da audiência. Assim, a expressão “*poderão ser utilizadas no processo*” deveria ser mais explicativa para não se correr o risco de o arguido não compreender o verdadeiro sentido prático de prestar declarações¹⁰². Se, em face desta advertência, o arguido, enquanto sujeito processual autónomo, consciente e responsável, decide responder, não se entende o porquê de não considerar estas declarações para efeitos de valoração em audiência.

Cumprе referir o aditamento proposto de uma nova alínea c) ao artigo 64.º do CPP que, apesar de não se tratar da génese do nosso trabalho, tem, segundo a Proposta de Lei n.º 77/ XII um impacto relevante na proposta de alteração ao artigo 357.º do CPP.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 85.

¹⁰² V. ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *ob.cit.*,p.6, disponível em www.asjp.pt.

Visa-se, através da nova alínea, aumentar o leque de situações abrangidas pela obrigatoriedade de assistência do defensor do arguido. Assim, pretende-se impor a assistência do defensor a todos os interrogatórios presididos por entidade judiciária, seja ela MP ou juiz de instrução, e ainda a todos os debates instrutórios e audiência. O objetivo da Proposta de Lei com a introdução desta nova alínea b) é o seguinte: a admissibilidade da valoração das declarações do arguido na fase de julgamento, quando prestadas perante autoridade judiciária. Da Proposta de Lei consta nos motivos que a alteração proposta ao artigo 64.º do CPP tem como finalidade garantir que a leitura das declarações do arguido seja sempre assistida de defensor.

Pelo exposto, parece-nos que se deve, sem dúvida alguma, valorar em audiência as declarações anteriormente prestadas pelo arguido, mesmo que este se mantenha em silêncio ou se encontre ausente durante o julgamento¹⁰³. Solução contrária, ou seja, solução legal agora vigente, leva, inevitavelmente, a vários casos de impunibilidade. O arguido, tendo conhecimento que, caso se mantiver em silêncio no julgamento ou se encontre ausente em audiência, vê as suas declarações anteriores serem tratadas como inexistentes, opta, claramente, por exercer o seu direito ao silêncio ou por, pior, não comparecer, de forma a afastar a possibilidade de ser condenado. Note-se que estamos cientes que o arguido não pode simplesmente optar por não comparecer na audiência de julgamento, sem com isso sofrer represálias. O artigo 332.º do CPP impõe a obrigatoriedade de presença do arguido na audiência de julgamento. Atualmente, tal como já verificámos *supra*, evita-se o processo à revelia. Assegura-se, então, a presença do arguido na audiência de julgamento através da declaração de contumácia, forçando-o, desta forma, a comparecer. Note-se que a declaração de contumácia (artigo 335.º e seguintes) apenas se destina aos casos em que o arguido não tiver prestado TIR e/ou aos casos de evasão durante o cumprimento da pena de prisão¹⁰⁴.

Assim, só quando se verificarem as circunstâncias previstas pelo artigo 334.º do CPP, é que a audiência prossegue na ausência do arguido.

Contudo, cremos que as consequências positivas que o arguido lograria de não comparecer na audiência de julgamento, designadamente, nos casos em que o mesmo tivesse confessado o crime aquando do interrogatório, superariam os efeitos negativos da declaração de

¹⁰³ Tal solução não põe em causa, na nossa opinião, os princípios da imediação, oralidade, contraditório e direito ao silêncio.

¹⁰⁴ V. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA de 11 de junho de 2008.

contumácia, ou outras represálias que surgissem durante o processo, nomeadamente a efetiva detenção.

Pelo exposto, é, então, imperioso alterar o quadro processual penal vigente, desde que sejam introduzidas algumas alterações à Proposta de Lei.

O alcance das declarações valoráveis do arguido

Antes de propormos as devidas alterações, interessa abrir um pequeno parêntesis, e abordar uma questão que nos parece muito relevante que é, precisamente, a do alcance das declarações valoráveis do arguido. Por outras palavras, a questão da admissibilidade de condenação do arguido, tendo exclusivamente como prova as declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento.

Curiosamente, a Proposta legislativa fez constar expressamente que estas declarações do arguido estão sujeitas ao princípio da livre apreciação de prova. Como já referimos *supra*, a alteração ao artigo 357.º do CPP introduz o n.º 2, onde estabelece que *“As declarações anteriormente prestadas pelo arguido e lidas em audiência estão sujeitas à livre apreciação da prova nos termos do artigo 127.º”*¹⁰⁵.

