A UTILIZABILIDADE PROBATÓRIA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS POR ARGUIDO EM FASE ANTERIOR AO JULGAMENTO

Margarida Caldeira

Abstract: *The starting point of the present paper is the amendment made to the Portuguese Criminal Procedure Code regarding the regime that regulates the probative usability of declarations made by the defendant in a pre-trial stage. We begin with a brief historical review in order to uncover any shortcomings of the previous regime that could justify such a radical change of paradigm. Then, we will analyze the consequences that may have resulted from this amendment within the specific structure and principles of criminal procedure. We then conclude with some practical problems that have already been identified and others that we think will result from the application of the new regime.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Insuficiências do regime anterior. 3. Estrutura acusatória e princípios do processo penal. 3.1 Estrutura do processo penal português. 3.2. Princípios do processo penal português. 4. Outras questões práticas. 4.1. Poderão as declarações do arguido valer como prova única na condenação ou terão necessariamente que ser prova corroborante? 4.2. Obrigatoriedade de utilização de recursos áudio e audiovisuais: impossibilidade prática. 4.3. Dificuldades ao nível das defesas oficiosas e da nomeação de defensor de escala. 4.4. Problema da entidade perante a qual se prestam as declarações. 4.5. A nova solução e a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença. 4.6. Liberdade e voluntariedade das declarações. 4.7. Sanção para a violação dos requisitos. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ponto de partida do presente trabalho, realizado no âmbito do seminário de Direito Processual Penal do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, é a alteração operada, no ordenamento processual-penal português, pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro (doravante, Lei n.º 20/2013, e que consubstancia a vigésima alteração ao Código de Processo Penal Português de 1987, doravante CPP).

O referido diploma versa sobre o regime do aproveitamento probatório das declarações prestadas pelo arguido em fase anterior ao julgamento, regime regulado nos arts. 356.º e 357.º do CPP.

Ao alterar regime tão sensível e tão caro ao direito processual penal português, a Lei n.º 20/2013, vem provocar a indignação de uns e o aplauso de outros.

Cremos que a alteração deve ser analisada, não apenas em si, mas como um todo, ou seja, com todos os efeitos reflexos que dela advêm. Assim, e porque julgamos que todas as alterações legislativas se devem fundar em insuficiências ou debilidades de regimes anteriores, começamos por fazer uma breve resenha histórica dos dispositivos que têm regulado, ao longo dos tempos, esta matéria. Pretende-se, neste primeiro Capítulo, descortinar as eventuais insuficiências do regime anterior que pudessem justificar mudança tão radical de paradigma.

Num segundo Capítulo pretendemos indagar das consequências que a alteração possa ter provocado nas contemporâneas construções da estrutura e princípios do processo penal.

Por fim, dedicaremos alguma atenção a questões que já se colocaram, ou que julgamos se podem vir colocar, no âmbito da aplicação prática do novo regime, razões que podem inquinar a bondade do legislador.

2. INSUFICIÊNCIAS DO REGIME ANTERIOR

Interessa-nos, neste ponto, indagar das insuficiências do regime anterior, de forma a que possamos justificar a alteração ao regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido. Basta-nos, para tanto, começar o nosso percurso pela redação original do CPP de 1987. Ora, o referido regime era um tal que permitia a leitura de declarações do arguido aquando da sua própria solicitação, qualquer que fosse a entidade perante a qual fossem prestadas[1] e, por outro lado, quando, tendo sido feitas perante juiz, houvesse sensíveis contradições ou discrepâncias[2] entre estas e as prestadas em julgamento, mas apenas quando as contradições e discrepâncias não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Estabelecia-se assim, um regime geral de proibição da valo-

1 Repare-se que, neste caso, o arguido também decide a extensão do que é lido. Era assim em 1987 e continua a ser assim hoje. Para mais desenvolvimentos, *vide* Cunha, 1997: 421.

2 Discrepâncias e contradições não querem dizer exatamente a mesma coisa. Julgamos que existe, entre ambas, uma diferença de grau. Assim, duas declarações seriam discrepantes ou contraditórias consoante o grau de incompatibilidade entre elas fosse menor ou maior, respetivamente. Para mais esclarecimentos, *vide* Albuquerque, 2009: 898 e segs.

ração destas declarações, uma vez que a mesma só podia ser levada a cabo em casos excecionais[3].

Este regime mantém-se inalterado durante vinte anos, até que, em 2007, se procede a um afrouxamento de alguns dos requisitos do artigo 357.º do CPP. O n.º 2 do artigo 357.º passa, então, a ter a seguinte redação: "quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência"[4]. Deixa assim de se exigir que as contradições ou discrepâncias sejam sensíveis e não possam ser sanadas de outra maneira, a não ser através da leitura em sede de julgamento. Ou seja, para que as declarações anteriores do arguido possam ser valoradas, no caso de não ser o próprio a suscitar a sua leitura, é suficiente que as mesmas tenham sido prestadas perante juiz e que hajam contradições ou discrepâncias entre as declarações prestadas anteriormente e as prestadas em julgamento.[5] Parece-nos que esta é uma alteração ajuizada, uma vez que o conceito "sensíveis" é um conceito geral e abstrato, de difícil concretização prática, que leva a interpretações disformes. Por sua vez, a supressão do segundo requisito, "que não pudessem ser esclarecidas de outro modo", funda-se, julgamos, em razões de economia processual que estiveram na base da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

Encontramos agora, a partir de 2013, um regime ainda mais permissivo. A al. *a)* do n.º 1 do artigo 357.º mantem-se, mais uma vez, inalterada, continuando o arguido a ter a possibilidade de solicitar a reprodução ou leitura de declarações por ele prestadas anteriormente. A al. *b)* do mesmo número é, no entanto, profundamente alterada, passando a permitir-se a leitura e reprodução das declarações "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 n.º 4 do artigo 141.º". A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, introduz também um novo número, ao qual foi atribuído o n.º 2 – passando o antigo n.º 2 para n.º 3 –, que dispõe que "as declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.º". Temos assim que esta alteração leva a uma mudança de paradigma, uma vez que o

3 Santos & Leal-Henriques, 2000: 406 e segs.

4 Redação resultante da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

5 Ainda assim, em ambos os casos, a reprodução ou leitura depende da vontade do arguido. No primeiro caso, depende da sua solicitação e, no segundo caso, depende do facto de o arguido fazer, ou não, uso da prerrogativa de silêncio. *Vide* Mesquita, 2013: 139.

regime de exceção da leitura das declarações anteriormente prestadas passa a ser um regime regra.

No que diz respeito à natureza da leitura ou reprodução, no caso de solicitação pelo próprio arguido, poder-se-ia dizer que se trata de uma manifestação do poder de declarar ou não (*v.g.* arts. 343.º e 345.º do CPP), que lhe é atribuído por força do seu estatuto de sujeito processual que lhe confere um poder de conformação do processo[6]. Neste caso, a leitura também serve o propósito de reforço da credibilidade do arguido, podendo o mesmo provar que a "sua versão dos factos" foi a mesma ao longo de todo o processo.

A definição da natureza da leitura que é levada a cabo com base na al. *b)* do n.º 1 do artigo 357.º é, no entanto, menos fácil de deslindar. Na redação anterior a 2013, parecia claro que a leitura consubstanciava, por um lado, um meio de sanar contradições e discrepâncias num sentido propugnado pelo princípio da descoberta da verdade material e, por outro lado, como uma forma de *impeachment*. Tratava-se, portanto, de uma "prova crítica das declarações por ele [o arguido] prestadas em audiência de julgamento"[7].

Na versão atual, porém, já não podemos falar de *impeachment* ou de "prova crítica" uma vez que a leitura já não serve para sanar discrepâncias ou contradições. Parece-nos que a leitura ou reprodução destas declarações consubstancia, hoje, um verdadeiro meio de prova, sujeito, assim, ao princípio da livre apreciação de prova (artigo 127.º do CPP)[8].

Note-se que, em nenhum dos regimes, era proibido o contacto, por parte do juiz, com as declarações proferidas pelo arguido. Como bem sabemos, no nosso ordenamento jurídico-penal, o juiz tem acesso pleno aos autos lavrados em fases anteriores ao julgamento, vigorando o princípio da transmissibilidade e do livre acesso aos autos. No que toca à matéria da prova, o princípio da transmissibilidade tem valor pleno quando aplicado à prova não pessoal, que transita da fase de investigação para a de julgamento, não se aplicando

6 No mesmo sentido, *vide* Cunha, 1997: 419 e ss. Para um maior esclarecimento acerca da distinção entre sujeitos processuais e meros participantes processuais, Dias, 1974: 240 e ss.

7 Cunha, 1997: 419.

8 A adoção deste princípio revela a propensão por um sistema de prova livre, em contraposição com um sistema de prova legal ou tarifada (sistema no qual o valor da prova está pré-fixado na lei e onde existe uma relação de hierarquia entre os vários meios de prova). Quer isto dizer que o tribunal aprecia a prova de acordo com as regras de experiência e a livre convicção do julgador. Não se confunda, porém, a apreciação livre com a apreciação discricionária porque, no nosso ordenamento jurídico-penal, existe, a par deste princípio, o dever de fundamentação da sentença, o que torna sindicáveis as decisões e, por sua vez, permite o recurso das mesmas. Para mais esclarecimentos, *vide* Albuquerque, 2009: 463 e ss.

à prova de natureza pessoal[9], que apenas pode transitar para a fase de julgamento quando a sua reprodução já não seja possível, tendo que, ainda assim, respeitar estritamente princípios como o do contraditório[10]. No entanto, no regime anterior, apesar de conhecer das declarações – prova pessoal, portanto – prestadas anteriormente, o juiz não as podia valorar, *rectius*, não podia servir-se delas para fundamentar a sentença, podendo agora fazê-lo[11].

