



Universidades Lusíada

Coutinho, Marta Alexandra Carvalho

Meios de prova e meios de obtenção prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido

<http://hdl.handle.net/11067/1948>

Metadados

Data de Publicação	2014
Resumo	<p>O processo penal português tem como principal objectivo a descoberta da verdade material. O inquérito ideal seria aquele em que o crime é investigado sem haver necessidade de se recorrer a qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova que restrinja os direitos fundamentais. No entanto, tal situação não é possível, havendo assim restrição dos direitos fundamentais. Contudo, essa restrição deve incidir no estritamente necessário, tendo em consideração o princípio da necessidade, da adequaç...</p> <p>Abstract: The Portuguese penal process has as primary objective the revealing of material truth. The ideal enquiry would be one in where crime is investigated without the necessity to resort to any kind of means of evidence or attainment of evidence that restrains fundamental rights. However, this scenario is not possible, as fundamental rights are, in fact, restrained. This restriction should focus on what is strictly necessary, bearing in mind the principle of necessity, adequacy and propor...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal, Processo penal, Prova, Arguido, Direito ao silêncio, Teoria do direito
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-13T12:21:09Z com informação proveniente do Repositório



Universidade Lusíada do Porto

*“Meios de prova e meios de obtenção prova que coloquem
em causa o direito ao silêncio do arguido”*

Marta Alexandra Carvalho Coutinho

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2014



Universidade Lusíada do Porto

*“Meios de prova e meios de obtenção prova que coloquem
em causa o direito ao silêncio do arguido”*

Marta Alexandra Carvalho Coutinho

Dissertação de Mestre em
Direito, sob orientação do
Prof. Doutor Fernando Torrão.

Porto, 2014

Agradecimentos

A elaboração da presente dissertação não seria possível se no decorrer da mesma não houvesse um acompanhamento por parte de pessoas cruciais que me acompanharam ao longo da minha formação académica.

Deste modo, deixo algumas palavras de profundo agradecimento:

Ao Prof. Doutor Fernando Torrão, por toda a orientação e disponibilidade que demonstrou no decorrer de todo esse processo.

À Dra. Ana Raquel Conceição, por toda a disponibilidade demonstrada, bem como por todas as palavras de incentivo.

Ao Dr. Augusto Meireis, por toda a sua disponibilidade em receber-me, contribuindo da melhor forma para a elaboração desta dissertação.

Por fim, e não menos importante, agradeço a toda a minha família e amigos por todas as palavras de incentivo que demonstraram para comigo.

Índice

Resumo	vi
Abstract.....	vii
Palavras-chave	viii
Abreviaturas.....	ix
1. Introdução.....	9
Capítulo I – Prova.....	10
2. Prova.....	10
2.1. Conceito de Prova.....	10
2.2. Meios de Prova e Meios de Obtenção de Prova.	13
2.2.1. Meios de Prova	14
2.2.2. Meios de Obtenção de Prova	17
2.3. Proibições de Prova	18
2.3.1. Proibições de produção de prova.....	19
2.3.2. Proibições de valoração de Prova.....	20
2.3.3. O Regime do artigo 126.º do CPP (proibições de prova).....	21
Capítulo II – Direito ao silêncio do arguido	26
3. Arguido.....	26
3.1. Distinção entre arguido e suspeito.....	26
3.2. Constituição do arguido.....	30
3.3. A importância do primeiro interrogatório para o arguido	33
3.4 Evolução histórica do direito ao silêncio.....	36
3.4.1. O Código do Processo Penal de 1929.....	36
3.4.2. O Código de Processo Penal de 1987.....	39
3.4.3. Alterações ao Código do Processo Penal ocorridas depois de 1987.	43
3.5. Direito ao silêncio do arguido	55

3.5.1. Fundamento jurídico do direito ao silêncio do arguido.....	55
3.5.2. O que é o direito ao silêncio	57
3.5.3. Relação entre o direito ao silêncio e o princípio da presunção de inocência	58
3.5.4. O direito à não autoincriminação do arguido	62
3.5.5. O direito de o arguido se remeter ao silêncio no que se refere aos seus antecedentes criminais.	66
3.6. Direitos/Deveres do arguido.....	75
Capítulo III – Meios de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido ...	77
4. Meio de prova.....	77
4.1. Declarações do arguido	77
4.2. As declarações do arguido em sede de interrogatório.	78
4.3. Qual o valor probatório das declarações do arguido?.....	80
4.3.1. Declarações do arguido quando este se encontra livre na sua pessoa	80
4.3.2. Quando o arguido não presta declarações, após ser constituído nessa qualidade.	82
4.3.2.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 09/10/2012.....	82
4.3.2.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 04/06/2013.....	86
4.3.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 09/02/2009	89
Capítulo IV – Meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.....	93
5. Meios de obtenção de prova	93
5.1. Exame	93
5.2. Buscas domiciliárias	99
5.2.1. Apreensões resultantes das buscas domiciliárias.....	101
5.3. Escutas telefónicas.....	106
5.3.1. Admissibilidade das escutas telefónicas.....	108
6. Conclusão	112
7. Fontes e Bibliografia	113

Resumo

O processo penal português tem como principal objetivo a descoberta da verdade material.

O inquérito ideal seria aquele em que o crime é investigado sem haver necessidade de se recorrer a qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova que restrinja os direitos fundamentais. No entanto, tal situação não é possível, havendo assim restrição dos direitos fundamentais.

Contudo, essa restrição deve incidir no estritamente necessário, tendo em consideração o princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade, artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Os principais meios de prova e meios de obtenção de prova que colocam em causa as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio do arguido, são as declarações do arguido, as buscas domiciliárias, os exames e as escutas telefónicas.

No que respeita às declarações do arguido, a questão centra-se essencialmente no valor probatório destas quando prestadas antes da constituição de arguido, nas denominadas conversas informais e declarações dos coarguidos, no qual entendemos que não terão qualquer efeito probatório. Igualmente, no âmbito das buscas domiciliárias, consideramos que as apreensões dos diários íntimos não poderão ser utilizados como meio de prova.

Já no que se refere aos exames, a problemática centra-se nos exames intracorporais. Com efeito, consideramos que estes poderão ser valorados no processo quando a restrição dos direitos fundamentais aqui subjacente seja necessária, adequada e proporcional ao fim a que se destina. O mesmo se aplica no caso das escutas telefónicas.

Abstract

The Portuguese penal process has as primary objective the revealing of material truth.

The ideal enquiry would be one where crime is investigated without the necessity to resort to any kind of means of evidence or attainment of evidence that restrains fundamental rights. However, this scenario is not possible, as fundamental rights are, in fact, restrained.

This restriction should focus on what is strictly necessary, bearing in mind the principle of necessity, adequacy and proportionality, article 18.º of the Portuguese Constitution.

The main means of evidence and attainment of evidence that can jeopardize the defendant's guarantees of defense, mainly his right to silence, are his statements, home searches, exams and wiretapping.

Regarding the defendant's statements, the matter is essentially the probative value of the statements before the constitution of the accused, in informal conversations and co-defendant's statements, in which we believe that there will be no probative effect. As far as household searches are concerned, we consider the captures of personal diaries cannot be used as means of evidence.

The problems with exams are related with inner corporal exams. We consider that these can be valued for the process when the restriction of fundamental rights are necessary, adequate and proportional for the purpose which it is intended for. However the same does not apply for wiretapping.

Palavras-chave

Meio de prova

Meios de obtenção de prova

Proibições de prova

Garantias de defesa do arguido

Direito ao silêncio

Direito à não autoincriminação

Princípio *Nemo tenetur ipsum accusare*

Declarações do arguido

Buscas domiciliárias

Exames intracorporais

Escutas telefónicas

Abreviaturas

BGH - Tribunal Federal Alemão

Bverfg – Tribunal Constitucional Alemão

CC – Código Civil

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSMP – Conselho Superior do Ministério Público

CSM – Conselho Superior da Magistratura

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração dos Direitos do Homem

IDPCC – Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais

MP – Ministério Público

OPC´s – Órgãos de Policia Criminal

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

SS – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TC – Tribunal Constitucional

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG- Tribunal da Relação de Guimarães

1. Introdução

O tema da presente dissertação refere-se ao meio de prova e aos meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.

Temos como principal objetivo descortinar as problemáticas inerentes às garantias de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio e as eventuais consequências processuais que poderão decorrer da sua violação.

A finalidade do processo penal é a descoberta da verdade material. Porém, estão subjacentes à realização efetiva da finalidade do processo penal as garantias constitucionais de defesa do arguido, consagradas na Constituição da República Portuguesa.

Com efeito, a elaboração da presente dissertação teve como principal questão de partida saber qual a barreira existente entre os direitos e deveres do arguido. Até que ponto o arguido tem o dever de colaborar no processo, quando dessa colaboração possa resultar a sua incriminação.

Neste sentido, para melhor entendermos as problemáticas em volta das garantias de defesa do arguido, iremos dividir a dissertação em três capítulos.

No primeiro capítulo, vamos abordar sucintamente a questão das proibições de prova, o que se traduz em proibições absolutas ou relativas de prova e quais as suas consequências processuais.

No segundo capítulo, iremos debruçar-nos sobre a forma de constituição do arguido, a evolução histórica das garantias de defesa do arguido, bem como em definir, ou pelo menos tentar definir, qual o âmbito do direito ao silêncio do arguido.

Por último, no terceiro e quarto capítulo, procuraremos estabelecer quais são os principais meios de prova e meios de obtenção de prova que podem colocar em causa o direito ao silêncio do arguido, através da análise de alguma jurisprudência.

Capítulo I – Prova

2. Prova

Antes de nos debruçarmos diretamente sobre o tema «meio de prova e meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido» cumpre fazer uma breve referência ao tema da prova e, conseqüentemente, definirmos os conceitos de meio de prova e meio de obtenção de prova.

Não seria possível debruçarmo-nos diretamente sobre o tema em questão sem antes estabelecermos, mesmo que sumariamente, o que abrange o tema da prova e o que está subjacente a este tema e, como não poderia deixar de ser, teremos que fazer uma referência às proibições dos meios de prova, pois só perante essa breve análise é que melhor entenderemos quais os verdadeiros problemas que estão subjacentes ao tema «meio de prova e meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido».

2.1. Conceito de Prova

O conceito de prova deriva do latim “*Probatio*”, derivado do verbo “*Probare*” que significa demonstrar, persuadir, convencer.

Constituem tema da prova os factos que se pretendem provar. Esses factos são, em regra, os factos juridicamente relevantes.

O Código Civil (CC) estabelece no artigo 341.º “*que as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, sendo este a lei de base que nos estrutura a recolha da prova*”. No mesmo sentido refere o artigo 124.º do Código do Processo Penal (CPP), que “*constituem objeto 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*”.

O principal objetivo de toda a atividade probatória é convencer o juiz da existência ou não dos factos que são levados para o processo, sendo os factos juridicamente relevantes, como já referimos, os que se pretendem provar¹.

Deste modo, os factos que se pretendem provar podem ser factos principais e factos acessórios, consoante sejam ou não condicionantes da decisão, pressupostos da aplicação da lei substantiva ou por se referirem à força probatória dos meios de prova que fazem parte do objeto do processo.

No entanto, temos ainda os factos interiores (como por exemplo o dolo e o erro) e os factos exteriores (ação, evento), que se distinguem pela razão de os factos interiores estarem relacionados com a vida psíquica, enquanto que os factos exteriores se referem à forma do mundo exterior.

Retiram-se, do artigo 124.º do CPP, três aspetos importantes. São eles a prova, enquanto *atividade probatória*, a prova enquanto *meio de prova*, e a prova enquanto *resultado da atividade probatória*.

A prova enquanto *atividade probatória* traduz-se no *esforço metódico*² através do qual se pretende demonstrar “*todos os factos relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicável ao arguido*”, n.º 1 do artigo 124.º do CPP.

¹ Porém, importa referir que o processo penal português é um processo de estrutura basicamente acusatória, sendo integrada pelo princípio da investigação judicial e, de acordo com este princípio, recai sobre o juiz, em última instância, o encargo de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento.

Este princípio encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 340.º do CPP que estabelece que “*o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa*”. Tal significa, que o tribunal tem o dever de investigar autonomamente a verdade, não se limitando ao que é levado, pela acusação ou pela defesa, para o processo.

Se o tribunal estivesse vinculado à apreciação das provas que apenas lhe fossem apresentadas pela acusação e pela defesa (caso fosse um processo penal de estrutura acusatória pura), a decisão judicial seria com base numa verdade formal, pois estava limitada pelas alegações de facto da acusação e da defesa. Contudo, esta situação só seria aceitável se existisse uma igualdade de possibilidades quer por parte da acusação, quer por parte da defesa. No entanto, sendo o nosso processo penal um processo de estrutura basicamente acusatória, não se poderá admitir que haja uma sanção penal com base numa verdade formal.

²PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2013, p. 173.

As provas, enquanto *meios de prova*, traduzem-se nos elementos que servirão para demonstrar os factos relevantes que constam do processo e que carecem de ser demonstrados.

Já no que concerne à prova, enquanto *resultado da atividade probatória*, esta “*é a motivação da convicção da entidade decisora acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica*” (Paulo Sousa Mendes, 2013: 173).

A finalidade imediata da prova não será apenas a demonstração da realidade dos factos, existindo, no processo penal moderno, outra finalidade imediata. Para além da demonstração da realidade dos factos, a prova, enquanto atividade probatória, é necessariamente uma garantia de um processo justo e da eliminação do arbítrio.

Deste modo, não se pretende que para a demonstração da realidade dos factos se utilizem meios ilícitos, mas sim que essa demonstração seja feita através de meios lícitos.

Outra das situações que demonstra que a finalidade da prova não é apenas a demonstração da realidade dos factos, mas também a garantia de um processo justo e de eliminação do arbítrio, enquanto *atividade probatória*, é a obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto, que poderá ser fiscalizada através dos vários mecanismos de controlo que estão ao dispor da sociedade.

O tema prova é utilizado em vários aspetos do processo penal, tornando assim a sua terminologia legal e doutrinária bastante ambígua, pois a palavra «prova» tem, como já foi referenciado, vários significados.

As *provas*, se nos estivermos a referir às *provas* materiais, são os objetos que estão relacionados com um crime ou os objetos que podem vir a servir como prova, independentemente de serem os objetos que estão relacionados com a preparação de um crime ou serem os objetos relacionados com a prática do facto qualificado como crime.

Como estabelece Germano Marques da Silva, “*o processo probatório representa um iter (caminho que se desenvolve entre o facto (termo a quo) e o juízo (termo ad quem). Neste iter podemos ainda distinguir uma fase material ou externa e uma psicológica ou interna. O terminus a quo é o facto probando que vem a ser (pela prova) objeto de conhecimento por parte da entidade que o há-de conhecer (juiz). Esse conhecimento é gerado no juiz por percepção ou por dedução com base noutros factos (prova directa e indirecta) ou é-lhe transmitido por outrem (prova indirecta representativa)*” (Germano Marques da Silva, 2008: 111).

Neste sentido, quando estamos perante uma prova direta, esta dá ao juiz uma imediata percepção do facto principal, pois existe uma aquisição originária do conhecimento. Já no que concerne à prova indireta esta baseia-se sempre na *fé* das declarações humanas, ou seja, numa percepção e presunção, estando assim perante uma aquisição derivada de conhecimentos.

Nas várias fases do processo penal, a *exigência de prova* sobre a ocorrência dos factos é diferente porque, para haver uma acusação e para que o Ministério Público (MP) se pronuncie basta existirem apenas indícios suficientes³. O mesmo já não acontece numa condenação, sendo nesta imprescindível a prova.

Deste modo, a prova não pode apenas admitir uma probabilidade, fundada apenas em elementos de prova que pretendem convencer que existe uma forte possibilidade de ao arguido vir a ser aplicada uma pena ou uma medida de segurança. Terá assim que se tratar de uma prova plena, que conduza a uma certeza, a uma demonstração inequívoca de que realmente aquele facto ou factos ocorreram.

Podemos concluir que a prova é “*a certeza moral dos factos objeto do processo*” (Germano Marques da Silva, 2008: 117), no qual se pretende, através da *atividade probatória*, convencer a entidade julgadora de que realmente os factos ocorreram ou não. Contudo, a entidade julgadora aprecia livremente a prova, de acordo com o artigo 127.º do CPP⁴.

2.2. Meios de Prova e Meios de Obtenção de Prova.

O CPP estabelece, no Livro III – Prova, uma separação entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova.

No entanto, teoricamente assim como na prática, não é fácil delinear as fronteiras entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, prevalecendo muitas vezes sérias dificuldades em distingui-los.

³ Por indícios suficientes (prova indiciária) entende-se a possibilidade razoável de vir a ser aplicado ao arguido, tendo em consideração os meios de prova que constam no processo, uma pena ou uma das mediadas de segurança admitidas no processo penal. A prova indiciária não constituiu prova, apenas sujeita o arguido a julgamento.

⁴ Princípio da livre apreciação da prova.

O exemplo que mais dúvidas suscita é a distinção entre a *perícia*, prevista no CPP como um meio de prova no artigo 151.º e ss, e o *exame*, que constitui um meio de obtenção de prova, previsto no artigo 171.º e ss. Esta distinção é um exemplo da dificuldade existente no processo penal português em distinguir a *perícia* de *exame*. Contudo, esta situação em concreto será analisada com maior rigor noutro capítulo da presente dissertação, sendo apenas delineado neste ponto, de uma forma sucinta, o que são meios de prova e o que são meios de obtenção de prova.

É imprescindível fazer a distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova porque têm consequências processuais importantes, nomeadamente pelo facto de os meios de prova serem, em princípio, produzidos na audiência de julgamento, sendo só possível, os meios de prova, serem valorados numa fase anterior à de audiência de julgamento no caso previsto no artigo 355.º do CPP.

Já no que se refere aos meios de obtenção de prova, estes não estão submetidos ao princípio da imediação⁵, por isso não necessitam de serem produzidos em sede de audiência e julgamento.

2.2.1. Meios de Prova

O CPP começa por elencar, a partir do artigo 128.º até ao artigo 170.º, um conjunto de meios de prova, que se são os seguintes: prova documental (artigo 128.º e ss); declarações do arguido, do assistente e das partes civis (artigo 140.º e ss); prova por acareação (artigo 146.º); prova por reconhecimento (artigo 147.º e ss); reconstituição do facto (artigo 150.º); prova pericial (artigo 151.º e ss); e prova documental (artigo 164.º e ss).

De acordo com o artigo 125.º do CPP “*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”, vigorando no processo penal português a não taxatividade dos meios de

⁵ O princípio da imediação no processo penal encontra-se previsto no artigo 355.º do CPP. Este princípio implica o contacto direto do julgador com as fontes da prova. O princípio da imediação está relacionado com o princípio da oralidade, que são aceites como um dos progressos mais efetivos e estáveis do direito processual penal, no qual se pode definir como a “*relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão*” (Jorge Figueiredo Dias, 1974: 232).

prova, o que já acontecia no CPP de 1929 no artigo 173.º, no qual estabelecia que “*o corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito*”.

O processo penal português prevê um critério substantivo geral para a admissibilidade dos meios de prova, sendo apenas admitidos os meios de prova, que não estejam previstos na lei, os que se regem por critérios substantivos gerais.

Os meios de prova que estão elencados no CPP são o catálogo dos meios de prova típicos, ou seja, aqueles que estão tipificados na lei, estabelecendo os seus respetivos regimes e as regras a que estão submetidos.

Contudo, tal como já referimos, o CPP permite uma liberdade de escolha dos meios de prova (meios de prova atípicos), estando porém sujeitos aos limites constitucionais e legais de admissibilidade da prova, de acordo com o artigo 126.º do CPP. No entanto, como refere Paulo de Sousa Mendes⁶, a liberdade de escolha dos meios de prova, que possam ser utilizados no processo, é uma liberdade que não é plena, pois essa liberdade não se refere aos meios de prova que estão tipificados na lei mas sim aos meios de prova que não estejam previstos.

Por outro lado, também é difícil de imaginar que possam existir meios de prova que sejam admissíveis no processo penal e que não estejam tipificados na lei. Assim, tal como estabelece Paulo de Sousa Mendes, a liberdade que existe na escolha dos meios de prova é aquela que consiste na possibilidade de escolher, dos meios de prova tipificados na lei, aqueles que forem mais adequados ao processo que esteja a decorrer.

Germano Marques da Silva distingue meios de obtenção de prova dos meios de prova, quer num plano lógico, quer num plano técnico- processual⁷.

No que concerne no plano lógico, refere Germano Marques da Silva, que quer as declarações das testemunhas, quer as declarações dos peritos, bem como as declarações dos arguidos e ofendidos, e até mesmo os documentos, se caracterizam pelas suas aptidões. Essas aptidões, através da perceção, pretendem formar, assim como fundamentar um juízo. O mesmo não acontece com os meios de obtenção da prova que, no plano lógico, não pretendem formar e fundamentar um juízo, mas sim obter coisas ou declarações que tenham aptidão probatória.

Já no que diz respeito ao plano técnico-processual, entende o mesmo autor que a distinção entre meio de prova e meios de obtenção de prova pode ter uma particular

⁶PAULO SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, Almedina, 2013, p. 174.

⁷GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal-II*, Editorial Verbo, p. 233.

relevância no momento da sua produção no processo. Isto porque a regra geral traduz-se no sentido de que toda a prova deve ser produzida ou examinada em audiência, pois estabelece o n.º 2 do artigo 327.º do CPP e o artigo 355.º do mesmo diploma legal que as provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência e não tiverem sido submetidas ao contraditório, não podem ser valoradas⁸.

Neste sentido, podemos dizer que os meios de prova, antes de serem submetidos a contraditório e produzidos e examinados em audiência, só têm apenas um valor indiciador, ou seja, podem servir para formar uma suspeita, mas não podem servir para a prova dos factos, não sendo assim admitido para formar a convicção do julgador, isto é, a prova, enquanto *resultado*.

Podendo, deste modo, dependendo se foi ou não exercido o contraditório, o mesmo meio de prova ser classificado como um indício ou como uma prova. Assim sendo, só servirá então para a prova dos factos, o meio de prova que for objeto de contraditório em sede de audiência.

Assim, poder-se-á entender o facto de o termo da prova ser utilizado, como já foi dito anteriormente, como *atividade probatória*, como *resultado* e como *meio*. No entanto, existem provas que muitas vezes têm que ser recolhidas noutras fases do processo.

Deste modo, podemos concluir que meios de prova são os elementos de que se serve o julgador para formar a sua convicção sobre a existência ou não existência de certo e determinado crime, ou seja, os meios de prova são os instrumentos que permitem demonstrar se verdadeiramente os factos relevantes do processo ocorrem ou não.

No que concerne aos meios de prova, serão apenas analisadas, como meio de prova, as declarações do arguido. As declarações do arguido são os meios de prova que têm causado na doutrina e na jurisprudência mais controvérsia, no sentido de que recai sobre o arguido o direito de este se remeter ao silêncio, sobre os factos que lhe são imputados e recai também sobre o arguido o de dever de este colaborar com diligências de prova, nomeadamente prestar declarações.

Assim, cumpre esclarecermos de que forma poderá o arguido colaborar no processo, sem que coloque em causa os seus direitos de garantia, nomeadamente o direito

⁸Torna-se essencial para valoração da prova, que esta seja submetida a contraditório, pois só assim poderá ser utilizada para formar a convicção do juiz. Podendo o facto só ser julgado como provado ou não provado, após os meios de prova serem submetidos ao contraditório em audiência.

de se remeter ao silêncio, *id est*, não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados.

2.2.2. Meios de Obtenção de Prova

O CPP, assim como elenca o catálogo dos meios de prova, também o faz no que respeita aos meios de obtenção de prova, estabelecendo a partir do artigo 171.º o catálogo dos meios de obtenção de prova, que são os seguintes: os exames (artigo 171.º e ss); as revistas e buscas (artigo 174.º e ss); as apreensões (artigo 178.º e ss) e as escutas telefónicas (artigo 187.º e ss).

No que concerne aos meios de obtenção de prova, estes estão rodeados de problemáticas que dividem a jurisprudência e a doutrina, nomeadamente no que diz respeito aos meios de obtenção de prova que impliquem um perigo para os direitos fundamentais.

Assim sendo, entende-se que não será permitido meios de obtenção de prova que impliquem um elevado grau de intromissão na privacidade do suspeito, assim como meios de obtenção de prova que sejam discriminatórios e meios de obtenção de prova que sejam desproporcionais, em relação ao fim a que se destina.

No entanto, muito se tem discutido sobre a questão de alguns dos meios de obtenção de prova colocarem em perigo os direitos de defesa do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio do arguido, traduzindo-se numa problemática com bastante relevância no processo penal, de forma a saber-se como é possível a obtenção de prova quando esta não é consentida pelo arguido, como por exemplo os exames intracorporais, as buscas domiciliárias e as escutas telefónicas.

Importa assim saber até que ponto estes meios de obtenção de prova⁹ não colocam em causa o direito ao silêncio do arguido.

É nesta questão, relativa à colisão entre os meios de obtenção de prova e o direito ao silêncio do arguido, que se irá centrar a presente dissertação e que será abordado na sua essência num outro capítulo.

⁹ Estes são os meios de obtenção de prova que mais têm sido objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, no que se refere aos meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.

Contudo, para terminar a breve referência que se fez aos meios de obtenção de prova, cumpre referir que os meios de obtenção de prova tem como objetivo detetar os indícios da prática do crime, de forma a trazer para o processo uma prova, transformando-se em instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher os meios de prova.

Resulta do exposto que existe uma interligação entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, pois não é possível trazer para o processo provas que não tenham sido objeto de recolha, em que essa recolha de meios de prova é feita pelos meios de obtenção de prova, originando uma *dependência* dos meios de prova face aos meios de obtenção de prova.

2.3. Proibições de Prova

O principal objetivo do processo penal português, como já foi referenciado, é a descoberta da verdade material.

Porém, quando falamos em proibições de prova estamos a referir-nos ao facto de existirem vários limites à descoberta dessa verdade material.

A proibição de prova é um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos dos abusivos meios de obtenção de prova, contribuindo para dissuadir a utilização de meios menos adequados para a obtenção de prova. Tornando-se assim, de um modo geral, as provas obtidas perante a violação dos direitos dos cidadãos em provas proibidas, que não poderão ser utilizadas no processo.

A principal base legal das proibições de prova é o n.º 8¹⁰ do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que estabelece os limites constitucionais a que deve obedecer a recolha de prova, assim como o artigo 126.º do CPP, que vai de encontro ao n.º 8 do artigo 32.º da CRP.

O estado coloca-se numa posição em que, por um lado, impõe-se a si mesmo de forma a garantir a esfera da personalidade do cidadão que está a ser investigado e, por outro lado, pretende preservar determinados interesses públicos.

¹⁰ Estabelece o n.º 8 do artigo 32.º do CPP que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Deriva da doutrina alemã, o facto de, atualmente, as proibições de prova se dividirem em *proibições de produção de prova* e em *proibições de valoração de prova*.

A distinção que é feita entre proibições de *produção de prova* e proibições de *valoração de prova* leva a que, na doutrina alemã, se refira a um princípio de abstração ou separação entre as proibições de *produção de prova* e as proibições de *valoração de prova*.

2.3.1. Proibições de produção de prova

No que respeita às proibições de *produção de prova* estas dividem-se em três espécies: os *temas de prova proibidos*, os *meios de prova proibidos* e os *métodos de prova proibidos*.

Existem temas de prova que são proibidos e que não podem ser investigados, como por exemplo, os factos que sejam abrangidos pelo segredo do Estado, previsto nos artigos 137.º e 182.º do CPP. No caso do artigo 137.º do CPP, este refere-se às situações de não se poder obter depoimento de uma testemunha, sobre factos que estão abrangidos pelo segredo de Estado; e no que se refere ao artigo 182.º do CPP, esta situação diz respeito à proibição de obtenção de prova documental no que se refere a factos abrangidos pelo segredo de Estado.

Neste sentido, o artigo 137.º e o artigo 182.º, do CPP, pretendem que haja a salvaguarda do interesse público em vez de prevalecer o interesse público de descoberta da verdade material.

No que concerne aos *meios de prova proibidos* existem proibições de prova, através de alguns meios de prova, como é o caso dos suportes técnicos e, consequentemente, as respetivas transcrições, quando as conversações que forem gravadas incluam o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro. Mesmo que a interceção telefónica tenha sido autorizada nos termos do artigo 187.º do CPP existe na mesma proibição de produção de prova através destes meios de prova.

Nesta situação em concreto, o conteúdo das conversações poderia não constituir qualquer segredo de Estado e por isso até poderem vir a ser utilizadas, dado que não são um *tema de prova proibido*. No entanto, como estamos perante um meio de prova inquinado, leva a que exista uma proibição de produção de prova e que o conteúdo dessas conversações não possa ser utilizado no processo.

Já no que se refere aos *métodos de prova proibidos* estes são os procedimentos de que as autoridades judiciárias; polícias criminais; os advogados e os ofendidos usam para trazerem para o processo os meios de prova e poderem utilizá-los.

É aqui, nos *métodos de prova proibidos*, que se debate a questão dos meios de prova serem obtidos mediante determinados procedimentos que sejam contrários aos direitos de liberdade e garantia com exceção daqueles que estão previstos na CRP. Deste modo, tal situação leva a que haja uma distinção entre os métodos de prova absolutamente proibidos e os métodos de prova relativamente proibidos.

