

**Universidade Católica Portuguesa**  
**Faculdade de Direito – Escola de Lisboa**



**Transmissibilidade de Declarações Processuais do  
Arguido das Fases Preliminares do Processo para o  
Julgamento no Direito Português**

Sofia Cotrim Nunes

Aluna nº 142711068

Trabalho efectuado sob a orientação de

Professor Doutor Paulo Dá Mesquita

Dissertação de Mestrado

Mestrado Forense – Vertente Penal e Empresarial

Agosto de 2013

## Índice

<b>Índice</b>	<b>1</b>
<b>Notas de Leitura</b>	<b>3</b>
<b>Abreviaturas</b>	<b>4</b>
<b>Introdução</b>	<b>5</b>
I. Interesse dogmático e colocação do problema	5
II. Indicação de sequência	6
<b>Capítulo I - Enquadramento Histórico-legal</b>	<b>7</b>
I. Do Código de Processo Penal de 1929 ao Código de Processo Penal de 1987	7
II. O regime de aproveitamento de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento no Código de Processo Penal de 1987	15
III. Apresentação da Proposta de Lei nº 77/XII	18
<b>Capítulo II - Princípios e motivações atinentes ao regime anterior à entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro</b>	<b>21</b>
I. A opção pela regra da intransmissibilidade	21
II. Os Princípios da Imediação, Oralidade e Concentração	22
III. O Princípio da Livre Apreciação da Prova	25
IV. O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido	27
V. O Princípio do Acusatório	29
VI. O Princípio do Contraditório	32
VII. Direito ao Silêncio e Prerrogativa Contra a Auto-Incriminação	34

<b>Capítulo III - Novas possibilidades de transmissibilidade introduzidas pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro</b>	<b>41</b>
I. Percurso legislativo: da Proposta de Lei nº 77/XII à Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro	41
II. O novo regime de aproveitamento de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento	42
III. Possíveis aspectos problemáticos provenientes do novo regime	47
a) O aproveitamento de declarações prestadas perante autoridade judiciária	48
b) A obrigatoriedade de assistência de defensor: suficiente assistência?	50
c) Crise dos princípios da imediação, oralidade e concentração?	52
d) Subversão do acusatório e da prerrogativa contra a auto-incriminação?	53
<b>Capítulo IV - Em razão da verdade: ponderação dos valores em discussão</b>	<b>56</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>59</b>

## **Notas de Leitura**

- As disposições legais não acompanhadas de referência relativa à respectiva fonte pertencem ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, com alterações subsequentes, até à Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.
- Consoante a disposição legal pertencer à redacção anterior ou posterior à atribuída pela Lei nº 20/2013 ao Código de Processo Penal, tal situação será indicada pelo próprio texto da dissertação.
- As siglas e abreviaturas utilizadas encontram-se no início deste trabalho, a seguir às Notas de Leitura.
- A presente tese encontra-se actualizada com referência à legislação em vigor e à bibliografia acedida até ao mês de Agosto de 2013.
- As obras citam-se em nota de rodapé da seguinte forma: a primeira citação inclui referências completas do autor, título, editora e data de publicação, sendo que as seguintes citações incluem uma referência ao autor e à data da publicação, o que, ainda que de forma abreviada, permite uma clara identificação da obra em questão.
- A bibliografia final contém referência completa de todas as obras citadas ao longo do trabalho.

## **Abreviaturas**

AA.VV. – Autores Vários

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Al./als. – Alínea/alíneas

Art./arts. – Artigo/artigos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – Confira

Coord. – Coordenação

CPP – Código de Processo Penal

CPPI – Código de Processo Penal Italiano

Ed. – Edição

LC – Lei Constitucional

N.º – Número

p. – Página

pp. - Páginas

Reimp. - Reimpressão

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Sep. – Separata

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StPO – Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)

TC – Tribunal Constitucional

v.g. – verbi gratia

Vol. – Volume

## **Introdução**

### **I. Interesse dogmático e colocação do problema**

A presente dissertação tem por objecto uma análise dos recentes acontecimentos legislativos ao nível do regime do aproveitamento de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento no direito português.

A escolha do tema assentou não só no especial interesse por temas de direito probatório mas sobretudo pelo facto de ser um tema actual e controverso dentro da comunidade jurídica e fora dela. Os dois pólos – a tutela dos interesses do arguido e a descoberta da verdade material – da alteração do regime objecto da nossa dissertação provocaram uma entusiasmante discussão doutrinária em torno deste tema, apoiando as suas argumentações na preponderância de princípios conflitantes do direito processual penal.

Verificava-se que a impossibilidade, num grande número de casos, de transmissibilidade do que havia dito o arguido nas fases preliminares para a fase de julgamento, criava uma dicotomia entre o sentido geral de justiça da comunidade portuguesa e o sentido mais técnico de justiça, que era apenas compreendido pela comunidade jurídica.

A entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, em Março do corrente ano, bem a propósito, coincidiu com a fase de elaboração desta dissertação.

Posto isto, caberá fazer algumas precisões sobre a delimitação do nosso tema.

Em primeiro lugar, o nosso estudo incidirá sobre as declarações *processuais* do arguido. Excluem-se, portanto, as conversas informais ou qualquer tipo de declarações extraprocessuais e a problemática sobre o aproveitamento das mesmas. Exclui-se, de igual modo, a questão da valoração das declarações do co-arguido, já amplamente tratada na doutrina e na jurisprudência.

Além disso, para o nosso tema, as declarações a ler, reproduzir, ou valorar estão desprovidas de mácula, isto é, não estão enfermas por nenhum vício que determine a proibição daquela prova (v.g. os casos previstos nos nºs 1 e 2 do artigo 126º do Código de Processo Penal) e em que, logo *a priori*, esteja vedada a sua transmissibilidade para a fase de julgamento por nem poderem ser admitidas no processo.

O tema em análise está limitado ao direito português (tanto anterior como vigente), excluindo-se, por razões de economia na extensão desta dissertação, a autonomização de uma análise comparativa deste regime em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Optou-se, isso sim, por breves notas, introduzidas a propósito dos diversos assuntos tratados, dando conta do regime vigente noutros países, com aspectos relevantes para a explicitação do nosso estudo.

## **II. Indicação de sequência**

Uma vez elencadas as razões da escolha do tema objecto do nosso estudo, passaremos a indicar a estrutura utilizada nesta dissertação.

Compreender o presente e as implicações futuras das alterações legislativas em análise, implica necessariamente revisitar o passado. Daí que o capítulo seguinte seja dedicado à evolução histórico-legal do regime de leitura de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento, remontando ao Código de Processo Penal de 1929, passando pela aprovação do Código de Processo Penal de 1987 e pela análise do regime em estudo tal como nele consagrado, até a uma breve nota sobre a Proposta de Lei nº 77/XII, que, no fundo, foi o documento que iniciou toda a celeuma em torno do nosso tema.

A Proposta de Lei nº 77/XII constituirá o mote para o capítulo seguinte: mais uma vez, antes de assimilar as razões do legislador para alterar, é imperioso entender o que existia. Assim, nesse capítulo serão analisadas as razões pelas quais o legislador do Código de Processo Penal de 1987 tomou certas opções ao nível do regime objecto do nosso estudo, explicitando também quais os principais princípios que nortearam, até 2013, esse regime. Seguir-se-á um olhar sobre as novas regras do regime do aproveitamento de declarações anteriores do arguido, procurando entender quais as principais diferenças relativamente ao regime anterior.

Bem se sabe que a alteração trazida pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro não é isenta de controvérsia. Daí que esta dissertação não pudesse terminar sem a análise da interessante discussão, ocorrida na doutrina e entre diversas entidades do meio jurídico, sobre esta problemática e sobre a bondade da opção do legislador e dos problemas ou vantagens que a nova lei irá provocar na Justiça Portuguesa.

## Capítulo I - Enquadramento Histórico – Legal

A compreensão das recentes alterações ao regime do aproveitamento das declarações processuais deve passar por uma análise da evolução do respectivo regime e da produção legislativa que a enquadrou. Esta análise histórica iniciar-se-á ainda durante a vigência do Código de Processo Penal de 1929, para um melhor entendimento das opções tomadas no Código de Processo Penal de 1987.

### I. Do Código de Processo Penal de 1929 ao Código de Processo Penal de 1987

O Código de Processo Penal de 1929 foi aprovado pelo Decreto n.º 16489 de 15 de Fevereiro de 1929, e surgiu da necessidade de codificar uma série de legislação processual penal avulsa. Tendo sido forjado já no contexto da Ditadura Militar em Portugal, seguia uma ideologia marcadamente antidemocrática e antiliberal. Nesta senda, o Código de Processo Penal de 1929 continha um cunho de modelo inquisitório<sup>(1)</sup>, ainda que apelidado de mitigado ou acusatório formal<sup>(2)</sup>.

A tramitação processual penal continha, tal como no modelo processual penal actual, uma fase de investigação. Contudo, esta divergia substancialmente da fase de inquérito, tal como concebida actualmente, uma vez que a investigação era dominada pelo Juiz, relegando o Ministério Público para um papel secundário<sup>(3)</sup>. Prevalencia a

---

<sup>(1)</sup> Segundo Figueiredo Dias, “o CPP julgou, porém, levar esta intenção reformadora até ao ponto de substituir a anterior concepção de base acusatória por outra inquisitória, em que competia ao juiz, para além de julgar, realizar a investigação fundamentadora da acusação (...); sem, todavia, deixar de respeitar formalmente a concepção acusatória, uma vez que era ao MP que competia deduzir a acusação: era o criticável, e hoje geralmente criticado, princípio da forma acusatória ou do acusatório formal” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, volume primeiro, pp. 85-86).

<sup>(2)</sup> Ainda que, na visão de José António Barreiros o inquisitório fosse “limitado por um sistema acusatório formal, pois que se manteve ao Ministério Público a prerrogativa de formular acusação” (BARREIROS, José António, *Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 78). Contudo, para Figueiredo Dias, “Bem pode dizer-se, na verdade, que não houve praticamente um princípio constitutivo do processo penal reformado que não tivesse sido pervertido pelo famoso «inquisitório mitigado» (...). A estrutura inquisitória mista reconhecia o princípio (...) da acusação: esta competia ao ministério público, enquanto o julgamento seria da competência do juiz. Mas, transformando aquele princípio, sem pretensamente o abandonar, em princípio da «forma acusatória» ou do «acusatório formal» (...) conseguia-se que pertencesse ao julgador também competência para a instrução preparatória e que, esta terminada, o juiz pudesse ordenar ao ministério público que acusasse ou não acusasse. Assim se esfumava a garantia dos direitos das pessoas ínsita no princípio acusatório e se regressava, volente, nolente, ao essencial do sistema inquisitório!” (DIAS, Jorge de Figueiredo, Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais, in AA.VV., *Para uma nova justiça penal*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 199, nota 19).

<sup>(3)</sup> Convém ressaltar que a magistratura do Ministério Público era, nesta época, um patamar de acesso à magistratura judicial, o que justifica também o papel subalterno em relação ao juiz que lhe era atribuído. Além disso, a actuação do Ministério Público estava ainda dependente do Poder Executivo, o que comprometia a sua imparcialidade no âmbito do processo penal. A concepção do Ministério Público

ideia de que os Juízes inspiravam a confiança do Estado e que o seu juízo e bom senso era o bastante para uma boa compreensão dos factos trazidos ao processo <sup>(4)</sup>. A fase de investigação, durante os primeiros anos da vigência do Código de Processo Penal de 1929, era constituída pelo corpo de delito, em que se averiguavam as circunstâncias das infracções e os seus autores, e pela instrução contraditória, na qual que era dada ao arguido a possibilidade de defesa perante os factos constantes da acusação.

O modelo inquisitório mitigado (ou acusatório formal) era justificado por uma interpretação específica do princípio da verdade material. Entendia-se que a verdade formal, ou seja, aquela de advinha meramente do processo, devia ser evitada a todo o custo e que o que o processo penal devia almejar enquanto finalidade “essencial, ou mesmo única” <sup>(5)</sup> seria a verdade material ou a forma exacta como os factos tiveram lugar, sendo certo que esta finalidade mãe nunca deveria implicar o seu sacrifício em função de garantias individuais, tais como sejam as garantias de defesa do sujeito processual arguido.

Relativamente ao regime da leitura de declarações anteriores, de testemunhas e declarantes, em audiência de julgamento, no Código de Processo Penal de 1929, este constava dos artigos 438º e 439º e manteve-se sem alterações até à entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987. O disposto nestes preceitos permitia ao Juiz levar a cabo o confronto das testemunhas com o conteúdo das suas declarações anteriores em fases anteriores do processo. Mas estas eram das poucas disposições deste Código sobre valoração da prova. Não existia, por exemplo, um preceito equivalente ao actual artigo 127.º, acerca da livre apreciação da prova. Este princípio vigorava efectivamente, mas por remissão para o artigo 655.º do Código de Processo Civil <sup>(6)</sup>.

O Código de Processo Penal de 1929 vigorou até à entrada em vigor do actual Código de Processo Penal de 1987, valendo a pena destacar alguns aspectos da sua evolução. Convém ressaltar que a maior parte das alterações legislativas que foram

---

enquanto magistratura independente surgiu apenas com o advir do Estado de Direito Democrático em Portugal.

<sup>(4)</sup> 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, pp. 475-476.

<sup>(5)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 199, nota 19.

<sup>(6)</sup> Assim, SILVA, Germano Marques da, “Produção e valoração da prova em processo penal”, *Revista do CEJ*, n.º. 4, 1º semestre, 2006, p. 40.

sucedendo ao Código de Processo Penal de 1929 incidiram sobre “o processo preparatório” e não tanto sobre a fase de discussão e julgamento <sup>(7)</sup>.

Assim, em 1945, houve necessidade de proceder a uma alteração legislativa, que coadunasse o processo penal português com as influências liberais resultantes do fim da Segunda Guerra Mundial, ainda que apenas de forma aparente <sup>(8)</sup>. Essa alteração foi levada a cabo pelo Decreto-Lei nº 35 007, de 13 de Outubro de 1945, mediante o qual passaram a existir duas fases de investigação: a investigação preparatória e a investigação contraditória, extinguindo-se o corpo de delito. Atribuiu-se ao Ministério Público a direcção da instrução preparatória <sup>(9)</sup>, afastando do juiz o controlo total daquela fase, mas mantendo-o na instrução contraditória. Acontece, contudo, que enquanto magistratura, o Ministério Público continuava dependente do Poder Executivo <sup>(10)</sup>. Também a decisão de acusar ou não acusar <sup>(11)</sup> continuava dependente do juiz, o que anulava o efeito prático desta alteração legislativa, mantendo-se o processo penal português sob a alçada do inquisitório “mitigado” <sup>(12)</sup>.

O Código de Processo Penal de 1929 viria a ser novamente alterado em 1972, através do Decreto-Lei nº 185/72, de 31 de Maio e da Lei nº 2/72, de 10 de Maio. Estas alterações representaram, em certa medida, um retrocesso face às que haviam sido realizadas em 1945, uma vez que aumentaram a fiscalização das competências do Ministério Público ao nível da instrução, através do juiz de instrução. Note-se, contudo, que à data desta alteração, durante o governo marcelista, a actuação do Ministério Público enquanto magistratura dependia ainda do Poder Executivo, pelo que esta mudança foi vista como um contributo para um impulso processual penal mais isento ou

---

<sup>(7)</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, vol. I., pp. 38-39.

<sup>(8)</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 195.

<sup>(9)</sup> Dispunha o art. 14.º do Decreto-Lei nº 35 007, de 13 de Outubro de 1945, que “A direcção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar”.

<sup>(10)</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, 1974, pp. 86-87: “Com isto deu aquele diploma de novo ao nosso processo penal (...) uma estrutura acusatória (...); à custa, porém, de atribuir a uma magistratura dependente e hierarquicamente estruturada funções e poderes que implicam intromissões na esfera das liberdades do cidadão”.

<sup>(11)</sup> Nos termos do disposto no art. 44.º do Decreto-Lei nº 35 007, de 13 de Outubro de 1945, o juiz podia ordenar que os autos fossem remetidos ao Ministério Público para que este acusasse, uma vez que o juiz “não se encontra ligado, na pronúncia definitiva, pela acusação do Ministério Público”.

<sup>(12)</sup> Assim, “a revisão processada a partir de 1945 não altera a característica vincadamente inquisitória que tem definido as nossas instituições jurídico-criminais, que, por esta época, inflectiram no sentido anti-liberal e, mais ainda, de cunho indesmentivelmente policial e autoritário” (BARREIROS, 1981, p. 82).

imparcial <sup>(13)</sup>. Foram ainda introduzidas medidas no que respeita às garantias de defesa do arguido nas fases preliminares do processo.

Até que chegou o momento da Revolução de Abril de 1974 e com ela veio a necessidade de adequar o procedimento criminal à nova realidade e aos novos valores democráticos. Esse esforço de adequação foi levado a cabo através de vários diplomas. Um deles, ainda prévio à entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, foi o Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, que instituiu o inquérito policial, dirigido pelo Ministério Público, não só na investigação policial mas também no que dizia respeito à “autorização da realização de diligências que respeitassem a direitos fundamentais” <sup>(14)</sup> com o objectivo de promover um processo penal mais célere, simples e eficaz. Além disso, nos crimes menos graves, era dispensada a instrução preparatória. Este diploma cessou a sua vigência com a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Entretanto, a recém criada Constituição de 1976 exigia uma reforma profunda do processo penal vigente, quando confrontado com as opções do legislador constituinte, que estabeleceram “um corpo preciso de princípios orientadores de um novo Direito Processual Penal” <sup>(15)</sup>. Assim, resultava do artigo 32.º da Constituição de 1976 que o processo penal assegurava todas as garantias de defesa (n.º 1), afirmando-se o princípio da presunção de inocência do arguido (n.º 2) bem como o direito a assistência de defensor (n.º 3). O processo penal português devia ter uma estrutura acusatória, ficando a audiência de julgamento subordinada ao princípio do contraditório (n.º 5), sendo que a instrução seria da competência de um juiz (n.º 4). De referir ainda um preceito relativo às provas ilícitas – n.º 6 e o princípio do juiz legal – n.º 7 <sup>(16)</sup>.