Aqui reside, essencialmente, a opinião crítica acerca do regime anterior. A maior parte dos AA. que aplaude o atual aproveitamento probatório de declarações anteriormente prestadas, critica, no regime anterior, a possibilidade de neutralização que a invocação do direito ao silêncio[12] ou a ausência, em fase de julgamento, poderiam ter em relação a essas mesmas declarações. Este efeito neutralizador devia-se ao facto de, segundo entendimento do Supremo Tribunal de Justiça[13] (doravante, STJ), o silêncio e, consequentemente, a ausência não consubstanciarem uma "discrepância ou contradição" – não tem valor de sim ou não – subsumíveis à al. b) do n.º 1 do artigo 357.º, na sua redação anterior.

Na prática isto significava que o arguido podia prestar declarações, eventualmente confessórias e, remetendo-se ao silêncio em fase de julgamento, impedir que as mesmas pudessem ser pelo tribunal valoradas.

Este efeito neutralizador do direito ao silêncio já vinha sendo criticado por Paulo Dá Mesquita[14]. O autor considera que a impossibilidade de valorar as declarações anteriores do arguido era uma "terapêutica radical" para sanar o eventual receio que este pudesse sentir perante o poder estadual, receio que poderia levar a que o arguido se autoincriminasse. Tudo isto levaria, no limite,

---

9 Para uma definição de prova pessoal, *vide* Ferreira, 1955: 223.

10 Pinto, 2013: 190.

11 *Ibidem.*

12 Embora não expressamente consagrado, o direito ao silêncio e correspetiva prerrogativa contra a autoincriminação podem encontrar fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, no direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigos 1.º, 25.º e 25.º da CRP, respetivamente). No que diz respeito ao âmbito do direito processual penal, o direito e a prerrogativa surgem, ainda que de forma indireta, no artigo 61.º, n.º 1, al. *d)* do CPP.

13 *V.g.,* STJ, 2001, onde podemos ler o seguinte: "Se, na audiência de julgamento, o arguido se remeteu ao silêncio, não pode ser atendida a confissão que fez durante o inquérito – ainda que perante magistrado judicial – dada a proibição da sua leitura".

14 Mesquita, 2013: 145 e ss., onde podemos ler que "o direito ao silêncio (...) reporta-se (...) ao direito de não prestar declarações, não se confundindo com um direito de apagar anteriores declarações validamente prestadas".

à exclusão de elementos probatórios imaculados, o que prejudicava gravemente o princípio da economia processual, uma vez que obriga à repetição de prova já produzida e que poderia ser diretamente utilizada em tribunal.

Também para outros autores, *v.g.* Joana Boaventura Martins[15], seria uma tremenda injustiça que o juiz fosse obrigado a absolver um arguido que, em fase de investigação, "confessou" os factos, mas que mais tarde se remeteu ao silêncio, numa situação em que o MP não foi capaz de produzir mais prova. Também segundo a Proposta de Lei n.º 77/XII, "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"[16].

Em nossa opinião, a "indignação social e a incompreensão dos cidadãos" não se devem, necessariamente, ao facto de as declarações anteriores do arguido não possuírem, em regra, valor probatório. Devem-se, isso sim, a um problema mais amplo da justiça penal, o problema da absolvição de agentes que efetivamente cometeram o facto ilícito-típico. Muitos destes casos se devem, por sua vez, a uma deficiente investigação por parte do MP, que deduz acusação sem que tenha uma base probatória suficiente para a condenação posterior[17].

Ficando, assim, por explicar, a *ratio* da alteração legislativa, não será difícil associá-la às mais recentes tendências populistas do direito penal e processual penal[18-19].

---

15 Martins, 2014: 61.

16 Argumentos que parecem ter saído do documento: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011.

17 Neste sentido, *vide* Cunha, 2013: 266 e ss.

18 Ainda que a *ratio* esteja, efetivamente, por encontrar, não podemos deixar de notar as claras semelhanças que o regime atual apresenta para com o regime vigente nos Estados Unidos da América. Os afamados *Miranda Warnings* vêm alterar, em 1966, por força do caso *Miranda v. Arizona*, o regime de recolha das declarações do arguido, quando sob custódia policial. Ora, este regime obriga a que, à recolha da declaração do arguido, preceda uma espécie de notificação informativa, por parte das autoridades policiais, que tem o intuito de esclarecer os direitos que lhe assistem (*v.g.,* direito ao silêncio, direito à assistência por parte de defensor e a advertência de que tudo o que o sujeito disser pode ser, e será, contra ele usado em julgamento). Na base desta alteração de paradigma parecem estar, essencialmente, duas premissas. Por um lado, o reconhecimento das pressões que são exercidas sobre o arguido, no sentido de o fazer falar (numa violação clara do seu direito à não autoincriminação, o *Fifth Amendment Privilege*) e, por outro lado, a convicção de que um tal sistema de avisos pode eliminar o risco das referidas pressões. De acordo com a doutrina de *Miranda*, o interrogatório do arguido deve cessar imediatamente quando o mesmo invoque os seus direitos. Não obstante, o arguido pode renunciar – *waiving* – aos referidos direitos, validando as declarações ainda que não tenha sido efetivado, por exemplo, o direito à assistência por defensor. Ao contrário do que acontece no direito processual penal português, as declarações prestadas em fase anterior ao julgamento podem ter efeito confessório, desde que os avisos sejam prestados de acordo com a lei.

Apraz-nos também dizer, nesta sede, que o anterior regime entrava, de certa forma, em confronto com aquela que tem vindo a ser a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH).

À luz desta jurisprudência, não se encontram obstáculos ao aproveitamento probatório das declarações anteriormente prestadas pelo arguido, tendo sempre sido excluída a aplicabilidade do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH) para fundamentar invalidade das declarações[20]. O processo é analisado como um todo, no sentido de se perceber se o mesmo foi justo e equitativo, maioritariamente no âmbito do artigo 6.º da CEDH[21]. Assim, basta que a leitura ou reprodução de declarações anteriores não contenda com o direito ao um *fair trial* para que as mesmas sejam válidas[22].

Não obstante, podemos dizer que o princípio do contraditório, que aqui também não é despiciendo, é um elemento relevantíssimo para a análise da justeza (*fairness*) do julgamento (artigo 32.º, n.º 5 da CRP)[23].

Os *Miranda Warnings* tiveram, durante largos anos, um período áureo e eram apontados como um dos mais promissores avanços do direito processual penal no que toca às garantias do acusado. Quase cinquenta anos depois, porém, os *Warnings* tornaram-se, de certa forma, uma ferramenta de recolha de declarações por parte das autoridades policiais, que encontraram, entretanto, formas de os contornar sem que as declarações fossem nulas. As autoridades que procedem à investigação dos elementos do crime encontraram uma forma de contornar os efeitos silenciadores que os *warnings* tinham nos arguidos. Têm chegado a tribunal vários casos em que a polícia procede, primeiro, a uma espécie de "pré-interrogatório" sem, contudo, informar o arguido dos direitos que lhe assistem e, depois de o arguido prestar declarações incriminatórias – e antes que o interrogatório termine –, são lhe lidos os *Miranda Warnings* procurando assim, a autoridade que interroga, ratificar todas as declarações proferidas durante o interrogatório porque sabe que, se primeiro esclarecer o arguido, este fará, muito provavelmente, uso da sua prerrogativa de silêncio.
Note-se, por fim, que, ao contrário da alteração ora em análise, os *Miranda Warnings* surgem com um intuito garantístico dos direitos de defesa do arguido.
Para mais esclarecimentos, *vide,* Weisselberg, 2008: 1519-1601; Ryan, 2004: 29-30. Sobre a renúncia seletiva, *vide* Rushin, 2011: 151-178; Lafave & Israel, 1993: 290-351; Thaman, 2001: 581 – 624.

19 No mesmo sentido, Palma, 2012, onde: "a total falta de elementos empíricos que demonstrem, até com uma base estatística, quais são os pontos de tensão e de dificuldade no funcionamento do sistema penal. Esses elementos foram gerados em relação às reformas de 2007 e às posteriores alterações de 2010 e não podem agora ser dispensados".

20 Mesquita, 2013, 145.

21 Este artigo tem também correspondência no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14.º, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 10.º e 11.º, n.º 1.

22 Relevante para o TEDH é a plenitude do direito ao silêncio, do direito a não contribuir para a própria incriminação, no contexto de um mais amplo conceito de processo equitativo. Para tanto, vide: TEDH, 2011; TEDH, 1996.

23 Como decorre, *v.g.,* dos acórdãos TEDH, 1986; TEDH, 1991; TEDH, 2001; e TEDH, 2008. Também, Barreto, 2010: 164 e ss, onde se pode ler que "os princípios do contraditório e da igualdade de armas são elementos incindíveis do processo equitativo. O princípio do contraditório implica que cada uma das

Ao fazerem um excurso pelos vários países da Europa, alguns autores concluem que, no que toca à utilizabilidade probatória das declarações pré-constituídas do arguido, o regime português, na sua redação anterior, era efetivamente o mais garantístico. Não julgamos ser assim.

No país de vizinho, o processo penal é regulado na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim.). A matéria das declarações de arguido é, primeiramente, aflorada no *artícolo 405.*, onde se permite a utilizabilidade das mesmas enquanto prova crítica, quando haja contradições ou quando o arguido se retrate de anterior confissão, o que, no entanto, nos parece um regime insuficiente, uma vez que não se estabelecem, para as mesmas, requisitos de validade.[24] Também é possível a utilização de elementos obtidos em fase *sumarial* – equivalente à fase de investigação portuguesa mas que, no entanto, é da competência de juiz[25] – quando a sua produção não seja possível em *fase de juicio oral*.