É essencialmente neste ponto que se levanta a questão central do tema da presente tese: saber até que ponto os métodos utilizados nos meios de obtenção de prova, contrários aos direitos de liberdade e garantia e que não estejam previstos na CRP, são ou não métodos absolutamente ou relativamente proibidos. Contudo, será uma situação debatida mais pormenorizadamente aquando da exposição do principal meio de prova e dos principais meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.

2.3.2. Proibições de valoração de Prova

Quando estamos perante provas proibidas, estas deveriam ter como consequência o facto de não poderem ser utilizadas em decisões que sejam prejudiciais para o arguido, porque na realidade as entidades decisórias conhecem algo que não deveriam conhecer e essas provas não deveriam constar no processo.

Esta proibição de valoração ou de utilização de provas proibidas no processo tem como objetivo salvaguardar que a obtenção das provas seja feita sem qualquer controlo por parte dos Órgãos de Polícia Criminal (OPC's), ou seja, obtenção de provas a «qualquer preço». Assim, sempre que a obtenção das provas seja feita a «qualquer preço» terá como consequência a absoluta inutilização do meio de prova, pois foi obtido ilicitamente e nem poderá ser repetido por outro meio. É como se houvesse uma destruição da prova e tem-se entendido que será este o melhor instrumento jurídico para evitar que sejam utilizados meios ilícitos para a obtenção das provas.

Porém, em regra, as proibições de *produção de prova* geram proibições de *valoração de prova*. Contudo, por vezes tal não acontece, dado que existem algumas proibições de *produção de prova* que a sua violação não implica que haja uma

consequência processual¹¹, assim como existem proibições de *valoração de prova* que não sofreram qualquer vício na anterior produção da prova¹².

Da doutrina alemã decorre também que a violação da proibição de produção da prova não gera obrigatoriamente uma proibição de valoração ou utilização de prova. No entanto a doutrina italiana vincula-se à ideia de que todas as provas que sejam obtidas ilegitimamente, ou seja, que sejam adquiridas com base em violação dos deveres legalmente estabelecidos, não podem ser valoradas ou utilizadas no processo.

2.3.3. O Regime do artigo 126.º do CPP (proibições de prova)

O artigo 126.º do CPP prevê os métodos proibidos de prova estabelecendo no n.º 1 que “*são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” mas, por outro lado, a lei também proíbe as provas que violem ilicitamente a privacidade.

Os métodos proibidos de prova incluem, quer os meios de obtenção de prova, quer os meios de prova, ou seja, os métodos proibidos de prova incluem qualquer instrumento intelectual que seja utilizado com o objetivo de provar um facto juridicamente relevante.

¹¹Como por exemplo, de acordo com o n.º 1 do artigo 172.º do CPP, no qual os exames que são feitos ao corpo de uma pessoa devem sempre respeitar o pudor de quem se submete a eles, assim como uma revista deve respeitar o pudor de quem está a ser revistado, n.º 2 do artigo 175.º do CPP.

Quando um homem, que não é médico de profissão, revista ou examina o corpo de uma mulher, tal situação poderá consubstanciar um atentado contra o pudor da pessoa que está a ser examinada ou revistada. Contudo, essas violações não determinam que as provas obtidas, mediante essa violação, não possam ser valoradas, não havendo assim qualquer tipo de consequência processual.

A situação de não existir, em determinados casos, consequências para a violação de normas processuais é muito discutida na doutrina, porque poderemos estar perante uma violação do direito fundamental, que diz respeito à dignidade sexual da pessoa. No entanto, esta situação não parece enquadrar-se no artigo 126.º do CPP e no artigo 172.º e 175.º, ambos do CPP, não estabelecendo qualquer tipo de nulidade para os casos de violação.

¹²Como é o caso das escutas telefónicas. As escutas telefónicas podem estar devidamente justificadas no decorrer de determinada investigação criminal, estarem devidamente autorizadas e posteriormente serem levadas ao conhecimento do juiz que as autorizou. Porém, nem sempre todas as conversas escutadas podem ser utilizadas no processo, nem serem utilizadas noutra processo, podendo apenas serem utilizadas aquelas que estejam relacionadas com o objeto do processo em concreto, que é o caso dos conhecimentos fortuitos.

O CPP segue o modelo da lei alemã, quanto aos métodos de prova proibidos, apesar do CPP regulamentar os métodos proibidos de prova de forma mais completa e inovadora, tendo sempre como referência o n.º 8 do artigo 32.º da CRP.

As proibições de prova dão lugar a provas nulas, prova essa que tem como consequência a nulidade.

Porém, este regime da nulidade não é o mesmo regime da nulidade sanável e nulidade insanável, prevista no artigo 119.º do CPP. Trata-se de um regime que distingue as proibições de prova que afetam a integridade física e moral da pessoa humana e as proibições de prova que afetam a privacidade da pessoa humana. Neste sentido, estes elementos de prova não podem ser valorados no processo.

O n.º 1¹³ do artigo 126.º do CPP refere expressamente que é proibida a produção de prova que seja obtida mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas e, por isso, terá como consequência a nulidade das provas obtidas dessa forma, não podendo serem valoradas, nem utilizadas no processo.

No que se refere ao n.º 3¹⁴ do artigo 126.º do CPP, entende Paulo Sousa Mendes¹⁵ que este é o mesmo regime contido no n.º 1 do artigo 126.º do CPP, dado que o preceito estipula que *“são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”*.

O CPP estabelece, mediante os dois regimes a que se refere o artigo 126.º, as provas que são absolutamente proibidas e as provas que são relativamente proibidas. Quando nos referimos a provas obtidas através da ofensa ao direito da integridade física, estamos perante uma proibição de prova absoluta e insanável¹⁶ (n.º 1 e n.º 2¹⁷ do artigo

¹³ Estabelece o n.º 1 do artigo 126.º do CPP que *“São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”*.

¹⁴ Estabelece o n.º 3 do artigo 126.º do CPP que *“Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”*.

¹⁵ PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2013, p. 188.

¹⁶ A prova obtida mediante a ofensa ao direito à integridade física, nos termos do n.º 1 e 2 do artigo 126.º do CPP, pode ser conhecida oficiosamente ou a requerimento.

¹⁷ Estabelece o n.º 2 do artigo 126.º do CPP que *“São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose*

126.º do CPP) mas, se pelo contrário estamos perante uma prova obtida através de ofensa ao direito à privacidade, estamos perante uma proibição de prova relativa e que pode ser sanável aquando do consentimento do titular do direito¹⁸ (n.º 3 do artigo 126.º do CPP).

No que diz respeito a este assunto, existe divergência na doutrina, no sentido de haver quem considere que os métodos proibidos previstos no n.º 3 do artigo 126.º do CPP são nulidades absolutas e não nulidades relativas e, por isso, nulidades insanáveis.

Os métodos utilizados, para obter provas, através de intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou até nas telecomunicações são, na opinião de Paulo Sousa Mendes, atentados contra os direitos da liberdade e que deveriam ter a mesma consequência do n.º 1 do artigo 126.º do CPP, ou seja, métodos de prova absolutamente proibidos.

Refere ainda, Paulo Sousa Mendes, que o facto da CRP no n.º 8 do artigo 32.º, assim como, o n.º 3 do artigo 126.º estabelecer que estes direitos podem ser restringidos nos casos previstos na lei, não significa que não sejam métodos de prova absolutamente proibidos, porque quando essas restrições são permitidas, essas situações já se encontram fora das proibições de prova e, conseqüentemente, métodos de prova permitidos e regulamentados.

Neste sentido, Paulo Sousa Mendes, discorda da opinião de Maia Gonçalves que defende que existem dois *graus* de métodos de prova proibidos, os que estão previstos no n.º 1 do artigo 126.º do CPP e os que estão previstos no n.º 3 do artigo 126.º do CPP. Enquanto que as provas obtidas mediante o previsto no n.º 1 são nulidades absolutas, insanáveis e de conhecimento oficioso, já as provas obtidas mediante o previsto no n.º 3 são nulidades relativas, sanáveis que dependem de arguição. No entanto, menciona Paulo Sousa Mendes que, perante tal situação e referindo expressamente o n.º 3 do artigo 126.º

ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.”.

¹⁸As provas obtidas mediante a violação dos direitos à privacidade, prevista no n.º 3 do artigo 126.º do CPP, podem ser conhecidas a requerimento do titular do direito infringido.

Note-se, ainda, que o consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*, porque se o titular do direito pode permitir que haja intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do ato.

do CPP que “*não podendo ser utilizadas*”, esta expressão só pode querer dizer que o regime da nulidade é o mesmo do n.º 1 do artigo 126.º do CPP, isto é, nulidade absoluta.

A posição adotada por Maia Gonçalves foi posteriormente adotada por Paulo Pinto de Albuquerque, na revisão do CPP de 2007, estabelecendo que o regime da prova proibida que implique a ofensa à integridade física e moral das pessoas, prevista no n.º 1 do artigo 126.º do CPP, é uma nulidade absoluta e insanável. No entanto, no que concerne ao regime da prova proibida que implica a ofensa aos direitos à privacidade, prevista no n.º 3 do artigo 126.º do CPP, é uma nulidade relativa, sanável pelo consentimento do titular do direito.

No que se refere a esta questão, concordamos com a opinião de Paulo Pinto de Albuquerque¹⁹, na qual refere que este entendimento não tem fundamento e não é admitido pelo n.º 2²⁰ e 3²¹ do artigo 34.º da CRP, dado que o artigo 34.º da CRP faz referência ao princípio da relevância da vontade do visado pelas intromissões nos direitos à privacidade.

No mesmo sentido, estabelece o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que a utilização de provas que tenham sido obtidas através da intromissão ilícita na privacidade não viola o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), mesmo que seja uma prova decisiva dos factos ou uma prova concorrente.

Mais referimos que a nulidade da prova pode ser conhecida em qualquer fase do processo e prejudica a sentença, caso a prova proibida tenha sido usada para fundamentar a decisão, ou prejudica o despacho, não obstante de toda a prova proibida contaminar a restante prova que tenha um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova que é considerada proibida e a outra prova.

Assim, existe uma invalidade de toda a prova que seja posterior e esteja lógica e valorativamente dependente de outra prova que seja antecedente e inválida, é o que se chama de «efeito à distância» da proibição de prova, mais conhecida por «frutos da árvore envenenada».

¹⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, artigo 126.º.

²⁰ Estabelece o n.º 2 do artigo 34.º da CRP que “*A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei*”.

²¹ Estabelece o n.º 3 do artigo 32.º da CRP que “*Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e estupefacientes, nos termos previstos na lei*”.

Perante o exposto, podemos concluir que as proibições de prova *reconduzem-se* à proibição de eventuais abusos contra os direitos fundamentais das pessoas e para travar os abusos que possam existir contra a dignidade da pessoa humana, por forma a violar os seus direitos fundamentais.

Neste sentido, a CRP estabeleceu a nulidade da prova obtida por métodos proibidos, “*porque a própria dignidade humana é o próprio fundamento dos direitos e, por isso, nunca deve ser sacrificada*”²².

²²GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal-II, Editorial Verbo, 2008, p. 140.

Capítulo II – Direito ao silêncio do arguido

3. Arguido

Neste capítulo dedicado ao arguido procuraremos, em primeiro lugar, definir o que é o arguido; o que é um suspeito; qual a diferença entre eles; qual o momento da constituição de arguido, em termos gerais; quais os direitos e deveres do arguido; como se efetuam os interrogatórios do arguido; e qual a evolução histórica que o direito ao silêncio tem sofrido ao longo dos tempos.

3.1. Distinção entre arguido e suspeito

A alínea e) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP refere que «suspeito» é *“toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”*.

O suspeito não é considerado um sujeito processual, não podendo assim intervir ativamente no inquérito, designadamente solicitar diligências de prova, assim como não pode o suspeito requerer a abertura de instrução.

Porém, mesmo o suspeito não sendo considerado como um sujeito processual, ele goza de um estatuto processual específico que lhe permite usufruir de certos direitos, que o próprio processo penal lhe confere, nomeadamente, não pode o suspeito, em caso algum, *“ser obrigado a fornecer provas ou a prestar declarações autoincriminatórias”* (Paulo Sousa Mendes, 2013: 123)²³. No entanto, Germano Marques da Silva contrapõe, referindo que o simples suspeito *“não é titular de direitos nem está sujeito a deveres processuais especiais”* (Germano Marques da Silva, 2013: 298).

De acordo com o n.º 1 do artigo 59.º do CPP²⁴, sempre que no decurso de qualquer inquirição, feita à pessoa que não é arguida, surgir fundada suspeita que aquela pessoa cometeu um crime, é obrigatório haver, a partir desse momento, constituição de arguido.

²³ Aqui está subjacente que ninguém pode ser obrigado a contribuir para a sua autoincriminação, princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que num momento posterior será analisado pormenorizadamente.

²⁴ Estabelece o n.º 1 do artigo 59.º do CPP que: *“Se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao ato suspende-o imediatamente e procede à comunicação e à identificação referidas no n.º 2 do artigo anterior”*.

Assim, a partir do momento em que exista essa suspeita, a inquirição deverá ser interrompida, para que se proceda à constituição formal do arguido, nos termos do n.º 2²⁵ do artigo 58.º do CPP.

Resulta assim do n.º 1 do artigo 59.º do CPP, os casos em que a fundada suspeita ocorre no decorrer da inquirição. No entanto, este normativo legal deverá abranger, através da interpretação enunciativa e do argumento *a minori ad maius*, os atos que não deveriam ser iniciados se já houvesse suspeita fundada, devendo nesses casos o suspeito ser previamente constituído como arguido.

Contudo, poderá também a pedido do suspeito, haver a constituição como arguido sempre que se estejam a efetuar diligências, destinadas a comprovar a imputação, que afetem pessoalmente o suspeito.

Refere Paulo Sousa Mendes, a propósito do argumento *a minori ad maius*, que “*A lei que proíbe o menos proíbe o mais. Neste caso, a lei que proíbe a continuação da inquirição se, durante a mesma, surgirem fundadas suspeitas contra o imputado proíbe que a inquirição se faça se essas suspeitas já anteriormente existissem, pois neste caso o imputado terá de ser interrogado na qualidade de arguido*” (Paulo Sousa Mendes, 2013: 124).

Desta forma, entendemos que não há dúvidas que quer o princípio da não autoincriminação, quer o direito ao silêncio, são garantias constitucionais que se estendem também ao suspeito, não sendo apenas garantias constitucionais exclusivas do arguido.

O suspeito, no processo penal português, beneficia ainda de outras proteções.

Assim, independentemente da fonte ou da imputação que é feita ao suspeito e quando ainda não existem motivos que justifiquem a constituição do suspeito como arguido, o suspeito goza de uma posição processual própria, não podendo intervir no processo, designadamente como testemunha.

O CPP de 1987 não define «arguido», ao contrário do CPP de 1929 que definia arguido como “*aquele sobre quem recai forte suspeita de ter perpetrado uma infracção, cuja existência esteja suficientemente comprovada*”²⁶.

²⁵ Estabelece o n.º 2 do artigo 58.º do CPP que: “*A constituição de arguido opera-se através da comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal, de que a partir desse momento aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres processuais referidos no artigo 61.º que por essa razão passam a caber-lhe*”.

Porém, importa referir que na versão original do CPP de 1929 não era definido «arguido», nem mesmo com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945.

Neste sentido, refere Figueiredo Dias que *“poderia pensar-se ser ela dispensável, quando não mesmo inconveniente. Mas não é assim: à constituição de uma pessoa como arguido devem ligar-se, do ponto de vista do processo penal, efeitos da maior importância que se afastam notoriamente, quanto ao seu regime, dos que são cabidos às pessoas que intervenham em outra veste processual, máxime como simples testemunhas ou declarantes. Assim, por exemplo, é profundamente diverso o regime do interrogatório do arguido (arts. 250.^{o27} e 253.^o e seguintes do CPP) – ou mesmo do simples suspeito (art. 252.^{o28}) -,*

²⁶ Redação dada pelo Decreto-lei n.º 185/72, de 31 de maio, no qual passa a constar no artigo 251.º do CPP de 1929, a definição de arguido, que até aqui não estabelecia.

²⁷ Estabelecia o artigo 250.º do CPP de 1929, com a introdução do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio, que *“Logo que, com base na denúncia ou no resultado de diligências probatórias, a instrução preparatória seja dirigida contra pessoa determinada, é obrigatório interrogá-la como arguido. 1.º Cessa a obrigatoriedade do interrogatório do arguido: Se este não residir na comarca ou não puder ser notificado. Mas, se houver conhecimento da sua residência, será avisado, pelo correio, para que possa apresentar-se e prestar declarações; Nos processo em que não haja lugar a instrução preparatória. 2.º No caso do n.º 1 do parágrafo anterior, pode o arguido requerer que lhe seja feito interrogatório pelo Ministério Público da comarca onde reside. O juiz do processo, antes do despacho de pronúncia, e abrindo para tanto oficiosamente a instrução contraditória, solicitará, por carta precatória, o interrogatório do arguido residente noutra comarca, que não tiver sido interrogado durante a instrução preparatória. 3.º O interrogatório do arguido só poderá ser feito numa fase da instrução preparatória posterior à indicada no corpo do artigo, quando se entenda, em despacho fundamentado, que a sua realização nesta fase é susceptível de prejudicar gravemente a instrução”.*

²⁸ Estabelecia o artigo 252.º do CPP de 1929, com a introdução do Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de maio que *“Não deve ser interrogado como testemunha ou declarante todo aquele a respeito de quem se procure na instrução averiguar dos fundamentos da suspeita de ter cometido uma infracção. O seu interrogatório obedecerá ao disposto para os arguidos em liberdade no artigo 265.º. único. As pessoas sobre quem recaia, durante a instrução preparatória, a suspeita de terem cometido uma infracção poderão requerer que lhes seja feito interrogatório nos termos e com as formalidades do primeiro interrogatório dos arguidos não presos, sempre que se verifique estarem a ser efetuadas diligências para comprovar a imputação do crime aos requerentes. O requerente não pode ser indeferido: 1.º Quando o requerente houver sido indicado com o agente do crime, na denúncia que tenha originado averiguações sobre tal imputação, e houveram já decorrido trinta dias sobre a data da denúncia; 2.º Quando a pessoa que houver indicação ou oferecido provas da imputação do crime ao requerente tenha sido admitida como assistente; 3.º Quando o suspeito*

relativamente ao das testemunhas e declarantes (arts. 218.º e seguintes), revestindo-se aquele de um formalismo mais complexo e de muito maiores garantias de que este” (Jorge Figueiredo Dias, 1974 (reimpressão 2004): 424).

No entanto, e apesar do CPP de 1987 não definir o conceito de arguido, tal como definia o CPP de 1929, através do Decreto-Lei n.º 185/72 de 31 de maio, é possível determinarmos o conceito de «arguido», pelo menos de forma indireta, com base nos artigos 57.º a 59.º do CPP²⁹ e com base na definição de «suspeito», previsto no artigo 1.º do CPP.

Neste sentido, poderemos referir que «arguido» não é sobre aquele a quem recai fundada suspeita de ter cometido um crime, porque pode existir fundada suspeita que aquela pessoa cometeu um crime, mas poderá não assumir a qualidade de arguido. Como veremos a seguir, apenas assume a qualidade de arguido aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.

Assim, a partir do momento que é deduzida a acusação ou requerida a instrução, o acusado ou requerido passa a ser considerado sujeito processual e passa beneficiar de todos os direitos inerentes ao arguido.

Com efeito, concordamos com a opinião de Germano Marques da Silva, que define arguido como *“a pessoa que é formalmente constituída como sujeito processual e relativamente a quem corre processo como eventual responsável pelo crime que constitui objeto do processo”* (Germano Marques da Silva, 2013: 298 e 299).

Perante o exposto, poderemos concluir que a principal distinção entre suspeito e arguido reside no facto de o suspeito não ser considerado como um sujeito processual³⁰, não podendo, por isso, intervir no inquérito, ao contrário do que sucede com o arguido.

Porém, como já foi dito, e pelos fundamentos já invocados, ao suspeito são extensíveis as garantias constitucionais do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio e princípio da não autoincriminação.

tiver sido interrogado ou notificado para depor, como testemunha ou declarante, sobre os factos pelos quais possa ser incriminado”.

²⁹ Título III do CPP sob a epígrafe «Do arguido e do seu defensor».

³⁰ Decorre do CPP que são sujeitos processuais o Tribunal; o MP, e na sua dependência os órgãos de polícia criminal; o arguido, associado ao defensor; o assistente e as partes civis. São participantes processuais, são pessoas e entidades que atuam no processo penal, atuam juridicamente no processo.

3.2. Constituição do arguido

O artigo 57.º e ss do CPP estabelecem o regime aplicável ao arguido formalmente constituído, regulando a posição do arguido enquanto sujeito processual e contra quem corre um processo-crime.

Decorre do n.º 1 do artigo 57.º do CPP que “*Assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal*”.

Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 57.º do CPP, o arguido assume essa qualidade com a acusação ou através de requerimento para abertura da instrução, por parte do assistente, mantendo essa qualidade durante todo o processo³¹.

Tal situação implica que o arguido não adquira a qualidade de arguido de forma automática, como ocorria na versão original do CPP de 1987³², sendo ainda necessário, de acordo com o n.º 3 do artigo 57.º, que seja comunicado ao arguido que adquiriu a qualidade de arguido, nos termos do n.º 2 a n.º 6 do artigo 58.º do CPP³³.

Assim, hoje em dia, a acusação ou o requerimento de instrução não conduzem, por si só, “*à assunção da qualidade de arguido, pois que esta, por aplicação do artigo 58.º, n.º 3, ex vi artigo 57.º, n.º 3 opera-se pela comunicação descrita no mesmo artigo 58.º, n.º 3*”³⁴(José Lobo Moutinho, 2000: 14).

No entanto, o arguido pode ainda adquirir a qualidade de arguido, antes da acusação ou do requerimento para abertura da instrução, nos casos previstos no artigo 58.º e artigo 59.º do CPP, casos que ocorrem a constituição obrigatória do arguido.

³¹ Desta forma, estabelece Germano Marques da Silva que “*Há quem entenda que esta norma é excessiva, devendo a qualidade de arguido ser retirada logo que nos autos haja indícios da falta de responsabilidade do arguido. Este entendimento resulta da ideia comum de que a constituição e manutenção dessa qualidade de sujeito processual resulta da existência de indícios de responsabilidade. Até às alterações introduzidas no Código pela Lei n.º 48/2007 essa ideia não era juridicamente correta, mas correspondia ao conhecimento comum. Com as alterações da Lei n.º 48/2007 importa repensar a norma do n.º 2 do artigo 57.º*” (Germano Marques da Silva, 2013: 303).

³² Antes da revisão do CPP de 1998, a constituição do arguido operava *ope legis*.

³³ Na versão original do artigo 57.º do CPP de 1987, não constava a redação do atual n.º 3. Porém, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto passa a constar o n.º 3 com a seguinte redação: “*É correspondente aplicável o disposto nos n.º 2 a 6 do artigo seguinte*”.

³⁴ De referir que atualmente a redação do n.º 3 do artigo 58.º do CPP é a redação que consta do n.º 4 do artigo 58.º do CPP, alterada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

Neste sentido, o artigo 57.º e ss do CPP regulam a qualidade de arguido a que se refere o artigo 60.º e o artigo 61.º do CPP. O facto do artigo 57.º, sob a epígrafe «Qualidade de arguido»; o artigo 58.º, sob a epígrafe «Constituição de arguido»; e o artigo 59.º, sob a epígrafe «Outros casos de constituição de arguido», estarem separados, não significa que tenhamos que tratá-los separadamente como se constituíssem artigos totalmente independentes.

Desta forma, como refere José Lobo Moutinho *“Estão ligadas pela incindível unidade que liga o facto à consequência, a hipótese, a previsão ou factispécie à estatuição ou consequência”* (José Lobo Moutinho, 2000: 45).

No que concerne à aquisição da qualidade de arguido, o facto constitutivo, é composto pela acusação do MP, nos termos do artigo 283.º do CPP³⁵, pelo particular (assistente), quando estamos perante crimes particulares, nos termos do artigo 285.º do CPP³⁶, pelo requerimento de instrução, por parte do assistente quando ocorre o arquivamento do inquérito, e ainda quando é efetuada a comunicação a que se refere o n.º 2 do artigo 58.º do CPP, assim como com a entrega ao arguido do documento previsto no n.º 3 do artigo 58.º do CPP.

Como já foi referido, para além do CPP estabelecer no artigo 57.º a aquisição da qualidade de arguido, é ainda referido no artigo 58.º e no artigo 59.º do CPP as situações de constituição de arguido.

A constituição de arguido, conforme o estabelecido no n.º 3 do artigo 58.º do CPP, é feita por autoridade judiciária ou por um órgão de polícia criminal competente. Se a constituição de arguido for feita por um órgão de polícia criminal, a constituição deve ser comunicada à autoridade judiciária no prazo de 10 dias.

No entanto, a constituição de arguido, conforme o estabelecido no n.º 2 do artigo 58.º do CPP, só opera mediante comunicação oral ou por escrito da autoridade judiciária ou de um órgão de polícia criminal.

³⁵ Estabelece o n.º 1 do artigo 283.º do CPP que: *“Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra ele”*.

³⁶ Estabelece o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 285.º do CPP que: *“1- Findo o inquérito, quando o procedimento depender de acusação particular, o Ministério Público notifica o assistente para que este deduza em 10 dias, querendo, acusação particular. 2- O Ministério Público indica, na notificação prevista no número anterior se foram recolhidos indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes.”*

Decorre do n.º 3 do artigo 57.º do CPP que a constituição de arguido implica a entrega ao arguido do documento a que se refere o n.º 4³⁷ do artigo 58.º, assim como a imediata sujeição do arguido a termo de identidade e residência. Porém, importa ter em especial atenção quais as consequências, no que diz respeito à constituição de arguido, que foram introduzidas pela obrigatoriedade de realização do primeiro interrogatório do arguido³⁸, nos termos do n.º 1 do artigo 272.º³⁹ do CPP.

De acordo com o artigo 60.º do CPP, a partir do momento em que opera a constituição de arguido e se procede à sua comunicação, recai na esfera jurídica do arguido um conjunto de direitos e deveres processuais, elencados no artigo 61.º do CPP. E, são estes direitos e deveres processuais do arguido que serão aqui analisados, nomeadamente os inerentes ao direito ao silêncio do arguido.

Entende-se que, para se proceder a uma inquirição de uma pessoa sobre os factos que este praticou, esta inquirição só deverá ter lugar quando houver a constituição de arguido. Até porque, no que concerne aos direitos e deveres do arguido, o suspeito ao assumir a qualidade de arguido pode intervir no processo como sujeito processual. No entanto, quando o suspeito não assume essa qualidade, apenas poderá intervir no processo como testemunha, com os direitos e deveres de uma testemunha. Esta situação, de interrogar o suspeito na qualidade de testemunha, com o dever de depor com verdade, leva a que haja uma restrição quase a zero dos verdadeiros direitos de participação ativa do arguido no inquérito, assim como a supressão do direito ao silêncio e ao seu defensor.

Neste sentido, refere José Lobo Moutinho que *“As declarações do imputado, de primeiro e fundamental meio de defesa, transformam-se, então, em estrito meio de prova, dotado da presumível importância que lhe é atribuída precisamente pela suspeita que recai sobre o depoente. Ouvindo-o como testemunha (quicá com expressa advertência do*

³⁷ Decorre do n.º 4 do artigo 58.º do CPP que *“a constituição de arguido opera-se mediante a comunicação, oral ou por escrito, feita ao visado por uma autoridade judiciária ou um órgão de policia criminal, de que, a partir desse momento, aquele deve considerar-se arguido num processo penal e da indicação e, se necessário, explicação dos direitos e deveres que por essa razão passam a caber-lhe”* (José Lobo Moutinho, 2000:70).

³⁸ No CPP de 1987 não era obrigatório interrogar o arguido antes da acusação ou do requerimento de instrução.

³⁹ Estabelece o n.º 1 do artigo 272.º do CPP que: *“Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la”*.

dever de responder com verdade às perguntas que lhe são formuladas), restaura-se a fraude, senão a ameaça «para lhe arrancar o que ele não quer dizer»” (José Lobo Moutinho, 2000: 12).

Perante o exposto, podemos concluir, no que se refere à constituição de arguido, que a constituição de arguido como sujeito processual é um meio fundamental para que seja assegurado o exercício de direitos e deveres processuais inerentes ao arguido, de acordo com o artigo 60.º do CPP, ou seja, a partir do momento que adquire a qualidade de arguido, este é titular dos direitos e deveres que integram o estatuto do arguido, previstos no artigo 61.º do CPP.

Com efeito, quando haja pressupostos para constituição do arguido e a constituição do arguido não é feita, havendo assim um retardamento da constituição de arguido, isto é, a constituição do arguido é feita em momento posterior ao devido, tal situação constitui como sanção uma inadmissibilidade como prova das declarações prestadas, estando assim perante uma proibição de prova. Essas declarações não poderão ser utilizadas no processo⁴⁰.

Desta forma, é nosso entendimento que o arguido não é possuidor de um direito de defesa, porque, se assim fosse, o arguido perante uma acusação tinha obrigatoriamente que se defender sob pena de serem considerados provados os factos que ele não contestou. Assim, o arguido não tem o dever de se defender, antes pelo contrário, o arguido tem o direito de se defender.