Nestes casos, segundo a Associação Sindical dos Juizes Portugueses não se pode entender esta confissão, para efeitos de valoração em julgamento, como a confissão que se encontra submetida ao artigo 344.º do CPP¹⁰⁶. Contudo, com o devido respeito, não podemos concordar com tal opinião. Tal como a maioria da jurisprudência escreve, e com a qual estamos inteiramente de acordo, o artigo 344.º do CPP não fica isento da submissão à regra geral prevista no artigo 127.º do CPP.¹⁰⁷ Assim, nos casos respeitantes ao artigo 344.º, a prova é também apreciada segundo as regras da experiência e da livre convicção do tribunal. Esta conclusão retira-se desde logo, do n.º 3 al. b) do artigo 344 do CPP, que prevê que o valor probatório da confissão seja apreciado livremente pelo tribunal, em conjunto com os demais meios de prova produzidos, sempre que: *“O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou*

¹⁰⁵ V. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, processo n.º 106/08, de 14 de Julho de 2010 quando refere que o princípio da livre apreciação da prova só se tem por cumprido quando *“a convicção a que o Tribunal chegou se mostra objecto de um procedimento lógico e coerente de valoração, com motivação bastante, e onde não se vislumbre qualquer assumo de arbítrio na apreciação da prova”*.

¹⁰⁶ V. ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES, *ob.cit.*, p.14, disponível em www.asjp.pt.

¹⁰⁷ V. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, processo n.º 0816424 de 04 de fevereiro de 2009, Paula Guerreiro.

da veracidade dos factos confessados” nos termos do n.º 4 do mesmo preceito que dispõe: “*Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, produção da prova*”. Escreve, ainda, o Acórdão da Relação do Porto de 4 de fevereiro de 2009, citando para o efeito Marques Ferreira que¹⁰⁸: “*(...)o valor probatório da confissão se deverá considerar sempre livremente apreciável pelo tribunal pois mesmo nos casos em que esta assume força probatória pleníssima com a consequente dispensa de produção de outra prova, tal apenas sucede num momento posterior ao funcionamento do princípio da livre apreciação da confissão para, determinar se a mesma reveste ou não as características de “integral, sem reservas e coerente*”. Também neste sentido vem o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de maio de 1996 decidir: “*O n.º 3 do art. 344.º do CPP não prevê qualquer limitação ao exercício do direito de livre apreciação da prova resultante das declarações do arguido, mas apenas que, nesses casos, as declarações do arguido não têm o valor de força probatória pleníssima que deve ser atribuída aos casos do n.º 2*”¹⁰⁹.

Pelo exposto, podemos concluir que, cabendo ao juiz, nos casos do artigo 357.º do CPP, a livre apreciação da prova, este tem sempre margem para considerar que a confissão não pode, por si só, levar à condenação do arguido. Assim, “*não basta uma declaração do arguido, mesmo que voluntária e esclarecida, admitindo a comissão dos factos típicos para que o mesmo seja considerado culpado*”¹¹⁰. Desta forma, acautela-se a qualidade da investigação e da decisão judicial, pois evita-se que declarações anteriores possam figurar o único meio de prova recolhido. Esta medida legal obriga, igualmente, a que o juiz avalie a prova em termos globais, no sentido de confirmar o depoimento do arguido¹¹¹.

Relativamente à questão colocada, isto é, ao alcance das declarações valoráveis do arguido, o GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS obteve respostas diferentes consoante se tratasse de uma situação em que o arguido estivesse presente, ou pelo contrário, ausente.

¹⁰⁸ V. MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova”, in *Jornadas de Direito processual Penal*, Coimbra, Almedina, p. 251 *utad* ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, processo n.º 0816424 de 04 de fevereiro de 2009, Paula Guerreiro.

¹⁰⁹ V. ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, processo n.º 498/96, de 30 de maio de 1996.

¹¹⁰ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *ob cit.*, p.8, disponível em www.smmp.pt.

¹¹¹ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *ob.cit.*, p.9, disponível em www.smmp.pt.