Na Alemanha, por sua vez, o regime é semelhante àquele que anteriormente vigorava no nosso ordenamento jurídico. Rege, de forma geral, o princípio de apreciação, em sede de julgamento, da prova pessoal (§250 da StPO[26])[27]. Encontramos, no entanto, as exceções dos §251 e 254 da StPO. O primeiro diz respeito à leitura de autos de exames de testemunhas, peritos e co-arguidos, não tendo, assim, grande relevo para o nosso caso. O segundo, por outro lado, permite a leitura com a finalidade de provar uma confissão ou de eliminar contradição que não possa ser esclarecida de outro modo, requerendo-se, para tanto, que as declarações tenham sido prestadas perante juiz de instrução ou juiz de julgamento, exigência que não se verifica no regime português[28].

Por fim, resta-nos fazer referência ao regime que vigora em Itália, onde se opera uma distinção dos autos consoante a fase a que respeitem, portanto, um

---

partes seja chamada a aduzir as suas razões (de facto e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e o resultado de umas e outras".

24 No ordenamento jurídico-processual penal espanhol o silêncio tem valor de contradição, não existindo, portanto, possibilidade de neutralizar anteriores declarações através do silêncio em audiência. Neste sentido: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 76 e ss.

25 Para maiores desenvolvimentos acerca do sistema processual penal espanhol, *vide* Martins, 2014, 64-73.

26 Strafprozeßordnung.

27 Roxin, Arzt & Tiedemann, 1983: 148 e ss.

28 Martins, 2014: 64 e ss.

sistema de dossiê duplo (*doppio fascicolo*), sistema que partilha fundamentos com o princípio da separação dos poderes do Estado[29].

O processo penal italiano é, deste modo, muito mais adversarial que o português, operando uma estrita cisão entre a fase de diligências preliminares (*indagini preliminari*) e a fase do juízo oral (*dibattimiento*). Os elementos obtidos na primeira não têm valor probatório e estão vedados ao conhecimento do juiz, só as partes a eles têm acesso, não estando consagrado, portanto, o princípio da transmissibilidade dos autos. A função do Ministério Público e a função do Juiz distinguem-se mediante a negação da possibilidade de valoração da prova recolhida pelo primeiro na fase das diligências preliminares, em sede de julgamento[30]. Não obstante, os autos resultantes da primeira fase do processo podem ser inseridos na fase de julgamento e fundamentar a sentença, numa de duas hipóteses: através de um incidente probatório, que é da iniciativa das partes e resulta de um acordo entre ambas; ou como prova crítica, *impeachment*, ainda que o arguido se tenha remetido ao silêncio[31]. Para além destas exceções, e à semelhança do que acontece no direito processual penal português, as provas obtidas na fase das diligências preliminares migram para o julgamento quando sejam irrepetíveis, *rectius*, nos casos de indisponibilidade da matéria sobre a qual versam.

O processo penal italiano divide-se essencialmente em três fases, a fase de investigação preliminar ("*Le indagini preliminari*"), a fase – eventual – da audiência preliminar ("*L'udienza preliminare")* e a fase de julgamento ("*Il dibattimiento")*. Após o término da fase de investigação preliminar poder-se-á seguir uma de três vias, a saber: o arquivamento, o despacho de acusação, em tudo semelhantes ao regime do processo penal português, e, por fim, a audiência preliminar. A audiência preliminar é secreta, contraditória, eventual, presidida por um juiz e tem por objetivo a sanação de dúvidas que tenham surgido quanto à existência de elementos que possam sustentar a acusação de forma suficiente, pretendendo dar cumprimento ao direito de defesa do arguido e ao princípio da imediação[32].

---

29 O *fascicolo per il dibattimento* (artigo 431 do Codice di Procedura Penale Italiano, doravante CPPi) para a fase de julgamento e o *fascicolo del pubblico ministero* (artigo 433 do CPPi). Para um esmiuçamento do processo penal italiano, *vide* Dalia & Ferraioli, 2001: 457 e ss.; Tonini, 2000: 33 e ss.

30 Dalia & Ferraioli, 2001: 25.

31 Illuminati, 2008: 135 e ss.; Dalia & Ferraioli, 2001: 641-643; Bettiol & Bettiol, 2000: 166.

32 Tonini, 2000: 608 e ss.

No que ao interrogatório do arguido diz respeito, e conforme o disposto nos artigos 64.º e 65.º do Codice di Procedura Penale (doravante, CPPi), convém destacar a obrigatoriedade de advertir que as declarações prestadas pelo arguido poderão contra ele ser usadas quando existam contradições entre depoimentos. Comina-se, para a falta de advertência, a impossibilidade de leitura das declarações anteriores. O regime, apesar de muito semelhante ao anteriormente vigente entre nós, acrescentava a necessidade de advertir o arguido da possibilidade de leitura em caso de contradições, o que o torna ainda mais garantístico.

Da breve análise dos vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, concluímos que o regime português anterior só era efetivamente mais garantístico no que toca à possibilidade de neutralização de declarações anteriores operada por força do direito ao silêncio, não no restante.

Em nossa opinião, o *supra* mencionado regime italiano deveria ser objeto de intensa análise por parte do legislador português. Muito embora se possam apresentar algumas objeções a nível de economia processual, podem atribuir-se-lhe também largas vantagens a nível de separação entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga e a nível de reforço das garantias dos sujeitos processuais. Perguntamo-nos até que ponto poderá a economia processual justificar o esbatimento dos direitos de defesa do arguido.

3. ESTRUTURA ACUSATÓRIA E PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

3.1. Estrutura do Processo Penal Português

A opção por uma estrutura de índole acusatória mitigada por um princípio de investigação é uma opção que deve contaminar todo o ordenamento jurídico-processual penal. As normas que o compõem devem orientar-se de forma a garantir e reforçar essa mesma estrutura que, além do mais, tem consagração constitucional no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP). Daqui resulta que tantas vezes se diga que "o direito processual penal é direito constitucional aplicado"[33].

Ora, dizer-se que o processo tem estrutura acusatória significa, essencialmente, duas coisas. Significa que se reconhece ao arguido o estatuto de sujeito processual e significa também que existe uma clara separação, independência,

33 *V.g.,* Miranda & Medeiros, 2010: 709.

entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga[34]. Por outro lado, a consagração constitucional da estrutura acusatória demarca-nos de uma, outrora pujante, estrutura inquisitória.

Somos obrigados a recuar um pouco na história do processo penal para que possamos compreender a dialética entre os sistemas inquisitório e acusatório e, igualmente, todas a construção assente no espaço doutrinal que entre aqueles existe. Informação que consideramos relevante para que possamos analisar as críticas de AA.[35] que defendem que a alteração ora em análise, ofende a estrutura acusatória, ameaçando os princípios que lhe subjazem.

Comecemos, então, pela estrutura inquisitória que, hoje, já não encontramos vigente na sua pureza[36]. Este é um modelo com uma conotação marcadamente repressiva e historicamente associado a experiências totalitaristas. Este modelo define-se, essencialmente, pelo facto de se concentrarem no juiz os poderes de investigar, acusar e julgar. Não existe igualdade entre a acusação e a defesa, o juiz surge numa posição de clara superioridade, de *dominus* do processo, em relação ao arguido, que, consequentemente, é considerado objeto do processo – e não sujeito do mesmo. A esta qualificação do arguido como objeto está subjacente a crença de que a confissão é a rainha das provas (*confessio regina probationum* e *confessus pro convicto habetur*). Assim, a fase de investigação orienta-se, primacialmente, para a tentativa de extrair, do arguido, a confissão dos factos e, uma vez havendo confissão, o caso dava-se por encerrado. Deste modo se atingia a verdade formal, a conclusão formal do processo, sem que interessasse, à ordem judicial, a obtenção da verdade material dos factos. O processo era, à época, um processo escrito, secreto e sem contraditório, estando o arguido despojado de todos os direitos de defesa[37].

No extremo oposto, encontramos um processo penal de tipo acusatório ou adversarial, que pudemos, ainda hoje, encontrar em Inglaterra e nos Estados Unidos da América (doravante, EUA)[38]. Neste modelo, o processo penal partilha, em larga escala, dos fundamentos do processo civil. O processo tem

34 Neste sentido, *vide* Baumann, 1986: 48 e segs.

35 Entre eles, *v.g.,* Mendes, 2013: 1363; e IDPCC-FDUL, 2012.

36 Mendes, 2013: 1365.

37 Neste sentido, *vide* Barreiros, 1981: 12-13; Silva, 2013: 64.

38 Mendes, 2013, 1365.

por base princípios como a oralidade e a publicidade e é estritamente pautado por um princípio de igualdade de partes e/ou de armas. Daqui decorre a qualidade de sujeito processual que é atribuída ao arguido, agora possuidor de amplos direitos de defesa. Distingue-se do modelo vigente na maioria dos países europeus[39] pelo facto de recair, sobre cada uma das partes, o ónus de prova dos factos por si alegados. Consequentemente, também o papel do Ministério Público (doravante, MP) é diferente nos sistemas da *common law*. Não existe dever de objetividade a impender sobre o MP, o que significa que há uma verdadeira subordinação à vontade da parte e não, por exemplo, ao princípio da descoberta da verdade material.

Por fim, resta-nos o referido modelo misto, que concatena características de ambos os descritos[40]. Encontramos aqui uma clara separação e independência entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga. Assim, o processo encontra-se dividido, essencialmente, em duas fases distintas, a fase da investigação e a fase de julgamento, que não se confundem e que estão sob a responsabilidade de duas magistraturas independentes, a judicial e a do MP[41]. Este modelo misto de processo concretiza-se em princípios como o da verdade material, da oralidade, da publicidade, da contraditoriedade, da presunção de inocência – e decorrente *in dubio pro reu* –, da legalidade, *etc.*

No que toca ao direito processual penal português, convém-nos fazer uma breve resenha acerca da sua evolução histórica.