Ora, para dar cumprimento à norma constitucional que impunha a direcção efectiva da instrução por um juiz (n.º 4 do artigo 32.º), foi necessário criar legislação que atribuísse essas competências ao juiz, o que aconteceu com a aprovação do Decreto-Lei n.º 321/76, de 4 de Maio. Este diploma permitia não só que a actividade de acusação

---

<sup>(13)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 1983, p. 196.

<sup>(14)</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 683.

<sup>(15)</sup> Cfr. BARREIROS, 1981, p. 94.

<sup>(16)</sup> Redacção prévia à revisão constitucional de 1982.

do Ministério Público fosse controlada pelo juiz <sup>(17)</sup> mas também que, nas comarcas onde não existisse juiz de instrução, a direcção da instrução preparatória fosse atribuída ao juiz julgador, à revelia do disposto no texto constitucional, nomeadamente nos n.ºs 4 e 5 do artigo 32.º do mesmo <sup>(18)</sup>.

Logo se levantaram várias vezes sobre a inconstitucionalidade deste diploma por violação do princípio da separação de poderes e do acusatório <sup>(19)</sup>, pelo que pouco depois foi aprovado o Decreto-Lei nº 618/76, de 27 de Julho, que acabou com a decisão sobre a acusação atribuída ao juiz <sup>(20)</sup> e estabelecia que, ao invés da atribuição da direcção da instrução ao juiz julgador, nos casos anteriormente descritos, fosse aquela atribuída ao juiz da comarca vizinha, sendo certo que aquele ficaria impedido de intervir no processo como julgador, e que a instrução seria realizada pelo Ministério Público ou pela polícia. Este último aspecto também colocou problemas ao nível da sua constitucionalidade <sup>(21)</sup>.

Perante a confusão deste cenário, tornou-se necessária uma nova alteração, que surgiu com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 377/77, de 6 de Setembro, procurando sobretudo viabilizar o inquérito policial à luz do texto constitucional <sup>(22)</sup>. Assim, da

---

<sup>(17)</sup> Dispunha o n.º 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei nº 321/76 que “Finda a instrução, o juiz mandará os autos com vista ao Ministério Público para deduzir acusação ou promover o que tiver por conveniente”.

<sup>(18)</sup> Para Rui Pinheiro e Artur Maurício, “o julgador, já influenciado ou predisposto para uma solução que antecipou durante a instrução do processo, facilmente seria presa de uma certa paixão ou juízo menos isento. Daí poderem perder-se a imparcialidade, serenidade e independência, atributos caros ao poder judicial.” (PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, Reimp. 2007, p. 64).

<sup>(19)</sup> Ainda que a subordinação da actuação do Ministério Público à direcção de um juiz de instrução, estivesse, à época, a coberto do disposto no n.º 3 do artigo 301.º da Constituição, que estabelecia, a título transitório, que nas comarcas onde não houvesse juízo de instrução criminal, a instrução incumbiria ao Ministério Público, sob a direcção de um juiz. Esta disposição constitucional entrava em contradição com outros princípios constitucionalmente consagrados como o acusatório e a independência das magistraturas (artigo 32º, n.º 5, 225º e 226º da Constituição de 1976) Assim, PINHEIRO e MAURÍCIO, 1974, p. 70-71.

<sup>(20)</sup> Revogando os artigos 1º e 2º do Decreto-Lei 321/76, de 4 de Maio.

<sup>(21)</sup> Assim, Rui Pinheiro e Artur Maurício: “Várias vezes vimos já que, nestas comarcas, o legislador constitucional quis que a instrução fosse feita pelo próprio juiz de instrução e não apenas por ele dirigida. (...) Olvidando-o, o legislador do Decreto-Lei 618/76 cometeu uma inconstitucionalidade”. (PINHEIRO e MAURÍCIO, 1974, p. 75). Igualmente, ALBUQUERQUE, 2003, p. 690.

<sup>(22)</sup> Para Paulo Pinto de Albuquerque, a violação da Constituição pela figura do inquérito policial ocorria devido à previsão da autorização a conceder pelo Ministério Público para a realização de diligências que respeitassem a direitos fundamentais. Foi precisamente o que foi vedado pelo Decreto-Lei 377/77, de 6 de Setembro (ALBUQUERQUE, 2003, p. 691). Mas várias vezes estas questões de constitucionalidade do inquérito policial haviam já sido colocadas perante a Comissão Constitucional.

alteração a esta figura, que passou a denominar-se inquérito preliminar, passou a resultar inequivocamente que a decisão de acusação competia ao Ministério Público <sup>(23)</sup>.

Além disso, pôs-se fim à mera anotação de declarações e depoimentos, exigindo-se a redacção de autos, que acompanhavam o requerimento de julgamento e que deviam ser arquivados após o trânsito em julgado do despacho que designava dia para julgamento <sup>(24)</sup>, o que, desde já, deve ser reportado como uma alteração relevante para o tema desta dissertação. Paulo Pinto de Albuquerque denota que, em virtude desta alteração, surgiram duas correntes jurisprudenciais nos tribunais. Uma que “defendia a permanência das diligências de prova do inquérito nos autos para julgamento, com excepção da prova pessoal, após o trânsito em julgado do despacho de designação da data para julgamento” e outra que defendia o “arquivamento total das diligências de investigação do inquérito”, sendo certo que “a prática dos tribunais afastou-se do propósito do legislador, pervertendo-o, pois o relatório final do inquérito e até a prova pessoal constante do auto à parte eram lidos e utilizados na audiência de julgamento” <sup>(25)</sup>.

De facto, a questão do aproveitamento das declarações produzidas, por testemunhas e declarantes, em fases anteriores do processo, em audiência de julgamento era, nesta altura, e em virtude das transformações constitucionais operadas na época, alvo de alguma controvérsia e divergência tanto doutrinária como jurisprudencial. Na ausência de uma nova legislação ordinária processual penal sobre a matéria, vigoravam ainda os artigos 438.º e 439.º do Código de Processo Penal de 1929. E logo foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 439.º <sup>(26)</sup>, por violação do artigo 32.º da Constituição, que veio a ser objecto de apreciação no Parecer da Comissão Constitucional nº 18/81 <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Conforme resulta do artigo 6º-A, que este diploma acrescentou ao Decreto-Lei nº 606/75, com a seguinte redacção: “Quando o Ministério Público deixe de requerer o julgamento ou de deduzir acusação, após o encerramento do inquérito preliminar ou da instrução preparatória, será disso notificado o denunciante, o qual, se tiver a faculdade de se constituir assistente, poderá, no prazo de cinco dias, reclamar hierarquicamente”.

<sup>(24)</sup> O que resultada do nº 1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 377/77, de 6 de Setembro. Também assim, ALBUQUERQUE, 2003, p. 693.

<sup>(25)</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, 2003, p. 693, nota 1504.

<sup>(26)</sup> E apenas deste artigo, referente a leitura de depoimentos de testemunhas não presentes em audiência de julgamento, e não do artigo 438.º, que permitia a leitura de depoimentos de testemunhas presentes em audiência de julgamento.

<sup>(27)</sup> Que teve como relator Figueiredo Dias.

Ora, neste parecer, a Comissão Constitucional veio pronunciar-se pela inconstitucionalidade do artigo 439.º do Código de Processo Penal de 1929, nos casos em que “permite a leitura, em audiência de julgamento, de depoimentos de testemunhas de acusação que não compareçam naquela audiência e às quais o arguido não tenha tido previamente a possibilidade jurídica de interrogar ou fazer interrogar”. Ficava, assim, excluída, a leitura de declarações de testemunhas de defesa.

O ponto fulcral do parecer da Comissão Constitucional, gerador da dita inconstitucionalidade, era o facto do referido regime de leitura de declarações colocar em causa as garantias de defesa do arguido, ignorando também os princípios que torneiam o funcionamento da audiência de julgamento: a imediação e a oralidade <sup>(28)</sup>. Assim, entendeu a Comissão Constitucional que o arguido que, sem ter tido anteriormente possibilidade de contra interrogar a testemunha de acusação, vê depois aquela prova lida em audiência e valorada livremente pelo juiz, ficaria diminuído nas suas garantias de defesa.

De referir também as alterações ao artigo 32.º da Constituição trazidas pela revisão constitucional de 1982. Assim, à presunção de inocência constante do n.º 2 daquele preceito foi acrescentada a imposição de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Por outro lado, no n.º 3 passou a constar a redacção “direito a escolher defensor” e não “direito à assistência de defensor”. No n.º 4, e resultado das constantes alterações legislativas processuais penais, estabeleceu-se a possibilidade de delegação, pelo juiz de instrução, de actos instrutórios que não se prendam directamente com os direitos fundamentais noutras entidades. Finalmente, no n.º 5 passou a estar prevista não só a subordinação da audiência de julgamento ao princípio do contraditório, como dos actos instrutórios que a lei determinar <sup>(29)</sup>. Todos

---

<sup>(28)</sup> De facto, o Parecer n.º 18/81 coloca a tónica ainda mais nestes dois princípios do que mesmo no princípio do contraditório, que foi o principal argumento trazido à colação pelo Provedor de Justiça, que havia sido quem tinha suscitado a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do Conselho de Revolução. Assim, o ponto V do referido Parecer: “Não, pois, tanto o princípio do contraditório quanto – isso sim – os princípios da oralidade e da imediação, é o que uma regulamentação como a do artigo 439.º do Código de Processo Penal põe irremediavelmente em causa”.

<sup>(29)</sup> De referir ainda as revisões constitucionais posteriores à entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987: a LC n.º 1/89, que acrescentou um número e a LC n.º 1/97 que alterou os n.ºs 1, 3 e 10 – anterior 8 – e aditou os n.ºs 6 e 7 à redacção actual. (Assim, CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 4ª edição, vol.I., p. 512).

estes preceitos, porque directamente aplicáveis, devem ver com eles coadunada a restante legislação existente que verse sobre matéria processual penal <sup>(30)</sup>.

Finalmente, em 1986, foi elaborado o Projecto do Código de Processo Penal e a Lei de Autorização Legislativa nº 43/86 foi apresentada à Assembleia da República. De referir o ponto 63 do artigo 2.º da referida Lei de Autorização Legislativa, de onde resulta que o seu sentido e extensão incluem a “proibição, salvo em casos excepcionais, de valoração em julgamento de quaisquer provas que não permitam o estabelecimento do contraditório em audiência, alargando nomeadamente o elenco de situações em que são proibidas as leituras de autos de instrução contendo declarações de arguidos, assistentes, partes civis ou testemunhas não presentes na audiência de julgamento”. Ora, o conteúdo deste ponto 63 está em consonância com o Parecer da Comissão Constitucional nº 18/81, analisado anteriormente, uma vez que apenas pretende alargar o âmbito da proibição de leitura de declarações anteriores em audiência de julgamento aos casos em que aquele elenco de sujeitos e intervenientes processuais não estão presentes em audiência de julgamento. A intenção da Lei de Autorização Legislativa não era, portanto, alterar o sentido do artigo 438.º do Código de Processo Penal de 1929, mas apenas do artigo 439.º, tal como havia sucedido no referido parecer da Comissão Constitucional <sup>(31)</sup>.

Assim, em 1 de Junho de 1987 entrou em vigor o novo Código de Processo Penal português <sup>(32)</sup>, que, como explicitado, surgiu da necessidade de reorientar um “um ordenamento processual penal minado por contradições, desfasamentos e disfuncionalidades comprometedores; um ordenamento onde, às dificuldades de identificação, na multidão de regulamentações sobrepostas, do regime concretamente aplicável, se somavam as emergentes da impossibilidade de referenciar um sistema

---

<sup>(30)</sup> Assim, CAVALEIRO FERREIRA, 1986, p. 29.

<sup>(31)</sup> Nesse sentido, VIDAL, Bernardo Marques, *A leitura em audiência de declarações de testemunhas proferidas durante o inquérito*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011, p. 42.

<sup>(32)</sup> Não sem uma avaliação preventiva e abstracta da sua constitucionalidade, constante do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 7/87. Nele se suscitava a questão da constitucionalidade da norma que atribuía o domínio do inquérito do Ministério Público, sendo certo que o TC acabou por entender pela não inconstitucionalidade uma vez que os actos que penetrassem na esfera de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos seriam da competência do juiz de instrução, mesmo na fase de inquérito e que o arguido teria sempre possibilidade de requerer a abertura de instrução, trazendo o controlo judicial à colação, sempre que houvesse acusação.

coerente, preordenado à realização de uma teleologia claramente perspectivada e assumida” (33).

Tanto do Projecto de Código de Processo Penal como da Lei de Autorização Legislativa, resultava uma inversão de posição no que dizia respeito ao regime de leitura de declarações anteriores dos sujeitos e intervenientes processuais em audiência de julgamento, em particular do arguido.

## **II. O regime de aproveitamento de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento no Código de Processo Penal de 1987**

Aqui chegados, torna-se imperioso um olhar sobre o regime português de admissão e leitura de declarações processuais anteriores do arguido em audiência de julgamento, constante do Código de Processo Penal de 1987 e que vigorou até Março de 2013. Este regime diz respeito às declarações consubstanciadas nas fases preliminares do processo, nomeadamente, no inquérito e na instrução, e à possibilidade, ou não, da sua transmissão e subsequente valoração em audiência de julgamento.

O Código de Processo Penal consagra, no n.º 1 do artigo 355.º, a regra sobre esta questão: uma proibição de valoração de provas não produzidas ou examinadas em sede de audiência (34). Ora, para além da proibição de prova, este preceito compreende o princípio da imediação.

Já o n.º 2 do referido preceito consagra as ressalvas àquela regra, dispondo que as respectivas excepções estão previstas nos artigos 356º e 357º (35), referindo-se o primeiro preceito à leitura permitida de autos e declarações do assistente, das partes civis e das testemunhas e o segundo preceito à leitura permitida de declarações do arguido. Esta diferenciação entre declarações do assistente, partes civis e testemunhas, por um lado, e arguido, por outro, assenta no respeito pelo reconhecimento de um estatuto diferente a este último, por quem clamam as garantias de defesa e a

---

(33) Prêambulo do Código de Processo Penal de 1987.

(34) Dispõe o n.º 1 do artigo 355º 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”. Podemos adiantar que a redacção deste preceito manteve-se intacta mesmo após as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro no regime em estudo.

(35) A Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto alterou a redacção deste preceito, acrescentando a “visualização ou audição”, para além da leitura, de provas contidas em actos processuais levados a cabo em momento anterior à audiência de julgamento, adaptando, assim, a lei processual penal à nova realidade tecnológica e ampliando as possibilidades de imediação.

prerrogativa contra a auto-incriminação <sup>(36)</sup>. Estas são, obviamente, normas excepcionais, porque contrárias ao princípio da imediação e à regra de proibição de valorização da prova do artigo 355º <sup>(37)</sup>.

Assim, era possível distinguir, antes da alteração introduzida pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, no artigo 356º a transmissibilidade de declarações do assistente, partes civis e testemunhas em casos distintos: a antecipação do contraditório (alínea a) do n.º 1 e alínea b) do n.º 2), a impossibilidade duradoura (n.º 4º), o acordo entre os sujeitos processuais (alínea b) do n.º 2) e os casos em que o declarante está presente na audiência de julgamento (n.º 3).

Já o artigo 357º previa, antes da alteração introduzida pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, para o arguido, num regime de transmissibilidade mais restrito, apenas casos em que aquele sujeito processual estava presente em audiência de julgamento.

Deste modo, no que ao sujeito processual arguido diz respeito, cabe analisar as situações em que a lei permitia, no artigo 357º, a referida leitura de declarações anteriores. Eram elas a situação de acordo, isto é, quando o arguido, a sua própria solicitação, requer a leitura das suas anteriores declarações, constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 357º e a existência de contradições ou discrepâncias entre as declarações do

---

<sup>(36)</sup> E se este regime, tal como consagrado anteriormente à alteração de 2013, pressupõe que só em casos excepcionais, a prova pessoal consubstanciada em declarações anteriores ao julgamento, poderá ser lida e valorada em sede de julgamento, o mesmo não valerá para a prova documental. Assim, se a sua leitura não for proibida, por encerrar declarações dos sujeitos e intervenientes acima referenciados, bastará que os documentos tenham sido juntos ao processo, (sendo que, nos termos do n.º 1 do artigo 165º, poderão sê-lo até ao encerramento da audiência de julgamento, quando não for possível a junção no decurso do inquérito e da instrução), para que sejam dados como reproduzidos em audiência e possam ser valorados na decisão, não constituindo requisito para a sua valorização a respectiva leitura, visualização ou audição em audiência, uma vez que os sujeitos processuais, podem eles próprios, aferir e questionar o valor probatório de determinada prova documental, pelo que se revelaria até contrária aos princípios da celeridade e economia processual a leitura exaustiva vários documentos. Nesse sentido, na doutrina portuguesa, entendendo que o disposto no artigo 355º causa não abrange a prova documental, Maia Gonçalves (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, Almedina, 2009, 17ª Edição, p. 804) e Paulo Pinto de Albuquerque (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2011., pp. 890-891), este último incluindo neste raciocínio os meios de obtenção de prova, tais como “*autos de exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefónicas*”; e na jurisprudência, entre outros, Acórdão do STJ de 10/11/1993, Acórdão do STJ de 25/02/1993, Acórdão do STJ 27/01/1999, e Acórdão do TC n.º 87/99, de 10 de Fevereiro (todos os Acórdãos de Tribunais Judiciais citados nesta dissertação podem ser consultados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); os Acórdão do Tribunal Constitucional podem ser consultados em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

Contra, na doutrina, SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, vol. II, p. 251: “Não basta, com efeito, que acusação e defesa conheçam os documentos juntos aos autos do processo e, por isso, dispensem a sua leitura e/ou exame. A dispensa de exame ou leitura dos documentos viola os princípios da imediação, publicidade e oralidade”.