Quando o arguido se encontra presente, não se vê razão para não valorar estas declarações da mesma forma como se faz para aquelas que são produzidas em audiência, ou seja segundo o princípio da livre apreciação da prova. Ora, uma vez que o arguido está presente na audiência, entende-se que o mesmo tem a faculdade de negar ou complementar as declarações anteriores da mesma forma como o pode fazer relativamente as que presta em audiência.

No entanto, em relação aos casos em que ao arguido é julgado na sua ausência, as opiniões dividem-se.

Há quem considere que se aplica, nestes casos, igualmente, o princípio da livre apreciação da prova, na medida em que o arguido, apesar de ausente, foi notificado da realização da audiência. “*Sendo assim, é imputável ao arguido a não comparência, apesar de devidamente advertido aquando da prestação de TIR, pelo que não se justifica que o mesmo não possa ser condenado exclusivamente com base em declarações prestadas anteriormente e de cuja relevância foi necessariamente advertido*”¹¹².

Partilhamos a mesma opinião que a proposta de debate, já que, tal como a ASJP mencionou, solução contrária poderia mesmo conduzir à ausência propositada do arguido, que saberia que as suas declarações anteriores seriam tratadas como inexistentes.

Num entendimento oposto, deve aditar-se uma norma equivalente à da lei de Proteção de Testemunhas, que estabelece no seu artigo 19.º número 2: “*a condenação não pode fundar-se exclusivamente e de modo decisivo, nessas declarações*”. Segundo esta posição, pode ocorrer que o arguido seja julgado sem ter tido conhecimento efetivo da realização da audiência, devido ao regime de TIR.

Assim sendo, segundo esta posição, o arguido, aqui, encontra-se numa situação desfavorável, na medida em que não lhe é dada a oportunidade de, em sede de julgamento, esclarecer, contrariar ou complementar as declarações por ele prestadas anteriormente¹¹³.

¹¹² V. GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, *ob.cit.*, p. 88.

¹¹³ *Ibidem*.

POSIÇÃO DEFENDIDA

Aqui chegados, cabe-nos propor a solução que consideramos mais adequada às finalidades do processo penal, tendo em conta, naturalmente, as garantias de defesa do arguido.

Primeiramente, importa salientar que qualquer reforma ao Código de Processo Penal deve ser realizada de forma rigorosa e cautelosa, e esta não é, portanto, exceção.

Relativamente ao assunto que aqui nos ocupa, somos da opinião que se deve permitir - sem prejuízo das restrições que desenvolveremos *infra* - a leitura de declarações anteriormente produzidas pelo arguido na audiência de julgamento, mesmo que este se remeta ao silêncio ou se encontre ausente.

A consagração desta solução é imprescindível para que se respeite as finalidades essenciais do processo penal, nomeadamente a descoberta da verdade e boa decisão da causa. Sabemos que este fim não deve ser prosseguido a todo o custo (ou seria uma regressão ao regime inquisitório já há muito ultrapassado), no entanto, consideramos ser possível consagrar uma nova solução legal para a leitura das declarações do arguido, sem com isso ferir as garantias de defesa do mesmo.

É, então, através do equilíbrio destes dois valores fundamentais que se deve orientar o nosso processo penal.

Ora, o processo penal é composto, regra geral, por três fases processuais essenciais: o inquérito, a instrução e, finalmente, o julgamento. Trata-se, como já foi dito, de fases totalmente distintas, mas que não podem deixar de se complementar, principalmente porque todas têm em vista uma finalidade última comum, que é precisamente, a condenação ou absolvição do arguido, através de um processo justo e equitativo.

Posto isto, o arguido, enquanto sujeito processual, tem ao longo destas fases processuais as suas garantias de defesa asseguradas e pode optar em cada momento processual por prescindir do direito ao silêncio e narrar os fatos incriminatórios.

Consideramos que o paternalismo excessivo do legislador português levará, indubitavelmente, a situações de extrema injustiça material, colocando claramente em causa a eficácia da justiça penal perante a sociedade. Ora, a vítima dificilmente compreenderá que o arguido seja absolvido, quando em momentos anteriores, designadamente na fase do inquérito, tenha confessado o crime.

A este respeito, escreve CARLOS GOMES DE FARIA no VII Congresso da Ordem de Advogados Portugueses que “*em fase de audiência de julgamento, depois de uma confissão em fase de*

*inquérito ou de instrução (...), se o arguido se recusar a prestar declarações, e, se não for produzida outra prova dos factos constantes da acusação, não resta ao Tribunal outro caminho que não seja a absolvição do arguido”*¹¹⁴.