Comecemos, então, pelo Código de Processo Penal de 1929, que vem introduzir princípios processuais penais inovadores e, a par, sistematizar o sistema processual penal que, à época, era composto por inúmeras leis avulsas. Apesar de formalmente acusatório, o processo penal de 1929, apresenta características de um sistema inquisitório, uma vez que atribui, ao juiz de julgamento, a competência para a instrução criminal, muito embora a acusação ainda fosse deduzida pelo MP. Mais tarde, no entanto, a entidade perde a competência

39 Sistema misto, reformado ou napoleónico que vigora, por exemplo, em Portugal, Alemanha, Itália, Espanha, França, *etc.*

40 Sistema que surge com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Aqui distinguia-se a fase de instrução da fase de julgamento, sendo que a primeira tem largos traços inquisitórios, atribuindo-se à segunda, pelo contrário, as características da publicidade, oralidade e imediação. Ora, já daqui começa a resultar que o juízo que se forma em tribunal deve basear-se em provas realizadas com imediação, oralidade e publicidade, apenas sendo possível valorarem-se diligências efetuadas em fase anterior quando seja impossível a sua reprodução e desde que submetidas a contraditório em audiência final. Para mais esclarecimentos, *vide* Winter, 2008: 11-48.

41 Barreiros, 1981: 14; Ferreira, 1955: 45-47.

exclusiva em matéria de instrução do processo, matéria que vai sendo conferida a uma "entidade policial de investigação criminal"[42], mantendo-se, contudo, a regra do secretismo e a exceção da publicidade do processo. É na vigência deste Código que surge a Polícia Internacional e de Defesa do Estado (vulga, PIDE)[43], que passa a ter importante influência no processo penal, uma vez que lhe são atribuídas largas competências de investigação e amplo espaço de atuação[44].

O processo penal vai, com o tempo, sofrendo algumas, pontuais, alterações[45] no sentido de reforço das garantias de defesa, mas é apenas com a Revolução de 25 de abril de 1974 e a consequente CRP de 1976, que o ordenamento jurídico-penal dá um verdadeiro salto qualitativo[46].

Do artigo 32.º da CRP resulta uma clara opção por um processo penal de estrutura acusatória, o que, por sua vez, implica a consagração implícita de uma série de princípios que a caracterizam e densificam.

A estrutura consagrada na CRP não é, no entanto, uma de tipo acusatório puro (como a que encontramos nos sistemas de *common law*). Também se consagra, no nosso ordenamento jurídico-penal, o princípio da investigação, que mitiga aquela estrutura. Num processo penal de estrutura acusatória pura, são as partes que devem prover pelo andamento da causa, recaindo sobre elas o *onus probandi* dos factos que alegam, sob pena de os mesmos não se considerarem provados, sendo o juiz um efetivo terceiro imparcial que apenas assiste ao desenvolvimento do processo e que, *in fine*, sentencia de acordo com a sua convicção – a lógica é, portanto, idêntica à lógica do processo civil, vigorando o princípio da autorresponsabilidade probatória das partes. Num processo acusatório mitigado por um princípio da investigação, pelo contrário, o juiz

42 Barreiros, 1981, 81.

43 Criada pelo Decreto-Lei n.º 35 046 de 22 de outubro de 1945 e reorganizada pelo Decreto-Lei n.º 39 749 de 9 de agosto de 1954.

44 Vide, Barreiros, 1981: 84, onde se pode ler: "A PIDE, tinha poderes ainda mais largos pois, para além de poder prender preventivamente sem culpa formada durante 180 dias poderia, quanto aos «crimes políticos» aplicar medidas de segurança de internamento carcerário, que se traduziam pela sua sucessiva renovação, numa prisão perpétua sem culpa formada (...)".

45 Uma das mais significativas alterações dá-se com o DL n.º 35.007, que pretende aplicar-se à fase da instrução e que, atribuindo competência ao MP para a instrução preparatória, consagra o princípio do contraditório. Para mais esclarecimentos, *vide* Mendes, 2013: 1367; Martins, 2014: 17 e ss.

46 Para mais desenvolvimentos acerca do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de novembro, que dá cumprimento, no processo penal, ao conteúdo programático da CRP de 1976, *vide,* Pinheiro & Maurício, 1976: 27 e ss. E ainda, sobre o Decreto-Lei 377/77, de 6 de Setembro, vide Barreiros, 1981: 96-101.

não assiste passivamente à produção de prova, impende sobre ele um "poder--dever (…) de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando (…) as bases necessárias à sua decisão"[47]. Deste modo, pode – e deve – o juiz ordenar, oficiosamente (artigo 340.º do CPP), a produção de prova que considere necessária ao esclarecimento da verdade dos factos, de acordo com uma conceção material da verdade processual. O tribunal está, porém, limitado pelo objeto do processo, definido no despacho de acusação deduzido pelo MP, e ainda pelo princípio da contraditoriedade e da audiência, que obriga a que as partes se possam pronunciar, contraditoriamente, acerca dos factos sujeitos a julgamento[48].

Apesar de ser possível, a nível teórico, distinguir de forma muito claras os vários modelos possíveis para a estrutura do processo penal, a verdade é que, na prática, temos vindo a assistir a uma miscigenação de estruturas e a uma combinação de caraterísticas que, por princípio, diríamos que não são compatibilizáveis no mesmo sistema processual penal. Bernd Schünemann[49] denuncia esta tendência no processo penal alemão, focando-se essencialmente no problema da transmissibilidade dos autos entre as fases do processo, defendendo, com base num estudo realizado pelo próprio[50], que o conhecimentos dos autos da fase de investigação por parte do juiz de julgamento influencia a sua conduta ao longo do julgamento, o que, no limite, poderá também influenciar o sentido

47 Dias, 1974: 148.

48 Também de acordo com este aspeto, se distingue a estrutura acusatória da estrutura inquisitória. Num processo puro inquisitório, o arguido não tinha a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que consubstanciavam o processo ao qual, enquanto objeto, estava sujeito. Para uma análise mais desenvolvida do princípio da contraditoriedade e da audiência, *vide* Dias, 1974: 149 e ss.

49 Schünemann, 2013: 206 e ss.

50 O referido estudo pretende, essencialmente, averiguar da verificação da teoria da dissonância cognitiva, segundo a qual "toda a pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: (...) o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de autoconfirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (...), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador" (Schünemann, 2013: 208). O A. aplica o estudo da teoria ao processo penal, de forma a provar que a imparcialidade estará sempre comprometida quando o juiz tenha conhecimento de atos anteriores à fase do julgamento.

da decisão final vertida na sentença. Ainda que estas conclusões tenham por base o problema específico que se coloca no direito processual penal alemão, que consiste no facto de no juiz de julgamento se concentrarem os poderes de proferir ou não o despacho de acusação e de caber, ao mesmo juiz, a posterior instrução da causa no caso de ser proferido o despacho, e tendo em conta que o problema não se coloca desta forma no direito processual penal português, julgamos que as conclusões podem ser alargadas aos efeitos do princípio da transmissibilidade dos autos, que vigora entre nós. Segundo alguns AA., o problema poderia ser resolvido com a aproximação ao direito processual penal italiano e ao seu sistema de *doppio fascicolo*, que analisámos *supra*.

3.2. Princípios do Processo Penal Português

Segundo a caracterização de Figueiredo Dias[51], que seguimos, os princípios podem distinguir-se consoante digam respeito à promoção ou iniciativa processual, à prossecução ou decurso processual, à prova e, por fim, à forma de processo.

Destacaremos aqui, apenas aqueles que diretamente se relacionam com a temática do aproveitamento probatório das declarações do arguido, nomeadamente, os princípios da oralidade e da imediação, ambos relativos à forma de processo.

A oralidade e a imediação são afloradas, ainda que indiretamente, pelo artigo 355.º, n.º 1, do CPP, artigo que, segundo nossa opinião, é diretamente atingido pela reforma ora em apreço.

Esta consagração é, segundo Figueiredo Dias[52], um "consciente afastamento dos cânones que presidiam ao processo penal de estrutura inquisitória", processo dominado, como já referimos *supra*, por atos escritos que auxiliavam a ideia de processo secreto vigente. Assim, a oralidade é uma característica necessária a um processo de tipo acusatório. Não se pretende com a sua consagração, que haja uma exclusão absoluta dos atos escritos, mas sim garantir que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento possam servir de base à decisão final do tribunal[53]. Na prática, o processo desenrola-se sob a forma oral, mas os atos são documentados sob a forma escrita.

---

51 Dias, 1974: 114

52 Dias, 1974: 229.

53 Silva, 2000: 89; Ferreira, 1955: 243.

A ideia de oralidade[54] do processo é, ainda, necessária à efetivação do princípio da publicidade, uma vez que só a oralidade permite que o público possa acompanhar e compreender, na íntegra, a prática de atos processuais.

Por sua vez, o princípio da imediação pode definir-se "como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma perceção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão"[55]. Não tem consagração expressa, mas pode extrair-se dos arts. 128.º, n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3 e 355.º do CPP.

Significa, este princípio, que a causa só pode ser decidida por quem tenha assistido à produção de prova e possa, sobre ela, formar a convicção necessária à decisão final. O juiz deve decidir com base na impressão com que fica de tudo quanto foi dito e produzido ao longo da audiência de julgamento[56].

A imediação leva ainda à aceitação de um implícito princípio de preferência pelos meios de prova que tenham, com os factos probandos, uma relação mais direta[57].

Subjacente ao referido princípio está também a distinção entre provas repetíveis e provas irrepetíveis. Exemplo paradigmático das primeiras, seriam as declarações dos intervenientes processuais – testemunhas, partes cíveis, arguido, *etc*. Segundo o princípio da imediação, estas provas deveriam ser sempre reproduzidas em audiência de julgamento, muito embora já constassem dos autos de fases anteriores do processo. Aqui, o princípio teria aplicação plena. No que diz respeito às provas irrepetíveis, pelo contrário, estaríamos perante uma limitação ao princípio. Nestes casos, não seria possível a produção da prova em audiência de julgamento e o juiz teria de a avaliar com base no que sobre ela

54 Para considerações históricas acerca da oralidade, *vide* Santiago, 1994: 30, onde podemos ler: "o CPPenal 29, (...), não levava suficientemente a sério a ideia de oralidade, permitindo largo apelo, em julgamento, ao material probatório recolhido na fase da *instrução preparatória* (...)".