3.3. A importância do primeiro interrogatório para o arguido

Importa esclarecermos, após definirmos o conceito de arguido e a sua constituição como tal, qual a importância do primeiro interrogatório feito ao arguido e a forma como este deve ser dirigido.

⁴⁰ Por vezes, a não atempada constituição do arguido, resulta de uma manobra ilícita da autoridade judiciária ou do órgão de polícia criminal, para que a pessoa preste declarações na qualidade de testemunha e não na qualidade de arguido. Porém, não terá qualquer efeito, dado que essas declarações, prestadas ainda na qualidade de testemunha não poderão ser utilizadas no processo, conforme o n.º 5 do artigo 58.º do CPP. No entanto, por vezes, a não constituição do arguido em momento oportuno, não se traduz numa manobra ilícita da autoridade judiciária ou do órgão de polícia criminal. O que por vezes acontece é que no momento em que a pessoa é inquirida, ainda não existem indícios suficientes da sua responsabilidade, que só posteriormente é que surgem no processo.

O interrogatório é um ato processual com várias finalidades, tendo como principal objetivo a descoberta da verdade material e garantir que a defesa do arguido seja realizada, podendo ser dividido em duas partes, no qual na primeira parte procedesse à recolha dos dados de identificação do arguido e na segunda parte o arguido conhece quais os factos que lhe são imputados.

Desta forma, o arguido no primeiro interrogatório deve ser informado dos direitos que possui, essencialmente que tem o direito de remeter-se ao silêncio sobre os factos que lhe são imputados. Este direito que o arguido tem de ser informado dos seus direitos, tem como propósito que o arguido entenda que não está a ser ouvido como testemunha, caso em que teria que depor com verdade, mas sim como arguido, que lhe confere o direito ao silêncio.

O primeiro interrogatório torna-se ainda essencial para que a defesa possa preparar a estratégia que irá utilizar no processo, nomeadamente, se assim o entender como mais benéfico para o arguido, aconselhá-lo a manter-se em silêncio.

Assim, se não for garantido ao arguido contactar com o seu defensor, de forma a poderem delinear uma estratégia, haverá uma afetação da liberdade do arguido, assim como poderá afetar todos os atos defensivos que irão ser praticados mais tarde.

É no primeiro interrogatório judicial que o arguido tem conhecimento dos factos que lhe são imputados e, por este motivo, há quem entenda que não deveria o arguido no primeiro interrogatório ser assistido por um defensor oficioso, porque em regra refere-se a um advogado estagiário.

Neste sentido, entende-se que o primeiro interrogatório é fundamental, constituindo um meio de defesa para o arguido, que deverá ser respeitado. No entanto, e apesar do arguido ter o direito de ser ouvido, a sua participação no processo terá que ser, como já foi referido, de forma voluntária, livre e consciente, porque sobre o arguido apenas recai dever de colaborar com justiça se este assim o entender.

Com efeito, há quem entenda que, em primeiro lugar, o arguido deveria poder, antes de ser interrogado, falar com o seu defensor, assim como deveria o arguido, após comunicação dos factos que lhe são imputados, conferenciar com o seu defensor, para que o defensor esclareça o arguido dos direitos que lhe estão subjacentes, designadamente o direito de remeter-se ao silêncio, ou seja, de não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e o direito de não produzir prova contra si próprio.

A maioria da jurisprudência entende que o direito ao silêncio do arguido deve ser invocado logo que o arguido seja indicado para prestar declarações no interrogatório,

realizado pelos OPC`s, perante o juiz em audiência de julgamento, assim como a jurisprudência entende que se deve proteger o direito ao silêncio do arguido mediante a proibição da valoração das conversas informais, realizadas entre o arguido e os agentes policiais, na fase de inquérito, porque são realizadas fora das formalidades impostas por lei.

Não faz sentido que essas conversas realizadas com os OPC`s, antes de haver constituição de arguido, sejam usadas como meio de prova no processo. Admitir as conversas informais como meio de prova no processo, mesmo que realizadas em fase anterior à constituição de arguido, entendemos que seria o mesmo que indiretamente obrigar o arguido (que ainda não assumiu essa qualidade) a falar contra a sua vontade.

Assim, entendemos que ao serem admitidas no processo as conversas informais, estaríamos a violar o estatuto do arguido, dado que o arguido tem o direito ao silêncio, que se encontra expressamente consagrado na alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP, aplicando-se também em audiência de julgamento, n.º 1 do artigo 343.º⁴¹ do CPP.

Até porque o conteúdo essencial do direito de defesa do arguido prevê que o arguido seja considerado como um sujeito processual e não como um objeto processual, do qual resulta o direito ao silêncio do arguido, sempre relacionado com o princípio da presunção de inocência, no qual só as afirmações que são produzidas pelo arguido com respeito pela sua vontade é que poderão ser utilizadas como meios de prova no processo⁴².

Poderemos assim concluir que o interrogatório confere as garantias de defesa ao arguido, estabelecendo assim no processo penal português um conjunto de direitos ao arguido, assim como um conjunto de limitações a que está sujeito o interrogatório do arguido. Tais limitações decorrem do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e da dignidade da pessoa humana que preveem a proibição de vários métodos a usar no

⁴¹ Prevê o n.º 1 do artigo 343.º do CPP o seguinte: “O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem o que o seu silêncio possa desfavorecê-lo.”.

⁴² Note-se que o mesmo se aplica às declarações que são prestadas por coarguidos em prejuízo de outro, nos casos em que este se recusa a responder às perguntas que foram feitas pelo juiz, conforme o n.º 4 do artigo 345.º do CPP.

interrogatório do arguido, desde logo as proibições constantes do n.º 1 e n.º 2 do artigo 126.º do CPP⁴³.

3.4 Evolução histórica do direito ao silêncio

Após uma breve análise ao estatuto do arguido, designadamente à diferença entre um suspeito e um arguido; a forma como opera a constituição de arguido; e a importância do interrogatório feito ao arguido, procuraremos expor neste ponto a evolução que o processo penal português sofreu ao longo dos tempos e quais as principais áreas que foram alvo de alterações.

Centrando-nos, principalmente, nas alterações referentes às garantias dos meios de defesa do arguido e a forma como estas alterações se têm refletido no processo penal português. Assim, passaremos a analisar, em primeiro lugar, o CPP de 1929; posteriormente, analisaremos o CPP de 1987; e, por último, analisaremos as alterações do CPP ocorridas depois do surgimento do CPP de 1987 até aos dias de hoje.

3.4.1. O Código do Processo Penal de 1929

O CPP surge em 1929, aprovado pelo Decreto n.º 16.489, de 15 de fevereiro de 1929, constando do artigo 1.º do referido Decreto que “*É aprovado o Código de Processo Penal, que faz parte do presente decreto com força de lei*”.

A publicação deste Código tinha como principal objetivo compilar a legislação aplicável ao processo penal, que se encontrava disperso, no sentido de a clarificar e simplificar. Contudo, tinha também como objetivo reformar a estrutura do processo penal.

No entanto, a estrutura do processo penal estava ligada às instituições penais e à organização judiciária, por isso, a reforma da estrutura do processo penal só seria possível se houvesse uma substituição do Código Penal (CP) e uma reorganização do sistema judiciário.

Estabelecia o artigo 2.º do referido Decreto, que aprovou o CPP de 1929, que “*As disposições deste código começarão a vigorar no dia 1 de Março do corrente ano no*

⁴³ De referir que as proibições constantes do n.º 1 e n.º 2 do artigo 126.º do CPP são proibições que operam mesmo que o arguido tenha dado o seu consentimento, porque o que está em causa é a tutela da liberdade de autodeterminação da pessoa.

continente e nas ilhas adjacentes”, ficando o Governo autorizado a estender a aplicação deste CPP às colónias, desde que fossem ouvidas as estações competentes e, se fosse necessário, fazer as modificações que as circunstâncias especiais das colónias determinavam, conforme estabelecia o artigo 7.º do Decreto n.º 16.489.

Com o CPP de 1929, a instrução do processo era da competência do juiz, podendo o MP apenas promover as diligências de instrução, como resultava do artigo 159.º do CPP de 1929⁴⁴. Porém, com a entrada em vigor do Decreto-Lei (DL) n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945⁴⁵ houve alterações significativas na fase de instrução do processo, passando a haver uma fase de instrução preparatória da competência do MP, conforme o constante no n.º 1 do artigo 11.º do *Capítulo II – Da instrução* e o constante da *Seção I – Da instrução preparatória* do *Capítulo II – Da Instrução* do DL n.º 35.007, que tinha como objetivo descobrir indícios da existência de um crime e descobrir quem foi o agente.

Posteriormente à fase de instrução preparatória, havia a fase de instrução contraditória, que era da competência de um juiz, de acordo com estabelecido no n.º 2 do artigo 11.º do *Capítulo II – Da instrução* e da *Seção II – Da instrução contraditória* do *Capítulo II – Da instrução* do DL n.º 35.007.

Foi através do DL n.º 35.007, com a atribuição de uma fase de instrução preparatória da competência do MP, que se adotou o princípio do acusatório⁴⁶. Princípio

⁴⁴ Constava do artigo 159.º do CPP de 1929 que *“A instrução do processo é dirigida pelo juiz, que poderá ordenar oficiosamente ou por promoção do Ministério Público, a requerimento da parte acusadora ou do arguido, depois de admitido a intervir no processo, qualquer diligência que julgue necessária para o apuramento da verdade”*.

⁴⁵ Este DL surge pelo facto de ser necessário proceder à remodelação de alguns princípios básicos do processo penal, porque, tal como estabelece o preâmbulo do referido DL, *“uma sociedade não pode, sem perigo, consentir longamente na violação assídua das regras fundamentais em que assenta a sua existência e ordenado funcionamento, como os cidadãos não podem permanecer continuamente à mercê da pertinaz agressão à sua esfera jurídica”*.

⁴⁶ A atribuição, através do DL n.º 35.007, de uma fase de instrução preparatória, da competência do MP não foi uma situação muito pacífica, havendo várias oposições a esta fase de instrução preparatória. Quem se opunha a esta fase de instrução preparatória defendia a judicialização integral do processo penal. Entendiam que o MP apenas tinha como objetivo perseguir, acusar e instruir e, por isso, desejavam um processo penal igual ao processo penal francês, dado que no processo penal francês só o juiz é que podia instruir e o MP, com o auxílio dos polícias, é que podia perseguir e acusar, não podendo assim o MP ser juiz de instrução; era considerado parte e não juiz.

que se mantêm até aos dias de hoje como princípio estruturante do processo penal português.

Do CPP de 1929 constavam, designadamente no *Capítulo V – Das perguntas*, alguns direitos do arguido quando este era sujeito a interrogatório.

Estabelecia o artigo 280.º do CPP de 1929 que aos arguidos era perguntado o seu nome; estado; profissão; idade; naturalidade; filiação; se já tinham estado presos e se já tinham sido condenados. Se não houvesse resposta por parte do arguido, este incorria numa pena de desobediência.

Posteriormente a estas perguntas, o arguido era interrogado sobre a infração que lhe era imputada. O interrogatório deveria ser feito ao arguido por perguntas que não fossem sugestivas; nem acompanhadas de presunções; falsas promessas ou ameaças, sob pena de o juiz que violasse essas regras incorrer em pena disciplinar.

Contudo, não existe referência, no CPP de 1929, que o arguido tivesse o direito de não prestar declarações sobre os factos que lhe eram imputados, ou seja, que o arguido tinha o direito de se remeter ao silêncio. Apenas, constava do artigo 283.º do CPP de 1929, que o arguido não era obrigado a responder precipitadamente às perguntas que lhe eram feitas e se fosse necessário deveriam as respetivas perguntas serem novamente repetidas.

Com a instauração da democracia, dá-se uma evolução no sistema processual penal português. A primeira evolução surge através do DL n.º 605/75 de 3 de novembro pelo facto de o programa das forças armadas determinar a dignificação do processo penal em todas as suas fases e pelo facto de o Conselho de Ministro, em 20 de setembro de 1974, aprovar, como sendo prioritária, o constante daquele programa, procedendo-se assim à simplificação e à celeridade do processo penal. Este DL criou o inquérito policial para os crimes puníveis com pena correcional.

Entende-se, também, como se retira do preâmbulo do DL n.º 605/75, que para a salvaguarda dos direitos dos arguidos a instrução preparatória, introduzida pelo DL n.º 35.007, deveria realizar-se sempre que os arguidos se encontrassem presos.

No entanto, em 1976, o n.º 4 do artigo 32.º da CRP estabelece que toda a instrução do processo penal é da competência do juiz, à semelhança do que acontecia no CPP de 1929 e neste sentido, o DL n.º 605/75 sofre alterações e, no lugar do inquérito policial, através do DL n.º 377/77, de 6 de setembro, ficou o inquérito preliminar⁴⁷.

⁴⁷ Foi levantada a inconstitucionalidade do inquérito policial, introduzido pelo DL n.º 605/75, assim como a inconstitucionalidade do inquérito preliminar, introduzida pelo DL n.º 377/77.

Desta forma, concluímos que o CPP de 1929 não consagra uma elevada proteção às garantias de defesa do arguido, sendo praticamente inexistentes essas garantias. Mesmo com as alterações introduzidas pelo DL n.º 605/75, de que devido à instauração da democracia reclamava mudanças no processo penal português, os afloramentos que surgiram às garantias de defesa do arguido foram escassas.

3.4.2. O Código de Processo Penal de 1987

Entretanto, surge o DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, que aprova o CPP de 1987, que se encontra em vigor até aos dias de hoje. Este DL, do qual consta em anexo o CPP de 1987, vem revogar o DL n.º 16.489, que aprovou o CPP de 1929, assim como um conjunto de diplomas que foram surgindo ao longo dos anos com o intuito de complementar o CPP de 1929, designadamente, o DL n.º 35.007⁴⁸.

Conforme o artigo 7.º da versão original do CPP de 1987, o CPP de 1987 entraria em vigor no dia 1 de junho, o qual se aplicaria aos processos instaurados a partir dessa data, independentemente do momento em que a infração tivesse sido cometida. Contudo, o CPP de 1987 e vigente até aos dias de hoje não entrou em vigor na data prevista, devido à Lei n.º 17/87, de 1 de junho, que veio adiar a entrada em vigor do CPP para o dia 1 de janeiro de 1988.

Este código surge na sequência da necessidade de uma revisão do ordenamento processual penal. Há muito tempo que era reclamada pela doutrina uma revisão do processo penal e com a revolução de 25 de Abril de 1974 essa necessidade de reforma do processo penal agravou-se.

As transformações políticas e sociais que tinham acontecido nos últimos tempos, assim como o avanço da reflexão teórica, influenciaram para que houvesse “*novas e importantes linhas de clivagem e de conflitualidade entre os fins do processo penal*”⁴⁹. Outro dos motivos que influenciou a reforma do processo penal e que dá origem ao CPP de 1987 é a procura de uma maior celeridade e eficiência na justiça penal⁵⁰.

⁴⁸ Os diplomas que foram revogados, com a entrada em vigor do DL n.º 78/87, que aprovou o CPP de 1987, são os constantes no n.º 2 do artigo 2.º do DL n.º 78/87.

⁴⁹ Preâmbulo do CPP vigente.

⁵⁰ A celeridade do processo penal não pode, em caso algum, colocar em causa as garantias de defesa do arguido. Um dos exemplos de garantia do princípio da celeridade é o facto de na fase de audiência, no

A “celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do caso o facto de a Constituição, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental. Há, pois, que reduzir ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser – e tem mesmo de presumir-se – inocente”⁵¹.

Com a entrada em vigor do CPP de 1987, este vem atribuir ao MP o domínio da fase de inquérito, na forma de processo comum, conforme a versão original do artigo 262.º ss do CPP de 1987, relembrando o DL n.º 35.007 que tinha introduzido no processo penal, como já foi referido, uma fase de instrução preparatória da competência do MP e uma fase de instrução contraditória da competência do juiz.

Foi ainda levantada, com a entrada em vigor deste Código, a questão da possível desconformidade com o n.º 4 do artigo 32.º da CRP, que passou a estabelecer a partir de 1976 que toda a instrução do processo penal era da competência do juiz.

Deste modo, foi realizada, a requerimento do Presidente da República da altura, a avaliação preventiva e abstrata do CPP de 1987, porque havia dúvidas quanto à constitucionalidade de algumas normas. Uma dessas dúvidas centrava-se, entre outras⁵², essencialmente no facto da atribuição do domínio do inquérito ao MP.

Na questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atribuição ao MP o domínio do inquérito fundava-se no facto de o n.º 4 do artigo 32.º do CRP definir que “as diligências processuais que a lei inclui sob a designação de inquérito são, materialmente, instrutórias – portanto, da competência de um juiz”, ou seja, a CRP estabelece que toda a instrução é da competência de um juiz mas, por outro lado, o CPP de 1987 estabelecia que o inquérito era da competência do MP.

Neste sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional (TC), no acórdão n.º 7/87, de 9 de janeiro, estabelecendo que a intervenção de um juiz, em toda a fase de instrução, se deve para salvaguardar a liberdade e segurança dos cidadãos no decurso do processo,

processo sumário, esta poder ser adiada até 30 dias, para que o arguido possa preparar a sua defesa ou para a realização de diligências de prova.

⁵¹ Preâmbulo do CPP vigente.

⁵² Assim como o carácter facultativo da instrução de acordo com o n.º 2 do artigo 286.º do CPP de 1987; a competência dos OPC’s para realizar diligências e investigações durante o inquérito, conforme a versão original do n.º 1 do artigo 270.º do CPP de 1987 e a questão relacionada com a suspensão provisória do processo.

designadamente no inquérito e para garantir que a prova que seja obtida no decorrer as investigações seja feita com respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Tal situação, deve-se ao facto de o direito penal e o direito processual penal colidirem com os direitos, liberdades e garantias fundamentais e, por isso, é atribuído ao juiz a competência para a instrução para que não se viole os direitos considerados fundamentais.

Assim, entendeu o TC que não é inconstitucional o MP dirigir a fase de inquérito porque estabelecia o artigo 224.º da CRP, atualmente o artigo 219.º da CRP⁵³, que cabia ao MP exercer a ação penal e que isso só poderia significar que o MP deveria dirigir a investigação.

Não obstante do MP ter a direção do inquérito, sempre que os atos pudessem colidir com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, esses atos eram da exclusiva competência do juiz de instrução, na própria fase de inquérito, e esta situação foi outro dos motivos invocados pelo TC para não considerar inconstitucional o assunto em apreço.

Para finalizar esta questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da atribuição do domínio do inquérito ao MP, referimos ainda que outro dos motivos para o TC não considerar inconstitucional esta questão era pela razão de o arguido poder, sempre que houvesse acusação, requerer abertura da instrução, garantindo um controlo jurisdicional da decisão do MP.

Com a introdução deste CPP, existe uma redefinição do estatuto do arguido, nomeadamente, num aumento e consolidação dos direitos processuais do arguido.

É com a entrada em vigor do CPP de 1987 que se introduz no processo penal português, o direito ao silêncio do arguido, ou seja, o direito do arguido não prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, de acordo com o estabelecido na alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do qual consta que o arguido tem o direito de *“não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”* e é com o CPP de 1987 que é explícito quais os deveres e direitos do arguido, com a atribuição de um artigo sob a epígrafe «Direitos e deveres processuais».

⁵³ Estabelece o n.º 1 do artigo 219.º da CRP que: *“Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância, do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática”*.

Desta forma, e como consequência da atribuição expressa do direito ao silêncio do arguido dado pela alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º, surgiu um conjunto de artigos que refletiam a preocupação em proteger as garantias de defesa do arguido, tendo em consideração os direitos e deveres do arguido.

A começar pela versão original do artigo 141.º do CPP de 1987 que estabelecia no n.º 4 que o juiz deveria informar ao arguido os direitos referidos no n.º 1 do artigo 61.º. Também no n.º 5⁵⁴ do artigo 141.º existia um afloramento do direito ao silêncio do arguido ao estabelecer que *“Prestando declarações (...)”*, ou seja, poderia o arguido optar por não prestar declarações, não sendo as declarações uma formalidade obrigatória.

Outro dos afloramentos, existentes na versão original do CPP de 1987, da proteção da garantia de defesa do arguido surge já na fase de produção de prova na audiência.

Mencionava o artigo 341.º do CPP de 1987, sob a epígrafe «Ordem de produção de prova», que a produção da prova deveria começar pelas declarações do arguido⁵⁵. Desta forma, e conforme o estabelecido no artigo 61.º, previa o n.º 1 do artigo 342.º que o *“Presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência, sobre a existência de processos pendentes e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação”*, sob pena de a falta de respostas às perguntas ou a falsidade das respostas levar o arguido em incorrer em responsabilidade penal.

Constava do n.º 2⁵⁶ do artigo 343.º do CPP de 1987 a expressão *“Se o arguido se dispuser a prestar declarações”*, assim como no n.º 1⁵⁷ do artigo 345.º, prevendo assim o

⁵⁴ Constava do n.º 5 da versão original do artigo 141.º do CPP de 1987 que: *“Prestando declarações, o arguido pode confessar ou negar os factos ou a sua participação neles e indicar as causas que possam excluir a ilicitude ou a culpa, bem como quaisquer circunstâncias que possam revelar para a determinação da sua responsabilidade ou da medida da sanção”*.

⁵⁵ De referir que até aos dias de hoje e apesar das várias alterações que o CPP tem sofrido, o artigo 340.º do CPP ainda mantém a versão original do CPP de 1987, estabelecendo que *“A produção de prova deve respeitar a ordem seguinte: a) Declarações do arguido; b) Apresentação dos meios de prova indicados pelo Ministério Público, pelo assistente e pelo lesado; c) Apresentação dos meios de prova indicados pelo arguido e pelo responsável civil”*.

⁵⁶ Constava do n.º 2 do artigo da versão original do artigo 343.º do CPP de 1987 que: *“Se o arguido se dispuser a prestar declarações, o tribunal ouve-o em tudo quanto disser, nos limites assinalados no número anterior, sem manifestar qualquer opinião ou tecer quaisquer comentários donde possa inferir-se um juízo sobre a culpabilidade”*.

CPP de 1987 mais afloramentos das garantias de defesa do arguido, nomeadamente, o direito ao silêncio do arguido.

Ainda no que concerne às medidas de proteção de defesa dos direitos do arguido, estabelecia o n.º 1 do artigo 357.º do CPP de 1987 que *“A leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido só é permitida: a) A sua própria solicitação e, neste caso, seja qual for a entidade perante a qual tiverem sido prestadas; ou b) quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver contradições ou discrepâncias sensíveis entre elas e as feitas em audiência que não possam ser esclarecidas de outro modo”*.

Este artigo tinha como principal objetivo proteger o arguido no sentido de as suas declarações, quando feitas em momento anterior ao julgamento, só poderem ser reproduzidas em audiência quando o arguido assim solicita-se ou se houvesse contradições ou discrepâncias. Tal situação tinha como fundamento o facto de o arguido gozar do direito ao silêncio e que o arguido poderia optar por não produzir qualquer tipo de declarações em audiência, dado que só poderiam ser valoradas em julgamento, para formar a convicção do juiz, as provas que tivessem sido produzidas ou examinadas em audiência⁵⁸, de acordo com o n.º 1 do artigo 355.º do CPP de 1987.

Podemos assim concluir, perante o exposto, que com a entrada em vigor do CPP de 1987 existe uma maior defesa dos direitos do arguido, nomeadamente no que diz respeito às possíveis violações dos direitos, liberdades e garantias pertencentes ao arguido.

3.4.3. Alterações ao Código do Processo Penal ocorridas depois de 1987.

O CPP de 1987 foi alvo de várias alterações ao longo dos tempos.

No entanto, tendo em conta o tema da tese que aqui está a ser abordado, importam-nos essencialmente as alterações que o CPP vigente sofreu no âmbito dos direitos e deveres do arguido.

⁵⁷ Constava do n.º 1 do artigo da versão original do artigo 345.º do CPP de 1987 que: *“Se o arguido se dispuser a prestar declarações, cada um dos juízes e dos jurados pode fazer-lhe perguntas sobre os factos que lhe sejam imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. O arguido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer”*.

⁵⁸ Ressalvavam-se as provas que tivessem contidas em atos processuais cuja leitura em audiência fosse permitida, conforme o estabelecido no n.º 2 do artigo 355.º do CPP de 1987.

No que concerne a esta matéria, o CPP foi sofrendo grandes alterações nos últimos anos.

A versão original do CPP de 1987 começou por estabelecer, como já foi referenciado, no artigo 61.º, o direito ao silêncio do arguido, ou seja, o direito de o arguido não “*responder a perguntas feitas sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”.

Deste modo, o arguido estava apenas obrigado a responder com verdade⁵⁹ ao seu “*nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, número de documento oficial que permita a identificação, se já esteve alguma vez preso, quando e porquê e se foi ou não condenado e por que crimes*”, sob pena de incorrer em responsabilidade penal, conforme o previsto no n.º 3 do artigo 141.º da versão original do CPP de 1987.

Contudo, a Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, vem alterar, no que diz respeito aos artigos destinados à proteção das garantias de defesa do arguido, o artigo 61.º, o artigo 141.º e o artigo 342.º do CPP.

Assim, a alínea c) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP acrescenta um novo dever para o arguido para além dos que já se encontravam previstos. Desta forma, o CPP passa a prever que um dos deveres do arguido é “*prestar termo de identidade e residência logo que assuma a qualidade de arguido*”.

Já no que diz respeito ao artigo 141.º do CPP, não constava da versão original do CPP de 1987 que ao arguido era perguntado pelo seu *local de trabalho* e que este deveria responder com verdade, sob pena de incorrer em responsabilidade penal.

Contudo, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/98, passa a constar da redação do artigo 141.º do CPP, mais precisamente do n.º 3, que o arguido deve responder com verdade qual o seu local de trabalho.

Assim, em fase desta alteração do artigo 141.º do CPP, introduzindo o *local de trabalho* como uma das perguntas de conteúdo obrigatório feitas ao arguido, é alterado o artigo 342.º⁶⁰, passando a constar da redação do n.º 1 do artigo 342.º do CPP o *local de trabalho* como pergunta obrigatória feita ao arguido na fase de audiência⁶¹.

⁵⁹ Um dos deveres do arguido previstos na versão original da alínea c) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP de 1987.

⁶⁰ Este artigo já tinha sido alterado anteriormente, através do DL n.º 317/95, de 28 de novembro, cuja redação passou, com a introdução deste DL, a ser a seguinte: “1- O presidente começa por perguntar ao arguido pelo

Ao contrário do que estabelecia o n.º 3 do artigo 141.º, da versão original do CPP de 1987, do qual constava que ao arguido era perguntado pelo seu número de documento oficial que permitisse a identificação do arguido, com a alteração introduzida pela Lei n.º 59/98, esta não será uma pergunta de conteúdo obrigatório. Sendo apenas exigido ao arguido que exiba o documento oficial de identificação quando seja necessário.

No entanto, se o documento de identificação for exigido ao arguido, recai sobre o arguido uma obrigação de exibir o referido documento, sob pena de o arguido incorrer em responsabilidade penal, à semelhança do que acontecia da versão original do CPP de 1987.

Apesar da versão original do CPP de 1987 ser considerado como um diploma legal bem concebido, o mesmo não deixou de ser alvo de várias críticas. E foi devido a essas críticas que o CPP de 1987 e vigente até aos dias de hoje foi alvo de várias alterações e revisões ao longo dos tempos.

A última grande revisão do CPP de 1987 surge em 2007, através da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto⁶², que procede à décima quinta alteração do CPP.

Pretendia-se com esta revisão do CPP, à semelhança do que se pretendia com as anteriores revisões, o aperfeiçoamento da legislação processual penal. Esse aperfeiçoamento foi feito em várias vertentes, nomeadamente no aumento da proteção que é concedido à vítima e o reforço das garantias de defesa do arguido, nunca esquecendo que o n.º 2 do artigo 32.º da CRP consagra o princípio da presunção de inocência e o direito a um julgamento rápido.

No que concerne à proteção do arguido⁶³, esta proteção foi sujeita a várias alterações, nomeadamente através da Lei n.º 59/98 procedendo-se ao aumento da proteção

seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação. 2- O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal.” Com esta alteração, o arguido deixa de ser obrigado responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, na fase de audiência e julgamento, ou sobre algum processo que estivesse a decorrer contra o arguido naquele momento. Porém, este tema será alvo de melhor análise noutra ponto da presente tese.

⁶¹ Deste modo, o n.º 1 do artigo 342.º do CPP passa a ter a seguinte redação: “*O Presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação*”.

⁶² A Lei n.º 48/2007, 29 de agosto, foi objeto de retificação pela Declaração de Retificação n.º 100-A/2007, de 26 de outubro, e pela Declaração de Retificação n.º 105/2007, de 9 de novembro.

do arguido. Contudo, volta a haver uma maior proteção das garantias de defesa do arguido com a alteração introduzida pela Lei n.º 48/2007.

Assim, através da Lei n.º 48/2007, é alterado um conjunto de artigos referentes à proteção do arguido, nomeadamente, o artigo 61.º do CPP, sob a epígrafe «Direitos e deveres do arguido».

Com esta alteração, passa a constar da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º⁶⁴ que o arguido tem o direito a ser informado sobre os factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade, o que até aqui não acontecia.

Com a introdução deste direito subjacente ao arguido, tinha-se como objetivo acabar com os interrogatórios que eram feitos ao arguido sem ele saber quais os factos que lhe eram imputados e que poderiam originar a sua autoincriminação⁶⁵.