Se nada se alterar no que toca a esta questão, corremos o risco de estar a colocar nas mãos do arguido o monopólio do processo penal, para que este utilize “*das suas armas*” da forma que mais lhe convier. Discordamos, assim, em absoluto da solução em vigor.

Relativamente à alteração preconizada pela Proposta de Lei n.º 77/XII para o preceito em vigor, isto é para o artigo 357.º n.º 1 alínea b), temos algumas dúvidas se não será demasiado ousada. Temos, pois, de ter sempre em conta que nenhuma alteração nesta matéria se pode realizar sem que sejam salvaguardados os direitos do arguido, bem como os princípios estruturantes da imediação e oralidade da produção de prova.

Propomos, então, uma solução nestes termos:

Deve-se permitir, sem margens para dúvidas, a valoração das declarações do arguido no julgamento prestadas em fase anterior, mesmo que este se remeta ao silêncio ou se encontre ausente.

Para isso, têm de se cumprir alguns requisitos, designadamente, dar sempre conhecimento ao arguido do direito ao silêncio e ainda informá-lo de forma clara que as suas declarações podem ser utilizadas em audiência de julgamento, mesmo que esteja ausente ou estando presente, se remeta ao silêncio.

Tais garantias permitem que o arguido possa escolher, de forma voluntária e esclarecida, se deve ou não prestar declarações e qual o seu conteúdo, sendo este o escopo, afinal, do direito ao silêncio, designadamente na sua vertente da não auto-incriminação.

É também indiscutível a imprescindibilidade assistência de defensor aquando da tomada de declarações.

Importante, ainda, é que o arguido tenha sido notificado, aquando da prestação de TIR, do efeito legalmente reconhecido às suas declarações, no caso de este não aparecer em audiência. As declarações devem, como já foi mencionado, ser gravadas em áudio e vídeo, uma vez que, caso isso não suceda, a transcrição das mesmas não consegue transmitir com a mesma fiabilidade o que foi, realmente, dito pelo arguido. Com o registo audiovisual assegura-se, pelas razões já expostas, o respeito pelos princípios da imediação e contraditório. Consideramos que a leitura das declarações prestadas em fase de inquérito, já seria suficiente

¹¹⁴ V. CARLOS GOMES DE FARIA, VII Congresso dos Advogados Portugueses, *A confissão integral e sem reservas em processo penal*, p.1 disponível em www.oa.pt.

para salvaguardar os princípios referidos, inclusive o princípio da oralidade, contudo defendemos que o registo audiovisual, pela comunicação mais transparente e assertiva dos factos (entre o tribunal e restantes intervenientes processuais) permite um julgamento mais fidedigno.

Por fim, não nos podemos esquecer que a prova tem de ser sempre produzida diante o juiz ou Ministério Público. Temos algumas reticências relativamente à valoração de declarações produzidas perante órgão de polícia criminal. Contrariamente, escreve o SMMP no seu Parecer que *“nenhum argumento válido pode justificar a não valoração em audiência de declarações de arguido em inquérito prestadas perante órgão de polícia criminal nos casos em que o arguido foi assistido por defensor no interrogatório”*¹¹⁵.

Neste contexto, entende o SMMP que o facto de o arguido ser advertido que a prova que produziu em momentos anteriores pode vir a ser utilizada na audiência de julgamento, sendo ele, para o efeito, assistido por defensor, são condições suficientes para garantir que não haja abuso sobre a pessoa do arguido.

Acrescenta ainda o SMMP que o que realmente importa não é a entidade perante a qual se prestou as declarações, mas sim a forma como a autoridade interrogou o arguido. Cabe, então, ao tribunal de julgamento fazer a apreciação e interpretação adequada, quando lhe for atribuída a capacidade para julgar segundo a sua livre convicção.

Com o devido respeito, não acompanhamos tal argumento. Discordamos que o juiz de julgamento tenha de ter, obrigatoriamente, o discernimento para distinguir quando deve dar credibilidade ao depoimento produzido pelo arguido. Cabe, então, à lei processual penal prevenir estas situações e zelar pelas garantias de defesa do arguido desde o seu primeiro interrogatório.