<sup>(37)</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, 2009, p. 898.

arguido, prestadas no momento da audiência de julgamento e as suas próprias declarações anteriores, constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º<sup>(38)</sup>. No primeiro caso podiam ser lidas as declarações prestadas, quer perante os órgãos de polícia criminal, quer perante o Ministério Público, quer perante o juiz de instrução. Já no segundo caso, só poderiam ser lidas as declarações que tiverem sido prestadas perante juiz.

Contudo, e conforme refere Damião da Cunha<sup>(39)</sup>, ainda antes da análise sobre a aplicabilidade das excepções do artigo 357.º, tinham de estar preenchidos determinados pressupostos, nomeadamente, que o arguido não tivesse exercido o direito ao silêncio em audiência de julgamento e que estivesse efectivamente constituído como arguido, nos termos e com as formalidades previstas nos artigos 58.º e 59.º do Código de Processo Penal, no momento em que prestou as declarações objecto de posterior leitura (impondo-se, na opinião do autor, uma valoração em favor do arguido, no caso contrário). Adianta-se que o pressuposto da constituição como arguido mantém razão de ser, mesmo à luz da alteração de 2013 ao regime em apreço.

Uma vez cumpridos estes pressupostos, e num cenário de aplicação da alínea a) do n.º 1 do artigo 357.º, na redacção anterior à alteração de 2013, temos que, ao fazer esta solicitação, estaria o arguido a prestar uma das formas possíveis de declarações, uma vez que o artigo 343.º permite que o arguido preste declarações em qualquer momento da audiência, desde que aquelas se refiram ao objecto do processo, podendo inclusivamente decidir sobre o âmbito das declarações anteriores que pretende que sejam lidas<sup>(40)</sup>.

Uma nota ainda para o disposto no n.º 2 do artigo 357.º, que impedia a subversão deste regime, nomeadamente, pelos órgãos de polícia criminal. Esta remissão para o n.º 7 do artigo 356.º impedia a inquirição como testemunhas dos órgãos de polícia criminal quanto às declarações que tivessem recebido e cuja leitura não fosse permitida.

---

<sup>(38)</sup> Para Paulo Pinto de Albuquerque, “a discrepância consiste numa variação da descrição dos factos” e a “contradição consiste numa incompatibilidade lógica entre duas afirmações (...) entre duas negações (...) ou entre uma afirmação e uma negação” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 896). A alteração de 2007 a este preceito eliminou a referência a contradições ou discrepâncias “sensíveis”, pelo que, até à entrada em vigor da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, qualquer contradição ou discrepância contava, independentemente da sua relevância.

<sup>(39)</sup> CUNHA, José Damião da, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, n.º. 3, 1997, p. 420.

<sup>(40)</sup> Assim, DAMIÃO DA CUNHA, 1997, p. 421.

A *ratio* por detrás desta opção legislativa, que como vimos, foi invertida do Código de Processo Penal de 1929 para o Código de Processo Penal de 1987 assentou em diversas razões, invocando-se, na doutrina, nomeadamente, o respeito pela imposição constitucional de uma estrutura acusatória para o processo penal português, pelo que, assim sendo, nele, “a audiência de julgamento, e em especial a produção de prova, assume o lugar central”<sup>(41)</sup>, o que se coaduna com uma opção pela restrição da transmissibilidade de declarações prévias ao julgamento, pois é este o lugar e o momento adequados à produção da prova pessoal, no respeito pelos princípios da imediação, oralidade e contraditório.

Esta doutrina admite a possibilidade de perdas de contributos probatórios para a descoberta da verdade material através da aplicação deste regime, justificando-o, contudo, precisamente com base na opção pelo acusatório em detrimento do inquisitório<sup>(42)</sup>.

Mas é o próprio Preâmbulo do Código de Processo Penal de 1987 que sublinha a necessidade de encontrar um equilíbrio entre todas estas forças, explicitando que “o possível, e também - importa acentuá-lo - o desejável, é, assim, um modelo processual preordenado à concordância prática das três teleologias antinómicas, na busca da maximização alcançável e admissível das respectivas implicações”<sup>(43)</sup>.

### **III. Apresentação da Proposta de Lei nº 77/XII**

O regime que apenas permitia a transmissibilidade de declarações do arguido das fases preliminares do processo penal para a audiência de julgamento, em moldes muito restritos, e tal como descrito, vigorou até ao ano de 2013.

A alteração deste regime foi precipitada pela apresentação pelo Governo à Assembleia da República em 21 de Junho de 2012, da Proposta de Lei nº 77/XII, que propunha diversas alterações ao Código de Processo Penal, entre as quais uma alteração do paradigma do regime do aproveitamento de declarações anteriores, tanto do arguido como dos demais sujeitos e intervenientes processuais, elencando novas possibilidades de aproveitamento.

---

<sup>(41)</sup> Idem, 1997, p. 405.

<sup>(42)</sup> Idem, 1997, p. 442 e 443.

<sup>(43)</sup> Preâmbulo do Código de Processo Penal de 1987, II, ponto 5.

A referida proposta não surgiu sem o impulso de alguns sectores da comunidade jurídica <sup>(44)</sup>, argumentando que o regime em vigor, que impedia, na maioria das hipóteses, a leitura de declarações anteriores, obviava muitas vezes à produção de decisões judiciais justas e sincronizadas com a realidade material, situações a que a comunicação social não se quedava indiferente. Conforme o ponto 3 da Exposição de Motivos da referida Proposta de Lei: “A quase total indisponibilidade de utilização superveniente das declarações prestadas pelo arguido nas fases anteriores ao julgamento tem conduzido, em muitos casos, a situações geradoras de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça”.

Isto porque, à luz do regime então vigente, o arguido que, usando do seu direito ao silêncio, não se pronunciava em sede de audiência de julgamento e relativamente ao qual o uso das suas declarações anteriores contribuísse, sempre em conluio com outras provas, a uma condenação, ver-se-ia absolvido, uma vez que estaria vedado ao Tribunal o acesso à leitura em audiência e subsequente valoração dessas mesmas declarações anteriores. Dito de outra forma, ainda que tivesse confessado o crime em fase de inquérito ou de instrução, aquela confissão de nada valeria em sede de audiência de julgamento <sup>(45)</sup>, uma vez que aquelas declarações não mais podiam ser valoradas pelo juiz para efeitos da decisão <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Uma nota para referir que qualquer alteração ao regime do aproveitamento de declarações anteriores do arguido não pode deixar de ser coadunada com o disposto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que têm eficácia directa no ordenamento jurídico português. Ora, o entendimento deste tribunal tem sido o de admitir a utilização do que havia sido dito nas fases preliminares do processo, para efeitos de condenação. A esse propósito, sobre a utilização do depoimento de duas testemunhas, sem intervenção da defesa e sem que as fontes de prova fossem ouvidas em julgamento, o Acórdão do TEDH *Unterperthinger contra Austria*, de 1986. Exclui-se a proibição total de prova, admitindo-se a admissibilidade do que havia sido dito, desde que respeitando os direitos de defesa, em consonância com o conteúdo da CEDH. Já no que respeita às declarações anteriores do arguido, “ainda que introduzidas pela acusação”, o entendimento do tribunal é de que o aproveitamento daquelas contra aquele sujeito processual “não colide com a Convenção”, desde que “com respeito dos respectivos direitos fundamentais” (DÁ MESQUITA, 2011, p. 432).

<sup>(45)</sup> Paulo Pinto de Albuquerque ressalva, contudo, a situação da confissão feita pelo arguido durante as declarações para memória futura. Sustenta o Autor que “Neste caso, a confissão é relevante para os efeitos previstos no artigo 344º, se ao tempo em que foi produzida o objecto do processo já estava definido” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 899).

<sup>(46)</sup> Conforme explicitado no Parecer do Gabinete do Procurador Geral da República sobre o Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, disponível em [www.pgr.pt/grupo\\_soltas/.../2012/.../Gabinete-Site.pdf](http://www.pgr.pt/grupo_soltas/.../2012/.../Gabinete-Site.pdf), p. 35: “Este regime tem permitido que os arguidos que optem, em audiência de julgamento, por não prestar declarações a respeito de matérias sobre as quais tenham sido anteriormente ouvidos, nunca possam ser confrontados com as suas anteriores declarações, impedindo assim qualquer valoração das mesmas pelo tribunal de julgamento. Assim, mesmo quando o arguido tenha admitido a prática dos factos objecto dos autos quando submetido a interrogatório judicial, nas fases de inquérito ou de instrução, essa confissão nenhum valor poderá ter na fase de julgamento, se a estratégia de defesa do arguido passar pelo exercício do direito ao silêncio”.

Além disso, para não esvaziar o conteúdo do artigo 344º, previa-se, na redacção do nº 2 do artigo 357º que as declarações do arguido (susceptíveis de leitura) não valeriam como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344º, ou seja, ficariam, igualmente sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova. Esta proposta, aqui descrita em termos muito genéricos, acabou por ser aprovada, depois de consultadas diversas entidades, nos termos em que veremos.

## **Capítulo II - Princípios e motivações atinentes ao regime anterior à entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro**

Foi já anteriormente explicitado o teor legislativo do anterior regime de leitura de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento, que vigorou desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987 até à recente alteração ao mesmo, coincidente com a entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro. Esta análise foi propositadamente apenas descritiva e desprovida de uma explicitação detalhada sobre os motivos por detrás daquele estado de coisas no ordenamento jurídico português.

A compreensão da mudança que ocorreu neste regime, em 2013, que será dissecada neste capítulo, passa pela prévia interiorização de diversos “porquês”. O porquê de o legislador de 1987 ter alterado o paradigma relativamente às regras de intransmissibilidade de declarações presentes no Código de Processo Penal de 1929. O porquê de ter consagrado um regime claramente adverso à leitura de declarações do arguido em audiência de julgamento e com exceções muito restritas, que passavam sempre por algum tipo de intervenção voluntária do arguido. E finalmente, o porquê da manutenção deste estado de coisas até ao ano de 2013. E só após a interiorização da resposta a estas perguntas é que parece legítimo “*to make or break*” o novo regime de leitura de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento.

### **I. A opção pela regra da intransmissibilidade**

Como vimos, até 1929 vigorava a regra da transmissibilidade do conteúdo de quaisquer declarações prestadas em fase anterior do processo para o julgamento. O processo tinha uma estrutura inquisitória mitigada ou acusatória formal, e isto num contexto político, como sabemos, pouco dedicado às garantias processuais do arguido.

Com a Revolução de Abril de 1974 e a nova Constituição de 1976 novas políticas se impunham, bem como novos princípios constitucionais. E o Código de Processo Penal foi fruto desta inversão de mentalidades e de políticas democráticas. Almejava-se uma codificação penal mais garantística, com respeito pelos direitos e garantias individuais <sup>(47)</sup>. Assim, a mera possibilidade de valoração, a final, de

---

<sup>(47)</sup> Veja-se, a esse propósito, o capítulo I do título II da Constituição da República Portuguesa de 1976 onde estão elencados os direitos, liberdades e garantias pessoais que o Estado Português protege. De notar, em especial o artigo 32º para as garantias conferidas no âmbito de um processo criminal.

declarações do arguido, sem que estivesse garantida a sua intervenção no aproveitamento das mesmas era algo que, à data, repudiava o legislador. Um trauma, pode dizer-se, causado pelo anterior regime não democrático e pelo modelo inquisitório<sup>(48)</sup>, que se procurava fortemente repudiar<sup>(49)</sup>.

## II. Os Princípios da Imediação, Oralidade e Concentração

O artigo 357º, tal como concebido antes da alteração de 2013, constitui, é certo, uma regra probatória, contendo as excepções à regra de proibição de valoração de provas constante do artigo 355º, que impede que valham em julgamento, nomeadamente para efeito da formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência<sup>(50)</sup>.

A regra probatória do artigo 355º consagra assim o princípio da imediação ou da prova imediata, que é um princípio central da audiência de julgamento. Àquele são aliados o princípio da oralidade<sup>(51)</sup> e da concentração da audiência de julgamento<sup>(52)</sup>,

Para Figueiredo Dias a imediação é definida como “a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base de decisão”<sup>(53)</sup>. Trata-se, também, de uma questão de “credibilidade dos meios de prova para a demonstração dos factos probandos”<sup>(54)</sup>, ou seja, quanto melhor o julgador conseguir

---

<sup>(48)</sup> Nesse sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, 2006, p. 42: “O processo de estrutura inquisitória deixou marcas. A justiça da decisão não é mais um acto de fé, quer-se fundada na razão, nas provas, transparente para que possa convencer e ser fiscalizada e por isso que toda a prova deve ser produzida na audiência.”

<sup>(49)</sup> Nesse sentido, DÁ MESQUITA, 2011, p. 554.

<sup>(50)</sup> Referimo-nos já sumariamente ao problema dos documentos juntos e não lidos: supra, p. 16, nota 36.

<sup>(51)</sup> O princípio da oralidade está consagrado no nº 1 do artigo 96º que dispõe que “salvo as excepções estabelecidas por lei, a prestação de qualquer declarações processa-se por forma oral, não sendo autorizada a leitura de documentos escritos previamente elaborados para aquele efeito”. Este princípio deriva do próprio princípio da imediação. Como refere, GERMANO MARQUES DA SILVA, (2006, p. 42): “Acresce que o juiz deve decidir sob a impressão de quanto viu e ouviu e daí a necessidade de que a prova seja produzida oralmente em audiência, ressalvadas as excepções em que tal seja de todo impossível.”

<sup>(52)</sup> Este princípio também tem consagração no Código de Processo Penal, no nº 1 do artigo 328º que estatui que “a audiência é contínua, decorrendo sem qualquer interrupção ou adiamento até ao seu encerramento”; o nº 6 do mesmo artigo dispõe que a produção de prova já realizada perderá eficácia face a um adiamento da audiência superior a 30 dias. Este princípio está também intimamente ligado ao princípio da imediação, como o demonstra Germano Marques da Silva: “A experiência mostra que a imediação é inimiga da dilação, pois as impressões e recordações apagam-se ou esvaem-se com o tempo” (GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol. I, p. 105).

<sup>(53)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 232.

<sup>(54)</sup> MENDES, Paulo de Sousa, “Proibições de Prova no Processo Penal”, *Separata de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 136. Também no

percepcionar directamente a prova, mais credível ela será. Para Paulo Pinto de Albuquerque, “o princípio da imediação não é apenas uma garantia da defesa, mas uma garantia da própria sentença” <sup>(55)</sup>, impedindo também o julgador de fundamentar a sua convicção com base em provas relativamente às quais não teve contacto directo e imediato, salvo as excepções previstas.

A imediação não se trata apenas de uma percepção geral do julgador relativamente à prova que lhe é apresentada, passando, isso sim, por uma aquisição, em termos auditivos e visuais (incluindo a teleconferência), de todos os detalhes <sup>(56)</sup>, que relevam também em sede de recurso <sup>(57)</sup>. Ora, como vimos <sup>(58)</sup>, o nº 2 do artigo 355º ressalva da imediação, desde a alteração legislativa de 2007, as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição seja permitida pelos artigos 356º e 357º. E é precisamente a possibilidade de “visualização ou audição” que garantiram que, mesmo nas situações excepcionais daqueles preceitos, porque mais adversas à imediação, esta ainda seja, de alguma forma, mantida, através do recurso a gravações audiovisuais <sup>(59)</sup>.

De notar que a imediação processual – relação entre o juiz e as provas – não se confunde com a imediação, numa perspectiva de relação do juiz com os factos, tal como ocorreram historicamente. Esta última perspectiva já se afasta do escopo do artigo 355º e contende até com o princípio do acusatório <sup>(60)</sup>.

---

sentido da importância do contacto imediato para a credibilidade da prova, DÁ MESQUITA, 2011, p. 304.

<sup>(55)</sup> Cfr. ALBUQUERQUE, 2011, p. 890.

<sup>(56)</sup> Assim entendeu o Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 20 de Setembro de 2005, enumerando diversos aspectos relevantes para uma efectiva relação de imediação entre o julgador e as provas produzidas: “Na verdade, a convicção do tribunal é construída dialecticamente, para além dos dados objectivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, também pela análise conjugada das declarações e depoimentos, em função das razões de ciência, das certezas e ainda das lacunas, contradições, hesitações, inflexões de voz, (im) parcialidade, serenidade, «olhares de súplica» para alguns dos presentes, «linguagem silenciosa e do comportamento», coerência do raciocínio e de atitude, seriedade e sentido de responsabilidade manifestados, coincidências e inverosimilhanças que, por ventura transpareçam em audiência, das mesmas declarações e depoimentos.”

<sup>(57)</sup> Também o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2005: “De salientar a este propósito, como se faz no acórdão recorrido, que o controlo de facto em sede de recurso, tendo por base a gravação e/ou transcrição dos depoimentos prestados em audiência não pode aniquilar (até pela própria natureza das coisas) a livre apreciação da prova do julgador, construída dialecticamente na base da imediação e da oralidade.”

<sup>(58)</sup> *Supra*, p. 15.

<sup>(59)</sup> Não confundíveis com a teleconferência uma vez que esta é uma forma de produção de prova *em directo* enquanto as gravações reproduzem apenas uma prova já produzida em momento anterior.

<sup>(60)</sup> Assim, DÁ MESQUITA, 2011, p. 296, nota 120.

Diferencia-se também a imediação processual da imediação para o contraditório. Enquanto a primeira se refere, como explicitado, à “relação sensorial do Tribunal com as provas” <sup>(61)</sup>, esta diz respeito ao exercício do contraditório aquando da produção de prova na audiência de julgamento. Quer isto dizer que a prova é obrigatoriamente produzida perante o juiz, em audiência de julgamento, dando cumprimento à imediação, pelo que, conseqüentemente e conforme o disposto no n° 2 do artigo 327º, “os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal”.

Desta forma, há que conformar o princípio da imediação com aquilo que constitui o objecto da prova. Com efeito, prevê o artigo 124º que “constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”. Ora, o objecto da prova deve coadunar-se também com o objecto do processo pelo que a produção de prova não pode extrapolar os limites dos poderes cognitivos do tribunal previstos nos artigos 358º e n.ºs 2 e 3 do artigo 359º <sup>(62)</sup>, pelo que os detalhes da produção de prova relevantes para o respeito pelo princípio da imediação devem circunscrever-se também dentro desses limites.