Esta alteração tinha também como objetivo a realização plena do direito ao contraditório. Direito este que está consagrado na CRP no n.º 5 do artigo 32.º⁶⁶.

O direito ao contraditório traduz-se no direito do arguido saber que contra ele foi proposta uma ação e, portanto, tem o direito de ser ouvido antes de ser tomada qualquer decisão. Este direito é interpretado como uma exigência de equidade, dado que ao arguido deve ser dada a oportunidade de expor a sua posição dos factos, caso entenda prestar declarações, e de poder apresentar no processo os meios de prova que entender convenientes. Traduz-se assim num direito de defesa para o arguido⁶⁷.

Em fase do aumento das garantias de proteção do arguido, é alterado o artigo 141.º do CPP, nomeadamente o n.º 4, no qual, deverá o juiz⁶⁸, aquando do primeiro

⁶³ Sendo esta vertente a que está ser analisada na presente tese.

⁶⁴ Estabelece a alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP que o arguido goza do direito de “*Ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade*”.

⁶⁵ O direito à não autoincriminação do arguido é um direito que não está consagrado constitucionalmente apesar de ser entendimento geral que o mesmo é um direito constitucional. Este direito será analisado noutro ponto da presente tese.

⁶⁶ Estabelece o n.º 5 do artigo 32.º que “*O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”.

⁶⁷ Significa assim que não deverá ser tomada qualquer decisão que afete o arguido sem que seja dado ao arguido uma oportunidade para se pronunciar e, se não houver comunicação dos factos que lhe são imputados, o arguido nunca poderá preparar, com equidade, a sua defesa, se optar por prestar declarações.

⁶⁸ O mesmo se aplica ao MP, quando o arguido detido é presente ao MP sem ter sido apresentado ao juiz instrução em ato seguido à detenção, conforme o n.º 2 do artigo 143.º do CPP.

interrogatório judicial de arguido detido, informar o arguido dos motivos da detenção, dos factos que lhe são imputados e dos meios de prova.

No entanto, sempre que a comunicação dos elementos do processo a que se referem os factos imputados puserem em causa a investigação, dificultar a descoberta da verdade, criar perigo para a vida, para a integridade física ou psíquica, ou colocar em causa a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime, deverá essa comunicação não ser informada⁶⁹ ao arguido.

É alterado o n.º 1 do artigo 342.º do CPP, no qual passa a constar do n.º 1 que ao arguido é perguntado, para além do que já vinha a ser estabelecido, sobre a existência de processos pendentes.

O n.º 2 do artigo 355.º do CPP, sob a epígrafe «Proibição de valoração de prova», é também alterado, na revisão do CPP de 2007, passando a constar do n.º 2 que poderia ser utilizado no processo, para formar a convicção do juiz, os atos processuais cuja leitura, visualização ou audição fossem permitidas nos termos dos artigos seguintes. Na versão introduzida pela Lei n.º 59/98, apenas constava a leitura e não a visualização ou audição.

É ainda alterada a alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP, que prevê uma redefinição da referida alínea, não introduzindo nada de novo⁷⁰.

No que diz respeito à revisão de 2007 do CPP, introduzida pela Lei n.º 48/2007, houve várias alterações no que respeita à proteção do arguido. Porém, só fazemos referência às alterações, supra mencionadas, pois são principalmente estas as alterações que correspondem a medidas de proteção do arguido e que estão relacionadas com o tema da presente tese.

A revisão de 2007 esteve sujeita a várias críticas e esta revisão teve como consequência um grande impacto na investigação criminal.

⁶⁹ Resulta do n.º 4 do artigo 141.º do CPP, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, o seguinte: “(...)4- Seguidamente, o juiz informa o arguido: a) Dos direitos referidos no n.º 1 do artigo 61.º, explicando-lhes se isso for necessário; b) Dos motivos da detenção; c) Dos factos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar, e modo; e d) Dos elementos do processo que indicam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime; ficando todas as informações, à exceção das previstas na alínea a), a constar do auto de interrogatório (...)”.

⁷⁰ A redação da alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP passa a ser a seguinte: “Quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência”.

Posteriormente, em 2013, através da Lei n.º 20/2013⁷¹, de 21 de fevereiro, torna a haver uma nova uma alteração do CPP, que corresponde, entre outras a novas alterações das medidas de proteção do arguido.

No entanto, as alterações que dizem respeito às medidas de proteção do arguido são alvo de várias críticas, por entenderem que estas alterações, introduzidas pela Lei n.º 20/2013, vem introduzir no sistema processual penal português um enfraquecimento da estrutura acusatória do processo penal e uma redução das garantias de defesa do arguido e, como já foi referenciado, não era esse o objetivo das sucessivas alterações do CPP.

As sucessivas alterações tinham como um dos objetivos, como já foi referenciado, o aumento das garantias de defesa do arguido e não a sua diminuição. Porém, defendem alguns autores que esta última alteração do CPP não contribui para o aumento das garantias de defesa dos arguidos, mas sim para a sua diminuição. Contrariando o sentido das revisões anteriores, nomeadamente a revisão do CPP de 2007.

A última alteração ao CPP surge em 2013, através da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro. De acordo com o estabelecido na exposição de motivos, constante da proposta de Lei n.º 77/XII⁷², pretendia-se uma alteração ao CPP, à muito reclamada.

Essa alteração tinha como fundamento a necessidade da celeridade e da eficácia no combate ao crime e da defesa da sociedade, assim como a garantia de defesa do arguido.

Refere ainda a exposição de motivos que *“as modificações incidem, fundamentalmente, sobre o âmbito do poder jurisdicional na aplicação de medidas de coação e sobre a possibilidade de, salvaguardados os direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio, as declarações que o arguido presta nas fases preliminares do processo serem utilizadas na fase de julgamento”*.

Assim, no que se refere a esta última alteração do CPP, existe um conjunto de artigos que são alterados, no sentido de dar cumprimento a várias soluções que há muito eram reclamadas.

O artigo 61.º do CPP deixa de prever a obrigatoriedade de o arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, passando a constar da alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º que o arguido deve *“Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade”*.

⁷¹ A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro foi objeto de retificação pela Declaração de Retificação n.º 16/2013, de 22 de março e pela Declaração de Retificação n.º 21/2013, de 19 de abril.

⁷² Esta proposta encontra-se disponível em www.parlamento.pt.

No que concerne a esta questão a ordem dos advogados faz uma referência à alteração da alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP, referindo que esta alteração faz todo o sentido, porque o arguido apenas deverá responder com verdade à sua identidade.

Assim, em fase desta alteração à alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º, é alterado o n.º 3⁷³ do artigo 141.º do CPP, no qual ao arguido já não é perguntado, em caso algum, quais os seus antecedentes criminais. Não esquecendo que esta alteração também é aplicável aos interrogatórios não judiciais de arguido detido, n.º 2 do artigo 143.º do CPP, e aos interrogatórios de arguido em liberdade, n.º 1 do artigo 144.º do CPP.

Esta alteração, no que respeita à obrigatoriedade de o arguido responder pelos seus antecedentes criminais, era uma alteração já há muito tempo reclamada e que dava origem a diversas opiniões contrárias. Esta obrigatoriedade, como já foi referido, já tinha sido eliminada na fase de julgamento, através do DL n.º 317/95, de 28 de novembro.

Entendia-se que esta obrigação colidia com o direito ao silêncio do arguido, passando assim, o direito ao silêncio, a ser um direito que o arguido não poderia usar na sua plenitude. Por outro lado, havia e há quem entenda que o direito ao silêncio do arguido só abrange os factos que lhe são imputados, ou seja, o arguido só tem o direito ao silêncio sobre os factos que lhe são imputados e apenas nestes, estando o arguido obrigado a responder a todas as outras perguntas com verdade. Porém, este é ainda um assunto que levanta alguma controvérsia.

Assim, no que se refere ao assunto da obrigatoriedade do arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, foi dirigido ao Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC), pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, um pedido para analisar dois aspetos das alterações propostas às leis penais constantes nas Propostas de Lei n.º 77/XII e 75/XII⁷⁴.

⁷³ A redação do n.º 3 do artigo 141.º do CPP, com a alteração introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro passa a ser a seguinte: *“O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das respostas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal”*.

⁷⁴ Este pedido teve por base a solicitação de um parecer dirigido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que por sua vez dirigiu o pedido ao IDPCC. Após o envio do referido parecer foi promovido pelo IDPCC um colóquio para discutir as alterações legislativas propostas. Este parecer poderá ser consultado na página da internet www.idcpcc.pt, no qual se encontra publicitado. Contudo, esta publicitação contém as

Neste sentido, a Direção do IDPCC lançou o desafio para elaboração de um parecer conjunto, assinado por Vânia Costa Gomes⁷⁵, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Os aspetos que foram objeto de análise traduzem-se no direito ao silêncio do arguido no que se refere aos antecedentes criminais do arguido e o direito de assistência por defensor. Porém, apenas nos debruçaremos, aquando da análise aprofundada do «Direito ao silêncio», sobre o aspeto do direito ao silêncio nos antecedentes criminais.

O referido parecer foi dado no sentido de que as alterações propostas ao CPP eram necessárias e indispensáveis para garantir os meios de garantia de defesa do arguido.

Através da Lei n.º 20/2013, é alterado o n.º 1 do artigo 342.º do CPP⁷⁶ no que corresponde à obrigação do arguido responder com verdade sobre a existência de processos pendentes⁷⁷. Também esta alteração já vinha sendo reclamada há muito tempo, nomeadamente pelos mesmos motivos que eram referidos para alterar a alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP, que será também ela analisada no ponto dedicado ao «Direito ao silêncio».

Ainda no que se refere às alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013 no CPP as declarações que o arguido presta numa fase anterior ao julgamento passam a poder servir como meio de prova no processo penal, o que não acontecia até aqui.

Refere a exposição de motivos da Proposta da Lei n.º 77/XII, que a alteração com maior relevância se traduz na *“possibilidade de utilização das declarações prestadas pelo arguido, na fase de inquérito e de instrução, em sede de audiência de julgamento”*.

“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

breves notas de doutrina e ainda alguma alteração ou atualização decorrentes da evolução das propostas e da discussão do Colóquio.

⁷⁵Contudo, importa referir que este parecer teve a colaboração dos Mestres João Gouveia de Caires e João Matos Viana, que foram coautores do Parecer, e dos Mestres Rui Soares Pereira e António Neves, que contribuíram, como refere Vânia Costa Gomes, com os seus comentários críticos ao texto do Parecer.

⁷⁶ Com a introdução desta alteração, deixa o arguido de ser obrigado a responder sobre a existência de processos pendentes, na fase de audiência de julgamento.

⁷⁷ Passa assim a constar de n.º 1 do artigo 342.º do CPP o seguinte: *“O presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia, e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência e, se necessário, pede-lhe exibição de documento oficial bastante de identificação”*.

ao sistema de justiça”. Neste sentido, de acordo com a exposição de motivos, impunha-se que fosse permitido a utilização das declarações do arguido, prestadas numa fase anterior à do julgamento, desde que essas declarações fossem acompanhadas por um reforço das garantias processuais.

Assim, para que as declarações do arguido, prestadas numa fase anterior à de julgamento, possam ser utilizadas no processo, terão que ser prestadas perante autoridade judiciária com assistência de defensor, para que as declarações prestadas pelo arguido sejam acompanhadas pelas garantias de defesa do arguido, nomeadamente para assegurar o efetivo exercício do direito ao silêncio.

Desta forma, passa a constar da alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º do CPP, que se o arguido não exercer o direito ao silêncio as suas declarações prestadas anteriormente poderão ser utilizadas no processo, ficando sujeitas à livre apreciação da prova. Em consequência disso é alterada a alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP, no qual passa a constar que a reprodução ou a leitura das declarações feitas pelo arguido no processo só poderá acontecer quando as declarações forem 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”*⁷⁸.

Porém, para que as declarações sejam suscetíveis de serem utilizadas como prova em sede julgamento, necessitam de ser documentadas através de registo audiovisual ou áudio, sendo apenas permitida a documentação por outra via quando aqueles meios não estiverem disponíveis.

Antes desta alteração do CPP para que as declarações do arguido, prestadas numa fase anterior ao julgamento, pudessem ser utilizadas como meio de prova era necessário que as declarações fossem produzidas em julgamento, de acordo com o n.º 1 do artigo 355.º do CPP. Assim como, para que houvesse a leitura das declarações do arguido, prestadas anteriormente em audiência, era necessário que a leitura dessas declarações fosse solicitada pelo próprio arguido ou, se as declarações fossem prestadas perante o juiz e houvesse discrepâncias ou contradições entre as declarações prestadas antes e as prestadas em audiência.

No que concerne a esta questão, existe grande divergência, havendo quem entenda que esta alteração, introduzida pela Lei n.º 20/2013, vem diminuir as garantias de defesa do

⁷⁸ Para além da alteração da alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º do CPP, é também alterado o n.º 2 e acrescentado o n.º 3 do mesmo artigo, que corresponde ao anterior n.º 2.

arguido. Garantias que muito se encetou para serem reconhecidas no processo penal português, entendendo assim, que esta alteração implica um retrocesso nas garantias de defesa do arguido.

Neste sentido a Ordem dos Advogados, no parecer⁷⁹ elaborado no âmbito da Proposta de Lei n.º 77/XII, refere que veem as alterações propostas para o CPP, com muitas reservas.

Entendem que a alteração proposta para o artigo 356.º do CPP, nomeadamente a alteração para o n.º 4⁸⁰, é inconstitucional por violar o n.º 5 do artigo 32.º da CRP. Referem que o que está em causa é o princípio do contraditório, pois *“teremos que declarações prestadas perante órgão da acusação, sem que necessariamente o declarante seja assistido por advogado, vão constituir meio de prova e com a agravante de não poder realizar-se o contraditório relativamente à fonte da prova”*. Referem ainda, que a expressão acrescentada ao n.º 4, que se traduz *“(…) esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento.”*, é muito «perigosa», no sentido que a defesa poderá não ter meios para controlar se as diligências, para apurar o paradeiro do arguido, foram ou não esgotadas, sendo uma questão muito delicada.

Antes da alteração introduzida pela Lei n.º 20/2013, as declarações do arguido, feitas perante o juiz, podiam ser lidas em audiência quando houvesse contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência, o que já implicava algum valor probatório, não podendo, no entanto, serem lidas quando o arguido se remetesse ao silêncio.

Porém, com a introdução da Lei n.º 20/2013 as declarações que o arguido presta perante o juiz ou perante o MP, antes da audiência, podem ser lidas na fase de julgamento, mesmo que o arguido se remeta ao silêncio na fase de audiência, sendo utilizadas como meio de prova, ficando assim à livre apreciação do juiz.

⁷⁹ Este parecer encontra-se disponível em www.parlamento.pt.

⁸⁰ A proposta para o n.º 4 e que foi introduzida pela Lei n.º 20/2013 é a seguinte: *“É permitida a reprodução ou leitura de declarações prestadas perante a autoridade judiciária se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura, designadamente se, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento”*.

Assim, refere a Ordem dos Advogados, no seu parecer, que *“É claro que a admissão como prova das declarações processuais prestadas pelo arguido antes do julgamento tem inconvenientes, traz limitações a princípios enformadores do processo penal vigente”*.

Com esta alteração, entendem que a mesma implica uma limitação do direito ao silêncio, traduzindo-se assim, numa inconstitucionalidade, pois viola o n.º 1 do artigo 32.º da CRP, na medida em que é permitido a leitura, em julgamento, de anteriores declarações do arguido, nos casos em que o mesmo tenha exercido, no seu próprio julgamento, o direito ao silêncio.

Em sentido contrário, vai o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), no qual concorda com as alterações respeitantes às declarações do arguido, no parecer elaborado pelo CSMP⁸¹ acerca a Proposta de Lei n.º 77/XII⁸².

O CSMP entende que a alteração do artigo 356.º do CPP deveria ter alargado o seu âmbito de aplicação, para que *“A leitura de declarações anteriormente prestadas para avivamento da memória ou resolução de contradições ou discrepâncias não deve limitar-se às prestadas perante autoridades judiciárias, mas sim abranger também as prestadas perante órgão de política criminal”*. Refere ainda, o CSMP que *“Assim, só nos casos de impossibilidade de comparecimento pelas razões enumeradas no n.º 4 do art.º 356º, em que a contra-inquirição resulta inviável, será exigível que as declarações a valorar tenham sido prestadas perante autoridade judiciária.”*

No que se refere à alteração do artigo 357.º do CPP, entende o CSMP que esta alteração já há muito era desejada, tendo o CSMP já formulado essa solução num anterior parecer elaborado pelo Conselho.

O Conselho Superior da Magistratura (CSM)⁸³ vai de encontro à posição adotada pelo CSMP. Assim, refere o CSM que foi *“proposto justamente a advertência ao arguido de que essas declarações poderiam ser livremente valoradas como prova”*, quando não exercendo o seu direito ao silêncio e prestando declarações, numa fase anterior à de audiência de julgamento (mesmo que seja julgado na ausência, ou que não preste declarações em audiência de julgamento), poderão essas declarações vir a ser valoradas como prova.

⁸¹ Este parecer encontra-se disponível em www.parlamento.pt.

⁸² Esta alteração já tinha sido alvo de sugestão por parte do CSMP.

⁸³ O parecer do CSM encontra-se disponível em www.parlamento.pt.

Desta forma, o CSM saúda esta revisão efetuada no CPP, referindo que esta revisão demonstra uma atitude construtiva no âmbito do processo legislativo.

Poderemos assim concluir que é entendimento maioritário da jurisprudência que esta alteração não vem diminuir as garantias de defesa do arguido.

Na nossa opinião, a alteração que se relaciona com a possibilidade das declarações do arguido, prestadas em fase anterior à de audiência de julgamento, poderem ser utilizadas no processo, como meio de prova, com a introdução da Lei n.º 20 /2013, vem consagrar uma diminuição das garantias de defesa do arguido.

Apesar de haver uma grande indignação social no sentido de não compreenderem o porquê de não serem utilizadas as declarações que o arguido presta, nomeadamente as declarações prestadas em primeiro interrogatório judicial, em fase de audiência de julgamento se o arguido se remeter ao silêncio – não justifica, em nosso entender, que seja alterado o CPP no sentido de admitir como meio de prova as declarações do arguido prestadas em fase anterior à de audiência de julgamento, estando assim à livre apreciação da prova.

Como já foi referido, para que as declarações possam ser utilizadas no processo e estarem à livre apreciação do juiz terão que ser prestadas perante autoridade judiciária com a assistência de defensor, de forma a serem assegurados as garantias de defesa do arguido.

No entanto, parece-nos que tal imposição não é suficiente para que sejam garantido os direitos de defesa do arguido. Até porque o arguido poderá não estar suficientemente esclarecido dos direitos que lhe assistem e só com o decorrer do processo tomar consciência desses direitos, podendo sempre optar pelo silêncio em qualquer fase do processo.

Outro dos fundamentos que nos leva a não concordar com esta alteração do CPP traduz-se no facto de estas declarações poderem ser utilizadas como o único meio de prova no processo, ficando à livre apreciação do juiz.

Com efeito, estas declarações poderão servir para imputar uma condenação ao arguido, sem ser necessário constar do processo outros meios de prova, ou seja, a condenação do arguido poderá apenas ser fundamentada pelas declarações que o arguido presta em fase anterior à de audiência de julgamento. Tal situação parece-nos que afeta de forma «grosseira» o direito ao silêncio do arguido, porque, por vezes, as declarações que o arguido presta em fase anterior à de audiência e julgamento são prestadas porque o arguido se sente pressionado pela própria estrutura do processo penal.

Neste sentido, parece-nos que existe uma limitação do direito ao silêncio do arguido, ao permitir que as suas declarações, prestadas em fase anterior à de audiência de julgamento, possam ser utilizadas no processo, mesmo que o arguido se remeta ao silêncio na referida fase do processo, e, conseqüentemente, uma violação da garantia constitucional prevista no n.º 5 do artigo 32.º da CRP, no qual estabelece que a audiência de julgamento está subordinada ao princípio do contraditório. Porém, podendo estas declarações, serem utilizadas no processo sem que o arguido possa exercer o contraditório das mesmas, levará claramente na nossa opinião a uma violação das garantias constitucionais, nomeadamente o princípio do contraditório.

3.5. Direito ao silêncio do arguido

No ponto anterior, centramos a nossa análise nas alterações efetuadas nos meios de garantia de defesa do arguido, nomeadamente no que concerne no direito ao silêncio do arguido e a evolução que este direito tem sofrido ao longo dos tempos no processo penal português.

Porém, para melhor entendermos estas alterações de que tem sido alvo o direito ao silêncio no processo penal português, torna-se imprescindível que analisemos qual o fundamento jurídico do direito ao silêncio, o que é o direito ao silêncio do arguido, qual o seu conteúdo, o que abrange e de que forma é aplicável no processo penal, tentando estabelecer qual a relação do direito ao silêncio com o princípio da presunção de inocência e com o princípio da não autoincriminação que recai sobre o arguido.

3.5.1. Fundamento jurídico do direito ao silêncio do arguido

O artigo 1.º da CRP⁸⁴ estabelece que *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*.

Desta forma, é estabelecido pelo artigo 1.º da CRP que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio que fundamenta todos os outros direitos fundamentais

⁸⁴ Na versão original do artigo 1.º da CRP, introduzida pelo Decreto 10 de abril de 1976 e sob a epígrafe «República Portuguesa», constava que *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”*.

consagrados na CRP. Este princípio traduz um conjunto de direitos considerados alienáveis e irrevogáveis que o Estado deve respeitar.

Os direitos fundamentais enquanto direitos, liberdades e garantias traduzem-se na defesa da pessoa humana.

O Estado Português entende que os direitos, liberdades e garantias devem ser regulados e se necessário restringidos por Lei.

Neste sentido, estabelece o n.º 2 do artigo 18.º da CRP que as restrições dos direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário de forma salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Daqui deriva a preocupação que o Estado Português tem em garantir que ao arguido deverão ser respeitados e preservados os seus direitos de defesa, nomeadamente o seu direito ao silêncio.

O direito ao silêncio tem duas vertentes. Por um lado, traduz-se numa garantia, permitindo ao arguido escolher se quer colaborar com o Estado para a descoberta da verdade material ou se pretende remeter-se ao silêncio. Por outro lado, é um direito que está reconhecido constitucionalmente no n.º 1 do artigo 32.º da CRP⁸⁵. Assim, entende-se que as garantias de defesa do arguido, previstas no n.º 1 do artigo 32.º, abrangem quer o direito de declaração, quer o direito ao silêncio do arguido.

É no princípio da dignidade da pessoa humana que encontramos o fundamento para atribuição das garantias de defesa ao arguido no processo penal, nomeadamente a garantia do direito ao silêncio. Podendo o arguido, aquando do interrogatório, escolher de forma livre e consciente se pretende optar pelo silêncio e não colaborar no processo penal, não podendo ser restringido ou limitado em tal garantia.

A CRP não consagra expressamente o direito ao silêncio do arguido. No entanto, não obstante este facto, é entendimento da doutrina e da jurisprudência que o princípio *nemo tenetur* é um princípio constitucional não escrito.

No processo penal português, está consagrado expressamente o direito ao silêncio do arguido em vários artigos do CPP. A começar pela alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º que enumera um conjunto direitos e deveres do arguido, assim como o n.º 1 do artigo 343.º que permite que o arguido na audiência de julgamento opte por não responder a perguntas que

⁸⁵ Estabelece o n.º 1 do artigo 32.º da CRP, sob a epígrafe «Garantias de processo criminal» que “*O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*”.

permita averiguar a responsabilidade penal do arguido, ou seja, não responder aos factos que lhe são imputados, não podendo esse silêncio ser utilizado em seu desfavor⁸⁶.

3.5.2. O que é o direito ao silêncio

A palavra silêncio tem uma dupla origem. Por um lado, deriva do termo latino *silentium*, que tem como significado a interrupção do ruído, abster-se do ato de falar. Por outro, tem origem no termo latino *sileo*, *-es*, *-ere*, *-ui*, que significa a situação daquele que não revela o seu pensamento.

O Estado tem como princípio fundamental a justiça, de forma a proteger os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

É ao Estado que compete criar mecanismos para que possa haver respeito pelas formas procedimentais e o respeito pelos princípios processuais, permitindo que a ação possa ser realizada, respeitando as formalidades previstas no processo para a descoberta da verdade material.

Neste sentido, compete ao Estado garantir que haja o respeito pela dignidade da pessoa humana, que seja protegida a liberdade e que seja realizada a igualdade entre os cidadãos.

Como já foi referenciado no ponto 2 do presente capítulo, o CPP de 1987 tentou “oferecer” aos arguidos meios de defesa. No entanto, com o passar dos tempos era reclamado que o processo penal português fosse detentor de soluções mais simples e justas. Muitas dessas soluções reclamadas foram acontecendo e, por isso, o processo penal português de hoje em dia é caracterizado, entre outras características, pelo facto de o arguido ser um individuo suscetível de direitos, passando o arguido a ser considerado como um indivíduo sujeito de direitos e não como objeto da prova.

Esses direitos surgem a partir do momento em que é constituído arguido e pode o arguido exercer os seus direitos de defesa na fase de inquérito e na fase de julgamento.

Desta forma, o direito ao silêncio do arguido passa a ser reconhecido, no processo penal português, como uma garantia da intimidade e como um corolário do princípio

⁸⁶ Apesar de referirmo-nos aos artigos que consagram expressamente o direito ao silêncio do arguido, é importante referir que este direito ao silêncio (garantia de defesa do arguido) poderá ser utilizado pelo arguido em qualquer fase do processo penal, não sendo um direito exclusivo da fase de interrogatório. O direito ao silêncio aplica-se quer aos interrogatórios policiais, quer ao nível dos tribunais.

contra a autoincriminação, sendo pacífico, quer para a maioria da jurisprudência, quer para a maioria da doutrina, que o arguido não tem obrigação de fornecer ao processo qualquer tipo de elementos de prova que o possam prejudicar, podendo assim remeter-se ao silêncio.

No entanto, por vezes, quando o arguido não colabora no processo, é retirado desse comportamento do arguido como um indicador negativo, pelo facto de não contribuir para a descoberta da verdade material. Porém, não pode esse silêncio do arguido ser valorado como um indício ou como uma presunção de culpa.

Como já foi referenciado, o direito ao silêncio é um direito constitucionalmente protegido, traduzindo-se no direito que protege as pessoas que são acusadas de um crime de não serem obrigadas a prestar declarações que poderão ser utilizadas em seu desfavor.

Como refere Costa Andrade, ninguém pode ser obrigado a produzir prova ou a praticar qualquer tipo de atos que sejam lesivos à própria defesa. Desta forma, não poderá o arguido ser induzido ou coagido, de forma fraudulenta, a contribuir para sua condenação.

Contudo, de forma alguma poderá o silêncio do arguido ser valorado, de forma a ser considerado como uma manifestação de culpa por parte do arguido. Até porque sobre o arguido recai uma presunção de inocência.

3.5.3. Relação entre o direito ao silêncio e o princípio da presunção de inocência

Não será possível definirmos o que é o direito ao silêncio do arguido sem definirmos o que se inclui no princípio da presunção de inocência e como é a sua relação com o direito ao silêncio.

O direito ao silêncio no processo penal português está intrinsecamente relacionado com o princípio do contraditório⁸⁷ e com o princípio da presunção da inocência.

O n.º 5 do artigo 32.º da CRP refere-se à estrutura acusatória do processo penal, contudo, a maior parte da doutrina entende que esta estrutura do processo penal é mitigado pelo princípio da investigação.

⁸⁷ “O princípio do contraditório, referido no n.º5 do artigo 32º da CRP, traduz o direito que quer a acusação quer a defesa têm de se pronunciar sobre os actos processuais da iniciativa de cada uma delas por forma a que a audiência e os actos instrutórios revistam a forma de debate ou discussão entre a acusação e a defesa, parificando o mais possível o respectivo posicionamento jurídico ao longo do processo, o qual deve ter uma estrutura basicamente acusatória temperada por um princípio de investigação”, (Acórdão n.º 372/98 do TC).

No entanto, o princípio da presunção de inocência é das garantias constitucionais consagradas no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, no qual estabelece 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”*. Assim, este princípio deve-se à passagem de um processo com uma estrutura inquisitória para um processo com uma estrutura acusatória, passando o arguido a ser um verdadeiro sujeito processual.

As primeiras manifestações do princípio da presunção de inocência surgem pelas mãos de Beccaria, em 1764, ao referir que *“um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida”*(Cesare Beccaria, 1998: 92).

Por esta altura, recorria-se à tortura para que se conseguisse uma confissão do arguido e, por sua vez, para que se conseguisse a «verdade». Desta forma, a figura da presunção de inocência pretendia defender o arguido dos tratamentos cruéis e degradantes e impedir que a confissão fosse obtida mediante a força.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, passa a prever o princípio da presunção de inocência no n.º 2 do artigo 9.º, estabelecendo que *“sendo todo o homem presumido inocente até ser declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, dever ser severamente punido pela lei todo o excesso de rigor desnecessário para dispor da sua pessoa”*.

Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 1948, e a Convenção Europeia dos Direitos Do Homem (CEDH), em 1950, passam a prever o princípio da presunção de inocência como um meio de defesa do arguido.