55 Dias, 1974: 232.

56 O princípio quer também significar a imutabilidade do tribunal, ou seja, o julgamento da causa tem de ser feito pelos mesmos juízes que assistem à audiência. Daí que, havendo morte ou incapacitação superveniente do juiz, ter-se-á que reiniciar a audiência. Ou seja, apenas o juiz que assiste à discussão da causa e, portanto, tem um contato imediato com a prova, está em condições de julgar de forma adequada. *Vide* Ferreira, 1955: 244.

57 Silva, 2000: 90; e Silva, 1993: 114, onde se pode ler que "a mediação respeita predominantemente à audiência de julgamento. As testemunhas são inquiridas na audiência e não lhes devem ser lidos os seus depoimentos anteriores, precisamente para garantir a receção imediata e direta da prova pelo tribunal. Só excecionalmente e quando impossível a receção direta da prova pode ser admitida uma forma indireta de receção".

consta dos autos. Exemplo clássico de prova irrepetível é toda a prova documental. Nestes casos o tribunal teria acesso aos documentos – produzidos antes da audiência, ou até mesmo da instauração do processo, note-se – e teria de formar a sua convicção com base no que deles resulta.

Não pode, nesta matéria, olvidar-se a íntima relação que se estabelece entre o tema das declarações prestadas pelo arguido e a prerrogativa contra a autoincriminação, ainda que voluntária. Esta relação é base da diferenciação, que se estabelece entre a prova que tem como fonte o arguido e a prova testemunhal em sentido amplo. Diferenciação essa que, por sua vez, origina a necessidade de conceder, ao arguido, garantias de defesa especialíssimas[58].

Ora, feita uma, ainda que breve, caracterização dos princípios e tendo em conta a importância que os mesmos assumem ao nível da densificação da estrutura acusatória mitigada por um princípio de investigação, estrutura plasmada na CRP, cabe-nos agora colocar a questão de saber se, e em que medida, a alteração do regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido contende com aquela estrutura e aqueles princípios.

Bem sabemos que não há princípios absolutos e que, na prática, podemos encontrar a colisão de vários princípios diferentes, o que, no limite, leva à necessidade de os restringir com base numa ponderação de índole axiológica. De qualquer forma, a restrição de um determinado princípio não pode levar à sua aniquilação. Esta restrição deve configurar sempre uma exceção e deve cuidar-se para que, através das várias e pontuais reformas legislativas que se vão levando a cabo, não se converta a exceção em regra[59].

É exatamente isso que julgamos ter acontecido no caso ora em apreço. A reforma não consubstancia uma mera exceção aos princípios da oralidade e imediação, consubstanciando sim, um verdadeiro ataque à estrutura acusatória do processo penal português, correndo o risco de padecer, deste modo, de inconstitucionalidade, por violação do artigo 32.º, n.º 5[60].

---

58 Mendes, 2013: 1375.

59 Cunha, 2013: 406, onde se pode ler: "a derrogação a qualquer um destes princípios só pode ser afirmada como exceção, justificado por um determinado circunstancialismo (...) e regulada segundo um princípio de *concordância prática*."

60 Esta é a opinião, ademais, de alguns A., entre eles, Mendes, 2013: 1373-1374, onde podemos ler que a alteração do artigo 357.º do CPP leva a que regressemos "ao perfil de prova no processo penal português antigo, (...), em que a fase instrutória, em caso de pronúncia, podia ser utilizada no julgamento, sendo a prova produzida em audiência meramente complementar, tanto mais que o juiz não tinha poderes de investigação"; IDPCC-FDUL, 2012; Oneto, 2013: 15, onde se pode ler: "Em bom rigor, se o julgamento tem sido a sede nobre do processo penal, onde se projetam e convergem os princípios decorrentes da matriz

No que toca à oralidade, o atual regime leva a que o tribunal passe a "valorar prova pessoal cristalizada em autos sem que a mesma seja oralmente produzida perante si", perdendo-se assim aspetos relevantes das declarações do arguido, aspetos que, julgamos, só podem ser apreendidos quando as declarações são prestadas perante o tribunal.

Também o princípio da imediação é aqui completamente esquecido, sendo postergado o entendimento segundo o qual "da conjugação do direito ao silêncio com o princípio de que só a prova produzida em audiência serve para formar a convicção do tribunal, nada mais pode resultar, sob pena de esvaziamento do conteúdo de um e de outro, do que a proibição de valoração das declarações prestadas pelo arguido antes de julgamento"[61].

Acresce que, só através da conjugação prática dos princípios da oralidade e da imediação é possível a consideração da personalidade do arguido, só assim é possível que o tribunal contacte de forma direta e imediata com a personalidade do agente, aspeto que é relevante para a determinação do grau da necessidade de ressocialização, para a determinação da pena concreta a aplicar e para o cumprimento da função cognitiva do processo.

Alguns AA.[62] defendem, contudo, que o princípio da imediação sofria já, através da aplicação de outras normas legais, restrições e que a alteração ora em análise seria apenas mais uma dessas restrições. Um dos exemplos de restrição ao princípio da imediação seria o caso das escutas telefónicas, usadas como meio de obtenção de prova, em que as declarações do arguido são gravadas para mais tarde serem usadas como prova, em audiência de julgamento, sem que o próprio seja advertido ou informado de que está a ser ouvido. Julgamos, no entanto, que estamos perante duas figuras – ou situações – distintas e que a argumentação não é procedente. As escutas telefónicas têm um regime muito próprio e restritivo, sendo decretadas apenas em casos taxativamente previsto pelo CPP[63]. Pelo contrário, os interrogatórios do arguido são, em concretização

---

constitucional de um processo penal de estrutura acusatória, assistimos a uma transferência da centralidade processual para a fase de inquérito, onde parece que, a partir de agora, tudo se joga e decide". No mesmo sentido, *vide,* Pinto, 2013: 197, que, apesar de apresentar alguma simpatia pela alteração, admite que "não se podem afastar de forma categórica os riscos de inconstitucionalidade por a decisão no julgamento ser formada com base na prova constituída no inquérito sem contraditório quanto à constituição da mesma".

61 Antunes, 1992: 25.

62 Mesquita, 2013: 147-148.

63 O regime da admissibilidade das escutas telefónicas encontra-se previsto no artigo 187.º do CPP e obriga a que se demonstrem determinados requisitos prévios para que as mesmas possam ser ordenadas pelo juiz. Veja-se, por exemplo, que é necessário que exista uma crença de "que a diligência é indispensável para

do princípio da audiência, obrigatórios, tendo lugar em todo o processo-crime, sempre que o individuo seja constituído – ou se constitua – arguido.

Posto isto, a solução que agora consta do CPP, é uma solução de difícil compreensão. Se, no regime anterior, se derrogava o princípio da imediação apenas nos casos em que houvesse contradições ou discrepâncias, ou seja, quando houvesse um plausível fundamento para essa derrogação, não se compreende a necessidade que o legislador sentiu de alterar o antigo regime que, do ponto de vista da concordância prática entre as finalidades do processo penal, era um regime que cumpria a sua função e que não aniquilava, por completo, garantias fundamentais como as da oralidade e da imediação.

4. OUTRAS QUESTÕES PRÁTICAS

4.1. Poderão as declarações do arguido valer como prova única na condenação ou terão necessariamente que ser prova corroborante?

Julgamos relevante responder, de forma muito clara, a esta questão, por recearmos que os órgãos de polícia criminal e, no limite, as autoridades judiciárias (mormente, o MP) se possam "encostar" a esta nova permissão legal e, uma vez obtidas declarações do arguido que se considerem indício suficiente do cometimento e da autoria do crime, deixem de instruir a causa e profiram despacho de acusação apenas – ou maioritariamente – fundado com base naquilo que o arguido disse durante a fase de investigação.

Por um lado, esta situação poderá levar a um aumento exponencial das acusações infundadas. Não é difícil compreender que uma acusação que se funda única e exclusivamente nas declarações do arguido – ainda que concordemos que as mesmas são de extrema relevância para a atividade de investigação e, eventualmente, para a tarefa decisória que ao juiz cabe – terá dificuldades em manter-se em julgamento, especialmente no que diz respeito à superação do parâmetro de origem norte-americana que obriga a que a convicção do juiz esteja para além de qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*)[64].

---

a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter", que têm que ser ordenadas por "despacho fundamentado do juiz de instrução criminal" e que apenas podem ser decretadas relativamente a determinados crimes e, portanto, não em qualquer tipo de criminalidade.

64 Não devemos também esquecer que o arguido não está obrigado a declarar com verdade, ao contrário do que acontece com a restante prova testemunhal.

Por outro lado, este imbróglio que, em nossa opinião, pode vir a formar-se no ordenamento jurídico-penal, em nada abona àquilo que são as finalidades do processo penal. Do lado do arguido, gera-se o inconveniente do processo penal, corre-se o risco de estigmatização. Do lado do ofendido, corre-se, consequentemente, o risco da dupla vitimização. Por fim, também o Estado sai fragilizado, não só ao nível da economia processual, mas também ao nível da descoberta da verdade material.

Para resolvermos esta questão, julgamos poder lançar mão do previsto no artigo 357.º, n.º 2, onde a lei é suficientemente clara ao proibir que as declarações anteriores reproduzidas ou lidas em audiência tivessem natureza de confissão (artigo 344.º), clareza que aplaudimos[65]. Cremos que o legislador quis, com a alteração, apenas atribuir maior valor probatório, mormente em sede de julgamento, às declarações anteriormente prestadas pelo arguido e não alterar, por completo, a forma como se faz a prova do crime, reatribuindo um valor central à confissão ou às declarações do arguido *lato sensu*. O legislador quis proibir que, às declarações do arguido, fossem atribuídos efeitos de confissão, obrigando, indiretamente, os órgãos de investigação a não se bastarem com as referidas declarações, tendo necessariamente que obter outra prova para a dedução da acusação.