Não existia um preceito similar ao artigo 355º no Código de Processo Penal de 1929. Contudo, o princípio da imediação era já aceite pela generalidade da comunidade jurídica, quer na doutrina, quer na jurisprudência, mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987 <sup>(63)</sup>, pelo que se compreende a sua centralidade no processo penal português.

A consequência para a valoração indevida de declarações do arguido em audiência de julgamento será, portanto, “a violação da norma do artigo 355º, n° 1, respeitante à proibição de valoração de provas, se as mesmas declarações forem lidas em audiência mas não constar da acta a permissão de leitura e sua justificação legal”,

---

<sup>(61)</sup> Idem, 2011, pp. 224-225.

<sup>(62)</sup> Nesse sentido, BARREIROS, José António, “O Julgamento no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 276-277.

<sup>(63)</sup> Como vimos, *supra*, p. 13, a imediação foi um dos argumentos centrais do Parecer 18/81 da Comissão Constitucional.

sendo que “tal acarretará a nulidade do respectivo acto e, conseqüentemente, por derivação, a proibição da sua valoração” (64).

Foi assim que o argumento forte da violação do princípio da imediação contribuiu para vedar, até à entrada em vigor da lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, a generalidade das possibilidades de leitura em audiência de julgamento das declarações anteriores do arguido.

Além disso, só garantindo a imediação será possível acolher também a regra da livre apreciação da prova, constante do artigo 127º, pois só um contacto directo com a prova produzida permitirá ao julgador formar uma convicção livre.

### **III. O Princípio da Livre Apreciação da Prova**

Dispõe o artigo 127º que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. Vigora assim no processo penal português um princípio de livre apreciação da prova (65). Para Paulo Saragoça da Matta, este princípio “constitui um dever do julgador que axiologicamente se lhe impõe por força do princípio do Estado de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana (...), traduzindo-se na possibilidade de formar uma convicção pessoal de verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e experiência, objectiva e comunicacional” (66). Para Figueiredo Dias “a liberdade de apreciação da prova é, no fundo uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo” (67).

---

(64) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2000.

(65) O sistema da livre apreciação da prova surgiu da Revolução Francesa tendo sido “em grande parte determinado pela incompatibilidade do sistema de provas legais com a instituição de júri” (GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol.I, p. 100). Este sistema teve o seu aparecimento em Portugal nas “Reformas Judiciárias da primeira metade do século XIX saídas da revolução liberal” (Assim, FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 200) e é comumente aceite na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus (Sobre a livre apreciação da prova no sistema italiano, UBERTIS, Giulio, *La Prova Penale – Profili Giuridici ed Epistemologici*, Utet Libreria, Turim, 1995, pp. 87 e ss).

(66) MATTA, Paulo Saragoça da, “A livre apreciação da prova e a fundamentação da sentença”, in *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coord. Maria Fernanda Palma, 2004, p. 278.

(67) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 1974, pp. 202-203.

Contudo, o sistema de livre apreciação da prova não significa de nenhum modo que a prova está sujeita ao juízo arbitrário do julgador <sup>(68)</sup>. A lei estabelece os critérios gerais das regras de experiência <sup>(69)</sup> e da dúvida razoável mas deixa sempre um espaço de manobra à prudente convicção do julgador.

Este sistema afasta-se também, do seu extremo oposto, o do sistema das provas legais, segundo o qual a valoração a atribuir a cada prova produzida deve estar catalogada na lei <sup>(70)</sup>. O sistema das provas legais procurava, precisamente, afastar o cunho subjectivista do julgador.

O princípio da livre apreciação da prova é temperado pela proibição de valoração da prova constante do artigo 355º. Assim, as provas sujeitas à livre apreciação do julgador serão, em princípio, apenas aquelas que forem produzidas em audiência de julgamento, com as excepções previstas nos artigos 356º e 357º. Provas sujeitas à imediação serão provas mais credíveis e susceptíveis portanto de ficarem sujeitas à livre convicção do julgador. Pelo que, e conforme Paulo Saragoça da Matta, o princípio da livre apreciação da prova está inevitavelmente ligado à imediação e a outros <sup>(71)</sup>. É nesta medida que a livre apreciação da prova, em consonância com os restantes princípios, servia de argumento justificativo para vedação da transmissibilidade de declarações anteriores para a audiência de julgamento.

Mas não há que confundir o disposto nos artigos 356º e 357º, na redacção anterior à entrada em vigor da lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, com as excepções à livre apreciação que redundam para o sistema das provas legais. Assim, uma vez

---

<sup>(68)</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, 2006, p. 39 e MAIA GONÇALVES, 2009, p 354. Também nesse sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 2006: “A livre apreciação da prova não se confunde com a apreciação arbitrária da mesma, nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova, devendo antes ser fundamentada e objectiva”.

<sup>(69)</sup> Segundo Germano Marques da Silva as regras de experiência são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto “sub judice”, assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam” (GERMANO MARQUES DA SILVA, 2006, p. 49).

<sup>(70)</sup> Existem algumas excepções ao sistema da livre apreciação da prova, pelas quais o juiz se encontra vinculado a uma certa valoração. É o caso dos documentos autênticos e autenticados (artigo 169º), da confissão integral e sem reservas em julgamento (artigo 344º) e a prova pericial (artigo 163º). Nestes casos específicos considera-se que existe uma prova cujo significado é suficientemente seguro para ser subtraído à livre apreciação do julgador. Quer isto dizer que muito dificilmente o julgador, utilizando da sua livre convicção, entenderia a prova de forma diferente do que a lei impõe.

<sup>(71)</sup> O autor conclui da seguinte forma: “(...) é genética e inquebrantável a ligação entre o princípio da livre apreciação da prova, o princípio do Estado de Direito, o princípio da presunção da inocência, o princípio *in dubio pro reo*, o princípio da continuidade da audiência e da imediação da prova, o dever de fundamentação das decisões penais, e o direito ao recurso” (SARAGOÇA DA MATTA, 2004, p. 279).

admitida, ainda que de forma excepcional, a leitura de declarações anteriores em audiência de julgamento, estas passam a ser livremente valoradas pelo juiz, nos termos do artigo 127º, ficando igualmente subtraídas ao sistema das provas legais.

Este princípio da livre apreciação da prova releva ainda para efeitos de fundamentação da sentença, que é uma das exigências da lei, prevista no nº 2 do artigo 374º <sup>(72)</sup> com o propósito de controlar as decisões tomadas pelas autoridades judiciárias e de posterior fundamentação dos recursos, se for caso disso <sup>(73)</sup>. Assim, se o julgador não estivesse habilitado pelas previsões dos artigos 356º e 357º a valorar declarações processuais anteriores, as mesmas não podiam ser usadas para formar nem para fundamentar a sua decisão.

#### **IV. O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido**

O princípio da presunção de inocência do arguido tem consagração constitucional no nº 2 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” <sup>(74)</sup>.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, de entre o conteúdo apropriado a este princípio apontam-se, por exemplo, a proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido, a preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo, a exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento, a não incidência de custas sobre arguido não condenado, a proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares e o princípio *in dubio pro reo*,

---

<sup>(72)</sup> Esta exigência não tinha paralelo no Código de Processo Penal de 1929, apesar de o legislador ter optado, já nesse Código, pelo sistema da livre apreciação da prova, conforme resultava dos seus artigos 473º, 446º e 448º. Assim, NEVES, Rosa Vieira, *Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 73 e também FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 201.

<sup>(73)</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, 2006, p. 52.

<sup>(74)</sup> Também o artigo 11º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estatui que “toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”; e o artigo 6º, nº2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado <sup>(75)</sup>.

Relativamente à proibição da inversão do ónus da prova, cabe referir que, em virtude da sobrecarga do princípio da investigação no processo penal português, não cabe ao arguido o ónus de provar a sua inocência <sup>(76)</sup>. Caberá, isso sim, ao tribunal, mesmo tendo em conta a acusação do Ministério Público <sup>(77)</sup>, a procura de todos os meios de prova relevantes para a descoberta da verdade material, que sustentem, ou não, uma eventual condenação do arguido <sup>(78)</sup>, tudo conforme o disposto no artigo 340º, n.º 1. Haverá um verdadeiro ónus de persuasão de si próprio a atribuir ao próprio tribunal, assim o impondo o princípio da investigação. Para Adriana Ristori, existem duas decorrências principais do princípio da presunção de inocência, e ambas se interligam com a questão do ónus da prova: “primeiro, que a acusação demonstre a culpabilidade do arguido; segundo, no desenvolvimento de tal tarefa, não há como exigir a colaboração do arguido para a descoberta da verdade” <sup>(79)</sup>.

É no momento da valoração da prova pelo julgador, em concreto das declarações anteriores do arguido lidas em audiência de julgamento, que este princípio tem também um papel operante, em conluio com o princípio do *in dubio pro reo*. Assim, esta prova há-de ser valorada em determinado sentido que será o da condenação apenas quando esteja superada toda a dúvida razoável, ou quando esteja erradicado o *non liquet* <sup>(80)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 518.

<sup>(76)</sup> Conforme sustenta Rui Patrício: “(...) o princípio da presunção de inocência e a incapacidade de o Ministério Público provar a culpa do arguido não conduzem, necessariamente, num sistema acusatório temperado por um princípio de investigação, como é o nosso, à absolvição do arguido, por o tribunal pode e deve suprir a referida incapacidade da acusação (PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção da inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*, Lisboa, AAFDL, 2000, p. 28).

<sup>(77)</sup> Que deverá sustentar a acusação, nos termos do artigo 53º, n.º 1, mas que não tem nenhum ónus de prova ou de convencimento do tribunal. Conforme afirma Maria Fernanda Palma, o princípio da presunção de inocência “implica que quem acuse demonstre globalmente que tem razão, segundo métodos e critérios aceites por todos, incluindo o próprio acusado” (PALMA, Maria Fernanda, “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, *Sep. de Revista do Ministério Público*, n.º 60, Lisboa, 1995, p. 103).

<sup>(78)</sup> Cfr. DÁ MESQUITA, 2011, p. 326.

<sup>(79)</sup> Cfr. RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 74.

Também Rui Patrício se pronuncia em igual sentido: “(...) o princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com o *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão, e determina que, na dúvida quando ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido.” (PATRÍCIO, 2004., pp. 30-31).

Convém referir igualmente a questão levantada por Rui Patrício <sup>(81)</sup> sobre a relação entre a pré compreensão ou pré juízo que o juiz de julgamento adquire ao aceder livremente e previamente ao momento do julgamento aos autos e o princípio da presunção da inocência do arguido.

Com efeito, resulta do artigo 311º, nº 1 <sup>(82)</sup>, o acesso pelo juiz aos autos no momento do saneamento do processo e portanto antes da audiência de julgamento, pelo que o seu conhecimento do conteúdo dos autos é uma inevitabilidade. Para Rui Patrício este contacto do juiz com os autos é “desequilibrado”, uma vez que no momento em que ocorre, “o processo há-de conter mais suportes da acusação do que da defesa, sendo certo, por outro lado, que o conhecimento dos autos, em toda ou em parte da sua extensão, faz o juiz tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão” <sup>(83)</sup>, situação que pode, no entender o autor, comprometer o princípio da presunção de inocência <sup>(84)</sup>. Para este autor o caso das diligências probatórias levadas a cabo durante o inquérito e a instrução (onde se incluem as declarações prestadas pelo arguido) são um exemplo deste contacto “contaminado” com os autos, que põe em causa o princípio da imediação <sup>(85)</sup>. Afigura-se aqui, portanto, outro argumento justificativo da proibição de leitura de declarações do arguido anteriores à audiência de julgamento e à manutenção da redacção do artigo 357º tal como constante da redacção anterior à entrada em vigor da lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.

## V. O Princípio do Acusatório

Foi já explicitada anteriormente a evolução histórico-legal do modelo estrutural do processo penal português, desde o modelo inquisitório ou acusatório formal, até à

---

<sup>(81)</sup> Cfr. PATRÍCIO, 2004, pp.59 e ss.

<sup>(82)</sup> Dispõe o referido preceito que “recebidos os autos no tribunal, o presidente pronuncia-se sobre as questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo, conhecer”.

<sup>(83)</sup> Cfr. PATRÍCIO, 2004, p. 61.

<sup>(84)</sup> Cfr. PATRÍCIO, 2004, pp. 71-72.

<sup>(85)</sup> Conforme refere o autor: “ E os perigos de ofensa (...) ao princípio de inocência do arguido (...) avolumam-se, se levarmos em conta que, para além do contacto «desequilibrado» do julgador com o caso trazido a julgamento, no momento do saneamento do processo, a unidade (material) dos autos permite ao julgador (...) tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão. Refiram-se, a título de exemplo (...) as diligências probatórias levadas a cabo em sede de inquérito pelo Ministério Público, as diligências probatórias levadas a cabo durante a instrução”. (PATRÍCIO, 2004, pp. 72-73).

consagração do princípio do acusatório <sup>(86)</sup> no artigo 32º, nº 5 na Constituição da República Portuguesa, ao qual corresponde um modelo temperado pelo princípio da investigação no ordenamento processual penal português <sup>(87)</sup>. Para Figueiredo Dias a justificação deste sentido de evolução nasceu em considerações de “imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial” <sup>(88)</sup>.

Assim sendo, e para dar azo a estas condições, temos que o acusatório significa, na sua vertente processual que, “só se pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento” <sup>(89)</sup>. É a partir deste conceito que a figura do Ministério Público é autonomizada não apenas como sujeito processual mas também como órgão dirigente da fase de inquérito, nos termos do nº 1 do artigo 263º, a quem compete a elaboração da acusação. As suas funções são totalmente diferenciadas das do juiz, quer de instrução <sup>(90)</sup>, que só interfere no inquérito relativamente a actos que penetrem na esfera de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, quer de julgamento <sup>(91)</sup>.

A separação de funções entre o juiz de instrução e juiz de julgamento é crucial para evitar “contaminações” causadas por pré juízos ou pré compreensões <sup>(92)</sup> uma vez que, como refere Teresa Pizarro Beleza, “não seria legítimo o Código de Processo Penal estabelecer um regime segundo o qual fosse o mesmo juiz a investigar, acusar e julgar, porque se o fizesse claramente quando o juiz viesse julgar a causa já teria os seus pré-

---

<sup>(86)</sup> Não se trata, no entanto, de um modelo acusatório puro. Conforme refere Germano Marques da Silva: “ (...) a proclamada igualdade de armas entre a acusação e a defesa só tem lugar na fase da instrução formal e na de julgamento, mas já não na fase do inquérito. O inquérito é dominado pelo Ministério Público e a sua estrutura tem natureza predominantemente inquisitória e não acusatória.” (GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol. I, p. 77).

<sup>(87)</sup> O conceito de modelo misto surgiu pela primeira vez em França com o Code d’Instruction Criminelle de 1808. O modelo acusatório puro ou adversarial existe em Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Assim, MENDES, Paulo de Sousa, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais – Pareceres e Intervenções – Propostas de lei de revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal*, disponível em [http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias\\_e\\_Eventos/Sousa\\_Mendes\\_Aproveitamento\\_das\\_declaracoes\\_do\\_arguido\\_anteriores\\_ao\\_julgamento.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf), p. 1.

<sup>(88)</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 136.

<sup>(89)</sup> Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 522.

<sup>(90)</sup> Dispõe o nº 4 do artigo 32º da Constituição que toda a instrução é da competência de um juiz.

<sup>(91)</sup> Sobre o juiz de instrução e o juiz de julgamento enquanto entidades autónomas, cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional nº 219/89 e nº 124/90.

<sup>(92)</sup> A que nos referimos *supra*, p. 29 a propósito do princípio da presunção de inocência do arguido.

juízos, os seus preconceitos, formador em relação à causa, uma vez que teria desenvolvido o esforço no sentido da investigação e da acusação”<sup>(93)</sup>.

A estrutura acusatória do processo tem, por isso duas vertentes: a orgânica-subjectiva, que acabou de se explicitar, e a material, relacionada com as fases do processo (divisão entre instrução, acusação e julgamento)<sup>(94)</sup>.

De referir ainda o princípio da acusação, que decorre da própria estrutura acusatória do processo. Significa isto que a “jurisdição não intervém oficiosamente (*nemo iudex sine actore*) nem pode alargar o seu poder de julgar a pessoas e factos distintos daqueles que são objecto da acusação (*sententia debet esse conformis libelo*)”<sup>(95)</sup>, acusação esta cuja elaboração compete ao Ministério Público, nos termos dos artigos 262º, nº 1 *in fine* e do artigo 283º, nº 1.

Um dos corolários do acusatório, para os defensores da redacção do artigo 357º anterior à alteração de 2013, é precisamente a intransmissibilidade da prova<sup>(96)</sup>, e sobretudo da prova por declarações, das fases preliminares do processo para a audiência de julgamento, erigindo um muro o mais alto possível entre o que se passou nas fases investigatórias e a prova produzida em audiência de julgamento, impedindo uma eventual “quebra” ou “subversão” das separações orgânicas e processuais trazidas por aquele princípio. A esta barreira entre o que se disse nas fases anteriores e a audiência de julgamento junta-se a exigência da voluntariedade das declarações do arguido<sup>(97)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamento de Direito Processual Penal*, Lisboa, AAFDL, 1992, vol. I, p. 51.

<sup>(94)</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 522.

<sup>(95)</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol. I, p. 92.

<sup>(96)</sup> DÁ MESQUITA, 2011, pp. 239-240. Também assim, Damião da Cunha: “(...) parece adquirido, genericamente que, num processo de estrutura acusatória, a audiência de julgamento, e em especial a produção da prova, assume o lugar central no processo penal. A produção de prova, que deva servir para fundar a convicção do julgador, tem de ser a realizada na audiência (...)” (DAMIÃO DA CUNHA, 1998, p. 405).