Por último, surge a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no n.º 1 do artigo 48.º, prevendo que *“todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”*.

O facto de todos estes diplomas internacionais preverem o princípio da presunção de inocência como um meio de defesa do arguido, significa que existe uma preocupação em impedir que sejam condenados inocentes, devendo os seus direitos serem respeitados.

O princípio da presunção de inocência está articulado com o princípio do *in dubio pro reo*, sendo este um dos corolários do princípio da presunção de inocência, não esclarecendo quem deve provar o quê no processo penal, mas a forma como o julgador penal deve valorar a prova feita e decidir com base nela.

Resulta, assim, deste princípio, que o juiz não pode terminar um julgamento sem optar por condenar ou absolver, porque sobre ele recai uma obrigação de decisão, conforme o estabelecido no artigo 8.º do CC⁸⁸ e no artigo 3.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais⁸⁹.

O processo penal português é composto por uma estrutura acusatória e, dessa forma, o princípio da presunção de inocência implica que quem acuse demonstre que tem razão para acusar, através de métodos e critérios que sejam aceites por todos, incluindo o próprio acusado. Neste sentido, a prova da culpabilidade do arguido deve ser feita pela própria acusação.

O arguido é considerado no decorrer do processo como inocente, recaindo sobre ele a presunção de inocência e, por isso, deverá o arguido ser tratado de igual para igual, tendo todo o direito de não produzir prova contra si mesmo. Desta forma, deverá a acusação demonstrar a culpabilidade do arguido e à medida que tal vai acontecendo deverá o arguido colaborar no processo para que se descubra a verdade.

No entanto, deveremos ter em conta que não se poderá exigir que o arguido participe na produção de prova, até porque o n.º 5 do artigo 32.º da CRP refere que o princípio da presunção de inocência atribui o ónus da prova ao tribunal e atribui ao arguido o direito de ser sujeito na prova e, conseqüentemente, não ter a obrigação de participar coativamente na produção de prova.

Neste sentido, o arguido só participará na produção de prova de livre vontade, dado que a participação no processo está limitada por força do princípio da presunção de inocência.

Assim, o princípio da presunção de inocência «obriga» a que a participação do arguido no processo penal seja uma participação limitada de forma a respeitar a vontade do arguido. Não podendo por isso o arguido ser desfavorecido ou até mesmo penalizado pelo seu silêncio.

⁸⁸ O artigo 8.º do CC estabelece que: “1. O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio; 2. O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”.

⁸⁹ Estabelece o artigo 3.º do referido Estatuto o seguinte: “1. É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões; 2. Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambigüidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado”.

O princípio da presunção de inocência tem um papel importante no processo penal português, dado que refere-se a momentos decisivos, pois, por um lado, temos um processo penal que propõe uma estrutura processual eficaz, tentando averiguar e condenar criminalmente os culpados, assim como defender e salvaguardar os inocentes de eventuais perseguições e condenações injustas que possam ocorrer. Por outro lado, temos um processo penal que deve orientar-se pelos princípios que permitam o respeito, a garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos.

Entendem Gomes Canotilho e Vital Moreira que é muito difícil definirmos qual o sentido da presunção de inocência do arguido, ou seja, será que o princípio da presunção de inocência apenas abrange a matéria relativa à prova?⁹⁰ Parece ser unânime na doutrina e na jurisprudência que estamos perante um princípio, no que se refere à sua aplicação no arguido, que se reflete essencialmente em matéria de produção de prova. Porém, este princípio incide também na questão de impor que o arguido seja titular de um determinado estatuto, para que possa receber um tratamento e uma consideração própria adequada para alguém que é considerado inocente.

Podemos concluir, perante o que foi referido, que o princípio da presunção de inocência tem como objetivo garantir que a redução, suspensão ou até mesmo a negação dos direitos subjacentes ao arguido, sejam sempre o mais limitados possível, tendo em vista assegurar a inocência do arguido⁹¹.

Esta questão da limitação dos direitos do arguido levanta outra questão referente à celeridade do processo penal.

O processo penal decorre restringindo, suspendendo ou até mesmo negando alguns dos direitos concedidos ao arguido enquanto cidadão. Em fase desta situação, o processo

⁹⁰ Estabelecem Gomes Canotilho e Vital Moreira, na CRP anotada que o princípio da presunção de inocência, previsto no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, integra a “*proibição da inversão do ónus da prova em detrimento do arguido; preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; exclusão da fixação da culpa em despachos de arquivamento; não incidência de custas sobre o arguido não condenado; proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares e a proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal*” (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: artigo 32.º).

⁹¹ É importante assegurar estas limitações aos direitos do arguido, dado que o arguido sofre no decorrer do processo e, por isso, é importante que essas limitações sejam toleráveis para o arguido. Nunca esquecendo que a ordem jurídica portuguesa assenta na dignidade da pessoa humana, e nos princípios de liberdade e de democracia.

penal deverá durar o menos tempo possível, de forma a não provocar restrições ilegítimas dos direitos do arguido e a não retirar o conteúdo útil do princípio da presunção de inocência.

Porém, o arguido poderá optar por prestar declarações e se tal situação se verificar, deverão essas declarações serem prestadas em coerência com as regras gerais estabelecidas no artigo 140.º do CPP, designadamente que o arguido deve, aquando da prestação de declarações, encontrar-se livre na sua pessoa⁹².

Contudo, importa ainda referir que, ao contrário do que acontece com as testemunhas, se o arguido optar por prestar declarações e se essas declarações não forem verdadeiras não implicará para o arguido uma responsabilidade penal, pois o arguido, de acordo com o n.º 3 do artigo 140.º do CPP, não presta em caso algum juramento.

Esta situação levanta a questão de saber se recai sobre o arguido um verdadeiro direito de mentir no processo penal, ou, se pelo contrário, o facto de não existir uma responsabilidade penal para o arguido que preste falsas declarações, não implica que exista um verdadeiro direito de mentir por parte do arguido. No que concerne a esta situação, existe alguma divergência nesta matéria.

3.5.4. O direito à não autoincriminação do arguido

O direito ao silêncio está sempre associado ao direito que o arguido tem de não se auto incriminar, *nemo tenetur se ipsum accusare*⁹³.

O arguido tem o direito de não responder a perguntas que lhe sejam dirigidas, não prestando assim depoimento, podendo apresentar os meios de prova que considerar necessários. Contudo, é necessário que o arguido seja constantemente informado deste direito de defesa.

⁹² Estabelece o n.º 1 do artigo 140.º do CPP que “*Sempre que o arguido prestar declarações, e ainda que se encontre detido ou preso, deve encontrar-se livre na sua pessoa, salvo se forem necessárias cautelas para prevenir o perigo de fuga ou actos de violência*”. É ainda aplicável às declarações do arguido o previsto nos artigos 128.º e 138.º, de acordo com o n.º 2 do artigo 140.º do CPP.

⁹³ Muitas vezes é atribuída a exclusividade do direito ao silêncio ao arguido. Porém, este não é um direito exclusivo do arguido, podendo as testemunhas optar por não responder a perguntas autoincriminatórias, de acordo com o n.º 2 do artigo 132.º do CPP, ou não responder a perguntas que possam comprometer determinados familiares, conforme o n.º 1 artigo 134.º do CPP.

É de entendimento maioritário da doutrina e da jurisprudência que não se deverá colocar a questão de saber se este princípio tem ou não consagração constitucional. Assim, considera a maior parte da doutrina e da jurisprudência que apesar de este artigo não estar consagrado expressamente na CRP como um princípio constitucional, deve o mesmo ser considerado como tal. Entende-se assim que seja um princípio constitucional não escrito.

Trata-se de um princípio previsto em vários diplomas internacionais, nomeadamente no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), de 16 de dezembro de 1966, no qual estabelece no n.º 3 do artigo 14.º que *“Toda a pessoa acusada de um delito terá o direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”*.

Estabelece também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos⁹⁴, de 22 de novembro de 1969 na alínea g) do n.º 2 do artigo 8.º que *“Toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”*.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* consagra que ninguém pode contribuir para a sua culpabilidade. Contudo, trata-se de um princípio que não está consagrado expressamente na CRP.

Importa saber qual a extensão do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que tem como componentes o privilégio da não autoincriminação e o direito ao silêncio. Desta forma, cumpre averiguar estes dois componentes do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* e confrontar a questão da delimitação do direito ao silêncio face ao privilégio da não autoincriminação.

A doutrina tem entendido que o direito ao silêncio abrange outras formas autoincriminatórias, ou seja, não abrange apenas as declarações do arguido.

Neste sentido, discute-se na doutrina duas orientações no que se refere a esta questão.

Por um lado, a orientação Minimalista entende que o direito ao silêncio está apenas direcionado para as declarações do arguido em sentido estrito e sobre os factos que são

⁹⁴ Esta convenção é conhecida como o *Pacto de San José*. Foi adotada e aberta assinatura na conferência especializada interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

imputados ao arguido. Por outro lado, a orientação Maximalista entende que o direito ao silêncio envolve as declarações por meio de documentos, por meio de uma atuação, traduzindo-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova da sua culpabilidade.

No entanto, devemos entender que o âmbito de aplicação do privilégio contra a autoincriminação se traduz no direito que o arguido tem de não entregar quaisquer tipos de meios de prova que contribua para a sua incriminação.

É neste sentido que o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) se pronuncia, nomeadamente no acórdão 05/01/2005⁹⁵.

Assim, entendemos que enquanto o direito ao silêncio do arguido apenas se refere à colaboração do arguido na sua incriminação, através das declarações que este presta sobre os factos que lhe são imputados (quer seja efetuada por meio de um documento ou atuação), o direito à não autoincriminação refere-se quanto ao facto de o arguido não ser obrigado a praticar qualquer tipo de atos que possam ser prejudiciais à sua defesa, incluindo assim quer o direito de não prestar declarações, quer o direito de não fornecer certo tipo de provas, pois não está obrigado a qualquer dever de colaboração.

Desta forma, entende-se que o direito à não autoincriminação pode abranger o direito do arguido não cooperar em todas as situações que implique, ao cooperar com a justiça, um carácter incriminatório. Enquanto que o direito ao silêncio apenas se refere à liberdade de declaração, que poderá ser efetuada quer por meio de um documento, quer por meio de atuação.

Perante o exposto, conclui-se que o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação não são direitos sinónimos, nem são totalmente idênticos, apesar de por vezes se confundirem e até mesmo se sobreporem. E se o direito ao silêncio não existisse, o arguido passaria a ser obrigado a declarar e a cooperar com a justiça, independentemente de abranger ou não atos de conteúdo incriminatório. Assim sendo, concluímos que ambos se referem aos direitos fundamentais do arguido, sendo a liberdade de declaração uma expressão do direito à não autoincriminação.

A razão de ser deste direito é proteger o arguido da coação que possa existir por parte das autoridades judiciárias com o objetivo de obterem elementos de prova, de forma a não permitir que a descoberta da verdade material seja feita contra a dignidade da pessoa humana e contra as liberdades fundamentais do arguido.

⁹⁵ Processo n.º 04P3276.

Se o arguido optar por se remeter ao silêncio, não poderá o seu silêncio ser presumido como uma presunção de culpa, porque sobre o arguido recai uma presunção de inocência prevista no n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

Após a identificação do arguido às autoridades judiciárias, o presidente do tribunal deverá proceder à informação que o arguido tem o direito de prestar declarações referentes ao objeto do processo⁹⁶, em qualquer momento da audiência. No entanto, é imprescindível que o arguido seja informado que poderá optar por não prestar quaisquer declarações e que o facto de se remeter ao silêncio não o poderá prejudicar, conforme o estabelecido na alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º e no artigo 343.º, do CPP.

Porém, com a introdução da Lei n.º 20/2013, o efeito do arguido se remeter ao silêncio na fase de audiência de julgamento não será o mesmo que ocorria antes da introdução da referida Lei.

Como já foi referido, antes da entrada em vigor da Lei n.º 20/2013 as declarações que o arguido prestava em fase anterior à de audiência de julgamento não poderiam ser utilizadas como meio de prova, se o arguido não prestasse declarações em fase de audiência de julgamento. Contudo, com a entrada em vigor desta Lei, as declarações que o arguido preste em fase anterior à de audiência e julgamento poderão ser utilizadas no processo como meio de prova, mesmo que o arguido se remeta ao silêncio na fase de audiência de julgamento.

Com efeito, esta informação a que se refere o artigo 343.º do CPP, que corresponde à obrigatoriedade do Presidente proceder à informação de que o arguido tem o direito de se remeter ao silêncio, não terá qualquer efeito se o arguido em fase anterior tiver optado por prestar declarações. Esta situação, como já referimos é um dos motivos que nos leva a não concordar com esta última alteração feita ao tema das declarações do arguido, dado que é na fase de julgamento que se centram as mais importantes garantias de defesa do arguido.

O direito à não autoincriminação implica que quando alguém tem um processo-crime a decorrer contra si, e tendo em consideração a gravidade da situação, possa recorrer à estratégia de remeter-se ao silêncio, ficando sobre a alçada do Estado demonstrar os

⁹⁶ O arguido, tendo em consideração os seus meios de defesa, poderá participar no processo enquanto sujeito ativo de direitos. Esta posição é também adotada pelo TC em vários acórdãos. Contudo, no anterior n.º 1 do artigo 343.º do CPP, estava previsto a obrigação de arguido prestar depoimento sobre o objeto do processo, o que implica uma violação das garantias de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio. Porém, tal não era possível num processo penal com estrutura acusatória como é o processo penal português.

factos da acusação. Assim, não obstante de haver suspeitas da prática de um crime, o arguido será considerado inocente no decorrer do processo até que haja uma decisão definitiva.

É sobre o MP que recai o dever de descoberta da verdade e é sobre o arguido que recai, se assim o entender, o direito de remeter-se ao silêncio, beneficiando sempre do princípio da presunção de inocência.

O direito que o arguido tem de não prestar declarações sobre os fatos que lhe são imputados e o direito de não fornecer provas que o possam incriminar são, de acordo com a doutrina, consequências do princípio da presunção de inocência. Assim, o arguido ao beneficiar da presunção de inocência deve ser absolvido quando houver dúvidas acerca da autoria da infração penal.

Esta consequência, como já foi referido, é um efeito da passagem de um processo de estrutura inquisitória para um processo de estrutura acusatória, no qual o arguido passa a ser considerado como um sujeito processual detentor de direitos e deveres, em que as suas declarações deverão ser consideradas como uma demonstração do seu direito de defesa, ao invés de ser consideradas como um meio de prova, para que haja um julgamento justo.

Porém, quer o interrogatório que é feito ao arguido, quer a audiência do arguido são essências para a obtenção da verdade material, porque não existe ninguém, para além do arguido que melhor possa esclarecer os fatos que lhe são imputados.

Esta situação leva-nos a colocar algumas questões, que se traduzem no seguinte: será que este direito à não autoincriminação, por parte do arguido, não levará a uma extinção de todos os deveres de colaboração com a Justiça Penal? E de que forma é que este direito ao silêncio não colide com o dever de colaboração de arguido no processo e previsto no artigo 61.º do CPP.

Estas são perguntas que nós procuraremos esclarecer nos capítulos dedicados inteiramente ao «meio de prova e aos meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido».

3.5.5. O direito de o arguido se remeter ao silêncio no que se refere aos seus antecedentes criminais.

Esta é uma matéria que muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência, no sentido de se alterar a alínea b) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP.

Desta forma, é proposta uma alteração da referida alínea através da Proposta de Lei n.º 77/XII, tendo essa proposta de alteração sido acolhida, ocorrendo efetivamente com a alteração feita ao CPP em 2013, através da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro.

A obrigatoriedade do arguido declarar com verdade sobre os seus antecedentes criminais encontrava-se já prevista no CPP de 1929 e foi mantida pelo CPP de 1987.

Assim, esta obrigatoriedade manteve-se quer na fase de julgamento, quer na fase de inquérito e de instrução.

Porém, foi declarado pelo TC, no acórdão 695/95, de 5 de dezembro, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de declarar com verdade sobre os seus antecedentes criminais⁹⁷.

De acordo com o referido acórdão, “*o legislador impôs ao arguido um «especial dever» de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais (artigo 61.º, n.º 3, alínea b), do CPP)*”.

O TC entendia assim que esta imposição feita ao arguido, de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais no início de audiência de julgamento violava o direito ao silêncio do arguido, direito este que integrava e integra as garantias de defesa do arguido.

Refere o acórdão que a “*obrigatoriedade de declarar, no início da audiência de julgamento, os antecedentes criminais do arguido e bem assim, informar sobre os processos pendentes implica a transformação do arguido de sujeito em objecto do processo.*” E, perante tal situação, “*ao arguido fica retirada a possibilidade de prestar as suas declarações no momento que mais lhe convier, tendo de as prestar numa altura em que não se iniciaram sequer as diligências probatórias, ou seja, sem qualquer possibilidade de o arguido poder evitar eventual irradiação daquelas declarações sobre o objecto do processo*”.

Outro dos motivos invocados no referido acórdão traduz-se no facto de já na fase de julgamento poder estar junto aos autos os elementos documentais oficiais relativos aos

⁹⁷ A falta de resposta sobre os antecedentes criminais do arguido poderia levar a que o arguido incorresse em crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 388.º do Código Penal. Já o facto de arguido prestar falsas declarações poderia levar a que o arguido incorresse no crime de falsas declarações, previsto e punido pelo artigo 402.º do Código Penal ou, segundo certa doutrina, pelo artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 33 721, de 21 de junho de 1944.

antecedentes criminais e, por isso, tornava a exigência legal prevista do n.º 2 do artigo 342.º do CPP excessiva e irrazoável perante as garantias de defesa do arguido.

Desta forma, entende o TC que se deve concluir que o n.º 2 do artigo 342.º do CPP viola o princípio constitucional constante das garantias de defesa do arguido.

Porém, refere ainda o TC que no que se referia ao n.º 2 do artigo 342.º do CPP, poderia também consubstanciar-se numa violação do n.º 2 do artigo 32.º da CRP.

Neste sentido, referiu o TC, no referido acórdão, que *[para quem defenda o entendimento de que o “princípio de presunção do arguido diz respeito a todos os factos relevantes para a acusação, não se excluindo aqueles que não ocorrem no momento da prática do facto, mas que condicionam a culpa do agente” (...) então a norma que vem questionada viola o princípio da presunção de inocência, “porque os factos referentes aos antecedentes criminais e à pendência de outros processos constituem ainda matéria da acusação, que o arguido não pode ser coagido a revelar, como também porque ainda não está feita a prova do facto típico, ilícito e culposo no momento em que é exigida a comunicação daqueles factos”]*.

O acórdão n.º 372/98 do TC refere que a declaração de inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 342.º teve como fundamento o facto de entenderem que esta imposição, do arguido de declarar com verdade sobre os seus antecedentes criminais em audiência pública, punha em causa a dignidade do arguido e as suas garantias constitucionais, nomeadamente, o seu direito ao silêncio. Direito este que integra as garantias de defesa do arguido.

Neste sentido, o acórdão n.º 372/98 do TC refere que a *“obrigação do arguido responder com verdade às perguntas sobre os antecedentes criminais em audiência pública pode atentar com a sua dignidade e com as garantias constitucionais que incluem o direito ao silêncio, na medida em que o mesmo pode considerara-se vexado por publicamente ter de confessar os seus antecedentes criminais”*.

No entanto, o mesmo acórdão menciona que o mesmo já não acontecia quando o arguido era obrigado a responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, no primeiro interrogatório, pelo facto de as perguntas serem feitas pelo juiz, com a assistência do MP e do defensor e perante um funcionário da justiça.

Assim, inicialmente entendia o TC que apesar de recair sobre o arguido uma obrigação de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais fora do âmbito da audiência de julgamento, o mesmo representava uma restrição admissível do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, pelo facto de não se tratar de uma declaração que fosse

feita em audiência pública, ou por não serem declarações que correspondessem à questão da culpabilidade e pelo facto de não existirem à data outros meios institucionais com capacidade de obter essas informações.

Neste sentido, entendia-se que esta situação não implicava uma violação do princípio da presunção de inocência do arguido, porque não se pretendia utilizar as declarações do arguido como um meio de prova, mas apenas utilizar as declarações sobre os antecedentes criminais do arguido como elementos indispensáveis para averiguar a situação criminal do arguido, uma vez que o processo ainda não reunia as condições para adquirir esses elementos, para que o juiz pudesse tomar uma decisão sobre as medidas de coação que deveria aplicar ao arguido.

Porém, esta era uma posição muito criticada por várias razões, nomeadamente por tais declarações estarem acessíveis ao juiz de julgamento, assim como tais declarações serem prestadas ao juiz de instrução⁹⁸, no qual podia o juiz de instrução decidir por aplicação de medida de coação ao arguido.

Assim, entendia-se que a obrigação do arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, contribuía indiretamente para o juiz de julgamento criar uma imagem negativa do arguido, assim como contribuía diretamente para que o juiz de instrução criasse uma imagem negativa do arguido, podendo influenciar a aplicação da medida de coação.

Desta forma, tendo o princípio da não autoincriminação por base a presunção de inocência do arguido e o direito a um processo justo e equitativo, tal obrigação levaria a uma afetação dos mesmos.

Outro dos motivos invocados incidia no facto de, por vezes, o arguido não saber referir os seus antecedentes criminais com certeza e precisão, o que levaria a que não fossem cumpridos os fins pretendidos decorrentes desta obrigação, nomeadamente para que fosse aplicada a mais correta medida de coação.

O TC invoca que a obrigação do arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais era necessária para que houvesse a realização da justiça penal. Porém, esta posição levantava várias dúvidas. Essas dúvidas ganhavam mais força porque através dos meios de informática que estavam disponíveis era possível saber, em tempo real e útil, a informação sobre os antecedentes criminais, *id est*, não era necessário haver colaboração do arguido.

⁹⁸ Nos termos do n.º 3 do artigo 141.º do CPP.

Importa referir ainda quanto a esta questão, que a prova da existência de antecedentes criminais era feita através do certificado de registo criminal, ou seja, documentalmente. Não era válido como prova da existência de antecedentes criminais, conforme o estabelecido no n.º 3 do artigo 9.º⁹⁹; artigo 5.º¹⁰⁰; artigo 15.º¹⁰¹ e n.º 2 do artigo 24.º¹⁰² da Lei n.º 57/98, de 18 de agosto, a informação sobre as condenações não inscritas no registo, ou a informação sobre crimes cujo registo tivesse sido cancelado.

⁹⁹ Estabelece o n.º 3 do artigo 9.º que “*Não pode constar dos certificados qualquer indicação ou referência donde possa depreender a existência, no registo, de outros elementos para além dos que devam ser expressamente criminal e de contumazes nos termos dos artigos 5.º e 18.º da presente lei*”.

¹⁰⁰ Estabelece o artigo 5.º, sob a epígrafe «Âmbito do registo criminal», o seguinte: “*1- Estão sujeitos a registo criminal as seguintes decisões: a) As decisões que apliquem penas e medidas de segurança que determinem o seu reexame, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e que declarem a sua extinção; b) As decisões que concedam ou revoguem a liberdade condicional ou a liberdade para a prova; c) As decisões de dispensa de pena; d) As decisões que determinem ou revoguem o cancelamento no registo; e) As decisões que apliquem perdões e que concedam indultos ou comutações de penas; f) As decisões que determinem a não transcrição em certificados do registo criminal de condenações que tenham aplicado; g) As decisões que ordenem ou recusem a extradição; h) Os acórdãos proferidos em recurso extraordinário de revisão; i) Os acórdãos de revisão e confirmação de decisões condenatórias estrangeiras. 2- Estão ainda sujeitos a registo criminal os seguintes factos: a) O pagamento de multa; b) O falecimento do arguido condenado. 3- As decisões judiciais a que se refere o n.º 1 são comunicadas em julgado*”.

¹⁰¹ Estabelece o artigo 15.º, sob a epígrafe «Cancelamento definitivo», o seguinte: “*1- São canceladas automaticamente, e de forma irrevogável, no registo criminal: a) as decisões que tenham aplicado pena principal ou medida segurança, decorridos 5, 7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou medida de segurança, se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, respetivamente, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime; b) as decisões de dispensa de pena e que apliquem pena de admoestação, decorridos 5 anos sobre o trânsito em julgado ou sobre a execução, respetivamente; c) As decisões que tenham aplicado pena acessória, após o decurso do prazo para esta fixado na respetiva sentença condenatória; d) as decisões consideradas sem efeito por disposição legal. 2- O cancelamento definitivo previsto nas alíneas a) e b) do n.º 1 não aproveita ao condenado quanto às perdas definitivas que lhe resultarem da condenação, não prejudica os direitos que desta advierem para o ofendido ou para terceiros, nem sana, de per si, a nulidade dos actos, praticados pelo condenado durante a incapacidade. 3- São igualmente canceladas as decisões ou factos que sejam consequência, complemento ou execução de decisões que devam ser canceladas nos termos do n.º 1*”.

¹⁰² Estabelece o n.º 2 do artigo 24.º que “*O acesso à informação sem eficácia jurídica mantida em ficheiro durante o prazo previsto no número anterior só é possível aos serviços de identificação criminal para reposição de registo indevidamente cancelados ou retirados*”.

O facto de não poderem ser consideradas, para decisão da medida de coação ou para a decisão de condenação, a informação de existência de antecedentes criminais que não se encontrem inscritos ou que tenham sido cancelados, era mais um motivo para se considerar que não deveria o CPP prever tal obrigatoriedade para o arguido. Até porque através do certificado de registo criminal conseguiriam obter essa informação, sem ser necessário a colaboração do arguido.

De acordo com a CRP, para que haja restrição dos direitos fundamentais é necessário que essa restrição seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, conforme o estabelecido no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. Neste sentido, entendia-se que a obrigatoriedade de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, sob pena do arguido incorrer em responsabilidade penal, era inconstitucional, por violar o princípio do *nemo tenetur ipsum accusare*¹⁰³, devido ao facto de entenderem que era uma restrição manifestamente desproporcionada, tendo em consideração as consequências e as finalidades que a restrição pretendia¹⁰⁴.

Perante o supra exposto, há já muito tempo que era reclamada uma alteração do CPP nesta matéria, pelos motivos já invocados.

Assim, em 2013, através da Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, deixa o arguido de ser obrigado a responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, deixando mesmo, esta pergunta, de ser feita ao arguido na fase de instrução.

Deste modo, é de entendimento geral que as alterações introduzidas no CPP, através da Lei n.º 20/2013, no que concerne à obrigatoriedade de responder sobre os antecedentes criminais, são alterações que “vão de encontro à matriz político-criminal

¹⁰³ Previsto no n.º 4 do artigo 20.º e n.º 1 e 2 do artigo 32.º da CRP.

¹⁰⁴ A restrição dos direitos fundamentais do arguido, que estavam em causa, pretendiam que o juiz de instrução e o juiz de julgamento tivessem conhecimento dos antecedentes criminais do arguido, pelo facto do TC entender que no momento do primeiro interrogatório não era possível saber essa informação, devido aos meios tecnológicos vigentes. Porém, já há muito tempo que essa justificação deixou de ser plausível, dado que houve vários avanços tecnológicos e, por isso, a necessidade de eliminar do CPP esta obrigatoriedade do arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, sob pena do arguido incorrer em responsabilidade penal.

constitucionalmente definida de um sistema processual penal de estrutura acusatória com todas as garantias de defesa próprias de um Processo Penal num Estado de Direito”¹⁰⁵.

No parecer elaborado pelo CSM, sobre a proposta de alteração n.º 77/XII do CPP, datado de 5 de julho de 2012, esta é uma alteração que não merece provimento por parte do CSM, por entenderem que tal alteração limita os poderes de cognição de juiz de instrução, impedindo-o de *“proferir um juízo mais informado sobre as condições pessoais do arguido, que pode condicionar a adequação da medida de coação a decretar”*. É mencionado ainda no referido parecer que *“Sabendo todos os que trabalham nos tribunais sobre a dificuldade concreta em aceder a atualizados e rigorosos boletins do registo criminal em tempo útil, é manifesto que as declarações do arguido sobre os seus antecedentes criminais resultem importantes para habilitar a decisão do juiz sobre a aplicação de medidas de coação, pois são essenciais para avaliar os perigos no art. 204.º”*¹⁰⁶.

Perante a análise da evolução referente à obrigatoriedade de o arguido declarar com verdade sobre os seus antecedentes criminais, leva-nos a refletir sobre os motivos invocados para alteração do assunto em questão.

Como foi referenciado um dos principais motivos que influenciaram a alteração do n.º 2 do artigo 342.º do CPP, no que dizia respeito ao arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, na fase de julgamento, incidia sobre o facto de o arguido estar a prestar declarações perante uma audiência pública, o que levaria, de acordo com a maioria da jurisprudência e da doutrina, a atentar contra sua dignidade e contra as suas garantias constitucionais, nomeadamente o seu direito ao silêncio.

Esta alteração feita ao CPP, parece-nos que foi uma alteração necessária para que as garantias constitucionais do arguido não fossem afetadas, até porque nesta fase do processo, já consta do processo o registo criminal do arguido, o que na prática levaria a que as declarações do arguido não produzissem os efeitos que lhe estavam subjacentes, nomeadamente saber quais os antecedentes criminais do arguido. Desta forma, não nos

¹⁰⁵Artigo sobre «DIREITO AO SILÊNCIO SOBRE ANTECEDENTES CRIMINAIS E DIREITO À ASSISTÊNCIA POR DEFENSOR: DOIS ASPETOS POSITIVOS DAS ALTERAÇÕES ÀS LEIS PROCESSUAIS PENAI», de Vânia Costa Ramos, disponível em www.idpcc.pt.