Deste modo, cremos ser possível extrair, da remissão que o artigo 357.º, n.º 2, faz para o artigo 344.º, uma resposta negativa à questão que colocamos neste ponto. As declarações anteriormente prestadas pelo arguido têm de ser, necessariamente, prova corroborante, o que obriga, consequentemente, a uma restrição do princípio da livre apreciação da prova (artigo 127.º)[66].

4.2. Obrigatoriedade de utilização de recursos áudio e audiovisuais: impossibilidade prática

Com a Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, acrescentou-se, ao artigo 141.º, um n.º 7, que visa regular a forma de documentar as declarações prestadas pelo arguido em fase anterior à fase de julgamento.

O referido artigo contém, no entanto, uma epígrafe que, só *de per si*, coloca algumas dúvidas. O artigo pretende aplicar-se, de acordo com uma interpretação literal, ao "primeiro interrogatório judicial de arguido detido" e, segundo

65 Em sentido contrário, *vide* Cunha, 2013: 272 e ss.

66 Em sentido contrário, propugnando uma irrestrita aplicação do princípio da livre apreciação da prova: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 87.

a sua inserção sistemática, não parece querer aplicar-se a todo e qualquer interrogatório de arguido.

Ora, existe uma óbvia diferença entre a situação de interrogatório de arguido detido e de interrogatório de arguido em liberdade. Àquele são concedidas garantias mais intensas que a este, de modo a evitar-se uma eventual ilegalidade da medida de detenção aplicada e de modo a proteger-se a posição mais desvantajosa e vulnerável em que aquele se encontra, especialmente no que toca à restrição de direitos, liberdades e garantias[67].

Ainda que o artigo 144.º, n.º 1, permita aplicar o n.º 7 do artigo 141.º ao interrogatório de arguido em liberdade, julgamos que a proteção a este conferida é despicienda. Por um lado, porque não lhe é específica e diretamente atribuída no artigo que versa sobre a reprodução ou leitura permitida de declarações do arguido – como julgamos que deveria ser – e, por outro lado, porque, mesmo sendo possível a aplicação do artigo 141.º, n.º 7 (por força do artigo 144.º, n.º 1), ainda assim a garantia prestada não é plenamente satisfatória, uma vez que apenas se acondiciona um regime regra de gravação através de áudio e audiovisual, permitindo, no entanto, que a documentação das declarações seja feita com recurso a outros meios, bastando, para tanto, que aqueles não estejam disponíveis e que esta indisponibilidade esteja fundamentada nos autos – situação que, cremos, consubstanciará a grande maioria dos casos.

Ora, como já referimos *supra*, perdem-se, com a documentação escrita das declarações, elementos relevantíssimos que, julgamos, só podem ser apreendidos através da observação do comportamento do arguido e nunca da sua mera descrição. Para mais, também se perdem eventuais pressões que possam ter sido exercidas sobre o arguido no sentido de o fazer declarar, pressões que inquinam o valor probatório das declarações, que se querem livres, esclarecidas e voluntárias[68].

Cremos que a gravação das declarações através de recursos áudio ou audiovisuais deveria ser obrigatória e, para além disso, deveria constar expressamente das garantias da al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º[69].

---

67 Também o princípio do *nemo tenetur* se afirma com maior intensidade no primeiro interrogatório judicial de arguido. *Vide* Roxin, 2009: 90.

68 Isto com base na compreensão da imediação como a melhor forma, não só de valorar as provas, mas como meio de garantir a irrepreensibilidade das declarações prestadas.

69 Neste sentido também se manifestaram algumas opiniões vertidas no documento: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 86, onde se pode ler: "Num entendimento, deve impor-se que as declarações sejam objeto de gravação áudio visual em qualquer caso, sob pena de não puderem ser

É também esta a solução defendida por Schünemann[70] para o direito alemão, propondo que "todas as inquirições das testemunhas devem ser *gravadas em vídeo* desde o início da investigação preliminar. Apenas dessa forma é que o advogado pode, em momento posterior, quando tiver completo acesso aos autos, avaliar a fidedignidade dos depoimentos testemunhais".

4.3. Dificuldades ao nível das defesas oficiosas e da nomeação de defensor de escala

O artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*, obriga a que o arguido, aquando do interrogatório, de onde se queiram retirar declarações com valor probatório em posterior audiência de julgamento, seja assistido por defensor[71]. Daqui deveremos retirar que as declarações só valerão em julgamento se, e apenas se, o arguido tiver sido assistido por defensor no momento em que as prestou.

Somos da opinião de que, ao contrário do sistema de *waiving* vigente nos EUA[72], não devem ser admitidas em julgamento as declarações prestadas em interrogatório sem a assistência de defensor, mesmo que o arguido a ela tenha renunciado.

Pretende-se que, através da assistência por defensor, o arguido tome as suas opções – nomeadamente, a opção de prestar declarações ou de se remeter ao silêncio – de forma não só livre mas, sobretudo, esclarecida, compreendendo bem o direito ao silêncio e as suas repercussões na defesa. Quer-se assim acautelar que o arguido declare apenas com base no receio de que o seu silêncio possa ser, em audiência, interpretado como admissão de culpa ou que, tendo respondido a uma pergunta, se veja compelido a responder a todas, desconhecendo que o direito ao silêncio pode ser seletivo (veja-se o artigo 345.º, n.º 1).

Estas questões só poderão ser plenamente acauteladas por defensor, que zela pelos melhores interesses do arguido, e não pelos órgãos de polícia criminal que, não sendo obrigados a um esclarecimento rigoroso – abonatório para o

---

valoradas se o arguido se remeter ao silêncio ou for julgado na sua ausência, dada a imprescindibilidade da gravação áudio visual para que o tribunal de julgamento possa ter a real perceção sobre o contexto e alcance daquelas mesmas declarações".

70 Schünemann, 2013: 232 e ss.

71 A *ratio* desta obrigatoriedade reside no facto de o arguido não possuir "nem a serenidade, nem em muitos casos a liberdade de movimentos, nem a preparação jurídica necessária para estruturar eficazmente a sua defesa" – Silva, 2013: 314.

72 *Cfr.* nota 18.

arguido, leia-se – das consequências das declarações do arguido, apenas esclarecerão aquilo que lhes convier à investigação.

A exigência de assistência de defensor é, assim, indissociável do processo penal característico de um Estado de Direito. Tendo o arguido o direito de se pronunciar sobre o processo, em todas as suas fases, e faltando-lhe, as mais das vezes, o conhecimento necessário sobre questões jurídico-processuais e materiais que influem, diretamente, no seu estatuto, bem se compreende a necessidade de garantir um intermediário que compreenda estas questões e que, deste modo, seja capaz de assegurar a plenitude daquele direito[73].

Um problema mais específico, que aqui se coloca, prende-se com o primeiro interrogatório judicial de arguido detido (regulado no artigo 141.º). Ora, "o arguido detido que não deva ser imediatamente julgado é interrogado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, logo que lhe for presente com a indicação circunstanciada dos motivos de detenção e das provas que a fundamentam" (artigo 141.º, n.º 1). Acontece que, na nossa prática jurídica, o arguido é, nestes casos, assistido por defensor de escala, que entra em contacto com o processo em cima do acontecimento, ou seja, momentos antes do interrogatório, diminuindo-se assim os casos em que a defesa é efetiva e esclarecida dos pormenores do processo. Esta particularidade causava já, no regime anterior, alguma perplexidade, que agora só se vê agravada com o novo regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido[74].

Esta circunstância poderá desembocar, julgamos, na antecipação da invocação do direito ao silêncio para uma fase antecipada do processo, frustrando a investigação preliminar. Isto porque, quando o defensor nomeado não conseguir perceber se, no processo, o arguido beneficia ou não da prestação de esclarecimentos, acabará sempre por aconselhar a invocação do direito ao silêncio, pelo menos até ao momento em que possa estabelecer uma estratégia de defesa.

No que toca à antecipação da prerrogativa do silêncio, dizer apenas que, a acontecer – como julgamos provável –, frusta total e completamente as ambições da reforma e prejudica, para além disso, a atividade de investigação levada a cabo pelos órgãos de polícia criminal (doravante, OPC) e pelo MP[75].

---

73 Roxin, Arzt & Tiedemann, 1983: 184 e segs.

74 Ordem dos Advogados, 2012.

75 *Vide* Mendes, 2013: 1377-1378.

4.4. Problema da entidade perante a qual se prestam as declarações

A nova regulamentação obriga a que as declarações sejam prestadas perante autoridade judiciária, para que possam ter valor probatório em audiência de julgamento. Segundo o artigo 1.º, al. *b)*, do CPP, são autoridades judiciárias "o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência". Permitiu-se assim, ao arrepio de algumas opiniões, que bastasse que as declarações fossem prestadas perante o MP e não, necessariamente, perante um magistrado judicial.

Para o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (doravante, SMMP)[76], bastaria que as declarações fossem prestadas perante uma qualquer das autoridades judiciárias para que se pudesse afirmar, com certeza, que os direitos do arguido foram salvaguardados durante o interrogatório.

Na nossa humilde opinião, julgamos existir aqui uma certa incompatibilidade prática entre os poderes de investigação do MP e a possibilidade de o mesmo presidir a um interrogatório que contende diretamente com essa investigação.

Não obstante impender, sobre o MP, um dever de objetividade (expressamente previsto no artigo 53.º, n.º 1), a verdade é que a atuação será sempre no sentido de, dentro das suas atribuições, levar a investigação a bom porto, o que é o mesmo que dizer que tentará sempre obter, através de meios idóneos e de acordo com o princípio da legalidade, o máximo de informação possível da pessoa do arguido. Parece-nos assim que, as suas atribuições, mormente na fase de investigação, são incompatíveis com a imparcialidade que se exige, por exemplo, para a correta aplicação da al. b) do n.º 4 do artigo 141.º [para onde nos remete o artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*].