<sup>(97)</sup> Assim, Paulo Dá Mesquita: “(...) importa ainda reter que o acusatório, além dos corolários directos sobre a divisão de papéis entre acusação e tribunal, tem implicações mediatas na interacção do Estado com o arguido com reflexos probatórios, em que se destaca o imperativo da voluntariedade de todas as declarações do arguido, que constituiu uma das vertentes distintas na construção diferenciada dos modelos acusatório anglo-americano e inquisitório continental até ao século XIX”, (MESQUITA, Paulo Dá, *A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal*, 2013, texto não publicado e cedido pelo Autor, correspondente à sua intervenção como orador no Congresso “As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma “cirúrgica”?, organizado pela Associação Jurídica do Porto e pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 18 de Junho de 2013, p. 12).

## VI. O Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório está constitucionalmente consagrado na parte final do nº 5 do artigo 32º, que dispõe que a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar <sup>(98)</sup> estão sujeitos àquele princípio. No que concerne o tema que aqui nos ocupa, uma das suas vertentes diz precisamente respeito ao direito do arguido a ter intervenção no processo e de se “pronunciar a contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo” <sup>(99)</sup>. No fundo, tanto a acusação como a defesa devem estar em posição de igualdade de armas em termos de oferecimento de provas e de intervenção no processo.

Assim, por decorrência da própria Constituição da República Portuguesa, a audiência de julgamento, onde, nos termos do artigo 355º, como vimos, deve ser produzida toda a prova, é um dos momentos centrais para o exercício do contraditório. E é o próprio Código de Processo Penal que também assim o estatui no nº 2 do artigo 327º, exigindo que os meios de prova apresentados no decurso da audiência sejam submetidos àquele princípio, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal.

Coadunando o princípio do contraditório com os princípios da imediação, oralidade e concentração, temos que toda a prova produzida fora da audiência de julgamento estaria, necessariamente, desviada ao exercício do contraditório pelas partes. A prova que não for submetida ao contraditório está condenada à inadmissibilidade e poderá servir, quanto muito e apenas, como prova indiciária <sup>(100)</sup>.

Assim, convém ressaltar que existem duas concepções distintas sobre a relação entre o princípio do contraditório e a produção de prova. Assim, o contraditório pode ocorrer *na formação da prova*, se tiver manifestação no momento em que a formação da

---

<sup>(98)</sup> Como é o caso das declarações para memória futura, previstas no artigo 294º do CPP.

<sup>(99)</sup> Assim, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2007, p. 523. O último momento antes do encerramento da discussão em audiência de julgamento vem previsto no nº 1 do artigo 361º e é aquele em que “findas as alegações, o presidente pergunta ao arguido se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa, ouvindo-o em tudo o que declarar a bem dela”.

<sup>(100)</sup> Assim, Germano Marques da Silva: “O facto só pode ser julgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência. Antes disso, os meios probatórios podem ter um valor indiciador, servirem para formar uma suspeita, mas não para a *prova* dos factos. É que ao *iter probatorium* faltarão então o contraditório e, por isso, o meio de prova não será admitido para formar validamente a convicção do julgador, isto é, a prova, enquanto resultado” (GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, vol. II, p. 116).

prova ocorre (v.g. audiência de julgamento), ou, diversamente, *sobre a prova*, ou seja, incidindo sobre uma prova já produzida.

O contraditório *na formação da prova* é uma imposição, por exemplo, no sistema processual penal italiano, resultante da própria Costituzione della Repubblica Italiana (<sup>101</sup>). Esta imposição compreende-se quando enquadrada no restante sistema. É que, ao contrário do sistema português em que o Ministério Público, titular da acção penal, e enquanto magistratura independente, tanto pode acusar quando os indícios que tiver recolhido apontarem nesse sentido, como pugnar pela absolvição, no sistema italiano o Ministério Público é visto como uma verdadeira parte processual, oposta ao arguido. Pelo que se entende que apenas a prova produzida no uso do contraditório possa valer, por uma questão de garantia dos direitos de defesa do arguido <sup>102</sup>.

Nenhuma disposição no direito positivo português impõe que o contraditório tenha que ocorrer apenas *na formação da prova*. Ainda assim, Damião da Cunha vai mais longe (<sup>103</sup>), afirmando que a prova “tem de ser realizada na audiência e segundo os princípios naturais de um processo de natureza acusatória: os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade na produção dessa prova” (<sup>104</sup>). Esta posição tem por consequência admitir somente o contraditório *na formação da prova*, o que implicará necessariamente excluir da audiência de julgamento a leitura de declarações anteriores do arguido, em conformidade com a redacção do artigo 355º e com os casos muito restritos de admissibilidade de leitura de declarações do artigo 357º, na redacção anterior à entrada em vigor da lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.

---

(<sup>101</sup>) Dispõe o seu artigo 111 (1): “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”. Aponta ainda Siracusano, com relevância para o nosso tema, “Le successive specificazione della norma costituzionale sagomano i temi connessi al «silenzio» e alla «facoltà di non rispondere» e circoscrivono i casi entro i quali il legislatore ordinario può disciplinare la formazione della prova senza contraddittorio (magari attraverso l’allegazione dell’atto delle indagini preliminari)”, (SIRACUSANO, D., et al., *Diritto Processuale Penale*, Milão, Giuffrè editore, 2004, vol.I, p. 330-331).

(<sup>102</sup>) Sobre a separação de funções entre o Ministério Público e o juiz de instrução e a concepção do Ministério Público como parte no sistema italiano, aponta Giulio Illuminati: “Esta conclusión es aún más necesaria cuando la investigación preliminar es atribuída al ministerio público, como parte encargada de sostener la acusación, con la consecuencia de que los elementos de prueba recabados por la parte carecen de eficacia probatoria para fundar la sentencia” (ILLUMINATI, Giulio, “El Sistema Acusatorio en Italia”, in: *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 152 -153).

(<sup>103</sup>) Como apontado por Bernardo Marques Vidal, para quem a posição de Damião da Cunha significa excluir a admissibilidade do contraditório sobre a prova quando na verdade o contraditório *na formação da prova* só é possível quando está em causa a prova por declarações, o que exclui toda a prova material adquirida por outros meios (VIDAL, 2011, p. 58).

(<sup>104</sup>) DAMIÃO DA CUNHA, 1997, pp. 405-406.

Revela-se aqui uma dicotomia entre, por um lado, a produção de prova no uso do contraditório e, por outro, a descoberta da verdade material, que, convém não olvidar, constitui um dos fins principais do processo penal. Excluir o contraditório *sobre a prova* por declarações previamente constituídas significa limitar, através daquele princípio, a descoberta da verdade material. No entanto, a aceitação do princípio do contraditório nas suas duas acepções (*sobre a prova e na formação da prova*) limitará, de forma mais mitigada, a descoberta da verdade material, sem prejuízo do imperativo constitucional no seu artigo 32º, nº 5.

## VII. Direito ao Silêncio e Prerrogativa Contra a Auto-Incriminação

Constitui a prerrogativa contra a auto-incriminação, ou, no aforismo latino, o *nemo tenetur se accusare*, uma forma constitucionalmente consagrada, ainda que indirectamente (de forma não escrita <sup>(105)</sup>), de reacção contra intromissões estaduais nos direitos adquiridos do sujeito processual arguido, apoiando-se em diversos princípios constitucionais como a presunção de inocência, o acusatório e principalmente na própria dignidade da pessoa humana <sup>(106)</sup>.

Trata-se de uma novidade trazida pelo regime democrático pós 25 de Abril, contrastando com as poucas garantias que existiam anteriormente, mas cujo conceito é originário do direito anglo-americano <sup>(107)</sup>, mais conhecido como *privilege against self-incrimination* <sup>(108)</sup>.

De facto, a primeira garantia constitucionalmente consagrada ao nível do processo criminal é a que consta do nº 1 do artigo 32º, respeitante às garantias de defesa do arguido, podendo aquele utilizar todos os meios ao seu dispor para o efeito. Para

---

<sup>(105)</sup> No sentido de que se trata de um “autêntico princípio constitucional não escrito”, MENEZES, Sofia Saraiva de, “O Direito ao Silêncio: a Verdade por Trás do Mito” in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Almedina, 2011, p. 122.

<sup>(106)</sup> Conforme sustenta Adriana Ristori, “(...) podemos afirmar, então, que, embora seja difícil elaborar um conceito unívoco de dignidade humana, nela está o fundamento para a garantia de defesa do arguido no processo penal. Consequentemente, está também a garantia do direito ao silêncio” (RISTORI, 2007, p. 91). Também assim Costa Andrade apontando como decisivos para a matriz jurídico-constitucional do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* “a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência” (ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, Reimp. 2006, p. 125).

<sup>(107)</sup> Também no plano internacional, em diversos instrumentos, encontramos consagrada a prerrogativa contra a auto-incriminação. Assim, o artigo 14º, nº 3, alínea g) do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos (PIDCP) dispõe que toda a pessoa acusada de um delito terá direito a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a considerar-se culpada. Indirectamente, e por inerência ao princípio da presunção de inocência, de sublinhar também o artigo 6º da CEDH.

<sup>(108)</sup> A expressa consagração deste princípio no direito norte-americano ocorreu em 1791, com a 5ª Emenda.

Maria Fernanda Palma, este direito de defesa genérico consagrado no n° 1 do artigo 32° abrange os direitos de declaração e de silêncio (<sup>109</sup>). O direito ao silêncio goza, assim, estatuto de direito fundamental (<sup>110</sup>).

O Código de Processo Penal de 1987 veio estabelecer a prerrogativa contra a auto-incriminação do arguido em vários preceitos, sobretudo em aspectos conexos com a voluntariedade das suas declarações, mais concretamente com o direito ao silêncio. De facto, o direito do arguido 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”, ou seja, o direito ao silêncio, vem previsto no n° 1 do artigo 343°. Esta norma, apesar de sistematicamente, estar inserida no âmbito da audiência de julgamento, deve considerar-se aplicável também a outros momentos processuais, nomeadamente às fases preliminares. Bem a propósito disto, de referir também a alínea d) do n° 1 do artigo 61° que permite ao arguido não responder a perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade, que estende o direito ao silêncio também para as fases preliminares do processo (<sup>111</sup>).

Assim se compreende que a excepção constante do artigo 357°, na redacção anterior à entrada em vigor da lei n° 20/2013, de 21 de Fevereiro, veja a sua aplicação sempre condicionada pela manifestação de vontade do arguido na utilização das suas declarações anteriores, revelando-se aqui indispensável a sua voluntariedade, mesmo que as suas declarações anteriores sejam o único meio de prova disponível e tendente à sua condenação (<sup>112</sup>). Assim, e como sublinha Costa Andrade, “o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, *sc.*, a carrear

---

(<sup>109</sup>) PALMA, 1995, p. 109.

(<sup>110</sup>) Nesse sentido, RISTORI, 2007, p.94: “Como direito fundamental proveniente de norma constitucional internacional, o direito ao silêncio, por ter natureza análoga, recebe a aplicação do art. 17° da CRP, e tem o mesmo regime dos direitos típicos. Ou seja, sendo direito fundamental reconhecido por meio do PIDCP e da conjugação dos arts. 16°, n° 1 e 32°, n° 1 da CRP, o direito ao silêncio goza do regime específico dos direitos e deveres fundamentais, que está contido na parte I, título I da Constituição e, por isso, possui aplicação directa, vincula todas as entidades públicas e privadas, e somente por lei pode ser restringido e com carácter restritivo”.

(<sup>111</sup>) Dispõe o referido preceito que “o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, do direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade”.

(<sup>112</sup>) Assim, Maria João Antunes: “A proibição de leitura de protocolos relativos a declarações do arguido, quando este exerça na audiência de julgamento o direito ao silêncio, permanece, obviamente, ainda que não tenham sido produzidas ou examinadas nesta fase do processo penal quaisquer outras provas. Isto, portanto, ainda que a finalidade da obtenção da verdade material seja postergada em benefício da tutela dos direitos do arguido, concretamente do direito à presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença condenatória.” (ANTUNES, Maria João, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Revista Sub Judice*, n°. 4, p. 26).

ou oferecer meios de prova contra a sua defesa” pelo que não lhe compete “um dever de colaboração, nem sequer um *dever de verdade*” <sup>(113)</sup>. Já Tereza Beleza relembra a forte liberdade de não interferir do arguido, que pode “comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo ser por ela penalizado (não tem o ónus de colaborar)” <sup>(114)</sup>.

De notar que a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio pressupõem a constituição prévia do sujeito como arguido, nos termos dos artigos 57º e seguintes. Só a partir desse momento se lhe pode aplicar todo o estatuto de sujeito processual arguido e, particularmente, os direitos e deveres processuais a que ficará sujeito nos termos do artigo 61º. São disso exemplo o direito a ser informado dos factos que lhe são imputados, constante da alínea c) <sup>(115)</sup> e o já referido direito ao silêncio, constante da alínea d) <sup>(116)</sup>. As declarações produzidas pelo arguido nos interrogatórios podem constituir simultaneamente meio de prova e meio de defesa e por esse motivo é atribuído este estatuto diferenciado àquele sujeito processual <sup>(117)</sup>.

O arguido goza ainda do direito a ser advertido sobre o direito ao silêncio <sup>(118)</sup>. O dever de advertência <sup>(119)</sup> cabe aos órgãos de polícia criminal e às autoridades judiciárias e vem previsto nos artigos 141º, nº 4 a), 343º, nº 1, 143º, nº 2 e 144º, nº 1. Esta advertência, além de obrigatória, deverá ser o mais clara e completa possível <sup>(120)</sup>. A doutrina maioritária portuguesa considera que a falta desta advertência consubstancia

---

<sup>(113)</sup> COSTA ANDRADE, 1992, p. 121.

<sup>(114)</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 74 (Abril – Junho), 1998, pp. 50-51.

<sup>(115)</sup> Dispõe a alínea c) do nº 1 do artigo 61º que o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as excepções da lei, do direito de ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade”.

<sup>(116)</sup> *Supra*, p. 35 nota 111.

<sup>(117)</sup> Nesse sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol. II, p. 181. Também assim, SARAIVA DE MENEZES, 2011, pp. 121 e 126.

<sup>(118)</sup> Pode fazer-se um paralelo com o direito norte-americano, onde a advertência se destina a assegurar os Miranda Warnings. Segundo esta corrente jurisprudencial americana, “caso o arguido, advertido, prescindir voluntariamente do direito ao silêncio e profira declarações não tem qualquer futuro sobre a utilizabilidade do que disse, mesmo que se venha a arrepender ou a mudar de estratégia processual” (MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 255-256).

<sup>(119)</sup> Este dever de advertência não deve ser confundido com a advertência constante da parte final do nº 3 do artigo 141º, que se refere à obrigatoriedade de resposta a perguntas sobre os elementos de identificação do arguido.

<sup>(120)</sup> Assim, RISTORI, 2007, p. 116: “Não basta que o juiz apenas diga que não está obrigado a falar, que só fala se quiser. Essa advertência é falha, posto ser incompleta. Cabe ao juiz explicar por que tem o arguido o direito ao silêncio e como será a valoração do seu silêncio.”

uma efectiva proibição de prova, por violação dos direitos de defesa e de dignidade do arguido (<sup>121</sup>). E a ser assim, essa prova enfermada, caso tivesse sido produzida nas fases preliminares, estaria impedida de ser transmitida e lida em audiência de julgamento.

Como explicitado, o direito ao silêncio não pode desfavorecer o arguido e portanto o silêncio não pode ser valorado de modo algum, estando, portanto, excluído do âmbito do princípio da livre apreciação da prova (<sup>122</sup>). Mas note-se que esta valoração também não pode ocorrer num sentido favorável ao arguido: se este não se pronunciar sobre circunstâncias que excluam a sua responsabilidade, abdica do favorecimento em termos probatórios que tais declarações lhe poderiam trazer (<sup>123</sup>).

Contudo, ao falar, quebrando o silêncio, o arguido não está sujeito ao dever de verdade nem de juramento, precisamente para que não fique diminuído nas suas garantias de defesa (<sup>124</sup>). Mas tal não significa que ele tenha um direito a mentir. Para Figueiredo Dias quando o arguido mente, a mentira “não deve ser valorada contra ele, quer ao nível substantivo autónomo das falsas declarações, quer ao nível dos direitos processuais daquele” (<sup>125</sup>).

Questão diferente mas que está especialmente relacionada com o tema desta dissertação é a de saber se o arguido possui um verdadeiro direito ao arrependimento, isto é, se pode utilizar o direito ao silêncio de que goza para apagar o que disse em momento anterior (<sup>126</sup>). E efectivamente, à luz do regime da leitura de declarações do arguido em audiência de julgamento anterior à alteração de 2013, remetendo-se ao silêncio, o arguido impedia a valoração do que disse anteriormente. Muito embora as suas declarações ficassem registadas em auto e o juiz de julgamento a estes tivesse

---

(<sup>121</sup>) Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 446, COSTA ANDRADE, 2006, p. 88 e GERMANO MARQUES DA SILVA, 2009, vol. II, p. 143.

(<sup>122</sup>) Assim, COSTA ANDRADE, 1992, p. 128.

(<sup>123</sup>) Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, 1974, pp. 448-449.

(<sup>124</sup>) Também por esse motivo estão excluídas de valoração as declarações do co-arguido quando o outro se remete ao silêncio, nos termos no nº 4 do artigo 345º. Para um maior aprofundamento sobre este tema, *vide* Tereza Pizarro Beleza, 1998.

(<sup>125</sup>) FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 451.

(<sup>126</sup>) Problema também colocado pelo Parecer do Gabinete do Procurador Geral da República sobre o Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, p. 35: “(...) o direito ao silêncio do arguido, no processo penal português, acarreta o direito de impedir, na prática, a valoração de declarações por si livremente prestadas em data anterior à do julgamento, em termos que impedem a utilização de declarações do arguido como meio de prova relevante para efeitos de eventual condenação”.

acesso (<sup>127</sup>), a verdade é que a leitura dessa prova estava vedada à leitura em audiência de julgamento e posterior valoração e utilização na fundamentação da decisão. Pelo que, na prática, o arguido podia dar sem efeito aquilo que antes dissera (<sup>128</sup>). Veremos, pois, em que medida tal estado de coisas consubstanciava, ou não, uma subversão do direito ao silêncio.