Por outro lado, como podemos ler no Parecer da Ordem dos Advogados, ocorrem, frequentemente, nos interrogatórios feitos diante dos órgãos de polícia criminal, ameaças e coações que podem pôr em causa a veracidade do depoimento prestado. Apesar do número 1 do artigo 126.º do CPP dispor que *“São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”*, na prática nem sempre é fácil comprovar a verificação de uma situação deste tipo.

Contudo, se o depoimento for registado através de gravação audiovisual, como aliás, se defende nesta dissertação, deixa de fazer sentido o receio em permitir a valoração nestas condições.

¹¹⁵ V. SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *ob.cit.*, p.6, disponível em www.smmp.pt.

Note-se que, como já mencionámos *supra*, a Proposta de Lei introduz o n.º 2 ao artigo 357.º do CPP, onde determina que as declarações anteriormente prestadas pelo arguido estão sujeitas à livre apreciação do juiz.

Isto significa que o juiz pode valorar livremente a confissão prestada em fase anterior, e posteriormente, apresentada em audiência de julgamento.

A livre apreciação da prova contrapõe-se, assim, ao sistema de em que o valor das provas (plena ou pleníssima) está pré determinado pela lei e ao juiz, por sua vez, não é dada qualquer margem de apreciação.

Afirmar que a confissão está sujeita à livre apreciação do tribunal, não significa que a liberdade concedida ao juiz seja arbitrária e absoluta. Sobre esta matéria, refere o Acórdão do STJ de 14.03.2007 que: “ *Se a apreciação da prova é, na verdade discricionária, tem, evidentemente, esta discricionariedade os seus limites, que não podem ser licitamente ultrapassados*”¹¹⁶.

A introdução do n.º 2 ao artigo 357.º do CPP revela-se fundamental, na medida em que a valoração da prova nestes termos pressupõe, necessariamente, a concretização dos princípios basilares do processo penal.

Neste sentido, escreve o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de março de 2006, que o princípio da livre apreciação da prova é indissociável da oralidade, citando, para o efeito, Chiovenda, “(...) *ao juiz que haja de julgar segundo o princípio da livre convicção é tão indispensável a oralidade, como o ar é necessário para respirar*”¹¹⁷.

Neste contexto cumpre alertar para o facto de, apesar de defendermos que o Tribunal possa valorar livremente a confissão¹¹⁸, isso não pressupor necessariamente que as declarações do arguido levem, isoladamente, à condenação do arguido. Defender esta posição apenas significa que confiamos na atuação do juiz (quando lhe é atribuída liberdade para apreciar a prova) para discernir quando a confissão, no caso concreto, deve levar à condenação do arguido, sem outros meios de prova a corroborar.

Assim, consideramos que se forem cumpridos determinados requisitos é urgente, de forma a prosseguir as finalidades do processo penal, que se altere a solução vigente.

¹¹⁶ . ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, processo n.º 07P21, de 14 de março de 2007.

¹¹⁷ V. ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, processo n.º 245/06 , de 20 de março de 2006.

¹¹⁸ Quer o arguido esteja presente, quer esteja ausente, desde que devidamente notificado da realização da audiência de julgamento.

Não pretendemos, com isto, alterar o quadro do nosso sistema processual penal no sentido de inverter os valores de proteção do indivíduo perante o Estado, para um sistema obcecado pela descoberta dos factos. Compreendemos, pois, a relevância dos meios de defesa do arguido que lhe permitem participar de forma ativa e decisiva na audiência de julgamento. Encaramos, assim, esta solução legal, essencialmente, como uma forma de proteção do interesse coletivo e da celeridade da justiça processual penal.

Acresce que um olhar atento sobre ordenamentos jurídicos distintos, relativamente a este tema, nos fez também compreender que tal solução é consagrada em países com democracias consolidadas, com regimes muito semelhantes ao nosso. Assim, não se vê qualquer obstáculo para que a leitura de declarações do arguido seja realizada nos termos apresentados, uma vez que já verificámos que tal não viola os direitos e garantias do arguido e princípios estruturantes do processo penal.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011

ANTUNES, Maria João, “Provas e Sinais: Direito ao silêncio e leitura, em audiência, das declarações do arguido”, *Revista sub judice*, Coimbra, Almedina, 2007