¹⁰⁶O CSM entende que a melhor solução para esta questão seria manter a obrigatoriedade do arguido responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais, em fase do primeiro interrogatório, sendo aceitáveis os lapsos de memória do arguido, não incorrendo assim em qualquer procedimento criminal.

parece que o facto de o arguido ser obrigado a falar com verdade sobre os seus antecedentes criminais perante uma audiência pública, na fase de julgamento, seja admitido constitucionalmente, dado que não se verifica o requisito da necessidade, da adequação e da proporcionalidade para se proceder à restrição de um direito constitucional, quando já consta do processo o registo criminal do arguido.

Já no que concerne à alteração da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP e, conseqüentemente, do n.º 3 do artigo 141.º do CPP, através da Lei n.º 20/2013, importa ter em consideração algumas questões.

De acordo com o exposto, a alteração destes normativos legais deve-se essencialmente ao facto de entender-se que esta imposição feita ao arguido de responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais refletiria uma imagem negativa para o arguido, o que levaria o juiz de instrução a criar uma imagem pouco favorável do arguido, podendo mesmo refletir-se na aplicação da medida de coação. Outro dos motivos que influenciaram esta alteração incidia também sobre o facto de já nesta fase do processo o juiz de instrução ter acesso ao registo criminal do arguido, sendo assim desnecessário impor ao arguido a declaração sobre os seus antecedentes criminais.

Porém, na nossa opinião, existe uma contradição nos motivos invocados para a alteração deste normativo legal.

Em primeiro lugar, de acordo com o acima mencionado, o arguido no primeiro interrogatório presta declarações perante o juiz de instrução, o MP, o defensor e um funcionário judicial. Não nos parece que o facto de o arguido ser obrigado a responder com verdade sobre os seus antecedentes criminais nestas circunstâncias possa constituir para o arguido um atentado contra a sua dignidade.

Quanto ao facto de entenderem que esta imposição poderia levar a que o juiz retirasse dessas declarações uma imagem negativa do arguido e, conseqüentemente se refletisse na aplicação de medida de coação, parece-nos este entendimento desajustado da realidade. Até porque, efetivamente, o objetivo pretendido da anterior alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP era que a informação referente aos antecedentes criminais do arguido pudesse ajudar o juiz de instrução a tomar uma decisão sobre as medidas de coação aplicar, nos termos do artigo 204.º do CPP. Não sendo possível, em regra, no momento do primeiro interrogatório judicial obter, em tempo útil, essa informação através de meios institucionalmente válidos.

No entanto, mesmo que fosse possível obter a informação referente aos antecedentes criminais do arguido, a tempo do primeiro interrogatório judicial¹⁰⁷, os mesmos serviriam para que o juiz de instrução se servisse deles para aplicação da medida de coação nos termos do artigo 204.º do CPP. Assim sendo, parece-nos que não é o facto de o juiz de instrução tomar conhecimento sobre os antecedentes criminais do arguido através das declarações prestadas pelo arguido, ou pelo registo criminal do mesmo que influenciará a aplicação da medida de coação.

Neste sentido, perante o supra exposto, entendemos que os motivos invocados para alteração da alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP e, consequentemente, o n.º 3 do artigo 141.º do CPP, não serão os mais convenientes, pelos motivos já referidos, de forma a prosseguir as garantias constitucionais do arguido.

Efetivamente, consideramos importante a alteração aqui em apreço. Porém, entendemos que esta alteração deveria ter como principal fundamento as garantias de defesa de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio.

Se o arguido tem direito, desde da sua constituição como arguido, a remeter-se ao silêncio sobre os factos que lhe são imputados e não produzir qualquer tipo de prova contra si próprio, princípio do *nemo tenetur ipsum accusare*, não poderá constituir a obrigatoriedade de prestar declarações sobre os seus antecedentes criminais, uma violação das garantias constitucionais do arguido?

A nós parece-nos que sim, até porque o sistema processual penal português é que deverá estar preparado para prestar as informações referentes aos antecedentes criminais do arguido, para efeitos de aplicação da medida de coação, e não ser o arguido a contribuir para aplicação da sua própria medida de coação.

Perante o exposto, e tendo em consideração tudo o que aqui foi analisado no que se refere ao direito silêncio do arguido, podemos concluir que no processo penal o arguido é considerado um sujeito processual e não como um objeto de prova.

Assim, o arguido é reconhecido como uma pessoa humana, dotada de deveres e de verdadeiros direitos de defesa, consagrados na CRP e regulados no CPP.

¹⁰⁷ Com o desenvolvimento dos meios tecnológicos, acreditamos que nos dias que correm é possível obter em tempo útil a informação sobre os antecedentes criminais do arguido, para aplicação das medidas de coação nos termos do artigo 204.º do CPP.

O direito ao silêncio, consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da CRP e consagrado na alínea b) do artigo 61.º do CPP, confere ao arguido toda a legitimidade para não responder sobre os factos que lhe são imputados e dá-lhe legitimidade para não fornecer provas, quando delas possa resultar a sua incriminação. Assim, concordamos que o arguido não é obrigado a contribuir para a sua autoincriminação, de forma a não produzir prova contra si próprio.

Porém, este direito ao silêncio não é um direito absoluto, podendo sofrer limitações. Limitações que deverão estar de acordo com os critérios de proporcionalidade previstos no artigo 18.º da CRP.

Neste sentido, e de acordo com o analisado, concluímos que o direito ao silêncio do arguido nunca poderá ser valorado negativamente e utilizado contra o arguido, sob pena de estarmos perante um método de obtenção de prova proibido e, conseqüentemente, perante uma prova nula.

Através do direito ao silêncio, pretende-se proteger vários direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

3.6. Direitos/Deveres do arguido

No ponto anterior, descortinamos o direito ao silêncio do arguido, assim como a evolução história que este direito, consagrado na CRP, sofreu ao longo dos anos, estabelecendo-o como uma das principais garantias de defesa do arguido.

Porém, é importante esclarecermos de que forma este direito ao silêncio do arguido poderá fazer parte das garantias de defesa do arguido e assim poder ser utilizado pelo arguido na sua plenitude, quando decorre da alínea d) do n.º 3 do artigo 61.º do CPP que é dever do arguido sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial.

O estatuto jurídico processual do arguido é um estatuto constituído por um complexo de direitos e deveres, consagrados no artigo 61.º do CPP, cujo titular é o arguido.

Desta forma, conforme o estabelecido expressamente no n.º 2 do artigo 61.º do CPP, são direitos do arguido o direito de presença em todos os atos processuais que diretamente afetem o arguido; direito de audiência pelo juiz quando o juiz tenha que tomar qualquer decisão; direito de informação sobre os factos que são imputados ao arguido; direito ao silêncio, não podendo o arguido ser prejudicado se optar pelo direito ao silêncio; direito a defensor, podendo este ser um defensor oficioso; direito de intervir nas fases

preliminares do processo; direito de informação dos direitos que assistem ao arguido; e, direito do arguido recorrer das decisões que lhe foram desfavoráveis.

Contudo, decorre do n.º 3 do artigo 61.º do CPP um conjunto de deveres processuais a que o arguido, enquanto sujeito processual, fica sujeito a partir do momento que é constituído como arguido.

Assim, são deveres do arguido, conforme o estabelecido no n.º 3 do referido artigo, o dever do arguido comparecer pessoalmente sempre que tiver sido regularmente convocado; o dever do arguido responder sobre a sua identidade; e, o dever do arguido sujeitar-se a diligências de prova e medidas de coação pessoal e de garantia patrimonial.

Com efeito, os direitos e deveres constantes do artigo 61.º do CPP não são os únicos direitos e deveres afetos ao arguido. Ao longo do processo penal é atribuído ao arguido certos direitos e deveres que não estão expressamente consagrados no CPP.

Porém, de todos os deveres do arguido que se encontram elencados no n.º 3 do artigo 61.º do CPP, o dever constante da alínea d) do n.º 3 é o dever que está diretamente relacionado com o direito ao silêncio do arguido, sendo este dever o que mais dúvidas levanta na doutrina e na jurisprudência, no sentido de aferir qual a sua aplicabilidade ao arguido no processo penal português, ou até mesmo no sentido de aferir se este dever terá alguma aplicabilidade.

Desta forma, parece decorrer desta alínea que o arguido terá de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não sejam proibidas por lei, ou seja, que não se encontrem previstas no artigo 125.º do CPP. Assim, o arguido poderá ser submetido a interrogatórios, de forma a obter-se declarações do arguido, traduzindo-se num meio de prova.

Poderá ainda o arguido ser sujeito a acareação, previsto no artigo 146.º do CPP; a reconhecimento, artigo 147.º do CPP; a reconstituição dos factos, previsto no artigo 150.º do CPP; perícia e a exame, previsto no artigo 151.º e 171.º do CPP; e, ainda sujeito a revista, previsto no n.º 174.º do CPP.

Contudo, a resposta a estas questões aqui levantadas serão alvo de análise noutros pontos da presente dissertação, aquando da análise efetiva dos meios de prova e meios de obtenção de prova que poderão colocar em causa o direito ao silêncio do arguido.

Capítulo III – Meios de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido

4. Meio de prova

Começaremos por analisar o principal meio de prova que poderá pôr em causa o direito ao silêncio do arguido, que se traduz nas declarações do arguido, previsto no artigo 140.º e ss do CPP.

Analisaremos, no que se refere às declarações do arguido, qual o momento em que são prestadas essas declarações e principalmente quais são as consequências para o arguido se se remeter ao silêncio e não prestar declarações.

Debruçaremos sobre o valor probatório das declarações que o sujeito presta, na qualidade de testemunha, assim como o valor probatório das declarações dos coarguidos e de que forma poderá as declarações dos coarguidos afetar o arguido.

4.1. Declarações do arguido

Como já foi referenciado no capítulo anterior, o arguido pode prestar declarações em qualquer fase do processo e as suas declarações prestadas são constituídas por uma dupla natureza. Por um lado, as declarações do arguido constituem um meio de prova, previsto expressamente na CRP, e, por outro lado, constituem um meio de defesa do arguido.

Assim sendo as declarações do arguido são um meio de defesa que o arguido tem a seu favor, ele poderá ordenar as declarações como entender e poderá ainda, se entender mais conveniente, remeter-se ao silêncio e não prestar declarações sobre os factos constantes do processo, alínea d) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP que estabelece que o arguido pode não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.

De acordo com o artigo n.º 1 do artigo 140.º do CPP, o arguido, sempre que prestar declarações no processo, deve *“encontrar-se livre na sua pessoa, salvo se forem necessárias cautelas para prevenir o perigo de fuga ou atos de violência”*. Esta liberdade,

a que o n.º 1 do referido artigo se refere expressamente, é uma liberdade física significando que o arguido não pode ser algemado ou sofrer de outros tratamentos degradantes¹⁰⁸.

No interrogatório do arguido, este apenas deve ser inquirido, conforme o n.º 2 do artigo 140.º e o n.º 1 e n.º 2 do artigo 128.º do CPP, sobre os factos que tenha conhecimento direto e constitua objeto da prova.

Neste sentido, cumpre referir que não obstante de o arguido poder ser inquirido sobre os factos que constam do processo e que tenha conhecimento direto, o arguido pode não pronunciar-se sobre os mesmos, dado que o arguido apenas está obrigado a responder com verdade sobre a sua identificação.

4.2. As declarações do arguido em sede de interrogatório.

As regras a que deve obedecer o primeiro interrogatório judicial de arguido detido estão previstas no artigo 141.º do CPP.

Antes de se proceder ao interrogatório do arguido detido, o juiz conhece quais os motivos da detenção e comunica ao arguido quais são os factos que lhe são imputados, conforme o n.º 4¹⁰⁹ do artigo 141.º do CPP, isto se essa comunicação não puser em causa toda a investigação, não dificultar a descoberta da verdade material, não criar perigo para a vida, para a integridade física, psíquica ou a liberdade de qualquer um dos participantes processuais ou das vítimas do crime.

Posteriormente à comunicação dos factos que são imputados ao arguido, dever-se-á proceder à informação de que o arguido é obrigado a responder com verdade às perguntas que são feitas sobre a sua identidade, sob pena de incorrer, tal como já foi referido em responsabilidade penal.

Deverá ainda o arguido ser informado dos seus direitos, nomeadamente os que constam do artigo 61.º do CPP.

¹⁰⁸ Só excepcionalmente, nos casos em que haja um perigo de fuga ou perigo de algum ato de violência, é que o arguido deverá encontrar-se «preso».

¹⁰⁹ Quando não são cumpridas as comunicações referidas nas alíneas do n.º 4 do artigo 141.º estamos perante meras irregularidades e que deve ser arguida no próprio ato, por isso é que, no primeiro interrogatório de arguido detido, este é obrigado a ser assistido por advogado, podendo o advogado intervir e alegar a ilegalidade.

Do «catálogo» dos direitos do arguido, previstos no artigo 61.º do CPP, realça-se o direito que o arguido tem de não responder a perguntas sobre os factos que constam no processo, tornando-se imprescindível que este direito seja expressamente indicado ao arguido, sob pena de se consubstanciar numa proibição de prova e consequentemente não poderem as declarações serem valoradas no processo, de acordo com o n.º 5 do artigo 58.º do CPP.

Neste sentido, como já foi referenciado no capítulo anterior, se o arguido se remeter ao silêncio não poderá esse silêncio ser utilizado em seu desfavor, conforme o estabelecido no acórdão do STJ, de 05/01/2005 que estabelece que “(...) o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua próprio incriminação (...) sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória”¹¹⁰.

Ao contrário do que acontece no primeiro interrogatório judicial de arguido detido, no qual o interrogatório deverá ser feito pelo juiz de instrução, nos restantes interrogatórios de arguidos, que se encontrem presos ou em liberdade, deverão os interrogatórios serem feitos pelo MP, na fase de inquérito e pelo juiz de instrução na fase de instrução. As regras a que obedecem estes interrogatórios são, com as necessárias adaptações, as que constam para o primeiro interrogatório judicial de arguido detido, previsto no artigo 141.º do CPP.

No que se refere ao interrogatório do arguido em audiência de julgamento, este interrogatório encontra-se regulado nos artigos 341.º a 346.º do CPP, constando da alínea a) do artigo 341.º que a produção de prova deve começar pelas declarações do arguido.

Também aqui o interrogatório feito ao arguido deve cumprir os formalismos que temos vindo a enunciar, designadamente os que se referem à identificação do arguido, alertando, o presidente, que na falta de resposta a essa identificação ou a falsidade das declarações sobre essa mesma identificação poderá levar a uma responsabilidade penal por parte do arguido.

O presidente deverá ainda informar, assim como acontece nos restantes interrogatórios, que poderá o arguido remeter-se ao silêncio e que em caso algum o silêncio pode ser utilizado em seu desfavor.

¹¹⁰ Processo n.º 04P3276.

4.3. Qual o valor probatório das declarações do arguido?

Quando falamos em valor probatório que as declarações do arguido poderão ter no processo, referimo-nos às declarações que o arguido presta de livre vontade, às declarações que este presta com base numa imposição legal e às declarações que o arguido presta ainda antes de ser constituído na qualidade de arguido.

Neste sentido, importa esclarecermos quais os efeitos que as declarações do arguido produzem no processo e de que forma poderão essas declarações ser utilizadas no processo sem colidirem com as garantias de defesa do arguido.

4.3.1. Declarações do arguido quando este se encontra livre na sua pessoa

Como referimos anteriormente, as declarações do arguido poderão ser utilizadas como um meio de garantia de defesa para o arguido, podendo, deste modo, o arguido optar por prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, mesmo que dessas declarações resulte a sua autoincriminação.

As declarações do arguido, em qualquer fase do processo penal, são rodeadas de amplas garantias processuais e neste sentido, é imposto que aquando das declarações deverá o arguido encontrar-se livre na sua pessoa, não podendo o arguido ser obrigado a colaborar no processo.

Deste modo, se o arguido optar por prestar declarações, como já foi referido, estas poderão ser valorados como meio de prova, ficando à livre apreciação do juiz.

Quando o arguido no momento da inquirição opta por confessar os factos que lhe são imputados, importa saber em que momento do processo o arguido confessou os factos para se poder determinar quais os seus efeitos probatórios.

Em regra, no processo penal português vigora o princípio de que o efeito probatório da confissão é livremente apreciado pelo tribunal. Porém, a lei atribui, em determinada fase do processo, um efeito especial à confissão integral e sem reservas.

Assim, quando a confissão do arguido, relativa aos factos que são imputados, é feita na audiência de julgamento, dever-se-á perguntar, de acordo com o artigo 344.º do CPP, se o arguido faz essa confissão de livre vontade e sem qualquer tipo de coação e se a confissão é feita de forma integral e sem reservas.

No que concerne à questão de o arguido confessar os factos integralmente e sem reservas, estabelece o Tribunal da Relação de Guimarães (TRG)¹¹¹ que a confissão integral e sem reservas implica não só a aceitação dos factos que lhe são imputados, mas também a dimensão normativa que lhes é dada, ou seja, se o arguido, embora reconhecendo os factos que integram os chamados elementos subjetivos do crime, contrapõe ou acrescenta outros factos com o objetivo de eximir-se da responsabilidade, não faz uma confissão sem reservas, não cumprindo assim os formalismos exigidos pelo artigo 344.º do CPP. Desta forma, origina uma nulidade que afeta a audiência, devendo ser ordenada a repetição do julgamento.

É imprescindível a verificação de todos estes formalismos porque, se a confissão do arguido sobre os factos que lhe são imputados for feita integralmente e sem reservas, assim como livremente e sem o uso de qualquer tipo de coação, terá a confissão como consequência, conforme o n.º 2 do artigo 344.º do CPP, a “*Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüentemente consideração destes como provados* [alínea a)]; *Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável* [alínea b)]; e *Redução da taxa de justiça em metade* [alínea c)]”, com exceção dos casos previstos no n.º 3 do referido artigo¹¹².

No entanto, quando a confissão é feita na fase de inquérito ou na fase de instrução, ela é apreciada livremente pelo juiz não dispensando, por isso, a necessidade de continuar a recolher e a produzir prova.

Tal situação fundamenta-se pelo facto de em sede de audiência de julgamento o arguido poder alterar as suas declarações, ou seja, não confessar novamente os factos e até mesmo remeter-se ao silêncio e, não havendo no processo mais nenhum meio de prova, fica, desta forma, o processo penal *comprometido*.

A última alteração ao CPP, através da Lei n.º 20/2013 e referente às declarações do arguido, não veio alterar em nada o regime aplicável à confissão integral e sem reservas do

¹¹¹ Acórdão de 07/12/2009

¹¹² Estabelece o n.º 3 do artigo 344.º do CPP que não se aplica o n.º 2 do referido artigo nos casos de haver coarguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerentes de todos eles; o tribunal suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados, ou o crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.

arguido em fase de audiência de julgamento, continuando esta fase do processo a ser exclusiva para a confissão integral e sem reservas do arguido.

4.3.2. Quando o arguido não presta declarações, após ser constituído nessa qualidade.

A questão que aqui se coloca é essencialmente saber qual o valor probatório que terão no processo as declarações que o arguido prestou ainda na qualidade de suspeito e interrogado na qualidade de testemunha, assim como qual o valor probatório das declarações dos coarguidos, quando dessas declarações resulta uma incriminação de outro arguido e a questão das denominadas «conversas informais».

Estas situações acima explanadas poderão, se lhes for atribuído algum valor probatório no processo penal, levar a uma violação das garantias de defesa do arguido, que se encontram constitucionalmente previstas, nomeadamente o direito ao silêncio do arguido.

Neste sentido, analisaremos alguns acórdãos, que refletem estas questões acima enunciadas, para melhor percebermos quais os seus efeitos práticos.

4.3.2.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 09/10/2012

Matéria de facto: no dia 26 de julho de 2011, às 00.40 horas, ocorreu na Pastelaria X um crime de roubo, praticado por quatro pessoas, três do sexo masculino e uma do sexo feminino.

Foram inquiridas várias testemunhas e dessas inquirições surgiram fundadas suspeitas que a coautora dos factos seria a JV. Porém, a JV foi inquirida na qualidade de testemunha e não na qualidade de arguida, tendo decidido por assumir os factos e identificar os outros três coautores. Após, a JV ter explicado todos os circunstancialismos em que ocorreu o crime e a forma como os outros três coautores estavam envolvidos nos factos, procedeu-se à constituição de JV como arguida, sendo esta informada de todos os seus direitos, tendo-lhe sido nomeado defensor officioso e sujeita a interrogatório na qualidade de arguida, no qual decidiu não prestar declarações.

Decisão de 1.^a Instância¹¹³: foram proferidos dois despachos pelo MP, no sentido de que fossem autorizadas buscas domiciliárias às residências de RG, MH e MR e de que se procedesse a interrogatório judicial de arguidos não detidos, a fim de sujeitar a arguida JV e o suspeito RG a medida de coação para além do termo de identidade e residência.

Porém, a juíza de instrução criminal decidiu por indeferir os respetivos despachos, assim como não foram valorados como prova no processo as declarações que a arguida JV prestou na qualidade de testemunha.

Entendeu o tribunal de 1.^a Instância que a inquirição feita a JV não deveria ter sido feita na qualidade de testemunha, mas sim na qualidade de arguida, devido ao constante na alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º do CPP e, que, por conseguinte, não poderiam ser valoradas como prova, de acordo com o estipulado no n.º 5 do artigo 58.º do CPP.

Desta forma, e visto não poderem ser valoradas como prova as declarações que JV prestou na qualidade de testemunha, entende o tribunal de 1.^a Instância que dos meios carreados para os autos não resultam quaisquer indícios de que tenha existido qualquer participação dos referidos RG, MH e MR na prática dos factos sob investigação.

O MP inconformado com o ato de indeferimento dos despachos decidiu recorrer, com os seguintes fundamentos:

Entende o MP que a inquirição feita a JV, pelo OPC, na qualidade de testemunha foi a correta, visto que, no entendimento do MP, ainda não se encontravam reunidos os requisitos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 58.º do CPP, nomeadamente a existência de fundadas suspeitas de que a mesma havia de facto praticado o crime sob investigação. Desta forma, deveria ter sido valorado como prova as declarações que JV prestou na qualidade de testemunha.

Decisão do Tribunal da Relação de Évora (TRE): o TRE decidiu por julgar improcedente o recurso interposto pelo MP.

Neste sentido, refere o TRE que o direito ao silêncio configura o núcleo do *nemo tenetur* e os seus titulares são o arguido e o suspeito e apesar do suspeito não ser um sujeito processual, com um estatuto específico, goza de certos direitos, ou seja, não poderá ser

¹¹³ No que concerne à análise deste acórdão apenas nos iremos centrar na questão da relevância das declarações prestadas no processo em momento anterior à constituição de arguido, deixando fora da análise as questões referentes aos indícios para a realização de buscas domiciliárias e a obrigatoriedade de interrogatório judicial para aplicação da medida de coação a arguido não detido.

obrigado a fornecer provas ou a prestar declarações autoincriminatórias, havendo assim um efeito expansivo do exercício do direito ao silêncio.

A autoincriminação se existir deverá ser livre, voluntária e esclarecida.

Refere ainda o TRE que mesmo que se defenda que o direito ao silêncio só nasce a partir do momento que se dá a constituição de arguido, *“o seu exercício em concreto – pelo arguido, como arguido – não poderia deixar de silenciar, apagando, tudo o que fora por ele declarado anteriormente no processo”*.

Assim, apenas as declarações que são emanadas nas condições previstas do artigo 58.º e 59.º do CPP é que poderão *“constituir para além de um meio de defesa um meio de prova, e ser eventualmente utilizada contra ele”*.

No que concerne a esta questão, cumpre dizermos o seguinte:

Como já foi referido no capítulo dedicado às proibições de prova, as provas serão proibidas quando haja uma violação dos direitos fundamentais previstos na CRP e, neste sentido, estabelece o n.º 1 do artigo 32.º que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa ao arguido, assim como o n.º 8 do mesmo artigo prevê a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações. Também, o artigo 126.º do CPP estabelece os métodos proibidos de prova.

É pacífico que as declarações do arguido poderão ser utilizadas como meio de prova quando o arguido presta declarações na fase do primeiro interrogatório ou em qualquer fase do processo. Porém, quando o arguido ainda na qualidade de suspeito presta declarações, será que estas podem ser utilizadas no processo?

É da nossa opinião que o direito ao silêncio do arguido, assim como é referido no acórdão em análise, é a *“primeira e imediata expressão da liberdade”*.

Entendemos, como já referimos anteriormente, que o direito ao silêncio não é um direito exclusivo do arguido, assim como o princípio da não autoincriminação, podendo o suspeito optar por não fornecer provas para o processo ou prestar declarações que o possam incriminar.

Não obstante do n.º 8 do artigo 250.º do CPP estabelecer que os OPC's podem pedir ao suspeito informações sobre o crime, o mesmo não significa que daí resulte que as informações prestadas pelo suspeito, mesmo que sejam autoincriminatórias possam ser utilizadas no processo como meio de prova. Até porque, como refere o n.º 8 do artigo 250.º

do CPP, teremos que ter em consideração o previsto no artigo 59.º do CPP. E, neste sentido, quando durante a inquirição feita a pessoa que não arguido surgir fundadas suspeitas que tenha cometido crime, deverá logo ser constituído arguido e poderá ainda a pessoa que recair suspeita de ter cometido crime pedir para ser constituída como arguido.

O estabelecido no artigo 59.º do CPP tem como principal objetivo proteger quer o suspeito, quer o arguido do direito de não prestar declarações que os possam incriminar.

Contudo, por vezes os suspeitos são ouvidos na qualidade de testemunhas, quando já há no processo indícios suficientes para serem constituídos como arguidos, ocultando-lhes que gozam do privilégio contra a autoincriminação, com o objetivo de conseguirem obter elementos de prova que os OPC's não conseguem descobrir pelos seus próprios meios. Desta forma, a constituição de arguido é retardada propositadamente, obtendo assim informações que são prestadas na qualidade de testemunha, no qual prestam juramento da veracidade das declarações.

Com efeito, entendemos que esta situação é um dos motivos que nos leva a concordar com a opinião de que deverá existir uma expansão do direito ao silêncio do arguido, assim como do princípio da não autoincriminação ao suspeito.

Neste sentido, também estabelece o n.º 5 do artigo 58.º do CPP que quando a constituição de arguido é feita tardiamente, não poderão as suas declarações serem utilizadas como prova, originando ineficácia das mesmas no processo.

Desta forma, consideramos que a partir do momento em que haja indícios que certa pessoa cometeu um crime (já é considerado suspeito) deverá a mesma ser de imediato constituída como arguida, de forma que lhe possam ser garantidos todos os direitos de defesa, nomeadamente o seu direito ao silêncio.

No que concerne a esta questão, estabelece Germano Marques da Silva que “*o suspeito que presta declarações antes de ser constituído arguido presta-as como testemunha e por isso fica sujeito aos deveres das testemunhas (...) parece-nos que o suspeito ainda não arguido deve ser constituído arguido logo que das suas declarações resultem elementos para a sua incriminação (...) teria sido conveniente que o Código regulasse a situação processual do suspeito ainda não constituído arguido, por falta de indiciação suficiente*” (Germano Marques da Silva, 2013: 305 e 306).

O TEDH entende que o direito ao silêncio do arguido e o privilégio contra a autoincriminação são normativos internacionais reconhecidos e que estão subjacentes num processo equitativo.

Perante o exposto, concordamos com a decisão do tribunal de 1.^a Instância, na qual o TRE vem confirmar o mesmo, negando provimento ao recurso penal interposto pelo MP, sendo esta a opinião da maioria da jurisprudência.

4.3.2.2. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 04/06/2013

Matéria de facto: o arguido JR no dia 24 de maio de 2010, por volta das 15:52 circulava a uma velocidade de 140 Km, no IP2, tendo sido intercetado por dois militares da GNR, NF e JS, também eles arguidos no processo, que se encontravam de serviço nesse dia, em exercício de funções de fiscalização de trânsito.

Consta dos autos que quando o arguido foi intercetado pelos dois militares da GNR, estes informaram JR que tinha sido detetado a conduzir em excesso de velocidade e que por isso seria autuado pela respetiva contraordenação e que iria ficar inibido de conduzir.

Porém, NF e JS referiram ao arguido JR que se entregasse o montante de 100 Euros, a situação ficaria resolvida, o que de imediato o arguido JR concordou. No entanto, e visto que o arguido JR não tinha na sua posse o montante referido, os arguidos NF e JS indicaram qual a caixa ATM mais próxima.

Assim, o arguido JR levantou o referido montante e entregou aos arguidos NF e JS.

Em 27 de maio de 2011, o arguido JR volta a ser intercetado por três militares da GNR, DM, PA e VP, devido ao facto de conduzir em excesso de velocidade.

Nesta última interceção, o arguido JR refere aos militares da GNR, DM, PA e VP, que acerca de um ano atrás já tinha pago a dois guardas para não o autuarem.

Devido a estes factos, o arguido JR foi acusado de crime de corrupção ativa, previsto e punível pelo n.º 1 do artigo 374.º do CP e os arguidos NF e JS pelo crime de corrupção passiva para ato ilícito, previsto e punível pelo n.º 1 do artigo 373.^{o114} do CP.