Afigura-se central no que concerne à estipulação de regras muito estritas sobre as garantias individuais do arguido o momento do primeiro interrogatório judicial de arguido detido (<sup>129</sup>). Recorde-se que este constitui um dos momentos processuais do qual podem brotar as declarações do arguido, susceptíveis (ou não) de transmissibilidade e leitura em audiência de julgamento e subsequente valoração (<sup>130</sup>).

É a própria Constituição que impõe que seja realizado o primeiro interrogatório judicial a arguido detido, nos termos do seu artigo 28º, nº 1. Assim, na redacção do artigo 141º do Código de Processo Penal, anterior à alteração introduzida pela lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro (<sup>131</sup>), este interrogatório (<sup>132</sup>) começa com perguntas sobre a identificação e antecedentes criminais do arguido, às quais aquele é obrigado a responder com verdade sob pena de incorrer em responsabilidade penal, nos termos no nº 3 do mesmo artigo.

Assim se dispoñdo para o interrogatório, já assim não acontecia para a audiência de julgamento. Assim, a redacção originária do artigo 342º, nº 2, que previa precisamente a obrigação do arguido a revelar, no início da audiência de julgamento, os

---

(<sup>127</sup>) O acesso aos autos pelo juiz, além da finalidade de saneamento do processo, prevista no artigo 311º, é pressuposto para que aquele possa identificar as “contradições e discrepâncias” previstas na alínea b) do nº 1 do artigo 357º, na redacção anterior à entrada em vigor da lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.

(<sup>128</sup>) Tal como sublinha Paulo Dá Mesquita “(...) direito ao silêncio reporta-se, tal como noutros horizontes ao direito de não prestar declarações, não se confundindo com um direito de apagar anteriores declarações validamente prestadas” (DÁ MESQUITA, 2013, p. 13).

(<sup>129</sup>) É apenas interrogatório judicial uma vez que, recorde-se, nos termos do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 357º, na redacção anterior à alteração de 2013, as declarações anteriores do arguido só poderão ser lidas em audiência de julgamento quando tiverem sido feitas perante juiz. Apenas assim não será quando o arguido, a sua própria solicitação, pretender a leitura das mesmas, nos termos da alínea a) do nº 1 do mesmo artigo. Trata-se, igualmente, de um primeiro interrogatório diferente dos descritos nos artigos 143º e 272º. No primeiro caso, não se pressupõe a detenção do arguido, e no segundo o interrogatório de arguido detido será não judicial. Em ambos os casos o interrogatório será feito pelo Ministério Público ou por órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 144º, nº 2, pelo que a transmissibilidade do que o arguido disse ficará limitada ao caso previsto na alínea a) do nº 1 do artigo 357º, como explicitado. Já o interrogatório do arguido em audiência é regulado pelos artigos 342º a 345º e 361º.

(<sup>130</sup>) DAMIÃO DA CUNHA, 1997, p. 419.

(<sup>131</sup>) Já o Código de Processo Penal de 1929 previa, no seu artigo 278º que o interrogatório do arguido que fosse detido deveria ser efectuado por um juiz, logo após a detenção.

(<sup>132</sup>) Cujas regras são também aplicáveis a outros interrogatórios, previstos no nº 1 do artigo 144º.

seus antecedentes criminais foi posteriormente alterada, eliminando essa exigência <sup>(133)</sup>. O mesmo veio a suceder, como veremos, com o n° 3 do artigo 141º, cuja redacção foi alterada pela lei 20/2013, de 21 de Fevereiro, pondo também término à obrigação de resposta sobre os antecedentes criminais no interrogatório.

Em seguida, o juiz de instrução deverá prestar ao arguido todas as informações constantes da alínea a) do n° 4 do artigo 141º, que remete para os direitos do arguido constantes do n° 1 do artigo 61º, explicando-lhe os mesmos. Ora, tal como explicitado relativamente ao dever de advertência, a incompletude destas informações é geradora de uma proibição de prova <sup>(134)</sup>. Comunicar-lhe-á depois os motivos da detenção nos termos da alínea b) <sup>(135)</sup>, os factos que lhe são concretamente imputados, nos termos da alínea c) e os elementos do processo que indiciam os factos imputados, nos termos da alínea d) <sup>(136)</sup>.

Finalmente, o arguido pode prestar declarações, se quiser, sobre aquilo que tiver por relevante, nos termos do n° 5.

É de referir que tanto o Ministério Público como o defensor não podem ter qualquer tipo de intervenção durante este interrogatório, conforme o disposto no n° 6, muito embora tenham que estar presentes nos termos do n° 2. Só poderão intervir ou para arguir nulidades, ou no final do mesmo, momento em que poderão pedir os esclarecimentos que entenderem.

De notar que o direito ao silêncio e à não auto-incriminação admitem restrições, desde que respeitados os limites do artigo 18º da Constituição, como acontece com

---

<sup>(133)</sup> Sobre este assunto *vide* PALMA, 1995, e também o Acórdão do Tribunal Constitucional n° 695/95, que julgou a inconstitucionalidade do mencionado preceito, precisamente por violação do direito ao silêncio e das garantias de defesa do arguido.

<sup>(134)</sup> Nesse sentido, LOUREIRO, Fábio, “O Primeiro Interrogatório Judicial de Arguido Detido – O art. 141.º do Código de Processo Penal após a Reforma de 2007”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Almedina, 2011, p. 82.

<sup>(135)</sup> A Lei n° 20/2013, de 21 de Fevereiro alterou a redacção da alínea b) do n° 4, incluindo o dever de informação ao arguido de que “não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova”. Ora, perante a nova redacção da alínea b) do n° 4 do artigo 141º, pode colocar-se o problema de saber se a intervenção do defensor, em termos tão restritos, será suficiente para garantir os direitos de defesa do arguido, questão que será abordada seguidamente.

<sup>(136)</sup> Neste último caso, apenas quando a comunicação dos mesmos não ponha em causa a investigação, não dificulte a descoberta da verdade nem crie perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime. Existe aqui um conflito de interesses entre os direitos de defesa do arguido e o princípio da descoberta da verdade material. Uma ponderação de valores que tem que ser feita pelo juiz de instrução no caso concreto (Assim, LOUREIRO, 2011, p. 84).

outros direitos análogos, constituindo disso exemplo o disposto na alínea b) do n° 3 do artigo 63° e na parte final do n° 3 do artigo 141°, ambos do Código de Processo Penal.

### **Capítulo III - Novas possibilidades de transmissibilidade introduzidas pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro**

#### **I. Percurso legislativo: da Proposta de Lei nº 77/XII à Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro**

Vimos já o contexto em que surgiu a proposta de lei nº 77/XII, apresentada em 21 de Junho de 2012 na Assembleia da República <sup>(137)</sup>.

Ao processo de aprovação da Proposta de Lei nº 77/XII juntou-se o do Projecto de Lei nº 266/XII, para discussão conjunta, uma vez que a matéria sobre a qual o projecto versava, a obrigatoriedade de assistência do arguido por defensor no inquérito e a garantia de maior celeridade no julgamento da criminalidade de menor gravidade, estava correlacionada com o conteúdo da primeira proposta, sendo certo que ambas visavam proceder a alterações ao Código de Processo Penal.

O processo legislativo para aprovação da proposta de lei nº 77/XII teve um percurso pouco consensual entre os seus intervenientes. Após a admissão da proposta, aquela baixou à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, para apreciação. Foram pedidos diversos pareceres a entidades da área jurídica, como foi o caso da Ordem dos Advogados, do Conselho Superior do Ministério Público e do Conselho Superior da Magistratura, tendo a própria Comissão emitido o seu Parecer e Nota Técnica e aprovado a proposta. A proposta de lei foi depois discutida na generalidade, tendo o resultado da votação sido positivo, baixando depois novamente à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, desta vez na especialidade, momento em que foram pedidos pareceres a diversas Faculdades de Direito portuguesas e ouvidas diversas personalidades entendidas na matéria. Deu-se a aprovação na especialidade, tendo a votação final global da versão final do texto ocorrido em 11 de Janeiro de 2013, com os votos favoráveis da maioria composta pelo PSD e CDS-PP e contra dos partidos da oposição, PS, PCP, BE e PEV.

Após a aprovação da proposta de lei, o então decreto da assembleia nº 20/XII foi enviado para promulgação, tendo a mesma ocorrido no dia 13 de Fevereiro de 2013.

---

<sup>(137)</sup> A esta proposta de lei precedeu um projecto de proposta de lei, em 2011.

Seguidamente ocorreu a publicação da Lei nº 20/2013 no dia 21 de Fevereiro de 2012, que constituiu a 20ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro. O nº 1 do artigo 4º da lei 20/2013, de 21 de Fevereiro estabeleceu uma *vacatio legis* de 30 dias após a publicação, o que parece ser um período muito curto, sem margem para grandes adaptações.

Ainda a propósito da entrada em vigor da nova lei, de notar também a redacção do nº 2 do artigo 4º, do qual resulta que a mesma não se aplica aos processos pendentes na data da entrada em vigor da mesma (21 de Março de 2013) em que o arguido já tivesse sido interrogado, relativamente ao disposto no artigo 357º do Código de Processo Penal. Assim, nestes casos, aplicar-se-ia ainda o artigo 357º na redacção que lhe foi conferida pela lei nº 48/2007, de 28 de Agosto.

## **II. O novo regime de aproveitamento de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento**

A possibilidade de as declarações do arguido prestadas nas fases preliminares do processo serem utilizadas na fase de julgamento, desde que “salvaguardados os direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio”<sup>(138)</sup>, é tida, na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 77/XII, como uma das modificações fundamentais introduzidas pela mesma no Código de Processo Penal.

Para que esta alteração estivesse de harmonia com o restante sistema processual penal, foram necessárias outras intervenções em disposições do código, a respeito, por exemplo, dos registos e transcrições e dos procedimentos a ter em conta no interrogatório do arguido. A exposição de motivos da proposta de lei nº 77/XII deixa claro que a mudança de paradigma no regime do aproveitamento das declarações anteriores do arguido não pode acontecer sem o acompanhamento devido do “reforço das garantias processuais”<sup>(139)</sup> daquele.

O novo regime de aproveitamento de declarações anteriores do arguido começa por um aditamento na própria epígrafe do artigo 357º, que actualmente se intitula “Reprodução ou leitura permitidas de declarações do arguido”, ao passo que a epígrafe anterior não continha referência à reprodução, mas apenas à leitura. Esta alteração

---

<sup>(138)</sup> Texto da Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 77/XII, p. 1.

<sup>(139)</sup> Texto da Exposição de motivo da Proposta de Lei nº 77/XII, p. 3.

afigurou-se necessária em face das restantes alterações nas disposições do Código de Processo Penal sobre registo e transcrição de declarações, que serão analisadas.

O corpo do nº 1 do artigo 357º dá conta também das alterações ao nível dos registos e transcrições, acrescentando também apenas a possibilidade de reprodução. Dispõe assim a primeira parte do nº 1 daquele artigo que “A reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido no processo *só é permitida* (itálico nosso) (...)”, nos casos descritos nas alíneas do mesmo. Desta redacção pode ser imediatamente retirada a conclusão de que o regime da excepcionalidade da reprodução, leitura ou aproveitamento das declarações anteriores do arguido se mantém, em consonância com o que vigorava antes da entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro. A regra sobre este regime, que não sofreu alterações e continua em vigor, é o artigo 355º, que, mantendo a redacção já analisada <sup>(140)</sup> conforma a regra de proibição de valoração de prova que não tiver sido produzida ou examinada em audiência. Não ocorreu, portanto, uma ruptura total com o regime anterior a esta alteração legislativa mas tão só uma alteração, ou, dito de outra forma, uma expansão das possibilidades (ainda que excepcionais!) de aproveitamento de declarações anteriores do arguido.

Cabe assim analisar em que moldes ocorreu esse alargamento de possibilidades. Ora, a alínea a) do nº 1 do artigo 357º mantém a redacção anterior, sem alterações. Assim, continua a permite-se a leitura de declarações anteriores do arguido, a sua própria solicitação e, neste caso, seja qual for a entidade perante a qual tiverem sido prestadas. Mantém-se aqui a exigência da voluntariedade e o poder de disposição do arguido sobre as suas próprias declarações, tudo decorrências da prerrogativa contra a auto-incriminação e do princípio da presunção de inocência <sup>(141)</sup>.

O verdadeiro alargamento de possibilidades de aproveitamento das declarações anteriores do arguido ocorreu, isso sim, na nova redacção da alínea b) do nº 1 do artigo 357º <sup>(142)</sup>. A lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro eliminou a estrita possibilidade de leitura de declarações prestadas apenas perante juiz, e desde que existissem contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência, e passou a permitir a reprodução ou

---

<sup>(140)</sup> *Supra*, p. 15, nota 34.

<sup>(141)</sup> *Supra*, Cap. II, Sub-títulos IV e VII.

<sup>(142)</sup> Tal como sugere Paulo Dá Mesquita, apoiando-se numa metáfora de Chesterton, “a alteração operada pela revisão de 2013, neste domínio, retornando à metáfora de Chesterton, não compreendeu o deitar abaixo da *vedaçã* ou do *portão*, mas o alargamento da passagem pela segunda das duas anteriores aberturas”, referindo-se à alínea b) do nº 1 do artigo 357º (DÁ MESQUITA, 2013, p. 6).

leitura das mesmas “quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do nº 4 do artigo 141<sup>o</sup>”. Três novidades são de destacar nesta redacção. Por um lado, permite-se a reprodução ou leitura de declarações prestadas por autoridade judiciária, o que inclui, além do juiz, também o Ministério Público. Por outro, passa a ser obrigatória, para o aproveitamento, a assistência de defensor. Por fim, pressupõe-se o cumprimento do dever de advertência do arguido.

Note-se que esta solução não é sequer inédita nos ordenamentos jurídicos europeus. Veja-se, por exemplo, o caso alemão (<sup>143</sup>) e italiano (<sup>144</sup>).

Imperioso para que as novas alterações vigorassem de harmonia com o sistema era também o reforço das garantias do arguido. Os requisitos alínea b) do nº 1 do artigo 357<sup>o</sup> precisavam, pois, de ser completados, com outras alterações específicas de disposições do Código.

A transmissibilidade das declarações exigia a assistência de defensor, daí que também a alínea b) do nº 1 do artigo 64<sup>o</sup> tenha sido alterada, passando a mesma a ser obrigatória “nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária” (<sup>145</sup>), que são precisamente os que relevam, para efeitos de aproveitamento posterior de declarações (<sup>146</sup>).

A consequência para a falta de assistência por defensor e para a omissão ou violação do dever de informação é a impossibilidade de as declarações serem reproduzidas, lidas e valoradas, em suma, aproveitadas em audiência de julgamento,

---

(<sup>143</sup>) O §254 do StPO permite a leitura de declarações anteriores do arguido com a finalidade de obter provas respeitantes a confissão ou em caso de contradições e discrepâncias, sendo que o primeiro caso era precisamente o que o regime anterior português vedava antes da alteração de 2013.

(<sup>144</sup>) Exigindo-se o dever de advertência no artigo 64<sup>o</sup> do CPPI, o artigo 513<sup>o</sup> do mesmo Código permite a leitura destas declarações prestadas quer perante autoridade judiciária, quer perante os órgãos de polícia criminal, ficando sujeitas, nos termos no artigo 192<sup>o</sup> à livre apreciação da prova (Assim, SIRACUSANO, 2004, p. 367).

(<sup>145</sup>) A obrigatoriedade de assistência de defensor no debate instrutório e na audiência passou para a alínea c) do nº 1 do artigo 64<sup>o</sup>, eliminando a sua dispensa quando se tratasse de processo que não pudesse dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento. Mantiveram-se as redacções das restantes alíneas.

(<sup>146</sup>) Assim, DÁ MESQUITA, 2011, p. 432: “A assistência de defensor, desde o início do processo, apresenta-se como factor fundamental dos direitos políticos e da legitimidade da utilização probatória das declarações processuais contra o próprio.”

“assegurando uma decisão esclarecida do arguido quanto a uma posterior utilização das declarações que, livremente, decide prestar” <sup>(147)</sup>.

Por outro lado, foi também eliminada a obrigatoriedade do arguido de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, constante da alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º e do n.º 3 do artigo 141.º.

Foi já explicitado que o segundo momento do primeiro interrogatório judicial de arguido detido, cujo regime consta do artigo 141.º, e que se estende a outros interrogatórios *ex vi* n.º 1 do artigo 144.º, é aquele em que o juiz informa o arguido de uma série de elementos cujo conhecimento por aquele sujeito é crucial para um bom exercício do seu direito de defesa e que vem previsto no n.º 4 <sup>(148)</sup>. Ora, e para dar cumprimento ao requisito do dever de advertência da alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º, veio a lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro conferir uma nova redacção à alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º, dispondo que o juiz informa o arguido “de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova” <sup>(149)</sup>.

O dever de advertência da alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º não é uma novidade legislativa ao nível europeu. No direito italiano, encontra-se no n.º 3 do artigo 64.º do Código de Processo Penal Italiano, dispondo precisamente que em sede de interrogatório, o arguido deve ser informado do seu direito ao silêncio e de que as declarações que prestar podem vir a ser usadas contra si <sup>(150)</sup>.

Outro aspecto já visitado foi o de que, uma vez lidas ou aproveitadas em audiência de julgamento, as declarações anteriores do arguido ficariam sujeitas ao

---

<sup>(147)</sup> Conforme consta da exposição de motivos da proposta de lei 77/XII, p. 3. Contudo, o artigo 141.º nada dispõe sobre estas consequências.

<sup>(148)</sup> *Supra*, p. 38.

<sup>(149)</sup> A Lei n.º 20/2013 alterou também o n.º 2 do artigo 144.º, excluindo a aplicação pelos órgãos de polícia criminal, nos interrogatórios por estes levados a cabo, do dever de advertência constante da alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º. Foi mais uma opção do legislador para garantir que a transmissibilidade de declarações do arguido só opera relativamente a interrogatórios perante autoridade judiciária, excluindo os órgãos de polícia criminal.