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUIZES PORTUGUESES, *Parecer da Proposta de Lei que visa a alteração ao Código do Processo Penal* disponível em www.asjp.pt

BELEZA, Teresa Pizarro com a colaboração de ISASCA, Frederico e GOMES, Rui Sá, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Lisboa, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 1993

BELEZA, Teresa Pizarro com a colaboração de BROOKS, Charles, CATANA, David, GERSÃO, Eliana, GOMES, Rui Sá, MOURA, José Souto de; RODRIGUES, José Narciso da Cunha e SOUSA, Elisabeth, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Lisboa, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 1993

BELEZA, Teresa Pizarro com a colaboração de SILVA, Germano Marques da, MOURA, José Souto de e Barbeitos, Patrícia. *Aulas teóricas dadas ao 5.º ano 1994/1995*, Vol. III, Lisboa, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 1995

BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura”, *Elementos de Estudo*, abril de 2004 disponível em www.trg.pt

CUNHA, João Damião da, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, *Revista de Ciência Criminal*, Ano 7, julho-setembro, 1997

DIAS, Jorge Figueiredo, “Assistência do advogado às declarações do arguido na instrução preparatória”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XVIII, 1971

DIAS, Jorge Figueiredo, *Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

FARIA, Carlos Gomes de, VII Congresso dos Advogados Portugueses, *A confissão integral e sem reservas em processo penal*, novembro 2011, disponível em www.oa.pt

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *Manual de Processo Penal*, Vol. III, 34.º Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2012

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS, “Proposta para debate sobre a valoração em audiência das declarações do arguido prestadas em fase anterior”, *Mudar a Justiça Penal - Linhas de Reforma do Processo Penal*, outubro 2011

MENDES, Paulo de Sousa, “Estatuto do Arguido e Posição Processual da Vítima”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano XVII, n.º 4, outubro – dezembro de 2007

MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: Estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, “Anotação ao artigo 32 de Germano Marques da Silva e Henrique Salinas”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

NUCCI, Guilherme de Souza, “Manual de processo penal e execução penal”, *Revista dos Tribunais*, Vol. I, 8ª Edição, São Paulo, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza, “O valor da confissão”, *Revista dos Tribunais*, 2ª Edição, São Paulo, 1999

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 11.ª edição, Editora Afiliada, fevereiro 2012

ORDEM DOS ADVOGADOS, *Parecer relativo ao Projecto de proposta de lei de alteração ao Código de Processo Penal*, dezembro de 2011, disponível em www.oa.pt

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, *Parecer do Gabinete do Procurador - Geral da Republica*, “Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal” disponível em www.pgr.pt

REIS, Alexandre Cabrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios e SARAIVA, Eduardo sob a direção de Pedro Lenza, *Direito Processual Penal*, fevereiro 2012

SANTIAGO, Rodrigo, “Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, n.º 1, janeiro-março 1994

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4ª Edição, Editorial Verbo 2008

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. III, Editorial Verbo, 2000

SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer do SMMP relativo ao Antreprojecto de Proposta de Lei de alteração do Código Processo Penal*, disponível em www.s MMP .pt

TORRES, Gonzalez Abogados SL, *El valor probatório de las declaraciones sumariales del acusado cuando este guarda silencio en el juicio oral según el tribunal*, disponível em www.facebook.com, 24 de maio de 2010.

VIDAL, Bernardo Marques, orientado por BELEZA, Teresa Pizarro, Tese de Mestrado, *A leitura em audiência de declarações de testemunhas proferidas durante o inquérito* disponível em run.unl.pt

Jurisprudência:

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2006

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de março de 2010

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de maio de 1996

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 1992

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de janeiro de 1992

Tribunal Constitucional

Acórdão do Supremo Tribunal Constitucional de 6 de junho de 1995

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Kaste e Mathiesen v. Noruega, de 9 de novembro de 2006

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2009

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de março de 2006

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de fevereiro de 2009

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14 de julho de 2010

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de abril de 2009

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de junho de 2008

Sites na Internet:

www.asjp.pt

www.dgsi.pt

www.facebook.com

www.idpcc.pt

www.jornalpenal.wordpress.com

<http://nonocongresso.smmp.pt>

www.oa.pt

www.parlamento.pt

www.pgj.ce.gov.br

www.pgr.pt

www.portugal.gov.pt

www.smmp.pt

<http://run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1>

www.trg.pt