Decisão de 1.^a Instância: o tribunal de 1.^a Instância não deu como provados os factos que referem que o arguido JR foi intercetado pelos arguidos e militares da GNR, NF e JS e que dessa interceção tenha resultado o pagamento do montante de 100 Euros aos referidos militares da GNR.

Desta forma, o tribunal de 1.^a Instância entendeu que as testemunhas de acusação, os militares da GNR, DM, PA e VP, não revelaram possuir conhecimento direto dos factos

¹¹⁴ Atualmente é o n.º 1 do artigo 372.º do CP, com a introdução da Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro.

constantes da acusação. Valorando o depoimento dos mesmos como uma reprodução das conversas informais, que não poderão ser valoradas em sede de audiência de julgamento.

Inconformada com a decisão do tribunal de 1.^a Instância, a Ex.ma Senhora Procuradora-Adjunta, interpôs recurso.

Decisão do TRE: o TRE decidiu aceitar o recurso penal, por considerar que não se trata de depoimento indireto, nem de conversas informais, *“mas sim de declarações do ora arguido – antes de ser constituído formalmente como arguido – percebidas diretamente pelos agentes policiais no momento da interceptação”*. Neste sentido, deveriam tais declarações serem valoradas como prova.

No que concerne às denominadas «conversas informais», coloca-se a questão de saber quais os efeitos que as referidas conversas poderão implicar no processo penal português.

No entanto, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, o que são «conversas informais».

A jurisprudência e a doutrina têm entendido que as conversas informais são meios fraudulentos que permitem a violação dos direitos que se pretende acautelar, nomeadamente as garantias de defesa do arguido. Estas conversas pressupõem uma fraude à Lei e ao Direito, sendo obrigação de qualquer tribunal impedir essa fraude à Lei.

As conversas informais são um expediente, utilizado algumas vezes pelos OPC's de forma contornar os formalismos legais exigidos e assim obter declarações que possam prejudicar o arguido. Desta forma, como refere o TRE *“o que se pretende é evitar que as forças policiais consigam introduzir em audiência de julgamento um elemento de prova cujo cumprimento normativo é inexistente e, conseqüentemente, cuja fiabilidade é patente”*.

O n.º 7 do artigo 357.º do CPP prevê que *“Os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer título, tiveram participado na sua recolha, não podem ser inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo daquelas”*. Esta disposição legal refere-se a declarações do arguido e pretende prevenir a utilização probatória indireta na audiência de julgamento de declarações que a lei não permite que sejam utilizadas.

As conversas informais não são reduzidas a auto, são declarações não formalizadas, que processualmente não existem.

Porém, a questão coloca-se em saber se as conversas informais abrangem as declarações que são prestadas antes ou depois da constituição de arguido. Em regra, as conversas informais ocorrem no posto policial ou até nos corredores do tribunal, depois do arguido ser constituído nessa qualidade.

Como já referimos anteriormente, a constituição de arguido, por vezes, é propositadamente atrasada, com o objetivo de recolher informações que possam ser utilizadas contra o «futuro» arguido no processo. Assim, parece-nos que tal como acontece com o direito ao silêncio do arguido, também a proibição de valoração das conversas informais prestadas pelo arguido, se aplica ao suspeito.

Neste sentido, somos da opinião que as conversas que são efetuadas entre os arguidos e os OPC's, no decurso de diligências de recolha prova, quando existem suspeitas sobre alguém e posteriormente são constituídos arguidos só após as ditas conversas informais, visam contornar a proibição prevista no n.º 7 do artigo 356.º do CPP.

Desta forma, quando o TRE diz que a questão coloca-se em saber se as declarações foram ou não prestadas antes da constituição de arguido, não é, na nossa opinião, a questão central do problema, mas sim se as referidas declarações do arguido JR, estão dentro do âmbito das conversas informais e se quando foram prestadas existiam indícios para que o arguido já fosse considerado suspeito.

As declarações que são prestadas pelo arguido JR, diretamente aos militares da GNR, aquando da operação de fiscalização, não se incluem na nossa opinião no âmbito das conversas informais. Estas declarações, assim como estabelece o referido acórdão, surgem quando o arguido é intercetado pela prática de uma contraordenação e não de um crime, logo não existiria sequer indícios que pudessem considerar o arguido JR como suspeito.

Neste caso, estamos perante uma mera denúncia de um crime para efeitos do artigo 241.º do CPP, no qual os militares da GNR prestaram depoimento direto.

Os soldados da GNR apenas se limitaram a reproduzir em audiência de julgamento a notícia do crime, ou seja, o que JR lhes dissera, tendo assim os militares conhecimento direto sobre os factos. Nestas circunstâncias, JR ainda não tinha sido constituído como arguido porque ainda não existia processo. Desta forma, concordamos com o TRE que entende que as declarações prestadas pelo arguido deveriam ter sido valorados no processo, assim como os testemunhos de DM, PA, e VP, militares da GNR, que efetivamente tiveram conhecimento direto dos factos.

Assim, perante o exposto podemos concluir que só as declarações que são prestadas pelo arguido, dentro dos formalismos exigidos para a realização de interrogatório, é que

poderão servir como meio de prova. Caso contrário, todas as declarações que o arguido preste fora do âmbito do interrogatório são consideradas «conversas informais».

No entanto, incluem-se também no âmbito das conversas informais as declarações que são prestadas pelos suspeitos aquando das diligências de recolha de prova, de acordo com os fundamentos acima invocados.

Neste sentido, parece-nos legítimo que estas conversas não sejam valoradas como meio de prova, quando o arguido se remete ao silêncio, para que o direito ao silêncio do arguido possa ser exercido na sua plenitude, sem restrições. Permitir que as declarações do arguido, prestadas no âmbito das conversas informais, de forma indireta e por interposta pessoa, sejam valoradas como meio de prova no processo penal, seria absolutamente limitador dos direitos de garantia de defesa dos arguidos, até porque não existe qualquer tipo de garantia sobre o modo e condições que essas declarações foram prestadas.

No mesmo sentido, estabelece o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão de 05/01/2005, que *“os princípios estruturantes do processo penal e, especialmente, os atinentes ao conteúdo essencial do direito de defesa, não permitem a descaracterização indirecta, medida por terceiros, do direito do arguido não responder a perguntas ou a não prestar declarações (artigo 61º, nº 1 e artigo 343º, nº 1 do CPP), enquanto tradução da garantia contra a autoincriminação (...), que significa que o acusado não pode ser constituído, contra a sua vontade, em fonte de prova contra si próprio, e que não pode ser compelido a testemunhar em seu desfavor”*.

4.3.2.3. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 09/02/2009

Matéria de facto: no dia 9 de abril de 2006, por volta das 0.30h, o arguido V, no bar X, foi agredido fisicamente por vários indivíduos. Na sequência dessa agressão o arguido V, na tentativa de perceber o porquê da agressão, juntou três amigos e percorreu, juntamente com os três amigos, as ruas de Viana do Castelo na tentativa de encontrar os agressores.

Ao percorrem as ruas encontraram J que ao vê-los tentou fugir. Porém, o arguido V e os seus acompanhantes conseguiram alcançá-lo, tendo desferido vários pontapés e socos a J. No decorrer da acusação, um dos acompanhantes de V, desferiu uma forte pancada sobre a cabeça de J, com uma chave de cruz.

Foi ainda subtraído a J as sapatilhas que calçava no valor de 25.00 Euros, um maço de tabaco no valor de 2.00 Euros e um montante em notas de 80.00 Euros.

No processo, V confessa quase a totalidade dos factos, apenas nega quanto à subtração das sapatilhas. Refere ainda a participação de M nos factos, apesar de esta versão não ser acompanhada por nenhuma das testemunhas ouvidas em julgamento.

O coarguido M não esteve presente em sede de audiência de julgamento.

Decisão da 1.^a Instância: o tribunal de 1.º Instância absolveu o arguido M (um acompanhante de V) em coautoria do crime de ofensa à integridade física qualificada, dado que as declarações prestadas pelo arguido V não foram valoradas no processo, com fundamento no n.º 4 do artigo 345.º do CPP. A decisão baseou-se no facto do coletivo de juízes entender que a expressão «declarante», prevista no n.º 4 do referido artigo, se refere ao coarguido prejudicado e não ao coarguido declarante.

Decisão do TRG: o TRG entende que a expressão «declarante», prevista no n.º 4 do artigo 345.º do CPP se aplica ao coarguido que presta as declarações, ou seja, ao arguido V e não para quem são dirigidas as declarações, isto é, ao coarguido prejudicado, neste caso em concreto ao M.

Por esta razão, as declarações prestadas pelo arguido V são um meio de prova admitido pelo artigo 125.º do CPP. No entanto, o TRG refere que o problema relacionado com este meio de prova se traduz na veracidade que estas declarações possam ter.

Neste sentido, cumpre dizer o seguinte:

As declarações prestadas pelos coarguidos são no processo penal português um meio de prova que levanta várias dúvidas quanto ao seu efeito probatório.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer o impedimento que se encontra previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 133.º do CPP. Prevê a alínea a) do referido artigo que estão impedidos de depor na qualidade de testemunhas “*O arguido e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem aquela qualidade*”.

Neste sentido, parece ser pacífico quer na jurisprudência, quer na doutrina que o arguido não poderá no mesmo processo ou em processo conexo adquirir a qualidade de testemunha e de arguido em simultâneo. Até porque as intervenções que fazem quer na qualidade de testemunha, quer na qualidade de arguido são incompatíveis, nomeadamente

quanto ao direito do arguido assistir à produção de toda prova, podendo participar na audiência sem prestar juramento¹¹⁵.

No entanto, apesar do arguido não poder assumir em simultâneo a qualidade de arguido e a qualidade de testemunha, o mesmo não significa que as declarações que este presta sobre factos que digam respeito a outros coarguidos não possam ser valoradas pelo tribunal.

Contudo, esta é uma questão que exige especial ponderação, na medida em que o arguido só responde se quiser, quando quiser e como quiser, optando, sempre que entender conveniente, por remeter-se ao silêncio.

O n.º 4 do artigo 345.º do CPP estabelece que *“não podem valer como meio de prova as declarações de um coarguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos do n.º 1 e 2”*.

Assim, como refere o acórdão do TRG, é nossa opinião que o n.º 4 do artigo 345.º do CPP se refere às declarações que são prestadas pelo arguido declarante, ou seja, aquele que presta declarações em prejuízo de outro coarguido. Neste sentido, esta norma legal proíbe que seja valorado como meio de prova as declarações de um coarguido em prejuízo de outro coarguido quando o que declara se recusa a responder às perguntas formuladas no n.º 1 e n.º 2 do artigo 345.º do CPP, isto é, quando se recusa a responder sobre a sua própria responsabilidade nos factos.

Tal situação parece-nos legítima, no sentido de que será incompatível no processo que um arguido que se remete ao silêncio, recusando-se a responder sobre qualquer dos factos que constam no processo, possa prestar declarações que prejudiquem outro coarguido. Assim, somos da opinião de que se algum dos coarguidos decide prestar declarações contra outro coarguido, deixará o coarguido, que presta declarações, de beneficiar do direito ao silêncio e deverá assim prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados.

Entendemos que quando um dos coarguidos se remete ao silêncio, esse silêncio deverá não só abranger as declarações dos factos que lhe são diretamente imputados, mas também todos os factos que possam prejudicar os restantes coarguidos no processo. Caso contrário, estaríamos a pôr em causa a estrutura do processo penal português, e consequentemente estaríamos perante uma violação do n.º 4 do artigo 345.º do CPP.

¹¹⁵ Porém, se houver uma separação dos processos, os arguidos que tenham participado no mesmo crime ou em crime conexo poderão depor como testemunhas, desde que expressamente consintam.

Contudo, esta não é uma posição unânime, quer na jurisprudência, quer na doutrina. Desta forma, e tendo em consideração as várias posições existentes no que se refere a esta matéria, parece-nos que a posição que melhor protege os direitos de defesa do arguido é a posição adotada por Medina de Seíça, referenciada no acórdão em análise.

Conforme o referido acórdão do TRG esta posição traduz-se no seguinte: *[apesar de o CPP não contemplar expressamente o meio de prova declarações de co-arguido, não se infere a impossibilidade de valoração probatória dessas declarações na parte em que se referem (ou também se referem) aos factos de outro arguido. A questão joga-se, não ao nível da admissibilidade ou possibilidade desta valoração, mas ao nível do critério da valoração, entendendo o autor, a este propósito, que “o conhecimento probatório do co-arguido só deverá servir de fundamento à decisão final a tomar em relação ao outro, caso esteja corroborado, ou seja, caso existam elementos oriundos de fontes probatórias distintas da declaração que, embora não se reportem directamente ao mesmo facto narrado na declaração, permitem concluir pela veracidade].*

Desta forma, tendo em consideração a possível veracidade que estas declarações possam ter, entendemos que a posição adotada pelo autor supracitado é a que melhor protege as garantias de defesa do arguido, no caso *sub judicio* do coarguido M.

Assim, no caso *sub judicio*, parece-nos que não existindo mais nenhum meio de prova que possa corroborar as declarações prestadas pelo arguido V, não poderão as mesmas, face à inexistência de mais meios de prova, servir como tal no processo.

Capítulo IV – Meios de obtenção de prova que coloquem em causa o direito ao silêncio do arguido.

5. Meios de obtenção de prova

Neste capítulo direcionado para os meios de obtenção de prova, vamos centrar a nossa análise nos principais meios de obtenção de prova que coloquem em causa as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio.

Neste sentido, e tendo em consideração que os principais meios de obtenção de prova que poderão originar uma violação do direito ao silêncio do arguido são os exames, as buscas domiciliárias e as escutas telefónicas, procuraremos estabelecer quais as situações, no que respeita a cada meio de obtenção de prova supracitado, que mais controvérsia geram na doutrina e na jurisprudência.

5.1. Exame

O meio de obtenção de prova «exame» encontra-se previsto no CPP nos artigos 171.º a 173.º. O exame tem como finalidade fixar documentalmente (ex. prova pericial) ou permitir a observação direta pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória. No entanto, não necessita que o autor do exame obtenha conhecimentos especiais, nomeadamente artísticos, científicos ou técnicos. Caso contrário, estaríamos perante o meio de prova «perícia», previsto nos artigos 151.º a 163.º do CPP.

O artigo 171.º do CPP estabelece quais os pressupostos para a realização do exame, quem tem legitimidade para ordenar o exame e quem o deve realizar. Os exames têm por objetos pessoas, lugares ou coisas.

Este meio de obtenção de prova é o mais problemático, nomeadamente no que concerne à possibilidade das pessoas serem submetidas a exame, até porque deverá haver sempre o respeito pela dignidade da pessoa. Esta situação divide a doutrina e a jurisprudência, no sentido de aferir qual a sua aplicabilidade no processo penal, bem como os limites que estão subjacentes a este meio de obtenção de prova.

De acordo com o n.º 1 do artigo 172.º do CPP, qualquer pessoa pode ser compelida, por autoridade judiciária, a sujeitar-se a exame. No entanto, a questão coloca-se em saber até que ponto poderá o arguido ser obrigado à realização do exame, quando sobre ele recai

direitos de garantia de defesa, nomeadamente o direito ao silêncio, corolário do direito a não produzir prova contra si próprio.

Assim, para melhor definirmos qual o âmbito de aplicação deste meio de obtenção prova e quais os seus limites constitucionais, iremos partir da análise de um acórdão do TRP de 19/10/2011.

Matéria de facto: o senhor A teve um acidente de viação, que se deveu ao facto de conduzir embriagado. Por não se encontrar em condições de se submeter ao exame de pesquisa de álcool no ar expirado, foi conduzido ao hospital São João do Porto, para fazer a colheita de amostra de sangue, na qual se verificou que tinha uma taxa de 2.56g/por litro de sangue, considerado crime de acordo com o CP.

Decisão do tribunal de 1ª Instância: O tribunal de 1º Instância condenou o senhor A pela prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, com base na amostra de sangue recolhida diretamente ao arguido no hospital.

Inconformado, o senhor A interpôs recurso da referida sentença. Alega que esta recolha de sangue, sem o seu consentimento é meio ilegal de prova, por violar a integridade física e moral do arguido, conforme o estabelecido no artigo 25.º da CRP, n.º 8 do artigo 32.º da CRP e o artigo 126.º do CPP, logo não pode ser valorada para formar a convicção do julgador¹¹⁶.

Decisão do Tribunal da Relação do Porto (TRP): o TRP mantém a decisão do Tribunal de 1º Instância.

O arguido alega que para ser proceder à recolha do exame sanguíneo era necessário o seu consentimento.

Neste sentido, o acórdão do TRP diz que, por não ser possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado e ter sido realizado a recolha de amostra de sangue para apuramento de eventual condução sob o estado de embriaguez, não viola a integridade física e moral do examinado, nem constitui violação do disposto no artigo 25.º e no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, bem como o artigo 126.º do CPP. Alega ainda que “ a

¹¹⁶ É ainda invocado pelo Senhor A no presente acórdão a questão da inconstitucionalidade orgânica do n.º 3 do artigo 152.º; n.º 8 do artigo 153.º e n.º 2 do artigo 156.º do Código da Estrada na decisão 275/2009. Porém, apenas nos iremos debruçar sobre a questão do obrigatoriedade do arguido se sujeitar a exame.

entender-se que a recolha de sangue humano, sem consentimento expresso ou presumido, para apurar se o condutor está sob a influência de álcool acima dos valores que são legalmente tolerados, é um meio de obtenção e de prova proibida e, por isso nula e não valorável em julgamento pelo julgador pra formar a sua convicção com vista a responder à meteria de facto, ou seja, para o efeito de saber se determinada pessoa estava a conduzir sob o efeito do álcool e em que quantidade, conduziria quase à inutilidade prática da incriminação penal, pois só os arguidos que dispusessem a consentir na recolha do sangue é que poderiam ser objeto de condenação.” Se fosse necessário o consentimento do arguido, diz o TRP, que tal colocaria em causa, outros bens jurídicos fundamentais, como a saúde, a integridade física, a vida e a segurança de pessoas e bens.

Desta forma, cumpre dizer o seguinte:

De acordo com o n.º 2 do artigo 18.º da CRP, a restrição de direitos fundamentais tem que respeitar o princípio da adequação (a restrição tem que ser mais eficaz para o fim a que se destina), da necessidade (a restrição tem que ser necessária para violar o direito, é o meio capaz para a busca da verdade material) e da proporcionalidade (nunca pode afetar o núcleo essencial do direito. O direito que estamos a proteger, tem que ser superior ou igual ao que estamos a restringir).

De acordo com o n.º 2 do artigo 172.º do CPP, as pessoas que não queiram sujeitar-se a exame, podem ser compelidas por decisão da autoridade judiciária competente. Contudo, a questão coloca-se quando essas pessoas são o arguido. Assim, poderá o arguido ser obrigado a sujeitar-se a exame?

A jurisprudência tem entendido que, quando se tratam de exames que pressupõem uma intervenção intracorporal (exemplo: recolha de amostra de sangue, recolha de urina e zaragatoa bucal) é necessário o consentimento do arguido e se tal não for, estamos perante um meio de obtenção de prova nulo e, conseqüentemente, uma prova proibida, que não pode ser valorada pelo juiz para formar a sua convicção, n.º 1 e n.º 2 do artigo 126.º do CPP – efeito da árvore envenenada.

Contudo, e apesar deste entendimento da jurisprudência, existe também uma boa parte da jurisprudência que considera que não é necessário o consentimento do arguido para se proceder à recolha da prova, seja ela intracorporal ou não.

Neste sentido, estabelece o acórdão do TRE de 11/10/2011, que o nosso ordenamento jurídico aceita que seja feito o exame com o uso da força, ou seja, é

obrigatório a sujeição a exame, assim como também é entendido na jurisprudência europeia.

Neste acórdão do TRE, faz-se referência a uma questão europeia, que se deveu à queixa n.º 20.872/92, que se traduz no seguinte: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendeu que a decisão de um diretor prisional, de sujeitar os detidos a exames à urina sob pena de penas disciplinares, era aceitável à luz da previsão do artigo 3.º da CEDH.

A decisão de submeter um detido à obrigação ocasional de realizar uma análise de urina não é um atentado particularmente grave à sua liberdade pessoal e que um tratamento apenas será degradante se humilhar grosseiramente um indivíduo perante outro ou agir contra a sua vontade ou consciência e provocar voluntariamente graves sofrimentos físicos ou morais¹¹⁷. Refere ainda o TRE, que um mau tratamento deve ter um mínimo de gravidade para cair sob a alçada do artigo 3.º, o que não é o caso de uma colheita de urina, assim, como uma colheita de sangue.

Numa análise à luz do artigo 8.º da CEDH, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem conclui que um atentado à integridade física de um cidadão, mesmo que de importância mínima, deve ser considerado uma ingerência na sua vida privada para os efeitos do n.º 1 do artigo 8.º e que uma colheita de urina feita sob pena de uma sanção constitui uma tal ingerência, mas que é justificada à luz da previsão do n.º 2 do mesmo preceito, seguindo um objetivo legítimo e necessário numa sociedade democrática.

O TRE menciona ainda que, *“a noção de necessidade implica uma ingerência fundada sobre uma necessidade social imperiosa, reconhecendo-se aos estados uma margem de apreciação sobre a noção de necessidade de ingerência numa sociedade democrática.*

Na nossa opinião, o que aqui está em causa é a possível violação dos direitos fundamentais consagrados no artigo 25.º e no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, assim como o

¹¹⁷A proibição da tortura é uma proibição absoluta, consagrada em vários diplomas constitucionais, nomeadamente no PIDCP, na CEDH e na DUDH. No entanto, o seu conceito está consagrado no artigo 1.º da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Trata-se de um conceito impreciso. Porém, ao longo dos tempos, a Comissão dos Direitos do Homem *“tem procurado superar esta lacuna, através da apreciação de inúmeros casos de tratamentos desumanos e degradantes, considerando, como tal, os maus tratamentos infligidos aos prisioneiros, os interrogatórios muito prolongados, as brutalidades cometidas pelas forças policiais durante a prisão de um suspeito”* (Ana Maria Guerra Martins, 2006: 152).

artigo 126.º do CPP. O artigo 25.º da CRP diz-nos que o direito à integridade física é inviolável e o n.º 8 do artigo 32.º da CRP refere que são nulas as provas obtidas mediante tortura ou ofensa à integridade física, bem como no n.º 1 e n.º 2 do artigo 126.º do CPP.

Porém, se o arguido pode ser compelido a realizar os referidos exames intracorporais, e se este não colaborar na sua realização, o mesmo terá que ser realizado através do uso da força e, nestas circunstâncias estaremos perante uma violação destes direitos fundamentais.

Deste modo, e de acordo o n.º e n.º 2 do artigo 126.º, estamos perante um meio de obtenção de prova absolutamente proibido. Desta forma, mesmo que o arguido dê o consentimento e haja ofensa à integridade física, estes meios de obtenção de prova são nulos, não podendo serem valorados em sede de julgamento.

Consideramos também que se fosse realmente possível o arguido ser compelido a sujeitar-se à realização dos denominados exames intracorporais, estaríamos a por em causa o princípio do *nemo tenetur ipsum accusare*, que refere que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio, porque sobre ele recai a presunção de inocência. Desta forma, concordamos com a jurisprudência que entende que quando se trata de um exame intracorporal é realmente necessário o consentimento do arguido, de forma a que não sejam violados os direitos fundamentais de defesa do arguido.

No entanto, se mesmo assim se proceder à realização dos exames intracorporais, estamos perante uma prova proibida que não poderá ser utilizada no processo.

Porém, o TC estabeleceu no acórdão n.º 155/2007 e no acórdão n.º 228/2007 que a CRP não proíbe em absoluto a recolha coativa de material biológico de um arguido, designadamente a saliva, através da zaragatoa bucal, permitindo a sua valoração no processo criminal, desde que autorizada por decisão judicial. Refere ainda o TC que “*essa recolha corresponde a qualquer violação do privilégio contra a autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare), o qual se encontra consagrado nos artigos 2.º, 26.º, 32.º, n.º 2 e 4 da Constituição*”¹¹⁸.

Existem alguns autores, como Costa de Andrade, que defendem o direito de necessidade em casos específicos e excepcionais, quando se justifique para prevenção de perigos, ou quando estamos perante o único meio de prova.

¹¹⁸ Acórdão n.º 155/2007 do TC.

Na nossa opinião esta é uma posição controversa. A CRP e o CPP referem expressamente que as provas obtidas mediante ofensa à integridade física ou obtidas mediante tortura são nulas, não comportando qualquer valor probatório para o processo.

Assim, não conseguimos entender qual a justificação constitucional que permita que se possa utilizar um meio de obtenção de prova que ofenda a integridade física do arguido e conseqüentemente possa, esse meio de obtenção de prova, ser valorado no processo criminal.

No caso sub judicio até poderíamos estender que estávamos perante um caso desses, dado que neste tipo de crimes dificilmente teremos outro meio de obtenção de prova que possa provar que efetivamente o arguido conduzia ou não sob o estado de embriaguez, sendo a realização do exame sanguíneo, por vezes, a única forma de descobrir a verdade material.

Como estabelece o próprio acórdão, por um lado temos os direitos de personalidade e de não autoincriminação do arguido e, por outro lado, temos o dever fundamental do Estado em garantir a todos os cidadãos a segurança rodoviária, para que se consiga salvaguardar a integridade física, na qual se inclui o bem jurídico supremo que é a vida das pessoas. Este bem jurídico é colocado em perigo se alguém conduzir sob a influência do álcool. Assim, poderá existir por parte do Estado uma impotência para governar a vida em sociedade.

No entanto, no que se refere ao caso em apreço, e visto que o arguido se encontrava inconsciente aquando da realização do exame sanguíneo, parece-nos que nesta situação não houve o recurso à força para a realização do exame e, por isso, não consideramos que se incluía nas situações previstas no n.º 2 do artigo 126.º do CPP. Desta forma, poderia este meio de obtenção de prova ser valorado no processo.

Perante o exposto, concluímos que, de uma forma geral, devemos proceder ao meio de prova que seja menos ofensivo para os direitos fundamentais do arguido, tendo sempre em consideração as proibições de prova inerentes aos meios de obtenção de prova.

No entanto, salientamos que quando a utilização do meio de obtenção de prova comporta uma violação da integridade física do arguido, conforme o n.º 2 do artigo 126.º do CPP, estaremos perante um meio de obtenção de prova que não poderá ser valorado no processo, independentemente se é o único meio de obtenção de prova capaz para a descoberta da verdade material.

5.2. Buscas domiciliárias

O CPP regula no artigo 174.º a 177.º do CPP o regime aplicável às «revistas e buscas», caracterizando-as como meios de obtenção de prova.

Antes de nos debruçarmos essencialmente sobre as buscas domiciliárias, importa estabelecer qual a diferença entre «buscas» e «revistas». E, neste sentido, cumpre dizer que a principal distinção entre elas é o facto de as «revistas» se destinarem às pessoas, enquanto que as «buscas» se destinam aos lugares.

Com efeito, estabelece o n.º 1 do artigo 174.º do CPP que “*Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada revista*”¹¹⁹, pelo contrário estabelece o n.º 2 do artigo 174.º do CPP que “*Quando houver indícios de que os objetos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca*”.

Em regra, as buscas, assim como as revistas são ordenadas, de acordo com o n.º 3 do artigo 174.º do CPP, por despacho de autoridade judiciária competente, estando este despacho sujeito a um prazo máximo de validade de 30 dias, sob pena de nulidade.

Porém, não é exigível que sejam ordenadas as revistas e buscas por despacho de autoridade judiciária competente nos casos previstos no n.º 5¹²⁰ do artigo 174.º do CPP.

Assim, quando é efetuada uma busca não domiciliária, a mesma deverá ser autorizada ou ordenada pela autoridade competente, ou seja, deverá ser ordenada ou autorizada pelo MP, na fase de inquérito, ou pelo juiz de instrução de estivermos na fase de instrução.

Já no que concerne aos formalismos exigidos para que se possa proceder a uma busca domiciliária são, em comparação com as buscas não domiciliárias, mais restritos.

¹¹⁹ As revistas causam várias divergências na doutrina e na jurisprudência, no que respeita à «obrigação» de estas deverem ser feitas de maneira a não ofender o pudor das pessoas revistas. Porém, este é um assunto que não iremos abordar na presente dissertação, ficando para análise noutra oportunidade futura.

¹²⁰ Estabelece o n.º 5 do artigo 174.º do CPP que “*Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efetuadas por órgão de polícia criminal nos casos: a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundado indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) Em que os visados consistam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão*”.

Desde logo, porque as buscas domiciliárias terão que ser ordenadas por autoridade judicial competente, por imposição do n.º 2¹²¹ do artigo 34.º da CRP, isto é, podem ser ordenadas pelo juiz e pelo MP e podem ser efetuadas por OPC's.

Conforme o estabelecido no n.º 1 do artigo 177.º do CPP, as buscas domiciliárias são, em regra efetuadas entre as 7 horas e as 21 horas. Contudo, as mesmas poderão ser efetuadas, nos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo, entre as 21 horas e as 7 horas.

Assim, serão ordenadas pelo juiz nos casos previstos no n.º 2 do artigo 177.º do CPP, ou seja, quando estejamos perante situações de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; quando haja consentimento do visado e estando esse consentimento demonstrado por qualquer forma e nos casos de flagrante delito quando o crime seja punível com pena de prisão superior, no máximo, a 3 anos. Esta situação encontra-se prevista no n.º 3¹²² do artigo 34.º da CRP, ao restringir ao máximo as buscas domiciliárias que poderão ser efetuadas durante a noite, isto é, entre as 21 horas e as 7 horas.