<sup>(150)</sup> O referido preceito, na sua redacção original, dispõe que: “3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso;”

princípio da livre apreciação da prova <sup>(151)</sup>, regra que não sofreu qualquer alteração pela nova lei.

Contudo, conforme decorre do texto da própria exposição de motivos da proposta de lei 77/XII <sup>(152)</sup>, a alteração legislativa em estudo pretendeu travar situações específicas “geradoras de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema da justiça”, nomeadamente os casos em que o arguido, tendo confessado o crime na fase de inquérito, e remetendo-se ao silêncio em audiência de julgamento, era depois absolvido, por impossibilidade de aproveitamento probatório das suas anteriores declarações. Com a nova lei, a confissão inicial aproveitar-se-ia, seria lida e reproduzida em audiência de julgamento e valorada na decisão.

No entanto, há que não ignorar o conteúdo do artigo 344º, que regula a confissão em audiência de julgamento. A confissão do arguido, operada através das suas declarações nas fases preliminares do processo e transmitida, por reprodução ou leitura, para a audiência de julgamento, nos termos da alínea b) do artigo 357º, seguirá o regime do artigo 344º? Nesse caso, uma confissão integral e sem reservas transmitida das fases preliminares do processo terá as consequências do nº 2 e 4 do artigo 344º, nomeadamente quanto à paragem na produção de mais prova? Veio o legislador esclarecer directamente, na nova redacção do nº 2 do artigo 357º <sup>(153)</sup>, que assim não será, pelo que aquelas declarações não valerão como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344º. Ficam, por isso, sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova.

Para que o conteúdo do artigo 357º e as novas possibilidades de aproveitamento de declarações do arguido possam ter aplicação prática, foi também necessário reformar o regime de registo e transcrição daquelas declarações. Expandir aquelas possibilidades significou também restringir (para alguns, além do limite admissível) os princípios da imediação, oralidade e concentração. Assim, e também para manter a “fiabilidade que devem merecer tais declarações” o legislador impôs que aquelas fossem “documentadas através de registo áudio visual ou áudio, só sendo permitida a documentação por outra

---

<sup>(151)</sup> *Supra*, p. 25.

<sup>(152)</sup> *Supra*, p. 19.

<sup>(153)</sup> De referir ainda que o anterior nº 2 do artigo 357º passou a nº 3, mantendo a mesma redacção. Os nºs 7 a 9 do artigo 356º também mantêm a mesma redacção, pelo que continuam a ser aplicáveis também à permissão de leitura ou reprodução de declarações anteriores do arguido em audiência de julgamento.

forma quando aqueles meios não estiverem disponíveis”, o que implicava “ganhos substanciais para a investigação” (154).

A disposição alterada nesse sentido foi o artigo 101º que passou a prever, na parte final do nº 1 que o funcionário referido no nº 1 do artigo anterior deve, nos casos legalmente previstos, proceder à gravação áudio ou áudio visual da tomada de declarações e decisões verbalmente proferidas, sendo certo que, nos termos do nº 4, “sempre que for utilizado registo áudio ou áudio vídeo não há lugar a transcrição”.

Enquadra-se neste âmbito o caso legalmente previsto pela nova redacção do nº 7 do artigo 141º que dispõe que “o interrogatório do arguido, é efectuado, em regra, através de registo áudio ou áudio visual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, ou a documentação através de auto, quando aqueles meios não estiverem disponíveis, o que deverá ficar a constar do auto” (155).

Os registos áudio ou áudio vídeo ficarão então disponíveis no prazo de 48 horas para qualquer sujeito processual que assim o requeira, nos termos da parte final do nº 4 do artigo 101º, com ressalva quanto ao disposto relativamente ao segredo de justiça.

### **III. Possíveis aspectos problemáticos provenientes do novo regime**

Ainda o novo regime de aproveitamento das declarações anteriores do arguido consubstanciava apenas uma proposta de lei e já gerava grande controvérsia doutrinária.

Dois pólos autónomos se destringem facilmente nesta discussão: por um lado, a defesa da descoberta da verdade material e do princípio da investigação, aliados à incompreensão social do regime da intransmissibilidade das declarações do arguido inclinavam-se favoravelmente à alteração legislativa (156); por outro, os defensores do

---

(154) Texto da Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 77/XII, p. 4.

(155) Também sofreu alteração a alínea c) do nº 3 do artigo 99º, que passou a exigir que os autos contivessem, além dos requisitos previstos para os actos escritos, menção da descrição especificada não só das operações praticadas, da intervenção de cada um dos participantes processuais, das declarações prestadas, do modo como o foram e das circunstâncias em que o foram, *incluindo, quando houver lugar a registo áudio ou áudio visual, à consignação do início e termo de cada declaração, dos documentos apresentados ou recebidos e dos resultados alcançados, de modo a garantir a genuína expressão da ocorrência* (itálico nosso). Estas exigências da parte final da alínea c) do nº 3 do referido artigo estão em consonância com a redacção atribuída ao nº 8 do artigo 141º que, a propósito do interrogatório de arguido detido dispõe que “quando houver lugar a registo áudio ou áudio visual deve ser consignado no auto o início e o termo da gravação de cada declaração”.

(156) As razões de indignação ou incompreensão social alegadas na exposição de motivos da proposta de lei nº 77/XII não foram compreendidas por todos como razão suficiente para alterar a lei então vigente.

regime da intransmissibilidade tal havia sido concebido anteriormente e que alertavam para a subversão do acusatório e das garantias de defesa do arguido.

Basta atentar nos vários pareceres sobre a proposta de lei nº 77/XII para logo nos apercebermos da diversidade de posições e de aspectos problemáticos apontados ao novo regime, em especial à alínea b) do nº 1 do artigo 357º.

#### **a) O aproveitamento de declarações prestadas perante autoridade judiciária**

Uma primeira questão será a de saber se é legítimo que as declarações do arguido, passíveis de transmissibilidade, possam ser prestadas perante autoridade judiciária, isto é, não só perante juiz mas também perante o Ministério Público, excluindo a lei deste âmbito os órgãos de polícia criminal <sup>(157)</sup>.

Contra esta medida pode sustentar-se que “o legislador de 87 pretendeu assegurar uma interacção comunicativa entre o arguido e o juiz, o que correspondia à tradição do interrogatório judicial no julgamento e realiza o princípio da investigação, ou seja o poder-dever do tribunal de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa” <sup>(158)</sup>. Com a inclusão do Ministério Público perder-se-ia essa interacção.

Mais, de facto o Ministério Público, enquanto responsável pela direcção do inquérito, tem um papel diferente do Juiz de Instrução, fundamentalmente virado para a obtenção de resultados na investigação. Enquanto o Juiz de Instrução é uma figura imparcial, distante do processo, garante do respeito pelos direitos fundamentais nas fases preliminares do processo penal <sup>(159)</sup>, o Ministério Público, embora vinculado ao dever de objectividade e devendo ser o mais imparcial possível, orchestra uma

---

Assim, recebeu a Ordem dos Advogados e Germano Marques da Silva, no parecer dado sobre a proposta de lei que “as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e políticos inspiradas por um certo populismo em matéria de combate ao crime que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelo menos dos meios de comunicação social” (Parecer da Ordem dos Advogados sobre a proposta de Lei nº 77/XII, pedido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37090>, p. 14 e SILVA, Germano Marques da, “Notas Avulsas sobre as Propostas de Reforma das Leis Penais (Propostas de Lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Abril/Setembro, p. 531).

<sup>(157)</sup> Nos termos do disposto no nº 2 do artigo 144º.

<sup>(158)</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, 2012, p. 530 e Parecer da Ordem dos Advogados sobre a proposta de Lei nº 77/XII, pp. 13-14.

<sup>(159)</sup> O juiz de instrução tem a competência exclusiva durante o inquérito para a prática dos actos previstos no nº 1 do artigo 268 e para ordenar os actos descritos no nº 1 do artigo 269º e no nº 2 do artigo 270º.

estratégia processual em busca da descoberta da verdade e de uma decisão sobre a acusação <sup>(160)</sup>, pelo que, no entender de alguns, “não pode deixar de se envolver e comprometer interessadamente com a dedução e sustentação da acusação”, o que será “difícilmente compatível com a direcção da tomada de declarações auto incriminatórias do arguido, para valerem em audiência, mesmo que este aí não compareça ou se remeta ao silêncio” <sup>(161)</sup>.

Neste entendimento, o interrogatório do Ministério Público fará com se o arguido fique constrangido em prestar declarações, ou que o fará de forma menos espontânea, comprimindo o seu direito ao silêncio, na sua vertente de livre escolha entre prestar ou não voluntariamente declarações. Em sentido diverso, é o próprio Conselho Superior da Magistratura que aplaude a utilização de declarações do arguido prestadas perante magistrado do Ministério Público, “sobretudo em face do modo como se encontram delimitados os poderes do juiz de instrução em Portugal” <sup>162</sup>.

Defende esta corrente, e parece que com razão, que “os deveres de isenção, de objectividade e de obediência à lei dos magistrados do Ministério Público são os mesmos que têm os juízes” e nessa medida os magistrados do Ministério Público “não têm qualquer «compromisso» com a acusação” <sup>(163)</sup>, pelo que não fará sentido afirmar que o arguido perderá espontaneidade nas suas declarações.

---

<sup>(160)</sup> Nos termos no n.º 1 do artigo 53.º, “compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade”. Cfr. ALBUQUERQUE, 2011, pp. 155 e ss.

<sup>(161)</sup> Assim, o Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical de Juizes Portugueses sobre as Propostas de Lei de alteração do Código Penal, Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, Abril 2012, disponível em <http://www.asjp.pt/2012/05/04/parecer-do-geot-alteracoes-ao-codigo-penal-ao-codigo-de-processo-penal-e-ao-codigo-de-execucao-de-penas-maio-2012/>, p. 46, que dá por reproduzido quanto a este assunto o que consta do Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical de Juizes Portugueses sobre o Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, Dezembro 2011. No entendimento desta entidade, só a “prestação de declarações perante o juiz representa, pois, a garantia mínima de aquelas foram prestadas contraditoriamente num quadro de isenção, exaustividade e liberdade de declaração, que a presença obrigatória de defensor não pode substituir”. A sugestão do Gabinete, em alternativa à solução consagrada, seria que o Ministério Público pudesse suscitar “a tomada de declarações perante o juiz de instrução sempre que o arguido se disponha a proferir declarações auto incriminatórias antes do julgamento” (Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical de Juizes Portugueses, 2012, p. 47).

<sup>(162)</sup> Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre a proposta de Lei n.º 77/XII, pedido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37090>, p. 5.

<sup>(163)</sup> Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao Projecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal, p. 31.

Já o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público vai ainda mais longe que o próprio texto da Proposta de Lei nº 77/XII que ficou consagrado na Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, entendendo que não só as declarações do arguido prestadas perante o Ministério Público mas também as prestadas perante órgão de polícia criminal deviam ser susceptíveis de transmissibilidade para a audiência de julgamento <sup>(164)</sup>.

#### **b) A obrigatoriedade de assistência de defensor: suficiente assistência?**

A nova redacção da alínea b) do nº 1 do artigo 64º procurou coadunar as alterações legislativas relativas ao aproveitamento de declarações anteriores do arguido com o regime da assistência de defensor, que passou a ser obrigatória nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária. A falta da presença do defensor determinará, como explicitado, que aquelas declarações não poderão ser utilizadas e, por outro lado, a sua presença garantirá que as declarações são prestadas de forma livre e consciente <sup>(165)</sup>.

Esta alteração é bastante consensual: afinal, mesmo que não se concorde com o novo regime de aproveitamento das declarações anteriores do arguido, não teria sentido permitir ou manter no ordenamento jurídico português uma alteração em que se maximizam as potencialidades desse regime sem que se reforcem as garantias de defesa do arguido.

Ainda assim, pode levantar-se aqui uma questão problemática. Sabendo que, nos termos do artigo 141º, nº 6, 143º, nº 2 e 144º, nº 1 <sup>(166)</sup>, o defensor deve abster-se de qualquer interferência no decorrer do interrogatório <sup>(167)</sup>, coloca-se o problema de saber se os direitos do arguido estarão suficientemente assegurados <sup>(168)</sup>.

---

<sup>(164)</sup> “(...) nenhum argumento válido se encontra para afastar deste regime as declarações prestadas pelo arguido perante órgão de polícia criminal” (Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao Projecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal, Abril de 2012, disponível em <http://www.smmp.pt/?p=16706>) p. 34.

<sup>(165)</sup> Assim, ONETO, Isabel, “As Declarações do Arguido e a Estrutura Acusatória do Processo Penal Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 2, nº 2, 2013, p. 169.

<sup>(166)</sup> Com um regime diferenciado para a intervenção do defensor em audiência de julgamento, constante da do artigo 345º.

<sup>(167)</sup> Com excepção da arguição de nulidades e pedidos de esclarecimento das respostas dadas pelo arguido, bem como, findo o interrogatório requerer ao juiz que formule perguntas relevantes para a descoberta da verdade.

<sup>(168)</sup> Veja-se, por exemplo, o caso do interrogatório judicial de arguido detido, que continua “a ser um acto marcado por uma interacção comunicacional bipolar entre o juiz de instrução (interrogador) e o arguido (interrogado)” (DÁ MESQUITA, 2010, p. 242).

É que, de facto, com a possibilidade de aproveitamento posterior das declarações do arguido, também a valoração sobre o que disse começará logo nas fases preliminares pelo que a estratégia de defesa do arguido terá de ser forjada logo no momento do interrogatório. O arguido, enquanto leigo, não possui conhecimento jurídico que o habilite a escolher a melhor estratégia perante essa possibilidade de aproveitamento <sup>(169)</sup>. Daí que a escolha da linha de defesa exija não apenas a mera presença do defensor, mas a sua efectiva intervenção ao longo do interrogatório.

Para Isabel Oneto, “a menor capacidade de intervenção do defensor em interrogatório de arguido perante autoridade judiciária sempre constituirá uma limitação ao pleno exercício pelo arguido do seu direito de defesa, atendendo em particular à circunstância de ter sido elevada à categoria de meio de prova admissível em audiência a leitura dessas suas declarações” <sup>(170)</sup>.

Também Germano Marques da Silva sustenta a importância da intervenção do defensor na elaboração da estratégia de defesa, não podendo o defensor “ser mais o mero polícia do acto, mas verdadeiro assistente do arguido”. Com a possibilidade de utilização posterior das declarações, essa maior intervenção justificar-se-ia, desprezando-se a assistência por defensor “meramente formal”. O autor relembra e duvida que o actual sistema de defesas oficiosas e de defensor de escala seja também suficiente para garantir a defesa do arguido <sup>(171)</sup>. Parece que, de facto, assim será, uma vez que será muito difícil a este defensor, dado o seu contacto breve e imediato com o processo antes da realização, por exemplo, do primeiro interrogatório de arguido detido, preparar e acompanhar convenientemente o interrogatório e zelar para que “sejam formuladas as perguntas adequadas ao enquadramento das declarações do arguido, o que pressupõe que já nessa fase o defensor tenha pleno conhecimento dos factos imputados e estabelecido a estratégia de defesa” <sup>(172)</sup>.

Poderia, eventualmente, o legislador ter ido mais longe na possibilidade de intervenção de defensor aquando da realização de declarações perante autoridade

---

<sup>(169)</sup> Adriana Ristori salienta que podem “existir elementos que promovam a diminuição de pena, ou até mesmo a absolvição, de que o arguido não tenha perfeito conhecimento e alcance, e que somente o defensor possa alegar a seu favor, após realizar a entrevista” (RISTORI, 2007, p. 139).

<sup>(170)</sup> ONETO, 2013, p. 171.

<sup>(171)</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, 2012, p. 535.

<sup>(172)</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, 2012, *idem*.

judiciária nas fases preliminares do processo. Ou poderá, também, ser repensado o regime da defesa oficiosa e da defesa de escala <sup>(173)</sup>.

### **c) Crise dos princípios da imediação, oralidade e concentração?**

Como explicitado, a recente alteração ao regime do aproveitamento de declarações anteriores do arguido não constituiu uma ruptura total com o regime anterior. O artigo 357º continua a representar uma excepção aos princípios da imediação, oralidade e concentração e não uma permissão absoluta de leitura ou reprodução de declarações do arguido em audiência de julgamento.

Contudo, pode colocar-se o problema de saber se permitir a reprodução ou leitura de declarações anteriores do arguido prestadas perante autoridade judiciária, tendo o arguido sido informado de que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser usadas no processo, contende ou não com os princípios que norteiam o funcionamento da audiência de julgamento.

O legislador procurou reforçar a imediação, ou seja, a proximidade entre o julgador e o que foi dito pelo arguido, promovendo a obrigatoriedade de o interrogatório do arguido ser efectuado através de registo áudio ou audiovisual e proibindo o registo por outros meios, salvo se os primeiros não estiverem disponíveis (nº 6 do artigo 141º e nº 4 do artigo 101º). Sem dúvida que o registo áudio, e ainda mais o audiovisual possibilitam ao julgador um contacto mais directo com o que o arguido disse do que aquele que resultaria apenas da leitura dos autos. O juiz de julgamento poderá analisar, através das gravações, não só o conteúdo estrito das declarações mas também todas as expressões, trejeitos, entoações ou pausas naquelas declarações, o que permitirá uma valoração mais apurada das mesmas.

As opiniões são unânimes em considerar que a modernização tecnológica do sistema judiciário constitui um passo na direcção certa. No então, a sua implementação nos tribunais portugueses será muito difícil pois poderá “gerar consideráveis problemas

---

<sup>(173)</sup> Conforme sustenta Adriana Ristori: “Seria, portanto, indispensável que todo Estado criasse uma instituição tão forte e organizada como o Ministério Público, a fim de plenamente assegurar a ampla defesa, o contraditório, a paridade de armas, que patrocinasse os interesses daqueles que não possuem condições financeiras para contratar um bom advogado” (RISTORI, 2007, p. 136).

práticos, em termos de gestão dos escassos recursos disponíveis nos serviços judiciais”<sup>(174)</sup>.