Defendemos, assim, que, para que possam ser reproduzidas ou lidas em audiência, as declarações tenham de ser prestadas perante juiz, garantindo-se assim a isenção e imparcialidade que se exige de quem preside ao interrogatório.

Até porque no nosso ordenamento jurídico-processual penal está bem consolidada a ideia, segundo a qual, os atos que contendem com direitos, liberdades e garantias são da competência exclusiva do juiz, ainda que estejamos a falar da fase de investigação[77] – mormente, do juiz de instrução criminal, juiz das liberdades[78].

---

76 SMMP, 2012.

77 Cruz, 2013: 1149.

78 Conclusão que, desde logo, pode ser retirada do n.º 4 do artigo 32.º da CRP.

Esta é também a opinião, manifestada em parecer, da Associação Sindical dos Juízes Portugueses (doravante, ASJP)[79], que, no entanto, acrescenta que, a serem prestadas as declarações perante juiz, poderia dispensar-se o requisito da presença obrigatória de defensor, bastando apenas que a obrigatoriedade se verifique quando o arguido preste declarações perante juiz de instrução criminal[80].

Esta dispensabilidade de assistência de defensor quando as declarações sejam prestadas perante magistrado judicial é, a nosso ver, de repugnar. O direito a ser assistido por defensor é um direito constitucionalmente consagrado (artigo 32.º, n.º 3 da CRP) e, pelo menos neste ponto, a reforma de 2013 andou bem ao reforçar esta garantia. Não faz sentido reforçar a defesa dos direitos do arguido, propugnando a obrigatoriedade da presença do juiz, para depois a enfraquecer com a dispensabilidade de assistência – dir-se-ia, "dar com uma mão para tirar com a outra".

Defendemos que ambas as exigências devem ser imperativas, que as declarações tenham de ser prestadas perante juiz e na presença de defensor para que possam ser válidas. Esta solução respeita o paradigma do regime anterior. Na revogada al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º, no caso de contradição ou discrepância entre as declarações anteriormente feitas e declarações prestadas em audiência, a leitura apenas era permitida quando as declarações tivessem sido prestadas perante juiz. Não se percebe, portanto, a necessidade de aligeirar, de tal forma, o regime, não só permitindo a leitura num, claramente, maior número de casos, como também alargando o leque de entidades perante as quais podem ser prestadas, ao arrepio de certas garantias processuais e sem que a opção legislativa tivesse sido devidamente fundamentada.

4.5. A nova solução e a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença

O novo regime jurídico pode também frustrar aquilo que julgamos e esperamos ser, a curto prazo, uma realidade no ordenamento jurídico-processual penal português, a possibilidade de celebrar acordos sobre a sentença.

---

79 ASJP, 2012.

80 Note-se que as opiniões dissidentes entre a ASJP e o SMMP podem ser explicadas pela própria história das magistraturas, por um certo corporativismo, e não necessariamente por razões de natureza material e axiológica.

É certo que os acordos sobre a sentença, apesar de terem sido inicialmente admitidos[81], foram recentemente proibidos[82]. Ainda assim, o assunto é da mais elevada pertinência, uma vez que a referida proibição não teve o intuito de afastar liminarmente a discussão sobre o tema, mas sim, pelo contrário, permitir que se discutam as vertentes práticas do instituto de forma a que se atinja um determinado grau de consenso, ademais necessário à certeza e segurança jurídicas e à estabilidade do instituto.

Julgamos que o regime ora em análise pode frustrar a bondade dos acordos sobre a sentença em direito penal, na medida em que o arguido se pode sentir inibido na prestação de declarações que, a não serem utilizadas para a realização do referido acordo, serão usadas contra si em audiência de julgamento.

Não faz sentido que o arguido seja seduzido pela possibilidade de acordo a declarar e que, posteriormente, se frustrem totalmente as suas expectativas e se venham a usar essas mesmas declarações – que inicialmente eram abonatórias para o arguido – contra ele.

Uma coisa deve ser, no entanto, certa. Se o arguido não for advertido da possibilidade de as declarações poderem vir a ser, contra ele, valoradas em audiência de julgamento, então aniquila-se por completo a possibilidade de leitura ou reprodução das mesmas em tal sede, em cumprimento do disposto no artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*.

Assim, aquando do início do interrogatório, a autoridade judiciária que a ele presida, terá que começar por cumprir o dispositivo da al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º. A questão que, no entanto, se coloca, é a de saber como é que isto se compagina com a possibilidade de se realizar, em audiência de julgamento, um acordo sobre a sentença. Não cremos possível que, depois das advertências impostas por lei – nomeadamente, depois de se informar o arguido de que o que ele disse pode ser contra ele valorado em tribunal –, possamos contar com as condições necessárias para a celebração de um bom acordo[83].

A lei também não acautela esta problemática e cremos que ela estaria resolvida se fosse atribuída, à autoridade judiciária que preside ao interrogatório, a

81 Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2012.

82 Como podemos comprovar na notícia avançada pelo jornal *Público* (Oliveira, 2014).

83 Acompanhamos, neste ponto, Mendes, 2013: 1378-1379 e IDPCC-FDUL, 2012. *Vide* ainda Schünemann, 2013: 238, onde se pode ler que "deve ser estatuída uma incompatibilidade entre o juiz que conduz o procedimento de acordo e aquele que, em caso de o acordo não ser aceito, conduzirá a audiência de instrução e julgamento. Apenas nesse caso o acusado pode estar seguro de que possui a faculdade de recusar a oferta de acordo sem qualquer efeito psicológico-processual negativo".

faculdade de afastar o previsto na al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º, no sentido de, tendo como objetivo o acordo sobre sentença, impedir que certas declarações do arguido possam ser lidas ou reproduzidas.

Outra solução passaria pelo pensamento propugnado por Figueiredo Dias[84], segundo o qual, caso o acordo não se verifique, o processo negocial não poderá ser valorado em julgamento, configurando uma verdadeira proibição de prova.

4.6. Liberdade e voluntariedade das declarações

a) Práticas comuns dos órgãos de investigação

Como referido *supra*, existe uma certa imparcialidade na atuação dos órgãos de investigação criminal, que pode inquinar a liberdade e voluntariedade das declarações prestadas pelo arguido.

A melhor forma de contornar esta objeção passaria pela obrigatoriedade de gravar, em audiovisual, o interrogatório como requisito para que o mesmo pudesse ter valor probatório em julgamento, ficando registada a postura adotada por quem interroga.

A questão da liberdade e voluntariedade contende, também, com a forma que a advertência legal deve revestir. Parece-nos que a advertência deve revestir, necessariamente, a forma escrita. Ao arguido deve ser fornecido um documento de onde constem as advertências legais e que por ele tenha que ser assinado, como *conditio sine qua non* do valor probatório das declarações recolhidas – sem prejuízo da advertência oral. Exclui-se assim, categoricamente, a possibilidade de a advertência ser meramente oral.

Por outro lado, as declarações não-livres ou involuntárias devem subsumir-se à temática das proibições de prova.

b) Relação com a aplicação de medidas de coação

Quer aqui defender-se que não existe verdadeira liberdade e voluntariedade nas declarações prestadas pelo arguido, quando esteja em causa a possibilidade de aplicação de uma medida de coação.

---

84 Dias, 2014: 77 e segs., onde se pode ler: "apesar de o arguido revelar disponibilidade para apresentar uma confissão, ou mesmo tendo-o feito, de tal disponibilidade ou confissão não poderá ficar traço processual se as conversações não tiverem conduzido ao acordo sobre a sentença: nem a confissão pode ser referida em audiência, nem ela pode ser valorada em sede de prova"; *vide* também, Moura, 2012.

Segundo o artigo 194.º, n.º 4, a aplicação de medida de coação é precedida da audição do arguido, em cumprimento do princípio da contraditoriedade. Cremos que, em sede de audição, o arguido pode ver-se compelido a alguma coisa declarar – ou a colaborar –, de forma a que lhe seja aplicada uma medida de coação menos gravosa e, por outro lado, inibido de colaborar por ter consciência de que aquilo que disser pode vir a ser usado contra ele.

De acordo com Andreia Cruz[85], " o direito à não autoincriminação implica também que não possam ser valoradas em audiência de julgamento declarações prestadas numa fase processual em que o arguido está sob a iminência de lhe ver aplicada uma medida de coação (…) impende sobre ele uma maior pressão para colaborar com a Justiça, o que pode retirar liberdade e voluntariedade sobre as declarações que presta".

Convém-nos também ressalvar que, na fase de inquérito, o objeto do processo está em definição. As declarações do arguido nesta fase processual reportam-se necessariamente a uma realidade parcial.[86] Neste ponto, Isabel Oneto[87] colocou, pertinentemente, a questão de se saber se o arguido pode alegar o instituto da alteração das circunstâncias, de forma a retirar eficácia às declarações anteriores, quando ele tenha declarado em relação a um determinado estado de coisas que, entretanto, se modificou, questão que será de difícil deslinde e para a qual também não encontramos resposta por parte do legislador.

4.7. Sanção para a violação dos requisitos

A lei não foi clara no que toca ao vício de que padecem as declarações colhidas em violação do disposto no artigo 357.º, o que poderá levar a um casuísmo decisório[88].

---

85 Cruz, 2013: 1220.

86 No mesmo sentido, *vide,* Ordem dos Advogados, 2012, onde se pode ler: "sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa, só devem ser prestadas quando o arguido tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que o sustentam. Com a alteração projetada acentua-se o carácter de meio de prova das declarações do arguido em prejuízo de serem essencialmente meios de defesa." E ainda Andrade, 1992: 121, onde se lê que se deve "(...) garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade".