No entanto, poderão as buscas domiciliárias, como já foi referido, serem ordenadas pelo MP e efetuadas pelos OPC's, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 177.º do CPP.

Desta forma, o MP poderá ordenar buscas domiciliárias, entre as 7 horas e as 21 horas, nos casos previstos no n.º 5¹²³ do artigo 174.º do CPP e poderá ainda ordenar buscas domiciliárias entre as 7 horas e as 21 horas nos casos em que o visado preste consentimento, sendo necessário esse consentimento estar documentado de qualquer forma, e nos casos em que haja flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos¹²⁴.

¹²¹ Estabelece o n.º 2 do artigo 34.º da CRP que “*A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judiciária competente, nos caso e segundo as formas previstas na lei*”.

¹²² Prevê o n.º 3 do artigo 34.º da CRP que “*Ninguém pode estar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei*”.

¹²³ Ver nota de rodapé n.º 121.

¹²⁴ No entanto, quando a busca domiciliária é efetuada por OPC sem o consentimento do visado e fora dos casos de flagrante delito, deverá a referida busca ser imediatamente comunicada ao juiz de instrução, para que este a possa validar, sob pena de estarmos perante uma nulidade, conforme o estabelecido no n.º 6 do artigo 174.º do CPP, por remissão do n.º 4 do artigo 177.º do mesmo diploma legal. O consentimento que aqui se reporta terá que ser dado por quem seja visado com a diligência e seja titular do direito à inviolabilidade do domicílio, não bastando a mera disponibilidade do lugar da habitação.

Entende-se qual o fundamento destas restrições, no que se refere às buscas domiciliárias, pelo facto do domicílio corresponder à habitação enquanto projeção espacial da pessoa e enquanto instrumento necessário de uma completa manifestação da liberdade individual.

Porém, para efeitos de buscas domiciliárias, deveremos considerar um conceito mais amplo de domicílio. Assim, para além do conceito tradicional de domicílio que se traduz no lugar em que as pessoas coabitam enquanto família, deveremos considerar que domicílio também poderá ser uma tenda de um cigano, assim como as caravanas.

Neste sentido, estabelece o Tribunal da Relação de Évora¹²⁵ que *“deve ser havida como sua residência a tenda de um cigano na qual esteja a viver com a companheira e os filhos e onde tenha pertences domésticos e roupas”*. Estabeleceu também o TC que as caravanas pertencentes aos nómadas, mesmo em andamento ou sem gente dentro delas, são consideradas a habitação dos nómadas e, por isso, não podem deixar de ser consideradas para efeitos de aplicação do artigo 34.º da CRP e do artigo 177.º do CPP.

Com efeito, conclui-se que, para que haja lugar a buscas domiciliárias, é imprescindível que os pressupostos das buscas, em geral, estejam verificados, assim como que sejam cumpridos os formalismos exigidos no artigo 177.º do CPP.

5.2.1. Apreensões resultantes das buscas domiciliárias

Das buscas domiciliárias resultam, em regra, vários tipos de apreensões, sendo esse o principal objetivo das buscas domiciliárias.

As apreensões são consideradas como um meio de obtenção de prova, previsto no artigo 178.º a 187.º do CPP, no qual consta no n.º 1 do artigo 178.º do CPP que *“São apreendidos os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir a prova”*.

No que concerne às apreensões que resultam das buscas domiciliárias, a problemática centra-se quando das buscas domiciliárias resultam as apreensões dos denominados «diários íntimos», ou seja, qual o valor probatório que os referidos diários têm no processo penal português.

¹²⁵ Acórdão de 04/07/95.

Antes nos debruçarmos sobre a problemática existente em volta dos diários íntimos, cumpre em primeira análise definir o que são diários íntimos.

É unânime que “diário íntimo” é a transcrição de um monólogo interior de quem o escreve, tratando-se duma materialização do pensamento, referente ao seu *forum internum*. Essa materialização pode manifestar-se em caracteres escritos ou em imagens.

Os referidos caracteres podem assumir a forma de meras reflexões, que pertencem ao núcleo mais restrito da intimidade, ou a descrição fáctica. E é neste ponto que a questão de valoração se coloca, na eventualidade dos referidos diários conterem a descrição de factos que poderão consubstanciar um crime.

É indiferente a forma como o diário íntimo se assume. Podemos estar perante um mero amontoado de folhas atadas ou até mesmo soltas, folhas escondidas em livros ou em agendas. Assim, não importa a forma como é apresentado o diário íntimo, mas sim o seu conteúdo, o seu *forum internum* que consta do referido diário.

Neste sentido, os problemas que estes diários assumem no processo penal prendem-se com as proibições de prova.

Se o diário foi apreendido ou obtido perante uma violação do artigo 126.º do CPP, estamos perante uma proibição de produção de prova e consequentemente uma proibição de valoração de prova.

No entanto, a questão que aqui essencialmente nos interessa centra-se nas apreensões feitas aos diários íntimos, apreensões essas que respeitaram as normas de aquisição probatória, e que poderão ou não ser valoradas no processo como meio de prova.

De referir que esta problemática encontra-se subjacente no direito germânico, em pelo menos dois casos que foram tratados pelo Tribunal Federal Alemão (BGH), que dá origem à teoria defendida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (BverfG)¹²⁶.

Nos EUA, não se coloca o problema da valoração da prova, quando as provas foram obtidas legalmente, ou seja, sempre que um diário íntimo seja legalmente obtido poderá o seu conteúdo ser valorado no processo como meio de prova. Assim sendo, só perante uma violação das normas que regulam a obtenção de prova é que poderão originar uma proibição de valoração.

¹²⁶ No primeiro caso a jurisprudência alemã considerou que para se valorar o conteúdo de um diário íntimo era necessário que o interesse do Estado, na punição dos crimes em causa, fosse superior ao direito à reserva da intimidade da vida privada. No segundo caso, o tribunal judicial entendeu que à intimidade tem como limites o atentado contra bens jurídicos alheios de superior relevância.

O BverfG estabelece três esferas dos direitos fundamentais que estão subjacentes à valoração dos diários íntimos no processo. Desta forma, temos na primeira esfera a vida íntima, que se traduz no núcleo essencial e intangível da pessoa, que se encontra protegido de quaisquer intromissões. A segunda esfera centra-se na esfera da vida privada que admite restrições, quando verificado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Por fim, define o BverfG, a esfera relacional, a vida social, que permite uma maior violação, quando essa violação aparece como socialmente adequada.

Esta questão dos diários íntimos ganhou nova força aquando do processo mediático, denominado «CASA PIA», mais precisamente no que respeita ao arguido Jorge Ritto, com base numa decisão interlocutória que ordenava a prisão preventiva de Jorge Ritto, tendo essa decisão sido fundamentada na valoração de diários encontrados na casa do referido arguido. Esses diários foram encontrados através de uma busca legalmente efetuada.

Com efeito, pronunciou-se o TC no acórdão n.º 607/2003, no sentido de considerar como não sendo admissível a valoração no processo do material probatório em causa, invocando o respeito pelo núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no artigo 26.º da CRP.

A questão suscitada neste acórdão refere-se à constitucionalidade das normas constantes do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 126.º do CPP, na medida em que violaria o disposto no artigo 1.º; no n.º 1 do artigo 13.º; do artigo 25.º; e no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, quando interpretada no sentido de não consagrar a ilicitude de valoração, como meio de prova da existência de indícios de factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido, para a aplicação da medida de coação de prisão preventiva, dos diários apreendidos ao recorrente, em busca domiciliária judicialmente decretada, e cuja legalidade formal ou procedimental não é posta em causa.

Este meio de prova, no caso *sub judicio*, foi obtido lícitamente. Porém, este meio de prova não será suscetível de entrar em conflito com os direitos fundamentais do arguido?

Como já foi referido, a CRP consagra um amplo catálogo dos direitos fundamentais. Desta forma, estabelece o n.º 8 do artigo 32.º da CRP que as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada ou no domicílio são nulas, não obstante de a CRP permitir, em determinadas circunstâncias, a intromissão na vida privada e no domicílio, por parte das autoridades judiciárias.

No entanto, as restrições previstas na CRP terão que respeitar sempre os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade, previstos no artigo 18.º da CRP,

dado que a CRP define qual o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o legislador ordinário tem como função definir quais são as áreas de intervenção não abusivas, para que se consiga alcançar um equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse punitivo do Estado.

Neste sentido, refere José Carlos Vieira de Andrade que *“exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja adequado e necessário à salvaguarda dos outros. (...) e aqui estamos perante uma ideia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão no caso (“a preferência concreta”) se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso nessa situação”*¹²⁷.

Uma das questões que se coloca com a valoração dos diários íntimos como meio de prova é se esta valoração não violará o núcleo essencial do direito fundamental da reserva da intimidade da vida privada, consagrado no artigo 26.º da CRP.

É unânime na doutrina e na jurisprudência que as reflexões, pensamentos, impressões, angústias, emoções e tudo o que exprima vivências puramente pessoais fazem parte do núcleo essencial deste direito fundamental, não podendo assim serem valorados como prova¹²⁸. Apenas o conteúdo que esteja diretamente ligado aos factos imputados ao arguido, nomeadamente os que contenha descrições sobre os factos que lhe são imputados e que afetem a esfera de terceiros ou da comunidade, é que poderão estar fora do núcleo essencial do referido direito fundamental e consequentemente serem valorados como meio de prova.

Contudo, esta não é uma situação pacífica, quer para a jurisprudência, quer para a doutrina, já que existe uma boa parte da doutrina e da jurisprudência a entender que deverá ser alargado a âmbito do núcleo essencial do direito fundamental constante do artigo 26.º da CRP.

Como já foi referido, o privilégio contra a autoincriminação está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, à liberdade de ação e à presunção de inocência que recai sobre o arguido, proibindo que o arguido possa ser utilizado como objeto de prova.

¹²⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, em *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, página 326.

¹²⁸ Esta situação leva a uma questão controversa, porque, na maioria dos casos, estas vivências puramente pessoais, que são expressas nos diários, não contêm matéria penalmente relevante, ou seja, probatoriamente são irrelevantes, por isso, há quem defenda que o núcleo essencial deste direito deve ser alargado.

Desta forma, outra das questões fundamentais que se coloca com a possível valoração dos diários íntimos como meio de prova traduz-se em saber se tal valoração não colide com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o privilégio contra a autoincriminação.

Será que a valoração dos diários íntimos como meio de prova se encontra no âmbito de proteção deste princípio? Será que ao permitirmos que eles possam ser valorados no processo não estamos a permitir que o arguido contribua para a sua própria incriminação?

O n.º 3 do artigo 126.º do CPP estabelece que as provas são nulas quando obtidas mediante intromissão na vida privada e no domicílio, sem o consentimento do respetivo titular.

A jurisprudência alemã entende que a admissibilidade de valoração do diário íntimo como prova dependerá sempre do conteúdo do referido diário, entendendo-se que quando nele se encontrem planeamentos de crimes ou descrição de crimes consumados, não se reconhece a existência de uma esfera de privacidade digna de tutela. É ainda entendimento de Schafer que o conteúdo do diário íntimo deve ser valorado quando o este é o único meio de prova que possa inocentar uma pessoa de uma acusação grave ou condenar o arguido sobre uma suspeita fundada de ataque grave, como por exemplo crime contra a vida ou integridade física de outrem; atentado contra os fundamentos existenciais da ordenação livre e democrática da sociedade ou agressões a bens jurídicos de idêntico valor.

Neste sentido, para a jurisprudência alemã, é possível valorar o conteúdo dos diários íntimos, quando desse conteúdo resulte informação direta dos factos que são imputados ao arguido, que afetem a esfera de terceiros e que o bem jurídico que se pretende proteger seja superior ao direito à reserva da intimidade da vida privada.

No entanto, defende a jurisprudência alemã que se deve ponderar se a intervenção na vida privada é necessária e adequada aos objetivos de justiça e de verdade no processo criminal.

Em regra, o processo penal português tem adotado a jurisprudência alemã, no sentido de a admissibilidade de valoração do diário íntimo como meio de prova, porém dependerá sempre do seu conteúdo. Assim, sempre que do seu conteúdo resulte planeamento de crimes ou descrições de crimes consumados, não se reconhece a existência de uma esfera de privacidade digna de tutela.

Tal posição adotada no processo penal português merece a nossa aprovação. No entanto, entendemos que a valoração probatória do material recolhido apenas deverá ser permitida, quando haja um critério de ponderação, ou seja, terá que haver um balanço entre a tutela da intimidade e o interesse público na realização da justiça. Desta forma, terá que

haver o respeito pelos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da adequação, tendo sempre em consideração a gravidade da natureza do crime, o conteúdo dos diários, bem como os bens jurídicos em causa e a proteção das vítimas.

Desta forma, tal como estabelece a jurisprudência alemã, este critério de ponderação não poderá ser legítimo, mesmo que estejamos perante criminalidade grave, quando em causa esteja o núcleo intangível da privacidade, ao abrigo da dignidade da pessoa humana, devido ao facto do valor inultrapassável do Estado de Direito Democrático.

Com efeito, no que concerne ao privilégio da não autoincriminação, parece-nos que a valoração do conteúdo dos diários íntimos, nos termos acima enunciados, não colide com o privilégio. No sentido de que o arguido não está a proceder no decorrer do processo a nenhuma atividade que possibilite contribuir para sua incriminação, pois trata-se de um meio de prova que chega ao conhecimento das autoridades judiciárias através de meios de obtenção de prova realizados legalmente.

5.3. Escutas telefónicas

As escutas telefónicas são meios de obtenção de prova previstas no CPP nos artigos 187.º a 190.º do CPP. Estas normas legais regulam a interceção e a gravação de conversações ou comunicações transmitidas pelo telefone, assim como outros meios análogos, nomeadamente correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática e à interceção das comunicações entre presentes, de acordo com o artigo 189.º do CPP.

De acordo com o artigo 187.º do CPP, as interceções e a gravação destas comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas durante o inquérito, por despacho do juiz de instrução, e mediante requerimento do MP, mas apenas quando haja razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, se utilizado outra forma, impossível ou muito difícil de obter. Porém, tal disposição aplica-se apenas aos crimes puníveis com pena de prisão superior, no máximo até três anos, relativos ao tráfico de estupefacientes; de detenção de arma proibida e de tráfico de armas; de contrabando; de injúria; de ameaça; de coação; de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através de telefone; de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação e sinais de perigo; ou de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos anteriormente.

As escutas telefónicas são caracterizadas pela sua excecionalidade, podendo apenas serem utilizadas mediante o respeito da CRP. A CRP permite que sejam utilizadas escutas telefónicas, mas tendo sempre em consideração os limites da intervenção. Este carácter excecional das escutas telefónicas deriva do direito internacional, do direito europeu e do nosso direito interno. Estas fontes de direito, ao reforçar a proteção dos direitos fundamentais que são afetados pelas escutas telefónicas, impõem que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade.

Neste sentido, para que haja escutas telefónicas o processo penal português exige que já esteja a decorrer um processo, mesmo que seja contra incertos, sendo esta dependência uma exigência constitucional, prevista no n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Deste modo, quando já está a decorrer um processo pode-se proceder, desde que cumpridos os requisitos legais, à utilização do meio de obtenção de prova – escutas telefónicas.

Porém, importa salientar que a lei exige que o interesse seja de grande importância para descoberta da verdade. Assim, parece que a restrição legal prevista no referido artigo não permite que seja legítimo ordenar escutas telefónicas nos casos em que se podem obter os mesmos resultados por outros meios de obtenção de prova que sejam menos “invasivos” dos direitos fundamentais¹²⁹. No entanto, é ainda necessário que a escuta telefónica revele ser um meio adequado para obter o resultado pretendido, ou seja, trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, a regra será a proteção e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias. Assim, os referidos direitos só poderão ser restringidos na esteira da proteção de outros direitos fundamentais.

Questão pertinente é saber sobre quem pode recair uma escuta telefónica. Neste sentido, o n.º 4 do artigo 187.º do CPP estabelece que a interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas sejam ordenadas contra o suspeito ou arguido¹³⁰. Esta disposição legal foi alterada pela Lei n.º 48/2007, cuja redação anterior considerava que as escutas telefónicas poderiam ser autorizadas a qualquer pessoa. No

¹²⁹MANUEL COSTA ANDRADE, *As proibições de prova no processo penal*, p.291.

¹³⁰Esta norma legal prevê que também sejam ordenadas as escutas telefónicas, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, bem como a pessoa vítima de crime, mediante o respetivo consentimento, efetivo ou presumido. No entanto, na presente tese apenas nos iremos focar nas escutas ordenadas ao arguido ou ao suspeito.

entanto, devido ao processo «Casa Pia», em que foram feitas gravações a pessoas pertencentes à política, houve necessidade de se proceder à alteração desta norma legal.

Dos elementos que são recolhidos das escutas telefónicas, o juiz e o MP, auxiliados pelos OPC's, escolhem quais os que entenderem serem mais relevantes para a prova e ordena a sua transcrição em auto e junção ao processo, conforme o previsto no artigo 188.º do CPP. O auto de transcrição é o meio de prova com maior relevância obtido com a escuta telefónica. No entanto, este meio de prova poderá ainda dar origem a outros meios de prova, tais como testemunhas, documentos e etc..

A problemática em volta deste meio de obtenção de prova, centra-se em saber como poderá a escuta telefónica ser ordenada ao arguido e não colidir com as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio, corolário do direito a não produzir prova contra si próprio.

Os direitos fundamentais que essencialmente são afetados com as escutas telefónicas são a reserva da vida privada; a inviolabilidade ou sigilo das comunicações; o direito à palavra falada; a liberdade de expressão; o direito ao bom-nome e o próprio direito à imagem.

A salvaguarda destes direitos fundamentais encontra-se prevista em diversos diplomas internacionais, tais como na DUDH, no artigo 12.º; no artigo 8.º da CEDH; no PDCP, no artigo 17.º; a CDFUE (carta dos direitos fundamentais da União Europeia), no artigo 7.º, bem como na Convenção de Palermo, n.º 2 do artigo 19.º.

No que concerne ao nosso direito interno, o n.º 4 do artigo 34.º da CRP estabelece que *“o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis, sendo proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”*. O n.º 8 do artigo 32.º da CRP transposto para a lei ordinária através do artigo 126.º do CPP, também salvaguarda os referidos direitos fundamentais.

5.3.1. Admissibilidade das escutas telefónicas

Após fazermos uma breve referência sobre quem recai a autorização das escutas telefónicas e sobre quem pode ser ordenada, bem como aos requisitos e limites subjacentes a este meio de obtenção de prova, iremos abordar mais exhaustivamente os princípios constitucionais inerentes a este meio de obtenção de prova, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, da adequação e da necessidade.

Neste sentido importa dizer o seguinte:

A CRP apenas permite que os direitos fundamentais, subjacentes às escutas telefônicas, sejam limitados no âmbito de um processo criminal e que haja a intervenção de um juiz. Contudo, a intervenção de um juiz não é suficiente para garantir que esses direitos fundamentais sejam respeitados, tornando-se assim essencial que a lei defina pressupostos materiais e formais dessa intervenção.

A CRP estabelece no n.º 2 do artigo 18.º a possibilidade de se proceder à restrição dos direitos, liberdades e garantias. No entanto, esta restrição tem que limitar-se ao estreitamento necessário, no sentido de salvaguardar outros direitos fundamentais, não podendo essa restrição levar à destruição do direito fundamental em causa.

Conforme o previsto no n.º 4 do artigo 34.º e no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, as escutas telefônicas são em princípio proibidas. Porém, através do n.º 2 do artigo 18.º da CRP é permitido a sua utilização no processo criminal, com base no princípio da investigação e da melhor verdade material.

Os direitos fundamentais que referimos, como os que são restringidos pela utilização das escutas telefônicas, assumem a qualidade de bens jurídicos-penais, dado que se os mesmos forem restringidos fora das condições previstas constitucionalmente e na lei processual penal, dão origem à prática de ilícitos criminais, previstos no n.º 2 do artigo 194.º; artigo 199.º; artigo 384.º e artigo 276.º do CP.

Como já foi referido anteriormente, o artigo 32.º da CRP estabelece as garantias fundamentais dos cidadãos em sede de processo criminal, assegurando todas as garantias dos arguidos. Desta forma, associado à descoberta material está a proteção dos direitos de defesa do arguido. Contudo, tais direitos de defesa do arguido não podem ser utilizados de forma a paralisar a realização da justiça.

As escutas telefônicas afetam as garantias de defesa do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio, corolário do direito a não produzir prova contra si próprio.

Sobre o arguido recai o direito de este não contribuir para sua condenação, assim, só podem valorar as provas que são produzidas pelo arguido, se o arguido consentir em fazê-lo.

Porém, no momento em que está a decorrer a escuta telefónica o arguido ou suspeito desconhece que está sobre escuta e as suas conversas gravadas podem vir a fazer prova num processo criminal, havendo assim uma falsa representação da realidade. O arguido encontra-se em erro.

Desta forma, as escutas telefónicas são um meio oculto, estando o arguido a produzir prova contra si próprio, subtraindo-lhe assim uma garantia constitucional. Neste sentido, entendemos que se deverá interpretar restritivamente o regime jurídico das escutas telefónicas, de modo a serem utilizadas em última *ratio*.

No âmbito das escutas telefónicas, o princípio da proporcionalidade exige que a infração seja grave ou que haja uma elevada relevância social do bem jurídico que se quer proteger, sendo aferido através da ponderação dos interesses em jogo na investigação criminal.

Resulta do artigo 187.º do CPP que a escuta telefónica deverá ser autorizada para investigar crimes com pena superior a três anos. No entanto, refere Ana Raquel Conceição que *“esta é uma moldura penal que funciona como critério de distinção entre a pequena e a grande criminalidade, porém, entendemos que tal limite deveria ser elevado para cinco anos, pois assim, reforçar-se-ia o carácter excepcional da escuta telefónica, fazendo com que esta opere, efectivamente, na investigação da grande criminalidade”* (Ana Raquel Conceição, 2009: 85).

Assim, como refere Ana Raquel Conceição, somos da opinião que não poderá, por si só, o alarme social causado com a prática do crime e a revolta que isso poderá causar, permitir que o legislador utilize expedientes processuais fora dos limites legais¹³¹, sendo tal situação que nos caracteriza como membros de um estado social de direito.

Não é suficiente para a realização das escutas telefónicas que haja suspeita de crime de grave, é ainda necessário que seja com a escuta telefónica que se consiga obter o fim pretendido, ou seja, a descoberta da verdade material. Porém, a gravidade que é exigida pelo princípio da proporcionalidade é apenas aferida no momento que se decide utilizar o meio de obtenção de prova - escutas telefónicas, de forma a que se posteriormente existir qualificação jurídica diversa, esta seja irrelevante, não se podendo assim dizer que a escuta é desproporcionada. No entanto, se posteriormente se verificar que não existe gravidade no ilícito, as escutas telefónicas não poderão ser utilizadas no processo, abrindo assim o caminho, a partir desse momento, para se invocar a ilegitimidade da escuta telefónica.

Com efeito, é ainda necessário, para se utilizar as escutas telefónicas como meio de prova, que haja uma sobreposição do interesse público em relação aos direitos

¹³¹ A doutrina espanhola entende que pode utilizar-se escutas telefónicas para investigar crimes menos graves, desde que haja um levado alarme social.

fundamentais que aí estão subjacentes, bem como que essa sobreposição do interesse público seja essencial para a descoberta da verdade material.

O princípio da adequação refere-nos ainda que a utilização das escutas telefónicas tem que ser adequada ao fim a que se destina a escuta telefónica. Com efeito, terá que haver uma segurança de que a escuta telefónica vai permitir que se recolham as provas pretendidas aquando da ordenação das referidas escutas, ou seja, haverá mais vantagens para a descoberta da verdade material do que prejuízos para os direitos fundamentais que foram restringidos.

Por último, está ainda subjacente a este meio de obtenção de prova, o princípio da necessidade. Tal princípio exige que os resultados probatórios, que serão obtidos com a utilização das escutas telefónicas, não poderão ser obtidos por meios de obtenção de prova menos invasivos dos direitos fundamentais. Desta forma, este meio de obtenção de prova só poderá ser utilizado quando os outros meios de obtenção de prova se mostrem inadequados para a descoberta da verdade material.

Perante o supra exposto, somos da opinião de que só com o respeito pelos princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade é que se poderá validar este meio de obtenção de prova no processo criminal, porque só o respeito por estes princípios constitucionais é que poderão garantir efetivamente que as garantias de defesa do arguido sejam restringidas apenas nas situações constitucionalmente previstas. Caso contrário, estaremos a realizar escutas telefónicas ilegais, em violação das normas constitucionais e fora dos limites impostos pelo artigo 187.º do CPP.

6. Conclusão

Perante a análise efetuada no decorrer da presente dissertação, podemos concluir que o direito ao silêncio e o privilégio contra a não autoincriminação se traduz na diretiva de o arguido não ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, tendo o direito de não fornecer quaisquer informações ou elementos que o possam de alguma forma desfavorecê-lo.

Porém, os meios de prova que surjam no processo penal, de forma autónoma, não estando implicitamente relacionados com eventuais informações que tenham sido transmitidas pelo arguido ou que tenham possibilitado a identificação e a correspondente aquisição probatória, podem ser valorados como meios de prova.

Desta forma, também se incluem fora do âmbito de proteção das garantias de defesa do arguido as contribuições probatórias que o arguido tenha livremente disponibilizado ou permitido, desde que essas contribuições não estejam inquinadas com vícios do consentimento ou da vontade, ou seja, perante métodos proibidos, sob pena de os seus efeitos se subsumirem no denominado «efeito à distância» das proibições de prova.

As proteções em volta das garantias de defesa do arguido são essenciais num processo penal de estrutura acusatória como é o processo penal português, porque sobre o arguido recai uma presunção de inocência.

Com efeito, as declarações do arguido deverão ser prestadas tendo em consideração o respeito e a livre determinação da sua vontade, devendo o arguido ser informado dos direitos que lhe estão subjacentes, nomeadamente de que goza do direito ao silêncio, consagrado no n.º 4 do artigo 141.º; n.º 2 do artigo 143.º; n.º 1 do artigo 144.º e n.º 1 do artigo 343.º do CPP.

No entanto, não foi possível na presente dissertação referir todos os meios de prova e os meios de obtenção de prova que poderão provocar uma violação das garantias de defesa do arguido, tendo apenas nos debruçado sobre os que mais divergência provoca na doutrina e jurisprudência.

Ficará para um trabalho futuro a análise de outros meios de prova e meios de obtenção de prova que poderão incitar (provocar) uma violação das garantias de defesa do arguido, nomeadamente o direito ao silêncio do arguido.

7. Fontes e Bibliografia

FONTES

Legislação

Código Civil (2013)

Código Penal (2009)

Código de Processo Penal (1929)

Código de Processo Penal (1987)

Constituição da República Portuguesa (2008)

Lei n.º 57/98, de 18 de agosto

Sítios eletrónicos

www.pgr.pt (Procuradoria Geral da República)

www.idpcc.pt (Instituto Direito Penal Ciências Criminais)

www.dgsi.pt (Instituto De Gestão Financeira e Equipamentos Da Justiça I.P)

www.tribunalconstitucional.pt (Acórdãos do Tribunal Constitucional)

www.trp.pt (Tribunal da Relação do Porto)

www.trl.mj.pt (Tribunal da Relação de Lisboa)

www.tre.pt (Tribunal da Relação de Évora)

www.trg.pt (Tribunal da Relação de Guimarães)

www.stj.pt (Supremo Tribunal de Justiça)

www.parlamento.pt (Assembleia da República)

BIBLIOGRAFIA

Monografias

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. 2011. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, José Carlos Vieira. 2009. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ª ed, Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª ed: Coimbra Editora.

BECCARIA, Cesare. 1998. *Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANOTILHO, Gomes, VITAL, Moreira. 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol.I*. 4ª ed. revista: Coimbra Editora.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel. 2009. *Escutas telefónicas – Regime Processual Penal*. Quid Juris.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004 (reimpressão). *Direito Processual Penal*. 1ª ed. 1974: Coimbra Editora.

MARTINS, Ana Maria. 2006. *Direito Internacional Dos Direitos Humanos*. Almedina.

MENDES, Paulo de Sousa. 2013. *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina.

MOUTINHO, José Lobo. 2000. *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PALMA, Maria Fernanda. 2004. *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

RAMOS, Vânia Costa. Out-Dez. 2006. *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte I*. RMP, nº 108.

RAMOS, Vânia Costa. Janeiro-Março 2007. *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte II*. RMP, nº 109.

SEIÇA, António Alberto Medina de. 1999. *O conhecimento probatório do co-arguido*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, Germano Marques da. 2000. *Curso de Processo Penal I*. Lisboa: Editorial Verbo.

SILVA, Germano Marques da. 2008. *Curso de Processo Penal II*, 4ª ed., revista e atualizada, Lisboa: Editorial Verbo.

SILVA, Germano Marques da. 2013. *Direito Processual Penal Português - Noções Gerais – Sujeitos Processuais e Objecto*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SILVA, Germano Marques da. 2008. *Direito Penal Português*, 2ª ed., revista e atualizada, Lisboa: Editorial Verbo.