Na exposição de motivos da proposta de lei 77/XII, o registo de declarações através de meios técnicos é tida como eficaz para a investigação, traduzindo “ganhos substanciais” para a mesma, “uma vez que sem a mediação que implica a redução a escrito das declarações, não só se economiza tempo dos agentes da investigação, como se potencia a fidedignidade do que foi dito”<sup>(175)</sup>. Contudo, o reverso também pode ocorrer: é que uma breve leitura dos autos pouparia o dispêndio de tempo, em muitas circunstâncias, aos agentes da investigação, por contraponto à audição ou visualização completa de uma gravação<sup>(176)</sup>.

Além disso, a proibição do nº 7 do artigo 141º não significa que o facto de terem sido prestadas declarações seja totalmente excluído dos autos. Há que dar também cumprimento ao disposto no nº 3 do artigo 99º<sup>(177)</sup>, sob pena de os termos que devam constar do auto passarem apenas “a constar do registo áudio e áudiovídeo, não sendo lavrado qualquer suporte físico onde constassem os elementos constantes” daquele artigo<sup>(178)</sup>.

#### **d) Subversão do acusatório e da prerrogativa contra a auto-incriminação?**

O sistema processual penal português tem estrutura acusatória, conclusão que decorre da própria Constituição, sendo certo que a regra da intransmissibilidade da prova constitui um corolário da mesma<sup>(179)</sup>. Importa manter a separação entre a entidade que investiga e a entidade que julga, daí que o que conte para valoração na

---

<sup>(174)</sup> Parecer do Gabinete do Procurador Geral da República, p. 11.

<sup>(175)</sup> Texto da Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 77/XII, p. 4.

<sup>(176)</sup> Também assim, questionando os efeitos que esta medida pode vir a ter nos processos, “nomeadamente em função de aquele registo implicar a posterior audição ou visualização em tempo real”, Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical de Juizes Portugueses, p. 16.

<sup>(177)</sup> A alínea c) do nº 3 do artigo 99º dispõe que o auto deve conter “a descrição especificada (...) das declarações prestadas, do modo como o foram e das circunstâncias em que o foram, incluindo, quando houver lugar a registo áudio ou audiovisual, à consignação do início e termo de cada declaração”.

<sup>(178)</sup> Assim, Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao Projecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal, Abril de 2012, disponível em <http://www.smmp.pt/?p=16706>, p. 20.

<sup>(179)</sup> *Supra*, p. 30.

decisão seja a prova produzida em julgamento e não a prova provinda de fases anteriores do processo <sup>(180)</sup>.

Daí que, na opinião de Paulo Sousa Mendes, a alteração legislativa ora em estudo “estará a pôr em crise a estrutura acusatória do processo penal”, bem como outros “princípios jurídicos congruentes, que vão desde o contraditório, passando pela igualdade de armas, até à oralidade e à imediação, não se devendo esquecer neste contexto a vinculação de todos esses princípios ao próprio princípio da livre convicção” <sup>(181)</sup>.

Mais, a prerrogativa conta a auto-incriminação e o direito ao silêncio estariam também postos em causa.

Para os que defendem a manutenção do regime anterior, esta alteração, no limite, visando maior eficácia da investigação e da descoberta da verdade material, seria até contraproducente desse ponto de vista, pois inibindo-se o arguido de prestar declarações (por um lado, pelo interrogatório ser conduzido pelo Ministério Público e por outro, por se advertir o arguido de que não exercendo o direito ao silêncio, as suas declarações poderão ser usadas no processo) reduziam-se também os meios de prova, por declaração, obtidos durante a investigação <sup>(182)</sup>.

Contudo, este argumento parece ser de rebater. A investigação ficará tão prejudicada pelo silêncio do arguido em face da advertência de que tudo o que disser poderá ser usado no processo como ficava antes caso prestasse declarações que em todo

---

<sup>(180)</sup> Contudo, a estrutura acusatória e os princípios da imediação, oralidade e concentração e contraditório também vigoram em Itália e isso não impediu que a transmissibilidade, em moldes mais abrangentes que os que vigoravam no direito português, fosse acolhida pelo artigo 513º do Código de Processo Penal Italiano. Admite-se até a transmissibilidade das declarações prestadas perante órgão de polícia criminal. Assim TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, Milão, Giuffré Editore, 2003. pp. 562-563.

<sup>(181)</sup> MENDES, Paulo de Sousa, “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais – Pareceres e Intervenções – Propostas de lei de revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal*, disponível em [http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias\\_e\\_Eventos/Sousa\\_Mendes\\_Aproveitamento\\_das\\_declaracoes\\_do\\_arguido\\_anteriores\\_ao\\_julgamento.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf), p. 14.

<sup>(182)</sup> Nesse sentido, Paulo Sousa Mendes, sustentando que “(...) é provável que uma alteração legislativa que consagre a possibilidade de aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento possa desencadear, na prática, a reacção do arguido de antecipar o silêncio para uma fase anterior ao julgamento, retirando assim à investigação criminal um importante instrumento de recolha de informação para o esclarecimento da verdade material” (“A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais – Pareceres e Intervenções – Propostas de lei de revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal*, disponível em [http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias\\_e\\_Eventos/Sousa\\_Mendes\\_Aproveitamento\\_das\\_declaracoes\\_do\\_arguido\\_anteriores\\_ao\\_julgamento.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf), p. 14)

o caso nunca mais poderiam ser usadas nem valoradas, bastando para isso a vontade do arguido em manter o silêncio durante o julgamento.

A nova lei pretendeu eliminar que o arguido pudesse usar de um verdadeiro direito ao arrependimento, ou de apagar o que disse <sup>(183)</sup>, optando simplesmente por permanecer em silêncio durante a audiência de julgamento, pelo que o que se deve garantir é que “desse silêncio não resulte um privilégio odioso para o arguido: um verdadeiro «direito à impunidade»” <sup>(184)</sup>. Não parece que, por tal facto, esteja o sistema a retornar aos tempos idos do inquisitório ou do Estado autoritário. Trata-se de uma evolução natural de um sistema confiante nas suas capacidades democráticas, que não pode nem deve atender apenas aos direitos do arguido, relegando papel da busca da verdade material e do próprio ofendido pelo crime <sup>(185)</sup>.

Para que as declarações possam ser aproveitadas, é o próprio arguido que, devidamente informado após a advertência imposta pela lei, renuncia ao direito ao silêncio e se propõe a falar. Uma vez que o uso do seu direito de defesa é, acima de tudo, a sua possibilidade de escolha entre usar ou não o direito ao silêncio e que o mesmo não possa ser valorado de nenhuma forma, não parece que a utilização das declarações do arguido, depois de *tomada a opção* de quebrar o silêncio, contenda com os seus direitos de defesa.

Não significa isto que a confissão do arguido nas fases preliminares do processo, transmitida depois para a audiência de julgamento, sem demais outras provas, seja o bastante para uma condenação <sup>(186)</sup>, ainda que a lei não o consagre directamente <sup>(187)</sup>.

---

<sup>(183)</sup> Paulo Dá Mesquita assinala a forma como o regime de aproveitamento de declarações do arguido anterior à alteração de 2013 constituía uma “luta contra a confissão prévia” (DÁ MESQUITA, 2010, p. 255).

<sup>(184)</sup> Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, p. 27.

<sup>(185)</sup> Nesse sentido, AA.VV., *Mudar a Justiça Penal, Linhas de Reforma do Processo Penal Português* (Coord. António João Latas), Coimbra, Almedina, 2012, p. 96.

<sup>(186)</sup> Em consonância com o disposto no n.º 2 do artigo 19.º da lei de protecção de testemunhas, que dispõe que “Nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada”.

<sup>(187)</sup> “(...) irá pôr-se certamente nos tribunais a questão da admissibilidade da condenação do arguido apenas com base em declarações prestadas em fase anterior – por exemplo nos casos de julgamento na ausência do arguido ou de este se recusar a prestar declarações – quando as mesmas não sejam corroboradas por qualquer outra prova. Este é um aspecto em que se considera que o legislador deve fazer uma opção clara e consagrá-la na lei, de maneira a evitar dúvidas desnecessárias e interpretações jurisprudenciais divergentes”, Parecer do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da Associação Sindical de Juizes Portugueses, p. 47.

#### **Capítulo IV - Em razão da verdade: ponderação dos valores em discussão**

O regime legal do aproveitamento das declarações do arguido começou por ser consagrado, no Código de Processo Penal de 1929, como uma permissão geral em que tudo o que havia sido dito nas fases preliminares do processo poderia ser livremente transportado para a audiência de julgamento.

Com o advento do regime democrático em Portugal, a nova Constituição de 1976 e, por fim, com a codificação das normas processuais penais no Código de Processo Penal de 1987, deu-se uma inversão de paradigma. A exigência de uma estrutura acusatória do processo, do respeito pelo princípio da imediação, concentração e oralidade da audiência de julgamento e a novidade da prerrogativa contra a auto incriminação impediam a transmissibilidade livre das declarações do arguido. Assim, para que as anteriores declarações do arguido fossem lidas e valoradas em audiência, até à entrada em vigor da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, das duas uma: ou, voluntariamente, aquele sujeito processual se decidia a fazê-lo, ou, tendo as declarações sido prestadas perante juiz, o arguido, quebrando o silêncio em audiência de julgamento, entrava em contradição ou discrepância com o que havia dito. Fora destes casos, a transmissibilidade não era permitida.

Logo daqui se retira uma conclusão: a finalidade deste regime não era impedir uma eventual contaminação da íntima convicção do julgador com o conteúdo de declarações anteriores do arguido, em detrimento daquelas que, directamente produzidas na sua presença e sob o seu escrutínio na audiência de julgamento, deviam ser as correctamente valoradas para efeitos da decisão sobre a absolvição ou condenação. É que se o julgador tem livre acesso aos autos das fases preliminares do processo, sem os quais não pode avaliar se existiram efectivas contradições ou discrepâncias, então não era pela imparcialidade do juiz de julgamento que se temia. Pelo contrário, era um sistema plenamente convicto nas capacidades dos magistrados judiciais. E assim se manteve com as recentes alterações ao regime em estudo.

Senão vejamos.

A Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro veio antecipar o ambiente de julgamento à fase de investigação e nomeadamente aos interrogatórios conduzidos por autoridade judiciária. Isto porque na prática, com o registo áudio e audiovisual, o juiz de

juízo terá um acesso muito próximo à realidade que ocorreu no momento em que o arguido prestou declarações e ao conteúdo das mesmas.

Para mais, essas declarações estão sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova, o que, mais uma vez, constitui um indício de que o sistema confia plenamente na capacidade do juiz de julgamento para avaliar a credibilidade ou fiabilidade das declarações do arguido, ainda que o faça recorrendo a uma gravação.

Os princípios que norteavam a excepcionalidade da transmissibilidade das declarações do arguido para a audiência de julgamento não ficam prejudicados. Relativamente ao acusatório, mantém-se a distinção entre a entidade que acusa e a que julga e, como vimos, não há que usar o argumento de que a prova por declarações produzida pela entidade que acusa vai contaminar a convicção íntima do julgador. De todo o modo, o juiz de julgamento já tinha acesso àquela prova, simplesmente não podia valorá-la para efeitos decisórios na sentença. No que concerne ao direito ao silêncio e à prerrogativa contra a auto-incriminação, mantém o arguido a capacidade de dispor sobre o mesmo, sendo advertido, quando seja caso disso, de que as suas declarações poderão ser usadas no processo, sendo certo que sem a advertência está vedada a transmissibilidade. O arguido mantém a capacidade de escolha: simplesmente não pode usá-la para subverter o sistema judicial, nem é esse o *core* do direito ao silêncio. Onde nos parece que pode questionar-se, eventualmente, se a prerrogativa contra a auto-incriminação e os direitos de defesa do arguido estão postos em causa é na possibilidade muito limitada à intervenção do defensor no interrogatório (estando aquele, inclusivamente, impedido de interromper o interrogatório) onde, no fundo, é tomada a decisão sobre o direito ao silêncio que irá ter repercussões ao nível do julgamento do arguido.

As consequências desta alteração nos ganhos para a descoberta da verdade material são inquestionáveis. Mais, o que o arguido disse, mesmo que nada diga em audiência, pode agora ser enquadrado e relacionado com outras provas e, nessa medida, contribuir para um juízo mais fundamentado e mais próximo da realidade material. Nem parece legítimo, salvo o devido respeito por outra opinião, atribuir responsabilidades às novas possibilidades de transmissibilidade por eventuais perdas na investigação, em virtude de o arguido se remeter mais facilmente ao silêncio em face das advertências. Mas tanto valem essas perdas como aquelas que resultavam da impossibilidade de

valoração de declarações do arguido, e que eram cruciais para a descoberta da verdade material e para a fundamentação da sentença.

Assim sendo, parece-nos que as alterações trazidas pela Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro são positivas e de acolher de bom grado no nosso ordenamento jurídico. Além disso, como fizemos notar brevemente, não se trata sequer de uma novidade legislativa ao nível do direito processual penal de outros países europeus, de cunho legislativo semelhante ao português.

## **Bibliografia**

AA.VV., *Mudar a Justiça Penal, Linhas de Reforma do Processo Penal Português* (Coord. António João Latas), Coimbra, Almedina, 2012.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003.

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2011.

ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, Reimp. 2006.

ANTUNES, Maria João, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Revista Sub Judice*, nº 4, 1992, pp. 25-26.

BARREIROS, José António, *Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1981.

- “O Julgamento no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1988.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamento de Direito Processual Penal*, Lisboa, AAFDL, 1992, vol.I.

- “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 74 (Abril – Junho), 1998.

CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 4ª Ed., vol. I.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, Parecer do sobre a proposta de Lei nº 77/XII, pedido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>).

CUNHA, José Damião da, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, nº 3, 1997, pp. 403-443.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, vol. I.

- “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português: Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in AA.VV., *Para uma nova justiça penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 191 e ss.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, vol. I.

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DE JUÍZES PORTUGUESES, Parecer sobre as Propostas de Lei de alteração do Código Penal, Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, Abril 2012, (Disponível em: <http://www.asjp.pt/2012/05/04/parecer-do-geot-alteracoes-ao-codigo-penal-ao-codigo-de-processo-penal-e-ao-codigo-de-execucao-de-penas-maio-2012/>).

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS DA ASSOCIAÇÃO SINDICAL DE JUÍZES PORTUGUESES, Parecer sobre o Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, Dezembro 2011, (Disponível em: <http://www.asjp.pt/2011/12/23/parecer-do-geot-sobre-o-projecto-de-lei-de-alteracao-do-codigo-de-processo-penal-dezembro-de-2011/>).

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA, Parecer sobre o Projecto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, (Disponível em: [http://www.pgr.pt/grupo\\_soltas/Actualidades/2012/pareceres/Gabinete-Site.pdf](http://www.pgr.pt/grupo_soltas/Actualidades/2012/pareceres/Gabinete-Site.pdf)).

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, Almedina, 2009, 17ª Ed.

ILLUMINATI, Giulio, “El Sistema Acusatorio en Italia”, in *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp 135-160.

LOUREIRO, Fábio, “O Primeiro Interrogatório Judicial de Arguido Detido – O art. 141.º do Código de Processo Penal após a Reforma de 2007”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Almedina, 2011, pp. 69-89.

MATTA, Paulo Saragoça da, “A livre apreciação da prova e a fundamentação da sentença”, in *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coord. Maria Fernanda Palma, 2004, pp. 221-280.

MENDES, Paulo de Sousa, “Proibições de Prova no Processo Penal”, *Sep. de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 133-154.

- “A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais – Pareceres e Intervenções – Propostas de lei de revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal* (Disponível em: [http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias\\_e\\_Eventos/Sousa\\_Mendes\\_Aproveitamento\\_das\\_declaracoes\\_do\\_arguido\\_anteriores\\_ao\\_julgamento.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf)).

MENEZES, Sofia Saraiva de, “O Direito ao Silêncio: a Verdade por Trás do Mito” in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Almedina, 2011, pp. 117-136.

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- *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.
- *A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal*, texto não publicado e cedido pelo Autor, correspondente à sua intervenção como

orador no Congresso “As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma “cirúrgica”?, organizado e realizado pela Associação Jurídica do Porto e pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 18 de Junho de 2013.

NEVES, Rosa Vieira, *Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na decisão final penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ONETO, Isabel, “As Declarações do Arguido e a Estrutura Acusatória do Processo Penal Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 2, nº 2, 2013, pp. 165-180.

ORDEM DOS ADVOGADOS, Parecer da sobre a proposta de Lei nº 77/XII, pedido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, (Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetaileIniciativa.aspx?BID=37090>).

PALMA, Maria Fernanda, “A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, *Sep. de Revista do Ministério Público*, nº 60, Lisboa, 1995, pp. 101-110.

PATRÍCIO, Rui, *O princípio da presunção da inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português*, Lisboa, AAFDL, 2000.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, Reimp. 2007.

RISTORI, Adriana Dias Paes, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2007.

SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Parecer relativo ao Projecto de Proposta de Lei de Alteração do Código de Processo Penal, Abril de 2012, (Disponível em: <http://www.smmp.pt/?p=16706>).

SILVA, Germano Marques da, “Produção e valoração da prova em processo penal”, *Revista do CEJ*, n.º 4, 1º semestre, 2006, pp. 37-53.

- *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, vol. I e II.

- “Notas Avulsas sobre as Propostas de Reforma das Leis Penais (Propostas de Lei n.ºs 75/XII, 76/XII e 77/XII)”, *ROA*, Ano 72, Abril/Setembro 2012, pp. 521-543.

SIRACUSANO, D., et al., *Diritto Processuale Penale*, Milão, Giuffré editore, 2004, vol. I.

TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, Milão, Giuffré Editore, 2003.

UBERTIS, Giulio, *La Prova Penale – Profili Giuridici ed Epistemologici*, Utet Libreria, Turim, 1995.

VIDAL, Bernardo Marques, *A leitura em audiência de declarações de testemunhas proferidas durante o inquérito*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011.