87 Oneto, 2013: 10.

88 Nesta matéria encontramos apenas o acórdão TRC, 2015, que se refere à questão e que, ainda assim, apenas versa sobre a sanção no caso de não terem sido lidas, em audiência, as declarações anteriormente prestadas. Neste caso, considera o tribunal que estaremos perante uma proibição de prova, nos termos do artigo 355.º do CPP, e que, consequentemente, a sentença não se pode fundar nas mesmas declarações.

O regime geral das nulidades diz-nos que, para que um determinado ato processual seja nulo, a nulidade deve ser expressamente cominada por lei – princípio da tipicidade dos vícios que determinam a nulidade do ato processual[89] – e que, na falta dessa cominação, o ato é pura e simplesmente irregular (artigo 118.º)[90]. Ora, no nosso caso, não sendo cominada a nulidade, poderia parecer que a violação do disposto no artigo 357.º consubstanciaria apenas uma irregularidade, mas não cremos que deva ser assim.

A violação do requisito que diz respeito à obrigatoriedade de assistência por parte de defensor, poderá ser resolvida diretamente através da aplicação da al. *c)*, do artigo 119.º, que comina a nulidade insanável, de conhecimento oficioso[91]. A declaração de nulidade torna o ato, *maxime* as declarações obtidas *contra legem*, inválido e, consequentemente, torna também inválidos todos os atos que dele dependerem e que possam ser afetados pela causa da nulidade (artigo 122.º, n.º 1).

No que diz respeito aos restantes requisitos, propugnamos que todos eles são requisitos de validade de igual valor e que, portanto, a violação de qualquer um deles deverá desembocar, igualmente, numa nulidade insanável, consubstanciando uma verdadeira proibição de prova[92 – 93].

Ainda assim, choca-nos que a cominação da nulidade não tenha sido feita de forma expressa, permitindo que, fora dos casos da violação do requisito da assistência de defensor e da mesma forma que se argumentou no sentido da nulidade, se possa argumentar no sentido da mera irregularidade, com base no artigo 118.º.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que acima foi exposto concluímos, em primeiro lugar, que as alterações legislativas deviam ser, todas elas – e em especial aquelas que versam sobre

89 Silva, 1993: 59.

90 Para mais desenvolvimentos sobre o regime das irregularidades, *vide* Silva, 1993: 70-71, e Ferreira, 1955: 199-200.

91 É também o que resulta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII.

92 Neste sentido, Roxin, 2009: 90, onde se pode ler: "(...) si una afirmación es realizada durante un juicio en el cual el juez omite el cumplimiento del requisito de instruir al inculpado sobre su derecho a no declarar, tales afirmaciones no pueden ser admitidas como prueba (...)".

93 Segundo o documento Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 87: "O não cumprimento de algum dos requisitos deverá ser sancionado como uma verdadeira proibição de prova, não podendo ser utilizadas as declarações do arguido em audiência".

matérias de extrema sensibilidade como as de Direito Penal e Processual Penal –, precedidas de um estudo aprofundado que tenha em conta considerações práticas das alterações que se prescrevem e, mais que isso, deviam ser sempre e apenas motivadas por problemas prévios levantados na aplicação de legislação em vigor. Não nos parece que, no caso ora em apreço, os "problemas" que da aplicação prática da legislação revogada pudessem surgir justifiquem a alteração levada a cabo pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro. Acresce que o próprio legislador falhou em fundamentar a – ou dar razões para a – presente alteração.

Também julgamos ter concluído não existir uma sólida experiência de direito estrangeiro que sirva de base para a presente alteração.

Não vemos como justificar a alteração de uma matéria tão cara aos princípios do processo penal e, consequentemente, à sua estrutura típica, consagrada na Constituição da República Portuguesa, restando-nos apenas reputá-la como inconstitucional.

De qualquer forma, tendo em conta que é este o quadro legal em que hoje temos que operar, encontramos na nova regulamentação inúmeras falhas, inúmeros problemas que não foram considerados previamente e que desafiam, ainda mais, a propugnada bondade do legislador. A manter a possibilidade de reprodução ou leituras das declarações pré-constituídas do arguido, deveriam ser colmatados os problemas práticos que se têm levantado.

BIBLIOGRAFIA

DOUTRINA

Albuquerque

2009 *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

Andrade

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora.

Antunes

1992 Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, *Sub judice – Justiça e sociedade*, n.º 4, pp. 25-26.

ASJP

2012 Parecer da ASJP sobre as propostas de lei de alteração do Código Penal, do Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, disponível na Internet: http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2012/05/Parecer-GEOT-CP-CPP-CEP-Maio-2012.pdf.

Barreiros

1981 *Processo Penal*, Coimbra: Almedina.

Barreto

2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Baumann

1986 *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. Conrado A. Finzi, 3.ª ed., Buenos Aires: Depalma.

Bettiol & Bettiol

2000 *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 7.ª ed., Padova: CEDAM.

Cruz

2013 A revisão de 2013 ao Código de processo penal no domínio das declarações anteriores ao julgamento, *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa, a. 73, n.º 4, pp. 1139-1224.

Cunha

2013 Aspetos da revisão de 2013 do CPP: algumas notas e apreciações críticas, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 2, pp. 237-278.

1997 O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 3.º, pp. 403-443.

Dalia & Ferraioli

2001 *Manuale di diritto processuale penale*, Parte Segunda, 4.ª ed, Padova: CEDAM.

Dias

2014 *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Coimbra: Coimbra Editora.

1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

Ferreira

1955 *Curso de processo penal*, I, Lisboa: Gomes & Rodrigues, Lda.

Illuminati

2008 "El Sistema Acusatorio en Italia", in Bachmaier Winter, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid: Marcial Pons.

IDPCC-FDUL

2012 Parecer do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, emitido em 2012 e que se refere à Proposta de Lei n.º 77/XIII/1.ª (GOV), disponível na Internet: http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/IDPCC__Analise_das_propostas_de_revisao_do_Codigo_de_Processo_Penal_AR_19.10.2012.pdf.

Lafave & Israel

1993 *Criminal Procedure*. 2.ª ed. Minnesota: West Publishing Company.

Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais

2011 Linhas de Reforma do Processo Penal, elaborado pelo Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, disponível na Internet: http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/11/Linhas-de-reforma-do-processo-penal.pdf, pp. 74-75.

Martins

2014 *Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em Fase Anterior ao Julgamento*, Coimbra: Coimbra Editora.

Mendes

2013 A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.* Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora.

Mesquita

2013 A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal, in Lamas Leite, A., *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma "cirúrgica"?*, Coimbra: Coimbra Editora.

Miranda & Medeiros
2010 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

Moura
2012 *Acordos em Processo Penal*, disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf.

Oliveira
2014 "PGR proíbe procuradores de fazerem acordos em sentenças penais", *Público*, de 21-02-2014, disponível na Internet: http://www.publico.pt/sociedade/noticia/pgr-proibe-procuradores-de-fazerem-acordos-em-sentencas-penais-1625736.

Oneto
2013 "As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, V. 2, n.º 2, disponível na Internet: http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3253.

Ordem dos Advogados
2012 Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 77/XII, disponível na Internet: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=121304.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
2012 Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, disponível na Internet: http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa_acordossentecapenal.pdf.

Palma
2012 *Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal*, disponível na Internet: http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Fernanda_Palma__Analise_das_propostas_de_Alteracao_Legislativa_AR_19.10.2012.pdf.

Pinheiro & Maurício
1976 *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa: DIABRIL.

Pinto
2013 "Razão e finalidade na revisão de 2013 do Código de Processo Penal", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, a.13 n.º 24-25, pp. 181-199.

Roxin
2009 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, trad. Óscar Peralta, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Roxin, Arzt & Tiedemann
1983 *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, trad. Luis Arroyo Zapatero & Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona: Ariel.
Rushin
2011 "Rethinking Miranda: the post-arrest right to silence", *California Law Review*, v. 99 n.º 1, pp. 151-178.
Ryan
2004 "The impact of Miranda violations", *Crime & Justice International*, v.20 n.º 82, pp. 29-30.
Santiago
1994 "Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a.4 n.º 1, pp. 27-62.
Santos & Leal-Henriques
2000 *Código de Processo Penal Anotado*, 2.ª ed, Vol. II, Lisboa: Rei dos Livros.
Schünemann
2013 *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito,* São Paulo: Marcial Pons.
Silva
2013 *Direito processual penal português*, 1.º Vol, Lisboa: Universidade Católica Editora.
2000 *Curso de Processo Penal*, I, 4.ª ed, Lisboa: Editorial Verbo.
1993 *Curso de Processo Penal,* II, Lisboa: Editorial Verbo.
SMMP
2012 Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao projeto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, de abril de 2012, disponível na Internet: http://www.smmp.pt/wp-content/parecer-smmp-anteprojecto-de-ppl-de-alteracao-do-cpp-abril-2012.pdf.
Thaman
2001 "Miranda in Comparative Law", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, n.º 2, pp. 581-624.
Tonini
2000 *Manuale di Procedura Penale*, 15.ª ed., Milão: Giuffrè.
Weisselberg
2008 "Mourning Miranda", *California Law Review*, v.96 n.º 6, pp. 1519-1601.
Winter
2008 *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid: Marcial Pons.

JURISPRUDÊNCIA

TEDH

1986 Acórdão *Unterpertinger c. Áustria* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de novembro de 1986.

1991 Acórdão *Asch c. Áustria* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de abril de 1991.

1996 Acórdão *John Murray c. Reino Unido* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de fevereiro de 1996.

2001 Acórdão *P.S. c. Alemanha* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 20 de dezembro de 2001.

2011 Acórdão *Brusco c. França* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 14 de janeiro de 2011.

2008 Acórdão *Panasenko c. Portugal* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 22 de outubro de 2008.

STJ

2001 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 2001, Proc. n.º 01P1796.

TRC

2014 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de fevereiro de 2014, Proc. n.º 212/11.1GACLB.C1, Relator: Orlando Gonçalves.